



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
5 June 2015
Russian
Original: English, French and
Spanish

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Сорок восьмая сессия

Вена, 29 июня – 16 июля 2015 года

Возможная будущая работа в области электронной торговли – договорные вопросы при предоставлении услуг в сфере облачной обработки компьютерных данных

Предложение Канады

Записка Секретариата

Секретариат получил предложение Канады (на английском, испанском и французском языках). Полученный Секретариатом текст воспроизводится как приложение к настоящей записке в том виде, в котором он был получен.



Приложение

ДОГОВОРНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИ ПРЕДОСТАВЛЕНИИ УСЛУГ В СФЕРЕ ОБЛАЧНОЙ ОБРАБОТКИ КОМПЬЮТЕРНЫХ ДАННЫХ ПРАВИТЕЛЬСТВО КАНАДЫ

I. Предисловие

1. Комиссия на своей сорок седьмой сессии в 2014 году получила два доклада Рабочей группы IV по электронной торговле о ходе ее работы над типовыми положениями для электронных передаваемых записей. Ввиду прогресса, достигнутого в работе над типовыми положениями, Комиссии было предложено рассмотреть вопрос о будущей работе в области электронной торговли, которая будет осуществляться после сорок восьмой сессии Комиссии, когда истечет срок действия нынешнего мандата Рабочей группы IV.

2. В этой связи Комиссия приняла к сведению предложение правительства Канады в отношении правовых вопросов, касающихся облачной обработки компьютерных данных (A/CN.9/823). Было разъяснено, что предложение заключалось в том, чтобы просить Секретариат собрать информацию об облачной обработке компьютерных данных и подготовить документ о потенциальных рисках, обусловленных текущей практикой урегулирования коллизий правовых норм, отсутствием вспомогательной законодательной основы и возможными противоречиями в национальных законах.

3. Это предложение получило широкую поддержку, что свидетельствовало о признании значимости облачной обработки компьютерных данных, особенно для малых и средних предприятий¹. Вместе с тем было предложено проявлять осторожность, чтобы не затронуть такие вопросы, как защита данных, обеспечение конфиденциальности и интеллектуальная собственность, которые не так просто поддаются унификации и в связи с которыми может возникнуть вопрос о том, подпадают ли они под мандат Комиссии. Подчеркивалось также, что следует принять во внимание работу, уже проделанную другими организациями, например ОЭСР и АТЭС, в этой области, с тем чтобы избежать любых повторений и дублирования усилий. Было также высказано мнение, что на данном этапе представляется преждевременным заниматься обобщением успешных видов практики. С учетом этих замечаний было высказано общее мнение о том, что предоставляемый Секретариату мандат должен быть достаточно широким для того, чтобы Секретариат мог собрать как можно больше информации для рассмотрения Комиссией вопроса об облачной обработке компьютерных данных в качестве одной из возможных тем на одной из ее будущих сессий².

¹ A/69/17 – Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, сорок седьмая сессия (7-18 июля 2014 года), пункт 147.

² Там же, пункты 147 и 150.

4. В целях оказания помощи Секретариату в его подготовительной работе по данному вопросу Канада подготовила настоящий документ в качестве основы для рассмотрения ЮНСИТРАЛ соответствующих вопросов. Документ был подготовлен в консультации с экспертами в данной области и охватывает вопросы, определенные в предложении Канады в связи с предоставлением услуг в сфере облачной обработки компьютерных данных.

Часть I: Облачная обработка компьютерных данных, риски и выгоды

A. Что представляет собой облачная обработка компьютерных данных?

5. Облачная обработка компьютерных данных может быть в целом определена как компьютерные услуги (например, размещение данных или обработка данных), предоставляемые через Интернет³. Это требует определенного контроля над доступом к компьютерным функциям, как, например, предоставление доступа только сотрудникам предприятия. Непрофессионалам зачастую трудно представить себе, что это связано с самыми различными конфигурациями компьютерных аппаратных средств (или групп аппаратных средств), которые называются серверами. Физически совокупность аппаратных средств предоставляется несколькими серверами и сетями, расположенными в разных местах. Обычно отдельные пользователи, как только им предоставлен доступ, могут использовать компьютерные мощности этих серверов для работы с прикладными программами, хранения данных или выполнения любых других компьютерных задач. Такая работа описывается как работа в "облаке", потому что она выполняется не на собственном персональном компьютере, а в другом месте на серверах через подключение к Интернету.

6. Диапазон услуг по облачной обработке компьютерных данных, предоставляемых в каком-то конкретном месте, может варьироваться, потому что действующее местное законодательство (например, государственное регулирование персональной информации, хранящейся у публичных структур) может требовать физического размещения данных в определенных местах, часто в пределах юрисдикции, в которой находится лицо, желающее получить такие услуги, или же из-за качества инфраструктуры в области информационных и коммуникационных технологий, имеющейся в этом конкретном месте. В большинстве государств существуют определенные ограничения, обусловленные законодательством или возможностями местной инфраструктуры, и пределы, которые, как правило, связаны с тем, сколько готов заплатить клиент, или же с неспособностью потенциальных клиентов в полной мере использовать предоставленные им возможности для облачной обработки компьютерных данных.

³ Предоставление услуг по облачной обработке компьютерных данных не ограничивается интерактивным доступом к Интернету, а может также осуществляться и в закрытых сетях.

7. Отличительными чертами облачной обработки компьютерных данных являются: возможность самообслуживания по требованию, доступность сети, объединение ресурсов, эластичность и обслуживание в необходимых масштабах. Самообслуживание по требованию означает, что данная услуга доступна в любое время по требованию и без необходимости участия человека со стороны поставщика услуг. Доступность сети, как правило, означает, что облако доступно через подключение к Интернету. Объединение ресурсов означает, что компьютерные мощности поставщиков услуг выделяются не конкретно каждому пользователю, а что компьютерные ресурсы поставщика услуг доступны для использования без каких-либо ограничений всеми пользователями. Этот последний аспект может упоминаться как эластичность предоставляемых услуг. Услуги предоставляются в необходимых масштабах и адаптируются к потребностям каждого клиента, будь то крупный или мелкий пользователь.

8. С экономической точки зрения облачная обработка компьютерных данных обеспечивает возможность доступа к ресурсам ИТ при возникновении такой потребности без необходимости производить значительные капитальные затраты. Благодаря этому существенно снижаются первоначальные капиталовложения, необходимые для развития малого бизнеса. Таким образом, облачная обработка компьютерных данных является важным фактором в получении коммерческими структурами конкурентных преимуществ или равного с другими участниками положения на рынке. Сама облачная обработка компьютерных данных представляет собой новую форму деятельности в области ИТ, и последние данные показывают, что она становится важным элементом предпринимательской деятельности⁴. Кроме того, необходимо признать, что платформы для облачной обработки компьютерных данных, вероятно, будут стимулировать инновации, как это было в последние десятилетия с другими формами решений с использованием ИТ. Облачная обработка компьютерных данных облегчает сотрудничество в режиме онлайн в глобальных масштабах, что получило признание как один из инструментов содействия инновациям и экономическому росту⁵. Используя при решении своих задач облачную обработку компьютерных данных, МСП добиваются экономии капиталовложений и одновременно получают выгоду от предоставленного доступа к передовым технологиям и услугам, включая обновления программного обеспечения.

9. В техническом плане технология облачной обработки компьютерных данных в развитых странах широко доступна и активно используется, однако для обеспечения широкого доступа к ней во многих развивающихся странах все еще необходимо решить серьезные проблемы, для того чтобы добиться аналогичного уровня развития этой технологии. В частности, во многих развивающихся странах по-прежнему стоит проблема создания инфраструктуры для широкополосных сетей, или же расходы на получение доступа к широкополосным сетям в этих странах сравнительно высоки для местных коммерческих структур. Некоторым организациям, занимающимся

⁴ Всемирный экономический форум, "Advancing Cloud Computing: What to Do Now?, Priorities for Industry and Governments" 2011, p. 1.

⁵ ОЭСР, "Cloud Computing and Public Policy", Briefing Paper for the ICCP Technology Foresight Forum, 14 October 2009, para. 4.

вопросами развития, следует рассмотреть роль директивных органов в обеспечении более широкого доступа к облачной обработке компьютерных данных и преимуществ для развивающихся стран⁶.

