Организация Объединенных Наций A/CN.9/WG.IV/WP.132

Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
3 March 2015
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли
Рабочая группа IV (Электронная торговля)
Пятьдесят первая сессия
Нью-Йорк, 18-22 мая 2015 года

Проекты положений об электронных передаваемых записях

Записка Секретариата

Содержание

		Пункты	*Стр.*
I.	Введение	1-6	2
II.	Проекты положений об электронных передаваемых записях	7-77	3
	A. Общие положения (статьи 1-6)	7-44	3
	B. Положения об электронных сделках (статьи 7-9)	45-55	11
	C. Использование электронных передаваемых записей (статьи 10-11)	56-77	14

V.15-01444 (R) 180315 180315

Просьба отправить на вторичную переработку

I. Введение

1. На своей сорок четвертой сессии в 2011 году Комиссия поручила Рабочей группе провести работу в области электронных передаваемых записей[1].

2. На сорок шестой сессии Рабочей группы (Вена, 29 октября – 2 ноября 2012 года) широкую поддержку получило предложение о подготовке проектов положений об электронных передаваемых записях, которые можно было бы сформулировать в форме типового закона, что не должно никоим образом повлиять на решение об окончательной форме ее работы (A/CN.9/761, пункты 90-93).

3. На своей сорок седьмой сессии (Нью-Йорк, 13-17 мая 2013 года) Рабочая группа приступила к рассмотрению проектов положений об электронных передаваемых записях, представленных в документе A/CN.9/WG.IV/WP.122, и отметила, что, хотя еще преждевременно приступать к обсуждению вопроса об окончательной форме работы, проекты положений в значительной степени совместимы с различными результатами, которые могут быть достигнуты.

4. На своей сорок восьмой сессии (Вена, 9-13 декабря 2013 года) Рабочая группа продолжила рассмотрение проектов положений, содержащихся в документах A/CN.9/WG.IV/WP.124 и Add.1.

5. На своей сорок девятой сессии (Нью-Йорк, 28 апреля – 2 мая 2014 года) Рабочая группа продолжила работу над подготовкой проектов положений, представленных в документах A/CN.9/WG.IV/WP.128 и Add.1. Рабочая группа сосредоточила обсуждение на концепциях подлинности, уникальности и целостности электронной передаваемой записи.

6. На своей пятидесятой сессии (Вена, 10-14 ноября 2014 года) Рабочая группа продолжила работу над проектами положений, представленными в документах A/CN.9/WG.IV/WP.130 и Add.1. Рабочая группа решила приступить к разработке проекта типового закона об электронных передаваемых записях, оставив окончательное решение данного вопроса за Комиссией (A/C□N.9/828, пункт 23). Было высказано мнение о том, что проект типового закона должен охватывать как электронные эквиваленты бумажных оборотных документов или инструментов, так и передаваемые записи, существующие только в электронной среде. Было решено, что первоочередное внимание следует уделить подготовке положений, касающихся электронных эквивалентов бумажных оборотных документов или инструментов, и что эти положения следует впоследствии рассмотреть и, при необходимости, скорректировать, с тем чтобы учесть использование передаваемых записей, существующих только в электронной среде (A/C□N.9/828, пункт 30). В части II настоящей записки содержатся проекты положений, в которых учтены результаты обсуждения и решения Рабочей группы, принятые в ходе этой сессии (A/CN.9/804, пункты 20-111).

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/66/17), пункт 238.

II. Проекты положений об электронных передаваемых записях

A. Общие положения

"***Проект статьи 1. Сфера применения***

1. Настоящий закон применяется к электронным передаваемым записям.

2. Кроме случаев, предусмотренных настоящим законом, ничто в настоящем законе не затрагивает применение какой-либо нормы права, регулирующей бумажные оборотные документы или инструменты, к электронным передаваемым записям.

[3. Настоящий закон применяется к электронным передаваемым записям, кроме случаев, предусмотренных [законом, регулирующим конкретный вид электронных передаваемых записей, который будет указан принимающим закон государством].]"

Замечания

7. Проект статьи 1 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок восьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/797, пункты 16-17).

8. В проекте пункта 2 закреплен принцип, согласно которому проект типового закона не затрагивает материально-правовых норм, применимых к бумажным оборотным документам и инструментам и их электронным эквивалентам. Таким образом, он допускает возможность выдачи электронной передаваемой записи на предъявителя, когда это разрешено материальным правом (A/CN.9/797, пункт 65). Он также допускает возможность изменения форм обращения электронной передаваемой записи, а именно передачи электронной передаваемой записи, выданной предъявителю, поименованному лицу, и наоборот ("бланковый индоссамент"), в тех случаях, когда это разрешается материальным правом (A/CN.828, пункт 82).

