

Цифровые активы как товар в контексте антимонопольного регулирования

Сушкевич А. Г.,
Сокур В. С.,
Евразийская экономическая
комиссия,
г. Москва

Аннотация

Антимонопольное регулирование цифровой экономики на настоящий момент является одним из наиболее существенных регуляторных вопросов. Данная статья посвящена анализу сущности товара в сфере цифровой экономики, выявлению его признаков и разработке определения. Авторы делают вывод о том, что наиболее подходящим термином для рассматриваемого явления является термин «цифровой актив», и приводят аргументы в обоснование своей позиции. Авторы заключают, что традиционное понимание товара, свойственное антимонопольному законодательству на современном этапе, не учитывает специфику товаров, обращающихся на цифровом рынке, и нуждается в адаптации.

Ключевые слова: товар, цифровые товары, цифровая экономика, антимонопольное регулирование.

Digital Assets as a Product in the Context of Antitrust Regulation

Aleksey G. Sushkevich,
Veronika S. Sokur,
Eurasian Economic Commission,
Moscow

Annotation

Antimonopoly regulation of the digital economy is nowadays one of the most significant regulatory issues. This article analyzes the essence of the product in the sphere of the digital economy, defines it and formulates its features. The authors conclude that the term “digital asset” is the most suitable term for the phenomenon considered, and provide arguments to support their position. The authors conclude that the traditional understanding of goods, inherent to the present antitrust regulation, does not take into account the specifics of digital goods and needs to be adapted.

Keywords: good, digital goods, digital economy, antimonopoly regulation.

Введение

Актуальной проблемой развития цифровой экономики является формирование ее адекватного правового регулирования, на что (применительно к конкретным аспектам этой проблемы) обращают внимание многие специалисты [2, с. 179—192; 5, с. 81 и др.]. Современное российское законодательство, а также правовые позиции судов не содержат однозначного понимания цифровых товаров и однозначного подхода к регулированию их оборота. В частности, в инструментарии, применяемом для целей антимонопольного регулирования, отсутствуют отдельные важнейшие понятия, на которых основана цифровая экономика. Так, в российском антимонопольном законодательстве не используются термины «цифровой рынок», «цифровой товар», «цифровая платформа», а также отсутствует какое-либо указание на специфику отношений в этом

секторе экономики¹. Вместе с тем без понимания сущности товара на цифровом рынке невозможно сделать вывод о субъектном составе рынка, его структуре, природе и состоянии конкуренции на нем. Это, в свою очередь, означает отсутствие определенности в решении вопроса об оправданности и пределах государственного вмешательства в регулирование цифровых рынков.

Правовые институты защиты конкуренции основаны на использовании базовой категории товара. В связи с этим легальное определение должно учитывать необходимость распространения сферы применения антимонопольного регулирования на все сферы экономического оборота, в том числе и на те, что возникли сравнительно недавно. В рамках данной статьи мы постараемся проанализировать сущность товара в сфере цифровой экономики, выбрать наиболее подходящий термин для рассматриваемого явления и сформулировать его определение для целей антимонопольного регулирования.

Обзор зарубежной правоприменительной практики в отношении товаров на рынках цифровой экономики

На сегодня в науке не сформировался господствующий подход к определению того, что может являться товаром на цифровых рынках, и, более того, не сформировано понятие цифрового рынка. Тем не менее в рамках европейской и российской правоприменительной практики цифровые рынки неоднократно становились предметом анализа. Однако Еврокомиссией до сих пор не выработано единообразного подхода к определению границ таких рынков и, соответственно, к определению цифровых товаров.

Так, в решениях Комиссии выделялись следующие рынки:

- рынки общих услуг интернет-поиска: Verizon/Yahoo!²;
- рынки посредничества в размещении онлайн-рекламы: Google/DoubleClick³, Google AdSense⁴;

- рынки телекоммуникационных услуг: Telefónica UK/ Vodafone UK/Everything Everywhere/JV⁵, Bite/Tele2/ Telia Lietuva/JV⁶;
- рынки программного обеспечения: Microsoft/LinkedIn⁷;
- рынки операционных систем: для стационарных компьютеров (Microsoft⁸), для мобильных устройств (Google/Motorola Mobility⁹);
- рынки мобильных приложений: Facebook/WhatsApp¹⁰; Microsoft/Skype¹¹;
- рынки игрового программного обеспечения: Activision Blizzard/King¹², Vivendi/Activision¹³;
- рынки услуг посредничества в онлайн-бронировании: Priceline Group/Momondo Group Holdings¹⁴.