а) Различные существующие модели и характеристики

10. Учитывая широкий спектр предлагаемых услуг и технологий, используемых для предоставления таких услуг, целесообразно классифицировать существующие формы облачной обработки компьютерных данных⁷. Обычно такие услуги подразделяются на три категории⁸, начиная с предоставления "сырых" компьютерных мощностей и заканчивая "готовым к использованию" программным обеспечением:

i) Инфраструктура как услуга (ИкУ)

11. ИкУ – это предоставление услуг по облачной обработке компьютерных данных, когда организация передает на внешний подряд ресурсы и оборудование, используемые для виртуальной поддержки любых компьютерных операций, например, виртуальное пространство сервера, сетевые подключения, диапазоны рабочих частот, IP-адреса и стабилизаторы нагрузки (процесс объединения компьютеров в сети в целях распределения рабочей нагрузки между несколькими серверами). Клиент получает доступ к различным компонентам в режиме онлайн, для того чтобы создать свои собственные ИТ-платформы. Эта услуга часто используется предприятиями и оплачивается отдельно за каждое использование.

ii) Платформа как услуга (ПкУ)

12. ПкУ – это категория услуг по облачной обработке компьютерных данных, когда предоставляются платформа и средства, позволяющие разработчикам создавать прикладные системы. Это дает пользователям возможность создавать приложения, используя предоставленные поставщиком инструменты. В зависимости от поставщиков услуг и технической грамотности клиента соответствующие услуги могут включать элементы с заранее заданной конфигурацией, которые могут выбираться с учетом требований клиента. Сюда

⁶ Облачная обработка компьютерных данных является очень эффективным средством для организаций и потребителей в развивающихся странах, которое позволяет им получить доступ к мощным компьютерным ресурсам при низких затратах. Однако директивным органам необходимо решить некоторые проблемы: i) расширение фиксированного и беспроводного широкополосного доступа в развивающихся странах; и ii) содействие развитию облачной обработки компьютерных данных в целях использования ресурсов в этой области для стимулирования экономического роста и расширения возможностей в области образования. См ЮНКТАД, Information Economy Report 2013, "The Cloud Economy and Developing Countries", 2013.

⁷ В этом документе не рассматривается вопрос существующих различий между облачной обработкой компьютерных данных государственными и частными структурами, потому что это выходит за рамки данного предварительного анализа. Однако в нем признается, что обработка данных государственными структурами часто связана с рисками, которые в системном плане могут отличаться от относительной безопасной обработки в частных структурах.

⁸ ОЭСР, "Cloud Computing and Public Policy", Briefing Paper for the ICCP Technology Foresight Forum, 14 October 2009, para. 16.

также может входить предоставление пакетов услуг или приложений в зависимости от потребностей или опыта клиента.

iii) Программное обеспечение как услуга (ОкУ)

13. ОкУ - это категория услуг по облачной обработке компьютерных данных, которая наиболее часто используется отдельными лицами для персональных нужд. Потребители могут получить через Интернет доступ к приложениям, которые легко доступны и пригодны для личного потребления. Примерами ОкУ являются Google и Microsoft Office. Коммерческие структуры также могут использовать ОкУ для удовлетворения целого ряда потребностей, включая бухгалтерский учет и выставление счетов-фактур, контроль и отслеживание объема продаж, а также коммуникации в целом (интернет-присутствие через существующие платформы и системы передачи сообщений по электронной почте). ОкУ по сути представляет собой одну из форм программного обеспечения, предоставляемого по требованию. Вместо того чтобы приобретать программное обеспечение для установки на компьютеры или в сети, как это традиционно принято, можно воспользоваться приложениями поставщиков услуг. Поэтому пользователям ОкУ не нужно приобретать специальное программное обеспечение, и они не обязаны платить за соответствующие права интеллектуальной собственности.

В. Выгоды от использования облачной обработки данных

14. Выгоды от использования облачной обработки компьютерных данных весьма разнообразны и в случае каждой коммерческой структуры будут зависеть от ее деятельности и от того, может ли такая обработка данных способствовать снижению стоимости производимых ею товаров или услуг или более эффективной реализации ее продукции. Преимущества могут варьироваться от повышения безопасности и удобства обслуживания для потребителей до экономии на расходах и создания новых инновационных продуктов и новых рыночных возможностей. Для того чтобы в полной мере оценить воздействие облачной обработки компьютерных данных на международную торговлю, важно знать побочные экономические выгоды, получаемые благодаря этой технологии, и ее влияние на коммерческую деятельность на макроэкономическом уровне. Среди важных преимуществ, которые получают малые и средние предприятия в результате использования облачной обработки компьютерных данных, следует особо выделить снижение затрат и создание возможностей для инноваций.

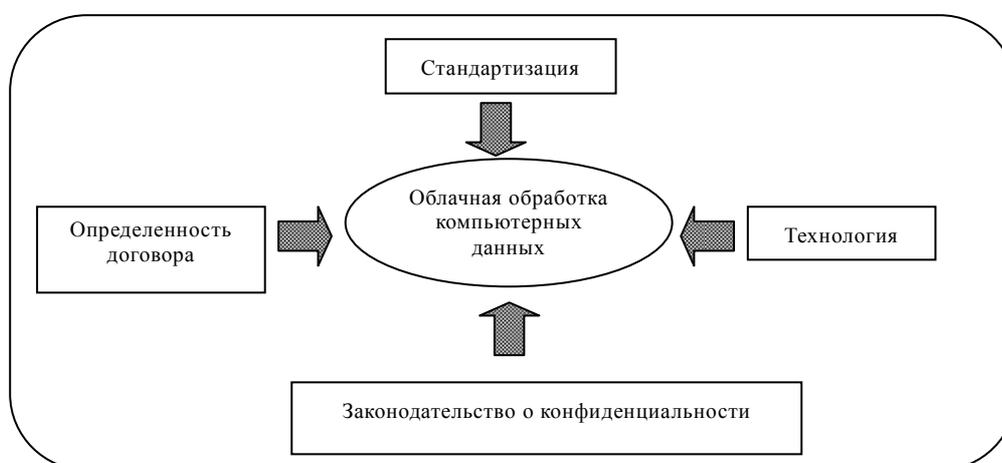
15. В более общем плане отмечалось, что экономические выгоды от использования облачной обработки данных на микроэкономическом уровне заключаются в следующем: повышение производительности, экономия, обусловленная эффектом масштаба, снижение эксплуатационных расходов, снижение капитальных затрат, расширение доступа на рынки в сжатые сроки, возможность получения более высокой прибыли в результате использования информации и данных организации, повышение безопасности в сфере ИТ, появление новых возможностей для предпринимательской деятельности,

снижение первоначальных инвестиций для организации предпринимательской деятельности и положительное воздействие на предпринимательство⁹.

16. С макроэкономической точки зрения развитие облачной обработки компьютерных данных зависит от четырех ключевых факторов: доступность технологии; договорная предсказуемость и определенность в связи с использованием такой технологии; наличие стандартов, позволяющих, помимо прочего, обеспечивать оперативную совместимость облачных продуктов и интерфейсов, а также более четко определять предоставляемые услуги; и наличие надлежащего законодательства, касающегося неприкосновенности частной жизни и защиты конфиденциальной информации. Эти факторы показаны на рисунке 1.1 (ниже).

Рисунок 1.1

Ключевые элементы создания благоприятных условий для облачной обработки компьютерных данных



17. Оптимальные условия можно найти в той правовой системе, где присутствуют все четыре фактора. В правовых системах, которые хорошо функционируют в плане обеспечения этих четырех факторов, будут созданы благоприятные условия для развития облачной обработки компьютерных данных и, соответственно, торговли. Наличие хороших условий в плане такой обработки данных внутри страны будет способствовать появлению конкурентоспособных местных предприятий, которые, в свою очередь, будут предлагать товары и услуги на международных рынках по конкурентным ценам.

18. Оценка правовых вопросов, влияющих на развитие облачной обработки компьютерных данных, производится не с точки зрения создания необходимых стимулов для того, чтобы коммерческие структуры искали решения, связанные с такой обработкой данных, а в целях рассмотрения, не препятствует ли правовая ситуация из-за присущих ей недостатков или из-за ненужных юридических ограничений получению всех выгод от облачной обработки компьютерных данных. Ведь экономика конкретных коммерческих секторов и

⁹ МТП, Business views on regulatory aspects of cloud computing, February 2012, p. 4.

рыночные силы должны способствовать принятию требуемых решений с использованием ИТ. Правовые условия не должны ни стимулировать, ни затруднять принятие таких решений. Они должны быть нейтральными, предоставляя коммерческим структурам возможность самим решать, что лучше всего подходит в качестве решения с использованием ИТ.

