

Криптовалюты: актуальная регуляторная повестка

Февраль 2022

ЦСР

Содержание

Содержание	2	Текущие предложения	12
Введение	4	Концепция Правительства	12
Контекст	4	Предложение Минэкономразвития России	12
Цель доклада ЦСР	4	Иностранный опыт	12
Основные предложения	5	Проект европейского регламента MiCA	12
Сфера применения российского законодательства. Применимость российского права к иностранным криптобиржам	7	Япония	13
Постановка проблемы	7	Оценка текущих предложений	13
Текущее регулирование	7	Участие кредитных организаций в обращении криптовалют	14
Оценка привязки применения российского законодательства к объектам российской информационной инфраструктуры	8	Концепция Правительства	14
Оптимальная привязка сферы действия российского законодательства	8	Альтернатива банкам: новые участники отношений – операторы криптовалютных кошельков	14
Проект европейского регламента MiCA	8	Иностранный опыт	14
Франция	8	Швейцария	14
Российская практика применения публично-правового законодательства в трансграничных отношениях	9	Другие иностранные правовые порядки	15
Критерий направленности в международном частном праве	9	Регулирование (организации) выпуска криптовалют и допуск криптовалют на криптовалютные биржи	16
Требования к криптобиржам и их деятельности	10	Текущие предложения	16
Текущие предложения	10	Вопрос о необходимости регулирования	16
Иностранный опыт	10	Информационные обязанности: регистрация проспекта (whitepaper) как условие для выпуска криптовалют и их допуска на криптобиржу	16
Мальта	10	Проект европейского регламента MiCA	16
Проект европейского регламента MiCA	10	Мальта	17
Япония	11	Возложение на эмитента криптовалют дополнительных обязанностей	18
Требования к иностранным криптобиржам	12	Мальта	18

Дополнительные требования к криптовалютам, которые допускаются к выпуску и к обращению на криптобирже	18	Оптимальный подход	26
Мальта	18	Некоторые вопросы гражданско-правового регулирования криптовалют и ответственности за нарушение законодательства о криптовалютах	27
Проект европейского регламента MiCA	18	Обеспечение устойчивости оборота криптовалют	27
Оценка возможности установить дополнительные требования	19	Гражданско-правовая квалификация	27
Обоснованность ограничения участия неквалифицированных инвесторов в торгах на криптовалютных биржах	20	Постановка проблемы	27
Текущие предложения	20	Оптимальное регулирование	28
Концепция Правительства	20	Последствия недекларирования криптовалют	28
Банк России	20	Действующее законодательство	28
Другие возможные подходы	20	Текущие предложения	28
Привязка размера допустимых инвестиций в криптовалюту к имеющимся активам инвестора	20	Оптимальное регулирование	28
Ограничение рекламы	21	Регулирование майнинга	29
Использование криптовалют как средства платежа за товары, работы, услуги	22	Текущие предложения	29
Действующее регулирование	22	Иностранный опыт	29
Текущие предложения	22	Китай	29
Оценка предлагаемых подходов	22	Иран	30
Необходимость специального правового режима для стейблкоинов	24	Бразилия	30
Текущие предложения	24	Квебек (Канада)	30
Постановка проблемы	24	Нидерланды	30
Проект европейского регламента MiCA	24	ПРИЛОЖЕНИЕ	31
Токены, привязанные к активам	24	Технологические ограничения запретительного подхода к криптовалютам	31
Токены-электронные деньги	25	Вариант 1: полный запрет	31
Позиция Европейского центрального банка	25	Вариант 2: частичный запрет/частичное разрешение	33

Введение

Контекст

20 января 2022 года Банк России опубликовал доклад для общественных консультаций «Риски криптовалют и возможные меры регулирования». Доклад содержит ряд регуляторных предложений, которые предусматривают дальнейшее ограничение использования и обращения криптовалют в России. Одна из центральных мер – запрет деятельности криптобирж и выпуска криптовалют.

С курсом Банка России не согласились ряд уполномоченных ведомств. Так, иной подход к криптовалютам предложили Минфин России, Минэкономразвития России и некоторые другие органы. С призывом к компетентным государственным органам провести дискуссию и прийти к общему мнению обратился Президент РФ.

Правительство России составило дорожную карту, а затем утвердило концепцию законодательного регламентирования механизмов организации оборота цифровых валют. Концепция разрешает деятельность криптобирж и устанавливает к ним ряд требований. Также концепция признает за банками, получившими статус организатора системы обмена цифровых валют, ключевую роль в сопровождении всех операций, связанных с обращением криптовалют.

Цель доклада ЦСР

Доклад ЦСР охватывает наиболее актуальные проблемы регулирования обращения и выпуска криптовалют, существующие в текущей повестке. Его первичной целью является создание основы для более структурированного обсуждения спорных вопросов по конкретным аспектам.

Вопросы для доклада были составлены прежде всего с учетом последних предложений в концепции, одобренной Правительством РФ. Доклад ЦСР включает в себя также иные проблемы регулирования в сфере криптовалют, которые хотя и не были подняты в концепции Правительства, но все же имеют ключевое значение для построения адекватных правовых рамок деятельности на крипторынке.

По каждому из вопросов описываются высказанные позиции регуляторов (Банка России, Минфина России, Минэкономразвития России), а также излагается релевантный иностранный опыт. Также доклад ЦСР предлагает конкретные подходы к решению рассматриваемых вопросов, что может внести вклад в текущую дискуссию.

Настоящий доклад подготовлен экспертами направления «Правовое развитие» при участии направления «Цифровое развитие» и Центра мониторинга и нормативного регулирования государственных услуг Фонда «Центр стратегических разработок».

Основные предложения

1. Необходимо конкретизировать условия, при которых российское законодательство применяется к иностранным криптобиржам, иным профессиональным участникам крипторынка, а также к выпуску криптовалют. Одним из таких условий может быть направленность на территорию РФ – критерий, известный зарубежным правовым порядкам и отечественному правоприменению. Текущий критерий – использование объектов российской информационной инфраструктуры – не оптимален и не учитывает трансграничный характер рынка.
2. При установлении требований к криптобиржам необходимо ориентироваться на иностранные правовые порядки, которые уже приняли соответствующее специальное (tailor-made) регулирование. Сегодняшние предложения концепции Правительства в этой части содержат ограниченный перечень таких требований, не включают требования к внутренней организации, комплаенсу, аудиту и т. д.
3. При регулировании иностранных криптобирж недостаточно ввести лишь требование «приземления». Также недостаточно предложение Правительства РФ ориентироваться на иностранную юрисдикцию, в которой инкорпорирована криптобиржа. К иностранным криптобиржам должны предъявляться в целом те же требования, что и к отечественным. Иной подход создает неравные условия конкуренции, а также игнорирует такие цели введения требований к криптобиржам как защита интересов ее клиентов, обеспечение публичного интереса и т. д.
4. Вместо привязки всех операций к банкам, получившим статус организатора системы обмена цифровых валют, стоит рассмотреть альтернативу по распределению закрепленных за ними функций между разными лицами. Как вариант – регулирование операторов криптокошельков, введение специальной финтех-лицензии, передача полномочий криптобиржам в части ПОД/ФТ. В ином случае все роли на рынке будут закреплены за банками, что негативно отразится на возможных инновациях и конкуренции.
5. Банк России верно отмечает, что на курс криптовалют большое влияние оказывают случайные факторы. В связи с этим одного теста «на квалификацию» при определении квалифицированного инвестора может быть недостаточно. Для избежания негативных социальных последствий порог допустимого размера инвестиций можно привязать к активам или доходу клиента. Также следует рассмотреть возможность введения дополнительного регулирования рекламы криптовалют, например, через обязательное указание рискованности вложений и иные ограничения. При этом рекламу криптобирж, получивших соответствующее разрешение на организацию обращения криптовалют в РФ, следует допустить.
6. Необходимо ввести регулирование выпуска криптовалют и допуска криптовалют к обращению на криптобиржи. Основным элементом регулирования – раскрытие информации в виде обязательного опубликования проспекта криптовалют, его регистрация в уполномоченном органе. Другая, опциональная мера регулирования – введение дополнительных требований к криптовалютам (например, отсутствие полной анонимности, разрешительный порядок и т. д.). Такая же мера как установление дополнительных обязанностей эмитента (к внутренней организации, комплаенсу и т. д.) может обсуждаться, однако она пока не часто применяется в иностранных правовых порядках и также будет неэффективна в случае, когда неизвестен эмитент.
7. Необходимо разрешить приобретение цифровых финансовых активов за криптовалюты. При полном отрицании платежной функции криптовалют создается ситуация, когда «криптовалюты существуют ради криптовалют». Их суть сводится к спекуляциям на цене.
8. Стейблкоины представляют существенные риски для финансовой системы и к ним необходим настороженный подход. Если все же будет принято решение не запрещать стейблкоины, то необходимо ввести их специальное регулирование, учитывающее их специфические риски. Среди возможных требований: создание и аудит резервов активов, к которым привязана стоимость криптовалют, признание за обладателем стейблкоинов прав требования, расширенные полномочия Банка России и т. д.