Определение товара на перечисленных рынках проводится Еврокомиссией ad hoc, т. е. исходя из особенностей конкретного дела. Так, в рамках дела Google Shopping Комиссия определила наличие следующих товаров, предлагаемых Google: операционная система с открытым исходным кодом для смартфонов и планшетов (Android), магазин приложений для операционной системы Android (Google Play), интернет-браузер (Google Chrome), сервис электронной почты (Gmail), картографический сервис (Google Maps), сервис хранения и редактирования

¹ Попытка дать определение цифровой платформе была принята в рамках проекта пятого антимонопольного пакета, ориентированного на решение части проблем регулирования цифровой экономики. См. подробнее: URL: <https://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#npa=79428> (Дата обращения: 15.05.2020).

² Case M.8180 — VERIZON / YAHOO. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8180_240_3.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

³ Case № COMP/M.4731 — Google/ DoubleClick. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_2_0080311_20682_en.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

⁴ Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770 (Дата обращения: 25.03.2020).

⁵ Case № COMP/M.6314 — Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6314_20120904_20682_2898627_EN.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

⁶ Case M.8251 — BITE/TELE2/TELIA LIETUVA/JV. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8251_296_3.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

⁷ Case M.8124 — Microsoft / LinkedIn. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

⁸ Case COMP/C-3/37.792 Microsoft. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

⁹ Case № COMP/M.6381 — Google/Motorola Mobility. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6381_20120213_20310_2277480_EN.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

¹⁰ Case № COMP/M.7217 — FACEBOOK/ WHATSAPP [Электронный ресурс]. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf

¹¹ Case M.6281 — Microsoft/Skype. [Электронный ресурс]. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

¹² Case M.7866 — ACTIVISION BLIZZARD / KING. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7866_221_3.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

¹³ Case No COMP/M.5008 — VIVENDI/ACTIVISION. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5008_20080416_20310_en.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

¹⁴ Case M.8416 — The Priceline Group/Momondo Group Holdings. URL: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8416_913_3.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

файлов (Google Диск), сервис для обмена мгновенными сообщениями и видеочата (Google Hangouts), набор инструментов поиска (Панель инструментов Google) и веб-сайт для обмена видео (YouTube¹⁵).

Проанализировав приведенный выше перечень, можно увидеть, что данные продукты представляют собой бесплатное программное обеспечение, которое открыто для всех пользователей и доступно онлайн.

Определить, что именно следует включать в число товаров на цифровом рынке, сложно — в некоторых решениях Комиссия прямо указывала на нецелесообразность четкого определения продуктовых границ цифровых рынков и выделения в их рамках более мелких сегментов (в частности, на это указывалось в решении по сделке Activision Blizzard/King¹⁶). Из анализа, проведенного Еврокомиссией, следует, что антимонопольный орган не всегда может точно указать принцип, по которому потребители переключаются с одного товара в цифровой форме на другой. Это, в свою очередь, усложняет установление взаимозаменяемости товаров, поскольку их функциональная идентичность и назначение в рамках цифрового рынка становятся менее очевидными, а цена товара может быть нулевой. Кроме того, на наш взгляд, вывод Комиссии о нецелесообразности в отдельных случаях установления точных продуктовых границ был обусловлен динамичностью цифрового рынка и высокой изменчивостью цифровых продуктов.

В целом рынки в сфере цифровой экономики (цифровые рынки) отличаются разнообразием продуктов, технологий и услуг, которые на первый взгляд объединяет лишь то, что они предоставляются в Интернете либо в цифровой форме. Такое многообразие не вносит ясности в вопрос о том, что следует считать товаром, ведь все решения Еврокомиссии, как отмечалось выше, представляют собой конкретные результаты правоприменения и не содержат каких-либо обобщений, что позволило бы сформировать теоретическую основу для понимания товара в сфере цифровой экономики. Российский антимонопольный орган также выявляет товар на цифровых рынках эмпирическим образом. Обзор его решений также позволяет вычленивать несистематизированное множество товаров, обращающихся на цифровых рынках.