9. Проект пункта 3 имеет целью обеспечить возможность применения проектов положений также к электронным передаваемым записям, существующим только в электронной среде, не затрагивая при этом регулирующее их материальное право. Таким образом, пункт 3 будет не нужен в тех правовых системах, где такие электронные передаваемые записи отсутствуют (A/CN.9/797, пункт 17). Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть это положение с учетом своего решения о приоритетных направлениях работы (A/CN.9/828, пункт 30).

"***Проект статьи 2. Исключения***

1. Настоящий Закон не имеет преимущественной силы по отношению к любым нормам права, применимым к защите потребителей.

2. Настоящий Закон не применяется к ценным бумагам, таким как акции и облигации, и другим инвестиционным инструментам.

3. [Настоящий Закон не применяется к переводным и простым векселям и чекам.]"

Замечания

10. Проект статьи 2 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок восьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/797, пункты 18-20). Под "инвестиционными инструментами" понимаются производные инструменты, денежные рыночные инструменты и любые другие финансовые продукты, имеющиеся в наличии в целях инвестиций (A/CN.9/797, пункт 19).

11. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, нужно ли сохранить в тексте проекта статьи 2 пункт 1 с учетом того, что проект типового закона не затрагивает материально-правовых норм, о чем уже сказано в пункте 2 проекта статьи 1.

12. Для справки Рабочая группа, возможно, пожелает сравнить формулировку, использованную в "Римском положении II"[2] с целью исключить из сферы применения этого Положения "обязательства недоговорного характера, связанные с переводными векселями, чеками, простыми векселями и другими оборотными инструментами в той степени, в какой обязательства по таким другим оборотным инструментам связаны с их оборотным характером". Поэтому, как понимается, "другие переводные документы, такие как инвестиционные ценные бумаги и займы"[3], входят в сферу применения этого Положения. Тем не менее конечный результат может зависеть от внутреннего законодательства, поскольку, например, в некоторых правовых системах акции и облигации считаются оборотными документами и, следовательно, будут исключены из сферы применения этого Положения.

13. В пункте 3 учтено мнение о том, что если проекты положений будет решено оформить в виде международного договора, то из сферы его применения следует исключить некоторые бумажные оборотные документы или инструменты во избежание коллизии с такими другими договорами, как Конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселях (Женева, 1930 год), и Конвенция, устанавливающая единообразный закон о чеках (Женева, 1931 год) ("Женевские конвенции") (A/CN.9/797, пункты 20, 109-112; см. также A/CN.9/WG.IV/WP.125).

14. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить пункт 3 в проекте типового закона в качестве руководства для государств, являющихся участниками Женевских и любых других соответствующих конвенций, на случай, если они пожелают принять данный типовой закон.

---

[2] Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal L 199, 31/7/2007, P. 40-49.

[3] См. Philip R. Wood, Conflict of Laws and International Finance (The Law and Practice of International Finance, Vol. 6), 2007, sub 11-043.

"***Проект статьи 3. Определения***

Для целей настоящего Закона:"

Замечания

15. Определения, содержащиеся в проекте статьи 3, были подготовлены в качестве справочного материала и должны рассматриваться в контексте соответствующих проектов статей. Термины представлены в том порядке, в котором они появляются в тексте проектов положений (A/CN.9/768, пункт 34). После каждого определения изложены замечания для рассмотрения Рабочей группой. Рабочая группа, возможно, пожелает вернуться к рассмотрению проектов определений после того, как будет полностью завершено рассмотрение всех проектов статей типового закона и будет точно установлено использование приведенной терминологии (A/CN.9/828, пункт 66).

14. В проектах положений все ссылки на термин "держатель" были заменены термином "лицо, осуществляющее контроль" (A/CN.9/804, пункт 85). Рабочая группа, возможно, пожелает пояснить в проекте статьи 3, что такое "лицо" может быть как физическим, так и юридическим.

"*электронная передаваемая запись*" означает [электронную запись], которая дает лицу, осуществляющему контроль, право требовать исполнения обязательства, [указанного] в этой записи, и которая может передавать право на исполнение обязательства, [указанного] в этой записи, при помощи передачи такой записи.

"*бумажный оборотный документ или инструмент*" означает оборотный документ или инструмент, выданный в бумажной форме, который дает лицу, осуществляющему контроль, право требовать исполнения обязательства, [указанного] в этом документе или инструменте, и который может передавать право на исполнение обязательства, [указанного] в этом документе или инструменте, при помощи передачи этого документа или инструмента.

Бумажные оборотные документы или инструменты включают переводные векселя, чеки, простые векселя, [транспортные накладные,] коносаменты и складские расписки.

Замечания

17. Определения терминов "электронная передаваемая запись" и "бумажный оборотный документ или инструмент" отражают результаты обсуждения, проведенного на сорок восьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/797, пункты 21-28). Эти определения никак не влияют на то обстоятельство, что законность осуществления контроля тем или иным лицом и материальные права этого лица регулируются соответствующим материальным правом.

