

DIGITAL LAW JOURNAL

Vol. 1, No. 3, 2020



COMMENT

- 8 HighTech as a Platform for Economic Growth
Natalia Popova

ESSAY

- 14 The Age of Digitalization: Tendencies of the Labor Market
Liu Dun, Geng Yuan, Yuan Lunqu

ARTICLES

- 21 Provider Risks Connected with Uncertainty in the Legal Nature of Online Games' Terms of Use
Maria Andrianova, Ellina Vlasenko
- 40 The Right to a Name: Back to the Future
Alim Ulbashev
- 51 Smart Contracts in OTC Derivatives Trading: Legal Aspects
Kirill Bobkov

DIGITAL LAW JOURNAL

Journal of research and practice

Published since 2020
4 issues per year

Vol. 1, No. 3, 2020

ЦИФРОВОЕ ПРАВО

Научно-практический журнал

Журнал издается с 2020 г.
4 выпуска в год

Том 1, № 3, 2020



Contents

Comment

- 8** HighTech as a Platform for Economic Growth
Natalia Popova

Essay

- 14** The Age of Digitalization: Tendencies of the Labor Market
Liu Dun, Geng Yuan, Yuan Lunqu

Articles

- 21** Provider Risks Connected with Uncertainty in the Legal Nature of Online Games' Terms of Use
Maria Andrianova, Ellina Vlasenko
- 40** The Right to a Name: Back to the Future
Alim Ulbashev
- 51** Smart Contracts in OTC Derivatives Trading: Legal Aspects
Kirill Bobkov

Содержание

Экспертный комментарий

- 8** Высокие технологии — платформа для экономического роста

Наталья Попова

Эссе

- 14** Тенденции рынка труда в эпоху цифровизации

Лю Дунь, Гэн Юань, Юань Луньцзюй

Статьи

- 21** Риски провайдера, связанные с неопределенностью правовой природы пользовательских соглашений онлайн-игр

Мария Андрианова, Элина Власенко

- 40** Право на имя: назад в будущее

Алим Ульбашев

- 51** Смарт-контракты в торговле внебиржевыми деривативами: правовые аспекты

Кирилл Бобков

DIGITAL LAW JOURNAL

AIMS AND SCOPE

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

The journal establishes the following objectives:

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

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

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

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

The journal publishes articles in Russian and English.

FOUNDER, PUBLISHER:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

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

EDITORIAL BOARD

Marina Fedotova — Dr. Sci. in Economics, Head of the Department of Corporate Finance and Corporate Governance, Financial University under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russia

Nikolaus Forgó — Dr. jur., Head of the Department of Innovation and Digitalisation in Law, University of Vienna, Vienna, Austria

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sergey Ryazantsev — Dr. Sci. in Economics, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences, Russian Academy of Sciences, Moscow, Russia

Elina Sidorenko — Dr. Sci. in Law, Professor of the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics, Director of the Center for Digital Economics and Financial Innovations, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO), 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 , dij@digitallawjournal.org
Published online:	30 Sep. 2020
Copyright:	© Digital Law Journal, 2020
Price:	Free

ЦИФРОВОЕ ПРАВО

ЦЕЛИ И ЗАДАЧИ

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

Задачами журнала являются:

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

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

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

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

В журнале публикуются статьи на русском и английском языках.

УЧРЕДИТЕЛЬ, ИЗДАТЕЛЬ:

Иноземцев Максим Игоревич

119454, Россия, Москва, просп. Вернадского, 76

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР:

Максим Иноземцев, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права им. С. Н. Лебедева, начальник отдела диссертационных советов МГИМО МИД России, inozemtsev@digitallawjournal.org
119454, Россия, Москва, просп. Вернадского, 76

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

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

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

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

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

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

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

Людмила Новоселова — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеллектуальных прав, Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Россия

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

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

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

Сергей Рязанцев — доктор экономических наук, член-корреспондент РАН, Российская академия наук, Москва, Россия

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

Марина Федотова — доктор экономических наук, профессор, руководитель департамента корпоративных финансов и корпоративного управления, Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации, Москва, Россия

Николаус Форго — Dr. jur., заведующий кафедрой инноваций и цифровизации в праве, Венский университет, Вена, Австрия

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

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

История издания журнала:	Журнал издается с 2020 г.
Периодичность:	4 выпуска в год
Префикс DOI:	10.38044
ISSN online:	2686-9136
Свидетельство о регистрации средства массовой информации:	№ ФС 77-76948 от 09.10.2019 (Роскомнадзор)
Условия распространения материалов:	Контент доступен под лицензией Creative Commons Attribution 4.0 License
Редакция:	119454, Россия, Москва, просп. Вернадского, 76, +7 (495) 229-41-78, digitallawjournal.org , dlij@digitallawjournal.org
Дата публикации:	30.09.2020
Копирайт:	© Цифровое право, 2020
Цена:	Свободная

ЭКСПЕРТНЫЙ КОММЕНТАРИЙ

ВЫСОКИЕ ТЕХНОЛОГИИ — ПЛАТФОРМА ДЛЯ ЭКОНОМИЧЕСКОГО РОСТА

Н.В. Попова

Фонд поддержки научно-проектной деятельности студентов, аспирантов и молодых ученых «Национальное интеллектуальное развитие» («Иннопрактика») 119234, Россия, Москва, Ломоносовский проспект, 27, стр. 1

Аннотация

Сегодня большинство состоявшихся государств активно принимает меры по фокусированной поддержке тех отраслей и компаний, которые в краткосрочной перспективе могут дать значимый положительный эффект для роста всей экономики в целом. Особенно это касается быстрорастущих компаний, осуществляющих деятельность в технологических отраслях экономики, — так называемых «техногазелей». Такие компании создают уникальную продукцию, открывают новые рабочие места для высококвалифицированных специалистов и активно экспортируют свои технологические решения по всему миру. Так, несмотря на общее падение выручки, некоторые из «техногазелей» продемонстрировали выдающуюся гибкость в поиске новых возможностей и рынков в связи с пандемией коронавируса. Однако большинство «техногазелей» быстро перерастают существующие пороги для субъектов малого и среднего предпринимательства и тем самым попадают в «долину смерти», поскольку оказываются без фокусированных мер поддержки со стороны государства. В то же время комплексная государственная поддержка в сфере налогообложения, финансирования и закупок способна помочь некоторым «техногазелям» раскрыть свой потенциал и стать компаниями-«единорогами» с рыночной стоимостью свыше 1 млрд долл. США и даже мировыми лидерами в своих технологических нишах. В свою очередь, это позволит дать шанс для нового рывка российской экономики даже в условиях падения цен на энергоресурсы. Настоящая статья предлагает системообразующие и наиболее актуальные меры государственной поддержки для «техногазелей» с учетом анализа иностранного опыта и российской специфики.

Ключевые слова

высокие технологии, высокотехнологичные компании, субъекты малого и среднего предпринимательства, техногазели, быстрорастущие компании

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Попова, Н. В. (2020). Высокие технологии — платформа для экономического роста. *Цифровое право*, 1(3), 8–13. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-8-13>

Поступила: 03.09.2020, принята в печать: 26.09.2020, опубликована: 30.09.2020

COMMENT

HIGHTECH AS A PLATFORM FOR ECONOMIC GROWTH

Natalia V. Popova

Foundation “National Intellectual Resource” (“Innopraktika”)
1-27, ave. Lomonosovsky, Moscow, Russia, 119234

Abstract

Today, the majority of developed jurisdictions vigorously provide instruments for the focused support of the economic sectors and companies, which are able to give a significant positive effect for the whole economy in the nearest perspective. It is particularly true for the fastest-growing companies, which operate in the tech sectors i.e. technology-based gazelle companies. Such companies manufacture unique products, creates new job places for highly qualified staff and intensively export their tech solutions worldwide. Despite overall reduction of the earnings, some technology-based companies demonstrate outstanding flexibility in searching for the new opportunities and markets in the context of COVID-19 pandemic. However, the majority of technology-based gazelle companies rapidly grow out of the thresholds for the small and medium enterprises. In turn, these companies get into the “death valley” in the absence of the focused instruments of the governmental support. At the same time, complex governmental support in the spheres of tax, financing and procurement is able to promote achievement by the certain technology-based gazelle companies of their potential and make them “unicorn” companies with market value over USD 1 billion and even world leaders in their technology sectors. That, in turn, will give a chance for the growth of the Russian economy even in the context of the fall of the prices on energy resources. This article proposes complex and the most relevant measures of the state support for the technology-based gazelle companies, taking into account the foreign experience and Russian peculiarities.

Keywords

cutting-edge technologies, hi-tech companies, small and medium enterprises, technology-based gazelle companies, fastest-growing companies

Conflict of interest The author declares no conflict of interest.

Financial disclosure The study had no sponsorship.

For citation Popova, N. V. (2020). Hightech as a platform for economic growth. *Digital Law Journal*, 1(3), 8–13. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-8-13>

Submitted: 03 Sep. 2020, accepted: 26 Sep. 2020, published: 30 Sep. 2020

Общая характеристика сектора быстрорастущих технологических компаний

Мировой опыт последних десятилетий показывает, что, когда стране требуется совершить технологический прорыв, нельзя рассчитывать только на крупные корпорации: многие из них не успевают сориентироваться в новой экономической реальности и без потерь подстроиться под быстро меняющиеся условия. При этом высокие темпы экономического роста

даже во время кризиса демонстрируют «техногазели», которые создают или используют наукоемкие технологии для производства сложной инновационной продукции и обладают уникальным кадровым резервом.

Именно «техногазели» являются главным катализатором перемен в экономике, в частности они создают высокооплачиваемые рабочие места, а также обеспечивают существенную долю несырьевого экспорта. Данная категория компаний также способствует научно-технологическому прогрессу в таких критически важных сферах, как биотехнологии, энергетика, ИТ, материалы и химия, электроника и т. д.

В то же время «техногазели» является весьма уязвимыми в силу следующих причин.

1. Предпринимательство в целом характеризуется наличием риска (неопределенность в отношении коммерческой успешности того или иного продукта). При этом деятельности «техногазелей» сопутствуют наиболее высокие риски, связанные со значительными затратами на НИОКР, которые часто заканчиваются отсутствием успешного результата.

2. Правовое регулирование, как правило, носит догоняющий характер по отношению к инновациям. В связи с этим инновационная продукция «техногазелей» зачастую находится за пределами существующего регулирования и сложившейся правоприменительной практики. Такое положение может привести к дополнительному вниманию или даже санкциям со стороны контрольных государственных органов.

3. Большинство «техногазелей» достаточно быстро перерастают существующие пороги для квалификации в качестве субъектов малого и среднего предпринимательства (МСП) и, как следствие, лишаются значительного числа инструментов государственной поддержки (льготное кредитование, квоты в отношении государственных закупок и т. д.). Таким образом, технологическая компания должна пройти своеобразную «долину смерти», прежде чем стать компанией-«единорогом» с капитализацией свыше 1 млрд долл. США.

4. Специфика технологического бизнеса (особенно в сфере ИТ), как правило, связана с отсутствием у «техногазелей» приемлемого для банка имущества, которое может быть передано в обеспечение обязательств по кредитным договорам (обычно это объекты недвижимости). В то же время кредитование под залог результатов интеллектуальной деятельности пока не получило значительного распространения в практике большинства юрисдикций. В связи с этим большинство «техногазелей» испытывают сложности с привлечением банковского финансирования.

Преодоление вышеуказанных препятствий возможно лишь при наличии государственной поддержки. В связи с этим в ряде зарубежных юрисдикций функционируют программы, чьей целью является комплексная поддержка «техногазелей»: Future Fifty (Великобритания), Next Global Champ (Южная Корея), Mid-Tier Companies Development Programme (Малайзия) и т. д.

В то же время государственная поддержка «техногазелей» особенно актуальна для России, где государство выступает не только регулятором, но и крупнейшим бизнес-субъектом, прямо или косвенно занимающим долю от трети до 70% национальной экономики¹. Таким образом,

¹ Так, доля государства в российской экономике составляет 33%, по мнению экспертов МВФ: Bella, G. D., Dynnikova, O., & Slavov, S. T. (2019, March 8). *The Russian state's size and its footprint: Have they increased?* IMF. <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/03/09/The-Russian-States-Size-and-its-Footprint-Have-They-Increased-46662>; 46%, по данным Центра стратегических разработок. (n.d.). *Госсектор экономики: инерция или эффективность?* Центр стратегических разработок. <https://www.csr.ru/ru/publications/gossektor-ekonomiki-inertsiya-ili-effektivnost/> и может достигать 60–70%, по данным Федеральной антимонопольной службы: ТАСС – Российские новости. (2019, май 06). *ФАС в СМИ: доля государства в экономике РФ превысила 50% и препятствует развитию конкуренции*. ФАС. <https://fas.gov.ru/publications/18306>

государственные органы, госкорпорации и компании с госучастием являются крупнейшими заказчиками инновационной продукции в России.

Российская инфраструктура поддержки быстрорастущих технологических компаний

В последние годы в России также начала создаваться необходимая инфраструктура для поддержки «техногазелей». Так, с 2016 по 2019 г. функционировал приоритетный проект Минэкономразвития «Поддержка частных высокотехнологических компаний-лидеров», предусматривавший экспертный отбор «техногазелей», соответствующих наиболее высоким экономическим и технологическим характеристикам. Отобранные компании стали именоваться национальными чемпионами (всего более 80 таких компаний, далее — Национальные чемпионы) и получили различные формы нефинансовой поддержки со стороны Минэкономразвития. В 2019 г. Национальные чемпионы при экспертной поддержке негосударственного института развития «Иннопрактика» создали Ассоциацию быстрорастущих технологических компаний («Национальные чемпионы»). В конце 2019 г. для продвижения интересов данной категории компаний внутри аппарата Уполномоченного при Президенте РФ по защите прав предпринимателей (далее — Бизнес-омбудсмен) был создан институт Общественного омбудсмана в сфере защиты прав высокотехнологических компаний-лидеров (далее — Общественный омбудсмен).

В 2020 г. аппаратами Бизнес-омбудсмана и Общественного омбудсмана при поддержке Ассоциации и Института экономики роста им. П.А. Столыпина был подготовлен специальный доклад по проблемам регулирования и правоприменительной практики, сдерживающим развитие высокотехнологических компаний (далее — Специальный доклад)². В мае 2020 г. Специальный доклад был передан Президенту РФ (в настоящий момент осуществляется реализация мер поддержки из Специального доклада).

Предлагаемые меры поддержки быстрорастущих технологических компаний

Экономические последствия коронавируса не обошли стороной сектор быстрорастущих технологических компаний. В то же время для некоторых «техногазелей» данный кризис стал «окном возможностей». Это особенно видно на примере «Национальных чемпионов»: так, например, компания «ХимРар» совместно с РФПИ создала препарат для лечения коронавируса, а компания «Биокад» совместно с Государственным научным центром вирусологии и биотехнологии «Вектор» продолжает осуществлять разработку вакцины от коронавируса. На суперкомпьютерах таких «Национальных чемпионов», как РСК и «Т-Платформы», моделируются новые лекарства против вируса, а компания «Баск» перепрофилировала свои линии под выпуск спецкостюмов для работы в условиях эпидемии.

² Экспертный центр при Уполномоченном и аппарат Общественного омбудсмана в сфере защиты прав высокотехнологических компаний-лидеров. (2020). *Специальный доклад Президенту Российской Федерации: Проблемы регулирования и правоприменительной практики, сдерживающие развитие высокотехнологических компаний в Российской Федерации*. Уполномоченный при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей. <http://doklad.ombudsmanbiz.ru/2020/6.pdf>

В то же время для большинства «техногазелей» пандемия коронавируса все равно имела негативные последствия (особенно чувствительным для компаний стал дефицит ликвидности, вызванный задержками оплаты со стороны заказчиков инновационной продукции). При этом большинство российских «техногазелей» работают в секторах B2B и B2G, следовательно, последствия пандемии коронавируса носят для них отложенный эффект, а применение мер поддержки наиболее актуально на текущем этапе.

В связи с этим мы рассматриваем следующие меры поддержки «техногазелей» в качестве системообразующих.

1. Увеличение порогов для квалификации компаний в качестве МСП не менее чем в два раза. Как было указано ранее, «техногазели» достаточно быстро перерастают существующие пороги для квалификации в качестве субъектов МСП. В России данный порог для квалификации компании в качестве субъекта МСП составляет в отношении предельного значения дохода 2 млрд руб., а в отношении среднесписочной численности работников — 250 человек. Данные критерии для квалификации в качестве субъектов МСП являются заниженными по сравнению с зарубежными юрисдикциями (так, например, в Европейском союзе предельный размер дохода для квалификации в качестве субъектов МСП составляет 50 тыс. евро). В свою очередь, это лишает значительное число российских «техногазелей» инструментов поддержки МСП.

2. Совершенствование механизма списания расходов на НИОКР. В соответствии со статистикой ОЭСР за 2018 г. расходы на НИОКР составили 0,99% от ВВП России (для сравнения, наибольший показатель в рейтинге у Израиля составляет 4,94%)³. В то же время именно налоговые меры могут стать эффективным стимулом для проведения НИОКР и, как следствие, косвенными инструментами поддержки инноваций. Однако в настоящий момент мы можем наблюдать слабый спрос российских компаний в отношении налоговых льгот на НИОКР. В связи с этим необходимо точечное внесение в Налоговый кодекс изменений, направленных на уточнение понятия НИОКР, увеличение повышающего коэффициента расходов на НИОКР с 1,5 до 2 и обеспечение баланса интересов налогового органа и налогоплательщика при проведении экспертизы отчета о выполненных НИОКР.

3. Создание программы льготного кредитования «техногазелей». В настоящий момент существует ряд программ, направленных на льготное кредитование технологических компаний (операторами по ним выступают МСП Банк, Фонд Бортника и т. д.). В большинстве своем они направлены на субъекты МСП. В связи с этим необходимо создание программы льготного кредитования «техногазелей» за пределами сектора МСП и/или покупателей их инновационной продукции. Именно такая программа поможет «техногазелям» преодолеть дефицит ликвидности и даст возможность осуществить наращивание производственных мощностей.

Заключение

В заключение хотелось бы отметить, что «техногазелям» важно помогать не только финансовыми механизмами. Помимо упомянутых системообразующих мер поддержки, требуется софт-поддержка, а также формирование соответствующей предпринимательской культуры и культуры отношения к технологическому бизнесу со стороны государства.

³ OECD. (n.d.). *Gross domestic spending on R&D*. <https://data.oecd.org/rd/gross-domestic-spending-on-r-d.htm>

Автор выражает надежду, что комплекс вышеперечисленных мер будет реализован. В свою очередь, это поможет создать новые возможности для «техногазелей»: в посткризисное время занять новые технологические ниши на международном рынке, а в более долгосрочной перспективе — повысить качественные и количественные показатели вклада технологических компаний в российскую экономику.

Сведения об авторе:

Попова Н. В. — первый заместитель генерального директора Фонда поддержки научно-проектной деятельности студентов, аспирантов и молодых ученых «Национальное интеллектуальное развитие» («Иннопрактика»), общественный омбудсмен в сфере защиты прав высокотехнологичных компаний-лидеров, Москва, Россия.

info@innopraktika.ru

Information about the author:

Natalia V. Popova — First Deputy CEO of Foundation “National Intellectual Resource” (“Innopraktika”), Ombudsman in the Sphere of the Leading Hi-Tech Companies, Moscow, Russia.

info@innopraktika.ru



ESSAYS

THE AGE OF DIGITALIZATION: TENDENCIES OF THE LABOR MARKET

Liu Dun¹, Geng Yuan^{2*}, Yuan Lunqu¹

¹ Beijing Jiaotong University
3, Shangyuancun, Haidian District Beijing, People's Republic of China, 100044

² Capital University of Economics and Business
121, Zhangjialukou, Huaxiang Fengtai District, Beijing, People's Republic of China, 100070

Abstract

This essay presents the main trends of changes in the labor market in connection with the digitalization of the world economy. The interrelated problems of increasing labor productivity, reducing workplaces, and ensuring effective demand are considered. The authors propose considering digitalization as a way of promoting creativity in workplaces, albeit having a delayed effect due to the lag in time for the establishment of a world new economic order, during which services are becoming the main product, and digital platforms and ecosystems are the main actors in the global economy. "Creativization" is a new term suggested by the authors, which means a workplace that is being transformed by digitalization, whereby monotonous work processes are replaced by intellectually intensive operations, art elements, and unique high-performance activities.

