

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
23 February 2016
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа IV (Электронная торговля)
Пятьдесят третья сессия
Нью-Йорк, 9-13 мая 2016 года**

Проект типового закона об электронных передаваемых записях**Записка Секретариата****Содержание**

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-9	2
II. Проект типового закона об электронных передаваемых записях	10-77	3
А. Общие положения (статьи 1-5)	10-41	3
В. Положения об электронных сделках (статьи 6-8)	42-51	10
С. Использование электронных передаваемых записей (статьи 9-10)	52-77	13



I. Введение

1. На своей сорок четвертой сессии в 2011 году Комиссия поручила Рабочей группе провести работу в области электронных передаваемых записей¹.
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/ CN.9/828, пункт 23). Было достигнуто согласие о том, 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/ CN.9/828, пункт 30).
7. На своей пятьдесят первой сессии (Нью-Йорк, 18-22 мая 2015 года) Рабочая группа продолжила подготовку проекта типового закона, представленного в документах A/CN.9/WG.IV/WP.132 и Add.1. Рабочая группа сосредоточила обсуждение на определениях электронной передаваемой записи, владения и контроля.
8. На своей пятьдесят второй сессии (Вена, 9-13 ноября 2015 года) Рабочая группа продолжила работу по подготовке проектов положений, содержащихся в документах A/CN.9/WG.IV/WP.135 и Add.1. В частности, Рабочая группа

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

обсудила взаимосвязь между проектами статей, касающимися "надежного метода" и общего критерия надежности, а также элементами, имеющими отношение к оценке надежности, в том числе вопрос о договоренности сторон.

9. В части II настоящей записки содержатся проекты положений, в которых учтены результаты обсуждения и решения Рабочей группы, принятые в ходе этой сессии (A/CN.9/863, пункты 17-102).

II. Проект типового закона 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 применения к электронной передаваемой записи какой-либо нормы права, регулирующей оборотные документы или инструменты, включая любую норму права, применимую к защите потребителей.
3. Настоящий Закон не применяется к ценным бумагам, таким как акции и облигации, и другим инвестиционным инструментам и к [...].
- [4. Настоящий Закон применяется к электронным передаваемым записям, кроме случаев, предусмотренных [законодательством, регулирующим конкретный вид электронных передаваемых записей, который будет указан принимающим Закон государством].]"

Замечания

10. Проект статьи 1 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок восьмой (A/CN.9/797, пункты 16 и 17) и пятьдесят второй (A/CN.9/863, пункты 17-22) сессиях Рабочей группы. В качестве редакционного вопроса слово "бумажные" было исключено из текста пункта 2 согласно решению Рабочей группы, принятому на ее пятьдесят второй сессии (A/CN.9/863, пункт 93).

11. В пункте 1 устанавливается сфера применения проекта типового закона.

12. В пункте 2 устанавливаются общие принципы, согласно которым материально-правовые нормы, применимые к электронной передаваемой записи, определяются с помощью ссылки на материально-правовые нормы, применимые к эквивалентному оборотному документу или инструменту, а проект типового закона не затрагивает материально-правовые нормы, применимые к оборотным документам или инструментам. Эти общие принципы применяются к каждому этапу всего срока существования электронной передаваемой записи. Ссылка на законодательство о защите

потребителей направлена на разъяснение того, что эти принципы должны применяться также в этом отношении (A/CN.9/863, пункты 20 и 22).

13. При применении пункта 2 выдача электронной передаваемой записи на предъявителя является возможной только тогда, когда это разрешено материально-правовыми нормами (A/CN.9/797, пункт 65). Таким же образом условия обращения электронной передаваемой записи, выданной на предъявителя, поименованному лицу в этой электронной передаваемой записи, и наоборот ("бланковый индоссамент"), могут быть изменены только тогда, когда это разрешается материально-правовыми нормами (A/CN.9/828, пункт 82).

14. Пункт 3 был включен в соответствии с решением Рабочей группы, принятым на ее пятьдесят второй сессии (A/CN.9/863, пункт 22). В нем разъясняется, что проект типового закона не применяется к ценным бумагам и другим инвестиционным инструментам. Термин "ценные бумаги" в пункте 3 не касается использования электронных передаваемых записей в качестве обеспечения, и по этой причине типового закон не препятствует использованию электронных передаваемых записей для целей обеспечительных прав (A/CN.9/834, пункт 73). Термин "инвестиционный инструмент" понимается как охватывающий производные инструменты, денежные рыночные инструменты и любые другие финансовые продукты, имеющиеся в наличии в целях инвестиций (A/CN.9/797, пункт 19).