9. Для обеспечения устойчивого обращения криптовалют необходимо ввести добросовестное приобретение криптовалют или правоустанавливающее значение распределенных реестров.
10. Необходимо исключить такую санкцию за недекларирование криптовалют как отказ в судебной защите, так как карательная функция не свойственна гражданскому праву, и обратный подход может нарушать права кредиторов должника.
11. При регулировании майнинговой деятельности необходимо добиться того, чтобы остались лишь те майнинговые компании, деятельность которых увеличивает совокупное благо. Для этого необходимо адаптировать регулирование в сфере электроэнергетики и экологии. В этой части стоит обратить внимание на иностранный опыт.
12. При реализации любого регуляторного подхода в отношении криптовалют необходимо учитывать специфику технологии, трансграничный характер крипторынка и т. п. В Приложении к настоящему докладу указаны некоторые препятствия к реализации запретительного подхода к криптовалютам.

Сфера применения российского законодательства. Применимость российского права к иностранным криптобиржам

Постановка проблемы

В ходе текущей дискуссии о регулировании криптовалют недостаточно обсуждается вопрос о круге лиц, на который будет распространяться предлагаемое регулирование.

В Концепции законодательного регламентирования механизмов организации оборота цифровых валют, утвержденная Правительством РФ (далее – **«Концепция Правительства»**), предусматриваются специальные требования к иностранным криптобиржам. Такие требования действуют, если иностранная криптобиржа осуществляет деятельность «на территории РФ». Однако, не конкретизируется, когда считается, что иностранная криптобиржа действует на территории РФ.

Поставленная проблема имеет широкий характер. Кроме криптобирж, она актуальна также для регулирования деятельности иностранных лиц, профессионально оказывающих иные услуги на крипторынке, а также регулирования выпуска криптовалют иностранными эмитентами.

Текущее регулирование

По действующей ст. 14 Федерального закона от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – **«ФЗ о ЦФА»**) понятия «организации обращения в РФ цифровой валюты» (деятельность криптобирж) и «выпуска цифровой валюты в РФ» привязаны к понятию «объектов российской информационной инфраструктуры». Криптобиржи считаются действующими на территории РФ, а выпуск криптовалют считается состоявшимся в РФ в случае, если были использованы такие объекты российской инфраструктуры.

Их понятие приведено в ч. 1 ст. 14 ФЗ о ЦФА:

– объекты российской информационной инфраструктуры – доменные имена и сетевые адреса, находящиеся в российской национальной доменной зоне, и (или) информационные системы, технические средства которых размещены на территории РФ, и (или) комплексы программно-аппаратных средств, размещенных на территории РФ.

В результате вопрос о применимости российского законодательства решается по факту использования или неиспользования объектов российской информационной инфраструктуры.

Оценка привязки применения российского законодательства к объектам российской информационной инфраструктуры

Привязка к объектам российской информационной инфраструктуры носит формальный характер и не принимает в полной мере во внимание трансграничный характер рынка криптовалют.

Это видно на примере предложения Банка России. В докладе «Риски криптовалют и возможные меры регулирования» (далее – «**Доклад ЦБ**») Банк России предлагает ввести запрет на организацию обращения и обмена криптовалюты на территории РФ. При этом представители Банка России указали, что это предложение не касается иностранных криптобирж (не использующих, как правило, объекты российской информационной инфраструктуры).

Даже если согласиться с предложением Банка России в части запрета, привязка к объектам информационной инфраструктуры помешает достижению поставленной в Докладе ЦБ задачи. Криптобиржи, объекты информационной инфраструктуры которых расположены в иностранных юрисдикциях, все еще смогут активно предлагать свои услуги резидентам РФ. Описанные в Докладе ЦБ риски криптовалют, в частности их высокая волатильность и, как следствие, угроза благосостоянию граждан, остаются актуальными.

Представляется, что независимо от разрешения (по Концепции Правительства) или запрета (по Докладу ЦБ) деятельности криптобирж необходимо пересмотреть существующую привязку к объектам российской инфраструктуры. Деятельность криптобирж и иных профессиональных участников крипторынка, а также выпуск криптовалют должны регулироваться одинаково, если такая деятельность или выпуск направлены на резидентов РФ.

Оптимальная привязка сферы действия российского законодательства

Для российских и иностранных криптобирж и иных субъектов регуляторного рынка должны быть созданы равные регуляторные условия. Возможные варианты привязок можно найти в иностранных юрисдикциях, а также в смежных сферах отечественного законодательства:

Проект европейского регламента MiCA

В п. 51 Преамбулы проекта европейского регламента о рынках криптоактивов (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937; далее – «**MiCA**») указывается, что если резидент ЕС по собственной инициативе пользуется услугами иностранной криптобиржи, то такие услуги не считаются предоставленными на территории ЕС. В то же время если иностранная криптобиржа сама предлагает свои услуги резидентам ЕС или рекламирует свои услуги в ЕС, то тогда иностранная криптобиржа должна соблюдать положения регламента MiCA и получить необходимое разрешение на свою деятельность. Аналогичные положения применимы и к иным профессиональным участникам крипторынка.

Франция

Во Франции уже действует специальное регулирование: сфера действия французского законодательства в отношении иностранных профессиональных участников крипторынка, деятельность которых осуществляется на территории Франции.

Согласно ст. 721-1-1 Общего регламента Управления по надзору за финансовым рынком (Règlement général de l'Autorité des marchés financiers), присутствие иностранной криптобиржи (и иных профучастников) на французском рынке определяется по следующим признакам:

- наличие у иностранных криптобирж (иных профучастников) инфраструктуры на территории Франции;
- распространение нацеленной на французский рынок информации через прессу, радио, сеть «Интернет» и иные средства;
- наличие у них на территории Франции почтового адреса, номера телефона или доменного имени .fr;
- осуществление деятельности в отношении пользователей, проживающих или учрежденных на территории Франции.

Российская практика применения публично-правового законодательства в трансграничных отношениях

Минцифры России в разъяснениях к обязанности локализации персональных данных указывает возможные специальные критерии, при которых требования ч. 5 ст. 18 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» распространяются на иностранные организации, не имеющие физического присутствия на территории РФ. В качестве главного критерия указывается критерий направленности деятельности иностранной организации на территорию РФ.

О наличии направленности интернет-сайта на территорию РФ могут свидетельствовать:

1. использование доменного имени, связанного с РФ или субъектом РФ и (или)
2. наличие русскоязычной версии интернет-сайта, созданной владельцем такого сайта.

Дополнительные критерии:

- возможность осуществлять расчеты в российских рублях;
- использование рекламы на русском языке и иные обстоятельства, явно свидетельствующие о намерении владельца интернет-сайта включить российский рынок в свою бизнес-стратегию¹.

Критерий направленности на территорию РФ как условие для применения российского законодательства в условиях современных трансграничных технологий применяется и в судебной практике, в том числе Верховным судом РФ².