Keywords

digitalization, labor market, creativization of workplaces, basic income

Conflict of interest The authors declare no conflict of interest.

Financial disclosure The study had no sponsorship.

Acknowledgements The authors would like to offer their warm words and thanks to MGIMO University for their invitation to publish this essay in the pages of Digital Law Journal. The authors hope that the cooperation between Beijing Jiaotong University, Capital University of Economics and Business, and MGIMO University will increase in the future.

For citation Dun, L., Yuan, G., & Lunqu, Y. (2020). The age of digitalization: Tendencies of the labor market. *Digital Law Journal*, 1(3), 14–20. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-14-20>

* Corresponding author

Submitted: 15 Jun. 2020, accepted: 07 Aug. 2020, published: 30 Sep. 2020

ТЕНДЕНЦИИ РЫНКА ТРУДА В ЭПОХУ ЦИФРОВИЗАЦИИ

Л. Дунь¹, Г. Юань^{2*}, Ю. Луньцуй¹

¹Пекинский университет Цзяотун
100044, Китайская Народная Республика, Пекин, район Хайдянь,
Шангуянькун, 3

²Столичный университет экономики и бизнеса
100070, Китайская Народная Республика, Пекин, район Хуатсианг
Фенгтай, Джангдзиалюкоу, 121

Аннотация

В настоящем эссе представлен анализ основных изменений на рынке труда, вызванных цифровизацией мировой экономики. Рассмотрены взаимосвязанные проблемы повышения производительности труда, сокращения рабочих мест и обеспечения платежеспособного спроса. Авторы предлагают рассматривать цифровизацию как фактор, способствующий развитию творческого потенциала работников на рабочих местах, что сопровождается установлением нового мирового экономического порядка, в котором услуги становятся основным продуктом. Цифровые платформы и экосистемы играют основополагающую роль в мировой экономике. «Креативизация» — новый термин, предложенный авторами, связанный с обозначенными выше процессами, при которых монотонные рабочие процессы все более усложняются и требуют интеллектуальной отдачи, а также нестандартного мышления.

Ключевые слова

цифровизация, рынок труда, креативизация рабочих мест, базовый доход

Конфликт интересов	Авторы сообщают об отсутствии конфликта интересов.
Финансирование	Исследование не имело спонсорской поддержки.
Благодарности	Авторы выражают благодарность МГИМО за приглашение принять участие в научной дискуссии на страницах журнала «Цифровое право» (Digital Law Journal) и надеются на плодотворное развитие сотрудничества между МГИМО, Пекинским университетом Цзяотун и Столичным университетом экономики и бизнеса.
Для цитирования	Дунь, Л., Юань, Г., Луньцуй, Ю. (2020). Тенденции рынка труда в эпоху цифровизации. <i>Цифровое право</i> , 1(3), 14–20. https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-14-20

* Автор, ответственный за переписку

Поступила: 15.06.2020, принята в печать: 07.08.2020, опубликована: 30.09.2020

In this essay, we would like to share our observations of changes in the labor market during the period of mass digitalization of business, government, and society in the world. When labor market and wage reforms began in China, it was difficult to imagine that the labor market would change so rapidly in a few decades. This situation is limited, however, in terms of China's population, average age, and the prevalence of young people in the total population. For example, to provide the population with income, it is necessary to create about 10–15 million new jobs annually; if the trend of population growth continues, the demand for new workplaces may increase even more. However, the opposite effect has a gradual decrease in the share of young people in the working-age population.

Chairman Xi Jinping has pointed out that “we should take advantage of the historical opportunities that the digital economy provides to increase the medium and long-term growth potential of the global economy”¹.

According to Premier of the State Council Li Keqiang, the post-COVID development of the Chinese economy is already showing positive signals of revival: in April, for the first time since the beginning of the year, industrial production in the country showed an increase of 3.9 %. China aims to create more than 9 million new workplaces this year, and unemployment will be kept at 6 %. Another important limiting component is the level of the digitalization of the economy. For example, in accordance with the definition of a digital economy provided by the OECD methodology, China's digital economy forms about 6 % of the country's GDP. The Chinese officials have set a goal to increase the share of GDP made from the digital economy to 50 % by 2030².

In terms of the digitalization of the economy, China demonstrates the global average, which adds to the discussion about choosing the development path through either a free or a regulated market economy. A free market economy, as is well known, is characteristic for Western countries, whilst a regulated market economy is characteristic for Eastern countries. Undecided about either path of development, countries are trying to alternately implement both models, in search of a recipe for overcoming the global economic crisis (caused largely by the coronavirus pandemic). A free-market economy, through self-regulation, forms a new economic order due to increased unemployment and a decrease in the price of labor, which gives hope for the creation of new workplaces and a new round of economic growth based on the digitalization of the economy. Institutionally, this is expressed in the creation and dominance of digital platforms and ecosystems in the market that can significantly increase the efficiency of production operations in the value chain.

The regulated market economy – the model of which has been implemented in China in its most complete form – provides for enhancing government participation in creating new workplaces, increasing employment, and launching new economic growth through effective demand. In both models, as can be seen, the central point belongs to the labor market: that is, through it a new round of economic growth will be carried out, albeit due to different instruments and, accordingly, with different consequences for the income of the population and the level of their life satisfaction. Highly developed Western countries can afford a more “brutal” and faster way to ensure economic growth, as poverty is understood in very different ways in Western and Eastern countries. The population of

¹ China Daily. (2016, September 28). *G20 digital economy development and cooperation initiative delivered at 2016 Hangzhou summit renews impetus to global economy*. http://www.chinadaily.com.cn/business/2016hangzhoug20/2016-09/28/content_26927065.htm

² Zhang, L., & Chen, S. (2019). *China's digital economy: Opportunities and risks* (Working Paper No. 19/16). International Monetary Fund. <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/01/17/Chinas-Digital-Economy-Opportunities-and-Risks-46459>

rich countries during a period of unemployment receives benefits from the state, which significantly exceeds wages in the Eastern countries.

It could be countered that prices in these countries for food and utilities differ significantly. We agree with this only in part, since the possibilities for rich countries to support the poor are higher, and therefore the number of the poor (both in absolute terms and in percentage terms) is much higher in Eastern countries, which are just gaining speed in economic development and catching up with rich highly developed countries. Incidentally, the basic income model can be used in rich countries as a tool for regulating workplaces cuts due to the digitalization of the economy. This model is hardly applicable in Eastern countries, both due to the vastly larger population, and due to the lack of financial resources in the state budget, being burdened with the creation of production, transport, and social infrastructure.

The presence of a large number of working, able-bodied people employed in agriculture also has turned out to be a constraining factor for increasing labor productivity, since even digital technologies in agriculture increase it comparatively less than in industry due to the peculiarities of agricultural production.

The problem of interaction between, and the mutual influence of, labor and capital was examined in detail by Karl Marx. He noted that since the demand for labor is determined not by the amount of capital as a whole but by its variable constituent alone, that demand falls progressively with the increase of the total capital, instead of, as previously assumed, rising in proportion to it. It falls relative to the magnitude of the total capital, and at an accelerated rate as this magnitude increases. However, in fact, it is capitalistic accumulation itself that constantly produces – and produces in a direct ratio of its own energy and extent – a relatively redundant population of laborers, i.e. a population greater than suffices for the average needs of the self-expansion of capital, thus a surplus population³.

The noted limits and methodological basis allow us to determine the main trends of changes in the labor market in connection with the digitalization of the economy. Thus, the growth of labor productivity in high-tech digitalized and/or robotized industries is much higher than in industries that are lagging behind in digitalization. The growth in labor productivity is accompanied by a reduction in variable capital due to the release of labor and lower labor costs, alongside the replacement of workplaces with robots. This affects the organic structure of capital, as the organic composition of capital is in a direct ratio constant to variable capital; it can be noted that replacing living labor with capital leads to an increase in organic composition. Technological progress, thus, causes an increase in the labor productivity and the profits of digital platforms and ecosystems for robotized industries, but on the other hand causes an increase in unemployment and a decrease in the rate of profit.

The structure of the economy in the digital age is undergoing even more significant changes than in the era of globalization. Services are becoming the main product of labor, gradually displacing goods. The coronavirus pandemic has further exacerbated this trend; the labor market reacted accordingly. While workplaces in the field of material production were closed, the service sector, on the contrary, required more labor: the delivery of goods, online services from trainers, tutors, consultants, etc. The education and healthcare sectors are actively exploring assorted methods of providing their services online.

The displacements of living labor and the reduction of workplaces have been partially compensated by the creation of new workplaces designed to serve the new needs of capital; thus, new professions related to digital technologies have emerged. However, the problem of retraining those

³ Marx, K. (1995). *Capital* (Vol. 1). Progress Publisher.

who have lost their jobs in new competencies, skills, and professions remains a problem. It is unclear who will pay for training; if the state budget pays, it is also unclear from which sources money could be gotten.

In addition, the number of workplaces lost is higher than the number of new workplaces created. With the development of the digital economy, it is possible that these volumes will become equal, and this will be the best development scenario, since an increase in labor productivity will also provide higher incomes through a change in the structure of employment and through reformatting professions in the labor market. However, this positive scenario will be accompanied by a negative one: job cuts and the release of labor force will sharply reduce effective demand, which will remain in part and only for food products in the cheapest price sector. At the same time, the burden of the state budget will increase in order to ensure a neutral social balance and prevent social upheavals.

It is important to note that, in the event of a negative scenario, social upheavals can primarily affect developed countries, since these countries have long observed of a kind of agreement between the state and society about the progressive increase of the level of well-being in exchange for political loyalty. Since roughly the middle of the last century, after the Second World War, measures have been taken in Western countries to ensure that the growth of the population's well-being accompanies citizens throughout their lives; this habit was institutionalized, embedded, and began to be taken for granted as an integral part of the social order. Job cuts and the digitalization of both business and the public sector can change this agreement, even up to its complete cancellation. The perception that a level of well-being is a given is completely different in Eastern and Western countries. Eastern society has not yet gotten used to the growth of prosperity, since each new global economic crisis has led to a reduction in prosperity, followed by growth during boom periods and a new fall during crisis and depressive periods. Western society has experienced crises and depression much less significantly, as their economies recovered faster and remained in a period of prosperity for longer. Today, the social upheavals caused by workplaces cuts and redundancies in the labor force are much more dangerous for developed countries.

This is not to say that Eastern countries will be exempt from workplace cuts, but here citizens are more prepared for difficult times due to their habit of surviving crises in more difficult conditions than their Western comrades. Accordingly, in Eastern countries, the process of replacing material production and consumption with intangible productions and the consumption of specific intellectual-intensive goods and services (based on renewable sources) takes place more slowly. Even now, representatives of Eastern countries are demonstrating creativity, resourcefulness, and a zeal for quality education, while Western societies are rather depressive, since the picture of the world that has formed over 70 years is dramatically changing in a manner for which society was not ready. The trend towards the creation of workplaces has been accompanied by a gradual loss of the value of commodity fetishism founded by Karl Marx. Private property rights cease to play an essential role in the formation and development of industrial relations.

It is important to note that changes in the structure of production and a change in the vector from material production to the production of services creates a unique situation for production, whereby it can develop endlessly with the presence of effective demand; this is because the consumption of services, like their production, is associated with the direct participation of the consumer, and consumer needs are known to be limitless. The limit of possibilities for production has shifted towards the curves of consumer budget constraints. This is where the main problem of the digitalization of the economy manifests itself in full, in the form of workplaces cuts and a decrease in effective

demand, about which Marx wrote. The budget constraint curve will shift the production opportunity curve back, which will lead to a decrease in the rate of return of entrepreneurs.

Some authors point to possible solutions to the problem of laying off workers and reducing workplace volume by increasing the income of such citizens from other sources. Among these authors, it is particularly worth noting Brynjolfsson and McAfee⁴, Coldwell⁵, Ford⁶, Frey and Osborne⁷, Osipov⁸, Srnicek and Williams⁹, Stroiteleva, Kalinicheva, Vukovich, and Osipov¹⁰, Standing¹¹, Van Parijs and Vanderborght¹², and finally the magnificent work of Pissarides¹³.

Their approaches to solving the problem of ensuring effective demand boil down to the formation of new sources of income from the basic income model, and the reduction of taxes for the population with low incomes, using a novel model of the forced corporatization of robotized industries in favor of redundant workers. Taken together, such models can truly support laid-off workers and provide a sufficient level of income for the population to get used to the “creativization” of workplaces with a subsequent increase in their number.

⁴ Brynjolfsson, E., & McAfee, A. (2014). *The second machine age: Work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies*. Norton & Company.

⁵ Coldwell, D. A. L. (2019). Negative influences of the 4th industrial revolution on the workplace: Towards a theoretical model of entropic citizen behavior in toxic organizations. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 16(15), 26–70. <https://doi.org/10.3390/ijerph16152670>

⁶ Ford, M. (2015). *Rise of the robots. Technology and the threat of a jobless future*. Basic Books.

⁷ Frey, C. B., & Osborne, M. A. (2017). The future of employment: How susceptible are jobs to computerization? *Technological Forecast and Social Change*, 114, 254–280. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2016.08.019>

⁸ Osipov, V. S. (2019). The rise of unemployment in the cyber economy. In V. Filippov, A. Chursin, J. Ragulina & E. Popkova (Eds.). *The cyber economy. Contributions to economics* (Vol. 2, pp. 105–116). Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-030-31566-5_11

⁹ Srnicek, N., & Williams, A. (2016). *Inventing the future. Postcapitalism and a world without work*. Verso Books.

¹⁰ Stroiteleva, T. G., Kalinicheva, E. Y., Vukovich, G. G., & Osipov, V. S. (2019). Peculiarities and problems of formation of industry 4.0 in modern Russia. In E. Popkova, Y. Ragulina & A. Bogoviz (Eds.). *Industry 4.0: Industrial revolution of the 21st century. Studies in systems, decision and control* (Vol. 169, pp. 145–153). Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-94310-7_14

¹¹ Standing, G. (2008). How cash transfers promote the case for basic income. *Basic Income Studies*, 3(1), Article 5. <https://doi.org/10.2202/1932-0183.1106>

¹² Van Parijs, P., & Vanderborght, Y. (2017). *Basic income. A radical proposal for a free society and a sane economy*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.1111/spol.12450>

¹³ Pissarides, C. A. (2013). Unemployment in the Great Recession. *Economica*, 80, 385–403. <https://doi.org/10.1111/ecca.12026>

The authors' contribution:

Liu Dun — scientific editing, general formulation of research tasks, creating the new term, determination of the development tendencies of 'workplace' concept.

Geng Yuan — editing, creating the new term, analysis of definition 'creativity'.

Yuan Lunqu — scientific editing, determination of research methodology, analysis of the labor market in connection with the digitalization of the world economy, creating the new term.

Вклад авторов:

Дунь Л. — научное редактирование, общая постановка исследовательских задач, создание нового термина, определение тенденций развития понятия «рабочее место».

Юань Г. — редактирование, анализ определения «креативность», создание нового термина.

Луньцюй Ю. — научное редактирование, определение методологии исследования, анализ рынка труда в связи с цифровизацией мировой экономики, создание нового термина.

Information about the authors:

Liu Dun — Dr. Sci. in Economics, Labor Economics Department, School of Economics and Management, Beijing Jiaotong University, Beijing, People's Republic of China.

Geng Yuan* — Dr. Sci. in Economics, Labor Economics School, Capital University of Economics and Business, Beijing, People's Republic of China.

gengyuan121@163.com

Yuan Lunqu — Professor, Labor Economics Department, School of Economics and Management, Beijing Jiaotong University, Beijing, People's Republic of China.

Сведения об авторах:

Дунь Л. — доктор экономических наук, факультет экономики труда, Школа экономики и менеджмента, Пекинский университет Цзяотун, Пекин, Китайская Народная Республика.

Юань Г.* — доктор экономических наук, Школа экономики труда, Столичный университет экономики и бизнеса, Пекин, Китайская Народная Республика.

gengyuan121@163.com

Луньцюй Ю. — профессор, факультет экономики труда, Школа экономики и менеджмента, Пекинский университет Цзяотун, Пекин, Китайская Народная Республика.

СТАТЬИ

РИСКИ ПРОВАЙДЕРА, СВЯЗАННЫЕ С НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬЮ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ ПОЛЬЗОВАТЕЛЬСКИХ СОГЛАШЕНИЙ ОНЛАЙН-ИГР

М.А. Андрианова*, Э.В. Власенко

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

Аннотация

В практике судов Российской Федерации соглашение, заключаемое между провайдером и пользователем при создании аккаунта в онлайн ролевой игре, толкуется по статье 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации «об играх и пари». Таким образом, данный вид отношений не подлежит судебному рассмотрению. Однако этот подход вряд ли может сохраниться надолго как не выдерживающий критики; он может быть истолкован только как попытка судов отгородить себя от решения вопроса о виртуальной собственности. Настоящая статья посвящена осмыслению основных рисков провайдера, связанных с неопределенностью правового статуса пользовательского соглашения, на примере анализа Условий оказания услуг Riot Games — пользовательского соглашения онлайн-игры League of Legends.

В качестве отдельных примеров анализируются такие положения пользовательского соглашения, как запрет на передачу аккаунта и получение пользователем доступа к виртуальному контенту исключительно на основании договора ограниченной лицензии.

Для достижения цели исследования авторы осуществляют обзор юридической литературы по данной сфере, проводят анализ положений Условий оказания услуг Riot Games, выясняют различия в законодательных подходах в правовых порядках относительно отдельных вопросов, составляющих объект исследования, а также определяют аспекты пользовательского соглашения, очевидно содержащие риски для провайдера игр.

Авторы приходят к выводу о том, что многопользовательские онлайн-игры — сфера, тяготеющая к саморегулированию. Ввиду этого, насколько это возможно, следует минимизировать риск нарушения баланса между возможностями саморегулирования и необходимостью недопущения злоупотреблений сложившейся ситуацией со стороны участников.

Основной источник регулирования отношений, возникающих между провайдером и игроком, — пользовательское соглашение может быть квалифицировано как смешанный договор. Такая квалификация, однако, несет в себе риск для провайдера, заключающийся в сложности определения последствий использования в качестве единого документа соглашения, в котором сочетаются различные цели, начиная от определения объема обработки персональных данных игрока и заканчивая закреплением правового режима аккаунта пользователя. Содержащийся в пользовательском соглашении запрет на передачу учетной записи при этом с точки зрения действующего российского законодательства наиболее приемлемо рассматривать как запрет на совершение цессии с целью обезопасить провайдера от риска ответственности за нарушение требований по защите персональных данных. Отсутствие специального регулирования отношений,

возникающих в многопользовательских онлайн ролевых играх, позволяет провайдеру посредством условий пользовательских соглашений обойти риск распространения охраны авторских прав игрока на виртуальный контент, связанный с учетной записью последнего.

Авторы предполагают, что использование аналога американской доктрины “sweat of the brow” в пользовательских соглашениях может до известной степени снять риски провайдера, связанные с реальным отношением игроков к внутриигровому имуществу.