Попытка систематизации цифровых товаров, на наш взгляд, может быть предпринята путем анализа существующего позитивного права отдельных государств — членов ОЭСР и России.

Цифровые товары сквозь призму позитивного права

Законодательство о цифровой экономике находится на стадии формирования. Как отмечалось ранее, в отечественном правовом регулировании релевантные концепции отсутствуют (за исключением ст. 141¹ Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) о цифровых правах), в связи с чем представляется необходимым обратиться к зарубежному опыту регулирования товаров в цифровой сфере.

В Директиве ЕС 2019/770 содержится довольно удачное определение цифрового контента и цифровых услуг (данные термины используются в качестве синонимичных термину «цифровой товар»)¹⁷. В общем смысле оно сводится к включению в сферу определения различных результатов интеллектуальной деятельности, представленных в цифровой форме (то есть в виде двоичного кода)¹⁸. Цифровые услуги сводятся к созданию, обработке или хранению данных в цифровой форме. Директива разграничивает собственно цифровые товары и цифровые товары, поставляемые на материальных носителях (CD, DVD, USB, картах памяти), а также вводит определение товара с цифровыми элементами (good with digital elements) как товара, который имеет неразрывную связь (incorporated or interconnected) с цифровым. Достоинство Директивы также состоит в том, что она рассматривает сами материальные носители цифровых данных (tangible medium) как цифровые товары в случае, если они служат единственным источником получения этого товара. В качестве способов приобретения цифровых товаров Директива выделяет: передачу на материальном носителе, прямую загрузку пользователем файлов на свои устройства, потоковую передачу через Интернет (стриминг), получение доступа к хранилищу цифрового контента и доступ посредством использования социальных сетей.

Следует отметить, что приведенное определение несколько сужает сферу объектов, которые можно отнести к обращающимся на цифровых рынках, — оно утилитарно, и суть этой упрощенной конструкции обусловлена целями правоприменения. В данном случае речь идет о законодательстве о защите прав потребителей — поэтому логично, что законодатель таким образом стремится охватить круг наиболее часто приобретаемых товаров и услуг повседневного спроса, например подписки

¹⁵ CASE AT.39740 Google Search (Shopping). URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf (Дата обращения: 25.03.2020).

¹⁶ Ibid. 11 (Дата обращения: 25.03.2020).

¹⁷ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0770> (Дата обращения: 25.03.2020).

¹⁸ Компьютерные программы, приложения, видеофайлы, аудиофайлы, компьютерные игры, электронные книги (при этом перечень является открытым). — *Прим. авт.*

на музыкальные сервисы. Остается неясным вопрос регулирования товаров, относящихся к сфере B2B (business to business), поскольку все перечисленные объекты относятся к сфере B2C (business to consumers). Кроме того, из формулировки определения не следует, что в число регулируемых могут быть включены некоторые специфические объекты цифровой экономики (к примеру, криптовалюты).

Вместе с тем подходы, сформулированные в данном определении, следует учитывать для целей антимонопольного регулирования, поскольку они закладывают необходимую основу для понимания цифрового товара, четко обозначая некоторые существенные особенности цифровых товаров и регулирования их оборота.

Так, обобщая сказанное выше, *можно выделить следующие черты цифровых объектов как товаров: цифровая форма (представление в виде кода, данных), возможность передачи электронным способом, отнесение к числу имущества особого рода.*

Термин «цифровые товары» также используется в американском налоговом законодательстве. На уровне штатов понятие определяется по-разному, но общий подход на федеральном уровне, на наш взгляд, лучше всего отражен в законопроекте “Digital Goods and Services Tax Fairness Act 2015”, где цифровые товары определяются как «любое программное обеспечение или другой товар, который доставляется или передается в электронном виде, включая звуки, изображения, данные, факты или их комбинации, хранящиеся в цифровом формате»¹⁹. Это определение во многом сходно с изложенным выше, но, по нашему мнению, не отражает всех возможных аспектов рассматриваемого понятия и представляет собой перечисление объектов, критерии отличия которых друг от друга не вполне ясны (чем, к примеру, отличаются данные от фактов и что собой представляют их комбинации?).

