



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
24 August 2011
Russian
Original: Spanish

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа IV (Электронная торговля)
Сорок пятая сессия
Вена, 10-14 октября 2011 года**

Правовые аспекты электронной торговли

Предложение правительства Испании

Записка Секретариата

В рамках подготовки к сорок пятой сессии Рабочей группы IV (Электронная торговля) правительство Испании представило Секретариату прилагаемый документ.

Содержащийся в приложении документ воспроизводится в том виде, в котором он был получен Секретариатом.



Приложение

Будущая работа Рабочей группы IV (Электронная торговля): электронные передаваемые записи

В связи с решением, принятым на сорок четвертой сессии Комиссии в отношении Рабочей группы IV (Электронная торговля), делегация Испании хотела бы предложить некоторые возможные направления работы в целях облегчения принятия решений Группой на начальных этапах ее работы. Поэтому цель настоящего рабочего документа на данный момент заключается не в том, чтобы представить не подлежащее обсуждению официальное предложение, а просто в том, чтобы определить вопросы, которые, по мнению делегации Испании, могли бы быть сочтены актуальными, когда Группа начнет порученную ей работу, то есть работу в области электронных передаваемых записей. В следующих далее пунктах излагается мнение делегации Испании в отношении некоторых аспектов рассматриваемых вопросов.

1. Общие черты национальных режимов, применимых к оборотным или передаваемым документам

Взяв в качестве отправной точки основную цель подготовки такого документа, который дает возможность или помогает государствам разработать законодательство по электронным передаваемым записям, делегация Испании считает, что крайне важно точно установить, с чего следует начинать работу Группы и на что она должна быть ориентирована. Это позволит, в частности, определить содержание и сферу охвата, которые должен в конечном счете иметь соответствующий документ. Нет никаких причин, по которым принципы, применяемые при выполнении этой задачи, должны отличаться – а они действительно не должны отличаться – от принципов, соблюдавшихся ЮНСИТРАЛ при разработке предыдущих документов в области электронной торговли. В частности, регулирование электронного эквивалента оборотных или передаваемых документов в бумажной форме должно основываться на определении функций, которые этот документ как носитель информации и элементы, связанные с его использованием, выполняют в рамках применимого к ним правового режима, для того чтобы тем самым установить – в соответствии с политикой, определяемой принципом функциональной эквивалентности, – как электронные средства могут выполнять те же самые функции, что и документы в бумажной форме, и, соответственно, добиться их признания как имеющих одинаковую юридическую силу.

Поскольку упомянутые свойства зависят от физического носителя информации, как, например, бумага, они относятся только к формальным аспектам сделок, которые сосредоточены вокруг выдачи и использования таких документов. В этой связи делегация Испании считает, что, как и в прошлых случаях, когда рассматривались вопросы в этой области, работа и ожидаемые результаты должны быть ориентированы на чисто процедурные аспекты рассматриваемого явления. Как видно, описываемый процесс требует анализа того, какие из этих функций подпадают под действие национальных правовых режимов, так как любая попытка согласования в этой области должна

учитывать, насколько уже согласованы национальные законы, касающиеся отдельных или всех потенциально актуальных аспектов.

a) Обратные или передаваемые документы

Для того чтобы обеспечить согласованность с предложенным подходом, шаг, который необходимо сделать в самом начале, состоит в прояснении значения термина "передаваемые записи". Это позволит, в частности, определить границы работы и сферы применения разрабатываемого документа. Такое уточнение необходимо не только потому, что значение термина может различаться в зависимости от соответствующей правовой традиции, но и потому, что в коммерческой практике и в законодательстве различные виды оборотных документов эволюционировали по-разному, а также в свете того, как такая эволюция влияла на формальные вопросы.