18. Определение термина "электронная передаваемая запись" не имеет цели описать все функции, которые могут быть связаны с использованием электронной передаваемой записи. Например, электронная передаваемая запись может иметь доказательную силу, однако способность такой записи

выполнять эту функцию будет оцениваться на основании иного законодательства, а не на основании проектов положений.

19. Рабочая группа подтвердила, что некоторые документы или инструменты, которые обычно являются оборотными, но возможность передачи которых ограничена в связи с наличием других соглашений, такие как прямые коносаменты, не будут подпадать ни под одно из этих двух определений и что проекты положений должны касаться только "оборотных" документов (A/CN.9/797, пункты 27-28).

20. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, насколько удачным является выбор слова "указанный", которое выделено квадратными скобками в проектах обоих определений, или же вместо него лучше использовать такие слова, как "подтверждаемый", "закрепленный", "определенный" или "содержащийся" (A/CN.9/797, пункт 22).

21. При рассмотрении определения термина "электронная передаваемая запись" Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание определение термина "электронная запись".

22. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении определения бумажного оборотного документа или инструмента, поскольку это относится к вопросам материального права.

23. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли включить в определение термина "бумажный оборотный документ или инструмент" или в пояснительные материалы ориентировочный перечень бумажных оборотных документов или инструментов по аналогии с пунктом 2 статьи 2 Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах (Нью-Йорк, 2005 год) ("Конвенция об электронных сообщениях") (A/CN.9/768, пункт 34, и A/CN.9/797, пункты 25-26) и с учетом пункта 3 проекта статьи 2. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить упоминание о транспортных накладных, которые в некоторых правовых системах не считаются оборотными.

> "*электронная запись*" означает информацию, созданную, переданную, полученную или хранящуюся с помощью электронных средств [, включая, в надлежащих случаях, всю информацию, логически присоединенную или иным образом связанную [вместе] [с ней] [с тем чтобы стать частью записи], будь то подготовленную одновременно или [нет] [впоследствии]].

Замечания

24. Определение термина "электронная запись" основано на определении термина "сообщение данных", которое содержится в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 год) и Конвенции об электронных сообщениях. Текст в квадратных скобках призван подчеркнуть тот факт, что информация может быть присоединена к электронной передаваемой записи в момент ее выдачи или впоследствии (например, информация, касающаяся индоссамента) (A/CN.9/797, пункты 43-45). Этот текст в квадратных скобках призван также уточнить, что некоторые электронные записи могут, хотя и

необязательно, включать в себя свод совокупной информации (A/CN.9/797, пункт 43). Рабочая группа, возможно, пожелает вспомнить о своем решении относительно употребления термина "электронная запись", которое она приняла при обсуждении проекта статьи 10 (A/CN.9/828, пункт 31).

"*эмитент*" означает лицо, которое выдает, непосредственно или при содействии третьей стороны, электронную передаваемую запись.

Замечания

25. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить определение термина "эмитент" с учетом исключения проекта положения, касающегося выдачи (A/CN.9/797, пункты 64-67). Термин "эмитент" упоминается в проекте статьи 27, касающейся сохранения электронной передаваемой записи, и может иметь значение также для других положений, в частности проекта статьи 12 (время и место отправления и получения электронных передаваемых записей), проекта статьи 23 (замена носителя) и проекта статьи 24 (разделение и объединение).

26. Слова "непосредственно или при содействии третьей стороны" призваны пояснить, что в тех случаях, когда электронная передаваемая запись выдается третьей стороной, предоставляющей услуги, по просьбе эмитента, то в соответствии с проектами положений такая третья сторона, предоставляющая услуги, не считается эмитентом (A/CN.9/768, пункт 33).

["*контроль*" над электронной передаваемой записью означает [фактические полномочия использовать данную электронную передаваемую запись или распоряжаться ею] [полномочия фактически использовать электронную передаваемую запись или распоряжаться ею] [фактический контроль над электронной передаваемой записью].]

Замечания

27. Проект определения термина "контроль" заключен в квадратные скобки в соответствии с решением, принятым Рабочей группой на пятидесятой сессии при рассмотрении проекта статьи 17, касающейся владения (A/CN.9/828, пункты 66-68).

"*передача*" электронной передаваемой записи означает передачу контроля над электронной передаваемой записью.

Замечания

28. При рассмотрении данного проекта определения Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что она решила исключить проект положения о передаче (A/CN.9/828, пункт 84) и проект нормы, согласно которой передача электронной передаваемой записи подразумевает передачу контроля над ней (A/CN.9/804, пункты 82 и 85).

"*изменение*" означает видоизменение информации, содержащейся в электронной передаваемой записи, в соответствии с процедурой, изложенной в проекте статьи 21.