Регулирование цифровой сферы в ГК РФ является, на наш взгляд, скудным, требующим уточнения и может быть сведено к единственной статье 1411. Перечень конкретных объектов, которые можно было бы отнести к цифровым, в ГК РФ отсутствует.

В рамках проекта закона о цифровых финансовых активах, подготовленного Министерством финансов России²⁰, было предложено определение цифрового финансового актива как имущества в электронной форме, созданного с использованием криптографических средств, право собственности на которое удосто-

веряется путем внесения цифровых записей в реестр цифровых транзакций. Отметим, что определение сконструировано в первую очередь для целей финансового регулирования и может быть по существу отнесено только к некоторым цифровым активам (в частности, к криптовалютам и токенам). Данное определение коррелирует не только с отраженными в ГК РФ положениями о регулировании цифровых прав (ст. 141¹ ГК РФ), но и с общей нормой об объектах гражданских прав (ст. 128 ГК РФ)²¹.

Различие между зарубежным и отечественным подходом к нормативному регулированию можно усмотреть в подходах к определению объектов в цифровой форме. В европейском и американском законодательстве такие объекты прямо поименованы в качестве товаров. Российский законодатель избрал более осторожный подход, и существующее регулирование пока неявно исходит из определения их в качестве *иного* имущества (имущественных прав), что оставляет открытым вопрос о признании данных объектов товарами.

Обзор рассмотренных положений современного законодательства (как отечественного, так и зарубежного) позволяет сделать вывод о невозможности систематизации цифровых товаров на основании заимствования имеющихся подходов и дефиниций. Представляется, что простое заимствование перечисления возможных объектов регулирования, классифицируемых по различным основаниям, без обращения к сущности анализируемого явления не является адекватным вариантом решения проблемы. Формирование исчерпывающего (и даже в полной мере соответствующего действительности) перечня невозможно — объекты, обращающиеся на цифровом рынке, многообразны и меняются слишком быстро. Принцип формирования перечня объектов неясен и обусловлен наличием объективных различий в правовом регулировании в конкретной юрисдикции. Так, в США информация прямо рассматривается в качестве оборотоспособного товара²², в то время как в РФ информация на настоящее время не отнесена к объектам гражданского права.

Все это позволяет сделать вывод о том, что простое заимствование подходов не может являться обоснованным способом урегулирования правового статуса объектов в сфере цифровой экономики и урегулирования соответствующих отношений.

¹⁹ S.851 — Digital Goods and Services Tax Fairness Act of 2015. URL: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/851/text> (Дата обращения: 25.03.2020).

²⁰ Проект федерального закона «О цифровых финансовых активах». URL: https://www.minfin.ru/ru/document/?id_4=121810-proekt_federalnogo_zakona_o_tsifrovyykh_finansovykh_aktivakh (Дата обращения: 25.03.2020).

²¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ. Ч. 1 // СЗ РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301 (Дата обращения: 25.03.2020).

²² Craig T.D. Argus Rules: The Commercialization of Personal Information // Journal of Law, Technology & Policy. 2003. №1. P. 187 ff. URL: <http://illinoisjltpl.com/journal/wp-content/uploads/2013/10/tindall.pdf> (Дата обращения: 25.03.2020).

Обобщение доктринальных взглядов на цифровые товары

Как уже отмечалось, легальная дефиниция цифровых прав является расплывчатой, что способствует ее обоснованной критике. Так, А. И. Савельев отмечает неясность легальной формулировки в части существования цифрового права в рамках единой децентрализованной информационной системы [4]. На неточность определенных понятий, предложенных в законопроекте о цифровых активах, указывает А. Гузнов [3].

