

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General
12 May 2020
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Пятьдесят третья сессия
Нью-Йорк, 6–17 июля 2020 года

**Правовые вопросы, касающиеся цифровой экономики.
Операции с данными**

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Контекст	2
II. Что такое данные и операции с ними?	2
III. Участники	4
IV. Правовые режимы.	4
A. Права и обязанности сторон операций с данными	4
B. Данные как товар	7
C. Размышления для Комиссии.	14
V. Предварительный анализ соответствующих текстов ЮНСИТРАЛ	14
A. КМКПТ	14



I. Контекст

1. Как отмечено в документе A/CN.9/1012, согласно одному из прогнозов, уже к 2025 году объем ежегодно создаваемых данных увеличится примерно с 16 трлн до 163 трлн гигабайт¹. В Докладе о цифровой экономике 2019 Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) описывается феномен «экономики данных», которая сформировалась в результате превращения данных в один из движущих факторов экономического развития и центральным элементом которой является «рынок данных», на котором предлагаются разнообразные услуги, связанные с их сбором и обработкой. В одном только Европейском союзе (ЕС) объем экономики данных (т. е. влияние рынка данных на экономику в целом) в 2020 году оценивается в 477 млрд евро².
2. В экономике данных операции с данными происходят по «цепочке создания стоимости данных», в конце которой формируется «цифровой интеллект», который можно использовать в качестве основы для принятия решений или разработки новых продуктов³. На разных звеньях этой цепочки совершаются операции с разными типами данных. Если необработанные данные на одном конце цепочки сами по себе обладают ограниченным потенциалом создания стоимости, то «производные данные» (т. е. данные, полученные в результате обработки необработанных данных) и «агрегированные данные» (т. е. комбинированный набор данных, полученных из разных источников), создаваемые по ходу цепочки, обладают значительным потенциалом.
3. Цепочки создания стоимости данных существуют не только на национальном, но и на международном уровне. Трансграничные потоки данных имеют особую актуальность для международной торговли и развития. Как отмечается в докладе ЮНКТАД, «всемирный охват глобальных цифровых платформ и тот факт, что они работают на данных, ведет к обмену огромными объемами данных между пользователями и платформами, расположенными в разных странах»⁴.
4. Принимая во внимание важность данных для международной торговли, необходимо изучить вопрос о применимости действующего торгового законодательства к операциям с данными и другим видам их использования в торговой сфере. В настоящей записке не рассматриваются, помимо прочего, законы о конфиденциальности и защите данных (в связи с которыми возникают сложные политические вопросы)⁵, а также законодательство об интеллектуальной собственности.

II. Что такое данные и операции с ними?

5. Согласно широко распространенному определению, сформулированному Международной организацией по стандартизации (ИСО), «данные» означают «представление информации в формальном виде, пригодном для передачи, интерпретации или обработки»⁶. Аналогичная трактовка данных как представления информации лежит в основе понятия «сообщение данных», используемого в текстах ЮНСИТРАЛ по электронной торговле, в которых оно определено как «информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с

¹ World Trade Organization, *World Trade Report 2018: The Future of World Trade* (Geneva, 2018), p. 28.

² European Data Market Monitoring Tool, available at <http://datalandscape.eu/european-data-market-monitoring-tool-2018>.

³ UNCTAD, *Digital Economy Report 2019 – Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries* (Geneva, 2019), p. 29.

⁴ Ibid, p. 89.

⁵ На пятьдесят первой сессии Комиссия решила, что Секретариату при проведении исследовательской работы следует «избегать вопросов конфиденциальности и защиты данных»; *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/73/17)*, п. 253(b).

⁶ ISO, *Information Technology – Vocabulary, ISO/IEC Standard No. 2382*, 2015.

помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств»⁷. Из определения ИСО следует, что данные не обязательно должны быть в электронной или машиночитаемой форме, хотя подобные данные имеют бóльшую потенциальную ценность для цифровой экономики⁸.