В этой связи делегация Испании считает, что работа должна быть сосредоточена на передаваемых документах, определяемых как документы, которые пока еще находятся в бумажной форме и, следовательно, зависят от этого носителя информации. Подобные документы, как правило, выдаются в индивидуальном порядке, например простые векселя, переводные тратты или товарораспорядительные документы. На деле виды документов, которые подпадают под эту категорию, неизбежно зависят от практики и национального законодательства каждой страны. Ключевым фактором в этой связи является четкая зависимость от бумажного носителя информации и соответствующая необходимость устранения препятствий на пути использования бумажных и электронных средств в одних и тех же целях и с одними и теми же последствиями. Некоторые из документов, которые первоначально классифицировались в законодательстве как обратные или передаваемые документы, больше не зависят от этого носителя, поскольку ряд документов уже в течение определенного времени предусматривает их представление в массивах данных в электронном виде, например, записи в реестре. Чаще всего так обстоит дело с обратными ценными бумагами, выпущенными в большом количестве (и, возможно, сгруппированными по сериям или категориям), такими как акции, облигации и финансовые документы в целом. По причинам, не имеющим отношения к появлению сети электронных сообщений и более тесно связанным с функционированием организованных или официальных вторичных рынков, подобные ценные бумаги, которые много лет назад также были в бумажной форме, могут представляться и в электронной форме (электронные записи и записи в реестрах), и, следовательно, их передача, переуступка или обращение также может осуществляться с помощью электронных средств. Таким образом, учитывая, что системы выпуска и обращения подобных документов или ценных бумаг с помощью электронных средств уже существуют в каждой стране, такие документы или ценные бумаги не должны быть непосредственной целью Рабочей группы IV.

b) Элементы характерных особенностей передаваемых записей, связанных с протоколом

Оборотные или передаваемые документы, как известно, характеризуются тем, что они служат механизмом передачи прав, который является альтернативой обычному режиму уступки, основанному на конкретном

способе составления документа и конкретном характере его содержания и, следовательно, на передаче документа в том порядке и согласно той процедуре, как это установлено законом. Этот порядок и эта процедура основаны на передаче права владения, с добавлением в документ в некоторых случаях определенной информации. Логическим следствием применения этого механизма является то, что владелец документа и, соответственно, закрепленных в нем прав должен доказывать и подтверждать это право собственности посредством обладания формально правильно составленным документом и его представления. Из этого механизма, который основан на применении режима передачи движимого имущества к нематериальному имуществу, такому как права личности, вытекают и иные законодательные последствия, касающиеся основного режима, который конкретно регулирует такие передачи документов и прав и который, хотя и основывается на конкретных формальных и физических элементах (владение) протокола, выходит за рамки этих элементов. Поэтому в большинстве случаев двумя предусмотренными законом основными составными частями этого механизма являются документарный характер (и бумажная форма) передаваемых документов и владение ими.

2. Законодательство, которое в настоящее время предусматривает создание и использование электронных передаваемых записей

Есть уже несколько примеров действующего законодательства, которое предусматривает и регулирует создание и передачу электронных передаваемых записей. Хотя таких примеров – часть из них позаимствована из национального законодательства, другие относятся к международным документам – немного, они служат полезными моделями, которые следует принимать во внимание.

a) Уникальность записи

Первый такой пример можно найти в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и, в расширительном смысле, в национальных законах, в которые были включены соответствующие положения Типового закона. Во второй части Типового закона, в частности в статье 17, конкретно упоминаются договоры перевозки грузов и документы, которые могут быть составлены в соответствии с такими договорами в целях урегулирования ситуаций, в которых, в частности, права могут быть переданы по договору перевозки грузов путем передачи документов. В тех случаях, когда Типовой закон конкретно предусматривает использование оборотных транспортных документов, таких как коносаменты, регулирование, предусмотренное в Типовом законе, основывается на гарантии уникальности документа, для того чтобы, как и в случае бумажных документов, обеспечить наличие только одного возможного держателя и владельца этого документа.

b) Законодательство, основанное на контроле за записью как эквиваленте владения

Второй пример, с несколько иным и более полно разработанным подходом, можно найти в Соединенных Штатах Америки: в Единообразном законе об электронных операциях и Едином торговом кодексе – точнее, в обоих случаях в законах, которые предусматривают решения, предлагаемые этими

документами в этой конкретной области, – и в Законе об электронных подписях в глобальной и национальной торговле (ESIGN)¹. Среди международных документов параллельный подход изложен в Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов 2008 года ("Роттердамские правила").

Статья 16 Единообразного закона об электронных операциях регулирует условия, при которых электронные передаваемые записи могут быть сделаны для тех же целей и с теми же последствиями, что и записи, сделанные на бумаге. Положения Закона применяются конкретно к простым векселям и товарораспорядительным документам. Между тем, статья 7 Единого торгового кодекса касается товарораспорядительных документов, которые составляются в электронном виде и в оборотной форме. Закон об электронных подписях в глобальной и национальной торговле ограничивает сферу его применения в этой конкретной области (см. раздел 7021 Кодекса Соединенных Штатов) простыми векселями, выданными в связи с кредитом, обеспеченным вещным правом в недвижимом имуществе, однако и здесь прослеживается та же система и тот же подход, что и в предыдущих примерах. Роттердамские правила регулируют в порядке дополнения и в рамках основного предмета, которым являются договоры полностью или частично морской международной перевозки грузов, оборотные электронные транспортные записи в электронном виде.