15. Кроме того, пункт 3 содержит открытый перечень исключений, который позволяет применять проект типового закона с учетом нужд каждого принимающего закон государства. Включение перечня исключений направлено на обеспечение и гибкости, и ясности в отношении сферы применения типового закона. Например, будет вполне возможным включение в перечень исключений определенных инструментов или документов, таких как аккредитивы, которые могут рассматриваться как оборотные документы или инструменты в некоторых правовых системах, но не в других правовых системах. Аналогичным образом, государства – участники Конвенции, устанавливающей единообразный закон о переводном и простом векселях (Женева, 1930 год), и Конвенции, устанавливающей единообразный закон о чеках (Женева, 1931 год) ("Женевские конвенции") (A/CN.9/797, пункты 109-112), могут рассмотреть возможность исключения документов или инструментов, подпадающих под сферу применения Женевских конвенций, во избежание возможной коллизии между этими конвенциями и типовым законом.

16. Электронные передаваемые записи, которые являются функциональным эквивалентом оборотных документов или инструментов, и электронные передаваемые записи, которые имеются только в электронной среде, могут параллельно существовать в одной и той же правовой системе. Проект пункта 4 направлен на обеспечение возможности применения проекта типового закона также к электронным передаваемым записям, существующим только в электронной среде, в пределах, установленных в материально-правовых нормах, применимых к этим электронным передаваемым записям. Следовательно, это положение не будет необходимым в тех правовых системах, в которых такие записи отсутствуют (A/CN.9/797, пункт 17).

17. На своей пятьдесят второй сессии Рабочая группа рассмотрела вопрос об исключении пункта 4 с учетом обеспокоенности в отношении сферы его применения и его недостаточной ясности (A/CN.9/863, пункт 17). Вместе с тем была также выражена поддержка сохранению пункта 4 как обеспечивающего ориентиры и гибкость для государств. На этой сессии было решено отложить принятие решения в отношении пункта 4, поскольку содержание этого пункта зависит от окончательной формы определения электронной передаваемой записи (там же, пункты 18 и 19).

18. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить пункт 4 с учетом этих соображений, а также того факта, что законодательство, применимое к электронным передаваемым записям, которые существуют только в электронной среде, по всей вероятности, будет определять сферу его применения, в том числе посредством ссылки на проект типового закона. По этой причине необходимость исключить электронные передаваемые записи, которые существуют только в электронной среде, из сферы применения проекта типового закона, возникнет только в том случае, если такие электронные передаваемые записи существовали в момент принятия этого типового закона. Вместе с тем в таком случае исключение может быть с пользой для дела учтено посредством указания на такие электронные передаваемые записи в открытом перечне исключений, содержащемся в пункте 3.

"Проект статьи 2. Определения

Для целей настоящего Закона:"

Замечания

19. Определения, содержащиеся в проекте статьи 2, 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 проекта типового закона (A/CN.9/768, пункт 34). После каждого определения изложены замечания для рассмотрения Рабочей группой.

"Электронной передаваемой записью" [является электронная запись, которая содержит всю информацию [, придающую оборотному документу или инструменту юридическую силу,] [, требующуюся в эквивалентном оборотном документе или инструменте,] и которая отвечает требованиям статьи 9].

Замечания

20. Определение "электронной передаваемой записи" отражает результаты его обсуждения Рабочей группой на ее сорок восьмой (A/CN.9/797, пункты 21-28), пятьдесят первой (A/CN.9/834, пункты 23-26, 88, 95-98 и 100) и пятьдесят второй (A/CN.9/863, пункты 91 и 92) сессиях.

21. Определение "электронной передаваемой записи" отражает подход функционального эквивалента (A/CN.9/863, пункты 91 и 92) и преследует цель охватить электронные передаваемые записи, которые эквивалентны оборотным документам или инструментам. Вместе с тем оно не охватывает электронные

передаваемые записи, которые существуют только в электронной среде, в отношении которых необходимо иное определение (A/CN.9/863, пункт 91; см. также A/CN.9/797, пункт 23), которое следует обсудить на более позднем этапе.

