



Генеральная Ассамблея

Distr.: General

16 April 2007

Russian

Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**

Сороковая сессия

Вена, 25 июня – 12 июля 2007 года

Возможная будущая работа в области электронной торговли

Комплексный справочный документ о необходимых элементах правовой базы, благоприятствующей развитию электронной торговли: выборочный раздел, касающийся международного использования электронных методов подписания и удостоверения подлинности

Записка Секретариата

Добавление

В приложении к настоящей записке содержится часть (часть вторая, глава II, разделы А и В) выборочного раздела комплексного справочного документа по правовым вопросам, связанным с международным использованием электронных методов подписания и удостоверения подлинности.



Приложение

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Часть вторая. Трансграничное использование электронных методов подписания и удостоверения подлинности (<i>продолжение</i>)		
II. Методы и критерии установления правовой эквивалентности	1-50	3
A. Типы и механизмы перекрестного признания	3-12	3
1. Перекрестное признание	5-8	4
2. Перекрестная сертификация инфраструктур публичных ключей	9-12	6
B. Эквивалентность стандартов поведения и режимов ответственности	13-72	7
1. Основания ответственности в рамках инфраструктуры публичных ключей	17-50	9

Часть вторая

Трансграничное использование электронных методов подписания и удостоверения подлинности

[...]

II. Методы и критерии установления правовой эквивалентности

1. Как отмечалось выше, обследование, проведенное Рабочей группой по безопасности и конфиденциальности информации (РГБКИ) Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) (далее именуется "РГБКИ ОЭСР"), показало, что законодательство большинства стран по крайней мере в принципе не является дискриминационным по отношению к иностранным электронным подписям и средствам удостоверения подлинности, при условии соблюдения местных или эквивалентных им требований – в том смысле, что оно не отрицает юридической силы подписей, происхождение которых связано с услугами, оказываемыми в других странах, если эти подписи созданы при тех же условиях, что и подписи, признаваемые согласно внутреннему праву¹. Вместе с тем РГБКИ ОЭСР отметила, что механизмы признания иностранных служб удостоверения подлинности, как правило, недостаточно развиты, и указала, что в этой области может быть полезной дальнейшая работа. Поскольку любая такая работа была бы тесно связана с более общим вопросом о возможности взаимодействия, РГБКИ ОЭСР предложила объединить эти две темы. РГБКИ ОЭСР выдвинула идею разработки комплекса оптимальных методов или руководящих принципов.

2. В нижеследующих разделах рассматриваются юридические положения и механизмы, обеспечивающие возможность международного взаимодействия, а также факторы, определяющие взаимную эквивалентность режимов ответственности. Они посвящены прежде всего вопросам, возникающим в связи с международным использованием электронных методов подписания и удостоверения подлинности на основе сертификатов, выдаваемых доверенной третьей стороной – поставщиком сертификационных услуг, и в частности цифровых подписей в рамках инфраструктуры публичных ключей (ИПК), поскольку возникновение юридических трудностей более вероятно в связи с трансграничным использованием таких электронных методов подписания и удостоверения подлинности, которые требуют участия в этих действиях третьих сторон.

A. Типы и механизмы перекрестного признания

3. Дополнительное бремя, создаваемое для иностранных поставщиков сертификационных услуг национальными требованиями, установленными применительно к конкретным технологиям, является потенциальным

¹ См. сноску [...] [*The Use of Authentication across Borders in OECD Countries*].

препятствием для международной торговли². Например, законы, касающиеся способов признания национальными органами иностранных электронных подписей и сертификатов, могут носить дискриминационный характер по отношению к иностранным коммерческим предприятиям. До сих пор каждый законодательный орган, рассматривавший данный вопрос, включал в свои законодательные акты те или иные требования относительно стандартов, соблюдаемых иностранным поставщиком сертификационных услуг; таким образом, данный вопрос неразрывно связан с более общим вопросом о коллизии национальных стандартов. Помимо этого закон может устанавливать и другие географические или процедурные ограничения, препятствующие трансграничному признанию электронных подписей.

4. В отсутствие международной ИПК может возникать целый ряд проблем, связанных с признанием сертификатов сертификационными органами зарубежных стран. Признание иностранных сертификатов часто обеспечивается методом, известным как "перекрестная сертификация". Для нее необходимо, чтобы в основном эквивалентные друг другу сертификационные органы (или сертификационные органы, готовые пойти на определенный риск в том, что касается сертификатов, выданных другими сертификационными органами) признавали услуги, оказываемые каждым из них, благодаря чему пользователи этих услуг могли бы поддерживать между собой более эффективные контакты и больше доверять выдаваемым сертификатам. При перекрестной или многоступенчатой сертификации, когда в процесс вовлечено несколько участников, имеющих собственную политику обеспечения надежности, могут возникать юридические проблемы, связанные, например, с определением того, кто допустил нарушения, приведшие к убыткам, и на чьи именно заверения полагался пользователь.

1. Перекрестное признание

5. Перекрестным признанием называется механизм взаимодействия, при котором полагающаяся сторона, находящаяся в зоне действия ИПК, может использовать авторизационную информацию в зоне действия другой ИПК для удостоверения данных о том или ином субъекте в зоне этой другой ИПК³. Как правило, это становится возможным в результате официальной процедуры лицензирования или аккредитации в зоне другой ИПК или же официальной процедуры аудита типичного поставщика сертификационных услуг в данной

² См. Alliance for Global Business, "A discussion paper on trade-related aspects of electronic commerce in response to the WTO's e-commerce work programme", April 1999, <http://www.biac.org/statements/iccp/AGBtoWTOApril1999.pdf>, p. 29, дата посещения – 5 февраля 2007 года.

³ Концепция перекрестного признания была разработана в 2000 году действовавшей в то время Целевой группой по электронным методам удостоверения подлинности в рамках Рабочей группы по телекоммуникациям и информации Азиатско-тихоокеанского форума по экономическому сотрудничеству; см. АПЕС publication No. 202-TC-01.2, *Electronic authentication: issues relating to its selection and use* (АПЕС, 2002), размещено по адресу http://www.apec.org/apec/publications/all_publications/telecommunications.html, дата посещения – 7 февраля 2007 года).

зоне ИПК⁴. Вопрос о доверии к иностранной зоне ИПК должен решаться полагающейся стороной или владельцем соответствующего прикладного программного обеспечения или службы, а не тем поставщиком сертификационных услуг, которому непосредственно доверяет полагающаяся сторона.

6. Перекрестное признание, как правило, имеет место на уровне ИПК, а не на уровне отдельно взятых поставщиков сертификационных услуг. Так, когда одна ИПК признает другую ИПК, она при этом автоматически признает и любых аккредитованных в данной ИПК поставщиков таких услуг. Признание основывается на оценке применяемых в рамках другой ИПК процедур аккредитации, а не на оценке каждого конкретного поставщика сертификационных услуг, аккредитованного в этой ИПК. Если в соответствующих зонах ИПК выдаются сертификаты нескольких категорий, то процесс перекрестного признания включает определение категории сертификатов, пригодной для использования в обеих этих зонах; данная категория сертификатов и принимается за основу при оценке.

7. При перекрестном признании вопросы способности к техническому взаимодействию возникают только на уровне прикладного программного обеспечения: так, программное обеспечение должно быть способно произвести обработку иностранного сертификата и получить доступ в систему директориев иностранной зоны ИПК для подтверждения статуса этого иностранного сертификата. Следует отметить, что на практике поставщики сертификационных услуг выдают сертификаты разной степени надежности, с учетом того, для чего пользователи намерены применять их. В зависимости от уровня своей надежности сертификаты и электронные подписи могут иметь различную юридическую силу как внутри страны, так и за рубежом. Например, в отдельных странах даже сертификаты, называемые иногда "сертификатами низкого уровня" или "ненадежными сертификатами", могут при определенных обстоятельствах (например, если стороны в договорном порядке решили использовать такие инструменты) иметь юридическую силу (см. ниже, пункты [42-50]). Поэтому эквивалентность должна устанавливаться между функционально сопоставимыми сертификатами.