На сегодняшний день в рамках юридической доктрины не сформулировано единого подхода к пониманию сущности цифровых объектов и их характерных признаков. Единого мнения не существует даже в отношении терминологии, которую следует применять в отношении объектов, имеющих связь с цифровой сферой. Их предлагается называть «цифровыми товарами» (М. Кудратов и Д. А. Печегин [8], М. А. Егорова и Л. Г. Ефимова [4], Е. Н. Матюхина [11], И. В. Фролов [18]), «цифровым имуществом» (Е. Е. Богданова [1], также А. И. Савельев использует термин с целью охарактеризовать криптовалюту [15]), цифровыми продуктами (А. Ю. Чурилов [20]), «виртуальной собственностью» (М. А. Рожкова [14]), «цифровыми товарами и услугами» (такой термин используют в отношении программного обеспечения И. В. Ершова и Е. В. Трофимова [6]), «цифровым контентом» (Н. Г. Кузнецова [9]), наконец, цифровыми технологиями (А. А. Карцхия [7]), «цифровыми данными» (К. А. Мефодьева) [12, с.31].

Более предметный анализ позволяет российским правоведам выделить следующие объекты оборота в сфере цифровой экономики. Д. И. Серегин, хотя и отмечает особый характер как цифровых рынков, так и товаров, на них обращающихся, по всей видимости, не усматривает иных различий между обычными и цифровыми товарами, кроме формы, проводя содержательные различия между объектами, исходя из тех секторов рынка, на которых они обращаются [17]. В. А. Лаптев предлагает относить к объектам оборота фотографии, электронные страховые полисы, персональные данные, бонусные баллы и даже смарт-контракты [10].

М. А. Рожкова, в свою очередь, предлагает выделять в составе цифровых активов виртуальное имущество (игровое имущество, виртуальное имущество в социальных сетях, доменные имена, криптовалюту, виртуальные токены) [14]. К. А. Мефодьева в своей диссертации выделяет в качестве объектов регулирования доменные имена, трехмерные модели вещей, данные цифровых аккаунтов/учетных записей, объекты виртуальной реальности — персонажи (аватары), их снаряжение, виртуальная валюта, электронные записи, объединяемые в блоки информации в цепочках блоков криптовалют, токены, существующие на основе технологий распределенных реестров, фотографии с автоматических камер слеже-

ния, персональные и большие пользовательские данные, промышленные данные в цифровой форме [12, с. 3]. ФАС России в своих Рекомендациях приводит определение «программного продукта», под которым предлагается понимать программу для ЭВМ или базу данных²³. В. Ф. Попондопуло, говоря о цифровых товарах, предлагает определять их как любой цифровой файл [13]. Хотя данная точка зрения нам близка, не можем согласиться с ней в полном объеме, поскольку не любой цифровой файл может являться товаром (к примеру, нет оснований относить к числу товаров служебные файлы, назначением которых является обеспечение надлежащего функционирования программы).

Цифровая форма как основание для обособления объектов регулирования

Общим для практического и доктринального подхода является выделение «цифровой» специфики анализируемых объектов. Наиболее последовательно, по нашему мнению, эту идею проводит К. А. Мефодьева [12]. Если кратко резюмировать обзор цифровых товаров, упоминаемых в решениях антимонопольных органов, возможные обобщающие положения из позитивного права, а также доктринальные воззрения по рассматриваемому вопросу, представляется возможным утверждать, что формальным общим свойством всех цифровых объектов является их существование в виде цифровых данных, т. е. в виде читаемого компьютером кода. В результате компьютерной обработки цифровые данные приобретают особую форму представления и могут быть восприняты человеком (то есть становятся информацией)²⁴. Результат обработки цифровых данных (информация) несет для человека определенный смысл и практическое значение. Важно отметить, что код, который может быть товаром на цифровом рынке, содержит в своем составе указание на способ его обработки человеком (например, на это может указывать формат файла, расширение как часть его названия). Таким образом, пользователь в отношении цифрового кода всегда имеет представление о том, как следует обрабатывать этот код, а также о том, как его использовать (к примеру, просмотреть скачанное из Интернета видео (открыть файл с расширением .mp4 с помощью медиаплеера) или воспроизвести скачанную

²³ Рекомендации Экспертного совета при ФАС России по развитию конкуренции в области информационных технологий и Экспертного совета ФАС России по развитию конкуренции в сфере розничной торговли «О практиках в сфере использования информационных технологий в торговле, в том числе связанных с использованием ценовых алгоритмов». URL: <https://fas.gov.ru/attachment/204559/download?1553089729>

²⁴ По вопросу отличия данных от информации см. Diffeen.com. Data vs. Information. URL: https://www.diffeen.com/difference/Data_vs_Information (Дата обращения: 25.03.2020).