Критерий направленности в международном частном праве

Согласно п. 1 ст. 1212 Гражданского кодекса РФ (далее – «ГК РФ»), выбор применимого права не лишает силы императивных норм, защищающих права потребителя, если контрагент потребителя осуществляет свою деятельность в стране места жительства потребителя либо любыми способами направляет свою деятельность на территорию этой страны. П. 45 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 поясняет, что о направленности на территорию РФ говорит поддержка в сети «Интернет» сайта, содержание которого свидетельствует о его ориентации на российских потребителей. Сайт может рассматриваться как ориентированный на российских потребителей, если одним из его языков является русский язык, цены приведены в российских рублях, указаны контактные телефоны с российскими кодами и т. д.

¹ URL: <https://digital.gov.ru/ru/personaldata/#1438546529980> (дата обращения: 03.02.2022).

² Постановление Верховного Суда РФ от 27.12.2019 № 5-АД19-239.

Требования к криптобиржам и их деятельности

Текущие предложения

Концепция Правительства содержит предложения по регулированию криптобирж («операторов обмена цифровых валют») и устанавливает к ним конкретные требования, в том числе в части уставного капитала (размер пока не определен).

Иностранный опыт

Учитывая, что планируется создавать специальное регулирование криптобирж, а не распространять на них действующее законодательство (как это сделали многие юрисдикции), необходимо обратиться к опыту тех иностранных юрисдикций, которые уже создали или разработали такое особое (tailor-made) регулирование. В целом это регулирование напоминает требования к профучастникам рынка ценных бумаг, но при этом имеет свои особенности, учитывающие специфику применяемой технологии. Ниже приведены неисчерпывающие примеры таких требований, которые следует учесть при разработке отечественного регулирования.

Мальта

В главе 3 Правил о виртуальных финансовых активах содержатся достаточно объемные и проработанные требования к профучастникам крипторынка. Лица, оказывающие на территории Мальты услуги, связанные с виртуальными финансовыми активами (VFA), должны получить соответствующую лицензию. Всего существует четыре уровня лицензий, и к криптобиржам предъявляются наиболее строгие условия. В частности, установлены следующие требования:

- наличие минимального уставного капитала в размере от 730 тыс. евро;
- обязанность привлекать аудитора применяемой технологии распределенного реестра, смарт-контрактов и т. д.;
- требования к квалификации управляющих лиц;
- требования к внутренней организации (в т. ч. принцип «двух ключей», наблюдательному органу и т. д.);
- осуществление риск-менеджмента и комплаенса;
- обязанность внедрить и поддерживать систему, внутреннего аудита;
- размещать активы клиентов на отдельных кошельках;
- заключить договоры страхования ответственности и имущества и т. д.

Проект европейского регламента MiCA

MiCA также содержит в себе положения, регулирующие деятельность лиц, оказывающих услуги на рынке криптовалют. К общим требованиям для всех таких лиц относятся:

- соблюдение информационных обязанностей в отношении клиентов;
- поддержание объема собственных чистых активов на определенном уровне или наличие страхового полиса;
- квалификационные и этические требования к членам органов управления, контролирующим лицам и сотрудникам;
- внедрение механизмов внутреннего контроля, оценки рисков и мониторинга злоупотреблений на рынке, систем обеспечения безопасности, целостности и конфиденциальности информации и бесперебойной деятельности организации, а также систем ведения учета поручений клиентов, криптовалют и сделок с ними;
- принятие адекватных мер по защите имущества клиентов;
- своевременное выявление и предотвращение конфликта интересов и т. д.

Криптовалютные биржи также должны:

- обеспечить надлежащее функционирование торговых систем;
- принять правила торговой платформы;
- публиковать информацию о котировках, соотношении спроса и предложения в отношении торгуемых криптовалют, о совершенных на торговой площадке операциях и др.

Япония

В Японии лица, предоставляющие услуги в связи с криптовалютами, должны:

- отделить криптовалюты пользователей от собственных криптоактивов;
- ввести специальные неподключенные к сети «Интернет» кошельки («холодные кошельки»), на которых должны находиться 95 % криптовалют пользователей;
- своевременно информировать пользователей, обеспечивать безопасность информации, осуществить внедрение системы внутреннего контроля;
- иметь достаточную материальную базу (минимальный уставный капитал 10 млн йен и положительный показатель чистых активов);
- иметь удовлетворительную внутреннюю организационную структуру и систему комплаенса и т. д.

Требования к иностранным криптобиржам

В случае, если деятельность иностранных криптобирж направлена на территорию РФ (о понятии направленности см. Сфера применения **российского законодательства. Применимость российского права к иностранным криптобиржам**), то необходимо определить, как именно должны регулироваться такие криптобиржи.

Текущие предложения

Концепция Правительства

В Концепции Правительства предлагается специальное регулирование криптобирж. Среди требований есть следующие:

- наличие представительства биржи на территории России;
- наличие разрешения или лицензии на осуществление деятельности криптобиржи в соответствии с требованиями законодательства страны местонахождения криптобиржи (при наличии такого требования по применимому законодательству).

Иные требования связаны с идеей «привязать» все операции к кредитным организациям. Общие требования к российским криптобиржам, в т. ч. в части уставного капитала, не применимы.

Предложение Минэкономразвития России

Минэкономразвития России указывает, что к иностранным криптобиржам можно применить с определенными особенностями Федеральный закон от 1 июля 2021 г. № 236-ФЗ «О деятельности иностранных лиц в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» на территории Российской Федерации», также известный как «закон о приземлении».

Основной обязанностью для иностранных лиц в понимании указанного закона является либо создание филиала, либо открытие представительства, либо учреждение российского юридического лица на территории РФ. Такие филиал/представительство/юридическое лицо будут принимать обращения граждан, представлять иностранное лицо в судах и т. д.

Иностранный опыт

Проект европейского регламента MiCA

По проекту европейского регламента MiCA деятельность криптобирж могут осуществлять юридические лица, зарегистрированные на территории государства-члена ЕС.

П. 51 Преамбулы указывает, что если деятельность иностранной криптобиржи направлена на территорию ЕС, то она должна соблюдать положения регламента MiCA и получить необходимое разрешение на свою деятельность. Аналогичные положения применимы и к иным профессиональным участникам крипторынка.

Япония

В соответствии с японским законодательством иностранные криптобиржи должны будут учредить в Японии дочернюю компанию или же создать филиал. Однако на практике пока не было случаев, когда создание филиала иностранной криптобиржей было бы признано достаточным со стороны уполномоченного органа. На сегодняшний день все действующие в Японии иностранные лица, оказывающие услуги в связи с криптовалютами, зарегистрировали дочерние компании в Японии. При этом такие криптобиржи должны соответствовать общим установленным требованиям.

Оценка текущих предложений

Предложение Концепции Правительства и Минэкономразвития России о введении для иностранных криптобирж обязанности создать в России филиал/представительство/юридическое лицо соответствует опыту иностранных правопорядков, в которых принято специальное регулирование криптобирж.

В то же время одного лишь «приземления» иностранных криптобирж в России будет недостаточно. Вне зависимости от того, в какой форме будет осуществлено такое «приземление» – форме филиала, представительства или дочернего общества – требования к такой иностранной криптобирже должны быть в целом аналогичны содержательным требованиям к российским криптобиржам, в т. ч. в части соблюдения обязанностей KYC/AML и комплаенса.

Текущее предложение Концепции Правительства об обязательном соответствии иностранной криптобиржи требованиям страны ее инкорпорации представляется недостаточным. В стране инкорпорации иностранных криптобирж могут вовсе отсутствовать какие-либо требования к уставному капиталу криптобирж, их внутренней организации, аудиту и т. д.

Равное регулирование отечественных и иностранных криптобирж исключит возможные преимущества для иностранных лиц, а также обеспечит единый уровень защиты российских резидентов, пользующихся услугами криптобирж.

Таким образом, иностранные криптобиржи должны:

1. Создать филиал/представительство/юридическое лицо в РФ;
2. Соответствовать требованиям, установленным для отечественных криптобирж (или хотя бы в основной части, обеспечивающей защиту прав ее клиентов).

При этом при реализации этих мер необходимо учитывать риск того, что часть иностранных криптобирж посчитают более выгодным не соблюдать законодательство РФ, продолжая при этом направлять свою деятельность на территорию России. Для предотвращения этого можно использовать разные меры, в том числе:

- блокировать доступ на территории РФ к интернет-ресурсам, игнорирующим требования законодательства РФ;
- заключать международные соглашения с иностранными регуляторами о взаимодействии, в том числе об обмене информацией об операциях российских клиентов на криптобиржах.