С. Риски, связанные с использованием облака

а) Общие положения – дифференциация рисков в сравнении с обычными рыночными условиями

19. Использование облака можно считать одной из форм передачи некоторых функций на внешний подряд. Для клиентов это означает, что риски, которые существуют при любой такой передаче, присутствуют и в случае облачной обработки компьютерных данных. Например, будут ли предоставленные компьютерные услуги подходить для содействия удовлетворению потребностей предприятия и поддержания качества продукции предприятия? С точки зрения поставщика услуг, помимо риска, связанного со способностью предоставить услуги в соответствии с условиями договоров, до заключения договора необходимо произвести оценку и ряда других рисков. Например, какие подразумеваемые условия существуют для данного вида услуг? Что происходит в тех случаях, когда данные случайно теряются, обслуживание прерывается по причинам, не зависящим от поставщика услуг, или услуга используется для осуществления клиентом противоправной деятельности?

20. За рамками этих общих соображений, учитываемых при оценке коммерческих рисков, существует принципиальная разница между облачной обработкой данных и традиционным методом передачи услуг на внешний подряд. Данная услуга является виртуальной; т.е. поставщик услуг в месте нахождения пользователя физически не присутствует. В какой-то степени и сам поставщик услуг является виртуальным. Хотя облачная обработка компьютерных данных не приводит к возникновению совокупных рисков или недиверсифицируемых рисков (т.е. рисков, зависящих от событий, которые влияют на такие совокупные итоговые показатели, как общий объем рыночных поступлений, и которые вызваны, например, стихийными бедствиями), она потенциально создает категорию сквозных рисков, которые по своему характеру уникальны. Риски являются сквозными, поскольку загруженные в облако данные могут охватывать самые различные виды деятельности пользователей, и в большинстве случаев риски еще больше усиливаются из-за отсутствия возможности узнать, где размещаются или обрабатываются данные. Такие ситуации встречаются повсеместно, потому что при существующих моделях облачной обработки компьютерных данных данные регулярно передаются через границы и обрабатываются в различных местах по всему миру в зависимости от наличия компьютерных мощностей. Факторы сквозных рисков не всегда присутствуют в условиях традиционного осуществления коммерческой деятельности, но почти всегда являются одним из составных элементов услуг по облачной обработке компьютерных данных.

21. Для целей настоящего анализа наиболее актуальны экономические, правовые риски и риски в плане безопасности, и поэтому они являются

предметом детального анализа. Однако следует отметить, что риски трудно классифицировать. Правовой риск вполне может представлять собой и экономический риск из-за его потенциального финансового воздействия на коммерческие структуры и их деятельность. Точно так же угроза безопасности может являться и экономическим риском. Для целей настоящего анализа оценка экологических и социальных рисков не производилась.

b) Экономические риски

22. Экономические выгоды от использования облака возникают благодаря эффекту масштаба, которого можно добиться путем объединения компьютерных ресурсов, находящихся под контролем одного поставщика, который затем предлагает их по сниженным ценам несколькими пользователями¹⁰. Действительно, с экономической точки зрения при рассмотрении рисков, связанных с облачной обработкой компьютерных данных, следует учитывать вмененные потери в результате неиспользования этой технологии. Содержание сетей, обновление программного обеспечения и обеспечение хранения данных, не говоря уже о надлежащих мерах безопасности – все это довольно дорогостоящие задачи¹¹.

23. Традиционные экономические риски, которые возникают при передаче услуг на внешний подряд, также присутствуют и в случае облачной обработки данных. Например, передача на внешний подряд внутренних функций коммерческой структуры на основе неполных оценок как потребностей, так и потенциальной экономии на расходах может привести к финансовым потерям. Нельзя сказать, что облачная обработка компьютерных данных – это всегда лучший вариант. Необходимо проводить анализ затрат и выгод. С самого начала еще до передачи компьютерных функций на внешний подряд необходимо установить потребности и цели. Наиболее часто встречающиеся экономические риски заключаются в следующем: приобретение услуг по облачной обработке компьютерных данных, которые не подходят для нужд коммерческой структуры или данной модели предпринимательской деятельности, снижение производительности в переходный период или потеря клиентов, которые не заинтересованы в обновлении своей практики в целях выполнения требований, связанных с такой обработкой данных.

24. Данные нередко являются одним из наиболее ценных активов коммерческой структуры. Поэтому предотвращение их утраты и устранение последствий такой потери являются ключевыми факторами в ограничении рисков для предпринимательской деятельности. Риски возрастают, когда данные хранятся и передаются через Интернет, а не с помощью закрытых систем. Растущее использование облачной обработки компьютерных данных способствовало увеличению масштабов обработки данных за пределами относительно защищенных помещений коммерческих структур. Риски также

¹⁰ ОЭСР, "Cloud Computing and Public Policy", Briefing Paper for the ICCP Technology Foresight Forum, 14 October 2009, para. 9; ICC, Business views on regulatory aspects of cloud computing, February 2012, p. 4.

¹¹ По некоторым данным, на управление базами данных в настоящее время приходится более 25 процентов бюджетов большинства компаний на ИТ, The Global Information Technology Report 2012, p. 91.

варьируются в зависимости от характера информации, заключенной в данных. Среди наиболее существенных экономических рисков – утрата данных; потери, вызванные несанкционированным использованием данных; прерывание коммерческой или нарушение обычной деятельности; нарушение договоров об оказании услуг; и потеря доходов из-за подрыва репутации.

25. Все чаще компании, владеющие коммерческими тайнами или конфиденциальной информацией клиентов, выделяют время и ресурсы для развития передовой практики в области управления ИТ. Управление ИТ входит в круг ведения должностных лиц и совета директоров компании. Сейчас широко распространенные методы в области корпоративного управления требуют, чтобы постоянное контролирование и оценка рисков в сфере ИТ стали неотъемлемой частью плана управления рисками организации. Их утверждение и осуществление входят в компетенцию совета директоров и должностных лиц корпорации. Управление ИТ связано с определенными расходами для компаний, которые можно было бы переложить на поставщиков услуг по облачной обработке компьютерных данных, что привело бы к снижению затрат. При этом непринятие и неосуществление надлежащих мер по управлению ИТ могут привести к предъявлению компании исков, если пострадавшие стороны смогут продемонстрировать, что ее деятельность велась небрежно. И вновь облачная обработка компьютерных данных может стать одним из решений и принести значительную экономическую выгоду использующим ее коммерческим структурам.

26. Кроме того, облачная обработка компьютерных данных позволяет получить эффективные инструменты и процессы для анализа данных за небольшую плату и открывает возможности для извлечения из данных важной информации (как, например, характер покупок, геопривязка, углубленный анализ поведения клиентов с помощью алгоритмов и т.д.), что приводит к возникновению новых возможностей в предпринимательской деятельности. В результате повышается производительность и конкурентоспособность, и это имеет значительную экономическую и социальную ценность для компаний, правительств и потребителей. С экономической точки зрения вмененные потери в результате неиспользования коммерческими структурами облачной обработки данных могут быть весьма существенными¹². Например, для малого предприятия неспособность сопоставить свою собственную коммерческую информацию, такую как сведения о клиентах, циклы деловой активности или характеристики продукции, с данными соответствующих исследований и обследований предпринимательского сектора или подстроить ее под схемы аналитической обработки данных может воспрепятствовать адаптации компанией торговых и маркетинговых стратегий в целях удовлетворения потребностей потенциальных клиентов таким же образом, как это делают другие компании в том же предпринимательском секторе.

¹² См., например, "Rewards and Risks of Big Data", The Global Information Technology Report 2014.

с) Риски в плане безопасности

27. Безопасность облачной обработки компьютерных данных является важным дифференцирующим фактором среди поставщиков таких услуг и играет существенную роль при принятии решений о переводе информационных систем в среду облачной обработки.

28. Оценка этого риска зависит от обстоятельств и коммерческой структуры, которая рассматривает возможность использования облачной обработки компьютерных данных в целях повышения безопасности систем ИТ. У некоторых компаний, в частности малых и средних предприятий, могут быть ненадежные компьютерные системы и протоколы системы безопасности или же у них может не иметься надлежащего персонала для обеспечения безопасного и надлежащего использования существующих систем ИТ¹³. Для таких организаций открытие системы ИТ в облаке не всегда связано с увеличением рисков, а скорее означает получение доступа к системе повышенной безопасности. Выгоды, которые может дать любой данной организации облачная обработка компьютерных данных в условиях повышенной безопасности, будут зависеть от характера имеющейся у нее информации. Для коммерческих структур, размещающих ограниченную конфиденциальную информацию, облачная обработка компьютерных данных может также ограничить риски путем закрытия доступа для различных взломщиков программ или систем, которые преследуют цель не получить конфиденциальную информацию, а лишь нарушить деятельность коммерческой структуры путем оказания скрытого воздействия на ее компьютерные мощности.