22. В связи с этим следует отметить, что типовой закон не исключает разработки и использования электронных передаваемых записей, которые не имеют бумажного эквивалента, поскольку такие записи не будут регулироваться типовым законом (A/CN.9/863, пункт 91; см. также пункты 16-18 выше).

23. Определение "электронной передаваемой записи" не преследует цели влиять на то обстоятельство, что материально-правовые нормы определяют, является ли осуществляющее контроль лицо лицом, законно осуществляющим контроль, а также материальные права лица, осуществляющего контроль. Оно также не имеет цели дать описание всех функций, 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, чем проект типового закона.

24. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить слова "требующуюся в эквивалентном оборотном документе или инструменте", поскольку эти слова используются в тексте пункта 1(а) проекта статьи 9. В качестве альтернативы Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли необходимой ссылка на информацию с учетом того факта, что проект статьи 9, на который ссылается данный проект определения, содержит такое же требование.

25. Рабочая группа подтвердила, что определенные документы или инструменты, которые обычно являются оборотными, но возможность передачи которых ограничена в связи с наличием других соглашений, таких как прямые коносаменты, не будут подпадать под это определение и что проект типового закона должен касаться только "оборотных" документов (A/CN.9/797, пункты 27 и 28).

26. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание определение термина "электронная запись" при рассмотрении определения термина "электронная передаваемая запись" (см. ниже, пункт 30).

"Оборотный документ или инструмент" означает оборотный документ или инструмент, выданный в бумажной форме, который дает держателю 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.

Замечания

27. Определение "оборотного документа или инструмента" отражает результаты обсуждения Рабочей группой на ее сорок восьмой (A/CN.9/797, пункты 21-28) и пятьдесят второй (A/CN.9/863, пункты 93-95) сессиях. Оно не преследует цели воздействовать на материально-правовые нормы.

28. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что в качестве вопроса редакционного характера слово "бумажный" было исключено из термина "оборотный документ или инструмент" в варианте текста на английском языке во всем тексте проекта типового закона (A/CN.9/863, пункт 93), поскольку определение оборотного документа или инструмента в достаточной мере разъясняет, что эти документы или инструменты имеют бумажную форму. После консультации это же слово было исключено из вариантов текста типового закона на арабском, китайском и русском языках, но не из вариантов на испанском и французском языках. Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить это редакционное решение.

29. Применимые материально-правовые нормы определяют, какие документы или инструменты являются оборотными в различных правовых системах (A/CN.9/863, пункт 94; см. также пункт 15 выше). Ориентировочный перечень 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") включает: переводные векселя, чеки, простые векселя, транспортные накладные, коносаменты и складские расписки (A/CN.9/863, пункт 94; см. также A/CN.9/768, пункт 34; A/CN.9/797, пункты 25 и 26). Сертификат страхования грузов и авиатранспортная накладная могут быть дополнительными примерами оборотных документов или инструментов.

"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 тем чтобы стать частью записи, будь то подготовленную одновременно или нет.

Замечания

30. Определение "электронной записи" основывается на определении "сообщения данных", которое содержится в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 год) и Конвенции об электронных сообщениях. Это определение отражает составной характер электронной передаваемой записи, что в свою очередь имеет особое значение для понятия "целостности", используемого в пункте 2 проекта статьи 9 (A/CN.9/863, пункт 96). Оно призвано подчеркнуть тот факт, что информация может быть присоединена к электронной передаваемой записи в момент ее выдачи или впоследствии (например, информация, касающаяся индоссамента) и направлена на уточнение того, что некоторые электронные записи могут, хотя и необязательно, включать в себя комбинированный набор информации (A/CN.9/797, пункты 43-45; см. также A/CN.9/804, пункт 71). Слово "логически" относится к компьютерному программному обеспечению, а не к человеческой логике (A/CN.9/863, пункт 97).

"Проект статьи 3. Толкование"

1. Настоящий Закон основан на типовом законодательстве международного происхождения. При толковании настоящего Закона следует учитывать его 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

31. Проект статьи 3 призван привлечь внимание судов и других органов к тому факту, что внутреннее законодательство на основе типового закона должно толковаться с учетом его международного происхождения, с тем чтобы облегчить его единообразное толкование (A/CN.9/768, пункт 35). Аналогичная формулировка содержится в статье 3 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и в статье 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях.