Участие кредитных организаций в обращении криптовалют

Концепция Правительства

Концепция Правительства предлагает ввести понятие «организатора системы обмена цифровых валют», статус которого могут получить банки с универсальной лицензией. Банки, получившие соответствующий статус, будут осуществлять следующие функции:

- идентификация участников операции обмена цифровой валюты на фиатные денежные средства;
- по поручению оператора обмена цифровых валют проведение идентификации/упрощенной идентификации клиента;
- проведение тестирования клиентов в целях выделения квалифицированных инвесторов;
- банковское обслуживание участников сделки и ряд других функций.

Альтернатива банкам: новые участники отношений – операторы криптовалютных кошельков

Предложение Концепции Правительства заслуживает внимания. В то же время стоит отметить, что определение банков как субъектов, которые могут сопровождать большинство операций с криптовалютами, исключает возможность разработки альтернативных решений различными финтех компаниями и стартапами, не имеющими такой лицензии.

В связи с этим стоит рассмотреть вариант регулирования, при котором хотя бы отдельные функции, закрепленные по Концепции Правительства за организаторами системы обмена цифровых валют, смогут осуществляться субъектами, не имеющими статус банка. Например, криптобиржи могут взять на себя большинство полномочий по осуществлению требований ПОД/ФТ.

Также функции оператора криптовалютного кошелька должны иметь возможность осуществлять разные лица, не только сами криптобиржи.

Иностранный опыт

Швейцария

Ст. 1b Закона о банках (Bankengesetz) предусматривает особый правовой режим, призванный стимулировать инновации в сфере расчетов. Сфера применения указанной статьи была расширена также на криптовалюты в силу принятого специального закона, адаптировавшего действующее законодательство под технологию распределенного реестра³.

Ст. 1b Закона о банках в текущей редакции распространяется на лиц, которые принимают в качестве вкладов (на учет) от неопределенного круга лиц фиатные деньги (до 100 млн швейцарских франков) или криптовалюты. При этом такие фиатные деньги и криптовалюты не должны реинвестироваться, и на них

³ Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register.

нельзя начислять проценты. Если деятельность лица соответствует указанным условиям, то оно должно получить не общую банковскую, а финтех-лицензию (Fintech-Bewilligung).

В то же время для получения финтех-лицензии также установлены значительные (хотя и менее жесткие, чем для обычных банков) требования, которые конкретизируются в Положении о банках (Bankenverordnung):

- криптовалюты должны храниться обособленно от активов обладателя финтех-лицензии и других лиц;
- криптовалюты должны храниться в Швейцарии;
- минимальный уставный капитал – 3 % от хранимой суммы, но не менее 300 тыс. швейцарских франков;
- устанавливаются требования к идентификации клиентов, управлению, риск-менеджменту, комплаенсу и т. д.

Финтех-лицензия направлена, в том числе, на оптимизацию регулирования криптобирж, которые кроме простого сведения спроса и предложения могут также оперировать счетами и криптокошельками клиентов с фиатными деньгами или криптовалютой⁴. Обладатели финтех-лицензий осуществляют отчасти схожую с банковской деятельностью, однако они не инвестируют полученные средства и не начисляют на них проценты, так что смысл некоторых требований и ограничений, применимых к банкам, отпадает⁵.

Другие иностранные правовые порядки

В других странах часто отдельно выделяются операторы криптокошельков, которые не сводятся к криптобиржам. Для них предусматриваются специальные требования. Например, на Мальте такие лица должны иметь минимальный уставный капитал от 125 тыс. евро. В проекте европейского регламента MiCA для них также предусмотрены специальные обязанности:

- обеспечить ведение открытых на имя каждого из клиентов специальных кошельков, в которых осуществляется учет криптоактивов и отражается переход прав на них;
- внедрить систему безопасного хранения и контроля криптоактивов или средств доступа к ним;
- содействовать клиентам в осуществлении их прав, в том числе путем предоставления информации об имеющихся криптоактивах;
- обеспечить обособление активов клиента от собственного имущества и т. д.

⁴ См., например: URL: <https://www.finma.ch/de/dokumentation/dossier/dossier-fintech/entwicklungen-im-bereich-fintech/> (дата обращения: 06.02.2022).

⁵ См.: URL: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/54881.pdf> (дата обращения: 06.02.2022).

Регулирование (организации) выпуска криптовалют и допуск криптовалют на криптовалютные биржи

Текущие предложения

Доклад ЦБ в соответствии со своей общей идеей предлагает запретить выпуск криптовалют.

Концепция Правительства не содержит предложений по регулированию выпуска криптовалют, а также по их допуску на криптовалютные биржи.

Вопрос о необходимости регулирования

Регулирование выпуска криптовалют и их допуска на криптобиржу позволит в дополнительной мере снизить риски для приобретателей криптовалют за счет:

- дополнительного раскрытия информации перед выпуском криптовалют или их допуска на криптовалютные биржи;
- опционального установления дополнительных обязанностей для эмитентов криптовалют (в случае их наличия);
- опционального установления дополнительных требований к криптовалютам как условиям их допуска на криптовалютные биржи;
- иные меры защиты (в т. ч. «период охлаждения» для потребителей).

Многие иностранные правовые порядки на данный момент не регулируют выпуск криптовалют и порядок их допуска на криптовалютные биржи. В то же время на Мальте такое регулирование существует уже несколько лет, и в проекте европейского регламента MiCA также предлагается реализовать схожий подход.

Информационные обязанности: регистрация проспекта (whitpaper) как условие для выпуска криптовалют и их допуска на криптобиржу

Проект европейского регламента MiCA

Ст. 4 MiCA предусматривает, что публичное предложение приобрести криптовалюты, а также допуск криптовалют на криптобиржи допускается при соблюдении следующих условий:

- подготовка проспекта криптовалют;
- направление проспекта криптовалют в уполномоченный орган за 20 дней до его публикации;

- публикация проспекта криптовалют.

В то же время предварительное одобрение проспекта криптовалют со стороны уполномоченного органа не является обязательным условием для выпуска криптовалют.

Проспект криптовалют должен содержать предусмотренную в ст. 5 MiCA информацию, в т. ч.:

- описание эмитента;
- описание проекта;
- количество выпускаемых криптовалют, их начальную стоимость;
- описание технологий и стандартов, применяемых при хранении, обращении криптовалют, описание рисков;
- ряд различных дисклеймеров, включая указание на то, что криптовалюты могут упасть в цене, быть неликвидны и т. д.

При этом требование о предоставлении проспекта в уполномоченный орган и публикация проспекта криптовалют не является обязательным, если:

- криптовалюта создается посредством майнинга или является невзаимозаменяемой (NFT);
- предлагается к приобретению не более чем 150 лицам;
- сумма привлекаемых денежных средств за 12 месяцев не превышает 1 млн евро;
- оферта направлена только квалифицированным инвесторам и криптовалютой могут обладать только квалифицированные инвесторы.

В таком регулировании можно увидеть параллели с эмиссией ценных бумаг, в соответствии с которым обязанность по составлению и регистрации проспекта ценных бумаг также отпадает, если ценные бумаги размещаются среди узкого круга лиц (в России – ст. 22 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»). Порог в 1 млн евро, в свою очередь, является отражением зарубежного подхода к краудфандингу, где также устанавливаются относительно невысокие пороги с предоставлением лицам, привлекающим инвестиции, льготного режима.

Мальта

На Мальте уже несколько лет принят и действует схожий подход. Предварительным условием для выпуска криптовалют и их допуска на криптобиржу является регистрация проспекта уполномоченным органом. В отличие от планируемого похода MiCA, на Мальте Закон о виртуальных финансовых активах (Virtual Financial Assets Act) определяет разрешение и регистрацию проспекта уполномоченным органом как необходимое условие для выпуска криптовалют и их допуска на криптобиржу.

В части требований к содержанию проспекта на Мальте установлены более жесткие требования, предполагающие раскрытие, в т. ч.:

- бухгалтерской (финансовой) отчетности эмитента, а также консолидированной финансовой отчетности эмитента за последние 3 года;
- более подробное раскрытие данных о применяемых технологиях, в т. ч. о смарт-контрактах и др.