8. Как отмечалось выше, при перекрестном признании решение о том, заслуживает ли доверия иностранный сертификат, принимается полагающейся стороной, а не ее поставщиком сертификационных услуг. Это не обязательно предполагает наличие договора или соглашения между двумя доменами ИПК. При этом не требуется также подробного анализа и сопоставления правил применения сертификатов⁵ и положений о сертификационной практике⁶, поскольку полагающаяся сторона определяет для себя приемлемость иностранного сертификата исходя из того, заслуживает ли доверия выдавший его

⁴ Определение, основанное на материалах Целевой группы по электронным методам удостоверения подлинности в рамках Рабочей группы АТЭС по телекоммуникациям и информации.

⁵ Правила применения сертификатов представляют собой именованный набор правил, определяющих пригодность сертификата для того или иного сообщества и/или категории применений с общими требованиями в отношении надежности.

⁶ Положением о сертификационной практике называется изложение практики, которой следует поставщик сертификационных услуг при выдаче сертификатов.

иностранный поставщик сертификационных услуг. Поставщик сертификационных услуг считается заслуживающим доверия, если он лицензирован или аккредитован официальным лицензирующим или аккредитационным органом или прошел аудиторскую проверку, которую проводила пользующаяся доверием независимая третья сторона. Полагающаяся сторона в одностороннем порядке принимает обоснованное решение, исходя из анализа правил применения сертификатов или положения о сертификационной практике, принятых в иностранном домене ИПК.

2. Перекрестная сертификация инфраструктур публичных ключей

9. Перекрестной сертификацией называется практика признания публичного ключа другого поставщика сертификационных услуг с присвоением ему согласованного уровня доверия, обычно на основании договора. Это приводит к фактическому слиянию (полному или частичному) двух доменов ИПК в один более обширный домен. Для пользователей сертификационных услуг одного поставщика пользователи сертификационных услуг другого поставщика становятся обычными подписавшими лицами в рамках расширенного домена ИПК.

10. Перекрестная сертификация предполагает возможность технического взаимодействия и согласование правил применения сертификатов и положений о сертификационной практике. Выработка согласованных правил путем согласования правил применения сертификатов и положений о сертификационной практике необходима для обеспечения совместимости доменов ИПК как с точки зрения их операций с сертификатами (т.е. выдачи, приостановления действия и аннулирования сертификатов), так и в плане соблюдения ими аналогичных операционных требований и требований по обеспечению надежности. Важным аспектом в этой связи является также объем покрытия ответственности. Данный этап весьма сложен, так как речь обычно идет об объемистых документах, охватывающих широкий круг вопросов.

11. Перекрестная сертификация лучше всего подходит для сравнительно закрытых коммерческих моделей, например для случаев, когда в обоих доменах ИПК предлагается один и тот же набор прикладных программ и услуг, таких как электронная почта или программы для выполнения финансовых операций. Наличие технически совместимых и функциональных систем, согласованной политики и одинаковых правовых структур весьма облегчает перекрестную сертификацию.

12. Односторонняя перекрестная сертификация (когда один домен ИПК пользуется доверием другого, но не наоборот) встречается редко. Домен ИПК, оказывающий доверие другому, должен в одностороннем порядке обеспечить совместимость своих правил с правилами пользующегося доверием домена ИПК. Применение такой схемы, по-видимому, ограничивается прикладными программами и услугами, рассчитанными на сделки, которые требуют доверия лишь с одной стороны, например, когда для получения конфиденциальной информации от клиента торговая фирма должна доказать ему достоверность представленных ею о себе данных.

В. Эквивалентность стандартов поведения и режимов ответственности

13. Независимо от того, основывается ли международное использование электронных методов подписания и удостоверения подлинности на системе перекрестного признания или перекрестной сертификации, решение о признании той или иной ИПК целиком либо одного или нескольких конкретных иностранных поставщиков сертификационных услуг, либо решение о приравнивании друг к другу соответствующих категорий сертификатов, выдаваемых в разных ИПК, предполагает оценку степени эквивалентности между внутренней и иностранной сертификационной практикой и сертификатами, выдаваемыми в стране и за рубежом⁷. С юридической точки зрения оценка эквивалентности должна производиться по трем основным параметрам: эквивалентность юридического значения, эквивалентность юридических обязанностей и эквивалентность ответственности.

14. Эквивалентность юридического значения означает придание иностранному сертификату и иностранной подписи той же юридической силы, какой обладают их внутренние эквиваленты. При этом юридическая сила внутри страны определяется преимущественно в зависимости от того значения, которое, согласно внутреннему законодательству, придается электронным методам подписания и удостоверения подлинности, о чем уже говорилось ранее (см. выше пункты [...]–[...]). Признание эквивалентности юридических обязанностей и режимов ответственности подразумевает вывод о том, что обязанности сторон, действующих в рамках режима ИПК, по существу соответствуют тем, которые предусмотрены соответствующим режимом внутри страны, а за невыполнение этих обязанностей стороны несут по существу одинаковую ответственность.

15. В связи с ответственностью в контексте электронных подписей могут возникать различные вопросы, в зависимости от используемой технологии и инфраструктуры сертификации. Возникновение сложных проблем особенно вероятно в тех случаях, когда услуги по сертификации оказываются специализирующейся на этом третьей стороной – поставщиком сертификационных услуг. В этот процесс фактически вовлечены три участника: поставщик сертификационных услуг, подписавшее лицо и полагающаяся на подпись сторона. В той мере, в которой их действия или бездействие причиняют ущерб какому-либо другому участнику или противоречат их прямым или подразумеваемым обязанностям, каждый из них может нести ответственность за возмещение такого ущерба или утрачивать право на получение возмещения от другой стороны. В законодательстве к вопросу об ответственности при использовании цифровых подписей применяются разные подходы:

⁷ Например, Рабочей группой по правилам применения сертификатов при Федеральном управлении США по определению политики в области инфраструктур публичных ключей разработана методика вынесения заключений относительно эквивалентности соответствующих правил (на основе схемы, определенной в "запросе замечаний" RFC 2527). Эта методика может использоваться при оценке и сопоставлении различных ИПК или при сопоставлении конкретной ИПК с упомянутыми руководящими принципами (см. <http://www.cio.gov/fpkipa>, дата посещения – 20 февраля 2007 года).

а) **отсутствие конкретных положений о стандартах поведения или ответственности.** В качестве одного из возможных вариантов закон может обойти этот вопрос молчанием. Закон Соединенных Штатов Америки от 2000 года об электронных подписях в глобальной и национальной торговле⁸ не предусматривает ответственность ни одной из сторон, участвующих в процессе оказания сертификационных услуг. Такой подход, вообще говоря, принят и в большинстве других правовых систем, придерживающихся минималистского подхода к электронным подписям, например в Австралии⁹;

б) **установление стандартов поведения и норм ответственности только для поставщиков сертификационных услуг.** Еще один подход заключается в том, чтобы предусмотреть ответственность по закону только для поставщиков сертификационных услуг. Он применен в Директиве Европейского союза 1999/93/ЕС об основах законодательства Сообщества в отношении электронных подписей¹⁰, в пункте 22 которой говорится, что "в отношении поставщиков сертификационных услуг, оказывающих сертификационные услуги населению, действуют национальные нормы, касающиеся ответственности", о которых идет речь в статье 6 Директивы. Уместно отметить, что статья 6 распространяется лишь на "подписи, отвечающие установленным требованиям", что на сегодняшний день означает только цифровые подписи на основе ИПК¹¹;

в) **установление стандартов поведения и норм ответственности для подписавших лиц и поставщиков сертификационных услуг.** В некоторых правовых системах закон предусматривает ответственность подписавшего лица и поставщика сертификационных услуг, но при этом не устанавливает какого-либо стандарта осмотрительности для полагающейся стороны. Так обстоит дело в Китае в соответствии с Законом об электронных подписях от 2005 года. Аналогичная ситуация существует в Сингапуре в рамках Закона об электронных сделках от 1998 года;

д) **установление стандартов поведения и норм ответственности для всех сторон.** Наконец, закон может предусматривать стандарты поведения и основания для ответственности всех участвующих сторон. Такой подход воплощен в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронных подписях¹², в котором указаны обязанности, связанные с поведением подписавшего лица (статья 8),

⁸ См. сноску [...] [United States Code, title 15, chapter 96, section 7031 (Principles governing the use of electronic signatures in international transactions)].