Рамки, используемые во всех вышеприведенных примерах, основываются на выявлении функционального эквивалента владения, что в законодательстве носит название "контроля" или "исключительного контроля" за записью, на основе которого определяется механизм или протокол передачи электронной записи и закрепленных в ней прав. Так, согласно этому механизму, для передачи записи необходимо передать контроль (или исключительный контроль) за записью, в то время как для осуществления прав, закрепленных в записи, нужно доказательство владения – в форме доказательства наличия контроля за документом.

Во всех приведенных примерах контроль как функциональный эквивалент владения характеризуется тем, что он выполняет ту же функцию и преследует ту же цель, а именно – обеспечение надежной идентификации владельца записи. Таким образом, необходимые критерии для установления контроля за электронными передаваемыми записями (хотя и по-разному в каждом из указанных законодательных документов) определяются путем ссылки на возможности технологии и системы, которые используются в соответствующих сообщениях для выполнения этой функции достаточно надежным способом.

При определении, что представляет собой контроль за записью, важно четко понимать, что в сделках, заключаемых и исполняемых с помощью электронных средств, любой обмен или передача нематериальных активов, таких как электронные передаваемые записи, будет основываться на обмене информацией между сторонами с помощью сети электронных сообщений. Это

¹ United States Code Annotated, Title 15, chapter 96; see section 7001 et seq.

означает, что контроль будет основываться исключительно на обмене информацией, а в большинстве случаев это будет письменная информация. Одним из различных последствий этого является то, что контроль как надежное свидетельство права собственности охватывает как функции, которые в бумажном мире мы связываем с информацией, включенной в запись (идентификация владельца путем выполнения формальных требований, как, например, индоссация), так и функции, которые мы относим к владению.

Изложенные выше обстоятельства, естественно, были учтены законодателями во всех случаях, которые мы привели в качестве примеров. Одним из наиболее ярких показателей этого является тот факт, что упомянутое законодательство предполагает – в относительно неявном виде, – что стороны в сделке, в которой может быть использована электронная передаваемая запись, согласятся с использованием этой системы и в конечном счете технологии для предоставления и использования такой записи. Таким образом, ключевым фактором, влияющим на то, признавать ли предоставление и передачу электронной передаваемой записи действительными или нет, является технология, необходимая для передачи, степень доступности этой технологии на рынке, архитектура и протокол или механизм, которых она логически требует на практике, и, как уже говорилось, степень надежности, которую она обеспечивает при выполнении указанной функции, а именно идентификация в любое время владельца передаваемой записи.

Услуги, связанные с использованием электронных передаваемых записей различных видов, уже доступны на рынке, а в некоторых случаях даже предусмотрены вышеупомянутым законодательством. Эти услуги, как правило, передаются на внешний подряд, то есть это услуги, предоставляемые третьими сторонами, отличными от сторон, которые намерены использовать электронные передаваемые записи в своих сделках (и которые, следовательно, являются пользователями услуг). Эти структуры действуют не только в качестве поставщиков услуг, но и как доверенные третьи стороны в той степени, насколько ценность предоставляемых услуг и их распространенность на рынке зависят, помимо прочих переменных факторов, от надежности используемых ими систем и от репутации, которую они в состоянии создать на основе такой надежности. Пользователям таких услуг трудно достаточно точно определить надежность технологии, а также установить, есть ли какая-то гарантия того, что характеристики этой технологии обеспечивают – в разумных пределах – выполнение требований в отношении наличия документа, подлинности содержащейся в нем информации, достоверности документа и любой подписи, которая может быть поставлена на нем, неприкосновенности сообщений, обмен которыми производится в связи с его использованием, и личности выдавшего его лица и владельца (а также любых других лиц, которые могут быть упомянуты в документе в связи с их участием, на любом этапе, в его обращении). Поэтому такие структуры играют роль доверенных посредников как третьи лица, не участвующие в сделках, в которых могут быть использованы их услуги. Этот аспект должен учитываться практическими работниками, отвечающими за применение соответствующего законодательства (например, судьями) и, соответственно, за установление, существует ли контроль за документом и, следовательно, является ли лицо, которое заявляет об обладании таким контролем, владельцем записи, так как этот вопрос будет решен правильно только в том случае, если используемая

система сообщений гарантирует, в разумных пределах, что передаваемая запись обладает необходимыми свойствами, и если эта система позволяет надежно идентифицировать владельца этой записи. Поэтому в этой и других областях права электронной торговли (цифровые подписи; подлинность документа) важнейшее значение имеет концепция надежности.