Возложение на эмитента криптовалют дополнительных обязанностей

Мальта

Во 2 главе Правил о виртуальных финансовых активах⁶ предусмотрены дополнительные требования к эмитентам криптовалют:

- выбрать «агента VFA» (зарегистрированные в качестве агента VFA лица, которые прошли установленный регулятором обучающий курс и соответствующие иным требованиям), через которого осуществляется взаимодействие с регулятором;
- назначить аудитора используемых технологий (проверяет соответствие технологии требованиям), оператора криптокошелька, а также лицо, ответственное за соблюдение требований AML/KYC;
- обеспечивать в соответствии с установленными требованиями кибербезопасность, бухгалтерский учет и т. д.

Стоит отметить, что такие дополнительные требования не будут работать в случае, когда изначальный разработчик криптовалют неизвестен, как с биткоином.

Дополнительные требования к криптовалютам, которые допускаются к выпуску и к обращению на криптобирже

Одной лишь регистрации проспекта криптовалют может быть недостаточно для создания хотя бы минимальной степени защищенности приобретателей криптовалют. Кроме установления дополнительных требований к самому эмитенту, можно также рассмотреть возможность создания дополнительного фильтра для криптовалют, которые допускаются к обращению на криптобиржах.

Мальта

На Мальте для фильтрации криптовалют уполномоченный орган наделяется значительными полномочиями. Правила о виртуальных финансовых активах прямо указывают, что разрешение на выпуск и допуск к криптобиржам находится целиком в дискреции уполномоченного органа. Уполномоченный орган оценивает, в том числе, репутацию и демонстрацию заявителем своих намерений действовать добросовестно. При выдаче разрешения на допуск к криптобиржам уполномоченный орган может установить дополнительные условия, исходя из общих соображений защиты интересов инвесторов и финансовой системы.

Проект европейского регламента MiCA

MiCA не наделяет уполномоченный орган подобными полномочиями произвольного отказа. В то же время ст. 68 MiCA предусматривает, что, прежде чем допускать криптовалюту к торгам, криптобиржа должна удостовериться в ее соответствии правилам биржи, а также в ее качестве. При оценке качества криптовалюты во внимание принимаются опыт, история, а также репутация эмитента и его команды разработчиков.

В MiCA дополнительно требует, чтобы криптовалюта не обладала встроенной функцией анонимизации, если криптобиржа не может идентифицировать обладателя криптовалюты и историю его транзакций.

⁶ Virtual Financial Assets Rulebook. Chapter 2: Virtual Financial Assets Rules for Issuers of VFAS.

Оценка возможности установить дополнительные требования

Предоставление уполномоченному регулятору или криптобирже полномочий по фильтрации криптовалют с абстрактными критериями «хорошей репутации», «надежности» и т. п. наделяет их слишком большой дискрецией и не обеспечивает необходимую правовую определенность. В то же время наделение такими полномочиями может быть оправдано при апробации правового регулирования в рамках экспериментального правового режима.

Предпочтительным является установление более четких оснований, по которым в выпуске криптовалют или в их допуске на криптовалютную биржу может быть отказано. Одним из таких критериев является анонимизация, не позволяющая даже криптобиржам определить владельца криптовалют и осуществить обязанности по идентификации. Для выработки иных критериев необходим дополнительный анализ рынка криптовалют.

Обоснованность ограничения участия неквалифицированных инвесторов в торгах на криптовалютных биржах

Текущие предложения

Концепция Правительства

Концепция Правительства предлагает разделить инвесторов на квалифицированных и неквалифицированных. Деление будет осуществляться через тестирование. Для неквалифицированных инвесторов будет установлен лимит для совершения операций.

Банк России

Банк России в ответ на предложение выделить неквалифицированных инвесторов указал, что в случае с криптовалютами это нецелесообразно. В большинстве случаев курс криптовалют определяется случайными факторами, и наличие у инвестора финансовых знаний ему не поможет.

Другие возможные подходы

Привязка размера допустимых инвестиций в криптовалюту к имеющимся активам инвестора

Банк России справедливо отмечает, что курс криптовалют имеет во многом спекуляционный характер. При таких условиях главной задачей может быть оберегание инвесторов от траты излишних средств, которые он не готов потерять. Для защиты инвесторов в качестве ориентира допустимых инвестиций конкретного инвестора можно взять уровень его активов или дохода. Привязка допустимого размера инвестиций к активам инвестора в определенной степени защитит его от избыточных потерь.

Такой подход можно сочетать с предлагаемым тестом для инвесторов.

За основу можно взять иностранный опыт регулирования краудфандинга. Это регулирование также нацелено на купирование рисков инвесторов в условиях недостаточной информации. Такая ситуация схожа с ситуацией на рынке криптовалют, где даже наличие информации и способность к ее осмыслению не гарантируют защиту от частых случайных факторов.

В Германии § 2а Закона об инвестициях (Vermögensanlagengesetz) устанавливает гибкие ограничения инвестирования в краудфандинг: установлен твердый порог в 1 тыс. евро, а также альтернативные пороги, величина которых зависит от объема имеющихся у лица активов или размера его месячной зарплаты. Аналогичный подход с привязкой к доходу и активам принят и в США (Jumpstart Our Business Startups (JOBS) Act).

Ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» устанавливает лишь твердый порог в 600 тыс. рублей для физических лиц при инвестировании с использованием инвестиционных платформ.

Ограничение рекламы

Ограничение рекламы торговли криптовалютой на криптобирже может стать одним из способов повышения защиты потребителей, которые не знакомы с рынком криптовалют.

В Сингапуре, несмотря на в целом положительное отношение к криптовалютам со стороны властей, финансовый регулятор в начале 2022 года опубликовал руководство, содержащее ограничение рекламы криптовалют⁷. Руководство содержит:

- общее указание на то, что торговля криптовалютами не подходит для широкой общественности;
- запрет на создание впечатления о том, что вложения в криптовалюты не столь рискованны;
- запрет рекламы криптовалют в местах общественного пользования (общественном транспорте, публичных мероприятиях, рекламных вывесках и т. п.);
- запрет рекламы криптовалют на сайтах третьих лиц, в социальных сетях, привлечение блогеров и т. д.

⁷ URL: <https://www.mas.gov.sg/regulation/guidelines/ps-g02-guidelines-on-provision-of-digital-payment-token-services-to-the-public> (дата обращения: 06.02.2022).

Использование криптовалют как средства платежа за товары, работы, услуги

Действующее регулирование

Ч. 5 ст. 14 ФЗ о ЦФА предусматривает запрет российским резидентам принимать цифровую валюту в качестве встречного предоставления за предоставление ими или им товаров, работ и услуг. При этом ответственность за нарушение запрета пока не установлена. Правовым последствием является лишь ничтожность сделки по ч. 2 ст. 168 ГК РФ.

Текущие предложения

В Докладе ЦБ предлагается сохранить существующий запрет и при этом установить за его нарушение публично-правовую ответственность.

Минэкономразвития России также выступает за сохранение существующего запрета. Цифровые валюты при этом могут выступать как инструмент инвестирования и средство сбережения. В то же время отмечается, что криптовалюта может быть использована российскими компаниями для привлечения средств посредством продажи цифровых финансовых активов за цифровую валюту.

Концепция Правительства не содержит позицию по данному вопросу.

Оценка предлагаемых подходов

При запрете приобретения и отчуждения товаров, работ и услуг за криптовалюту ее функции, действительно, сводятся лишь к средству инвестирования и сбережения. Такой подход может быть концептуально не оправдан в случае, если будет принято решение разрешить деятельность криптобирж, выпуска криптовалют и оставить возможность для развития рынка криптовалют в России.

Запрет использования криптовалют в качестве встречного предоставления приводит к ситуации, когда криптовалюта становится лишь объектом спекуляций и ее существование лишено внутренней ценности («криптовалюты ради криптовалют»). Криптовалюты сами по себе не имеют никакой ценности. В этом смысле позиция Доклада ЦБ является более последовательной: Банк России предлагает запретить деятельность криптобирж, выпуск криптовалют, а также использование криптовалют как средства расчета. Последнее логически вытекает из общего посыла Центрального банка России.