на мобильное устройство музыку с помощью специального программного обеспечения (приложения)). Именно этот аспект цифрового кода придает ему интересную субъективную ценность.

Цифровые данные (цифровой код) могут быть переданы как на материальном носителе, так и посредством беспроводной сети (через Интернет). В связи с этим, по нашему мнению, в число регулируемых объектов следует включать и материальные носители, в том случае если они неотделимы в использовании от объекта, существующего в цифровой форме (к примеру, BIOS²⁵).

Сущность цифровых товаров с точки зрения экономики и конкурентного права

Взгляды, сложившиеся на настоящий момент в юридической науке, позволяют предварительно определить товар в сфере цифровой экономики в качестве цифрового кода, содержащего указание на способ его обработки (программный и аппаратный), в результате которой получаемая информация представляет для пользователя неоспоримую ценность, либо в качестве материального объекта, единственное назначение которого — быть носителем такого кода.

На наш взгляд, для целей антимонопольного регулирования в отношении объектов в цифровой форме как товаров необходимо избрать термин, который наиболее полно отражал бы свойства полезности и ограниченности такого блага, превращая его в товар в полном смысле слова.

Европейским судом по правам человека была сформулирована концепция широкого толкования понятия «имущество», в соответствии с которой для причисления объекта к имуществу (даже если оно не является таковым в соответствии с национальным законодательством) имеет ключевое значение его экономическая ценность²⁶. В отношении таких объектов используется термин «активы» (экономические активы), под которыми понимаются не только имущественные права, но зачастую и экономические интересы, не нашедшие оформления в праве. При применении широкого подхода в качестве имущества (экономического актива) могут рассматриваться иные объекты, обладающие ценностью, но не имеющие должного правового воплощения. Соответственно, любой актив — это объект, обладающий определенной ценностью, в том числе для целей введения его в оборот (что, на наш взгляд, исключительно хорошо коррелирует с таким экономическим свойством товара, как полезность).

Для целей антимонопольного регулирования нами предлагается использовать в отношении рассматриваемого явления понятие «цифровой актив», поскольку оно, по нашему мнению, способно наиболее полно отобразить все многообразие объектов, которые могут включаться в состав обращающихся на рынках в сфере цифровой экономики, — с учетом динамичности их изменений. Кроме того, именно термин «цифровой актив» может позволить наиболее полно отразить экономические свойства товара в легальной дефиниции.

На основании вышеуказанных признаков представляется возможным сформулировать следующее определение цифрового товара (цифрового актива), которое может быть использовано для целей антимонопольного регулирования: это определенный цифровой код, который содержит указание на способ его обработки (программный и аппаратный), в результате которой полученная информация представляет для пользователя неоспоримую ценность. Определенный таким образом объект представляется возможным именовать цифровым активом и относить к особому виду товара (а именно к цифровым товарам).

При этом отметим, что не всякий цифровой код является цифровым активом. Цифровым активом является код, обладающий определенными характеристиками:

- 1) коммерческой ценностью (которая обеспечивается отсутствием доступа к коду третьих лиц, в частности, с помощью шифрования);
- 2) полезностью (при отсутствии у кода и представляемой им информации практической применимости вряд ли можно говорить о перспективах обращения данного цифрового актива на рынке).

Указанные характеристики в полной мере соответствуют свойствам товара как экономического блага (полезность и ограниченная доступность)²⁷. Информация, составляющая сущность цифрового актива, является полезной (поскольку служит удовлетворению потребностей потребителя) и ограниченно доступной — поскольку обеспечивается ее недоступность для широкого круга потребителей (в т. ч. с помощью шифрования).

На наш взгляд, в отношении цифровых активов следует создавать классификацию, не ограничиваясь их перечислением. Как представляется, цифровые активы можно разделить на две группы. К первой следует относить «цифровые продукты» — как непосредственно результаты использования цифровых технологий и наиболее схожие с традиционными товарами объекты.