Ключевые слова

пользовательское соглашение, договор присоединения, неравенство переговорных возможностей сторон, киберспорт, игровой аккаунт, защита персональных данных, виртуальный контент

Конфликт интересов

Авторы сообщают об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Андрианова, М. А., Власенко, Э. В. (2020). Риски провайдера, связанные с неопределенностью правовой природы пользовательских соглашений онлайн-игр. *Цифровое право*, 1(3), 21–39. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-21-39>

* Автор, ответственный за переписку

Поступила: 18.06.2020, принята в печать: 01.09.2020, опубликована: 30.09.2020

ARTICLES

PROVIDER RISKS CONNECTED WITH UNCERTAINTY IN THE LEGAL NATURE OF ONLINE GAMES' TERMS OF USE

Maria A. Andrianova*, Ellina V. Vlasenko

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

Abstract

In the practice of the Russian courts, when creating an account in an online multiplayer game, any agreement concluded between the provider and the user seems to be covered by article 1062 of the Civil Code of the Russian Federation, which is why this topic is not subject to judicial examination. However, this approach is unlikely to be applied for much longer, as it does not stand up to criticism. It can only be interpreted as a court attempt to insulate itself from the issue of virtual property. This article is devoted to the consideration the key risks to a provider related to the uncertain legal status of an online games' terms of use, particularly the prohibition to share a user's account or login credentials with anyone and a user's actual rights to virtual content associated with his account.

To achieve the research goal, the authors review the legal literature and perform a case study in this area, use a comparative method to identify legislative approaches in different legal systems regarding a user's rights to their account and the virtual content connected with it, and determine the aspects of the user agreement that obviously contain risks for the provider.

As a result of the research, the authors conclude that online multiplayer games are a sphere that tends to self-regulate. Therefore, to the extent possible, the risk of imbalance between self-regulation capabilities and the need to avoid abuse of the current situation, both by providers and users, should be minimized. The main source of regulation for relations between providers and players remains an agreement between them, which can be qualified as a mixed contract. However, such a qualification carries a risk for the provider, due to the complexity of determining the consequences of using the agreement as a single document, which combines various goals, ranging from determining the amount of processing of a player's data and to fixing the legal regime of a user's account. Regarding prohibition to share a user's account, the authors assume that, according to Russian legislation, the most appropriate path is to determine it as a prohibition of assignment to secure providers from the liability for protection of users' data. The lack of special regulation in this area allows the provider, through the terms of use, to sidestep the potential risk of protecting the player's copyright on virtual content associated with his account. The authors, however, suggest that using an analogue of the American "sweat of the brow" doctrine in user agreements can to a certain extent remove the provider's risks associated with the players' real rights to their in-game property.

Keywords

terms of use, adhesion contract, inequality of parties' negotiating powers, e-sports, account, data privacy, virtual content

Conflict of interest

The authors declare no conflict of interest.

Financial disclosure

The study had no sponsorship.

For citation

Andrianova, M. A., & Vlasenko, E. V. (2020). Provider risks connected with uncertainty in the legal nature of online games' terms of use. *Digital Law Journal*, 1(3), 21–39. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-21-39>

* Corresponding author

Submitted: 18 Jul. 2020, accepted: 01 Sep. 2020, published: 30 Sep. 2020

Введение

В результате «игровой революции конца XX века» появилась такая категория игр, как многопользовательские ролевые онлайн-игры (по тексту статьи будут использованы термины, содержащиеся в Условиях оказания услуг Riot Games — пользовательское соглашение Лиги Легенд (League of Legends)¹ (далее по тексту — Условия, LOL соответственно), авторы не ставили перед собой цель их оценки или теоретической проработки). Смысл этих игр, как правило, заключается не в достижении какой-либо конечной цели, а в возможности пользователя управлять действиями персонажа, взаимодействуя с другими пользователями или же вымышленными героями, появление которых связано с отдельными событиями, прописанными в скриптах игры.

¹ Условия оказания услуг Riot Games. (2020, январь 15). *Riot Games*. <https://www.riotgames.com/ru/terms-of-service-RU>

Популярность таких игр в последнее время только возрастает. По прогнозам, с 865 млн долларов США в 2018 году мировые доходы возрастут до 1,79 млрд в 2022 году².

Одним из примеров может служить LOL — ролевая видеоигра с элементами стратегии в реальном времени, разработанная компанией Riot Games в 2009 году. С 2011 года проводится ежегодный чемпионат мира по LOL. В чемпионате по LOL 2019 года приняли участие команды из 13 регионов мира, причем соревнования транслировались на 16 языках. За ходом чемпионата наблюдали более 100 миллионов человек, максимальное количество зрителей, одновременно следящих за трансляцией, пришлось на финальный раунд и составило 44 миллиона человек³.

Если быть точнее, LOL — не просто игра, это один из наиболее успешных киберспортивных проектов наших дней.

Исключительная популярность киберспорта и LOL как его конкретного проявления сочетается с фактическим отсутствием регулирования этой сферы (киберспорта в целом и его отдельных элементов в виде игровых аккаунтов и виртуальных предметов) в праве. Более того, очевидные перспективы появления исчерпывающего регулирования отсутствуют.

В практике судов Российской Федерации соглашение между провайдером и пользователем толкуется по статье 1062 Гражданского кодекса Российской Федерации⁴ (далее — ГК РФ) «об играх и пари». Ранее суды делали однозначный вывод о том, что данный вид отношений не подлежит судебному рассмотрению. Сейчас в судебной практике уже можно встретить решения, уточняющие толкование статьи 1062 ГК РФ применительно к исследуемой сфере.

Например, в Постановлении Президиума Московского городского суда от 24.05.2013 по делу № 44г-45.

Организатор заблокировал аккаунт пользователя, что привело к возникновению спора.

Согласно статье 1062 ГК РФ:

«Требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите, за исключением требований лиц, принявших участие в играх или пари под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или пари, а также требований, указанных в пункте 5 статьи 1063 настоящего Кодекса».

Пункт 5 статьи 1063 ГК РФ уточняет, что в случае неисполнения организатором игр обязанности по выплате выигрыша в предусмотренных условиями проведения игр размере участник вправе требовать от организатора игр выплаты выигрыша, а также возмещения убытков, причиненных нарушением договора со стороны организатора.

Суд подтвердил применение пункта 1 статьи 1062 ГК, однако подчеркнул, что следовало уточнить вопрос о том, наступили ли для истца в результате блокировки ответчиком игрового аккаунта какие-либо неблагоприятные последствия.

Суд разделил два вопроса: возможность продолжения участия в игре и возможность требовать компенсации причиненных блокировкой аккаунта убытков.

Таким образом, даже применение статьи 1062 ГК РФ не означает полного исключения соглашения с пользователями из правового пространства.

² Gough, C. (2020, July 13). *Leading eSports tournaments worldwide as of March 2020, by prize pool*. Statista. <https://www.statista.com/statistics/517940/leading-esports-tournaments-worldwide-by-prize-pool/>

³ Webb, M. (2019, December 18). *More than 100 million people watched the 'League of Legends' World Championship, cementing its place as the most popular esports*. Business Insider. <https://www.businessinsider.com/league-of-legends-world-championship-100-million-viewers-2019-12>

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994. № 51-ФЗ (в ред. 21.05.2020).

В этом свете особенную важность приобретает правильная квалификация договорных отношений, возникающих между провайдером и пользователем, прежде всего посредством выражения согласия игроком на условия пользовательского соглашения.

Правовая природа пользовательских соглашений уже становилась предметом исследования в некоторых работах. Авторы фокусируются в основном на отдельных аспектах регулирования отношений в многопользовательских ролевых онлайн-играх. Например, Е. В. Сутырина и К. Э. Капинерова рассматривают практические проблемы, возникшие в связи с признанием в России киберспорта в качестве официального вида спорта. К таким проблемам они, в частности, относят отсутствие специального законодательства в этой области, отсутствие должной регистрации киберспортивных команд и общедоступность киберспорта, т. е. возможность доступа к игровому контенту любого лица, имеющего соответствующее оборудование, без учета его индивидуальных характеристик, прежде всего возраста (Sutyrina & Kapineroва, 2018).

Методология исследования

Составляющей предмета исследования настоящей статьи стало пользовательское соглашение LOL. В качестве положений, вызывающих особый интерес с правовой точки зрения, анализируются запрет на передачу аккаунта и заключение договора об ограниченной лицензии в отношении виртуального имущества.

Целью настоящего исследования стало выявление потенциальных рисков, связанных с неопределенностью правовой природы пользовательских соглашений, на примере пользовательского соглашения LOL.

Для достижения указанной цели авторы осуществили обзор литературы в данной области, провели анализ отдельных положений Условий, использовали компаративистский метод для выявления законодательных подходов в разных правовых порядках относительно отдельных вопросов, составляющих объект исследования, а также посредством научного моделирования спрогнозировали, относительно каких аспектов пользовательского соглашения возможно появление специального регулирования.

На сегодня единственным эффективным источником регулирования отношений, возникающих между пользователем и провайдером в многопользовательских ролевых онлайн-играх, остается пользовательское соглашение, которое заключается посредством выражения игроком согласия на его условия при создании учетной записи.

Вместе с тем правовая квалификация пользовательских соглашений в целом и отдельных его положений в частности все еще остается предметом дискуссий. В этом свете представляется важным обозначить те риски, которые кроются в неопределенности пользовательского соглашения.

Авторами в рамках настоящей статьи предполагается последовательно изучить: (1) проблемы, вызванные неопределенностью централизованного регулирования в данной сфере, и роль пользовательского соглашения в этом контексте; (2) последствия реализации разных подходов к квалификации договора, заключаемого между провайдером и игроком; (3) различные взгляды на такие положения пользовательского соглашения, как запрет на передачу аккаунта, и субстантивное наполнение категории «учетная запись»; и (4) особенности закрепления в пользовательском соглашении института «виртуальный контент» и возможность появления специального регулирования на этот счет.

Помимо указанных рисков, авторы стараются аккуратно относиться к игровому пространству, свободному от излишних юридических и экономических ограничений.

Результаты

Одна из самых спорных с правовой точки зрения систем правовых отношений — отношения, возникающие в виртуальном пространстве. Право не в состоянии поспеть за быстро меняющимися техническими возможностями.

Есть ли опасность неосторожно причинить с помощью права вред автономно функционирующей системе? Весьма вероятно.

Может ли право вовсе воздержаться от вмешательства в регулирование этой среды? На наш взгляд — вполне, если это не приведет к вопиющим случаям злоупотребления правом.

Что может быть рассмотрено в качестве такового в современных реалиях? — Предоставление пользователем доступа к своему аккаунту другим лицам.

Какие правовые механизмы позволяют защитить права и законные интересы провайдера и пользователя в этой связи? — Единственный относительно эффективный способ, существующий на данный момент, — установление в пользовательском соглашении прямого запрета на передачу учетной записи и обязанности пользователя сохранять конфиденциальность своих данных. Вместе с тем такое положение пользовательского соглашения фактически защищает лишь интересы провайдера, ограничивая его ответственность за нарушение требований по защите персональных данных.

Какие отношения могут все же получить закрепление в законодательстве в будущем? — Отношения, возникающие между провайдером и игроком относительно аккаунта и связанного с ним виртуального контента. Содержащиеся в Условиях положения во многом умяляют позицию игрока в отношении приобретаемого и создаваемого им персонажа. Возможно, часть проблем, связанных определением авторских прав на виртуальное имущество, может быть решена в случае применения доктрины “sweat of the brow” для виртуального пространства.

Дискуссия

Риски, связанные с саморегулированием отрасли

Вышеотмеченное отсутствие регулирования, а также применение судами статьи 1062 ГК РФ в нынешней редакции, при наличии потребности практики, неизбежно приводит к формированию «мягкого права» в виде пользовательских соглашений, определяющих основы взаимодействия провайдера и игроков, устанавливающих пределы их ответственности друг перед другом, определяющих правовую природу «виртуальных предметов» (см. пункт 4 Условий). Вопросы соотношения по юридической силе норм мягкого права и действующего законодательства занимают в настоящее время умы специалистов самых разных отраслей права: торгового права, международного частного права, спортивного права. Киберспорт, судя по всему, станет еще одной сферой, тяготеющей к саморегулированию.

Мягкое право вследствие своей эффективности в последнее время становится все более востребованным способом регулирования отношений, реализуя принцип диспозитивности, свойственный частному праву в целом и интернет-среде в частности.

Из этого понимания исходят и зарубежные специалисты. Например, Дж. Фэйрфилд полагает, что саморегулирование отношений в многопользовательских играх (в том числе посредством заключения соответствующих договоров) содержит в себе потенциальный риск

злоупотреблений со стороны как провайдеров, так и пользователей, причем их количество будет постоянно возрастать (Fairfield, 2005).

С другой стороны, представляется, что излишняя правовая формализация регулирования киберспорта вряд ли будет востребована практикой.

В имеющихся трудах на тему киберспорта изучается сама возможность правового регулирования отношений в рамках онлайн-игр и правовой квалификации таких отношений. В. В. Архипов предлагает использовать тест «магического круга» Б. Т. Дюранске для определения, к каким правоотношениям в игровом мире можно применить действующее законодательство, а какие подпадают под понятие «организация игрового процесса», в силу чего не выходят за рамки игрового пространства и не подпадают под действие классического правового регулирования (Arkhipov, 2013). Стоит отметить, что эту позицию разделяют и другие авторы, например А. И. Савельев (2014) и Е. А. Останина (2018). При этом отметим, что законодатель полностью не отказывается от идеи разработки специального регулирования виртуальных отношений. Наглядным примером этому служит появление в российском законодательстве с 1 октября 2019 года нового объекта гражданских прав — цифровые права⁵. Пока цифровые права получили достаточно расплывчатое закрепление — согласно статье 141.1 ГК РФ в качестве цифровых прав могут быть признаны только права, прямо названные в таком качестве в законе, а их содержание и условия осуществления определяются в соответствии с правилами информационной системы. Вместе с тем включение в ГК РФ таких поправок уже достаточно явно демонстрирует желание законодателя ограничить повышение роли «мягкого» права в регулировании виртуальных отношений.

В этом свете, по мнению авторов настоящей статьи, следует, насколько это возможно, придерживаться баланса между возможностями саморегулирования и необходимостью недопущения злоупотреблений сложившейся ситуацией со стороны участников.

Это может быть сделано путем тщательного правового анализа складывающихся отношений с точки зрения имеющихся правовых инструментов, а также оценки их рисков в связи с использованием феномена саморегулирования с помощью мягкого права. Такой анализ может в том числе способствовать определению того, насколько необходима и эффективна может быть разработка специального детального регулирования отношений, возникающих в связи с развитием киберспорта в мире.

Риски, связанные с признанием за пользовательским соглашением статуса смешанного договора

Условия пользовательского соглашения преследуют цель урегулировать следующие основные вопросы: 1) собственно создание действенного механизма взаимодействия между сторонами, что эффективно работает и практически не вызывает возражений пользователей; 2) получение согласия пользователя на обработку персональных данных в том объеме, который будет определен самим игроком и потребует для игры; 3) определение принадлежности авторских и иных интеллектуальных прав, в том числе определение позиции провайдера по вопросам, связанным с поступлением конструктивных предложений от игроков; 4) установление правового режима аккаунта, в частности определение объема прав провайдера в отношении аккаунта пользователя.

Таким образом, речь идет о соглашении, имеющем смешанную правовую природу.

⁵ Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

Смешанная правовая природа договора вызывает множество споров в доктрине и практике. Проще всего анализировать смешанный договор с точки зрения его кауз (множ. ч.). В нашем случае в соглашении отчетливо прослеживаются элементы договора оказания услуг, лицензионного договора о неисключительном праве использования видеоматериалов и программ, а также согласия на обработку персональных данных.

Смешанная правовая природа в настоящее время широко признается в законодательстве и судебной практике⁶. Тем не менее риск для организатора игр состоит в сложности определения последствий использования в качестве единого документа соглашения, в котором сочетаются столь различные цели. Риск усиливается в силу специфичности природы онлайн-игр и скептического отношения законодателя к этой сфере отношений. Для каждого исследователя существует свой аспект пользовательского соглашения, представляющий наибольший интерес. Например, В. В. Архипов подчеркивает значимость лицензионной составляющей таких соглашений. А. И. Савельев в свою очередь раскрывает особенности пользовательского соглашения как содержащего элементы договора возмездного оказания услуг. Примечательно, что А. И. Савельев, тем не менее, не поддерживает полноценную квалификацию соглашения провайдера и игрока в качестве договора возмездного оказания услуг. По мнению ученого, такая квалификация позволяет считать исполненным обязательство провайдера по предоставлению каких-либо виртуальных объектов в момент их «привязки» к учетной записи пользователя, фактически лишая последнего права оспаривать в дальнейшем блокировку провайдером их использования в какой-либо форме (Saveliev, 2014).

С учетом изложенной способностью преодоления этого риска, как представляется, станет максимальной четкость фиксации всех составных частей пользовательского соглашения и обозначения целей, ради которых они включаются в текст документа.

Риски, связанные с признанием за пользовательскими соглашениями статуса договора присоединения

Еще одним риском для организатора игр является квалификация пользовательского соглашения в качестве договора присоединения.

Сам по себе договор присоединения отличает неравенство переговорных возможностей сторон. Принцип равенства участников отношений в соответствии со статьей 1 ГК РФ не может быть реализован, поэтому у слабой стороны сделки в этом случае появляется дополнительная возможность защитить свои права. В соответствии с пунктом 2 статьи 428 ГК РФ:

«Присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора».

Анализ положения участников соглашения, а также его толкование с использованием статьи 10 ГК РФ могут привести к выводу о распространении на взаимоотношения между игроком

⁶ В соответствии с пунктом 3 статьи 421 ГК РФ: «Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора».

и провайдером законодательства о защите прав потребителей (несмотря на наличие нерешенных вопросов о статусе тех «благ», которые предоставляются провайдерами, а также о недействительности некоторых положений пользовательского соглашения, которые, по мнению игрока, ущемляют его права).

Риски, связанные с недостаточностью мер, принимаемых провайдером для деанонимизации отношений с пользователем

В пользовательском соглашении, как правило, отдельные разделы посвящены регулированию возможных действий пользователей с учетной записью. Так, в разделе 1 Условий закреплен порядок создания аккаунта, в том числе определены критерии, которым должен соответствовать пользователь, и указана информация, без предоставления которой создание аккаунта невозможно.

Примечательно, что Условия не определяют содержания термина «учетная запись», однако устанавливают прямой запрет на ее передачу другим пользователям.

В соответствии с пунктом 1.4 Условий пользователь фактически лишен права передавать свою учетную запись на возмездной или безвозмездной основе. Более того, пользователь обязан обеспечить сохранность т. н. входных данных, т. е. уникальное имя пользователя и пароль, используемые для входа в учетную запись, и немедленно уведомить провайдера об известном ему несанкционированном доступе к аккаунту или каким-либо данным пользователей, идентифицирующим его в игре.

Провайдер прямо ограничивает свою ответственность в максимальном возможном объеме: «Вы несете ответственность за все убытки (включая утрату или использование Виртуального контента) по Вашей учетной записи в случае, если Вы сообщили свои Входные данные другому лицу или не обеспечили безопасность своей учетной записи или Входных данных» (пункт 1.4 Условий).

Логично предположить, что причиной для такого строгого регулирования вопросов распоряжения учетной записью может служить желание провайдера идентифицировать пользователей. Каждый пользователь создает свой уникальный ник («имя пользователя») и пароль, необходимые для входа в игру. Таким образом, пользователь идентифицируется как для игровых, так и для правовых целей. Зная ник, другие игроки могут найти соответствующую информацию о конкретном пользователе, например о его персонаже, достигнутом уровне, приобретенных виртуальных предметах и т. д.

Создание учетной записи предполагает предоставление определенной информации о пользователе, и это — единственный способ для организатора игры определить, с кем он вступает в правоотношения. Согласно пунктам 1.2 и 1.3 Условий игрок должен предоставлять компании достоверную информацию, включая настоящее имя и действительный адрес электронной почты. Эти сведения вряд ли могут быть признаны исчерпывающими для идентификации игрока в случае, когда была совершена передача данных для входа в учетную запись без уведомления компании об этом факте.