Замечания

29. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности сохранения этого определения с учетом проекта статьи 21, касающейся изменения, и относящихся к этому проекту замечаний. Термин "изменение" встречается только в этом проекте статьи.

"*исполнение обязательства*" означает поставку товаров или платеж денежной суммы, указанных в бумажном оборотном документе или инструменте или электронной передаваемой записи.

Замечания

30. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нужно ли сохранить это определение в тексте с учетом его материально-правовых последствий. В проекте данного определения говорится в целом о поставке товаров или платеже денежной суммы, о которых упоминается в пункте 2 статьи 2 Конвенции об электронных сообщениях (A/CN.9/761, пункт 22). Термин "исполнение обязательств" встречается в определениях терминов "электронная передаваемая запись" и "бумажный оборотный документ или инструмент".

"*лицо, принявшее на себя обязательство*" означает лицо [, указанное] в бумажном оборотном документе или инструменте или в электронной передаваемой записи как имеющее обязательство, подлежащее исполнению [обязательство, содержащееся в этом документе, инструменте или записи].

Замечания

31. Определение термина "лицо, принявшее на себя обязательство" было переработано для уточнения того, что этот термин имеет исключительно описательную функцию, а вопрос о том, кто является лицом, принявшим на себя обязательство, регулируется материальным правом. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нужно ли сохранить это определение в тексте с учетом того, что соответствующее понятие может быть уже определено в рамках материального права.

32. Термин "лицо, принявшее на себя обязательство" встречается в проектах статей 19, 23 и 28, касающихся, соответственно, предъявления, замены носителя и поведения третьей стороны, предоставляющей услуги. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, сохраняется ли необходимость в данном проекте определения с учетом окончательной формулировки этих статей.

33. Если определение термина "лицо, принявшее на себя обязательство" будет решено сохранить, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, насколько удачным является выбор слова "указанный" (заключено в квадратные скобки) и не лучше ли использовать вместо него какое-либо иное слово (см. пункт 20 выше).

"*замена*" означает замену бумажного оборотного документа или инструмента электронной передаваемой записью или [наоборот] [в обратном порядке].

Замечания

34. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, есть ли необходимость в данном определении с учетом проекта статьи 23 о замене носителя. В этом случае Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, следует ли упомянуть в данном определении лишь о случаях, подпадающих под действие проекта статьи 23, либо же это определение следует расширить, добавив упоминание о случаях повторной выдачи электронной передаваемой записи взамен другой электронной передаваемой записи в соответствии с проектом статьи 25 (см. A/CN.9/WG.IV/WP.124/Add.1, пункт 27).

> "*третья сторона, предоставляющая услуги*" означает третью сторону, предоставляющую услуги по [использованию] электронных передаваемых записей [в соответствии со статьями 28 и 29].

35. Слова "в соответствии со статьями 28 и 29" сохранены в тексте до обсуждения соответствующих проектов положений Рабочей группой.

36. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли исключить слово "использование", с тем чтобы обеспечить согласованность с определением термина "поставщик сертификационных услуг", содержащимся в статье 2(e) Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001 год).

> "***Проект статьи 4. Толкование***
>
> 1. Настоящий Закон основан на [...] международного происхождения. При толковании настоящего Закона следует учитывать международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении [и соблюдению добросовестности].
>
> 2. Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящего Закона и которые прямо в нем не урегулированы, подлежат урегулированию в соответствии с общими принципами, на которых основан настоящий Закон."

Замечания

37. Проект статьи 4 призван привлечь внимание судов и других органов к тому факту, что проекты положений должны толковаться с учетом их международного происхождения, с тем чтобы облегчить их единообразное толкование (A/CN.9/768, пункт 35). Текст в квадратных скобках в пункте 1 будет зависеть от окончательной формы проектов положений, и сам пункт необходимо будет пересмотреть соответствующим образом.

38. Понятие "общие принципы", упомянутое в пункте 2, фигурирует в целом ряде текстов ЮНСИТРАЛ. Из всех положений, содержащих данное понятие, предметом судебного толкования чаще всего становится статья 7 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год) (КМКПТ).

39. В Сборнике ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной

купли-продажи товаров (2012 год), перечислено несколько общих принципов, имеющих отношение к статье 7 КМКПТ согласно прецедентному праву. Эти общие принципы могут содержаться в конкретных положениях КМКПТ и применяться в других случаях, подпадающих под ее действие.

40. Вместе с тем не все общие принципы, которые определены в КМКПТ, однозначно воспринимаются как таковые. Кроме того, определение содержания и функционирования этих общих принципов происходит постепенно. Такое постепенное определение помогает обеспечить гибкость в толковании КМКПТ и адаптировать ее к изменяющейся коммерческой практике и потребностям деловых кругов.