К цифровым продуктам можно отнести в том числе:

- результаты интеллектуальной деятельности (в отношении таких объектов представляется уместным употребить термин «цифровой контент» по смыслу

²⁵ Википедия. BIOS. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/BIOS> (Дата обращения: 25.03.2020).

²⁶ См., к примеру, дело *Van Marle and Others v. the Netherlands*. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/64244a/pdf/> (Дата обращения: 25.03.2020).

²⁷ Ibid. 16.

Директивы ЕС 2019/770²⁸, этой точки зрения придерживаются и некоторые отечественные специалисты [16]);

- устройства Интернета вещей (Internet of Things), BIOS;
 - большие данные (Big Data), аналитику больших данных и иные виды цифровых данных²⁹.
- В число цифровых услуг, на наш взгляд, следует включать такие цифровые технологии, как:
- услуги по видеохостингу и стримингу (поточковой передаче данных);
 - услуги по предоставлению беспроводной связи;
 - услуги по использованию облачных технологий.

Отметим, что приведенный нами список не является (и не может являться) исчерпывающим вследствие динамичности развития цифровых технологий.

Выводы

Уникальность и специфические черты цифровых активов не позволяют обеспечить их надлежащее регулирование в рамках существующих легальных конструкций. Проведенный нами анализ позволяет сделать вывод о лакунах в современном российском антимонопольном законодательстве в соответствующей части. В доктрине также указывается на неприспособленность традиционного антимонопольного инструментария к регулированию отношений в сфере цифровой экономики [21, с. 84].

Наличие фактического оборота цифровых активов, а также нарушений с использованием данных объектов (о чем свидетельствует зарубежная и отечественная правоприменительная практика) обуславливает необходимость формирования адекватного правового регулирования данной сферы общественных отношений. В связи с этим возникает проблема — определение адекватного соотношения необходимого регулирования (путем установления норм поведения субъектов на цифровых рынках) и границ допустимого вмешательства государства в цифровую экономику.

Представляется возможным выделить два подхода к регулированию цифровой экономики как особой сферы общественных отношений. Первый подход предполагает совершенствование регулирования в рамках действующего Федерального закона «О защите конкуренции» (Закон о защите конкуренции), второй основан на принятии отдельного нового нормативного правового акта.

На наш взгляд, принятие отдельного нормативного правового акта (федерального закона), предметом которого является регулирование цифровой экономики, на настоящий момент не является оправданным. Хотя

и цифровые товары, вне всякого сомнения, обладают особой спецификой, это не свидетельствует о необходимости принятия отдельного нормативно-правового акта в целях комплексного регулирования исключительно цифровых товаров. Вместе с тем представляется возможным адаптировать существующее антимонопольное законодательство к обороту цифровых товаров путем введения в российский Закон о защите конкуренции понятия «цифровой актив» (дополнив новым пунктом ст. 4 указанного Закона). Данная мера будет являться основой адекватного регулирования цифровой экономики, а также позволит обеспечить необходимую стабильность понятия цифрового актива для целей правоприменения.

Перспектива антимонопольного регулирования оборота цифровых товаров, на наш взгляд, не должна включать регулирование, основанное исключительно на императивно-правовых нормах, источником которых будет являться закон (несмотря на очевидные особенности российской правовой системы, относящейся к романо-германской правовой семье). Обеспечение непрерывной адаптации законодательства (в особенности антимонопольного, которое реформируется, как правило, «пакетным способом») будет весьма сложной задачей, поскольку цифровая экономика является динамичной, непрерывно совершенствующейся сферой. В силу объективных причин охватить все недобросовестные (или добросовестные) практики распоряжения цифровыми активами не представляется возможным, а введение избыточного регулирования может отрицательным образом сказаться на цифровых рынках и процессе инновации.

На наш взгляд, по вопросу определения добросовестности практик оборота цифровых активов (и, как следствие, границ государственного регулирования цифровой экономики) возможными решениями могут стать:

- принятие ФАС России подзаконного акта;
- принятие ФАС России рекомендаций ненормативного характера.