Такая передача может стать причиной для появления целого ряда правовых проблем. В частности, если получивший доступ к учетной записи пользователь нарушит какое-либо положение пользовательского соглашения, то такое нарушение может быть квалифицировано как действия лица, передавшего свои данные. Это может стать проблемой как для пользователей, так и для организатора игры. Первоначальному «владельцу» доступа к учетной записи будет достаточно тяжело доказать, что другое лицо совершило нарушение через его учетную

запись. К примеру, если договоренность о передаче данных для входа в учетную запись между пользователями была достигнута в устной форме. И, наоборот, для провайдера получить компенсацию за убытки, вызванные таким нарушением, будет непросто, поскольку опровергнуть доводы пользователя о том, что его учетная запись была взломана и кто-то иной должен нести ответственность за нарушение пользовательского соглашения, представляется сложной задачей. Именно для этого провайдеры предусматривают полную ответственность пользователей за сохранение конфиденциальности своих данных.

Определенный риск несет и лицо, приобретающее учетную запись. В 2006 году, к примеру, гражданин Финляндии купил аккаунт в игре World of Warcraft, стоимость которого на тот момент оценивалась в 50 евро. За два года пользователь, улучшая игровые характеристики посредством покупки дополнительных виртуальных предметов, смог увеличить экономическую ценность учетной записи до 2000 евро. Первоначальный «владелец» доступа к учетной записи посчитал возможным восстановить его к улучшенной учетной записи, воспользовавшись предусмотренной в игре возможностью восстановить забытый пароль. При вынесении решения суд, к счастью, исходил из необходимости защиты прав последнего, а не из основания возникновения таких прав и квалификации совершенной передачи учетной записи (в этой игре, как и в LOL, запрещена любая передача или сообщение данных, позволяющих осуществить вход в учетную запись). Суд оценивал только действия первоначального пользователя, квалифицировав его как недобросовестного продавца (Lehdonvirta & Virtanen, 2010).

Кроме того, запрет на передачу учетной записи можно объяснить и желанием провайдера ограничить свою потенциальную ответственность за предоставление доступа к игровому пространству несовершеннолетним лицам, не получившим разрешения своих родителей или иных законных представителей на доступ к игре.

В этой связи становится очевидным, почему провайдеры предпочитают закреплять запрет на передачу учетной записи в соглашениях с пользователями. Нарушение данного запрета может повлечь за собой удаление или приостановление действия учетной записи (пункт 2.1.2 Условий).

Запрет цессии можно при этом объяснить как условие договора, в отношении которого стороны (провайдер и пользователь) достигли соглашения.

С учетом сказанного представляется предпочтительным для организатора игр выдерживать баланс между отсутствием стремления деанонимизировать пользователей и излишней формализацией, поскольку как первый, так и второй варианты могут повлечь нежелательные последствия как с правовой, так и с игровой точек зрения.

Риск признания некоторых положений пользовательского соглашения противоречащими императивным нормам права

Запрет передачи аккаунта как отказ от права

Если сам запрет может быть рассмотрен как положение пользовательского соглашения, то для того, чтобы понять его содержание (т. е. определить, что понимается под передачей учетной записи с правовой точки зрения), безусловно, необходимо квалифицировать учетную запись как правовое явление. Рассмотрим категорию «учетная запись» с учетом действующего российского законодательства.

Стоит оговориться, что в Условиях разработчик не посчитал нужным вводить конкретную дефиницию термина «учетная запись». Однако, что примечательно, Условия довольно подробно описывают как процесс создания, так и дальнейшее функционирование учетных записей.

Так, в пункте 1.1 описываются требования к игроку, которым он должен удовлетворять, чтобы создать аккаунт. В то же время пункт 3.2 Условий устанавливает, что компании (и ее лицензиары) владеют и сохраняют за собой «все права на интеллектуальную собственность и другие права и права собственности на Сервисы Riot, а также все данные и содержимое, включенные в них, в том числе учетные записи пользователей». Закрепление такого широкого определения прав компании, безусловно, можно расценивать как способ компании максимально защитить свои права и уменьшить количество потенциальных споров с пользователями в отношении игрового контента. Вместе с тем, принимая во внимание формулировку закрепленного в пункте 1.4 запрета, можно предположить, что организатор игры исходил из того, что учетная запись — имущественное право.

Это понимание на первый взгляд соответствовало бы подходу российского законодателя. Согласно статье 572 ГК РФ предметом договора дарения могут быть имущественные права как к дарителю, так и к третьим лицам. Кроме того, российский законодатель допускает и заключение в отношении этого вида прав при определенных условиях договора купли-продажи (пункт 4 статьи 454 ГК РФ). Противоречие тем не менее таится в самой природе имущественных прав, под которыми принято понимать субъективные права лиц в отношении имущества. Возникает вопрос: могут ли виртуальные предметы, связанные с учетной записью, быть квалифицированы в качестве имущества?

Такой подход вполне реален в других правовых системах. Так, в Китае законодатель пошел по пути разработки норм для придания правам пользователей на цифровые активы статуса, аналогичного праву собственности (Saveliev, 2014). Оправданность такого подхода с точки зрения российского законодательства вызывает сомнения, о чем речь пойдет далее.

Учетную запись можно рассмотреть и как право требования к компании — организатору игры. В этом случае учетную запись можно было бы определить как полученное при оформлении правоотношений с организатором игры право требования от него доступа к игровому пространству. То есть, давая свое согласие на условия пользовательского соглашения, лицо приобретает право требовать обеспечения ему бесперебойного доступа к игровому контенту. Бесперебойный доступ, очевидно, не означает, что компания берет на себя все технические риски. Согласно пункту 10.2 Условий пользователь несет полную ответственность за оплату затрат на подключение к Интернету и оборудование, включая его обслуживание и ремонт, которые необходимы для доступа к игре.

С учетом проведенного анализа есть основания предполагать, что, несмотря на ясность намерений сторон пользовательского соглашения (при создании аккаунта игрок выражает свое согласие в том числе на запрет его передачи), включение подобного пункта в Условия будет толковаться как отказ от права, который, по мнению некоторых судов, противоречит пункту 2 статьи 9 ГК РФ, устанавливающему запрет на соглашение об ограничении осуществления гражданских прав. В любом случае риск недействительности или отсутствия возможности судебной защиты весьма велик.

Можно ли прогнозировать случаи нежелательного обострения отношений между участниками? Зарубежная практика уверяет, что можно. В качестве примера можно привести дело *Marc Bragg v Linden Research, INC. and Philip Rosedale*⁷. Истец Mark Bragg оспаривал решение компании Linden Lab (провайдера сервиса Second Life) об удалении его аккаунта в этой игре. Причиной блокировки послужило то, что Mark Bragg нашел способ для приобретения земельных участков в игре по цене ниже рыночной, что являлось прямым нарушением пользовательского

⁷ *Marc Bragg v. Linden Research, Inc. and Philip Rosedale*, 487 F.Supp.2d 593 (2007).

соглашения. Как результат блокировки, весь виртуальный контент, связанный с учетной записью пользователя, был «отчужден» вне зависимости от способа его приобретения. Более того, впоследствии Linden Lab перепродала земельные участки истца другим пользователям. Истец обвинял ответчиков в нарушении пользовательского соглашения, недобросовестной торговой практике и потребовал впоследствии издания судебного запрета для Linden Lab осуществлять блокировку аккаунтов пользователей.

Подводя итоги, можно сказать, что запрет на передачу учетной записи можно объяснить как условие договора, в отношении которого стороны (провайдер и пользователь) достигли соглашения. В отсутствие четкого регулирования запрет на передачу учетной записи вне зависимости от формы такой передачи устанавливается в целях защиты прав компании — для идентификации лица, с которой у компании возникает правоотношение (правовая цель), а также получения выгоды в связи с предоставлением доступа к виртуальному пространству большему количеству пользователей (коммерческая цель).

Отказ организатора игр признавать права пользователей на виртуальные объекты как попытка игнорировать сложившуюся практику между игроками и как содействие созданию теневого рынка виртуальных объектов

В соответствии с разделом 4 Условий к учетной записи игрока привязан «виртуальный контент», используемый пользователем.

Согласно пункту 4.1 Условий «виртуальный контент» включает в себя «игровую валюту и виртуальные предметы, такие как чемпионы⁸, образы⁹, эмоции¹⁰, аксессуары и т. п.)».

Виртуальные предметы приобретаются пользователем как в рамках игрового процесса, так и за его пределами за реальные деньги.

В соответствии с пунктом 4.2 Условий пользователь может приобрести виртуальный контент следующими способами: купить за реальные деньги, заработать путем выполнения игровых заданий или получить в подарок или с использованием определенных технологий.

Примечателен в этом контексте пункт 4.4 Условий:

«...И еще раз: Я не владею этими Виртуальными предметами? («Нет!» — хором громко ответили вам все юристы).

Когда Вы получаете от нас Виртуальный контент, фактически мы предоставляем Вам личные, неисключительные, не подлежащие передаче и сублицензированию, отзывные, ограниченные права и лицензию на использование данного Виртуального контента исключительно в связи с использованием Вами соответствующих Сервисов Riot.

Несмотря на какие-либо противоречивые положения, могущие содержаться в настоящем соглашении, вы подтверждаете и соглашаетесь с тем, что у вас нет прав собственности или других имущественных интересов в вашей учетной записи, а также вы подтверждаете и соглашаетесь с тем, что все права на учетную запись принадлежат и всегда будут принадлежать и действовать в пользу Riot Games. Вы признаете и соглашаетесь с тем, что не имеете претензий, каких-либо прав, включая права собственности, владения или иных имущественных

⁸ “Champions” — имеются в виду образы персонажей, участвующих в игре, обладающих определенным набором качеств, принадлежащих герою по сценарию или приобретенных игроками в ходе игры.

⁹ “Skins” — имеются в виду косметические изменения внешнего образа игровых персонажей, не влекущие изменений их внутренних характеристик.

¹⁰ “Emotes” — имеются в виду знаки графического языка, используемые в переписке для придания эмоционального колорита.

прав на игровой контент, который вы разблокируете или накапливаете на учетной записи, виртуальные предметы или Riot Points, которые вы приобретаете, независимо от платежа или иного возмещения, предложенного или выплаченного в обмен на Riot Points или виртуальные предметы. Кроме того, Riot Games не несет никакой ответственности за уничтожение, удаление, изменение, повреждение, взлом или любой другой ущерб или убытки любого рода, причиненные игровому контенту, виртуальным предметам или Riot Points, включая удаление игрового контента, виртуальных предметов или Riot Points, прекращение или истечение срока действия вашей учетной записи».

Обоснование целесообразности закрепления этого пункта в Условиях очень простое — необходимость установления контроля за игровым пространством, которое обеспечивает возможность блокировки пользователя. С учетом отсутствия очевидного решения вопроса о правовой природе аккаунта решение вполне достойное.

Вместе с тем трудно отрицать тот факт, что провайдер посредством включения подобного положения в пользовательское соглашение пытается дать наиболее выгодную для себя правовую квалификацию категории «виртуальный контент». Фактически в Условиях отрицается возможность трактовки виртуальных предметов как некоего квазиимущества или квазиимущественного права.

Согласно пункту 4.3, «у Вас нет права собственности или иного имущественного права на Виртуальный контент, который Вы разблокируете, независимо от способа приобретения доступа к нему. Виртуальный контент не имеет денежной стоимости. Вы не можете передавать Виртуальный контент (если это не предусмотрено функциональными возможностями Сервисов Riot) или получать компенсацию за него в форме “реальных денег”».

Представляется, что внешне выигрышная ситуация для провайдера может также свидетельствовать о наличии скрытых рисков. В практике стали появляться дела о банкротстве, в которых неисправный должник использует теневой рынок виртуальных объектов для отмывания денег. Осведомленный должник осознает, что в реальности объекты могут быть реализованы, хоть право и не признает их оборотоспособность.

Задача, с которой в такой ситуации сталкивается суд, представляется практически неразрешимой. Даже если суд осведомлен о возможности совершения таких действий со стороны должника, он не сможет обратить взыскание на приобретенные виртуальные объекты¹¹.

Риски, связанные с неопределенностью правового статуса виртуальных активов

Существующие подходы к регулированию виртуальных активов

Исходя из содержания пункта 4.2 Условий, следует, что получение того или иного виртуального предмета приравнивается к приобретению ограниченной лицензии на доступ к нему. Иными словами, разработчик трактует виртуальный предмет как продукт своего интеллектуального труда, некий программный код, для использования которого игрок заключает лицензионное соглашение.

С одной стороны, в отсутствие исчерпывающе сформулированного подхода законодателя в данной сфере пункт 4.2 Условий — наглядный пример того, как за счет мягкого права могут быть сформированы не только отдельные нормы регулирования, но и ключевые подходы к правовой квалификации того или иного явления.

¹¹ Такая ситуация уже место в практике российских судов — см., например, постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 16 августа 2019 г. по делу № А53-235116/2017.

Стоит отметить, что в некоторых правовых порядках возможность провайдера закреплять свое «видение» на ту или иную категорию может быть признана вполне оправданной. В США, к примеру, считается, что регулирование отношений, возникающих в виртуальных сообществах, в том числе в многопользовательских онлайн-играх, может происходить за счет частноправовых контрактов (Fairfield, 2008).

С другой стороны, квалификация виртуального контента, приведенная в Условиях, все же вызывает определенные сомнения.

Как было указано ранее, в отдельных государствах (Китай, Южная Корея и др.) на цифровые объекты стали распространять права, аналогичные правам собственности. Соответственно, обоснование природы «виртуальных предметов» через лицензионное соглашение, предметом которого служит доступ к ним, фактически к некоему программному коду, потенциально вызовет коллизию между действующими правовыми нормами и положениями пользовательского соглашения.

В российском законодательстве также произошел ряд изменений, которые, как представляется, могут повлиять на оценку правомерности рассматриваемых положений Условий.

Так, в соответствии с новой редакцией статьи 128 ГК РФ в качестве одной из разновидностей имущественных прав, относящихся к объектам гражданского права, поименованы цифровые права.

Повторим, что под «цифровыми правами» согласно статье 141.1 ГК РФ понимаются «названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам».

Данная норма во многом отсылочна — сейчас единственным законом, прямо определяющим права в качестве цифровых, стал Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

В соответствии со статьей 1 закон «регулирует отношения, возникающие в связи с инвестированием и привлечением инвестиций с использованием инвестиционных платформ, определяет правовые основы деятельности операторов инвестиционных платформ, регулирует возникновение и обращение утилитарных цифровых прав, предусмотренных настоящим Федеральным законом, а также выдачу и обращение ценных бумаг, удостоверяющих утилитарные цифровые права».

При этом в законе четко определено, что понимается под инвестиционной платформой и ее оператором. Так, в качестве оператора называется «хозяйственное общество, созданное в соответствии с законодательством Российской Федерации, осуществляющее деятельность по организации привлечения инвестиций и включенное Банком России в реестр операторов инвестиционных платформ».

С учетом обозначенной в статье 1 цели и раскрытых в статье 2 дефиниций вряд ли возможно представить применение данного регулирования к отношениям, возникающим в многопользовательских онлайн-играх.

Вместе с тем появление категории «цифровые права» позволяет предполагать потенциальную разработку специального нормативного акта и для отношений в игровых информационных системах в случае появления большого спроса на такое регулирование в будущем. А.В. Габов, подчеркивая достаточность дефиниции категории «цифровые права», закрепленной в ГК, отмечает, что конкретные характеристики таких прав должны быть восполнены

за счет специальных нормативно-правовых актов, и прогнозирует возможность появления в дальнейшем вокруг института «цифровые права» других институтов не только в гражданском, но и в других отраслях права (Novoselova et al., 2019).

С учетом интернационализации игрового процесса уже на уровне киберспортивной деятельности стоит спрогнозировать последствия появления иностранного элемента в отношениях.

Квалификация процесса создания/приобретения виртуального имущества

В то же время, как представляется, наравне с вопросом о правовой природе виртуального контента большое значение имеет и квалификация процесса его создания/приобретения.

Как было отмечено ранее, согласно пункту 4.3 Условий игрок получает доступ только к виртуальному контенту, а не сам контент. Виртуальный контент, согласно пункту 4.1 Условий, включает в себя в том числе персонажей, их приобретаемые характеристики, артефакты и т. п.

Для участия в игровом процессе пользователь создает учетную запись, после чего выбирает себе т. н. чемпиона — персонажа, который обладает определенными вводными характеристиками (стиль сражения, вид используемого оружия и т. п.). Эти характеристики могут быть улучшены в процессе игры за счет прохождения новых уровней и покупки артефактов за полученное в сражениях с противником виртуальное золото или за реальные деньги.

То есть пользователь постоянно развивает выбранного стандартного чемпиона (игроку предоставляется список чемпионов, из которых он может выбрать) за счет прохождения новых этапов (временные затраты пользователя) и своих денежных вложений.

В этой связи возникает вопрос: справедливо ли ограничение прав пользователя на виртуальный контент теми правами, которые предоставляются ему как лицензиату по договору исключительной лицензии? Возможно ли, к примеру, признание за пользователем прав автора на чемпиона в связи с затраченными временными и денежными ресурсами?

С одной стороны, выбор пользователя в LOL ограничен конечным вариантом комбинаций, которые ему предоставляет разработчик (есть предопределенный список персонажей, определяемый создателем круг виртуальных предметов, которые можно получить в ходе игры или в виртуальном магазине). То есть фактически любой виртуальный контент, открываемый пользователем, всегда предопределен разработчиком игры. Вряд ли в этом контексте можно говорить о применимости критерия уникальности к результату интеллектуальной деятельности игрока.

По мнению А. И. Савельева, распространение авторского права на отдельные части компьютерных программ не соответствует целям предоставления правовой защиты на результаты интеллектуальной деятельности и интересам общества в целом, поскольку разработчики аналогичных программ, как и те из них, которые используют лишь отдельные, но схожие части программного кода, будут вынуждены изобретать велосипед (Saveliev, 2013).

Разделяя эту точку зрения, А. В. Кашанин констатирует широкое распространение в литературе дискуссии о том, что излишняя охрана результатов интеллектуальной деятельности влечет за собой ограничения для лиц, которые могли независимо друг от друга создать идентичные продукты (Kashanin, 2016).

Если перенести этот вопрос в плоскость LOL и предположить возможность закрепления прав автора на персонажей с определенной совокупностью характеристик и виртуальных предметов за пользователями, можно представить ситуацию, при которой один игрок не может приобрести какой-либо виртуальный контент, потому что совокупность имеющихся у его персонажа виртуальных предметов в случае получения еще одного артефакта потенциально нарушает права другого игрока, который создал персонажа с точно такими же характеристиками ранее.

Несмотря на то что приведенный пример «утопичен», стоит все же учитывать, что игроки ограничены теми ресурсами, которые им задает разработчик игры. Следовательно, потенциально подобный конфликт между пользователями вполне возможен. Логично, что и разработчику подобное ограничение полноценного доступа пользователя ко всему контенту авторскими правами вряд ли выгодно как с правовой, так и с коммерческой точек зрения. С учетом изложенного в отсутствие четкой позиции законодателя становятся понятны причины закрепления рассматриваемого положения в Правилах пользования LOL.

С другой стороны, признание за игроком прав автора не может быть, как представляется, ограничено лишь критерием уникальности.

Игрок затрачивает свои собственные ресурсы для создания и развития конкретного чемпиона, который в онлайн-пространстве действует под придуманным ником с использованием совокупности артефактов, которые он приобретает и использует по своему предпочтению и с учетом своего видения, как достичь конечную цель игры.