32. Слова "Настоящий Закон основан на типовом законодательстве международного происхождения" были включены во исполнение решения, принятого Рабочей группой на ее сорок седьмой сессии, для того чтобы подчеркнуть, что соответствующие принятые законодательные акты будут основаны на типовом законодательстве международного происхождения (A/CN.9/768, пункт 35). Эти слова не встречаются в других текстах ЮНСИТРАЛ. В качестве альтернативы Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить эту формулировку и доработать основополагающую концепцию в руководстве.

33. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить слова "[и соблюдению добросовестности]" в свете возможных материально-правовых последствий и, в частности, того значения, которое понятие добросовестности имеет в материальном праве, регулирующем оборотные документы или инструменты. В качестве альтернативы Рабочая группа, возможно, пожелает разъяснить, призвана ли эта ссылка служить указанием на общее понятие добросовестности в международной торговле (см. также пункт 35 ниже). Ссылку на добросовестность можно найти в ряде других текстов ЮНСИТРАЛ, включая пункт 1 статьи 3 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и пункт 1 статьи 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях.

34. 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) ("КМПП").

35. Понятие "общие принципы", упомянутое в пункте 2, относится к общим принципам, касающимся электронных сообщений (A/CN.9/797, пункт 29), включая те, что уже закреплены в соответствующих текстах ЮНСИТРАЛ. В этом контексте Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что общими принципами, лежащими в основе проекта типового закона, являются основополагающие принципы недискриминации электронных сообщений, технологической нейтральности и функциональной эквивалентности. По мере

дальнейшего продвижения работы Рабочей группы могут быть определены и другие общие принципы. Например, содержащиеся в других текстах ЮНСИТРАЛ об электронной торговле положения о том, что местонахождение информационных систем не имеет значения для определения места, в котором находится коммерческое предприятие, могут быть уместными в качестве общих принципов, на которых основывается типовый закон (см. A/CN.9/WG.IV/WP.137/Add.1, пункт 7). Понятие добросовестности в международной торговле также могло бы рассматриваться в качестве общего принципа, имеющего отношение к типовому закону. Толкование и применение типового закона далее позволит определить его общие принципы таким образом, какой является сходным с другими текстами ЮНСИТРАЛ.

"Проект статьи 4. Автономия сторон [и договорные отношения]"

1. Стороны могут отступать от положений настоящего Закона или изменять их по договоренности [за исключением статей [...]] [за исключением случаев, когда такая договоренность не будет действительной или не будет иметь силы согласно применимому законодательству].
2. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этой договоренности".

Замечания

36. Рабочая группа подчеркнула важное значение автономии сторон в проектах положений (A/CN.9/797, пункт 30) и, исходя из общей применимости этого принципа, решила указать проекты статей, отступления от которых допускать нельзя (A/CN.9/797, пункт 32).

37. Хотя автономия сторон является основополагающим принципом, лежащим в основе коммерческого права и текстов ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что при воплощении этого принципа в жизнь в текстах ЮНСИТРАЛ по электронной торговле возникают некоторые ограничения и при этом преследуется цель не допустить коллизии с императивными нормами, как, например, те, которые касаются соображений публичного порядка. Примерами такого подхода являются статья 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и статья 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях. Слова "[за исключением случаев, когда такая договоренность не будет действительной или не будет иметь силы согласно применимому законодательству]", содержащиеся в статье 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, были включены в проект статьи 4 Типового закона, с тем чтобы отразить этот подход.

38. В качестве альтернативного варианта на возможность отступления от того или иного положения проекта типового закона или его изменения можно указать с помощью добавления конкретной формулировки, например "если только стороны не договорились об ином", в положение, от которого допускается отступление или которое может быть изменено сторонами.

39. Пункт 2 был включен для отражения обеспокоенности Рабочей группы относительно того, чтобы отступления и изменения типового закона не затрагивали третьи стороны (A/CN.9/768, пункт 36), в частности в результате

отхода от принципа *numerus clausus*. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли этот проект положения необходимым с учетом пункта 2 проекта статьи 1 типового закона.

"Проект статьи 5. Требования в отношении информации"

Ничто в настоящем Законе не затрагивает применения любой нормы права, которая может требовать от лица раскрытия личных данных, информации о своем коммерческом предприятии или иной информации, или не освобождает какое-либо лицо от правовых последствий неточных, неполных или ложных заявлений, сделанных в этой связи".