29. Коммерческая структура, приобретающая услуги, должна произвести оценку выбранного решения по ИТ до заключения договора. Это требует обмена информацией между поставщиком услуг и коммерческой структурой. Такой обмен информацией имеет важнейшее значение, но необходимо также обеспечить клиенту, приобретающему услуги по облачной обработке компьютерных данных, возможность оценить уровень безопасности в используемой поставщиком услуг среде. Без обмена информацией или из-за неспособности приобретающей услуги компании произвести оценку этой информации клиенты, пользующиеся такими услугами, могут столкнуться с серьезными угрозами.

30. Риски в плане безопасности, связанные с облачной обработкой компьютерных данных, обусловлены в основном следующими угрозами:

Потеря контроля – (т.е. решение клиента перенести всю или часть своей деятельности в сферу облачной обработки компьютерных данных подразумевает частичную передачу контроля поставщику услуг.) Как только данные предоставлены поставщику услуг по облачной обработке

¹³ Например, стандартные протоколы системы безопасности требуют создания достаточно сложных паролей, в которых используется сочетание буквенно-цифровых знаков и особых символов (например, #, \$ или %). Кроме того, после ограниченного числа попыток ввести неправильный пароль доступ будет заблокирован. Коммерческие структуры могут выходить за рамки минимальных требований к безопасности, которые считаются приемлемыми в сфере их деятельности, или быть недостаточно защищенными.

данных, клиенту становится трудно проверить, действительно ли данные хранятся или обрабатываются должным образом. Такая утрата контроля может носить различный характер в зависимости от вида предоставляемых услуг¹⁴. Потеря исключительного контроля может стать причиной неспособности принять необходимые меры для обеспечения целостности и конфиденциальности данных.

Непоследовательная или ненадлежащая практика поставщика в области обеспечения безопасности – с предыдущим риском связан и риск, обусловленный практикой поставщика в области обеспечения безопасности. Ненадлежащие методы приведут к увеличению рисков для клиента, получающего услуги по облачной обработке компьютерных данных. Некоторые ненадлежащие методы могут быть связаны с контролем над операциями, плохо разработанными процедурами идентификации, отсутствием системы шифрования или недостатками в плане обеспечения сохранности данных.

Нечеткое распределение ролей и обязанностей – в системе облачной обработки компьютерных данных задействованы различные стороны: поставщик услуг, потребитель услуг, администратор компьютера клиента, отвечающий за безопасность клиента, третьи лица, чья информация находится у коммерческой структуры, и т.д. Любая двусмысленность в определении ролей и обязанностей, связанных с правом собственности на данные, контролем за доступом, эксплуатацией инфраструктуры и т.д., может привести к возникновению рисков в плане безопасности. Нечеткое распределение обязанностей будет иметь еще более серьезные последствия, если используются серверы третьей стороны.

Несанкционированный доступ к услугам по облачной обработке компьютерных данных – программный интерфейс (ППИ) – это связующее программное обеспечение (промежуточное программное обеспечение) между инфраструктурой и пользователем услуг. Особое внимание должно быть уделено процессу контроля за интерфейсом при вводе идентификационных данных и данных аутентификации. Удаленное подключение создает возможности для пиратских кибератак, таких как перехват сообщений, в том числе пароли, фишинг, мошенничество и использование уязвимых мест программного обеспечения.

Трансграничные потоки данных – нарушение конфиденциальности данных – это общий риск для пользователей облачной обработки компьютерных данных. Отсутствие информации о местонахождении данных и, соответственно, о применимом законодательстве и

¹⁴ Например, в случае ИКУ поставщику делегируется только функция управления оборудованием и сетью. За исключением тех случаев, когда требуется весьма специфический тип инфраструктуры, ИКУ представляет собой услугу по облачной обработке данных с самой низкой степенью зависимости. Что касается выбора ПКУ, то связь между использованием этой услуги и технологической платформой для разработки затрудняет преобразование или экспорт данных. Поэтому риски возникают в связи с контролем, а также преобразованием и извлечением информации. Что касается ОКУ, то здесь делегируется функция контроля за прикладными программами, а также другими элементами.

нормативных актах, а также о количестве задействованных в процессе облачной обработки сторон только усиливает этот риск. Защиту конфиденциальных, личных данных, а также соблюдение права на неприкосновенность частной жизни особенно трудно обеспечить в случае совместно используемых и потенциально доступных для местных органов власти инфраструктур. В такой ситуации в зависимости от местонахождения данных могут также возникнуть вопросы, связанные с юрисдикцией.

Обеспечение сохранности данных – обеспечение сохранности данных включает ряд рисков, связанных с потерей данных, а также с сохранением целостности информации. Кроме того, электронные документы часто требуют принятия конкретных мер в отношении целостности данных, для того чтобы их можно было считать приемлемыми в качестве доказательств. Облачная обработка компьютерных данных может только усилить трудности, связанные с принятием надлежащих мер с этой целью. Некоторые клиенты могут потребовать предоставления им возможности получать подтверждения удовлетворительной защиты данных путем проведения периодической проверки.

Потеря или разглашение информации – одним из наиболее распространенных рисков, которые становятся причиной потери или разглашения информации, является потеря ключа шифрования или кода доступа пользователя. Обычно поставщик услуг обязан уведомить клиента о случайном раскрытии информации, когда об этом становится известно.

Недостаточные мощности для хранения в совместно используемых средах (просачивание) – организация ресурсов на основе облачной обработки компьютерных данных позволяет различным потребителям таких услуг совместно использовать одну и ту же инфраструктуру. Основные проблемы, вытекающие из такой организации, связаны с архитектурой системы такого хранения, изоляцией ресурсов и разделением данных. Облачная обработка компьютерных данных в публичной или наполовину частной форме приводит к совместному использованию услуг, предлагаемых для всей клиентской базы, что создает риск просачивания данных между различными клиентами.

Несанкционированный доступ во время размещения и обработки – основой инфраструктур, используемых при облачной обработке компьютерных данных, является технология виртуализации. Управление виртуальными функциями осуществляется гипервизорами, которые размещены на одном и том же физическом сервере и в которых совместно используется центральный процессор и память. Непринятие мер по предотвращению атак на гипервизор становится причиной несанкционированного доступа к памяти различных виртуальных функций, которые в другом случае были бы разделены, и ставит под угрозу всю инфраструктуру.

Делегирование управленческих функций – управление ИТ входит в круг ведения должностных лиц и совета директоров компании. Их утверждение и осуществление входит в компетенцию совета директоров и

должностных лиц корпорации. Риск, связанный с принятием решения об использовании облачной обработки компьютерных данных, заключается в том, что обязанности по управлению ИТ в конечном итоге частично делегируются поставщику таких услуг.

31. В свете этих киберрисков возникает спрос на страховое покрытие в связи с возможностью потенциальных убытков у компаний. Сложный и периодически меняющийся характер киберрисков означает, что возникает потребность в узкоспециализированных знаниях и опыте для разработки моделей для новых страховых продуктов, надлежащим образом охватывающих эти риски, или что расходы на страхование становятся достаточно высоки¹⁵. Стоимость этих страховых продуктов перекладывается на коммерческие структуры и потребителей.

d) Юридические риски

32. Надлежащую оценку юридических рисков, связанных с коммерческим предприятием, можно произвести лишь в том случае если известно, что является предметом договора (или может быть известно, если на заданные вопросы получены соответствующие ответы). Дополнительная трудность, вызванная новаторским характером облачной обработки компьютерных данных, заключается в том, что вероятный пользователь таких услуг – или его адвокат – не всегда может быть способен сразу оценить или определить моменты, которые необходимо учесть, и, соответственно, вопросы, которые необходимо задать, или требования, которые необходимо запросить у поставщика услуг.

33. В последние годы появление "международных стандартов", предложенных торговыми ассоциациями и неправительственными организациями-членами, способствовало рассмотрению и ограничению юридических рисков, связанных с облачной обработкой компьютерных данных. Эти стандарты находят отражение в виде ссылки в договорах между поставщиками соответствующих услуг и их клиентами и представляют собой готовое решение для ряда рисков, связанных с такой обработкой данных.