41. В пункте 2 проектов статьи 4 проектов положений под "общими принципами" имеются в виду общие принципы электронных сделок (A/CN.9/797, пункт 29), в том числе уже закрепленные в соответствующих текстах ЮНСИТРАЛ. В этом контексте Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что общими принципами, лежащими в основе проектов положений, являются недискриминация электронных сообщений, технологическая нейтральность и функциональная эквивалентность. По мере дальнейшего продвижения работы Рабочей группы могут быть определены и другие общие принципы.

42. К понятию "общие принципы", содержащемуся в проектах положений, можно отнести и некоторые общие принципы, лежащие в основе КМКПТ, такие как автономия сторон и добросовестность. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить в проектах положений упоминание о добросовестности, в частности с учетом того, что соответствующее упоминание содержится в других текстах ЮНСИТРАЛ, в том числе по теме электронной торговли.

"***Проект статьи 5. Автономия сторон [и конфиденциальный характер договора]***

1. Стороны могут отступать от положений настоящего Закона или изменять их по договоренности [за исключением статей 1, 2, 4, пункта 2 статьи 5, статей 6, 7, […] 28 и 29].

2. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этой договоренности."

Замечания

43. Рабочая группа подчеркнула важность автономии сторон в проектах положений (A/CN.9/797, пункт 30) и, исходя из общей применимости этого принципа, согласилась указать проекты статей, отступления от которых допускать нельзя (A/CN.9/797, пункт 32). Предлагается определить это на более позднем этапе подготовки проектов положений в ожидании, в частности, обсуждения положений, которые касаются третьих сторон, предоставляющих услуги.

"***Проект статьи 6. Требования в отношении информации***

Ничто в настоящем Законе не затрагивает применения любой нормы права, которая может требовать от лица раскрытия личных данных,

местонахождения своего коммерческого предприятия или иной информации, и не освобождает лицо от юридических последствий неточных, неполных или ложных заявлений, сделанных в этой связи."

44. Рабочая группа решила сохранить проект статьи 6, исходя из того, что она напоминает сторонам о необходимости соблюдать обязательства, связанные с возможным раскрытием информации, которые могут существовать согласно другому законодательству (A/CN.9/797, пункт 33).

B. Положения об электронных сделках

45. На своей сорок восьмой сессии Рабочая группа решила сохранить проекты статей 7-9 в качестве отдельного раздела (A/CN.9/797, пункт 34). Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть свое решение с учетом окончательной формы проектов положений и содержания этих статей.

"***Проект статьи 7. Юридическое признание электронной передаваемой записи***

Электронная передаваемая запись не может быть лишена юридической силы, действительности или исковой силы на том лишь основании, что она составлена в электронной форме."

Замечания

46. В проекте статьи 7 сформулирован принцип недискриминации. На своей сорок девятой сессии Рабочая группа решила сохранить проект статьи 7 в его нынешней форме (A/CN.9/804, пункт 17, см. также A/CN.9/768, пункт 39).

"***Проект статьи 8. Письменная форма***

В тех случаях, когда законодательство требует, чтобы информация была представлена в письменной форме, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия письменной формы, это требование считается выполненным в отношении электронной передаваемой записи, если содержащаяся в ней информация является доступной для последующего использования."

Замечания

47. Проект статьи 8 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок девятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/804, пункты 18-19). В нем устанавливаются требования в отношении функциональной эквивалентности письменной формы применительно к информации, содержащейся в электронных передаваемых записях или имеющей к ним отношение (A/CN.9/797, пункт 37). В проекте статьи 8 используется понятие "информация", а не понятие "сообщение", поскольку не вся соответствующая информация обязательно является предметом сообщения (там же). Общее правило о функциональной эквивалентности электронной и письменной формы должно содержаться в законе об электронных сделках (A/CN.9/797, пункт 38).

48. На сорок девятой сессии было высказано предположение о том, что проект статьи 8, возможно, не нужен, поскольку выполнение требования о функциональной эквивалентности "письменной формы" подразумевается в проекте статьи 3 в определении термина "электронная передаваемая запись". В ответ было отмечено, что правило, касающееся требования о "письменной форме", необходимо с учетом других правил о функциональной эквивалентности, содержащихся в проектах положений (A/CN.9/804, пункт 18). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность сохранения проекта статьи 8 с учетом проектов статей 10 и 11.

49. Если предполагается, что проекты положений должны быть применимыми к электронным передаваемым записям, не имеющим бумажного эквивалента (см. пункт 9 выше), то Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что в законодательстве, регулирующем эти записи, следует установить такие же требования, какие содержатся в проекте статьи 8, т. е. предусмотреть, что информация должна быть доступной для ее последующего использования (A/CN.9/768, пункт 42).