40. Рабочая группа решила сохранить проект статьи 5 при том понимании, что он напоминает сторонам о необходимости соблюдать обязательства, связанные с возможным раскрытием информации, которые могут существовать согласно другому законодательству (A/CN.9/797, пункт 33).

41. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть проект статьи 5 совместно с проектами статей 15 и 16, которые также касаются требований в отношении информации. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить эти статьи с учетом пункта 2 статьи 1, и вопрос о возможности дать ориентиры в пояснительных материалах.

В. Положения об электронных сделках

42. На своей сорок восьмой сессии Рабочая группа решила сохранить проекты статей 6-8 в качестве отдельного раздела (A/CN.9/797, пункт 34). Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть свое решение с учетом окончательной формы проекта типового закона, а также содержания этих статей.

"Проект статьи 6. 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

43. Проект статьи 6 устанавливает принцип недискриминации. На своей сорок девятой сессии Рабочая группа решила сохранить проект статьи 6 в его нынешней формулировке (A/CN.9/804, пункт 17; см. также A/CN.9/768, пункт 39).

"Проект статьи 7. Письменная форма"

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

Замечания

44. Проект статьи 7 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок девятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/804, пункты 18 и 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). Общее правило о функциональной эквивалентности электронной и письменной формы должно содержаться в законодательстве об электронных сделках (A/CN.9/797, пункт 38). В проекте статьи 7 используется понятие "информация", а не понятие "сообщение", поскольку не вся соответствующая информация обязательно является предметом сообщения (A/CN.9/797, пункт 37).

45. В соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее пятьдесят первой сессии, в пояснительных материалах к проектам положений будет отражено понимание того, что любое юридическое требование, содержащееся в проекте типового закона, подразумевает наступление последствий в случае его несоблюдения, и поэтому нет необходимости прямо говорить об этих последствиях (A/CN.9/834, пункты 43 и 46). Соответственно, слова "или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия письменной формы" были исключены из проекта типового закона, поскольку они являются излишними.

46. На сорок девятой сессии было высказано предположение о том, что проект статьи 7, возможно, не нужен, поскольку выполнение требования о функциональной эквивалентности "письменной формы" подразумевается в определении термина "электронная передаваемая запись" в проекте статьи 2. В ответ было сказано, 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 разъяснить взаимосвязь между проектом статьи 7 и проектом статьи 9, устанавливающими эти требования в отношении информации и целостности для функционального эквивалента оборотных документов или инструментов.

47. В ходе своего будущего обсуждения законодательства, применимого к электронным передаваемым записям, существующим только в электронной форме, Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что в законодательстве, регулирующем эти записи, следует установить такие же требования, какие содержатся в проекте статьи 7, т.е. предусмотреть, что информация должна быть доступной для ее последующего использования (A/CN.9/768, пункт 42).

"Проект статьи 8. Подпись"

В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи какого-либо лица, это требование считается выполненным [по отношению к] [в отношении] [посредством] электронной передаваемой записи, если использован какой-либо надежный метод для идентификации этого лица и указания намерения этого лица в отношении информации, содержащейся в электронной записи".

Замечания

48. Проект статьи 8 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок девятой (A/CN.9/804, пункт 20) и пятьдесят второй (A/CN.9/863, пункты 66 и 73) сессиях Рабочей группы. В нем устанавливаются требования в отношении функциональной эквивалентности "подписи" (A/CN.9/804, пункт 20) в том случае, когда материально-правовые нормы либо содержат прямое требование о наличии подписи, либо предусматривают определенные последствия в случае отсутствия подписи (косвенное требование о наличии подписи) (A/CN.9/797, пункт 46; см. также A/CN.9/834, пункт 43).

49. Текст проекта статьи 8, первоначально основывающийся на тексте пункта 3 статьи 9 Конвенции об электронных сообщениях, отражает изменения, произведенные согласно решению Рабочей группы, принятому на ее пятьдесят второй сессии в отношении проекта статьи 10, касающегося общего стандарта надежности (A/CN.9/863, пункты 66 и 73). Соответственно, надежность метода, указанного в проекте статьи 8, оценивается с учетом общего стандарта надежности, содержащегося в проекте статьи 10.

50. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли в тексте проекта статьи 8 более четко пояснить, что это положение применяется только к электронным передаваемым записям, а не к другим электронным записям, которые не являются передаваемыми, но так или иначе связаны с электронной передаваемой записью. В этой связи предлагается альтернативная формулировка. Во вступительной части текста проекта статьи 8 использованы слова "по отношению к". Слова "в отношении" использованы в пункте 3 статьи 9 Конвенции об электронных сообщениях. Слово "посредством" использовалось в других положениях ЮНСИТРАЛ, касающихся функциональной эквивалентности, и может предполагать более узкое применение проекта статьи 8.

Замечания по термину "подлинная форма"

51. 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).

С. Использование электронных передаваемых записей

"Проект статьи 9. [Электронная передаваемая запись]"

1. В тех случаях, когда законодательство требует использования оборотного документа или инструмента, это требование считается выполненным в отношении электронной записи, если:

- а) электронная запись содержит информацию, которая потребуется в [эквивалентном] оборотном документе или инструменте; и
- б) используется надежный метод:
 - i) который позволяет идентифицировать эту электронную запись как [достоверную] [запись, составляющую] электронную передаваемую запись;
 - ii) который позволяет придать этой электронной записи такой характер, благодаря которому она может быть объектом контроля с момента ее создания до момента утраты ею силы или действительности; и
 - iii) который позволяет сохранять целостность электронной передаваемой записи.

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

Замечания

52. Проект статьи 9 был пересмотрен с учетом результатов обсуждения, проведенного на пятьдесят первой (A/CN.9/834, пункты 21-30, 85-94 и 99) и пятьдесят второй (A/CN.9/863, пункты 66 и 73) сессиях Рабочей группы. Нынешний текст преследует цель объединить два наиболее распространенных подхода во избежание выставления нескольких требований в отношении исполнения, а именно "единственность" и "контроль" (A/CN.9/834, пункт 86), и отражает изменения, внесенные согласно решению Рабочей группы, принятому на ее пятьдесят второй сессии в отношении проекта статьи 10 об общем стандарте надежности (A/CN.9/863, пункты 66 и 73). Соответственно, надежность метода, указанного в проекте статьи 9, оценивается с учетом общего стандарта надежности, содержащегося в проекте статьи 10.

53. Цель проекта статьи 9 заключается в том, чтобы предложить правило функциональной эквивалентности для использования оборотных документов или инструментов путем установления требований, которым должна отвечать электронная запись. Рабочая группа согласилась добавить проект статьи 9 в свете обсуждения понятия уникальности и решения 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).

54. Рабочая группа пришла к согласию о том, что ссылки на определение "электронной записи" 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).

55. В подпункте 1(a) говорится, что электронная запись должна содержать информацию, которая требуется в оборотном документе или инструменте. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не может ли слово "эквивалентный" перед словами "оборотный документ или инструмент" ввести в заблуждение с учетом цели проекта статьи 9, заключающейся в том, чтобы предусмотреть правило функциональной эквивалентности. Можно было бы также рассмотреть альтернативную формулировку, например использование слова "соответствующий".

56. Подпункт 1(b)(i) устанавливает требование относительно идентификации электронной записи как содержащей действительную или достоверную информацию, необходимую для установления того, что данная запись является электронной передаваемой записью. Это требование подразумевает подход, связанный с "единственностью" (A/CN.9/834, пункт 86).

57. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, сохранять ли слово "достоверную" для идентификации электронной передаваемой записи (A/CN.9/834, пункты 101-104) с учетом того факта, что информация, позволяющая установить, что данная электронная запись является электронной передаваемой записью, сама по себе является достоверной и, соответственно, такая квалификация может, с одной стороны, оказаться излишней, а с другой стороны – непреднамеренно способствовать возникновению судебного спора по поводу значения термина "достоверная".

58. Если Рабочая группа примет решение не сохранять слово "достоверную", то она, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нельзя ли еще больше упростить это положение путем исключения слов "запись, составляющую".

59. Подпункт 1(b)(ii) устанавливает требование, согласно которому электронная передаваемая запись должна позволять делать ее объектом контроля с момента ее создания до момента утраты ею силы или действительности, в частности для того, чтобы ее можно было передавать. Это требование претворяет в жизнь подход, связанный с "контролем" (A/CN.9/834, пункт 86).