34. В приводимых ниже пунктах излагаются юридические риски с точки зрения каждого участника облачной обработки компьютерных данных. Нет необходимости говорить, что многие из этих рисков аналогичны тем, что возникают при любых договорных отношениях, но услуги в сфере ИТ ввиду их характера относятся к особой категории. Диапазон охватываемых услуг – от рекламы и публичного присутствия в Интернете и до организации и защиты конфиденциальной информации – таков, что эти услуги, в отличие от любых других, используются в качестве вводимого ресурса при предоставлении товаров или услуг. Они также используются во всех сферах предпринимательской и правительственной деятельности. Эти услуги представляют собой нечто гораздо большее, чем просто вводимый ресурс, используемый в производстве: они также включают защиту конфиденциальной информации и коммерческой тайны, а также поддержание облика деловых

¹⁵ Всемирный экономический форум, "Advancing Cloud Computing: What to Do Now?, Priorities for Industry and Governments" 2011, p.10 and 14. Отмечалось недостаточное развитие страховых продуктов.

кругов, и являются общим отражением всех видов деятельности коммерческой структуры.

i) Для поставщиков услуг по облачной обработке компьютерных данных

35. Заключение договора на оказание услуг по облачной обработке компьютерных данных означает для поставщика возникновение различных рисков и трудностей. Стандартные услуги, обычно связанные с соглашениями по ОкУ, будут менее рискованными, и переговоры по ним будут проходить сравнительно легче, потому что они будут предусматривать заключение общего договора со стандартными условиями.

36. В других ситуациях, когда, например, договоры увязываются с потребностями конкретного клиента, правовое положение поставщика услуг будет несколько иным. Переговоры с заказчиком потребуют уделения большего внимания и учета правовых последствий договоров.

37. Как правило, поставщик услуг будет производить оценку двух общих категорий рисков: во-первых, рисков, связанных с непреднамеренным или незаконным разглашением конфиденциальной или секретной информации клиента, и, во-вторых, рисков, связанных с непредоставлением услуг, как, например, сбой в оказании услуг по облачной обработке компьютерных данных или подключении и потеря данных. В обоих этих случаях риски могут быть обусловлены действиями или бездействием поставщика услуг или обстоятельствами, выходящими за рамки его контроля. Эти риски могут быть ограничены с помощью исключений в договоре о предоставлении услуг или путем страхования этих специфических рисков.

38. Поставщики услуг часто знакомы с одним или некоторым ограниченным числом местных законов, и в частности с местным законодательством, регулирующим договоры, и законами, защищающими частную жизнь граждан. Поэтому они выберут действующее законодательство либо предусматривающее требования в отношении защиты конфиденциальной информации, которые они могут выполнить – или которые они готовы выполнить, – либо содержащее предсказуемые и приемлемые для их целей нормы толкования договоров. Например, концепция общего права при толковании договоров исходит из того, что могут существовать "подразумеваемые условия". Суды считают, что при определенных обстоятельствах не все то, что согласовано сторонами, отражено в документе и что необходимо допускать наличие и некоторых дополнительных условий. Подразумеваемым условием, например, может быть обязанность с максимальной осторожностью обращаться с конфиденциальной и секретной информацией. Точно так же в системе гражданского права могут существовать определенные правила толкования договора, согласно которым любую двусмысленность в условиях договора следует толковать неблагоприятно для стороны, которая готовила эти условия¹⁶.

39. Существуют пределы для действия положения о выборе применимого права. Во-первых, стороны могут отойти от применимого права, договорившись о конкретных условиях в своем соглашении. Во-вторых, могут

¹⁶ Это будет в том случае, когда договор, например, считается договором присоединения.

существовать имеющие обязательную силу положения законов, которые применяются независимо от наличия положения о применимом праве. В-третьих, на определение обязательств сторон могут также повлиять нормы, касающиеся юрисдикции национальных судов, и наличие или отсутствие в договорном соглашении положения, касающегося юрисдикции. В некоторых случаях национальный суд может решить не принимать во внимание иностранное законодательство и применять свои собственные нормы. Это, например, может быть в тех случаях, когда нет ссылки на иностранный закон или когда внимание суда обращается на факт недостаточного подтверждения содержания иностранного закона.

40. Основная трудность в оценке юридических рисков в договоре на оказание услуг по облачной обработке компьютерных данных заключается в том, что в трансграничных ситуациях, которые выходят за рамки согласованных сторонами договорных условий, некоторые законы могут применяться даже при наличии положения о регулирующем законодательстве.

ii) Для желающих воспользоваться услугами по облачной обработке компьютерных данных

41. В большинстве ситуаций лицо, желающее воспользоваться услугами по облачной обработке компьютерных данных, будет более слабой стороной, или ему будет представлен стандартный договор, условия которого не будут подлежать обсуждению. Это будет часто иметь место в случае ОКУ. Во многих ситуациях, когда обсуждаются соглашения по ИКУ, стороны находятся в равных условиях, потому что они обе осведомлены о рисках и последствиях, связанных с условиями договора. Если существует дисбаланс в позициях сторон, применимые нормы договорного права часто предусматривают, что данный договор является договором присоединения.

42. Самый серьезный юридический риск для лиц, желающих воспользоваться данным видом услуг, по-прежнему обусловлен тем, что они не в состоянии в полной мере оценить риски, связанные с соглашением об облачной обработке компьютерных данных (например, недостатки, присущие используемой технологии, отсутствие или слабая разработка элементов безопасности, экономические риски, связанные с потерей или нарушением данных, и т.д.). Такая неполная оценка приводит к включению в договор неадекватных условий или становится причиной отсутствия в нем условий, касающихся конкретных рисков.

iii) Для пользователей

43. Пользователи не всегда будут участниками договора об оказании услуг по облачной обработке данных. Например, работник предприятия, который использует облако именно в качестве работника, не будет являться стороной договорного соглашения между работодателем и поставщиком услуг по облачной обработке данных.

44. Санкции за неправильное использование облака работником, которое приводит к финансовым потерям для работодателя, как правило, будут определяться трудовым договором или действующим договорным правом. Работодателю вполне может быть рекомендовано рассмотреть, отвечают ли

условия договора, которые он использует для целей найма, необходимым требованиям для принятия мер в отношении проявляющих небрежность или злонамеренно действующих работников. Это будет представлять риск для работодателя, поскольку третьи стороны, как правило, будут добиваться возмещения ущерба от юридического лица, которому поручено защищать конфиденциальную информацию, а не от его агента. Однако, если пострадавшая третья сторона сможет установить факт противоправных или злонамеренных действий со стороны работника или агента (который считается здесь пользователем) одного из участников соглашения об облачной обработке компьютерных данных, то в некоторых правовых системах можно добиваться возмещения ущерба путем предъявления иска работнику или агенту.

45. Хотя в случае типичного соглашения об облачной обработке компьютерных данных этого, как правило, не наблюдается, у работников или агентов могут иметься персональные сведения, права собственности в отношении имущества или коммерческие тайны, которые охватываются данными, подпадающими под действие соответствующего соглашения. Например, университет заключает соглашение об облачной обработке компьютерных данных для удовлетворения своих общих компьютерных потребностей, включая отправку и получение сообщений, расчет и начисление заработной платы и ведение баз данных, на которых профессора хранят свои исследовательские проекты. Эти проекты могут полностью или частично принадлежать профессорам. В этой ситуации пользователь облачных технологий, который не является стороной соглашения об облачной обработке данных, может пострадать в результате неправильного обращения с данными со стороны поставщика услуг или университета.

iv) Для третьих сторон

46. Третьи стороны непосредственно не затрагиваются соглашением об облачной обработке компьютерных данных. Они не являются участниками соглашения. В силу действия нормы, касающейся частного характера договорных отношений, они сталкиваются только с последствиями в отношениях между сторонами. Поэтому третьи стороны не могут требовать исполнения любого аспекта такого соглашения. Например, третья сторона не может применять предусмотренные договором средства правовой защиты в отношении поставщика услуг в связи с непринятием мер по защите ее персональной информации.

47. Тем не менее третьи стороны могут быть затронуты практикой, ставшей результатом соглашения об облачной обработке компьютерных данных. Добиваться принятия мер в отношении поставщика услуг, как правило, следует с помощью деликтного иска или с использованием законодательных положений, позволяющих предъявлять регрессное требование виновной стороне, например, если она не приняла разумных мер для защиты информации третьей стороны. В то же время, зная об этой возможности предъявления внедоговорных требований, может ли поставщик услуг ограничить свою потенциальную ответственность по договору? Одним из способов достижения этой цели является страхование рисков в связи с требованиями третьих сторон в данных обстоятельствах, когда данные были неправильно использованы, потеряны или незаконно присвоены.