⁹ Так, было сочтено, что допускаемые австралийским законодательством частноправовые механизмы, такие как договорные положения об исключениях, неиспользовании прав и освобождении от ответственности, а также установленные общим правом ограничения действия этих механизмов, лучше подходят для регулирования ответственности, чем положения законов (см. Mark Sneddon, *Legal liability and e-transactions: a scoping study for the National Electronic Authentication Council* (National Office for the Information Economy, Canberra, 2000), <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN014676.pdf>, pp. 43-47, дата посещения – 7 февраля 2007 года).

¹⁰ См. сноску [...] [Official Journal of the European Communities, L 13/12].

¹¹ Данному подходу следует законодательство, принятое в странах Европейского союза, например германский Закон об электронной подписи (SignaturGesetz - SigG) и связанное с ним постановление (SigV) от 2001 года, австрийский Федеральный закон об электронной подписи (SigG) и Положение об электронных подписях (раздел 4), принятое в 2002 году в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии.

¹² См. сноску [...] [издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.02.V.8].

поставщика сертификационных услуг (статья 9) и полагающейся стороны (статья 11). Можно сказать, что в Типовом законе установлены критерии для оценки поведения упомянутых сторон. Однако последствия неспособности к исполнению различных обязанностей, а также основания потенциальной ответственности различных сторон, участвующих в использовании электронных систем подписи, должны, согласно этому закону, определяться внутренним законодательством.

16. Различия между национальными режимами ответственности могут создавать препятствия для трансграничного признания электронных подписей. Это объясняется двумя основными причинами. Во-первых, поставщики сертификационных услуг могут неохотно признавать иностранные сертификаты или ключи, выданные иностранными поставщиками сертификационных услуг, чья ответственность или стандарты осмотрительности могут быть ниже их собственных. Во-вторых, те, кто пользуется электронными методами подписания и удостоверения подлинности, также могут опасаться того, что более низкий уровень ответственности или стандарт осмотрительности, действующий для иностранного поставщика сертификационных услуг, может ограничивать возможности правовой защиты, доступные им, например, в случае подделки или необоснованного доверия. По этим же причинам там, где использование электронных методов подписания и удостоверения подлинности или деятельность поставщиков сертификационных услуг имеют под собой законодательную основу, закон, как правило, так или иначе обуславливает признание иностранных сертификатов или поставщиков сертификационных услуг оценкой того, насколько обеспечиваемая ими надежность по существу эквивалентна надежности отечественных сертификатов и поставщиков сертификационных услуг. Главным юридическим эталоном, по которому определяется такое соответствие, служат стандарты осмотрительности и уровни ответственности, установленные для различных сторон. Кроме того, имеющиеся у поставщика сертификационных услуг возможности для ограничения своей ответственности или отказа от нее также влияют на уровень соответствия, присваиваемый его сертификатам.

1. Основания ответственности в рамках инфраструктуры публичных ключей

17. Распределение ответственности в рамках ИПК обеспечивается в основном двумя путями: на договорной основе или на основе законодательства (прецедентного права, закона или того и другого). Отношения между поставщиком сертификационных услуг и подписавшим лицом, как правило, носят договорный характер, вследствие чего ответственность обычно возникает из нарушения той или другой стороной своих договорных обязательств. Отношения подписавшего лица с третьей стороной зависят от характера операций, осуществляемых между ними в каждом конкретном случае. Они могут быть или не быть основанными на договоре. Наконец, отношения между поставщиком сертификационных услуг и полагающейся на его услуги третьей стороной чаще всего не имеют под собой договорной основы¹³. В большинстве

¹³ В статье Steffen Hindelang "No remedy for disappointed trust: the liability regime for certification authorities towards third parties outwith the EC Directive in England and Germany compared", *Journal of Information, Law and Technology*, 2002, Issue No. 1, (http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002_1/hindelang, дата посещения – 6 февраля

правовых систем основание ответственности (договорное или деликтное) имеет далеко идущие и немаловажные последствия для режима ответственности, в частности, применительно к следующим элементам: а) степень вины, необходимая для наступления ответственности той или иной из сторон (иными словами, "стандарт осмотрительности", диктуемый обязательствами одной стороны перед другой); б) стороны, имеющие право требовать возмещения ущерба, и объем возмещения, на которое они могут претендовать; и с) может ли виновная сторона ограничить свою ответственность или отказаться нести ее, и если да, то в каких пределах.

18. Из вышесказанного вытекает не только то, что в разных странах существуют различные стандарты ответственности, но и то, что они различаются также в пределах отдельно взятой страны в зависимости от характера отношений между стороной, привлекаемой к ответственности, и стороной, которой причинен ущерб. Кроме того, на те или иные аспекты ответственности в рамках как договорного режима ответственности, так и режима, основанного на общем праве или статутных нормах, могут оказывать свое влияние разнообразные юридические положения и правовые теории, иногда сглаживающие различия между этими двумя режимами. Настоящее исследование не может претендовать на всеобъемлющий, подробный анализ вышеупомянутых общих вопросов. Вместо этого внимание в нем будет сосредоточено на вопросах, конкретно возникающих в контексте ИПК, и на кратком обзоре подхода к этим вопросам во внутреннем законодательстве.

а) Стандарт осмотрительности

19. Хотя в разных правовых системах используются различные градации и теории, для целей настоящего исследования предполагается, что ответственность сторон в рамках ИПК основывалась бы главным образом на трех возможных стандартах: простая небрежность или вина; презумпция небрежности (или вина с перенесенным бременем доказывания); а также объективная ответственность¹⁴.

і) Простая небрежность

20. В соответствии с этим общим стандартом юридической обязанностью лица является предоставление другим лицам компенсации за негативные последствия своих действий, при условии, что согласно закону характер отношений с этими другими лицами обязывает проявлять осмотрительность. При этом необходимым стандартом осмотрительности, как правило, является "разумная осмотрительность", определяемая просто как та степень осмотрительности, которую при таких же или аналогичных обстоятельствах проявляло бы лицо, характеризующееся обычным уровнем предосторожности, осведомленности и дальновидности. В системах общего права данный стандарт часто называют стандартом "ответственного лица", тогда как в нескольких системах

2007 года), раздел 4.1.1, автор подробно рассматривает вопрос о возможности договорных отношений между поставщиком сертификационных услуг и третьей стороной согласно английскому праву и приходит к отрицательному выводу. Однако существуют правовые системы, где такие договорные отношения возможны.

¹⁴ О системе ответственности в данном контексте см. Balboni, "Liability of certification service providers ..." (см. сноску [...]), pp. 232 и далее.

гражданского права в этой связи часто используется выражение "добрый отец семейства" (*bonus pater familias*). С узко коммерческой точки зрения разумная осмотрительность означает ту степень осмотрительности, которую при аналогичных обстоятельствах проявляло бы лицо, характеризующееся обычным уровнем предосторожности и компетентности и занимающееся тем же видом коммерческой или иной деятельности. Там, где основанием для наступления ответственности обычно считается простая небрежность, на потерпевшую сторону возлагается доказывание того, что причиной ущерба стало неисполнение обязательств другой стороны, имевшее место по ее вине.

21. Общим стандартом осмотрительности, из которого исходит Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, является разумная осмотрительность (или простая небрежность). Этот стандарт осмотрительности применяется к поставщикам сертификационных услуг в связи с выдачей и аннулированием сертификатов, а также разглашением информации¹⁵. Для оценки соблюдения поставщиком сертификационных услуг установленного для него общего стандарта осмотрительности может использоваться ряд факторов¹⁶. Такой же стандарт применяется и к подписавшим лицам для целей предупреждения несанкционированного использования и обеспечения надежного хранения устройств для создания подписей¹⁷. Тот же общий стандарт разумной

¹⁵ См. сноску [...] [издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.02.V.8]. Пункт 1 статьи 9 Типового закона гласит: "В тех случаях, когда поставщик сертификационных услуг предоставляет услуги для подкрепления электронной подписи, которая может быть использована в качестве подписи, имеющей юридическую силу, такой поставщик сертификационных услуг: (...) b) проявляет разумную осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех исходящих от него существенных заверений, которые относятся к сертификату в течение всего его жизненного цикла или которые включены в сертификат; c) обеспечивает разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить по сертификату: (...); d) обеспечивает разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить, соответственно, по сертификату или иным образом: (...)".