60. В этом проекте положения отражена та мысль, что в действительности электронная передаваемая запись необязательно должна быть объектом контроля (A/CN.9/804, пункт 61). Такая ситуация может возникнуть, например, в случае потери электронной передаваемой записи, созданной на базе технологии электронных ключей.

61. Что касается пункта 2, то на своей пятидесятой сессии Рабочая группа решила добавить положение об оценке понятия целостности (A/CN.9/828, пункт 49). Это положение предусматривает, что электронная передаваемая запись сохраняет целостность, когда любой набор информации, касающейся юридически значимых изменений (в отличие от изменений чисто технического характера), сохраняется в полном и неизменном виде с момента создания электронной передаваемой записи до момента утраты ею силы или действительности (A/CN.9/804, пункт 29). Это положение основано на пункте 3 статьи 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле.

62. Рабочая группа, возможно, пожелает уточнить взаимосвязь между ссылкой на использование надежного метода для сохранения целостности электронной передаваемой записи, содержащейся в подпункте 1(b)(iii), и ссылкой на критерий для оценки целостности, содержащейся в пункте 2, с учетом также соображений, высказанных в отношении проекта статьи 10(1)(a)(ii) (см. пункт 70 ниже).

63. В этом отношении Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить слова "требуемый стандарт надежности оценивается с учетом цели, для которой информация, содержащаяся в электронной передаваемой записи, была подготовлена, и с учетом всех соответствующих обстоятельств", содержащиеся в пункте 2, поскольку это же понятие отражено в проекте статьи 10.

64. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли слово "санкционированное" сохранить 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.9/834, пункты 27-30; A/CN.9/828, пункты 42-44; и A/CN.9/804, пункты 30-32).

65. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть определение электронной передаваемой записи в проекте статьи 2 совместно с обсуждением проекта статьи 9 (см. пункты 20-26 выше и A/CN.9/834, пункты 95-100).

"Проект статьи 10. Общий стандарт надежности"

1. Для целей статей [8, 9, 11, 17, 19, 21, 22, 23] метод, о котором идет речь:

а) является настолько надежным, насколько это соответствует цели выполнения функции, для которой этот метод используется, с учетом всех соответствующих обстоятельств, которые могут включать:

- i) операционные правила, касающиеся оценки надежности и регулирующие работу системы;
- ii) обеспечение целостности данных;
- iii) способность предотвращать несанкционированный доступ к системе и ее несанкционированное использование;
- iv) качество систем аппаратного и программного обеспечения;
- v) регулярность и объем ревизии, проводимой независимым органом

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

vii) любые применимые промышленные стандарты; или

b) выполнил предназначенную для него функцию, что подтверждается результатами использования или также другими доказательствами.

[2. Для целей оценки [требуемой степени] надежности между сторонами соглашения учитываются соответствующие положения такого соглашения.]"

Замечания

66. Проект статьи 10 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок девятой (A/CN.9/804, пункты 41-49), пятидесятой (A/CN.9/828, пункты 41-49), пятьдесят первой (A/CN.9/834, пункты 66, 73 и 76) и пятьдесят второй (A/CN.9/863, пункты 37-82) сессиях Рабочей группы.

67. В проекте статьи 10 установлен общий стандарт, касающийся оценки надежности. Этот стандарт применяется во всем тексте типового закона, когда делается ссылка на "надежный метод". Это положение, которое является технологически нейтральным (A/CN.9/863, пункт 44), предусматривает последовательный стандарт для оценки надежности во всем тексте проекта типового закона. В этом отношении следует отметить, что каждое положение типового закона, содержащее ссылку на использование надежного метода, направлено на выполнение иной функции (A/CN.9/863, пункт 54). Соответственно, ссылка на "цели статей", содержащаяся во вступительной части текста проекта статьи 10, имеет своей целью разъяснение того, что оценка надежности каждого соответствующего метода должна проводиться по отдельности с учетом функции, на выполнение которой специально направлено использование данного метода (A/CN.9/863, пункты 39).

Пункт 1

68. Подпункт 1(a) содержит перечень обстоятельств, который призван способствовать определению надежности в подпунктах (i)-(vi). Слова "которые могут включать" используются для разъяснения того, что данный перечень не является исчерпывающим и носит лишь иллюстративный характер (A/CN.9/863, пункты 46 и 66).