Часть II: Рассмотрение правовых вопросов

А. Категории договоров об облачной обработке компьютерных данных

48. Традиционные категории услуг по облачной обработке компьютерных данных были представлены как OkУ, ПкУ и ИкУ. Эти категории отражают практическое и конкретно техническое использование облачной обработки компьютерных данных. Хотя эти категории имеют определенное отношение к правовому анализу, они являются неполными, потому что не позволяют выявить юридически значимые факторы, такие как создание защищенных прав интеллектуальной собственности и прав собственности. Договоры, охватывающие услуги по облачной обработке компьютерных данных, можно разделить на четыре группы:

- a) общая обработка текстов и почтовые услуги;
- b) размещение данных (защита и сохранение данных);
- c) использование лицензионного программного обеспечения или базы данных и других защищенных прав интеллектуальной собственности;
- d) собственный изготовленный продукт (т.е. продукт, в результате изготовления которого появилось совместное или частичное право собственности на него).

49. С юридической точки зрения все четыре категории договоров заставляют стороны учитывать различные моменты и имеют разные правовые последствия. Первая категория обычно используется частными лицами для личных нужд. Договоры на предоставление услуг по облачной обработке компьютерных данных по месту работы (например, электронная почта, электронная обработка текстов, минимальное хранение информации и т.д.), как правило, содержат базовые элементы и предусматривают использование общедоступных технологий и программного обеспечения, доступ к которым можно получить с помощью широко распространенных мобильных устройств при низких затратах. Из-за масштабов и стандартизации предоставляемых услуг зачастую существует очень мало возможностей индивидуально обговорить соглашения. В условиях предпринимательской деятельности выбор такой системы облачной обработки компьютерных данных может быть целесообразным, например, для целей связи, когда защита и обеспечение сохранности конфиденциальной информации осуществляются в самой коммерческой структуре.

50. При традиционном использовании в служебных целях компании и пользователи полагаются на неприкосновенность их жестких дисков и связанных с ними резервных систем. Использование этих систем регулируется гарантиями, которые могут предусматривать замену аппаратных средств, но, как правило, не гарантируют целостность данных. Это одна из областей, где облачная обработка компьютерных данных дает значительные договорные преимущества. Хотя договоры на хранение данных часто не являются предметом переговоров, существует весьма конкурентный рынок услуг по

хранению данных. Компаниям следует добиваться заключения договоров, которые позволят обеспечить возможность переноса и экспорта данных и будут предусматривать резервирование и защиту данных с помощью различных методов, что облегчит восстановление данных. Поэтому вторая категория предусматривает наличие мощностей для хранения в сочетании с соответствующими функциями безопасности для обеспечения сохранности данных и ограничения доступа только зарегистрированными пользователями. Вполне очевидно, что существуют различные уровни секретности конфиденциальной информации.

51. Третий тип договоров предусматривает использование лицензионных материалов. Довольно часто это возможность использовать базы данных. Некоторые профессиональные поставщики услуг, например, используют базы данных для извлечения информации или проведения анализов, которые впоследствии становятся частью предоставляемых услуг. Соответственно данный вид договоров позволяет использовать защищенную авторскими правами информацию, а также включать некоторые ее части в готовый продукт абонента. Иногда владелец интеллектуальной собственности может потребовать включения в условия договора ссылки на него в готовом продукте пользователей.

52. Три описанных выше вида договоров – это, как правило, договоры OkU. Они обычно связаны с ограниченным числом готовых продуктов, которые пользуются защитой прав интеллектуальной собственности. Четвертый тип договоров приводит к комплексному использованию компьютерных ресурсов поставщика услуг, а также вводимых ресурсов пользователя, которые становятся частью готового продукта. Четвертая категория предполагает создание рабочего продукта и связанных с ними имущественных прав и прав интеллектуальной собственности. Из-за отсутствия стандартов и недостаточно широкого внедрения существующих стандартов в случае платформы как услуги (ПкУ) может возникнуть ситуация, когда готовый продукт не может быть использован без прикладных программных интерфейсов (ППИ). Это означает, что приложения или продукты, разработанные на одной платформе, не могут быть свободно перенесены в другую точку облака или использованы на любом другом компьютере. В результате, как только организация выбрала поставщика услуг ПкУ, она становится привязанной к этой системе. В некоторых ситуациях готовый продукт фактически не может быть использован без предварительных консультаций с законным владельцем платформы. Содействие внедрению открытых стандартов для ППИ и дальнейшая работа по обеспечению оперативной совместимости могут ограничить число ситуаций, когда поставщики услуг по облачной обработке компьютерных данных могут заявлять свои права собственности.

53. Поскольку некоторые поставщики, в частности крупные, не очень стремятся переделывать массовые предложения и выходить за рамки стандартно предлагаемого набора вариантов (например, соглашения, заключаемые с помощью щелчка компьютерной мышью или путем просмотра стандартных условий, которые можно найти на веб-сайтах услуг по облачной обработке компьютерных данных, со стандартными функциями обеспечения безопасности), клиентам необходимо помнить, что четыре типа договоров

имеют различные последствия, которые должны с самого начала тщательно анализироваться.

54. Большая часть услуг по облачной обработке компьютерных данных будет содержать некоторые элементы, которые могут ассоциироваться с одним или несколькими видами договоров. Необходимо учитывать, что предоставление таких услуг постоянно меняется, эти модели развиваются, между ними не всегда можно провести четкое различие, и здесь может наблюдаться некоторое дублирование.

В. Договорные вопросы

i) Применение критериев международного частного права

55. Правом, применимым к договорным обязательствам, является право, выбранное сторонами, за исключением случаев, когда конкретный договор входит в категорию, для которой действующие нормы устанавливают конкретное применимое право (например, по некоторым аспектам, связанным с семейным имуществом). Если соответствующее намерение выражено в духе *bona fide* и нет никаких оснований избегать такого выбора по причинам обеспечения общественного порядка, намерение сторон в отношении выбора права имеет преимущественную силу.

56. Если стороны не сделали выбор права, то их намерение устанавливается с учетом намерения, выраженного в самом договоре, или – в случае отсутствия таких четких указаний – этот вопрос будет решаться на основании соответствующего закона с учетом условий договора и сопутствующих обстоятельств (в этом случае роль таких факторов играет право, "наиболее близко и наиболее реально связанное" со сделкой). Однако традиционные факторы не всегда легко определить в случае того или иного конкретного договора о предоставлении услуг по облачной обработке компьютерных данных. Например, где проводились переговоры по этому договору и где он был подписан в виртуальной среде? Где планируется исполнять договор? Где находится поставщик соответствующих услуг?

57. Эти вопросы имеют ограниченное применение в той мере, насколько подавляющее большинство договоров об облачной обработке компьютерных данных предусматривают выбор права. Тем не менее нужны ли какие-то рекомендации для тех случаев, когда стороны случайно или сознательно не выбрали регулирующее право? Должны ли быть ограничения на выбор регулирующего законодательства?

ii) Ограничения на перемещение данных и контроль над данными

58. В случае традиционных договоров об оказании услуг определить, имеет ли договор внешний элемент, сравнительно легко. Облачная обработка компьютерных данных часто включает международный компонент, поскольку данные нередко хранятся или перемещаются между серверами, расположенными в разных странах. Действительно, в плане оценки правовых рисков стороны соглашения об облачной обработке компьютерных данных и их адвокаты должны исходить из наличия международного аспекта.

59. Соглашения об облачной обработке компьютерных данных могут быть внутренними, и это означает, что договор, стороны и исполнение обязательств во всех отношениях носят внутренний характер. Они также могут включать тот или иной иностранный элемент, и в этом случае соглашение или соответствующие правоотношения могут подпадать под действие многочисленных законов, а правом рассматривать споры в связи с данным договором могут обладать несколько судов.

60. Одно из решений этой проблемы – потребовать, чтобы данные постоянно хранились в пределах одной юрисдикции. Если это целесообразно, стороны соглашения об облачной обработке компьютерных данных могут потребовать, чтобы данные физически хранились в пределах конкретной юрисдикции, с тем чтобы обеспечить применение к этому соглашению, сторонам и данным одного местного закона. За такой подход выступали правительства некоторых стран, в которых невозможно создать удовлетворительную систему защиты, с тем чтобы не допустить применения иностранных законов к данным, находящимся в облаке. Однако ни один договор, как бы ни был он хорошо проработан, не может полностью исключить применение законодательства какой-либо страны.