При принятии данных актов следует учитывать необходимость построения регулирования на основе прева-лирования диспозитивных норм и использования модели block exemptions, что позволило бы обеспечить эффективность правоприменения и более четко очертить границы допустимого вмешательства государства в регулирование оборота цифровых товаров. ■

Литература

1. Богданова Е. Е. Проблемы применения смарт-контрактов в сделках с виртуальным имуществом // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса»
2. Гонгало Б. М., Новоселова Л. А. Есть ли место «цифровым правам» в системе объектов гражданского права // Пермский юридический альманах. 2019. № 2. С. 179—192.

²⁸ В данной Директиве к цифровому контенту относятся в т. ч. данные, создаваемые или передаваемые в цифровой форме, напр., видео, аудио, компьютерные приложения, электронные игры и программное обеспечение.

²⁹ Подробнее о цифровых данных см. Мефодьева К. А. Указ. соч.

3. Гузнов А., Михеева Л., Новоселова Л., Авакян Е., Савельев А., Судец И., Чубурков А., Соколов А., Янковский Р., Сарбаш С. Цифровые активы в системе объектов гражданских прав // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
4. Егорова М. А., Ефимова Л. Г. Понятие криптовалют в контексте совершенствования российского законодательства // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
5. Егорова М. А., Кожевина О. В. Место криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 1. С. 81—91.
6. Ершова И. В., Трофимова Е. В. Майнинг и предпринимательская деятельность: в поисках соотношения // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
7. Карцхия А. А. Цифровой императив: новые технологии создают новую реальность // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
8. Кудратов М., Печегин Д. А. Перемещение активов и незаконный вывод капиталов: актуальные проблемы противодействия // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
9. Кузнецова Н. Г. Особенности приобретения мобильных приложений // Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2018. № 2. URL: <http://electronic.ruzh.org/?q=ru/system/files/КузнецоваН.Г.pdf>
10. Лаптев В. А. Цифровые активы как объекты гражданских прав // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
11. Матюхина Е. Н. Российское и германское законодательство о персональных данных: сравнительный анализ подходов и практики применения // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
12. Мефодьева К. А. Цифровые данные как объект гражданско-правового регулирования в Германии, США и России. Дисс. ... канд. юрид. наук. М.: ИЗИСП, 2019. URL: <https://izak.ru/upload/iblock/ca0/ca09c3449d37bcf7a93a42cd5057cf43.pdf>
13. Попондопуло В. Ф. Правовые формы цифровых отношений // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
14. Рожкова М. А. Цифровые активы и виртуальное имущество: как соотносится виртуальное с цифровым // Закон.ру. 2018. 13 июня. URL: https://zakon.ru/blog/2018/06/13/cifrovye_aktivy_i_virtualnoe_imuschestvo_kak_sootnositsya_virtualnoe_s_cifrovym
15. Савельев А. И. Криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
16. Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Постатейные комментарии и книги».
17. Серегин Д. И. Реформа конкурентного права продолжается: особенности антимонопольного регулирования в условиях цифровой экономики // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2018. № 04. URL: <http://yust.ru/upload/iblock/7d3/8902394af6f88d7479b83595fc3d630a.pdf>
18. Фролов И. В. Криптовалюта как цифровой финансовый актив в российской юрисдикции: к вопросу о вещной или обязательственной природе // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».
19. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху. Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции. Под науч. ред. А. Ю. Цариковского, А. Ю. Иванова, Е. А. Войниканис. М.: Высшая школа экономики, 2018. 311 с.
20. Чурилов А. Ю. Товарные знаки в цифровую эпоху // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». База данных «Юридическая пресса».

Сведения об авторах

Сушкевич Алексей Геннадьевич: кандидат экономических наук, заслуженный экономист РФ, директор Департамента антимонопольного регулирования Евразийской экономической комиссии (ЕЭК)

Контактная информация:

Адрес: 119121, г. Москва, Смоленский бульвар, д. 3/5, стр. 1

E-mail: sushkevich@eecommission.org

Сокур Вероника Сергеевна: специалист-эксперт Департамента антимонопольного регулирования ЕЭК

Контактная информация:

Адрес: 119121, г. Москва, Смоленский бульвар, д. 3/5, стр. 1

E-mail: v.sokur@eecommission.org