"***Проект статьи 9. Подпись***

В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи какого-либо лица или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия подписи, это требование считается выполненным в отношении электронной передаваемой записи, если:

a) использован какой-либо метод для идентификации этого лица и указания намерения этого лица в отношении информации, содержащейся в электронной записи; и

b) используемый метод:

i) либо является настолько надежным, насколько это соответствует цели, для которой электронная запись была подготовлена, с учетом всех соответствующих обстоятельств, включая любую соответствующую договоренность;

ii) либо, как это фактически продемонстрировано на основании самого метода или с помощью дополнительных доказательств, позволил выполнить функции, описанные в подпункте (a) выше."

Замечания

50. Проект статьи 9 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок девятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/804, пункт 20). В нем устанавливаются требования в отношении функциональной эквивалентности "подписи" (там же) в том случае, когда материальное право либо содержит прямое требование о наличии подписи, либо предусматривает определенные последствия в случае отсутствия подписи (косвенное требование о наличии подписи) (A/CN.9/797, пункт 46). Текст данного проекта статьи в значительной степени совпадает с формулировкой пункта 3 статьи 9 Конвенции об электронных сообщениях.

51. В пункте (b)(i) проекта статьи 9 упоминается о методе, который является "настолько надежным, насколько это соответствует цели", что соответствует

формулировке, использованной в пункте 3 статьи 9 Конвенции об электронных сообщениях. Эта формулировка отличается от формулировки, использованной в других проектах статей, в которых употреблено выражение "надежный метод". Метод, о котором говорится в данном проекте статьи, может отличаться от метода, упомянутого в проекте статьи 17, где также использована формулировка "является настолько надежным, насколько это соответствует цели", поскольку в этом проекте статьи речь идет о функциональной эквивалентности владения, вопрос о которой не рассматривается в Конвенции об электронных сообщениях.

52. В Пояснительной записке к Конвенции об электронных сообщениях содержатся указания в отношении содержания и функционирования понятия "надежности" в контексте пункта 3 статьи 9 этой Конвенции[4]. Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что указания, сформулированные в этой Пояснительной записке, относятся и к толкованию подпункта (b)(i) проекта статьи 9.

53. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает также уточнить, применяется ли общий критерий надежности, изложенный в проекте статьи 11, и к подпункту (b)(i) проекта статьи 9 (A/CN.9/804, пункт 20).

54. В качестве альтернативного варианта в проект статьи 9 можно было бы включить текст, аналогичный требованиям, изложенным в пункте 3 статьи 6 Типового закона об электронных подписях, и тем самым предусмотреть конкретный критерий надежности, применимый только к подпункту (b)(i) проекта статьи 9. Однако следует отметить, что Рабочая группа уже согласилась с тем, что такой "двухуровневый" подход в проектах положений использоваться не будет (A/CN.9/797, пункт 40).

Замечания по термину "подлинная форма"

55. Отметив, что понятие "подлинная форма" в контексте электронных передаваемых записей отличается от понятия, используемого в других текстах ЮНСИТРАЛ (A/CN.9/797, пункт 47), и что основная цель правила о функциональной эквивалентности для этого понятия в контексте электронных передаваемых записей должна заключаться в предупреждении заявления нескольких требований (A/CN.9/804, пункт 21), Рабочая группа согласилась с тем, что в проекты положений включать правило функциональной эквивалентности для "подлинной формы" не следует (A/CN.9/804, пункт 40). Было разъяснено, что цель предупреждения заявления нескольких требований в контексте электронных передаваемых записей может быть достигнута при помощи понятия "контроль". Было также разъяснено, что понятие "контроль" позволяет определить как лицо, имеющее право на исполнение обязательства, так и объект контроля (A/CN.9/804, пункт 39).

---

[4] Организация Объединенных Наций, Пояснительная записка секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах, Нью-Йорк, 2007 год, пункты 161-164.

C. Использование электронных передаваемых записей

"***Проект статьи 10. [Бумажный оборотный документ или инструмент] [Действительная электронная запись] [Электронная передаваемая запись]***

1. В тех случаях, когда законодательство требует использования бумажного оборотного документа или инструмента или предусматривает наступление определенных последствий в случае его отсутствия, это требование является выполненным путем использования электронной записи, если при этом применяется метод, который:

a) позволяет должным образом надежно [идентифицировать эту электронную запись в качестве электронной передаваемой записи] [идентифицировать эту электронную запись в качестве электронной записи, содержащей достоверную информацию, составляющую электронную передаваемую запись] и не допустить несанкционированного воспроизведения этой электронной передаваемой записи;

b) позволяет придать этой электронной записи такой характер, благодаря которому она может быть объектом контроля на протяжении срока ее существования; и

c) позволяет должным образом надежно сохранять целостность электронной передаваемой записи.