Если будет принято решение все же допустить деятельность криптобирж и выпуск криптовалют, то концептуально верным будет признать за цифровой валютой платежную функцию для приобретения цифровых финансовых активов, как это предлагается Минэкономразвития России. Такую позицию следует поддержать.

Разрешение использовать криптовалюту как встречное предоставление за цифровые финансовые активы будет отвечать существующей практике рынка. В противном случае обладатели криптовалют будут вынуждены сначала переводить свою криптовалюту в фиатные деньги (при этом эмитент может хотеть получить именно криптовалюту), теряя при этом значительную часть средств при конвертации. Альтернативой для них станет приобретение инвестиционных токенов за рубелем.

Таким образом, при запрете использования криптовалют как средства платежа, обладание криптовалютами для целей, иных кроме как в будущем «продать подороже», станет нецелесообразным. В этом случае самую концептуальную оправданность разрешения обращения криптовалют можно поставить под сомнение.

Необходимость специального правового режима для стейблкоинов

Текущие предложения

Доклад ЦБ отдельно уделяет им внимание, однако в итоге предлагаемый им запрет обращения криптовалют через криптобиржи также распространяется и на стейблкоины.

Концепция Правительства не содержит предложений в части особенностей регулирования стейблкоинов.

Постановка проблемы

Стейблкоины обладают меньшей волатильностью чем обычные криптовалюты за счет привязки их курса к реальным активам. В результате платежная функция стейблкоинов выходит на первый план. При этом возникают новые риски для финансовой системы, а также для обладателей стейблкоинов, так как заявления эмитента «об обеспеченности» стейблкоинов реальными активами может быть недостоверны.

Проект европейского регламента MiCA

Особенности стейблкоинов были в наибольшей степени учтены в проекте европейского регламента MiCA.

MiCA предусматривает 2 разновидности стейблкоинов:

- токены, привязанные к активам (asset-referenced tokens);
- токены-электронные деньги (e-money tokens).

Токены, привязанные к активам, нацелены на поддержание стабильной стоимости путем привязки к нескольким валютам, являющимся законным платежным средством, одному или нескольким товарам, одному или нескольким криптоактивам или совокупности таких активов.

Токены-электронные деньги предназначены в первую очередь для использования в качестве платежного средства, цель которых - стабилизировать их стоимость путем ссылки только на одну фиатную валюту. Функция таких криптоактивов очень похожа на функцию электронных денег.

Токены, привязанные к активам

П. 25 Преамбулы MiCA отмечает, что токены, привязанные к активам, могут широко использоваться как платежное средство и тем самым создают дополнительные риски для потребителей и рынка. Это обосновывает их более жесткое регулирование.

Кроме соблюдения общих требований к криптовалютам, эмитент токенов, привязанных к активам, должен получить предварительное разрешение от регулятора на эмиссию. При этом ст. 19 MiCA предусматривает за уполномоченным органом право отказать в разрешении, если с его точки зрения предполагаемая бизнес-модель может представлять угрозу для финансовой стабильности и денежно-кредитной политики.

MiCA предусматривает значительные требования к эмитентам токенов, привязанным к активам. Среди них:

- постоянно иметь чистые активы в размере 350 000 евро или 2% от средней суммы зарезервированных активов;
- обеспечить регулярный аудит независимым аудитором;
- внедрить и поддерживать эффективную и прозрачную процедуру рассмотрения жалоб держателей токенов;
- установить прозрачную и эффективную систему корпоративного управления, выявления рисков, внутреннего контроля, обеспечения бесперебойной деятельности, безопасности и конфиденциальности информации.

Важной составляющей в деятельности эмитентов токенов, привязанных к активам, является создание и поддержание запасов чистых активов, которые призваны стабилизировать стоимость таких токенов. Резервированные активы могут инвестироваться только в высоколиквидные финансовые инструменты с минимальным рыночным и кредитным риском.

При этом если эмитент не предусматривает за обладателями токенов, привязанных к активам, право на погашение токенов, то он должен внедрить механизмы, обеспечивающие ликвидность таких токенов. Это реализуется посредством заключения договоров с лицами, предоставляющими услуги в отношении криптовалют.

Токены-электронные деньги

П. 10 Преамбулы MiCA поясняет, что токены, стоимость которых привязана к одной фиатной валюте, функционально схожи с обычными электронными деньгами. Логика регулирования заключалась в пресечении возможных попыток обхода регулирования электронных денег и создании схожего правового режима. При этом учитываются особенности токенов-электронных денег, вытекающих из особенности применяемой технологии.

Основные требования к эмитенту токенов-электронных денег (помимо общих требований к эмитентам криптовалют):

- быть кредитной организацией или уполномоченным на выпуск электронных денег лицом;
- соответствовать требованиям, применимым к уполномоченным на выпуск электронных денег лицам.

Таким образом, токены-электронные деньги приближены к обычным электронным деньгам.

Позиция Европейского центрального банка⁸

Европейский центральный банк (далее – «ЕЦБ») в целом поддержал предлагаемое MiCA регулирование. По мнению ЕЦБ, токены, привязанные к активам, и токены-электронные деньги имеют характер денежных субститутов, выполняющих в обороте функции денег.

Среди рисков ЕЦБ указывает, что стейблкоины могут повлиять на устойчивость и стоимость привлечения вкладов кредитными организациями. Кредитные организации могут быть вынуждены прибегнуть к поиску альтернативных источников финансирования, таких как рынки краткосрочных долговых обязательств и кредитование центральными банками, что отразится на стоимости банковского кредита.

⁸ Opinion of the European Central Bank of 19 February 2021 on a proposal for a regulation on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (CON/2021/4) // URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4a9e9ba4-a884-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-en/format-PDFA2A> (дата обращения: 07.02.2022).

ЕЦБ настаивает на расширении своего участия и участия национальных центральных банков в решении вопроса о выдаче эмитентам разрешений на выпуск токенов. Такое участие сводится к подготовке обязательных заключений о целесообразности выдачи разрешений на выпуск стейблкоинов.

Оптимальный подход

В зависимости от восприятия возможных рисков стейблкоинов возможны две альтернативы: максимальное ограничение выпуска и эмиссии стейблкоинов или их специальное регулирование. Учитывая жесткую позицию Банка России в отношении криптовалют и особенно высокие риски для финансовой системы со стороны стейблкоинов, даже если специальное регулирование будет введено, оно не может быть мягким.

Если все же рассматривать перспективы специального регулирования, то оно должно учитывать специфические риски стейблкоинов:

- одним из главных требований является создание и аудит резервов активов, к которым привязана стоимость криптовалют;
- за обладателями стейблкоинов следует предусмотреть права требования погашения;
- в случае тождественности функций стейблкоинов с электронными деньгами, к ним должно применяться соответствующее законодательство;
- за Банком России должны признаваться широкие полномочия в части допустимости или недопустимости выпуска стейблкоинов, исходя из конкретной бизнес-модели.

Некоторые вопросы гражданско-правового регулирования криптовалют и ответственности за нарушение законодательства о криптовалютах

Обеспечение устойчивости оборота криптовалют

Гражданско-правовая квалификация

Если исходить из законности криптовалют, то с гражданско-правовой точки зрения они будут квалифицироваться как «иное имущество» в понимании ст. 128 ГК РФ. В отношении такого иного имущества действуют общие положения об обязательствах, в том числе обязательств из неосновательного обогащения, причинения вреда и т. д.

Постановка проблемы

При продаже криптовалют, в том числе на криптобирже, права (правовой титул) на криптовалюту переходит к ее покупателю. Такой переход прав означает, что криптовалюта будет составлять часть имущества покупателя, а не продавца.

Учитывая то, что криптовалюты с гражданско-правовой точки зрения не являются вещами, к ним не применима ст. 302 ГК РФ, предусматривающая защиту добросовестного приобретателя. Это означает, что добросовестный приобретатель криптовалют не сохранит за собой права на криптовалюту, например, в следующей ситуации:

- криптовалюта была украдена, а потом перепродана на криптобирже;
- криптовалюта была получена продавцом по недействительной сделке от третьего лица, а потом перепродана на криптобирже.