¹⁶ См. сноску [...] [Типовой закон об электронных подписях и Руководство по принятию, 2001 год]. В пункте 146 Руководства по принятию говорится: "При оценке ответственности поставщика сертификационных услуг во внимание принимаются, в частности, следующие факторы: a) затраты на получение сертификата; b) характер сертифицируемой информации; c) наличие и степень любого ограничения цели, для которой может использоваться сертификат; d) наличие любого заявления, ограничивающего масштаб или объем ответственности поставщика сертификационных услуг; и e) любое действие полагающейся стороны, способствовавшее причинению ущерба. В ходе подготовки Типового закона было достигнуто общее мнение о том, что при определении возместимого ущерба в принимающем государстве следует учитывать нормы, регулирующие вопросы ограничения ответственности в государстве, в котором учрежден соответствующий поставщик сертификационных услуг, или в любом другом государстве, право которого будет применимым согласно соответствующей коллизионной норме".

¹⁷ См. сноску [...] [издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.02.V.8]. Статья 8 Типового закона гласит: "В тех случаях, когда данные для создания подписи могут быть использованы для создания подписи, имеющей юридическую силу, каждый подписавший: a) проявляет разумную осмотрительность для недопущения несанкционированного использования его данных для создания подписи; и b) без неоправданных задержек использует средства, предоставленные в его распоряжение поставщиком сертификационных услуг (...), или иным образом предпринимает разумные усилия для уведомления любого лица, которое, как подписавший может разумно предполагать, полагается на электронную подпись или предоставляет услуги в связи с ней, если: i) подписавшему известно, что данные для создания

осмотрительности распространяется в Типовом законе на полагающуюся сторону, от которой требуются разумные шаги по проверке как надежности электронной подписи, так и того, является ли сертификат действительным или же его действие приостановлено или прекращено, а также по соблюдению любых ограничений, касающихся этого сертификата¹⁸.

22. В нескольких странах, в основном из числа государств, принявших Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле¹⁹, общий стандарт "разумной осмотрительности" установлен применительно к действиям поставщика сертификационных услуг²⁰. В некоторых странах к поставщикам сертификационных услуг, как представляется, "вероятнее всего будет применяться общий стандарт разумной осмотрительности", хотя тот факт, что поставщики сертификационных услуг по своей сути являются сторонами, обладающими специальной квалификацией, которым неспециалисты оказывают большее доверие, чем обычным участникам рынка, "может в итоге приводить к наделению их статусом специалистов или иному установлению для них более строгой обязанности проявлять осмотрительность, принимая разумные меры с использованием своей специальной квалификации"²¹. Именно так, по-видимому, и обстоит дело в большинстве стран, о чем говорится ниже (см. пункт 29).

23. Применительно к подписавшему лицу в некоторых правовых системах, где принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, действует общий стандарт "разумной осмотрительности"²². В ряде стран соответствующий закон содержит более или менее обширный перечень позитивных обязательств, но при этом не оговаривает применимый стандарт осмотрительности, а также последствия неисполнения этих обязательств²³. В некоторых странах, однако, закон прямо дополняет перечень обязательств общим положением об

подписи были скомпрометированы; или ii) обстоятельства, известные подписавшему, обуславливают существенный риск того, что данные для создания подписи могли быть скомпрометированы". Подписавший должен также "проявлять разумную осмотрительность для обеспечения точности и полноты всех исходящих от подписавшего существенных заверений, которые относятся к сертификату в течение всего его жизненного цикла или которые должны быть включены в сертификат".

¹⁸ См. сноску [...] [издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.02.V.8]. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, статья 11, подпункты (a), (b)(i) и (b)(ii).

¹⁹ См. сноску [...] [издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.4].

²⁰ См. например: Каймановы Острова, Закон об электронных сделках от 2000 года, статья 28, а также Таиланд, Закон об электронных сделках (2001 год), статья 28.

²¹ "Certification authority: liability issues", prepared for the American Bankers Association by Thomas J. Smedinghoff, February 1998 (<http://www.bakernet.com/ecommerce/CA-Liability-Analysis.doc>), section 1.1, дата посещения – 5 февраля 2007 года.

²² Например, согласно статье 27 Закона Таиланда об электронных сделках (2001 год).

²³ См., например: Аргентина, *Ley de firma digital (2001)*, статья 25; Венесуэла (Боливарианская Республика), *Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*, статья 19; Индия, Закон об информационных технологиях от 2000 года, статьи 40-42; Маврикий, Закон об электронных сделках от 2000 года, статьи 33-36; Каймановы Острова, Закон об электронных сделках от 2000 года, статья 31; Перу, *Ley de firmas y certificados digitales*, статья 17; Тунис, *Loi relative aux échanges et au commerce électronique*, статья 21; Турция, Указ о процедурах и принципах, связанных с выполнением Закона об электронной подписи (2005 год), статья 15; Чили, *Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma (2002)*, статья 24; а также Эквадор, *Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*, статья 17.

ответственности подписавшего за их нарушение²⁴, за которое в одном из случаев предусмотрена даже уголовная ответственность²⁵. Можно говорить не о существовании единого стандарта осмотрительности, а о ступенчатой системе, при которой subsidiарной нормой применительно к обязательствам подписавшего является общий стандарт разумной осмотрительности, повышаемый, однако, до уровня гарантии в случае ряда конкретных обязательств, как правило связанных с точностью и правдивостью предоставляемых заверений²⁶.

24. Случай полагающейся стороны является особым, так как ее действия или бездействие едва ли могут причинить ущерб подписавшему или поставщику сертификационных услуг. Если полагающаяся сторона действует без должной осмотрительности, то в большинстве ситуаций это будет иметь соответствующие последствия для нее самой, но не повлечет какой-либо ответственности перед поставщиком сертификационных услуг. Поэтому неудивительно, что положения национальных законов об электронных подписях, касающиеся роли полагающихся сторон, редко идут дальше общего перечня основных обязанностей полагающейся стороны. Так, как правило, обстоит дело в правовых системах, где принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, рекомендуемый применять к действиям полагающейся стороны стандарт "разумной осмотрительности"²⁷. В некоторых случаях, однако, данное

²⁴ Венесуэла, (Боливарианская Республика) *Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*, статья 19; Вьетнам, Закон об электронных сделках, статья 25; Доминиканская Республика, *Ley sobre comercio electrónico, documentos y firmas digitales (2002)*, статьи 53 и 55; Китай, Закон об электронных подписях (введен в действие в 2004 году), статья 27; Колумбия, *Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico*, статья 40; Мексика, *Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica (2003)*, статья 99; Панама, *Ley de firma digital (2001)*, статьи 37 и 39; а также Российская Федерация, Федеральный закон об электронной цифровой подписи (2002 год), статья 12.

²⁵ Пакистан, Указ об электронных сделках от 2002 года, статья 34.

²⁶ Например, пункт 2 статьи 37 Закона Сингапура об электронных сделках (глава 88) предусматривает, что, акцептуя сертификат, подписавший "удостоверяет для всех, кто разумно полагается на содержащуюся в сертификате информацию, что: а) абонент на законных основаниях владеет частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в сертификате; б) все заявления, предоставленные абонентом сертификационному органу по существу указанной в сертификате информации, соответствуют действительности; и с) вся содержащаяся в сертификате информация в пределах того, что известно абоненту, соответствует действительности". В свою очередь, пункт 1 статьи 39 предусматривает лишь "обязанность проявлять разумную осмотрительность для сохранения контроля над частным ключом, соответствующим публичному ключу, указанному в таком сертификате, и для недопущения разглашения его лицу, не уполномоченному на создание цифровой подписи абонента". То же самое, по-видимому, предусмотрено и в Боливарианской Республике Венесуэла, где в статье 19 Закона о сообщениях данных и электронных подписях (*Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*) прямо оговорено, что обязательство не допускать несанкционированного использования устройства для создания подписей предполагает "должную предусмотрительность" ("*actuar con diligencia*"), тогда как другие обязательства выражены в категорической форме.