На наш взгляд, можно было бы провести некие параллели между описанным процессом игры в многопользовательской онлайн-игре и созданием телефонного справочника — классический пример применения доктрины “sweat of the brow”. Согласно этой правовой доктрине лицо может приобрести права автора на неоригинальный результат интеллектуальной деятельности, поскольку он приложил усилия по его созданию.

Как видится, с развитием виртуального пространства крайне важным становится вопрос обоснования наличия и самого понимания — самой сути — прав автора и определения степени применимости критерия уникальности к результатам интеллектуальной деятельности.

Такой же позиции придерживается и А. В. Кашанин, говоря о преобладании влияния позитивистских теорий в Англии и США и естественно-правовых — во Франции (Kashanin, 2010). Это, в свою очередь, легло в основу разницы в понимании оригинальности произведения и дало начало двум совершенно различным точкам зрения: (1) объяснение оригинальности как отражения личности автора и (2) затраченный труд как основная характеристика произведения (доктрина sweat of the brow), а также их трансформации в разных странах. Надо отметить, что устоявшиеся взгляды и произошедшие за века трансформации в понимании роли и задачи Автора позволяют нам понять, как пришли к той или иной дефиниции произведения в стране и, соответственно, что может быть им признано и что может получить правовую охрану.

Использование идей американской доктрины “sweat of the brow” как способ минимизации некоторых рисков организатора игр

Доктрина “sweat of the brow” получила свое развитие в начале прошлого столетия. Одним из классических прецедентов можно назвать дело *Jeweler’s Circular Publishing Co. v Keystone Publishing Co*¹². В нем возник вопрос о том, можно ли рассматривать в качестве отдельного предмета охраны авторских прав компиляцию информации о ювелирах, сделанную компанией Jeweler’s Circular Publishing Co., в связи с тем, что опубликованное Keystone Publishing Co. издание “Jewelers’ Index” представляла собой не только копию общедоступной информации, ранее представленной Jeweler’s Circular Publishing Co., но и того же метода ее систематизации. Кроме того, в нем были воспроизведены ошибки, допущенные в публикации Jeweler’s Circular Publishing Co. Одним из ключевых аргументов в пользу позиции Jeweler’s Circular Publishing Co. послужило то, что Keystone Publishing Co. несправедливо использовала результат труда и финансовых затрат Jeweler’s Circular Publishing Co., а не прибегнула к сбору информации

¹² *Jewelers’ Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co.*, 274 F. 932 (1921).

из первоначальных источников. Апелляционный суд второго округа США констатировал, что Keystone Publishing Co. нарушил авторские права Jeweler's Circular Publishing Co.

В дальнейшем доктрина получила свое развитие в различных судебных спорах, касающихся разнообразных баз данных. В 1996 году она нашла отражение в Директиве ЕС 96/9/ЕС «О правовой охране баз данных»¹³, согласно которой государства-члены должны обеспечивать защиту авторских прав базам данных, которые не отвечают критериям уникальности, но созданы с применением значительных ресурсов, в том числе финансовых, временных и т. п.

Примечательно, что доктрина хоть и получила некое распространение за рубежом, была отвергнута судами США уже в конце XX века. В деле *Feist Publication Inc. v Rural Telephone Services Co. Inc.*¹⁴. Верховный суд США сделал вывод о том, что структурированная определенным способом общая информация в телефонном справочнике не подлежит защите как объект авторского права, поскольку не соответствует критерию «оригинального творчества» (“original creativity”). Мотивировочная часть решения Верховного суда по данному кейсу впоследствии была истолкована как стремление высшей судебной инстанции снизить прецедентное значение всех споров до 1991 года, в которых охрана авторского права полностью или частично определялась на основании таких факторов, как труд и усилия лица, копилирующего информацию, а также денежных вложений в конечный продукт (Dratler & McJohn, 2006).

Несмотря на то что применение доктрины “sweat of the brow” претерпело значительные ограничения и даже полную дискредитацию в отдельных судах, она, на наш взгляд, может получить новую жизнь в виртуальном пространстве.

Как было отмечено ранее, участники многопользовательских онлайн-игр проводят значительное количество времени, проходя уровни, а также тратят денежные ресурсы для повышения различных характеристик своего персонажа. Причем игроки настолько вовлечены в этот процесс, что правительства стараются внести хоть какие-то временные и денежные ограничения для отдельных категорий лиц.

Так, в ноябре 2019 года стало известно, что китайские власти вводят ограничения для лиц младше 18 лет на сумму, которую игроки могут потратить в месяц на игру, и устанавливают запрет для этой категории лиц играть с 10 вечера до 8 утра, причем протяженность игрового процесса в течение дня также ограничена¹⁵.

В этом свете представляется справедливым, что затраченные усилия игроков должны быть оправданы с правовой точки зрения. Коль скоро игрок проводит столько времени, выстраивая стратегию, приносящую ему те или иные достижения и позволяющую усовершенствовать собственного персонажа, почему ему не может быть обеспечена охрана результатов его интеллектуальной деятельности? Возможно, именно использование аналога доктрины “sweat of the brow” позволит пользователям получить более защищенное правовое положение.

Вопрос же о том, как в ограниченном количестве комбинаций, предоставляемых провайдером, разные пользователи могут создавать персонажей, подпадающих под защиту авторских прав, может быть решен посредством распространения идеи параллельного творчества, когда предполагается возможным наделение авторскими правами всех лиц, которые независимо друг от друга создают схожие продукты. Стоит отметить, что возможность параллельного творчества

¹³ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of databases. Official Journal of the European Communities, L 77/20 (1996).

¹⁴ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

¹⁵ Yan, S. (2019, November 7). *China imposes curfew on under-18s playing online video games*. The Telegraph. <https://www.telegraph.co.uk/news/2019/11/07/china-imposes-curfew-under-18s-playing-online-video-games/>

применительно к решению вопроса об охране результатов интеллектуальной деятельности нескольких создателей аналогичных объектов пока не получила широкой поддержки, например, в практике российских судов (Kashanin, 2016).

Безусловно, эта проблема требует тщательного изучения. Авторы настоящей статьи не ставили перед собой задачу найти единственно верное решение для квалификации виртуального контента. Целью было показать существующие проблемные точки и обозначить возможные пути, по которым могло бы пойти регулирование данной сферы в случае его необходимости.

Список литературы / References:

1. Sutyryna, E. V., & Kapinerova, K. E. (2018). Pravovoe regulirovanie komp'yuternogo sporta v Rossijskoj Federacii [The legal regulation of e-sport in the Russian Federation]. *Nauka XXI veka*, (2), 1–9.
2. Fairfield, J. (2005). Virtual Property. *Boston University Law Review*, 85, 1047–1102.
3. Arkhipov, V. V. (2013). Virtual'noe pravo: Osnovnye problemy novogo napravleniya yuridicheskikh issledovanij [Virtual law: The main problems of a new area of legal research]. *Pravovedenie*, (2), 93–114.
4. Saveliev, A. I. (2014). Pravovaya priroda virtual'nyh ob'ektov, priobretaemyh za real'nye den'gi v mnogopol'zovatel'skikh igrah [Legal nature of virtual objects purchased for real money in multiplayer online games]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, 14(1), 127–150.
5. Ostanina, E. A. (2018). Osnovanie prisoedineniya k mnogopol'zovatel'skoj onlajn igre — dogovor s uchastiem potrebitel'ej [The ground for joining multiplayer online game — a contract with consumer]. (M. A. Rozkova Ed.). *Pravo v sfere Interneta: Sbornik statej* (pp. 201–224). Statute.
6. Lehdonvirta, V., & Virtanen, P. (2012). A new frontier in digital content policy: Case studies in the regulation of virtual goods and artificial scarcity. *Policy & Internet*, 2(3), 7–29. <https://doi.org/10.2202/1944-2866.1070>
7. Fairfield, J. (2008). Anti-social contracts: The contractual governance of virtual worlds. *McGill Law Journal*, 53(3), 429–476.
8. Novoselova, L., Gabov, A., Saveliev, A., Genkin, A., Sarbash, S., Asoskov, A., Semenov, A., Yankovskij, R., Zhuravlev, A., Tolkachev, A., Kamel'kova, A., Uspenskij, M., Krupenin, R., Kislyj, V., Zhuzhzhhalov, M., Popov, V., & Agranovskaya, M. (2019). Cifrovye prava kak novyj ob'ekt grazhdanskogo prava [Digital rights as a new object of civil rights]. *Zakon*, (5), 31–54.
9. Saveliev, A. I. (2013). Aktual'nye voprosy sudebnoj praktiki v sfere oborota programmno obespecheniya v Rossii [Current issues of judicial practice in the sphere of software turnover in Russia]. *Vestnik VAS RF*, (4), 4–36.
10. Kashanin, A. V. (2016). Criteria for copyrightability in Russian copyright doctrine and judicial practice. *Russian Law Journal*, 4 (2), 26–61. <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2016-4-2-26-61>
11. Kashanin, A. V. (2010). Razvitie vzglyadov na sootnoshenie lichnyh neimushchestvennyh i imushchestvennyh prav avtora v kontinental'noj doktrine avtorskogo prava [Development of views on the ratio of personal non-property and property rights of the author in the continental doctrine of copyright]. *Zakony Rossii: Opyt, Analiz, Praktika*, (7), 88–99.
12. Dratler, J. Jr., & McJohn, S. M. (2006). *Intellectual property law: commercial, creative, and industrial property*. ALM.

Вклад авторов:

Андрианова М. А. — научное редактирование, общая постановка исследовательской задачи, идентификация и исследование рисков провайдеров, связанных с правовой природой пользовательских соглашений, изучение потенциала саморегулирования сферы киберспорта.

Власенко Э. В. — научное редактирование, определение методологии исследования, идентификация и исследование проблем, связанных с запретом передачи игрового аккаунта и отказом в признании прав пользователей на виртуальные объекты.

The authors' contribution:

Maria A. Andrianova — conducted scientific editing; formulated the general research task; identified and investigated providers' risks connected with the legal nature of online games' terms of use; examined the perspective of cyber sport's self-regulation.

Ellina V. Vlasenko — conducted scientific editing; developed the research methodology; identified and investigated providers' risks associated with prohibition sharing a user's account and users' rights to in-game property.

Сведения об авторах:

Андрианова М. А. — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права им. С. Н. Лебедева, Московский государственный институт международных отношений (университет) МИД России, Москва, Россия.

m.andrianova@inno.mgimo.ru

Власенко Э. В. — соискатель кафедры международного частного и гражданского права им. С. Н. Лебедева, Московский государственный институт международных отношений (университет) МИД России, Москва, Россия.

Information about the authors:

Maria A. Andrianova — Ph.D. in Law, Associate Professor, Department of Private International and Civil Law, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University), Moscow, Russia.

m.andrianova@inno.mgimo.ru

Ellina V. Vlasenko — Ph.D. Student, Department of Private International and Civil Law, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University), Moscow, Russia.



ARTICLES

THE RIGHT TO A NAME: BACK TO THE FUTURE

Alim K. Ulbashev

French University College in Moscow
1, Leninskie Gory, Moscow, Russia, 119991

Abstract

This article focuses on the right to a name, which in private law doctrine is traditionally considered a basic human right. The meaning of this right is indisputable and holds a fundamental value for everyone, since a name individualizes each person. However, the purpose of this article is not to tell the history of this right, but to study its nature. The development of the internet and digital technologies has made it possible to take a fresh look at the right to a name; when registering on social media, a person also uses his or her name, and in some cases acquires a pseudonym (nickname). In this study, the author aims at answering the question of what, in the era of the internet, is truly meant by the right to a name.

Methodologically, there are two general approaches to understand the right to a name: the first one is Anglo-American and the second one is European. While it is typical for common-law countries to consider a name as an element of privacy, in continental legal tradition the right to a name is considered as a type of personal right, as well as one of the conditions of legal capacity. Both approaches are re-examined in this study.

Having started with the right to a name, in the final paragraph of the article the author reaches the issue of the right to a pseudonym. This topic is illustrated with the case of “the fight against rootless cosmopolitanism”, when many representatives of the Jewish intelligentsia in the Soviet Union became victims of discrimination, at a time when it public authorities assumed that the use of a pseudonym was dangerous as they could lose control over the people; ironically, many modern states have declared the same criticism of the right to a nickname regarding the internet. This example clearly shows that, throughout history, non-democratic regimes have systematically attacked and diminished the right to a name.

It is concluded that the advent of new technologies has not changed the essence of a name. Therefore, any unreasonable limitation of the right to a name and the right to a pseudonym should be defined as a violation of the basic principles of democracy and the rule of law.

Keywords

the right to a name, the right to a pseudonym, legal capacity, personal rights, privacy

Conflict of interest The author declares no conflict of interest.

Financial disclosure The study had no sponsorship.

For citation Ulbashev, A. K. (2020). The right to a name: Back to the future. *Digital Law Journal*, 1(3), 40–50. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-40-50>

Submitted: 23 Jun. 2020, accepted: 17 Aug. 2020, published: 30 Sep. 2020

ПРАВО НА ИМЯ: НАЗАД В БУДУЩЕЕ

А.Х. Ульбашев

Французский университетский колледж в Москве
119991, Россия, Москва, Ленинские горы, 1

Аннотация

Настоящая статья посвящена праву на имя, традиционно рассматриваемому в цивилистической литературе в качестве классического вида субъективных личных прав. Социальное значение этого права бесспорно, так как имя индивидуализирует абсолютно любого человека, представляя для него фундаментальную ценность. Однако цель статьи состоит не в пересказе хорошо известных сведений об истории и функциях этого права, а в изучении его сущности. Важно заметить, что роль права на имя существенно возросла в эпоху информатизации: развитие интернета и цифровых технологий затронуло и имя человека, формы и способы его использования. Так, регистрируясь в социальных сетях, человек использует свое имя, а в некоторых случаях приобретает псевдоним (никнейм). В этой связи автор стремится ответить на вопрос: как изменилось классическое право на имя в современных условиях?

Методологически существуют два основных подхода к пониманию права на имя: первый подход — англо-американский, второй — европейский. Если для стран общего права характерно понимание имени как элемента приватности, то в континентальной традиции право на имя рассматривается как вид личных прав, а также как одно из условий правоспособности. Оба подхода критически анализируются в настоящей статье.

Начав с права на имя, в последнем разделе статьи автор затрагивает право на псевдоним. Исследование иллюстрируется историческим примером так называемой «борьбы с безродным космополитизмом», когда многие представители советской еврейской интеллигенции стали жертвами дискриминации. В то время считалось, что использование псевдонима гражданами создает опасность для государства, теряющего контроль над людьми. Многие современные государства повторяют доводы советских государственных и партийных функционеров, критикуя свободу использования псевдонимов (никнеймов) в интернет-пространстве и требуя усиления контроля над гражданами. Этот пример ясно показывает, что на протяжении всей истории недемократические режимы ограничивали право на имя.

В заключение сделан вывод, что появление новых технологий не изменило сути права на имя. Вот почему любое необоснованное ограничение права на имя и права на псевдоним следует квалифицировать в качестве нарушения основных принципов демократии и верховенства права.

Ключевые слова

право на имя, право на псевдоним, правоспособность, личные права, приватность

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Ульбашев, А. Х. (2020). Право на имя: назад в будущее. *Цифровое право*, 1(3), 40–50. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-40-50>

Поступила: 23.06.2020, принята в печать: 17.08.2020, опубликована: 30.09.2020

Introduction

In a civilized society, a name is an attribute of any free person. Recognizing the natural right of a human being to have their own name, regardless of gender, race, origin, social status, ethnic, or religious affiliation, the legal order ensures the equality of citizens (van Bueren, 1998). Today in Russia, as well as in Western countries, the right to a name is more and more frequently attracting the attention of scholars, politicians, and ordinary citizens.

There are many examples in history when the governments *de jure* or *de facto* restricted the right to a name. *Exempli gratia*, the collapse of the tsarist Russia and the victory of Bolshevism led to the situation in which carrying noble surnames became a sign of belonging to the “social class of exploiters”. Former nobles who had not left the country after the revolution were forced to change their names to ones that were more “appropriate”. These processes turned out to be especially dramatic for those national minorities that became victims of forced “integration” into the Soviet society and consequently were deprived of their own ethnic and religious identity.

However, the most devastating blow to the right to a name took place in Nazi Germany (1933–1945). Thousands of people, not belonging to the so-called Aryan race, were sent to concentration camps; there they were deprived of their names, instead being assigned numerical designations. By justifying this policy through the need for “accounting” and “control” over the “special contingent”, the ideologists of fascism were actually attempting to achieve their main goal: to diminish the human dignity of prisoners and to deprive citizens of their own identity.

Being a natural right — in other words, existing not by the “grace of the sovereign”, but by virtue of the *causa naturalis* — the right to a name has long been, and remains, a field for political battles. Only since the 19th–20th centuries did the right to a name (*Namensrecht*, *droit au nom*) gain formal recognition in the legislation of European countries. Despite the fact that the first private law codification that formalized the right to a name was the German *BGB* (1896), even earlier it was possible to see how an independent concept of the right to a name began its germination in the judicial practice of continental Europe.

Today, the European legal doctrine has defined the concept of a “name” as an element or condition of legal capacity, while the right to a name is considered as a traditional kind of personal right (*Persönlichkeitsrecht*, *droits de la personnalité*).

Paradoxically, the foundation and formation of the right to a name initially occurred in the field of trade. In the past, the name by itself attested the merchant’s professional and business qualities; the name was a guarantee of the merchant’s solvency (Sedano & Doskow, 2001); thus, the name was perceived as an independent merchant’s proprietary benefit *sui generis*. As a result, development of the economic relations regarding names inevitably stimulated legislators and the courts all over the world to improve the legal framework of these relations. Many decades and even centuries later, the right to a name became considered to be a universal right for each person.

Currently, almost any legal order excludes a situation where their citizens could be “nameless”. Parents are responsible for giving a name to their child (Article 58 of the Russian Family Code). What is the reason for such “concern” of the sovereign about the citizens?

At first glance, the state always has a pragmatic interest in registering the population (for tax and statistical purposes, military recruitment, etc.); it is clear that names are primary tools for such a policy (Simon, 1981). Much evidence across history can justify this statement. For example, at the end of the 18th century, after the division of the Polish-Lithuanian Commonwealth (*Rzeczpospolita*) and the annexation of these territories with a Jewish population to the Russian Empire, a large-scale

policy was launched to forcibly endow Jews with surnames with the purpose of imposing military conscription and taxation upon the Jews (Agranovsky & Kopilevich, 1995)¹.

Thus, the significance of a name for the purposes of public regulation is beyond doubt. For this reason, in France and later in many other European countries, the right to a name was considered as an institution or a tool of civil policy (*une institution de police civil*) that has the goal to individualize the citizens in, according to Planiol, an “administrative way” (Planiol, 1920).

However, this approach to the right to a name ignores the private and personal nature of a name. Taking this approach, this right may seem to exist only to the extent it is necessary for society and the state, with the interests of the individual being secondary. Understanding this contradiction, the European doctrine developed a new approach to a name being a specific private right of a citizen.

Over the last decades, the rapid development of the internet has expanded human capabilities. Indeed, regarding this right, people are able to change their account names every single day and hide their identities. This presents a challenging question for legal orders around the world, regarding how to deal with these new steps.

Methodology

This study was conducted with two basic methods: comparatively and historically. The combination of these approaches helps to reveal the evolution of the right to a name in various Western countries.

In addition, author provides his own methodology, distinguishing between the right to a name and the rights *from* the name.

The right to a name is mentioned in Article 7 of the Convention on the Rights of the Child (November 20, 1989), which establishes that a child shall be registered immediately after birth and shall also have the right to a name from that moment. The fact that the right to a name is placed in the Convention — on a par with the right to citizenship — confirms that a name, as well as citizenship, is considered as the most integral element of general law.

There are many definitions of the right to a name. For instance, Marina N. Maleina (2000) understands the content of the right to a name as “constituting the powers to possess, use, and dispose the name” (Maleina, 2000). Thus, this requires taking a step back, as it actually offers the 19th-century “proprietary” concept of the right to a name.