3. Системы, используемые на практике для составления и передачи электронных передаваемых записей

Все существующие системы предоставления подобных услуг (как и системы, которые им предшествовали) по-разному отвечают указанным требованиям. Поэтому они основаны на создании систем управления информацией, призванных дать пользователям возможности проверить – с помощью технологии и сообщений – условия, которые по закону должны быть выполнены для признания ожидаемых юридических последствий. В одних случаях эти системы специально разработаны таким образом, чтобы обеспечивать выполнение этой задачи, и, соответственно, предоставляются на коммерческой основе, для того чтобы дать пользователям возможность осуществлять выпуск и оборот электронных передаваемых записей. В других случаях такие системы еще не используются в этих целях, но могут быть использованы для составления и передачи электронных передаваемых записей.

Согласно одному из видов классификации, которые обычно используются для разграничения этих систем, проводится различие между системами реестров и системами знаков. Эта классификация основана на логической и связанной с протоколом структуре и архитектуре каждой такой системы. Во всех случаях рассматриваемые системы – это системы управления информацией, предназначенные для определенной цели: предоставление и передача электронных передаваемых документов в соответствии с условиями, которые отвечают требованиям закона (причем главное требование заключается в необходимости надежной идентификации владельца и держателя записи).

Системы реестров основаны на создании информационных систем со структурой, основанной на реестрах. В таких реестрах, в которых используется тот же подход, что и в других информационных структурах, основанных на реестрах, для присвоения правового титула или прав собственности, появляется запись, показывающая личность владельца. Передачи записи и права собственности на запись (со всеми вытекающими последствиями, которые может повлечь за собой такая передача) принимают форму любых сделок, которые пользователи согласовали либо в рамках данной системы, либо ранее за ее пределами, но во всех случаях связаны с изменением права собственности, отраженным в реестре, который указало лицо, уполномоченное на совершение таких действий, то есть осуществляющий передачу владелец. С юридической точки зрения такие системы могут отвечать требованиям в отношении контроля, так как технология, на которой они основываются, будучи достаточно надежной, гарантирует идентификацию единственного владельца записи (и прав, закрепленных в этой записи) в любое время. Они также основаны на создании замкнутых конфигураций для централизованных многосторонних сообщений, которые, в свою очередь, прочно опираются на

меры безопасности, предназначенные для проверки личности пользователей и обеспечения неприкосновенности сообщений.

Системы знаков основаны на подходе, который по сути можно охарактеризовать как параллельный тому, что используется в бумажном мире; он тоже основывается на идентификации подлинных и уникальных документов (как это имеет место в системах реестров), которые могут быть признаны таковыми программным обеспечением, используемым для их обработки, и поэтому могут быть переданы из одной информационной системы в другую без потери вышеупомянутых свойств. Таким образом в электронной среде можно воспроизвести подход, используемый в физическом мире, где передача оборотного документа предполагает передачу самого документа: в случае бумажного документа передается и право владения этим документом; в случае электронного документа передается контроль за ним (если используемая система отвечает требованиям контроля в тех случаях, когда это применимо)².

В обоих случаях, независимо от создаваемой архитектуры и структуры, подход, основанный на протоколе и применяемый сторонами в рамках этих систем для получения юридических результатов, будет одним и тем же, поскольку для передачи электронной передаваемой записи (признанной подлинной и аутентичной) необходимо передать и контроль за этой записью. Кроме того, в обоих случаях установление наличия записи, ее особенностей и последствий, а также право собственности на нее и передача основываются на обмене информацией. Проверка таких особенностей и фактов зависит, в свою очередь, от мер, принимаемых доверенной третьей стороной. Хотя такие лица могут в каждом случае принимать разные меры, они выступают в качестве доверенных посредников при проверке надежности системы, используемой в ней технологии и, как следствие, информации, которая становится предметом обмена. Укрепление доверия является одним из краеугольных камней этого общего подхода, будь то в техническом, коммерческом, юридическом плане или в том, что касается сектора услуг. Во многих случаях механизмы укрепления доверия не очень отличаются от тех, которые нам уже известны в других областях (в частности тех, что связаны с электронными подписями), и могут быть созданы в альтернативных структурах, к которым, в зависимости от роли самих поставщиков услуг как доверенных третьих сторон (особенно с учетом лиц, которые могут приобрести электронную передаваемую запись), могут быть добавлены другие посредники и элементы, укрепляющие доверие, как, например, сертифицирующие или осуществляющие ревизию организации или, возможно, публичный сектор.