²⁷ Каймановы Острова, Закон об электронных сделках (2000 год), статья 21; Мексика, *Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica (2003)*, статья 107; а также Таиланд, Закон об электронных сделках (2001 год), статья 30.

требование не сформулировано прямо²⁸. Следует отметить, что прямые или подразумеваемые обязанности полагающейся стороны нельзя считать несущественными для поставщика сертификационных услуг. Так, ссылка на неисполнение полагающейся стороной своей обязанности проявлять осмотрительность может стать аргументом для защиты поставщика сертификационных услуг от требований полагающейся стороны о возмещении ущерба, например, если поставщик сертификационных услуг способен доказать, что ущерб полагающейся стороне можно было предотвратить или смягчить, если бы полагающаяся сторона приняла разумные меры для проверки действительности сертификата или того, для каких целей он мог использоваться.

ii) *Презумпция небрежности*

25. Вторым возможным вариантом является система, при которой за основу принимается наличие вины, с переносом бремени доказывания. Согласно этой системе во всех случаях, когда та или иная сторона может быть признана совершившей действия, в результате которых был причинен ущерб, действует презумпция ее вины. Обоснованием такой системы обычно служит тезис о том, что при обычном развитии событий причинение ущерба в некоторых ситуациях возможно только в случае неисполнения стороной своих обязательств или несоблюдения установленного для нее стандарта поведения.

26. В гражданском праве презумпция вины возможна применительно к ответственности за нарушение договора²⁹, а также в ряде ситуаций, связанных с деликтной ответственностью. Примерами являются субститутивная ответственность за действия наемных работников, агентов, малолетних детей или животных и ответственность, возникающая в процессе некоторых видов коммерческой или промышленной деятельности (ущерб окружающей среде, ущерб прилегающим владениям, дорожно-транспортные происшествия). Теоретические обоснования переноса бремени доказывания и конкретные случаи, когда он допускается, являются различными в разных странах.

²⁸ Турция, Указ о процедурах и принципах, связанных с выполнением Закона об электронной подписи (2005 год), статья 16; а также Вьетнам, Закон об электронных сделках, статья 26.

²⁹ Например, согласно пункту 1 статьи 280 Гражданского кодекса Германии должник обязан возместить ущерб, причиненный в результате неисполнения договорного обязательства, за исключением случаев, когда он не несет ответственности за такое неисполнение ("*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat*"). В пункте 1 статьи 97 швейцарского Кодекса обязанностей этот принцип сформулирован еще четче: в случае неспособности кредитора добиться исполнения обязательств должник обязан компенсировать причиненный этим ущерб, если он не сможет доказать, что неисполнение имело место не по его вине ("*Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable*"). Аналогичное правило закреплено в статье 1218 Гражданского кодекса Италии. Согласно французскому праву, презумпция небрежности существует во всех случаях, когда договор предполагал определенный результат (*obligation de résultat*), однако в случаях, когда в договоре предусматривался некий стандарт исполнения (*obligation de moyen*), а не достижение конкретного результата, факт небрежности должен быть доказан (see Gérard Légier, "Responsabilité contractuelle", *Répertoire de droit civil Dalloz*, August 1989, no. 58-68).

27. Практический результат применения такой системы близок к повышенному стандарту осмотрительности, предусмотренному для специалистов в рамках общего права. Специалисты должны обладать определенным минимумом специальных знаний и навыков, необходимым для выполнения их профессиональных функций, и обязаны действовать так, как в данных обстоятельствах действовал бы разумный представитель соответствующей профессии³⁰. Это не обязательно означает перенос бремени доказывания, однако практический смысл предусмотренного для специалистов повышенного стандарта осмотрительности заключается в том, что соблюдение этого стандарта, как принято считать, позволяет специалистам не допускать ущерба лицам, которые прибегают к их платным услугам или иным образом доверяют им свое благополучие. При определенных обстоятельствах, однако, так называемая доктрина *res ipsa loquitur* позволяет судам, в отсутствие доказательств противного, исходить из того, что ущерб "при обычном развитии событий" был возможен лишь в случае отсутствия разумной осмотрительности со стороны того или иного лица³¹.

28. Применительно к деятельности поставщиков сертификационных услуг данное правило означало бы, что во всех случаях, когда полагающаяся сторона или подписавшее лицо несут ущерб в результате использования электронной подписи или сертификата, и этот ущерб может быть признан следствием неисполнения поставщиком сертификационных услуг своих договорных или предусмотренных законом обязательств, в отношении такого поставщика сертификационных услуг существует презумпция небрежности.

29. Презумпция небрежности, по-видимому, является преобладающим стандартом во внутреннем законодательстве. Например, согласно Директиве Европейского союза об электронных подписях, поставщик сертификационных услуг несет ответственность за возмещение ущерба любому субъекту, разумно полагающемуся на отвечающий установленным требованиям сертификат, за исключением случаев, когда поставщик сертификационных услуг может доказать отсутствие небрежности в своих действиях³². Иными словами, основанием ответственности поставщика сертификационных услуг является

³⁰ W. Page Keeton and others, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., (Saint Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1984), section 32 at p. 187.

³¹ "Небрежность должна быть разумно доказана. Однако если было показано, что соответствующий объект находился под управлением ответчика или его служащих, а происшествие таково, что при обычном развитии событий оно не может иметь места, если управляющие проявляют должную осмотрительность, то при отсутствии объяснений со стороны ответчиков это служит разумным доказательством того, что происшествие допущено по неосмотрительности" (C. J. Erle in *Scott v. The London and St. Katherine's Docks Co.*, Ex. Ch., 3 H & C 596, 601, 159 Eng. Rep. 665, 667 (1865)).

³² См. сноску [...] [*Official Journal of the European Communities*, L 13/12]. Статья 6 Директивы устанавливает минимальный стандарт ответственности. Принимающие Директиву государства имеют возможность усилить ответственность поставщика сертификационных услуг, например, путем введения режима объективной ответственности или путем распространения ответственности также на сертификаты, не отвечающие установленным требованиям. Это, однако, до сих пор не происходило и едва ли произойдет, так как в подобном случае поставщики сертификационных услуг одной из стран оказались бы в невыгодном положении по сравнению с другими поставщиками сертификационных услуг в Европейском союзе (Balboni "Liability of certification service providers ..." (см. сноску [...]), p. 222).

небрежность, с переносом бремени доказывания: доказать, что небрежность с его стороны отсутствовала, должен сам поставщик сертификационных услуг, поскольку он располагает для этого наилучшими возможностями, такими как техническая квалификация и доступ к соответствующей информации (в то время как подписавшие лица и полагающиеся третьи стороны могут не иметь ни того, ни другого).

30. Таким же образом решаются эти вопросы и в национальных законах различных стран, не входящих в Европейский союз, где предусматривается обширный перечень обязанностей поставщиков сертификационных услуг, как правило, возлагающий на них ответственность за любые убытки, вызванные неисполнением ими своих обязательств по закону³³. Не вполне ясно, во всех ли этих законах действительно имеет место перенос бремени доказывания, но в некоторых из них такой перенос – либо в целом³⁴, либо применительно к конкретным обязательствам³⁵ – предусмотрен прямо.

31. Такое предпочтение в пользу системы, основанной на презумпции вины, можно объяснить опасениями по поводу того, что режим ответственности, использующий в качестве основания простую небрежность, был бы несправедливым по отношению к полагающейся стороне, которая может не обладать техническими знаниями и доступом к соответствующей информации, необходимыми для того, чтобы взять на себя бремя доказывания небрежности поставщика сертификационных услуг.

iii) *Объективная ответственность*

32. Правило объективной, или "строгой", ответственности (*responsabilité objective*) используется в различных правовых системах для возложения

³³ Аргентина, *Ley de firma digital (2001)*, статья 38; Панама, *Ley de firma digital (2001)*, статья 51; Тунис, *Loi relative aux échanges et au commerce électroniques*, статья 22; Чили, *Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma (2002)*, статья 14; а также Эквадор, *Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*, статья 31.