In turn, Alexander M. Erdelevsky (1999) sees the right to a name as represented through other powers, determining their composition more substantively: the right to *receive* a name, the right to *use* a name, the right to the *inviolability* of a name, the right to *change* a name, the right to *protect* a name (Erdelevsky, 1999).

Nevertheless, it seems that neither definition is quite perfect. On the one hand, the right to a name is more or less equal to the right to *receive* a name (the last one has mostly the public/administrative law origin and meaning). On the other hand, the right to a name, classifying as a private subjective right, can be confused with its legal capacity alone. Consequently, it is possible to come to an erroneous conclusion that the right to a name is a “private-public hybrid”.

Indeed, the “pure” right to a name exists only in public law (primarily as the fundamental human right to receive a name). At the same time, private law regulation requires speaking about *the*

¹ The problem of registering the Jewish population in Russia persisted until the Russian revolution in 1917 and was mentioned in few Sholem Aleichem's stories (e.g., “Railroad Stories”, in Yiddish “Ayznban-geshikhtes”).

rights from the name, i.e. those subjective rights that are affected and engendered by the private life (privacy) of a citizen, including the right to use a name, the right to inviolability of the name, the right to change a name, the right to protection of the name, etc. The rights *from the name* always have a secondary nature from the right to a name (“*there are no rights from the name without the right to a name*”, in other words, “*the rights from the name follow the right to a name*”).

Results & Discussion

When using nicknames on the internet, a person does not lose their right to a name. On the contrary, they exercise this right. Moreover, recognizing that the internet is a part of private life, the state should treat it with the utmost respect.

The use of a nickname does not contain anything illegal. It can be compared to wearing a burqa. Although the pseudonym “covers the personality”, it does not replace the name (just as the veil, hiding the face of a woman, does not literally depersonalize her). The pseudonym, just like the wearing of a burqa, is a free choice by a free person.

General Notes

“The name is not only sound and smoke”² (Götting, 1995); it also enables the identification of every human being in society, and to some extent serves the purpose of personal representation (*Unterscheidungskennzeichen*) (Götting, 1995). At the same time, most authors are unanimous in the opinion that, as an element of legal capacity, the name provides an abstract opportunity to realize legal rights and duties (Fleishitz, 2009). Thereby Aude Bertrand-Mirkovic (2004) refers to the name as an element of legal capacity (*le nom constitue un des éléments de la personne*) along with age, gender, marital status, citizenship, and place of residence (Bertrand-Mirkovic, 2004).

It would seem that the Russian legislator adheres to a similar approach. Provisions on the name (Article 19 of the Civil Code) are included in Chapter 3 of the Code, placed immediately after the general rules on legal capacity (Articles 17–18 of the Civil Code). There is an explanation for this legislative decision: in the absence of a name, the legal capacity of a citizen is purely nominal. On the one hand, the legal capacity is recognized from the moment of birth (Article 17 of the Civil Code), but on the other hand, it is impossible to realize this without a name. A person commits any legally significant actions with an indication of a name and its confirmation with ID (like passports). There are practically no situations that would allow a person to use social benefits without a name (Pirogova, 2017).

In general, courts do not deny that names are an element of legal capacity. It was stated in one of the acts of the Constitutional Court of the Russian Federation that “the provision of the first paragraph of Article 19 of the Civil Code of the Russian Federation establishes that a citizen acquires and exercises rights and obligations under their own name, including the surname, name, and patronymic, unless otherwise follows from the law or national custom, [...] it ensures that a citizen realizes the legal capacity”³.

However, in Article 150 of the Civil Code, the legislator mentions the name among other such intangible goods, while not disclosing the content of this term. Is it possible to consider that the term “name” as used in Articles 19 and 150 of the Civil Code has identical content in both norms? If

² This is a paraphrase of the famous words of Faust: “*Name ist Schall und Rauch*”.

³ Opredeleniye Konstitutsionnogo Suda of the Russian Federation No 1667-O [Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation 1667-O] (2015).

the answer is “yes”; then another question arises: can the name be an object of personal rights (the so-called “right to a name”) as well as an element of the legal capacity at the same time?

Certainly, the name (including surname, first name, and patronymic) by itself presents a designation of a human being and serves as a means of the individualization of a citizen in private law relations (Korneev, 2012). A name is considered as a necessary condition for the participation of an individual in legal relations. This fact already characterizes the name as an element of legal capacity that traditionally means the ability to be a carrier of the rights and obligations.

The Supreme Court of the Russian Federation sees the problem of identification by names, too. In one case, a citizen appealed to the court, demanding that the regulation on a passport be declared invalid because it did not allow an accent mark (word stress) to be put in the last name of the man. The plaintiff insisted that the lack of special rules on the use of accent marks violated the right to a name. The Supreme Court did not agree with this statement, and found that “the main purpose of the passport is personal identification and it is based on the letter designation of the name; [...] putting the accent mark has no legal significance and does not deprive the applicant’s right to a name”. In other words, the Supreme Court follows Planiol’s concept of *une institution de police civil* (Planiol, 1920).

However, the question of whether the name acts as an independent and intangible good remains relevant. Traditionally, private law doctrine defines intangible goods as external forms of personal interests (Fleishitz, 2015). Nevertheless, the name itself does not reflect personal interests. In this sense, the name of a person provides their individualization. A person can exercise personal interests by changing his/her name, using a pseudonym, giving a name to his/her child, etc.

Not the name *per se* but its integrity can be considered as an intangible good (in the sense of Article 150 of the Civil Code). It means that the law protects not the name but the possibility of its free and autonomous usage. This can be explained by a classic example. Article 19 (4) of the Civil Code establishes an imperative ban on the acquisition of rights and obligations under the name of another person. Such a restriction is traditional for European law, and was decisively explained by the famous Russian scholar Mikhail M. Agarkov (2012): the law does not prohibit changing the name, but prohibits abusing its right, deceiving people, and impersonating someone (Agarkov, 2012).

In Article 1265 of the Russian Civil Code, the legislator defines and differentiates the right of authorship and the right of the author to a name: the first idea is understood as the right to be recognized as the author of a work, whilst the second one is defined as the right to use or authorize the use of the work under either the given name (pseudonym) or something unspecified (anonymously). In both cases, the object of the legal protection is not a “bare name”, but the inviolable, free, and autonomous use of the name.

This explains why in § 823 BGB the German legislator does not mention the name amongst other intangible goods (along with life, health, freedom, etc.); on the contrary, § 12 BGB, proclaiming the right to a name, only prohibits the unlawful use of the name of another person and determines the way to protect the rights to a name. The object of private law protection (and therefore, the object of personal rights) is not the name itself, but the legal possibility of its owner to use their own name freely and autonomously, as well as to require third parties to respect the inviolability of the name.

⁴ Opredeľeniye Verkhovnogo Suda of the Russian Federation No APL13-136 [Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No APL13-136] (2013).

Name and Public Interests

Starting in the 1950s, a notable discussion began in Soviet jurisprudence on the regulatory impact of the state (more precisely, of the socialist government) on the so-called “non-economic” relations and “pure” personal rights in the civil legislation; then, there was a widespread opinion that the legal order did not regulate, but merely protected, personal rights, including the right to a name (Bratus, 1963; Ioffe, 1966).

Usually, the supporters of this idea provided only one example: “honor and dignity are not able to be considered as objects of any legal regulation; law in general, including civil law, is intended only to ensure protection (but not regulate) these rights” (Ioffe, 1962). Later, Yekaterina A. Fleishitz and Alexander L. Makovsky (1963) showed that it was impossible to protect something legally without regulating it (Fleishitz & Makovsky, 1963). The right to a name is a good case: the legislator guarantees the inviolability and integrity of a name, and at the same time sets the system of norms which clarify how to use and protect this name.

Thus, this scholastic play on words ended, and a more serious question arose: to what extent should the state (public authority) regulate private rights? How to avoid violation of privacy? To answer these questions, it is necessary to look closely at one particular right, that being the right to a name.

Historically, there were two fundamentally different approaches to regulating the right to a name. The first model might be called the Anglo-American approach; it provided extremely liberal regulation of choosing, changing, and using a name. Contrarily, the European approach proceeded from the idea that, as an element of private life or privacy, a name is a very limited aspect thereof; that is why the state had legitimate grounds to regulate the right to a name, setting strict rules on this right.

Today, these two approaches are undergoing serious transformations and convergences.

For a long time, this area of regulation was not in the field of interests of the Russian legislator. However, in May 2017, Article 58 of the Russian Family Code was amended by a norm which restricted parents’ right in choosing a child’s name: according to the new provisions, the use of numbers, alphanumeric designations, and non-letter characters, as well as indications of ranks and titles, is prohibited.

It should be noted that even before 2017 officials and courts refused to register “unusual” names, indicating that “according to the rules of the Russian language, the person’s first name is grammatically a noun. Names are written with a capital letter; two capital letters in the spelling of the name cannot be used. The standards of the Russian language do not allow to use numbers in the name⁵⁷”. Moreover, this was practiced not only in cases of choosing a name for a child, but also in disputes arising in connection with refusals by registry offices to register name changes by adult citizens. Thus, if before it was the decision of the courts, now the legislator has enshrined this attitude in the Family Code.

The Russian legislator is not the first to begin regulating the right to a name so specifically. However, restrictions of this kind should always be balanced, considering differing private and public interests and not interfering with privacy (Griffith, 2016).

Today, Russia is only at the beginning of its path to an effective and justified regulation of the right to a name. In this sense, it should take into account the well-worn Western experience, even though sometimes such foreign experience is not always perfect. For example, a Californian court

⁵ Opredeleeniye suda apellyatsionnoy instantsii po delu No 33a-1700/2016 [Appeal ruling of the Altai area court No 33a-1700/2016] (2016).

refused to register the name *Lucía*, referring to the fact that the letter *í* (as well as other designations containing pictograms, ideograms, and diacritical marks) are not provided for by English grammar; at the same time, the court did not find anything illegal and antisocial in the fact that the Campbell couple from New Jersey called their child Adolf Hitler (Larson, 2011).

There is no doubt that any civilized legal order should protect children from parental tyranny, since an “unusual” name can cause serious traumas and difficulties to a child in their future. However, extending such restrictive rules to the names of adults, who have full legal capacity, requires special justification. When restricting any human right, the legislator must provide clear and coherent political and legal arguments for the validity of such a restriction (otherwise, the scope of such prohibitions may be unreasonably extended, for example, by prohibiting the use of local, national, religious and other rare names, etc.) (Kushner, 2009).

The Right to a Name in the Era on the Internet

Public authorities in many countries seek to tighten control over citizens and their correspondence on the internet, as well as to limit their right to the anonymous use of social media (e.g. the Great Firewall of China). It seems that the use of pseudonyms (nicknames) are perceived as a threat to public order.

At the same time, social media themselves are trying to establish self-regulation, finding a balance between the protection of users’ personal data and cooperation with the state on security matters.

In the 2000s, the Russian courts faced the problem of how to legally qualify reposting, i.e. when one user of information (material) copies that of another user and places this in their own account. The Moscow city court concluded that it is a type of citation, and therefore the relevant norms of civil legislation on citation were applied to this case⁶. Similarly, the Intellectual Property Court of the Russian Federation equated nicknames and pseudonyms⁷.

Such examples prove that, at first glance, many “new” phenomena are actually well known, although they are “disguised” in a new form. Consequently, regulation arising from such “new” objects of rights in most cases can be ensured by classical legal norms and constructions.

More specifically, an idea of anonymity in the virtual space is new only in form, as in substance it is a modification of the right to a pseudonym. Therefore today, to see the patterns and contradictions in the development of this right, it is necessary to turn to the history of the right to a pseudonym.

The Right to a Pseudonym

In the system of subjective civil rights, the right to a pseudonym is the younger sibling of the right to a name. The right to a pseudonym as a personal right to use a fictitious name is mentioned several times in Russian civil legislation (articles 19, 1265 of the Civil Code, etc.). Historically, the right to a pseudonym was considered as an “attribute” or, more precisely, a variation on the more general right to a name.

Legislators all over the world recognize pseudonyms: although a pseudonym does not formally replace the actual name, in Germany, for instance, it may be used even in official documents and certificates (*Pass* or *Personalausweis*) as so-called *Deckname*. This mechanism allows not only “raising”

⁶ Opređeleniye suda apellyatsionnoy instantsii po delu No 33-44177/2018 [Appeal ruling of the Moscow City Court No 33-44177/2018] (2018).

⁷ Postanovleniye Suda po intellektual'nym pravam No S01-940/2018 [Ruling of the Intellectual Property Court No C01-940/2018] (2019).

the status of a pseudonym, but also ensures due legal protection of the pseudonym along with the name (Köhler, 2016).

It is known that the use of a pseudonym has historically been widespread in the area of arts. Therefore, in textbooks on civil law, issues around using a pseudonym were specifically addressed in sections on intellectual property. There was a belief that the use of a pseudonym may not be peculiar in the arts, yet could even be considered unacceptable in “ordinary” life, being the exclusive feature of the world of literature and arts: “real life resists the fantasy of disguising” (*das reale Leben sträubt sich gegen die Phantastik des Verkleidens*) (Köhler, 2016).

In Russian literature, each person’s ability to use an assumed name is not prohibited. This possibility is based on the principle of personal freedom (using the words of Joseph A. Pokrovsky, it is considered as an “eccentric right”). In other words, a person can use a pseudonym in any case when it is considered necessary.

Nevertheless, the idea that the right to a pseudonym is sacrosanct was not always recognized in Russia, and it is almost forgotten today. In 1951, the famous Soviet writer Orest Maltsev published a book called “The Yugoslav Tragedy” (“Jugoslavskaja tragedija”). It might have had no effect on the development of Soviet civil law, but for the fact that the author published his novel using the double name “Maltsev (Rovinsky)”. In turn, this fact caused Stalin’s anger: “Why [the last name] Rovinsky is in brackets? What’s the matter? [...] Apparently, it is pleasant for someone to emphasize ... that he is a Jew?” (Simonov, 1988).

In February 1951, With a “feeling” for the current Stalinist policy, the editorial board of the newspaper *Komsomolskaya Pravda* published an article by Mikhail Bubennov, “Do we need literary pseudonyms now?” on “rootless cosmopolitans.” Its main idea was that there was no intrinsic need to use a pseudonym in the “new” socialist society. According to the article, in tsarist Russia and capitalist countries, authors took pseudonyms to avoid possible persecution. Instead, in “the Soviet society of universal equality and true democracy” such problems did not exist (“socialism, built in our country, finally eliminated all the reasons that prompted people to take pseudonyms”).

To understand the context of this story, it is necessary to clarify that in the late 1940s and early 1950s Stalin’s government expanded huge anti-Semitic campaigns (“Doctors’ plot”, the murder of Solomon (Shloyme) Mikhoels, etc.), inspired personally by Stalin and therefore maintained at the highest state and party level.

It thus becomes clear that Bubennov’s article, despite at first glance being devoted only to the problem of pseudonyms in Soviet literature, was in fact frankly anti-Semitic in nature; the article criticized mostly Jewish writers such as Y. Kagan, S. Feinberg, N. Rambach, amongst others.

Bubennov’s article could have unleashed another round of anti-Semitic campaign (as, for example, another emblematic article of that era, “On one anti-patriotic group of theater critics”, did), had the outstanding Russian writer Konstantin Simonov not spoken in favor of owners of pseudonyms (“About one article” in “Literaturnaya Gazeta” of March 3, 1951). It is important to note that Simonov himself directly referred to the norms of Soviet civil legislation on intellectual property, showing that only the author had the right to decide whether the work would be published under their real name, a pseudonym, or anonymously. Simonov’s article brought this discussion into the “pure” legal field, and possibly saved hundreds of Jewish writers⁸.

⁸ Simonov, K. (1988). Diskussiya o psevdonimakh. Fragment knigi “Glasami cheloveka moego pokoleniya” [The dispute on pseudonyms. Fragment of the book “Through the eyes of the man of my generation”]. *Znanya*, (4), 49–121. Retrieved from Vivos Coco website: <http://vivovoco.astronet.ru/VV/PAPERS/LITRA/SIMONOV.HTM>

In this sense, it is significant to look how understanding of rights to names and pseudonyms changed in Russian literature.

In 1917, Pokrovsky (2013) justified the right to a name through the prism of “the interests of the human person that insistently demands recognition and protection” (Pokrovsky, 2013). Such ideas fit well alongside Western liberal ideas on the role of private law in human rights protection.

Later, in the 1930s, this point of view was supported and developed by Fleishitz (2015): “in Soviet civil law, the name appears in its true function that is a designation, individualizing a citizen as a carrier of rights and obligations” (Fleishitz, 2015).

During the “heyday” of Stalinism, no serious research was undertaken on the right to a name or the right to a pseudonym.

Analyzing the right to a name and the right to a pseudonym, an impartial researcher may wonder what the role of a pseudonym in society is. As an answer, the right to a pseudonym breaks all traditional dogmatic views on its “elder brother” of the right to a name. The right to a pseudonym allows a person to “hide” from society. Consequently, there is no reason to argue that this right exists for society and the state; on the contrary, it serves only the owner of that name. This is why one of the classic textbooks on civil law (1950) had no mention of the right to a pseudonym (Genkin (ed.), 1950).

The new stage in the development of the right to a pseudonym began right after Stalin’s death. In this sense, the most notable event was the publication in 1957 of Fleishitz and Antimonov’s book “Copyright”. Only one page in this book was devoted to the questions of using a pseudonym; however, this turned out to be enough to elevate the right to a pseudonym again to the status of an independent human right.

References:

1. Agarkov, M. (2012). *Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu [Selected works on private law]* (Vols. 1–2). Statute.
2. Agranovsky, G., & Kopilevich, K. (1995). Kogda rossijskie evrei prinyali familii [When did Russian Jews adopt last names?]. *The Journal of Hebrew University in Moscow*, 1(8), 80–82.
3. Bannasch, M. (2014). *Der Gemeingebrauch des Namens [Common usage of the name]*. Mohr Siebeck.
4. Bertrand-Mirkovic, A. (2004). *Droit civil: Personnes, famille [Civil law: People, family]*. Studyrama.
5. Bratus, S. (1963). *Predmet i sistema sovetskogo grazhdanskogo prava [The subject and system of the Soviet civil law]*. Gosjurizdat.
6. Erdelevsky, A. (1999). Pravo na imya i ego zashchita [The right to a name and its protection]. *Justice*, 10, 15–18.
7. Fleishitz, Y. (2009). Sootnoshenie pravosposobnosti i sub”ektivnyh prav [The ratio of legal capacity and subjective rights]. *Civil Law Review*, 9(2), 209–230.
8. Fleishitz, Y. (2015). *Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu [Selected works on civil law]* (Vols. 1–2). Statute.
9. Fleishitz, Y., & Makovsky, A. (1963). Teoreticheskie voprosy kodifikacii respublikanskogo grazhdanskogo zakonodatel’sstva [Theoretical issues of the codification of the republican civil legislation]. *Soviet State and Law*, (1), 79–91.
10. Genkin, D. (Ed.). (1950). *Sovetskoe grazhdanskoe parvo [Soviet civil law]*. Gosjurizdat.
11. Götting, H.-P. (1995). *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte [Personal rights as property rights]*. Mohr Siebeck.
12. Griffith, R. (2016). Parents’ right to name their baby. *British Journal of Midwifery*, 7(24), 525–527. <https://doi.org/10.12968/bjom.2016.24.7.525>

13. Ioffe, O. (1962). Novaya kodifikaciya sovetskogo grazhdanskogo zakonodatel'stva i ohrana chesti i dostoinstva grazhdan [New codification of the Soviet civil legislation and protection of honor and dignity]. *Soviet State and Law*, (7), 59–71.
14. Ioffe, O. (1966). Lichnye neimushchestvennye prava i ih mesto v sisteme sovetskogo grazhdanskogo prava [Personal rights and their place in the system of Soviet civil law]. *Soviet State and Law*, (7), 51–59.
15. Köhler, H. (2016). *BGB. Allgemeiner Teil [BGB. General part]*. C.A. Beck.
16. Korneev, S. (2012). *Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu [Selected works on civil law]*. Statute.
17. Kushner, J. (2009). The right to control one's name. *UCLA Law Review*, 57(2), 31–364. <https://www.uclalawreview.org/the-right-to-control-ones-name/>
18. Larson, C. (2011). Naming baby: The constitutional dimensions of parental naming rights. *The George Washington Law Review*, 80, 159–201. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1747858>
19. Maleina, M. (2000). *Lichnye neimushchestvennye prava grazhdan: Ponyatie, osushchestvlenie i zashchita [Personal rights of citizens: The Concept, realization, and protection]*. MZ Press.
20. Pirogova, E. (2019). Otvetstvennost' roditel'ej za nesvoevremennuyu registraciuyu rozhdeniya rebenka [Responsibility of parents for the late registration of a child's birth]. *Family and Housing Law*, (1), 14–17.
21. Planiol, M. (1920). *Traité élémentaire de droit civil, Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapables, Les biens [Elementary treatise on civil law, general principles, persons, family, incapable persons, Property]*. Librairie générale de droit & de jurisprudence.
22. Pokrovsky, J. (2013). Osnovnye problemy grazhdanskogo prava [The main problems of private law]. Statute.
23. Sedano, L., & Doskow, E. (2001). *How to change your name in California*. Nolo.
24. Simon, J. (1981). *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen [The general right of personality and its commercial manifestations]*. Duncker & Humblot.
25. van Bueren, G. (1998). *The international law on the rights of the child*. Martinus Nijhoff Publishers.