61. Приведенная выше практика в несколько измененном виде заключается в том, чтобы предусмотреть шифрование информации, передаваемой за пределы данной юрисдикции. В связи с этим, вполне очевидно, возникает вопрос, распространяется ли на зашифрованную информацию действие законов другой страны, и если да, то каковы будут практические последствия этого. Такая практика ставит и вопрос о том, может ли суд, в юрисдикции которого находятся данные, потребовать раскрыть ключ шифрования.

62. В гражданских и коммерческих делах суды могут вынести постановление о представлении документов, фактически находящихся в распоряжении и под контролем одной из сторон в споре. Следует ли требовать от поставщика услуг по облачной обработке данных представления электронных документов, находящихся под его контролем? Если нет, то содержит ли внутреннее законодательство четкие указания на этот счет? Осложняется ли эта ситуация в трансграничных ситуациях?

iii) Обязанности и ответственность каждого участника соглашения об облачной обработке компьютерных данных

63. Каковы обязанности сторон соглашения об облачной обработке компьютерных данных? Включают ли они обязательство обеспечивать сохранность и резервирование данных? Ограничиваются ли обязанности сторон лишь теми, что конкретно упомянуты в соглашении об облачной обработке данных? Несут ли поставщики таких услуг обязательство выполнять договор в соответствии с признанной практикой осуществления предпринимательской деятельности, и если да, то в чем заключается такая практика?

iv) Распределение обязательств, рисков и ответственности в рамках договора

64. В целом соответствующие обязательства сторон изложены в договоре, регулирующем их отношения. Хранение и передача данных из одной юрисдикции в другую в рамках управления ресурсами часто приводит к

возникновению проблем и рисков, которые нелегко распределить в самом начале. Юрисдикция, в которой находится сервер с хранящимися на нем данными, не известна субъекту, использующему облако, и в результате клиент и поставщик услуг сталкиваются с трудностями, осуществляя тщательную проверку и контроль методов обработки данных и стремясь обеспечить соблюдение не только условий договора, но и различных законов, которые могут применяться. Стороны могут предусмотреть конкретные проверки и прибегать к установлению достоверности информации, для того чтобы определить, где находятся данные.

65. В отсутствие каких-либо условий в договоре на обслуживание лицо, заключающее договор на выполнение работ и поставку материалов, гарантирует, что материалы или услуги будут приемлемого качества и будут разумно подходить для целей, для которых они приобретены, за исключением случаев, когда детали договора таковы, что исключают любую такую гарантию. Существуют ли какие-либо подразумеваемые условия в рамках правоотношений, устанавливаемых в договоре об облачной обработке компьютерных данных? Например, гарантирует ли поставщик услуг по облачной обработке данных, что он будет соблюдать все действующие местные законы в том месте, где могут находиться данные? Если стороны договорились разместить данные в определенных географических точках, гарантирует ли поставщик услуг по облачной обработке данных, что это будет именно так и что серверы, используемые для целей хранения или компьютерной обработки данных, будут расположены исключительно в рамках указанной юрисдикции?

66. Предусмотрено ли в договоре условие, что поставщик услуг должен сохранять контроль над данными?

67. Имеют ли законную силу ограничения ответственности за потерю или нарушение целостности данных или же они считаются неправомерными или юридически недействительными, потому что противоречат цели договора?

v) *Международные стандарты, ссылка на которые включена в соглашения об облачной обработке компьютерных данных*

68. Появление "международных стандартов", предложенных торговыми ассоциациями и неправительственными организациями-членами, возможно, способствовало рассмотрению и ограничению юридических рисков, связанных с облачной обработкой компьютерных данных, в частности для малых и средних предприятий, у которых не всегда могут быть ресурсы или опыт для рассмотрения всех возможных вопросов, связанных с использованием облака. Следует ли ЮНСИТРАЛ рассматривать вопрос о том, можно ли включать такие стандарты в оптимальные виды практики? Являются ли стандарты, упомянутые в договорах между поставщиками услуг по облачной обработке компьютерных данных и клиентами, эффективными и имеющими обязательную силу в различных системах права?

vi) *Размещение данных и права собственности*

69. Во многих правовых системах открытое и вполне определенное владение личным имуществом равносильно презумпции права собственности. Вызывает ли эта презумпция проблемы в кругах, связанных с облачной обработкой

компьютерных данных? Является ли поставщик услуг по такой обработке владельцем данных своих клиентов? Что происходит в ситуациях, когда права собственности на данные или программное обеспечение не были четко установлены сторонами соглашения об облачной обработке данных, в частности в ситуации, когда предоставляется ИКУ?

70. В свете прав собственности клиентов на данные, находящиеся у поставщика услуг по облачной обработке данных, следует ли требовать от поставщика услуг по требованию предоставлять эти данные их законному владельцу? Будет ли это обязательство включать в себя и обязательство стереть или иным образом уничтожить любые резервные копии данных?

vii) *Интеллектуальная собственность*

71. Ряд положений, разработанных поставщиками услуг по облачной обработке данных, конкретно предусматривает, что клиент сохраняет свои права интеллектуальной собственности на содержание информации, передаваемой поставщику. Однако в некоторых ситуациях поставщик выдает себе своего рода лицензию – порой универсальную и неограниченную - на использование, размещение, хранение, воспроизведение, изменение, передачу и распространение контента.

72. Соблюдение прав интеллектуальной собственности – это еще одна проблема, о которой не должен забывать клиент. Из-за характера облака в некоторых случаях данные могут быть размещены в различных и иногда неизвестных местах. В этих условиях может быть трудно предсказать, какие законы будут применяться, учитывая, что права интеллектуальной собственности часто определяются путем ссылки на законы соответствующего государства. К тому же то, что является нарушением авторских прав в одной стране, может не являться таким нарушением в другой.

73. Можно также рассмотреть вопрос определения владельца авторского права в случае создания новых произведений в контексте услуг по облачной обработке данных.

viii) *Юрисдикция*

74. Что является достаточной связью с данной юрисдикцией, для того чтобы суд принял к рассмотрению договорные требования, возникшие из соглашения об облачной обработке компьютерных данных? В какой мере исключительный выбор юрисдикции признается и подлежит исполнению?

75. В отсутствие положения о юрисдикции где могут стороны договора предъявить иск или добиваться принятия временных мер защиты? Что должно служить основой для такого осуществления юрисдикции?

Заключение

Информация, представленная в настоящей записке, преследует цель содействовать рассмотрению правовых вопросов, влияющих на предоставление услуг по облачной обработке компьютерных данных, с тем чтобы Рабочая группа могла использовать эту подготовительную работу при

выработке рекомендаций. Комиссия, возможно, пожелает принять к сведению вопросы, поднятые в настоящей записке, и мандат Рабочей группы на рассмотрение этих вопросов, а также других вопросов, выявленных в ходе обсуждений, и рекомендовать при необходимости оптимальные виды практики, исходя из подтвержденного факта отсутствия средств правовой защиты, ощущаемой несбалансированности между правами и обязанностями сторон, участвующих в процессе облачной обработки компьютерных данных, или иных свидетельств. В целях оказания содействия Рабочей группе Секретариат мог бы провести исследование по договорным вопросам, возникающим в сфере предоставления услуг по облачной обработке компьютерных данных, и изучить возможные решения для всех или некоторых из этих вопросов в интересах развития международной торговли. Для сбора дополнительной информации могут быть также использованы совещания и консультации экспертов.

Приложение I: Текущие вопросы в сфере облачной обработки компьютерных данных

76. Международные организации рассмотрели широкий круг вопросов, связанных с облачной обработкой компьютерных данных. Их анализ представляет собой информационную матрицу, которая помогает понимать и развивать облачную обработку компьютерных данных и оказывать помощь в разграничении важных правовых вопросов в связи с предоставлением услуг по облачной обработке компьютерных данных.

а) Центр Организации Объединенных Наций по упрощению процедур торговли и электронным деловым операциям (СЕФАКТ ООН)

77. СЕФАКТ ООН – вспомогательный орган Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций (ЕЭК ООН) – обеспечивает поддержку мероприятий, призванных расширить способность коммерческих, торговых и административных организаций развитых и развивающихся стран, а также стран с переходной экономикой эффективно осуществлять обмен продуктами и соответствующими услугами. Основная цель – содействовать национальным и международным торговым операциям путем упрощения и согласования процессов, процедур и информационных потоков и тем самым вносить вклад в обеспечение роста мировой торговли. СЕФАКТ одобрил целый ряд спецификаций и стандартов, таких как глобальные стандарты ebXML для обмена коммерческими сообщениями, установление торговых отношений, передача данных с использованием общей терминологии и определение и регистрация бизнес-процессов. Одобрение этих стандартов или процессов может повлиять на деловую практику и сократить число проблем, связанных с оперативной совместимостью, и в конечном итоге количество гражданских судебных споров.