В результате обращение криптовалют становится неустойчивым. Покупатель криптовалют, как правило, не может знать о неуправомочности отчуждателя и не может быть уверен, что у него не истребует криптовалюты третье лицо.

На данный момент указанная проблема не возникала в судебной практике. Однако это объясняется прежде всего сложностью идентификации контрагента, трансграничным характером отношений, сложностью фактического истребования и т. д.

Если полноценно вводить криптовалюты в правовое поле, то необходимо создать должную правовую определенность.

В немецкоязычной доктрине также признается существование указанной проблемы. В связи с этим часть авторов предлагает распространять на криптовалюту гражданско-правовой режим вещей по аналогии⁹.

Концепция Правительства не поднимает этой проблемы и не касается иных гражданско-правовых вопросов.

Оптимальное регулирование

Для обеспечения устойчивости оборота криптовалют необходимо предусмотреть одно из двух решений:

- закрепление возможности добросовестного приобретения криптовалют по аналогии с п. 3 ст. 302 ГК РФ (чтобы защита была и при выбытии помимо воли) или
- закрепление за распределенным реестром, на базе которого обращаются криптовалюты, правоустанавливающего значения (запись = право).

Последствия недеklarирования криптовалют

Действующее законодательство

Согласно ч. 6 ст. 14 ФЗ о ЦФА, требования обладателей криптовалют подлежат судебной защите только при условии декларации криптовалют.

Текущие предложения

Концепция Правительства предусматривает введение различных мер ответственности за нарушение законодательства о криптовалютах. В том числе предусмотрена налоговая и уголовная ответственность за недеklarирование криптовалют.

Оптимальное регулирование

Концепция Правительства правильно исходит из необходимости установления публично-правовой ответственности за недеklarирование криптовалют. Однако, предложение Правительства РФ стоит дополнить исключением текущей санкции по ч. 6 ст. 14 ФЗ о ЦФА, состоящей в отказе в гражданско-правовой защите прав обладателей криптовалют.

Это объясняется следующими причинами:

- норма имеет карательный характер, который не характерен для гражданского права, ответственность в котором имеет преимущественно компенсационный характер;
- происходит несправедливое (неосновательное в экономическом смысле) обогащение контрагента;
- могут нарушаться права третьих лиц, в том числе права кредиторов лица, не задекларировавшего криптовалюты. Выбытие криптовалют из имущественной массы должника по формальным причинам особенно несправедливо в случае его банкротства.

⁹ Spindler G., Bille M. Rechtsprobleme von Bitcoins als virtuelle Währung // WM. 2014. S. 1363. Völkel O. Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen // ÖBA. 2017. S. 388. См. также: Engelhardt C., Klein S. Bitcoins – Geschäfte mit Geld, das keines ist: Technische Grundlagen und zivilrechtliche Betrachtung // MMR. 2014. S. 357.

Регулирование майнинга

Текущие предложения

Доклад ЦБ содержит предложение запретить майнинг криптовалют. Однако такое предложение пока не нашло поддержки у профильных ведомств.

Концепция Правительства, а также принятая дорожная карта пока не содержат предложений по майнингу. Эту проблему планируют рассматривать отдельно от остальных вопросов регулирования обращения криптовалют.

Минэкономразвития России, в свою очередь, указывает на целесообразность разрешить майнинг криптовалют в регионах, имеющих устойчивый профицит генерации электроэнергии. Также рассматривается перспектива установления порогового значения использования электроэнергии для потребления электроэнергии физическими лицами (социальной нормы потребления). В итоге майнеры, потребляющие большие объемы электроэнергии и превышающие установленную норму, будут платить по повышенному тарифу.

Основной проблемой в текущей повестке является поиск баланса между стимулированием эффективной майнинговой деятельности и оптимизацией уровня потребления электроэнергии.

Иностранный опыт

С учетом того, что дискуссия по регулированию майнинга в контексте электроэнергии и экологии в России пока лишь начинается, стоит обратиться к текущим предложениям в иностранных правовых системах. В некоторых из них оптимизации майнинговой деятельности добиваются посредством установления дополнительных ограничений (например, Китай, Иран), а в других – посредством предоставления льгот в случае осуществления определенной бизнес-модели (например, Бразилия, Квебек).

Китай

В Китае помимо тотального запрета на использование криптовалюты, власти также вводят повышенные тарифы на электроэнергию для майнинговых предприятий. В ноябре 2021 года Национальная комиссия по развитию и реформам Китая (далее – «**Комиссия**») объявила о необходимости оптимизации деятельности государственных промышленных предприятий, участвующих в майнинге. Хозяйствующие субъекты, которые сейчас используют субсидированную электроэнергию для майнинга криптовалют, в будущем могут столкнуться с более высокими тарифами на электроэнергию. Комиссия намерена изучить возможность взимания «карательных» тарифов в рамках превентивных мер¹⁰. Вслед за общенациональным регулятором в декабре 2021 года Комиссия по развитию и реформам провинции Хайнань опубликовала документ, который установил повышенный тариф на электроэнергию для предприятий по добыче криптовалюты в размере 0,8 юаня за киловатт-час, в то время как стандартная цена на электроэнергию составляет около 0,6 юаня за киловатт-час¹¹.

¹⁰ China Targets Crypto Mining at State-Owned Enterprises, Threatens Punitive Measures // URL: <https://news.bitcoin.com/china-targets-crypto-mining-at-state-owned-enterprises-threatens-punitive-measures/> (дата обращения: 10.02.2022).

¹¹ South China's Hainan cracks down on cryptocurrency mining activities // URL: <https://www.globaltimes.cn/page/202112/1240660.shtml> (дата обращения: 10.02.2022).

Иран

В Иране для осуществления майнинга необходимо зарегистрироваться в качестве «крипто-майнера» и получить два отдельных вида лицензии, а именно разрешение на учреждение, которое действительно в течение шести месяцев, и разрешение на эксплуатацию, которое необходимо продлевать каждый год¹².

Бразилия

Бразильский Конгресс рассматривает предложение по освобождению от пошлин на ввоз оборудования для майнинга криптовалют, а также от налогов на майнинговую деятельность, если используются возобновляемые источники энергии¹³.

Квебек (Канада)

Совет по энергетике (Régie de l'énergie) провинции Квебек (Канада) одобрил выделение майнеров в отдельную категорию потребителей и санкционировал для этих целей создание нового блока электроэнергии мощностью 300 МВт¹⁴. В отношении любого криптопроекта, связанного с использованием электроэнергии мощностью не менее 50 киловатт, устанавливается специальный тариф на потребление¹⁵. Отбор участников осуществляется по заявкам, и по его результатам определяются лица (майнеры), с которыми будут заключены договоры на поставку электроэнергии. Процесс отбора осуществляется на основе экономических и экологических показателей, к которым относятся, в частности, количество созданных претендентом рабочих мест, общий фонд заработной платы, объем капитальных вложений, сделанных в Квебеке¹⁶.

Нидерланды

В Нидерландах, если майнинг осуществляется в значительных масштабах и требует существенного количества энергии, такая деятельность нуждается в обеспечении дополнительной безопасности. Кроме того, в случае превышения нормы выбросов в окружающую среду для осуществления майнинга криптовалюты могут потребоваться соответствующие разрешения, например, экологическое разрешение¹⁷.

¹² Iranian Crypto Mining – Legality and Regulations // URL: https://www.iranbestlawyer.com/iranian-crypto-mining-legality-and-regulations/#Applicable_Law (дата обращения: 10.02.2022).

¹³ 'Mecca of mining': Brazil considers zero tax on green Bitcoin mining // <https://cointelegraph.com/news/mecca-of-mining-brazil-considers-zero-tax-on-green-bitcoin-mining> (дата обращения: 10.02.2022).

¹⁴ Hydro-Québec's new framework for digital currency miners // URL: <https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/canadian-energy-perspectives/hydro-quebecs-new-framework-digital-currency-miners> (дата обращения: 10.02.2022).