Information about the author:

Alim K. Ulbashev — PhD in Law, lecturer at the French University College in Moscow, Russia.

alim-ulbashev@mail.ru

Сведения об авторе:

Ульбашев А.Х. — кандидат юридических наук, лектор Французского университетского колледжа в Москве, Россия.

alim-ulbashev@mail.ru

СТАТЬИ

СМАРТ-КОНТРАКТЫ В ТОРГОВЛЕ ВНЕБИРЖЕВЫМИ ДЕРИВАТИВАМИ: ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

К.А. Бобков

Московский филиал «Сова Капитал Лимитед»
119049, Россия, Москва, ул. Коровий Вал, 5

Аннотация

Настоящая статья посвящена изучению возможностей и проблем, связанных с имплементацией смарт-контрактов в процесс торговли внебиржевыми деривативами. Значение успеха специалистов, работающих в данном направлении, сложно переоценить: рынок внебиржевых деривативов огромен, а автоматизация и прозрачность, обеспеченные внедренными смарт-контрактами, могли бы существенно повысить его экономическую эффективность. В этой связи автор стремится ответить на вопрос: какие аспекты торговли внебиржевыми деривативами совершили бы качественный рывок в развитии в связи с внедрением смарт-контрактов, а какие, наоборот, не получают никакого эффекта от имплементации соответствующих технологий.

Сначала автор рассматривает рынок внебиржевых деривативов, его внутреннее устройство, особенности функционирования и архитектуру правовой документации, используемой участниками рынка. Затем следует анализ феномена смарт-контрактов, обзор их технических аспектов, а также сложностей, связанных с имплементацией смарт-контрактов на практике, в том числе и в юридической плоскости. Третья часть является синтезом идей, отраженных в предыдущих частях. Здесь автор исследует перспективы внедрения смарт-контрактов в торговлю внебиржевыми деривативами и констатирует наличие ряда пока неразрешимых проблем в этой связи: отдельные элементы правоотношений, складывающихся между субъектами торговли, должны быть организованы гибко и подлежать пересмотру при определенных условиях. Смарт-контракты, в свою очередь, не являются гибким инструментом, а для пересмотра своих условий требуют вовлечения высококвалифицированных специалистов, что существенно повышает стоимость их внедрения и обслуживания.

В заключение статьи автор дает рекомендации потенциальным разработчикам смарт-контрактов внедрять их только в части автоматизации расчетов и поставок, поскольку на настоящий момент именно клиринг является наиболее подходящей сферой для использования смарт-контрактов.

Ключевые слова

цифровое право, внебиржевые деривативы, смарт-контракт, Международная организация свопов и деривативов, финансовые рынки, рынки капиталов

Конфликт интересов

Автор сообщает об отсутствии конфликта интересов.

Финансирование

Исследование не имело спонсорской поддержки.

Для цитирования

Бобков, К. А. (2020). Смарт-контракты в торговле внебиржевыми деривативами: правовые аспекты. *Цифровое право*, 1(3), 51–64. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-51-64>

Поступила: 02.08.2020, принята в печать: 15.09.2020, опубликована: 30.09.2020

ARTICLES

SMART CONTRACTS IN OTC DERIVATIVES TRADING: LEGAL ASPECTS

Kirill A. Bobkov

Moscow Branch of Sova Capital Limited
5, Koroviy Val, Moscow, Russia, 119049

Abstract

The article focuses on opportunities and problems connected with implementation of smart contracts into “over-the-counter” derivatives trading. The importance of success of professionals who work on this cannot be underestimated: the volume of “over-the-counter” derivatives market is huge, its automatization and transparency provided by implemented smart contracts could dramatically increase its economic efficiency. In this study, the author aims at answering the following question: what aspects of “over-the-counter” derivatives trading could take a quantum leap because of the implementation of smart contracts and, per contra, what aspects could not benefit from implementation of underlying technologies at all.

The author starts with the overview of “over-the-counter” derivatives market, investigates the matter of its internal design, main features and the structure of legal documentation used by market participants. Then the article provides the analysis of smart contract phenomenon, summary of its engineering aspects and difficulties connected with the implementation of smart contracts as a practical matter, including underlying legal issues. The third part is a synthesis of ideas indicated in previous parts. Herein the author examines the perspectives of adoption of smart contracts in “over-the-counter” derivatives trading, identifies the problems that cannot be resolved yet: different parts of legal relations existing between market participants shall be structured in a flexible way and shall be subject to revision under specific conditions. Smart contracts in their turn cannot be considered as a flexible tool and the revision of their terms requires the input from highly experienced specialists that dramatically increases the costs of their implementation and maintenance.

As a matter of conclusion, the author gives recommendation to potential developers of smart contracts to implement them only in relation to the automatization of payments and deliveries as at the moment the clearing can be considered as the most appropriate area for the implementation and use of smart contracts.

Keywords

digital law, OTC derivatives, smart contract, International Swaps and Derivatives Association, financial markets, capital markets

Conflict of interest	The author declares no conflict of interest.
Financial disclosure	The study had no sponsorship.
For citation	Bobkov, K. A. (2020). Smart contracts in OTC derivatives trading: Legal aspects. <i>Digital Law Journal</i> , 1(3), 51–64. https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-3-51-64

Submitted: 2 Aug. 2020, accepted: 15 Sep. 2020, published: 30 Sep. 2020

«Деривативы очень похожи на бритву. Мы можете ею побриться и порадовать девушку своим внешним видом. Или вы можете порезаться этой бритвой насмерть».

Financial Times, март 1995

Деривативы — финансовый продукт, который является производным (англ. “derives from”) от какого-либо базового актива: валюты, ценных бумаг, процентных ставок, рыночных индексов и т. д. Среди деривативов можно выделить опционы, фьючерсы, форварды, свопционы и т. п. Классификация деривативов осложняется еще и тем, что существуют деривативы, производные от других деривативов.

Деривативы используются для двух основных целей: хеджирование риска и спекуляции.

Рынок деривативов

Значение и величина рынка деривативов

Точно оценить объем рынка деривативов очень сложно из-за того, что нет единообразного подхода к таким расчетам: исследователи спорят (Stankovska, 2017), стоит ли включать условную сумму обязательства (англ. “notional amount”) в расчет объема рынка деривативов.

Проиллюстрировать разницу подходов можно на примере процентного свопа: несмотря на внушительную (по общему правилу) условную сумму обязательства, которая обычно включается в расчет стоимости соответствующего свопа, в течение «жизни» свопа стороны обмениваются только выплатами процентов от соответствующей суммы.

По мнению ряда аналитиков (Blundell-Wignall & Atkinson, 2011), рынок деривативов превышает десять мировых ВВП. Статистика Банка международных расчетов¹ свидетельствует о том, что на декабрь 2019 года условная сумма обязательств по всем внебиржевым деривативам составляла 559 триллионов долларов.

Рынок деривативов огромен и продолжает расти в условиях кризисных явлений, политической напряженности и сложных экономических процессов, происходящих в обществе (Cable, 2009). Это связано с тем, что деривативы — один из главных инструментов по управлению риском в постоянно меняющемся мире, но деривативы обладают еще целым рядом других функций:

¹ Bank for International Settlements. (2020, May 7). *Statistical release: OTC derivatives statistics at end — December 2019*. https://www.bis.org/publ/otc_hy2005.pdf

- *риск-менеджмент*: как было указано ранее, деривативы привязаны к цене базового актива, поэтому, например, рыночный риск может быть нивелирован покупкой актива и одновременной продажей фьючерсного контракта или колл-опциона на него;
 - *ценообразование*: рынок деривативов служит важнейшим источником информации о ценах на финансовых рынках. Например, цены на форварды и фьючерсы используются для определения рыночных ожиданий в отношении цены базового актива;
 - *операционные преимущества*: рынок деривативов более ликвидный, чем спотовые рынки, поэтому транзакционные издержки ниже.
- Таким образом, деривативы делают финансовые рынки более эффективными.

Биржевые и внебиржевые деривативы

Биржевые деривативы — это стандартизированные контракты, торгуемые на официальных фондовых биржах. Непосредственными контрагентами здесь являются биржа и держатель дериватива. Условия контракта не подлежат обсуждению между сторонами, а его цена доступна публично.

Внебиржевые (англ. “over-the-counter”, “OTC”) деривативы — контракты, торгуемые вне биржи и содержащие условия, определенные и согласованные покупателем и продавцом.

Основные различия между биржевыми и внебиржевыми деривативами можно обозначить следующим образом:

- *регуляторные аспекты*: биржевые деривативы являются высоко регулируруемыми финансовыми продуктами через призму регулирования как деятельности самих бирж, так и финансовых инструментов, торгуемых на них;
- *риск контрагента*: в рамках всех биржевых сделок контрагентом всегда является сама биржа, которая обеспечивает и гарантирует проведение необходимых платежей и поставку обеспечения (маржи). Такого не происходит на внебиржевом рынке, поэтому стороны самостоятельно управляют этим риском, оценивая платежеспособность контрагента и его финансовую устойчивость;
- *стандартизация*: финансовые инструменты, торгуемые на бирже, стандартизированы — размером контракта, его срочностью, датой экспирации и перечнем доступных на бирже финансовых продуктов. Внебиржевые продукты «конструируются» для конкретного покупателя, и все вышеуказанные параметры адаптированы специально для его нужд;
- *ценовой риск*: торговые позиции в биржевых деривативах всегда могут быть закрыты, поскольку такие рынки ликвидны, однако это далеко не всегда возможно в случае внебиржевых экзотических деривативов, поскольку спрос на них крайне специфичен и может исходить только от нескольких инвесторов на рынке;
- *юридические риски*: по общему правилу биржевые деривативы подчинены очень детализированной нормативной основе. В отношении регулирования внебиржевых активов зачастую существует правовая неопределенность, поэтому участники рынка обращаются за юридическими заключениями к внешним консультантам;
- *риск непроведения расчетов*: биржи обеспечивают соблюдение сторонами исполнения своих обязательств в строго отведенные на это сроки. В случае с внебиржевыми деривативами ситуация обратная: проведение расчетов может быть просрочено одной из сторон, а ликвидационный неттинг может не защищаться законом некоторых стран.

Несмотря на все вышеуказанные недостатки и риски, внебиржевые деривативы являются гораздо более гибким финансовым инструментом, чем биржевые.

Правовые основы международной торговли внебиржевыми деривативами (документация ISDA)

Международная ассоциация свопов и деривативов (англ. “International Swaps and Derivatives Association”, “ISDA”) была создана в 1985 году для унификации и стандартизации рыночной практики с сфере внебиржевых деривативов и соответствующей документации.

Концепция ISDA Master Agreement

Ядром документации, разработанной ISDA, а также базой ее архитектуры является Генеральное соглашение ISDA (англ. “ISDA Master Agreement”). Оно является рамочным и в настоящий момент представлено в двух версиях, широко используемых на рынке: 1992 и 2002 года.

Каждая из версий разделена на 14 секций, в которых оговорены договорные основы взаимодействия сторон. В соответствующих секциях содержатся пункты о том, каковы будут последствия неисполнения обязательств из сделок каждой из сторон (например, в случае банкротства), порядок расторжения сделок и проведения ликвидационного неттинга, гарантии и заверения контрагентов, применимое право и т. д. Генеральное соглашение ISDA в редакции 2002 года содержит указания на 8 стандартных событий неисполнения (англ. “Event of Default”) и 5 событий расторжения (англ. “Termination Event”), которые будут подробно рассмотрены ниже.

Текст Генерального соглашения ISDA является текстом, заранее распечатанном на бланке (англ. “pre-printed form”) и подписываемым сторонами «как есть», без изменений.

ISDA Schedule

Стороны вносят изменения и/или дополнения в Генеральное соглашение ISDA путем согласования и подписания Приложения к нему (англ. “ISDA Schedule”).

Именно в приложении стороны выбирают опции, предложенные в Генеральном соглашении, добавляют новые события исполнения и/или события расторжения, устанавливают для них пороговые числовые значения, меняют формулировки оригинальных положений и т. д. (Johnson, 2005).

Именно содержание и формулировки ISDA Schedule являются основным камнем преткновения между контрагентами по будущим внебиржевым деривативным сделкам, на согласование этого документа обычно уходит несколько месяцев (Harding, 2010).

ISDA Credit Support Annex

Развитие торговли внебиржевыми деривативами продемонстрировало острую необходимость в наличии концепции «обеспечения» по сделкам для управления кредитными рисками.

Такая концепция была разработана в документации о предоставлении обеспечения (англ. “ISDA Credit Support documentation”). Она была воплощена в нескольких формах, основное различие между которыми заключается в применимом праве (английское право, право Нью-Йорка, японское право и т. д.) и в том, какова правовая природа прав получателя обеспечения на него: осуществляется ли полноценный переход правового титула или обеспечение носит залоговую природу.

Постановление (ЕС) Европейского парламента и Совета № 648/2012 от 4 июля 2012 года «О внебиржевых производных инструментах, центральных контрагентах и торговых репозиториях»

² International Swaps and Derivatives Association, Inc. (2019, February). *Legal guidelines for smart derivatives contracts: The ISDA Master Agreement*. <https://www.isda.org/a/23iME/Legal-Guidelines-for-Smart-Derivatives-Contracts-ISDA-Master-Agreement.pdf>

(англ. “EMIR”) и американский закон Додда Франка (вступил в силу в 2011 году) установили императивное требование о передаче обеспечения по деривативным сделкам в целом ряде случаев.

ISDA Confirmation

Поскольку все рассмотренные выше части архитектуры документации ISDA носят рамочный характер, стороны отражают параметры конкретных сделок в подтверждениях по сделкам (англ. “confirmations”). Таким образом, стороны устно или письменно договариваются об основных условиях сделки, которые впоследствии будут переложены в текст подтверждения, которым стороны обмениваются по электронной или обычной почте.

Следует отметить, что вся ISDA документация представляет собой «единый договор»: неисполнение обязательств по одной сделке может привести к расторжению всех сделок, механизм зачета (англ. “set-off”) распространяется на все заключенные сделки.

Подтверждения оперируют терминами из Генерального соглашения, при этом большую часть содержания подтверждений содержат экономические параметры совершенной сделки. В подтверждениях также стороны оговаривают дополнения к Генеральному соглашению и Приложению к нему, которые будут применяться только к данной конкретной сделке. В случае противоречий между условиями частей ISDA документации, освещенных выше, приоритет будут иметь положения, закрепленные в подтверждении по сделке.

Смарт-контракты

Определение термина «смарт-контракт»

Если подойти к определению смарт-контрактов не через строго научную призму лежащих в их основе технологий, а через их практическое применение, то смарт-контракты можно определить как автоматизированные самоисполняющиеся программы (бизнес-решения) (Szabo, 1996), базирующиеся на технологии распределенного реестра (блокчейн).

Цель использования смарт-контрактов — это исключение из сделок посредников и гарантов, эскроу-механизмов, соответствующих комиссий, а также ущерба от мошенничества контрагента и расходов на принудительное исполнение контракта через суд.

Содержание таких контрактов записано непосредственно в их коде, а сам контракт размещен в распределенном реестре (блокчейн). Обычно выделяют три основных элемента смарт-контракта (по аналогии с классическими договорами)³:

- *стороны*, которые подписывают смарт-контракт цифровыми ключами;
- *предмет договора* — в его основе должны лежать те явления, которые либо уже существуют в среде распределенного реестра (блокчейна), либо могут быть на него переложены;
- *специально оговоренные условия*, которые должны быть математически интерпретированы и изложены на языке программирования.

Исследование разновидностей распределенных реестров (блокчейна) не является целью настоящего эссе, однако можно отметить, что они бывают публичные (открытые), непубличные (закрытые) и гибридные. При достаточном финансировании и подробном техническом задании можно разработать распределенный реестр (блокчейн), подходящий под определенные цели и удовлетворяющий необходимым исходным данным.

³ Harley, B. (2017, August 2). *Are smart contracts contracts?* Clifford Chance. https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/08/are_smart_contractscontracts.html

Функционал смарт-контрактов

Примеры применения смарт-контрактов можно вывести из их ключевых преимуществ:

- **автономность:** ничто не может вмешаться в работу смарт-контракта или внести изменения в его содержание, что открывает широкие перспективы по автоматизации бизнеса;
- **безопасность:** криптография, лежащая в основе технологии распределенных реестров, является одним из самых лучших в мире методов по обеспечению безопасности всего протокола;
- **экономическая эффективность:** удаление из договорной цепочки посредников одновременно снижает сопутствующие расходы и комиссии;
- **быстродействие и точность:** поскольку все условия договора заранее переложены на язык программирования и, соответственно, выражаются в формулах, расчеты осуществляются гораздо быстрее классических решений.

Использование смарт-контрактов в следующих сферах может коренным образом изменить соответствующие индустрии:

- **рынок ценных бумаг:** деятельность депозитариев и реестродержателей, переложенная на блокчейн, станет гораздо более эффективной и прозрачной. Для этих целей также можно предусмотреть автоматизацию выплат дивидендов, дробление акций, голосование по ним и т. д.;
- **международная торговля / трансграничные платежи:** интеграция смарт-контрактов существенно повысила бы ликвидность многих классов активов, ускорила взаиморасчеты и решила вопросы валютного контроля, а также упростила разрешение споров между контрагентами за счет автоматизации обязательств сторон и санкций, применяемых к ним за неисполнение соответствующих обязательств;
- **финансовые услуги (займы и ипотеки):** автоматизация выплат по ипотеке и займам, проведение расчетов без ошибок и в срок, а также прозрачность условий и кредитной истории;
- **финансовая отчетность и финансовые показатели:** неизменность этих данных и цифровой след каждой проведенной транзакции позволили бы не только строить более точные бизнес-модели, но и отслеживать все денежные потоки, упростить прохождение аудита и соответствие требованиям по раскрытию информации для публичных компаний;
- **логистика:** внедрение смарт-контрактов в логистические цепочки позволит эффективно бороться с контрафактом, а также оптимизировать работу отдельных узлов поставок и/или хранения;
- **страхование:** одна из самых эффективных отраслей для имплементации смарт-контрактов. Внедрение необходимых технологий позволило бы снизить количество споров и судебных разбирательств между страхователями и страховщиками, а интеграция смарт-контрактов вместе с технологиями Интернета вещей (англ. “Internet of things”) позволила бы упростить предоставление всех необходимых доказательств (например, в случае причинения ущерба имуществу в результате форс-мажора) и сделать перечисление страховой выплаты безусловным при наступлении страхового случая⁴.