б) Всемирная таможенная организация

78. Всемирная таможенная организация (ВТО) является единственной межправительственной организацией, которая занимается исключительно таможенными вопросами. Работа ВТО включает разработку глобальных стандартов, упрощение, согласование и модернизацию таможенных процедур (включая содействие использованию методов ИТ), обеспечение безопасности каналов поставок товаров, упрощение процедур международной торговли, укрепление деятельности по обеспечению выполнения и соблюдения таможенных требований, инициативы по борьбе с контрафактной продукцией и пиратством, государственно-частное партнерство, поощрение честности и неподкупности и разработку и осуществление долгосрочных глобальных программ по наращиванию потенциала таможенных органов. ВТО также ведет международную номенклатуру товаров Согласованной системы и занимается техническими аспектами соглашений ВТО о таможенной оценке и правил происхождения товаров. Кроме того, ВТО и ЮНСИТРАЛ сотрудничают с другими международными организациями в осуществлении крупной программы в целях решения глобальных правовых проблем, связанных с международным механизмом "единого окна".

с) ЮНКТАД

79. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию накопила значительный опыт в таможенной области в рамках решения своей задачи по развитию торговли. Многие страны и экономики внедрили ее Автоматизированную систему обработки таможенных данных (АСОТД).

80. В 2013 году ЮНКТАД выпустила "Доклад об информационной экономике – облачная экономика и развивающиеся страны" ("Information Economy Report, The Cloud Economy and Developing Countries"), в котором дается оценка результатов развития облачной обработки компьютерных данных в развивающихся странах. В нем рассматриваются условия, необходимые для содействия развитию сферы облачной обработки компьютерных данных, и особо отмечаются последствия непринятия соответствующих мер. Этот документ имеет основополагающее значение, в частности ввиду его подхода к оценке того, что представляет собой сектор облачной обработки компьютерных данных, а также того, что следует предпринять в плане развития инфраструктуры и разработки политики и мер для достижения прогресса в этой области.

д) Международная торговая палата

81. Международная торговая палата (МТП) является международным органом частного сектора, который представляет интересы мирового бизнес-сообщества. Цель МТП – стимулировать развитие мировой экономики, устанавливая правила и стандарты, содействуя росту и процветанию и распространяя коммерческий опыт и знания. МТП разработала ряд типовых договоров и соглашений, которые охватывают коммерческие аспекты поставки товаров в рамках международных договоров купли-продажи, например, ее типовой международной договор купли-продажи, типовое коммерческое агентское соглашение и типовой дистрибьюторский договор.

82. Недавно Комиссия МТП по цифровой экономике опубликовала документ с обзором мнений деловых кругов относительно нормативно-правовых аспектов использования облака ("Business Views on Regulatory Aspects of Cloud"), где правительствам рекомендовалось поощрять использование уже имеющихся у них полномочий по регулированию, для того чтобы улучшить понимание рынка облачных услуг и повысить доверие к нему. В этом документе сделан вывод о том, что риски, с которыми сталкиваются деловые круги и потребители, когда имеют дело с услугами по облачной обработке данных, как правило, те же самые, которые возникают при использовании более традиционных коммуникаций и деловой практики.

е) Организация экономического сотрудничества и развития

83. Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) является международным органом, в состав которого входит 30 стран-членов. Цели ОЭСР заключаются в том, чтобы поддерживать устойчивый экономический рост, содействовать увеличению занятости, повышению уровня жизни, поддержанию финансовой стабильности, способствовать экономическому развитию других стран и экономик, а также вносить свой вклад в рост мировой торговли. Важная работа была проделана ОЭСР в связи с облачной обработкой

компьютерных данных, в частности в том, что касается рекомендаций и оптимальных видов практики в области электронной торговли:

- Руководящие принципы ОЭСР, регулирующие неразглашение и трансграничные потоки личных данных (1980 год)
- Руководящие принципы ОЭСР в отношении безопасности информационных систем и сетей: на пути к культуре безопасности (Руководящие принципы в отношении безопасности) (2002 год)
- Рекомендация ОЭСР по электронному удостоверению подлинности и Руководство ОЭСР по электронному удостоверению подлинности (2007 год)
- OECD, Cloud Computing: The Concept, Impacts and the Role of Government Policy (2014) (ОЭСР, Облачная обработка компьютерных данных: концепция, воздействие и роль государственной политики (2014 год))

В самом последнем документе – Cloud Computing: The Concept, Impacts and the Role of Government Policy (Облачная обработка компьютерных данных: концепция, воздействие и роль государственной политики) – излагаются возможные функции правительства в плане политики в отношении облачной обработки компьютерных данных.

f) Гагская конференция по международному частному праву

84. Гагская конференция по международному частному праву – это межправительственная организация, цель которой – обеспечивать прогрессивную унификацию норм международного частного права. Среди результатов ее работы – многосторонние договоры в области международного правового сотрудничества и судебных разбирательств, а также международного коммерческого и финансового права. В последнее время в работе Конференции вопросы облачной обработки компьютерных данных специально не затрагивались. В контексте облачной обработки компьютерных данных могут быть актуальны существующие конвенции, которые открыты для подписания и ратификации, такие как Конвенция о сборе за границей доказательств по гражданским и коммерческим вопросам от 18 марта 1970 года, Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским или коммерческим вопросам от 1 февраля 1971 года и Конвенция о соглашениях о выборе суда от 30 июня 2005 года. Кроме того, текущая работа Гагской конференции над конвенцией о признании и приведении в исполнение судебных решений может повлиять на соглашения и судебные разбирательства, связанные с облачной обработкой компьютерных данных.

g) Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)

85. Всемирная организация интеллектуальной собственности – это специализированное учреждение Организации Объединенных Наций. Она занимается разработкой сбалансированной и доступной международной системы интеллектуальной собственности (ИС), призванной поощрять творчество, стимулировать инновации и вносить вклад в экономическое развитие при одновременном обеспечении интересов общества.

86. ВОИС осуществляет постоянный контроль за применением существующих международных конвенций о защите интеллектуальной собственности в электронной торговле.

h) Азиатско-Тихоокеанское экономическое сотрудничество (АТЭС)

87. Азиатско-Тихоокеанское экономическое сотрудничество, или АТЭС, – это форум, призванный содействовать экономическому росту, сотрудничеству, торговле и инвестициям в Азиатско-Тихоокеанском регионе. АТЭС представляет собой межправительственную группировку, которая действует на основе не имеющих юридической силы обязательств, открытого диалога и одинакового уважения к мнению всех участников.

88. АТЭС проявляет приверженность поощрению интернет-экономики с момента принятия в 1998 году на ежегодной встрече ее лидеров программы действий АТЭС в области электронной торговли и создания в 1999 году Руководящей группы АТЭС по электронной торговле (РГЭТ) в целях содействия развитию и применению электронной торговли на основе создания правовых, нормативных и программных условий в регионе АТЭС. В 2014 году АТЭС продолжала проводить работу по развитию интернет-экономики, выпустив в Нинбо, Китайская Народная Республика, концептуальный документ "Развитие интернет-экономики путем расширения сотрудничества в области ИКТ". Подгруппа по конфиденциальности данных (ПКД) также рассматривает вопросы оперативной совместимости режимов обеспечения конфиденциальности данных АТЭС и ЕС.

i) Международная конференция уполномоченных по защите данных и конфиденциальности

89. На международные конференции уполномоченных по защите данных и конфиденциальности собираются уполномоченные по вопросам конфиденциальности из самых различных стран мира, которые принимают резолюции, призывающие внедрять оптимальные виды практики в области защиты персональных данных и конфиденциальной информации.

j) Всемирная торговая организация (ВТО)

90. В Декларации о глобальной электронной торговле, принятой на второй (Женевской) Конференции на уровне министров 20 мая 1998 года, содержался настоятельный призыв к Генеральному совету ВТО разработать всеобъемлющую программу работы для изучения всех связанных с торговлей вопросов, касающихся глобальной электронной торговли. Генеральный совет принял план этой программы работы 25 сентября 1998 года, положив начало обсуждению вопросов электронной торговли с советами по торговле товарами, услугами и ТРИПС (интеллектуальная собственность) и Комитетом по торговле и развитию.