³⁴ Китай, Закон об электронных подписях (введен в действие в 2004 году), статья 28: "Если лицу, поставившему электронную подпись или полагающемуся на электронную подпись, причинен ущерб вследствие его решения положиться на услуги по сертификации электронных подписей, оказываемые поставщиком электронных сертификационных услуг в процессе гражданской деятельности, и если поставщиком электронных сертификационных услуг не представлено доказательств того, что это произошло не по вине данного поставщика, то поставщик электронных сертификационных услуг несет ответственность за ущерб"; см. также статью 13 Закона Турции об электронных подписях от 2004 года: "Поставщики услуг по электронной сертификации обязаны возмещать ущерб, причиненный третьим сторонам в результате нарушения положений настоящего Закона или указов, опубликованных в соответствии с настоящим Законом. Ответственность за возмещение ущерба не наступает в случае, если поставщик услуг по электронной сертификации докажет отсутствие небрежности".

³⁵ Барбадос, глава 308В, Закон об электронных сделках (1998 год), статья 20: "Уполномоченный поставщик сертификационных услуг не несет ответственности за ошибки в информации, содержащейся в аккредитованном сертификате, если: а) эта информация была представлена лицом, указанным в аккредитованном сертификате, или от его имени; и б) поставщик сертификационных услуг может доказать, что им были приняты все разумные практические меры для проверки этой информации"; см. также: Бермудские острова, Закон об электронных сделках от 1999 года, статья 23, пункт 2(b).

ответственности на определенных лиц (как правило, производителей или операторов потенциально опасной или вредной продукции или оборудования) без установления их вины или неисполнения ими обязанности соблюдать осмотрительность. Для наступления ответственности при этом достаточно поставки на рынок дефектной продукции или выхода оборудования из строя. Поскольку ответственность вытекает из самого факта причинения убытка или ущерба, отсутствует необходимость установления конкретных юридических элементов, требуемых для доказывания таких актов, как проявление небрежности, неисполнение гарантийных обязательств или умышленные действия.

33. В большинстве правовых систем правило объективной ответственности носит исключительный характер и обычно не подразумевается, если на этот счет отсутствуют четкие законодательные положения. В контексте электронных методов подписания и удостоверения подлинности режим объективной ответственности может быть излишне обременительным для поставщиков сертификационных услуг и тем самым вести к подрыву коммерческой жизнеспособности данной отрасли на ранней стадии ее развития. На сегодняшний день объективная ответственность, по-видимому, не установлена для поставщиков сертификационных услуг или для каких-либо иных сторон, участвующих в процессе использования электронных подписей, ни в одной стране. Правда, в странах, где для поставщиков сертификационных услуг предусмотрен комплекс позитивных обязательств, действующий в отношении таких поставщиков стандарт осмотрительности обычно очень высок и в некоторых случаях приближается к режиму объективной ответственности, но и в этих случаях поставщик сертификационных услуг может быть освобожден от ответственности, если он докажет, что действовал с необходимой предусмотрительностью³⁶.

b) Стороны, имеющие право требовать возмещения ущерба, и объем возместимого ущерба

34. Один из вопросов, важных при определении объема ответственности поставщиков сертификационных услуг и подписавших лиц, касается того, какая группа лиц может иметь право требовать возмещения ущерба, причиненного вследствие нарушения любой из сторон своих договорных или предусмотренных законом обязательств. С этим связан также вопрос об объеме обязательства возмещать ущерб и о подлежащих возмещению типах ущерба.

35. Ответственность по договору наступает, как правило, при нарушении договорного обязательства. В контексте ИПК договор существует обычно между подписавшим лицом и поставщиком сертификационных услуг. Последствия нарушения одним из них своих договорных обязательств по отношению к другому определяются в тексте договора, регулируемого применимыми нормами договорного права. В том, что касается электронных подписей и сертификатов, ответственность вне четко определенных договорных рамок наступает, как правило, в ситуациях, когда то или иное лицо понесло ущерб вследствие своего разумного решения положиться на информацию, которая была представлена поставщиком сертификационных услуг либо подписавшим лицом и которая

³⁶ Например, в Панаме, Чили и Эквадоре.

оказалась ложной или неточной. Полагающаяся третья сторона обычно не заключает договора с поставщиком сертификационных услуг и, скорее всего, вообще никак не взаимодействует с ним, если не считать того, что она полагается на услуги по сертификации. В связи с этим могут возникать трудноразрешимые вопросы, на которые в некоторых правовых системах отсутствует исчерпывающий ответ.

36. В большинстве систем гражданского права можно исходить из того, что поставщик сертификационных услуг несет ответственность за убытки, понесенные полагающейся стороной в результате того, что она полагалась на неточную или ложную информацию, даже в отсутствие конкретных положений на этот счет в специализированных законодательных актах об электронных подписях. В нескольких правовых системах такая ответственность может вытекать из общего положения о деликтной ответственности, которое включено в большинство кодексов гражданского права³⁷, за редкими исключениями³⁸. В некоторых правовых системах можно провести аналогию между деятельностью поставщиков сертификационных услуг и нотариусов, которые обычно несут ответственность за ущерб, причиненный вследствие небрежности при исполнении ими своих обязанностей.

37. В системах общего права, однако, ситуация порой не столь ясна. В случае свершения деликта при исполнении действий, регулируемых договором, в системах общего права традиционно требуется наличие у делинквента и потерпевшей стороны некоего общего договорного интереса. Поскольку полагающаяся сторона не заключает договора с поставщиком сертификационных услуг и, скорее всего, вообще не взаимодействует с ним, кроме как полагаясь на необоснованную сертификацию, в некоторых системах общего права (в отсутствие прямых законодательных положений на этот счет) полагающейся стороне может быть трудно найти основания для предъявления иска поставщику сертификационных услуг³⁹. В отсутствие общего договорного

³⁷ Согласно статье 1382 Гражданского кодекса Франции, "любое" действие лица, причинившее ущерб другому лицу, обязывает того, по чьей вине оно имело место, возместить этот ущерб. Это общее правило ответственности дало импульс к принятию в ряде других стран аналогичных положений, таких как статья 2043 Гражданского кодекса Италии и статья 483 Гражданского кодекса Португалии.

³⁸ Гражданский кодекс Германии содержит три общих положения (статьи 823 I, 823 II и 826) и несколько конкретных норм, касающихся ряда довольно узко определяемых деликтов. Основное положение на этот счет зафиксировано в статье 823 I, отличающейся от положений Гражданского кодекса Франции тем, что в ней прямо говорится о причинении ущерба "жизни, здоровью, свободе, имуществу или иному праву" другого лица.

³⁹ Например, в отношении английского общего права один из авторов приходит к выводу о том, что "в отсутствие соответствующего законодательства ответственность [поставщика сертификационных услуг] перед [третьей стороной] далеко не очевидна, хотя [третья сторона] несет предсказуемые убытки в результате его небрежности. Более того, трудно найти средства, с помощью которых [третья сторона] могла бы защитить свои интересы. Отсутствие ответственности, по крайней мере, позволяет говорить о существовании пробела в правовых нормах, каковой пробел, в частности, несомненно обнаруживается в случае небрежности со стороны [поставщика сертификационных услуг]. Пробелы в общем праве могут заполняться, однако этот процесс малопредсказуем и ненадежен" (Paul Todd, *E-Commerce Law* (Abingdon, Oxon, Cavendish Publishing Limited, 2005, pp. 149-150). Аналогичные выводы были сделаны и в отношении австралийского права: см. Sneddon, *Legal liability and e-transactions ...* (см. сноску [11]), p. 15.

интереса для обоснования иска из деликта в рамках общего права необходимо доказать нарушение деликвентом обязательства проявлять осмотрительность, которым он связан по отношению к потерпевшей стороне. Вопрос о том, существует ли для поставщика сертификационных услуг подобное обязательство в отношении всех потенциальных полагающихся сторон, не вполне ясен. Вообще говоря, в системах общего права считается нежелательным возлагать "ответственность в неопределенном объеме, на неопределенный срок и по отношению к неопределенному кругу сторон"⁴⁰ на лиц, представивших неверную информацию по небрежности, за исключением случаев, когда сказанное по небрежности "произнесено прямо, исходит от лица, осведомленного или проинформированного о том, что его слова будут положены в основу действий, и обращено к лицу, с которым говорящий в силу публичного долга, договора или по иной причине связан отношениями, так или иначе обязывающими его действовать осмотрительно, если он будет действовать вообще"⁴¹.