2. Критерием оценки целостности является сохранение информации, содержащейся в электронной передаваемой записи, включая любое [юридически значимое] [санкционированное] изменение, происходящее [на протяжении всего срока ее существования] [с момента ее создания до момента утраты ею юридической силы или действительности], в полном и неизменном виде, за исключением любого изменения, происходящего в обычном процессе передачи, хранения и демонстрации. Требуемая степень надежности оценивается с учетом цели, для которой информация, содержащаяся в электронной передаваемой записи, была подготовлена, и с учетом всех соответствующих обстоятельств."

56. Цель проекта статьи 10 заключается в том, чтобы предложить правило функциональной эквивалентности для использования бумажных оборотных документов или инструментов путем установления требований, которым должна отвечать электронная запись. Рабочая группа согласилась добавить проект статьи 10 после того, как она обсудила понятие уникальности и решила исключить положение об уникальности из текста (A/CN.9/804, пункты 71 и 74). Кроме того, было отмечено, что использование понятия "контроль" позволит не ссылаться на понятие "уникальность", которое создает технические проблемы (A/CN.9/804, пункт 38).

57. Рабочая группа решила, что отсылки к определению термина "электронная запись" вполне достаточно, чтобы отразить то обстоятельство, что в некоторых системах регистрации электронная передаваемая запись может представлять собой не отдельную запись, а набор элементов данных, которые в

совокупности образуют электронную передаваемую запись (A/CN.9/828, пункт 31).

58. Подпункт 1(a) отражает результаты обсуждения Рабочей группой вопроса о том, нужно ли упоминать о возможности идентифицировать электронную передаваемую запись в качестве действительной или достоверной (A/CN.9/828, пункты 32-35). Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить, не является ли мысль о том, что электронная передаваемая запись всегда влечет за собой правовые последствия, достаточно ясно выраженной в определении термина "электронная передаваемая запись", содержащемся в проекте статьи 3, и не является ли в этом случае упоминание о "достоверности" электронной передаваемой записи излишним.

59. Подпункт 1(b) отражает результаты обсуждения, проведенного на пятидесятой сессии Рабочей группы (A/C□N.9/828, пункт 55). В этом проекте положения отражена мысль о том, что электронная передаваемая запись не обязательно должна быть объектом контроля на протяжении всего срока своего существования, а должна лишь поддаваться контролю в течение всего этого срока, в частности для обеспечения возможности ее передачи (A/CN.9/804, пункт 61). Такая ситуация может возникнуть, например, в случае потери электронной передаваемой записи, созданной на базе технологии электронных ключей.

60. На своей пятидесятой сессии Рабочая группа решила добавить положение о критерии, согласно которому следует оценивать надежность метода, используемого для обеспечения целостности информации (A/CN.9/828, пункт 49). Это положение было добавлено в качестве пункта 2; оно предусматривает, что электронная передаваемая запись сохраняет целостность, когда любой набор информации, касающейся юридически значимых изменений на протяжении срока ее существования (в отличие от изменений чисто технического характера), сохраняется в полном и неизменном виде (A/CN.9/804, пункт 29). Это положение основано на пункте 3 статьи 8 Типового закона об электронной торговле.

61. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нужно ли сохранить в тексте слова "[юридически значимый]" и "[санкционированный]", с учетом итогов обсуждения вопроса о том, нужно ли фиксировать все или только отдельные изменения, и вопроса о разнице между санкционированными и законными изменениями (A/CN.9/828, пункты 42-44, A/CN.9/804, пункты 30-32).

62. Формулировка "[с момента ее создания до момента утраты ею юридической силы или действительности]" использована в пункте 21 статьи 1 Роттердамских правил (A/CN.9/828, пункт 56).

63. На пятидесятой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что надежность метода, о котором говорится в подпункте 1(a), следует оценивать на основании общих критериев надежности (A/CN.9/828, пункт 37), а применительно к подпункту 1(b) упоминать о критерии надежности вовсе не следует, поскольку критерий оценки надежности метода, используемого для установления контроля, уже предусмотрен проектом статьи 17 (там же, пункт 38). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не нужно ли дать дополнительные разъяснения насчет того, по каким критериям

следует оценивать надежность метода, о котором говорится в подпунктах (a) и (b) пункта 1.

64. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли поместить проект статьи 10 ближе к проекту статьи 18, касающемуся "контроля" (A/CN.9/804, пункт 75).

"***Проект статьи 11. Общий критерий надежности***

1. Требуемая степень надежности оценивается с учетом цели, для которой информация, содержащаяся в электронной передаваемой записи, была подготовлена, и с учетом всех соответствующих обстоятельств.

2. При определении того, надежен ли – или в какой мере надежен – тот или иной метод для целей [статей 10, 17 и ...], могут учитываться следующие факторы:

a) степень обеспечения целостности данных;

b) способность предотвратить несанкционированный доступ к системе и ее несанкционированное использование;

c) качество систем аппаратного и программного обеспечения;

d) регулярность и объем ревизий, проводимых независимым органом;

e) наличие заявления, сделанного надзорным органом, аккредитующим органом или на основе добровольной схемы, в отношении надежности данного метода;

f) [любая договоренность между сторонами;] и

g) любой другой соответствующий фактор."