69. В подпункте 1(a)(i) указываются "операционные правила", которые обычно содержатся в инструкции по эксплуатации, применение которой может контролироваться надзорным органом, и как таковые они могут не носить чисто договорного характера. Слова "касающиеся оценки" направлены на разъяснение того, что должны учитываться только операционные правила, касающиеся надежности системы, а не операционные правила в целом (A/CN.9/863, пункты 57 и 68).

70. В подпункте 1(a)(ii) указывается "обеспечение целостности данных" в качестве абсолютного понятия, поскольку целостность данных не может быть выражена посредством ссылки на степень целостности (A/CN.9/863, пункт 42).

Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, следует ли включить в подпункт 1(a)(ii) ссылку на целостность данных в системе, на целостность электронной передаваемой записи или на то и на другое с учетом также проекта статьи 9. В этом отношении Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что ссылка на целостность, содержащаяся в подпункте 1(a)(ii), действует в качестве общего стандарта надежности, применимого во всем тексте типового закона, тогда как ссылка на целостность, содержащаяся в проекте статьи 9, действует в качестве конкретного параметра при установлении функциональной эквивалентности для оборотных документов или инструментов (A/CN.9/863, пункты 69 и 70).

71. Обстоятельства, указанные в подпунктах 1(a)(iv), (v) и (vi), также упоминаются в статье 10(b), (e) и (f) Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях. Рабочая группа, возможно, пожелает разъяснить, могут ли рекомендации, данные в отношении этих положений Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях², быть полезными также в отношении соответствующих положений Типового закона об электронных переводимых записях.

72. Рабочая группа, возможно, пожелает также обсудить вопрос о том, следует ли в подпункте 1(a)(iii) упомянуть о несанкционированном доступе к системе и ее несанкционированном использовании или же о доступе к методу для установления контроля и его использованию также с учетом требования, касающегося установления исключительного контроля и содержащегося в проекте статьи 17. В этом отношении Рабочая группа, возможно, также пожелает разъяснить взаимосвязь между ссылкой на "систему", содержащейся в подпункте 1(a)(iii), и ссылкой на "систему аппаратного и программного обеспечения", содержащейся в подпункте 1(a)(iv).

73. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы затронуть проблему надежности системы в пояснительных материалах, когда будут обсуждаться третьи стороны, предоставляющие услуги (A/CN.9/834, пункт 78).

74. Ссылку на "любые применимые промышленные стандарты", содержащуюся в подпункте 1(a)(vii), не следует толковать с точки зрения нарушения принципа технологической нейтральности (A/CN.9/863, пункт 71). Для этого такого рода стандарты должны быть признаны в международном плане (A/CN.9/863, пункт 56).

75. Подпункт 1(b) устанавливает "защитительное положение" с целью недопущения необоснованных тяжб путем утверждения методов, которые на практике выполнили свою функцию, независимо от какой бы то ни было абстрактной оценки их надежности (A/CN.9/863, пункт 43). Он касается выполнения этой функции в конкретном случае, в отношении которого возник спор, и не преследует целей прогнозирования надежности на основе предыдущих случаев применения этого метода (там же, пункт 51). Таким образом, правовой механизм, содержащийся в пункте 2, действует в качестве

² Организация Объединенных Наций, Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, Нью-Йорк, 2002 год, пункт 147 и содержащиеся в нем ссылки.

альтернативы механизму, содержащемуся в пункте 1 (там же, пункт 52). Статья 9(3)(b)(ii) Конвенции об электронных сообщениях содержит правило, аналогичное правилу, установленному в пункте 2.

Пункт 2

76. Пункт 2, который представляет собой один из видов применения принципа автономии сторон, направлен на то, чтобы подчеркнуть важное значение соглашения сторон при оценке надежности. Было разъяснено, что такие соглашения зачастую содержат полезные руководящие указания, касающиеся технических характеристик (A/CN.9/863, пункт 74). Было добавлено, что ссылка на эти соглашения могла бы быть полезной для обеспечения правового признания изменений в области технологии и предпринимательской практики (там же, пункт 38).

77. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что сфера охвата пункта 2 ограничивается распределением ответственности, возникающей из соглашения о надежности метода. Как таковое положение, содержащееся в пункте 2, не должно затрагивать третьи стороны или императивные нормы материального права, такие как нормы, касающиеся действительности электронных передаваемых записей (A/CN.9/863, пункт 75).