38. В данном случае речь идет об определении круга лиц, по отношению к которым поставщик сертификационных услуг (или же подписавшее лицо) несет обязательство действовать осмотрительно. Для определения круга лиц, имеющих в подобной ситуации законные основания для предъявления исков поставщику сертификационных услуг, могут использоваться три основных стандарта⁴²:

а) **стандарт предсказуемости.** Это наиболее широкий из всех стандартов ответственности. Согласно этому стандарту подписавшее лицо или поставщик сертификационных услуг несут ответственность перед любым лицом, в отношении которого можно было разумно предвидеть, что оно будет полагаться на ложные заверения;

б) **стандарт, основанный на намерении и осведомленности.** Это более узкий стандарт, ограничивающий ответственность возмещением убытков, причиненных члену группы лиц, в интересах и для ориентации которых сторона намеревается предоставить информацию или, как известно этой стороне, информация будет предоставлена ее получателем;

в) **стандарт общих договорных интересов.** Это самый узкий стандарт, создающий обязательства лишь по отношению к клиенту или лицу, с которым у поставщика информации имелся непосредственный контакт.

39. В типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронных подписях не делается попыток ограничить круг лиц, потенциально подпадающих под категорию "полагающихся сторон", в который могут входить "любые лица, состоящие или не состоящие в договорных отношениях с подписавшим или с поставщиком сертификационных услуг"⁴³. Аналогичным образом, в соответствии с Директивой Европейского союза об электронных подписях поставщик сертификационных услуг обязан возместить ущерб "любому субъекту,

⁴⁰ Слова судьи Кардосо на процессе *Ultramares Corporation v. George A. Touche et al*, Court of Appeals of New York, 6 January 1931, 174 N.E. 441, p. 445.

⁴¹ Там же, p. 447.

⁴² Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (см. сноску [23]), section 4.3.1.

⁴³ Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и Руководство по принятию (см. сноску [...]), пункт 150.

юридическому или физическому лицу, разумно полагающемуся" на отвечающий установленным требованиям сертификат. Директива Европейского союза, несомненно, составлена в расчете на систему ИПК, поскольку она применяется лишь в отношении электронных подписей (отвечающих установленным требованиям сертификатов). Понятие субъекта обычно толкуется как относящееся к третьим полагающимся сторонам, и при выполнении Директивы все государства, кроме двух, руководствуются именно этим⁴⁴.

40. Как и Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, Директива Европейского союза об электронных подписях не сужает категории лиц, которые могут подпадать под определение полагающихся сторон. Поэтому уже отмечалось, что даже в рамках общего права "при оказании сертификационных услуг вполне очевидно, что поставщик сертификационных услуг принимает перед всеми, кто может полагаться на его сертификат, признавая ту или иную электронную подпись для целей той или иной сделки, обязательство действовать осмотрительно, поскольку такой сертификат выдан именно с тем, чтобы побудить других полагаться на него"⁴⁵.

41. Еще один заслуживающий внимания вопрос касается характера убытков, возмещение которых может быть получено от подписавшего лица или от поставщика сертификационных услуг. Например, в некоторых системах общего права иск о возмещении чисто экономических убытков, причиненных дефектной продукцией, не может быть предъявлен из деликта. Однако случаи сознательного мошенничества, а в некоторых правовых системах – даже неумышленного введения в заблуждение рассматриваются как исключение из упомянутого правила об экономических убытках⁴⁶. В этой связи интересно отметить, что в Положении об электронных подписях, принятом в Соединенном Королевстве в 2000 году, не воспроизводятся положения Директивы Европейского союза об электронных подписях, касающиеся ответственности. Это означает применение стандартных норм ответственности, которые в данном случае увязаны с критерием непосредственного характера ущерба⁴⁷. Сумма ущерба, подлежащего возмещению, как правило, определяется в соответствии с общими нормами договорного или деликтного права. Некоторые законы прямо обязывают поставщиков сертификационных услуг оформлять страхование своей ответственности или иным образом доводить до общего сведения всех, кто может выступать в роли подписавших лиц, наряду с прочей информацией финансовые гарантии, которыми обеспечена их потенциальная ответственность⁴⁸.

⁴⁴ Исключениями являются Венгрия и Дания (Balboni, "Liability of certification service providers ..." (см. сноску [...]), p. 220.

⁴⁵ Lorna Brazell, *Electronic Signatures: Law and Regulation* (London, Sweet and Maxwell, 2004), p. 187.

⁴⁶ Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (см. сноску [23]), section 4.5.

⁴⁷ Dumortier, "The legal and market aspects of electronic signatures" (см. сноску [...]), p. 215.

⁴⁸ Турция, Закон об электронной подписи от 2004 года, статья 13; а также Аргентина, *Ley de firma digital (2001)*, статья 21 (а)(1); см. также: Мексика, *Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica (2003)*, статья 104 (III).

с) Возможность ограничения ответственности или отказа от ответственности по договору

42. Следует ожидать, что поставщики сертификационных услуг будут постоянно стремиться к максимальному ограничению своей договорной и деликтной ответственности по отношению к подписавшему лицу и полагающимся сторонам. Применительно к подписавшему лицу ограничительные положения, как правило, будут содержаться в тех или иных элементах договорной документации, таких как положения о сертификационной практике. Этими положениями может устанавливаться предельный объем ответственности по каждому случаю, по каждой серии случаев и за определенный период времени, а также может исключаться ответственность за некоторые виды ущерба. Еще одним приемом является указание в сертификатах максимальной суммы сделок, для которых эти сертификаты могут использоваться, или установление ограничений на использование сертификата, допускающих его применение лишь для определенных целей⁴⁹.

43. Хотя в большинстве правовых систем в целом признается право договаривающихся сторон ограничивать или снимать с себя ответственность на основании положений договора, это право обычно сопровождается различными ограничениями и условиями. Так, в большинстве систем гражданского права возможность полного освобождения лица от ответственности за ущерб, причиненный по его вине, не допускается⁵⁰ или недвусмысленно ограничивается⁵¹. Кроме того, если положения договора не согласованы путем свободных переговоров, а навязаны или predeterminedены одной из сторон (" типовые договоры"), то некоторые виды положений об ограничении ответственности могут быть признаны "неправомерными" и, соответственно, недействительными.

44. В системах обычного права аналогичный результат может вытекать из нескольких теорий. В Соединенных Штатах Америки, например, суды обычно не поддерживают исполнение договорных положений, признанных "безответственными". Хотя смысл этого понятия обычно зависит от оценки конкретных обстоятельств дела, в целом речь идет о договорных положениях, "которые, с одной стороны, не могли быть предложены ни одним лицом, находящимся в здравом рассудке или даже пребывающим в заблуждении, а с другой не могли быть приняты ни одним лицом, действующим честно и

⁴⁹ См. Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (см. сноску 23)), section 5.2.5.4; и Hindelang, "No remedy for disappointed trust ..." (см. сноску [15]), section 4.1.1.

⁵⁰ Во Франции освобождение от ответственности за нарушение договора в принципе возможно, однако на практике суды склонны объявлять положения об этом недействительными во всех случаях, когда устанавливается, что эти положения позволяли бы стороне избежать последствий нарушения " основополагающего" договорного обязательства (см. Légier, "Responsabilité contractuelle" (см. сноску [...]), nos. 262 and 263).

⁵¹ В большинстве стран гражданского права закон запрещает отказ от ответственности за грубую небрежность или неисполнение обязанности, когда речь идет о нормах публичного порядка. В некоторых странах действуют специальные правила на этот счет, такие, как положения статьи 100 II швейцарского Кодекса обязательств и статьи 1229 Гражданского кодекса Италии. В других странах, например в Португалии, законодательство не содержит аналогичной нормы, но на практике обеспечивается по существу тот же результат, что и в Италии (см. António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil* (Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, 1985), p. 217).

добросовестно"⁵² и которые характеризуются "отсутствием реального выбора у одной из сторон при том, что условия договора выгодны другой стороне сверх разумных пределов"⁵³. Подобно гражданско-правовой концепции "типового договора", эта доктрина применяется для недопущения "неблаговидной коммерческой практики" сторон, выступающих с более сильных позиций при заключении сделок⁵⁴. Не все условия договоров, заключенных подобным образом, являются недействительными. В то же время, хотя суды обычно обеспечивают исполнение стандартных или типовых договоров (даже потребительских), условия которых не подлежат изменению путем переговоров между сторонами, иногда суд может отказать в исполнении того или иного положения стандартного договора, если включение этого положения было для другой стороны "неоправданной неожиданностью"⁵⁵.