² Так называемая "инфраструктура цифровых объектов" соответствует этому подходу. Она основана на создании и использовании "цифровых объектов" – уникальных и дифференцированных наборов данных, которые могут быть признаны в качестве таковых благодаря использованию необходимого программного обеспечения, которое, в свою очередь, базируется на системе уникального числового кодирования, постоянно применяемого как к цифровым объектам, так и к хранилищам, в которых эти объекты могут быть расположены. Коды присваиваются органами, отвечающими за управление ими (центральный реестр и периферийная или децентрализованная структура).

4. Сфера и цель осуществляемой работы

Все вышеприведенные замечания и комментарии были сделаны для того, чтобы помочь определить сферу и цели работы, которая будет осуществляться Рабочей группой IV. Рассмотрение ограниченного законодательства в этой области, опыт, приобретенный в толковании и применении этого законодательства, и осуществляемая в соответствии с ним коммерческая практика дают первоначальное представление о тех вопросах, которые могут быть рассмотрены такими органами, как ЮНСИТРАЛ, и о том, каким образом их можно было бы рассматривать.

Существует ряд моментов, которые, по мнению делегации Испании, должны быть решены в ходе начального этапа работы Рабочей группы. Эти моменты включают, в частности, следующее:

а) В соответствии с конечной и общей целью, заключающейся в предоставлении государствам средств или инструментов для утверждения законодательства по электронным передаваемым записям, необходимо изучить характер создаваемого инструмента или инструментов. В этой связи есть целый ряд возможностей. Как понимает делегация Испании, одним из интересных вариантов является подготовка типового законодательства (типового закона или дополнения к Типовому закону об электронной торговле), особенно ввиду отсутствия соответствующего законодательства в Испании, да и вообще в большинстве государств. Тем не менее Рабочей группе, когда она соберется, следует рассмотреть и другие возможности.

б) Вопросы, которые должны быть рассмотрены в таком документе, включают следующее:

- Вид документов, к которым он может применяться.
- Характер и сфера охвата положений и принципов, изложенных в окончательном документе, и связь этих положений и принципов с основными действующими законодательными положениями, которые представляют собой режим, регулирующий бумажные оборотные документы. С учетом существующих документов и стандартов в области электронной торговли вариант, которому отдает предпочтение делегация Испании, заключается в ограничении сферы работы и сферы охвата документа, который будет в конечном итоге подготовлен, чисто процедурными и формальными вопросами, с тем чтобы обеспечить согласованность с основными принципами действующего национального законодательства.
- Положения, которые регулируют составление и передачу электронных передаваемых записей, в том числе:
 - требования в отношении их правильного и эффективного составления;
 - требования в отношении их юридически действительной и эффективной передачи новому владельцу или обращения;
 - требования в отношении доказательства права собственности на запись, то есть доказательства владения;

- основываются ли выявленные и согласованные в конечном итоге стандарты и принципы на известной концепции, такой как контроль за записью, или на иной концепции, содержание и определяющие элементы этой концепции;
 - требования и стандарты, которые будут применяться для изъятия или аннулирования записи в момент прекращения ее действия; и
 - процедурные вопросы, связанные с конкретным режимом, регулирующим оборотные или передаваемые документы и осуществление прав, закрепленных в этих документах, в контексте судебного разбирательства, и регулирование этих вопросов в связи с документами, составленными в электронной форме.
- Возможные последствия вмешательства доверенной третьей стороны, будь то в связи или не в связи с поставщиками услуг, связанных с предоставлением и использованием передаваемых или непередаваемых электронных записей, и роль, которую должны играть такие стороны. Вопросы, касающиеся статуса поставщиков услуг, сертифицирующих организаций или любого доверенного посредника, потенциально включают целый ряд аспектов. Необходимо изучить те аспекты, которые могут стать предметом работы Рабочей группы IV. Ниже приводятся два вопроса, которые, по мнению делегации Испании, представляют интерес:
 - изучение возможных моделей для регулирования рынка таких услуг (например, тех, которые основаны на создании базовой "системы общественного доверия" и на определенном общественном контроле) с целью установления четких критериев для применения разработанных стандартов; и
 - изучение ответственности, которая потенциально может быть возложена на такие структуры, и меры, которые по закону могут быть приняты в целях обеспечения оптимального регулирования такой ответственности с точки зрения эффективности и результативности.
 - Требования в отношении трансграничного признания электронных передаваемых записей строго в отношении процедурных или формальных вопросов, характерных для положений права электронной торговли.