Замечания

65. В проекте статьи 11 установлен общий критерий надежности.

66. На сорок девятой сессии Рабочей группы были высказаны разные мнения относительно целесообразности включения данного положения.

67. С одной стороны, было высказано мнение, что в проектах положений следует дать общие разъяснения относительно смысла понятия "надежность" и установить критерии ее оценки. При этом было отмечено, что, хотя в закрытых системах критерии надежности могут устанавливаться на основе принципа автономии сторон, в проектах положений необходимо определить критерии, которые будут применимы к открытым системам. Было также отмечено, что если будет решено добавить положение об общем критерии надежности, то его следует сформулировать с учетом принципа технологической нейтральности (A/CN.9/804, пункт 43).

68. Кроме того, было предложено включить дополнительные факторы для оценки надежности. Эти факторы касаются квалификации персонала, достаточных финансовых ресурсов и страхования ответственности, наличия процедуры уведомления о нарушениях системы безопасности и ведения надежного ревизорского учета (A/CN.9/804, пункты 44-45).

69. Вместе с тем, на той же сессии было высказано мнение о том, что существующие и предложенные новые факторы надежности являются слишком подробными и что это положение носит регулирующий характер. Было добавлено, что принятие таких подробных требований может быть сопряжено с чрезмерными расходами для предпринимателей и в конечном итоге затруднит электронную торговлю. Далее было отмечено, что эти требования могут привести к увеличению числа судебных тяжб, основанных на сложных технических вопросах. Вместо этого было предложено включить в проекты положений ссылку на надежные методы, основанные на международно признанных стандартах или видах практики (A/CN.9/804, пункт 46).

70. В поддержку этой точки зрения было отмечено, что наличие общего критерия надежности может затруднить использование электронных передаваемых записей, поскольку правовые последствия несоблюдения этого критерия неясны. Кроме того, было указано, что следует проявлять осмотрительность, с тем чтобы проекты положений не стали неприменимыми на практике. Было также отмечено отсутствие необходимости в общем критерии надежности, поскольку каждый проект статьи, содержащий критерий надежности, сам по себе должен включать положение, относящееся к этому контексту (A/CN.9/804, пункт 42).

71. В конечном итоге Рабочая группа решила вернуться к рассмотрению проекта статьи 11 в качестве возможного общего правила, касающегося надежности системы, а также в связи с положениями, касающимися поставщиков услуг, являющихся третьими сторонами. Рабочая группа также решила рассмотреть вопрос о принятии конкретных критериев для каждого проекта положения, в котором говорится о надежном методе (A/CN.9/804, пункт 49).

72. На своей пятидесятой сессии Рабочая группа решила добавить в проект статьи 11 общие пояснения насчет критерия надежности (A/CN.9/828, пункты 47 и 49). Такой текст был составлен на основе пункта 4 статьи 17 Типового закона об электронной торговле и включен в проект статьи 11 в качестве пункта 1.

73. Для того чтобы подчеркнуть, что при оценке надежности необходимо учитывать договоренности сторон, был добавлен проект подпункта 2(f).

74. Рабочая группа, возможно, пожелает также обсудить, о чем следует упомянуть в подпункте 2(a) проекта статьи 11: о целостности данных в системе, целостности электронных передаваемых записей или и том, и другом с учетом текста проекта статьи 10.

75. Рабочая группа, возможно, также пожелает обсудить вопрос о том, следует ли в подпункте 2(b) проекта статьи 11 прямо упомянуть о несанкционированном доступе и несанкционированном использовании системы или метода для установления контроля, с учетом проекта статьи 17.

76. Конкретные критерии оценки надежности упоминаются в следующих проектах статей: проекте статьи 9 о подписях, проекте статьи 10 о целостности и проекте статьи 17 о владении и контроле. Рабочая группа, возможно,

пожелает подтвердить, что к этим проектам статей будет применяться и общий критерий надежности, содержащийся в проекте статьи 11.

77. Об использовании надежного метода также упоминается в следующих проектах статей: проекте статьи 10 (применительно к методу, используемому для идентификации электронной записи в качестве электронной передаваемой записи и предотвращения ее несанкционированного воспроизведения), проекте статьи 21 (о внесении изменений), проекте статьи 24 (о разделении и объединении) и проекте статьи 26 (об использовании в обеспечительных целях). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, достаточно ли критериев, перечисленных в проекте статьи 11, для оценки надежности различных методов, упоминаемых в этих проектах статей. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает уточнить, нельзя ли при такой оценке также руководствоваться критериями, перечисленными в проекте статьи 17, касающейся функциональной эквивалентности владения.