45. Наконец, и в гражданско-правовых системах, и в системах общего права нормы защиты потребителей могут значительно сокращать для поставщиков сертификационных услуг возможность ограничения их ответственности перед подписавшим лицом в случаях, когда такое ограничение ответственности фактически лишило бы подписавшее лицо какого-либо права или средства правовой защиты, признанного согласно применимому законодательству.

46. Еще более жесткие пределы в большинстве случаев установлены в отношении права поставщика сертификационных услуг ограничивать свою потенциальную ответственность перед полагающейся стороной. Наряду с коммерческими моделями закрытого типа, в рамках которых от полагающейся стороны требуется соблюдение условий договора⁵⁶, нередки случаи, когда полагающаяся сторона не связана договорными отношениями ни с поставщиком сертификационных услуг, ни даже с подписавшим лицом. Таким образом, при предъявлении полагающейся стороной поставщику сертификационных услуг или подписавшему лицу иска из деликта эти стороны могут быть лишены возможности ограничить свою ответственность, поскольку в большинстве правовых систем для этого необходимо должным образом уведомить о таком ограничении полагающуюся сторону. Отсутствие информации, идентифицирующей полагающуюся сторону, до причинения ей ущерба может не позволить поставщику сертификационных услуг выстроить эффективную систему ограничения своей ответственности (еще в большей степени это,

⁵² *First Financial Ins. Co. v. Purolator Security, Inc.*, 388 N.E.2d 17, 22 (Ill. Ct. App. 1 Dist. 1979), citing *Hume v. U.S.*, 132 U.S. 406, 410 (1975), цитируется по Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (см. сноску [23]), section 5.2.5.4.

⁵³ Там же, citing *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 315, 320 (D.C. 1965), цитируется по Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (см. сноску [23]), section 5.2.5.4.

⁵⁴ *First Financial Ins. Co. v. Purolator Security, Inc.*, 388 N.E.2d 17, 22 (Ill. Ct. App. 1 Dist. 1979), цитируется по Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (см. сноску [23]), section 5.2.5.4.

⁵⁵ Raymond T. Nimmer, *Information Law*, section 11.12[4][a], at 11-37, цитируется по Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (см. сноску [23]), section 5.2.5.4.

⁵⁶ Как это, например, предусмотрено в Федерации электронного удостоверения подлинности, действующей под управлением Администрации по общему обслуживанию при правительстве Соединенных Штатов Америки (см. E-Authentication Federation, Interim Legal Document Suite, version 4.0.7, размещено по адресу <http://www.cio.gov/eauthentication/documents/LegalSuite.pdf>, дата посещения – 8 февраля 2007 года).

по-видимому, относится к подписавшему лицу). Данная проблема, типичная для открытых систем, в рамках которых не знакомые друг с другом стороны взаимодействуют без каких-либо предварительных контактов, порой чревата самыми пагубными последствиями для подписавшего лица⁵⁷. По мнению многих, и прежде всего представителей сектора сертификационных услуг, это является серьезным препятствием для более широкого использования электронных методов подписания и удостоверения подлинности, так как затрудняет поставщикам сертификационных услуг оценку потенциальных пределов своей ответственности.

47. Стремление внести ясность в данный аспект законодательства побудило целый ряд стран прямо признать за поставщиками сертификационных услуг право на ограничение своей ответственности. Так, Директива Европейского союза об электронных подписях обязывает государства – члены Европейского союза предоставить поставщикам сертификационных услуг право указывать в отвечающем установленным требованиям сертификате "ограничения на использование данного сертификата", при условии, что эти ограничения "понятны третьим сторонам"⁵⁸. Как правило, речь может идти о двух категориях ограничений: ограничениях видов сделок, для которых могут использоваться конкретные сертификаты или категории сертификатов, а также предельных суммах сделок, в связи с которыми разрешается использовать сертификаты или категории сертификатов. И при том, и при другом варианте поставщик сертификационных услуг прямо освобождается от ответственности "за ущерб, понесенный вследствие использования отвечающего установленным требованиям сертификата с нарушением предусмотренных для него ограничений"⁵⁹. Кроме того, Директива Европейского союза об электронных подписях предписывает государствам – членам Европейского союза предоставить поставщикам сертификационных услуг "право указывать в отвечающем установленным требованиям сертификате ограничение суммы сделок, для которых может использоваться данный сертификат, при условии, что это ограничение понятно третьим сторонам"⁶⁰. В этом случае поставщик сертификационных услуг не несет ответственности за ущерб, вызванный превышением таких ограничений⁶¹.

48. Директива Европейского союза об электронных подписях не устанавливает пределов ответственности поставщика сертификационных услуг. Однако эта директива позволяет поставщику сертификационных услуг ограничивать максимальную сумму каждой сделки, для которой могут использоваться сертификаты, что освобождает поставщика сертификационных услуг от ответственности сверх этой максимальной суммы⁶². В деловой практике

⁵⁷ Sneddon, "Legal liability and e-transactions ..." (см. сноску [9]), p. 18.

⁵⁸ European Union Directive on Electronic Signatures (см. сноску [...]), article 6, paragraph 2.

⁵⁹ Там же.

⁶⁰ Там же, Directive article 6, paragraph 3.

⁶¹ Там же.

⁶² Dumortier and others, "The legal and market aspects of electronic signatures" (см. сноску [...]), p. 55, и обсуждение этой темы у Hindelang, "No remedy for disappointed trust ..." (см. сноску [13]), section 4.1.1. Balboni, "Liability of certification service providers ..." (см. сноску [...]), p. 230, идет еще дальше, утверждая, что "... статья 6(4) позволяет лишь ограничивать сумму сделки (...), что не имеет никакого отношения к ограничению потенциального объема ущерба, который может быть причинен такой сделкой".

поставщиков сертификационных услуг также нередко используются положения об ограничении общего объема их ответственности на договорной основе.

49. Такая договорная практика находит поддержку в законах еще нескольких стран, где признается ограниченный характер ответственности поставщика сертификационных услуг по отношению к любой потенциально затронутой стороне. Как правило, эти законы разрешают установление ограничений согласно положению о сертификационной практике поставщика сертификационных услуг, а некоторые из них прямо освобождают поставщика сертификационных услуг от ответственности в случае использования сертификата для иной цели, чем та, для которой он был выдан⁶³. Кроме того, в некоторых законах за поставщиками сертификационных услуг признается право выдавать сертификаты различных категорий и устанавливать в связи с ними разные рекомендуемые уровни доверия⁶⁴, как правило, предполагающие различные степени ограничения (и надежности) в зависимости от размеров оплаты. В то же время некоторые законы прямо запрещают любые ограничения ответственности, кроме тех, которые вытекают из ограничений на использование сертификатов или из соответствующих предельных сумм сделок⁶⁵.

50. В свою очередь, страны, избравшие минималистский подход, считают законодательное вмешательство в данную сферу в целом нежелательным и предпочитают, чтобы эти вопросы регулировались сторонами на договорной основе⁶⁶.

⁶³ Аргентина, *Ley de firma digital (2001)*, статья 39; Барбадос, глава 308В, Закон об электронных сделках (1988 год), статья 20, пункты 3 и 4; Бермудские острова, Закон об электронных сделках от 1999 года, статья 23, пункты 3 и 4; Вьетнам, Закон об электронных сделках, статья 29, пункты 7 и 8 (в последнем случае, впрочем, отсутствует прямое освобождение от ответственности); а также Чили, *Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma (2002)*, статья 14.

⁶⁴ Маврикий, Закон об электронных сделках от 2000 года, статьи 38 и 39; а также Сингапур, Закон об электронных сделках (глава 88) от 1998 года, статьи 44 и 45.

⁶⁵ Турция, Закон об электронной подписи от 2004 года, статья 13.

⁶⁶ Об Австралии см. Sneddon, *Legal liability and e-transactions* (см. сноску [9]), pp. 44-47; о Соединенных Штатах Америки см. Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (см. сноску [21]), section 5.2.51.