Таким образом, особенности функционирования смарт-контрактов и их технологическая природа могли бы, при правильной их имплементации, вывести ряд классических устоявшихся институтов на совершенно иной уровень, в котором бы сочетались большая эффективность и клиентоориентированность процессов.

⁴ Deloitte. (2016, December 2016). *Over the horizon. blockchain and the future of financial infrastructure*. <https://www2.deloitte.com/au/en/pages/financial-services/articles/over-horizon-blockchain-future-financial-infrastructure.html>

Проблемы имплементации смарт-контрактов

Существует ряд споров о том, как соотносятся смарт-контракты и классические юридические контракты⁵. Некоторые специалисты полагают, что сами по себе смарт-контракты не могут быть признаны юридически обязывающим договором, а лишь представляют собой метод автоматизации исполнения сторонами своих обязательств / применения санкций, который может быть установлен обычным юридическим контрактом. Поэтому следует различать смарт-контракты исключительно в форме кода, без какой-либо классической текстовой словесной основы, и смарт-контракты, которые являются приложением к обычной устоявшейся форме договора.

В американской юридической науке проводится четкая разница между соглашением и контрактом (Corbin, 1917). Федерального договорного права в США не существует — толкование и возможность принудительного исполнения контрактов через суд (англ. “enforceability”) различаются от штата к штату. По общему правилу штаты признают, что, несмотря на то что стороны могут заключить целый спектр различных соглашений, контрактом можно признать только юридически обязывающее соглашение, которое может быть принудительно исполнено через суд⁶. Для проверки соблюдения второго критерия суды штатов обычно анализируют, были ли соблюдены требования, установленные общим правом (англ. “common law”), а именно проверяют наличие оферты, акцепта и встречного удовлетворения (Lord Collins of Mapesbury, 2018). Не вызывает сомнений тот факт, что, например, механизм выплаты встречного удовлетворения может быть воплощен в смарт-контракте: например, если рейс задерживается более чем на три часа, страхователю на счет поступает страховая выплата от страховой компании, в иных же случаях на момент заключения соглашения со счета страхователя спишется только сумма в размере страховой премии.

Еще одним юридическим барьером к использованию смарт-контрактов исключительно в виде кода является установленная законом обязательная письменная форма контракта. Однако в преодолении этого препятствия также намечается прогресс: Единый закон об электронных сделках (англ. “Uniform Electronic Transactions Act”) был дополнен на уровне штатов в Неваде и Аризоне приравниванием соглашения, реализованного в виде смарт-контракта, к соглашению, заключенному в письменной форме⁷.

Однако сложности, связанные с массовым распространением смарт-контрактов, лежат не только в плоскости того, как их регулирует и/или какой статус им присваивает действующее законодательство. Ряд проблем скрыт и в технической особенности функционирования смарт-контрактов.

- *Как стороны, не являющиеся специалистами в области программирования, могут свободно согласовывать условия смарт-контрактов, трактовать их, а также вносить в них изменения?* Зачастую даже классическая форма договорных конструкций, написанная на строгом канцелярите с обилием юридических терминов, вызывает сложности у обывателей. Необходимость же в наличии еще и технического образования делает обязательным участие в создании договора специалиста, третьей стороны, чьей экспертизе

⁵ Levi, S. D., & Lipton, A. B. (2018, May 26). *An introduction to smart contracts and their potential and inherent limitations*. Harvard Law School Forum on Corporate Governance. <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/#14>

⁶ Restatement (Second) of Contracts, Section 1 (1981).

⁷ Signatures; electronic transactions; blockchain technology, AZ HB2417 § 44-7061 (2017); Electronic transactions (Uniform Act), NV Rev Stat. § 719.090 (2013).

и беспристрастности одинаково доверяют обе стороны⁸. Так появляется необходимость заключения договора и с самим программистом-экспертом, в котором будут закреплены его соответствующие гарантии и заверения о том, что смарт-контракт функционирует должным образом. Возможно, решение данной проблемы лежит либо в плоскости создания большого количества заранее сконструированных форм смарт-контрактов (Clack et al., 2016), из которых пользователи могут выбрать ту, которая подходит к их ситуации (по аналогии с существующими онлайн-конструкторами договоров), либо в плоскости создания нового языка программирования, чей синтаксис будет схож с человеческим языком (например, английским) (Clack, 2018a).

- *Опора на источники «вне цепи»:* абсолютное большинство кейсов использования смарт-контрактов предполагает загрузку в них информации из устройств, которые непосредственно не находятся в самом распределенном реестре. Так, например, в случае смарт-контрактов, используемых в сфере страхования, ключевыми будут показания, передаваемые датчиками влажности, температуры или перепада электрического напряжения. Погрешность показаний, а также перебои в функционировании самих устройств несут существенные риски для всей основной на них системе.
- *Проблема определения финальной договоренности сторон:* в случае классических писаных договоров финальная версия соглашения, подписанная сторонами, признается отражением их финальной фактической договоренности. В случае же со смарт-контрактами проблема стоит острее: судам придется решать вопрос о приоритете «писаной» части договора и его элементов, воплощенных в виде кода, если между ними будет выявлено противоречие.
- *Проблемы, произрастающие из автоматизации:* как было отмечено выше, автоматизация является ключевым аспектом функционирования смарт-контрактов. Однако она может стать и серьезной преградой для повсеместного их использования: смарт-контракт не знает терминов «отказ от права» или «частичное исполнение». Таким образом, на настоящий момент смарт-контракты не могут в полной мере отражать все тонкости правоотношений, складывающихся между субъектами. Кроме того, аналогичная проблема лежит и в плоскости внесения изменений или досрочного расторжения смарт-контрактов — пока эти привычные юридические акты сложно реализуемы в пространстве распределенного реестра.

Таким образом, смарт-контракты в том виде, в котором они известны научному сообществу прямо сейчас, обладают как целым спектром неоспоримых преимуществ, которые могут коренным образом повлиять на развитие той или иной индустрии, так и рядом недостатков, многие из которых вытекают из их технологической природы, а зачастую и непосредственно из тех ее аспектов, которые признаются несомненными сильными сторонами смарт-контрактов (например, автоматизация).

Концепты документации ISDA, которые могут быть имплементированы в смарт-контракт

Как было отмечено выше, рынок деривативов огромен и очень сложен. Большое количество взаиморасчетов, проводимых между сторонами, проведение зачетов, передача обеспечения — все это могло бы быть воплощено в смарт-контрактах и автоматизировано

⁸ Al Khalil, F., Ceci, M., O'Brien, L. & Butler, T. (2017). *A Solution for the problems of translation and transparency in smart contracts*. Governance Risk & Compliance Technology Centre. <https://e9a5d5c6.stackpathcdn.com/wp-content/uploads/2017/06/GR3C-Smart-Contracts-White-Paper-2017.pdf>

в распределенном реестре (блокчейне). Ниже будут рассмотрены основные концепции документации ISDA и рекомендации по их возможной имплементации в цифровом виде.

События

Помимо экономических параметров отдельных транзакций, есть ряд внешних событий, которые могут существенно повлиять на способность контрагента продолжать исполнять свои обязанности из договора по одной, нескольким или всем сделкам из него. Большая часть таких событий отражена в Генеральном соглашении ISDA и, как уже было отмечено ранее, делится на события неисполнения и события расторжения.

События неисполнения

В самом широком смысле слова события неисполнения происходят по вине одной из сторон (стороны, допустившей неисполнение своих обязательств (дефолт)). В этом случае вторая сторона может расторгнуть все сделки, заключенные в рамках Генерального соглашения ISDA.

Всего выделяют 8 классических событий неисполнения:

- *неплатеж или непоставка*;
- *нарушение / односторонний отказ от исполнения соглашения* (это событие неисполнения не возникает в связи с несущественными нарушениями, а служит средством, с помощью которого не нарушившая договор сторона может расторгнуть заключенные сделки в случае, если другая сторона прямо выразила намерение не исполнять условия договора, хотя фактически факта неисполнения еще не произошло);
- *неисполнение обязательств, связанных с предоставлением обеспечения по сделкам*;
- *введение в заблуждение* (относится к нарушению ряда существенных заверений, которые стороны дают при вступлении в договор);
- *неисполнение обязательств по определенным сделкам* (под «определенными сделками» обычно понимаются сделки, которые заключаются за рамками Генерального соглашения ISDA: например, сделки репо);
- *перекрестное неисполнение обязательств* (относится с неисполнением денежных обязательств, обычно возникает в связи с достижением определенного порогового значения по неплатежам (например, по договорам займа вместе с договорами аренды));
- *банкротство*;
- *сделка присоединения без принятия на себя обязательств*.

События расторжения

В отличие от событий неисполнения, события расторжения не подразумевают наличия вины одной из сторон в строгом смысле этого слова. В связи с событиями расторжения стороны могут расторгнуть только затронутые этим событием сделки, а не все сделки (как предусмотрено для событий неисполнения).

Всего выделяют 5 стандартных событий расторжения:

- *вступление в противоречие с законом* (для одной из сторон или для обеих сторон исполнение обязательств из договора влечет или может повлечь за собой нарушение применимого законодательства (например, в случае его резкого изменения));
- *форс-мажор*;

- *налоговое событие или налоговое событие при присоединении* (возникает, когда на одну сторону или обе стороны накладывается дополнительное налоговое бремя из-за внесения изменений в применимое законодательство);
- *наступление некредитоспособности при присоединении* (например, когда в результате поглощения кредитный рейтинг контрагента ухудшается).

Рекомендации по имплементации

Не вызывает сомнений тот факт, что большинство событий из перечисленных выше можно преобразовать в формулу «если <...>, то <...>», которая может быть легко преобразована в компьютерный код.

При этом существует возможность имплементации ряда триггеров и связанных с ними внешних источников информации — источников «вне цепи» (см. выше). Так, например, одно только техническое задание по созданию системы, отслеживающей все возможные реестры, в которых отражается инициирование процедуры банкротства в отношении контрагента в его юрисдикции, вызывает большое количество трудностей объективного характера⁹.

Также необходимо отметить, что сам факт возникновения событий неисполнения и событий расторжения автоматически не влечет расторжения сделок — инициатором должна выступить правомочная на это сторона. У нее могут быть свои причины не расторгать сделки, например в случаях, когда расторжение сделки/сделок в данный момент времени повлечет за собой серьезные экономические убытки. Однако, как было рассмотрено выше, имплементация дискреционных полномочий на распределенном реестре является крайне сложной задачей (Clack, 2018b).

Возможно, сторонам и соответствующим программистам следует также рассмотреть опцию по кодированию в блокчейне только части транзакций/событий, а остальную часть оставить в «реальном мире». Однако при этом встает вопрос о том, как эти части будут соотноситься в случае противоречий между ними.

Поскольку налицо обязательное присутствие в таких правоотношениях третьей стороны — посредника, оператора платформы, потребуется включение новых событий неисполнения и событий расторжения, связанных с ним.

Платежи и поставки

Экономические условия сделок находят свое закрепление в подтверждениях по сделкам, в которых отражаются соответствующие цифры в части платежей и/или поставок. Однако есть целый пласт прав и обязанностей, связанных с осуществлением платежей и проведением поставок на уровне самого Генерального соглашения ISDA.

Приостановка платежей/поставок

Генеральным соглашением установлена обязанность сторон осуществлять платежи / проводить поставки точно в срок в соответствии с условиями сделок, закрепленными в подтверждениях. Однако возникновение соответствующих обязательств поставлено под соблюдение ряда условий, в том числе отсутствие факта события неисполнения и/или расторжения. В ином случае не нарушившая договор сторона не обязана осуществлять платежи/поставки, пока такое событие не будет прекращено.

При этом необходимо заметить, что обязательство именно приостанавливается, а не прекращается: как только все необходимые условия вновь будут соблюдены, обязательство должно

⁹ Al Khalil et.al., 2017.

быть исполнено на первоначальных условиях. В отдельных случаях стороны даже договариваются о начислении процента на сумму непроведенного платежа / неосуществленной поставки.

Платежный неттинг

Сделки, проводимые сторонами в рамках Генерального соглашения ISDA, не образуют отдельных обособленных контрактов: наоборот, они составляют единый договор в рамках архитектуры ISDA документации. Одним из несомненных преимуществ такой концепции «единого договора» служит возможность неттировать платежные обязательства, возникающие из сделок, сводя совокупность таких обязательств к одному обязательству, лежащему на одной из сторон.

Выделяют два типа неттинга: платежный неттинг, который проводится между сторонами в ходе непосредственного ведения торговли в рамках Генерального соглашения ISDA, а также ликвидационный неттинг, который происходит в случае, если Генеральное соглашение расторгается.

Рекомендации по имплементации

Как было отмечено выше, смарт-контракты представляются идеальным инструментом для обеспечения безусловного проведения платежей и осуществления поставок. Однако для целей их имплементации в архитектуру ISDA документации перед разработчиками должен быть поставлен вопрос об интеграции распределенного реестра с системами платежей типа SWIFT, а также с системой депозитарного хранения и клиринга либо необходимо задуматься о проведении платежей исключительно на блокчейне, без привязки к классическим способам взаиморасчетов.

Также будет необходимо предусмотреть в смарт-контракте механизм отслеживания возникновения события неисполнения или события расторжения для приостановки проведения платежей / осуществления поставок.

Реализация механизма неттинга на блокчейне также ставит перед программистами ряд сложных задач: смарт-контракт должен будет распознать, что между сторонами возникли встречные обязательства, рассчитать сумму-нетто по таким обязательствам, а также провести соответствующий платеж, одновременно при этом признав такие обязательства сторон исполненными.

Имплементация смарт-контрактов для целей проведения ликвидационного неттинга вызывает еще больше проблем, поскольку он (i) может быть проведен только в связи с наступлением события неисполнения или события расторжения, (ii) должен быть инициирован одной из сторон, а не осуществляться автоматически, (iii) включает в расчет убытки/прибыль, связанные с заключением замещающих сделок, а также расходы на юристов/консультантов, привлеченных для его проведения, если необходимо.

Разрешение споров

Споры из ISDA-документации, возникающие между сторонами, могут происходить из разных вопросов и принимать различные формы. На уровне отдельных сделок стороны могут оспаривать методы и результаты вычислений, проведенных другой стороной, а на уровне Генерального соглашения могут касаться аспектов, связанных с возникновением событий неисполнения/расторжения, а также его последствиями. Способ разрешения споров зависит от следующих факторов:

- применимое право, установленное в Генеральном соглашении (обычно английское право или право Нью-Йорка);
- факты и обстоятельства спора;

- отношения между сторонами;
 - условия Генерального соглашения, непосредственно связанные с предметом спора.
- Сложно представить, как роль национальных судов/арбитражей может быть заменена смарт-контрактом. Возможно, здесь стороны могут только предусмотреть приостановку ведения торговли по Генеральному соглашению в случае передачи спора в судебную инстанцию / арбитраж или возможность внести изменения в условия смарт-контракта в соответствии с решением суда/арбитража.

Передовая практика и тенденции

Несмотря на все сложности в имплементации смарт-контрактов, участники финансового рынка остро понимают все неоспоримые плюсы такого технического сдвига:

- американская Депозитарная трастовая и клиринговая корпорация (DTCC) совместно с крупнейшими инвестиционными банками (Credit Suisse, Bank of America, Merrill Lynch, Citi и J.P. Morgan) успешно реализовала несколько кредитных дефолтных свопов с помощью смарт-контрактов;
- оператор Нью-Йоркской фондовой биржи ICE реализовал на платформе первые поставочные фьючерсы на биткойн;
- в 2019 году Сбербанк запатентовал технологию проведения сделок репо с использованием распределенного реестра;
- в 2017 году Альфа-Банк и S7 реализовали на блокчейне первую сделку-аккредитив.

Практика использования смарт-контрактов крайне разнообразна и неоднородна, однако представляется возможным выделить краеугольные аспекты, которые могут быть рекомендованы к соблюдению:

- стороны, которые хотят закрепить часть условий своих правоотношений в смарт-контракте, должны придерживаться гибридного подхода к формированию соответствующего юридического контракта: он должен иметь классическую писаную форму в качестве основы и смарт-часть в качестве приложения. Таким образом можно будет закрыть вопрос о толковании условий соглашения и возможность его принудительного исполнения через суд;
- если для целей реализации смарт-контракта вовлекаются внешние источники информации (источники вне сети), то стороны должны предусмотреть их классические альтернативы на случай, если функционирование таких источников будет нарушено;
- стороны должны предусмотреть, кто несет риск последствий ошибки в коде;
- текст соглашения должен содержать указание на приоритет текстовой или кодовой части договора в случае возникновения противоречий между ними;
- текст соглашения должен содержать заверения сторон о том, что они изучили код смарт-контракта и не имеют соответствующих возражений.

Заключение

Смарт-контракты, как и технология распределенного реестра в целом, являются довольно молодым явлением. Однако уже сейчас не только программисты, но и специалисты из других, не смежных с IT сфер, обращают внимание на функционал смарт-контрактов и оценивают возможность их внедрения в своей индустрии.

Данная статья носит обзорный характер и посвящена анализу плюсов и минусов использования смарт-контрактов на финансовых рынках, а именно на рынках внебиржевых деривативов. В настоящий момент уже можно констатировать интерес, проявленный крупнейшими субъектами рынка (в том числе и окологосударственными) к этой технологии.

Хочется верить, что техническое развитие технологий смарт-контрактов, подкрепленное необходимым юридическим регулированием, сможет сделать финансовые рынки более эффективными, прозрачными и независимыми.

Список литературы / References:

1. Harding, P. C. (2010). *Mastering the ISDA master agreements (1992 and 2002): A practical guide for negotiation* (3rd ed.). Financial Times Publishing.
2. Cable, V. (2009). *The storm: The world economic crisis and what it means*. Atlantic Books.
3. Johnson, C. A. (2005). *A guide to using and negotiating OTC derivatives documentation*. Institutional Investor Books.
4. Szabo, N. (1996). *Smart contracts: Building blocks for digital market*. https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html
5. Clack, C., Bakshi, V., & Braine, L. (2016). Smart contract templates: Foundations, design landscape and research directions. *Computer Science: Computers and Society*. ArXiv. <https://arxiv.org/abs/1608.00771>
6. Clack, C. D. (2018). Smart contract templates: Legal semantics and code validation. *Journal of Digital Banking*, 2(4), 338–352.
7. Clack, C. D. (2018). A blockchain grand challenge: Smart financial derivatives. *Frontiers in Blockchain*, 1(1), Article 1. <https://doi.org/10.3389/fbloc.2018.00001>
8. Lord Collins of Mapesbury (Ed.). (2018). *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws* (15th ed.). Sweet & Maxwell.
9. Corbin, A. L. (1917). Offer and acceptance, and some of the resulting legal relations. *Yale Law Journal*, 26(3), 169–206. <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol26/iss3/1>
10. Stankovska, A. (2017). Global derivatives market. *SEEU Review*, 12(1), 81–93. <https://doi.org/10.1515/seeur-2017-0006>
11. Blundell-Wignall, A., & Atkinson, P. (2011). Global SIFIs, derivatives and financial stability. *OECD Journal: Financial Market Trends*, 2011(1). <https://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48299884.pdf>

Сведения об авторе:

Бобков К.А. — магистр права, младший юрист, московский филиал «Сова Капитал Лимитед», Москва, Россия. kirill.bobkov@sovacapital.com

Information about the author:

Kirill A. Bobkov — Master of Laws, junior lawyer, Moscow Branch of Sova Capital Limited, Moscow, Russia. kirill.bobkov@sovacapital.com