¹⁵ Québec's blockchain industry // URL: <https://www.hydroquebec.com/blockchain/> (дата обращения: 10.02.2022);

¹⁶ Art. 3.3.1–3.3.2 of the Appendix № 2. Allocation of a 300 MW block of power and associated energy to non-firm service for cryptographic use applied to blockchains // URL: <https://www.hydroquebec.com/data/chaines-de-blocs/pdf/addenda-2-en.pdf> (дата обращения: 10.02.2022).

¹⁷ Blockchain & Cryptocurrency Laws and Regulations 2022 | Netherlands // URL: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/netherlands#chaptercontent7> (дата обращения: 10.02.2022).

Приложение

Технологические ограничения запретительного подхода к криптовалютам

Вариант 1: полный запрет

Техническая реализация полного запрета работы криптовалюты является технически крайне сложной, трудоемкой, дорогостоящей задачей, которая скорее приведет не к фактическому прекращению оборота криптовалют, а к полному уходу в серую и черную зону (посредством средств обхода блокировок, DarkNet).

Запрет выпуска криптовалют (в широком смысле, включая майнинг)

Разновидности запретов:

1. Запрет физического майнинга/форжинга криптовалют (всех или отдельных видов) на территории РФ

Ограничения:

В рамках майнинга/форжинга криптовалют используется такое же оборудование (вычислительные мощности), что и для поддержки иных видов использования технологии блокчейн. Для реализации запрета необходимо будет доказывать, что оборудование используется именно для майнинга криптовалют, а не просто для поддержания законных технологий распределенного реестра. Это потребует физического обнаружения и доступа к оборудованию для исследования, установленного на нем программного обеспечения.

2. Запрет доступа через сеть «Интернет» к узлам/пулам майнинга на территории Российской Федерации

Ограничения:

Доступ в сеть «Интернет» может быть обеспечен с использованием подменных IP-адресов (VPN, прокси сервера), которые делают невозможным их отнесение к юрисдикции РФ. Также возможно приобретение оборудования для доступа к сети «Интернет» с использованием спутниковых технологий зарубежных производителей, провайдеров, поставщиков услуг, не подпадающих под юрисдикцию РФ (вне рунета).

3. Запрет выпуска криптовалют на территории Российской Федерации

Ограничения:

Если исходить из текущего понимания выпуска криптовалют в РФ, данного в ст. 14 ФЗ о ЦФА, то привязка к объектам российской информационной инфраструктуры является не работающей. Выпуск криптовалют может производиться на площадках, расположенных в иностранных юрисдикциях, в т. ч. удаленно.

При этом даже если пересмотреть понятия выпуска криптовалют в РФ и заменить привязку на «направленность на территорию РФ» (см. вопрос 1), то все равно останется актуальной проблема обхода блокировок сервисов, предлагающих приобрести криптовалюты резидентам РФ при их выпуске (зеркала, VPN и т. д.).

4. Запрет покупки оборудования для майнинга/форжинга (поставок оборудования на территорию Российской Федерации)

Ограничения:

Большинство оборудования, применяемое для майнинга, имеет двойное назначение (видеокарты, процессоры, накопители SDD и HDD и т.п.). Кроме того, стоит учесть, что майнинг криптовалют может производиться на онлайн площадках, предоставляющих доступ к вычислительным мощностям в качестве аренды.

5. Запрет использования протоколов, используемых для оборота криптовалют в сети «Интернет»

Ограничения:

Большинство криптовалют построено на платформе Ethereum (на основе стандарта ERC-20), но существуют криптовалюты со своими протоколами и платформами. Необходим будет запрет всех соответствующих протоколов. С учетом существующих механизмов блокировок, большим количеством протоколов и появлением новых протоколов, это неосуществимо с технологической точки зрения.

6. Запрет или ограничение использования электроэнергии для майнинга/форжинга криптовалют на территории Российской Федерации

Ограничения:

Признаки повышенного использования электроэнергии для майнинга являются косвенными и применимы только для крупных майнинговых ферм. В иных случаях использование электроэнергии для майнинга можно спутать с относительно повышенным использованием электроэнергии в иных законных целях: поддержание серверов, расход электроэнергии для обеспечения нужд в частных домах (например, отопление). Признаки особо большого потребления могут использоваться как повод для проведения физической проверки.

Также стоит учитывать, что майнинг криптовалют может производиться на онлайн площадках, предоставляющих доступ к вычислительным мощностям в качестве аренды.

Запрет оборота криптовалют

Возможные варианты:

1. Запрет обладания криптовалютой на территории РФ

Ограничения:

Принцип почти всех криптовалют – анонимность владельца, т. е. невозможность установить их обладателя. Верифицировать обладателя возможно только при обмене криптовалют на фиатные деньги и их выводе на реальные банковские счета. Кроме того, возможность применения холодных кошельков приводит к тому, что владелец криптовалюты может хранить (условно) криптовалюту вне сети «Интернет», что приводит к невозможности идентификации владельца.

2. Запрет обменников, онлайн-кошельков (криптокошельков), криптобирж и т. п. на территории РФ

Ограничения:

Потребуется вести и постоянно актуализировать перечень соответствующих сайтов, доступ к которым будет закрыт в рунете. При этом на практике достаточно быстро создаются «зеркала» сайтов, которые снижают эффективность этой меры. Кроме того, доступ к запрещенным сервисам может обеспечиваться по VPN и иной технологии через обход рунета.

3. Запрет транзакций по обмену криптовалют на территории РФ

Ограничение:

При реализации такого запрета будет проблематично отслеживать все транзакции и идентифицировать стороны таких транзакций. Запрет проведения транзакций с точки зрения технологической осуществимости сопоставим с запретом использования соответствующих протоколов, используемых для оборота криптовалют в сети «Интернет». Все подобные ограничения не будут действовать при выходе за границы рунета.

4. Запрет оплаты криптовалютой товаров, работ, услуг

Ограничение: основной принцип всех криптовалют анонимизация владельца, таким образом невозможно подтвердить, что определенному владельцу сделан перевод криптовалюты за товар (услугу).

В то же время такое ограничение также не имеет абсолютного характера, если продавец товаров, услугодатель, подрядчик ведет отчетность и направляет ее в налоговые органы.

Вариант 2: частичный запрет/частичное разрешение

Частичный запрет/разрешение могут осуществляться в разных формах. Например:

Частичное разрешение выпуска (эмиссии)

Возможные разновидности частичного разрешения:

- разрешение майнинга (добычи), но декларация владельцев, объемов и пр. (налогообложение, тарифы электроэнергии, тарифы и пр.);
- разрешение майнинга в регионах с избытком электроэнергии;
- разрешение выпуска отдельных криптовалют.

Частичное разрешение оборота

Возможные разновидности частичного разрешения:

- разрешение обладания криптовалютой.
- деанонимизация (номинация) владельцев – операции через специализированные организации (учет баланса криптокошельков);
- регулирование криптобирж, в том числе «приземление» криптобирж в РФ;
- регулирование обмена на фиатные валюты – обмен криптовалюты через определенные криптообменники (регулирование криптообменников).

Однако в этом случае все еще актуальны общие ограничения:

Основная сложность учета владельцев заключается в принципе анонимности обладателей криптовалют. Невозможно обязать всех обладателей криптовалюты (особенно эмитированных вне юрисдикции Российской Федерации) декларировать объем наличия криптовалюты и кошельков.

Учет обладателей криптовалют будет возможен лишь в отношении тех лиц, которые добровольно задекларировали свои криптовалюты (криптокошельки). При этом при учете баланса кошелька (объема криптовалюты) необходимо производить постоянный учет всех транзакций, учтенных в блокчейне, что является очень ресурсоемким процессом, подлежащим постоянной актуализации и не позволяющим вести учет балансов множества кошельков.

Таким образом, расчет баланса определенного кошелька при наличии доступа ко всему блокчейну определенной криптовалюты возможен. Однако, такой учет будет очень дорогостоящим и ресурсоемким (сопоставим с ресурсоемкостью для всего майнинга криптовалюты во всем мире).



Фонд «Центр стратегических разработок» (ЦСР)

Москва, 125009, Газетный пер., 3–5 стр. 1, 3 этаж

Тел.: +7 (495) 725-78-06

Факс: +7 (495) 725-78-14

E-mail: info@csr.ru

csr.ru