6. В рамках текущего совместного проекта по разработке принципов экономики данных (о котором будет подробнее сказано в пункте 15 ниже) Американский институт права (АИП) вместе с Европейским институтом права (ЕИП) занимается изучением вопроса о правовых нормах, применимых к операциям с данными, с целью разработки принципов экономики данных (далее — «Принципы АИП/ЕИП»)⁹. Согласно текущему проекту Принципов АИП/ЕИП, «операция с данными» означает «операцию, связанную с контролем над данными, их обработкой или любыми правами в отношении них»¹⁰, при этом под «контролем» понимается возможность доступа к данным и определения целей и способов их обработки (независимо от наличия прав на это), а под «обработкой» — такие действия, как запись, организация, структурирование, хранение, модификация или изменение, извлечение, передача, упорядочивание или комбинирование, ограничение доступности, стирание или уничтожение данных.

7. В текущей редакции проекта Принципов АИП/ЕИП особо выделены следующие виды операций с данными:

- а) передача данных;
- б) предоставление доступа или разрешения на доступ к данным или источнику данных;
- с) обмен данными на онлайн-платформе;
- д) предоставление услуг обработки данных;
- е) предоставление услуг для облегчения операций с данными (в том числе через онлайн-платформу).

8. Для прояснения некоторых вопросов относительно операций с данными Министерство экономики, торговли и промышленности Японии в 2018 году опубликовало «Руководящие принципы составления договоров на использование искусственного интеллекта и данных: раздел данных» (далее «Руководящие принципы МЭТП»)¹¹ с целью «рационализации процесса заключения и исполнения контрактов на использование данных, сокращения связанных с ними операционных издержек и содействия их более широкому применению». В отличие от Принципов АИП/ЕИП, в Руководящих принципах МЭТП в отдельный вид операций выделено создание данных.

9. Как отмечает ЮНКТАД, в рамках экономики данных совершаются операции с разными типами данных, которые можно классифицировать по целому ряду критериев: персональные или обезличенные; закрытые или общедоступные; используемые для коммерческих или государственных целей; данные, используемые компаниями, включая корпоративные данные, данные персонала, технические данные и данные поставщиков; структурированные и

⁷ Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, ст. 2, п. (а); Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах, ст. 4, п. (с). В Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронных передаваемых записях используется термин «электронная запись».

⁸ В примечании 1 к определению «данных» в стандарте ISO/IEC 2382 указано, что данные «пригодны для обработки людьми или с помощью автоматических средств».

⁹ Более подробную информацию об этой совместной инициативе см. по адресу www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/data-economy/.

¹⁰ Проект принципов АИП/ЕИП в текущей редакции (ALI Council Draft No. 1) (от 8 декабря 2019 года) имеется в архиве Секретариата.

¹¹ Japan, Ministry of Economy, Trade and Industry, *Contract Guidelines on Utilization of AI and Data: Data Section* (June 2018), English translation available at www.meti.go.jp/press/2019/04/20190404001/20190404001-1.pdf.

неструктурированные данные; текущие и исторические данные; данные, предоставляемые добровольно, получаемые путем наблюдения или экстраполируемые аналитически¹²; конфиденциальные или неконфиденциальные; данные, используемые во взаимоотношениях между предприятиями (B2B), предприятием и потребителем (B2C), государством и потребителем (G2C) и разными потребителями (C2C)¹³. Как видно из этих классификаций, данные и операции с ними могут теоретически затрагивать широкий круг заинтересованных сторон и широкий спектр законов.

III. Участники

10. Цепочка создания стоимости данных объединяет не только разные этапы контроля и обработки данных, но и целый ряд самых разных участников. Таких участников можно классифицировать по функциям, которые они выполняют по ходу цепочки создания стоимости:

- а) производитель данных (т. е. лицо, производящее данные, в том числе с помощью автоматизированных средств или измерительного оборудования, а также на основе других данных);
- б) субъект данных (т. е. лицо, к которому относятся данные);
- в) поставщик данных (т. е. лицо, которое предоставляет данные, включая данные, размещенные для общего пользования на онлайн-платформе);
- г) получатель данных (т. е. лицо, которое получает данные, в частности получает доступ к данным, размещенным для общего пользования на онлайн-платформе);
- д) обработчик данных (т. е. лицо, которое обрабатывает данные независимо от того, производит ли оно их само либо получает извне);
- е) оператор платформы данных (т. е. лицо, предоставляющее услуги размещения данных на онлайн-платформе).

IV. Правовые режимы

11. В настоящем разделе рассматриваются два аспекта операций с данными, как они определены выше (п. 6): а) права и обязанности сторон операций с данными и б) данные как товар.

A. Права и обязанности сторон операций с данными

1. Договорное право

12. Если операции с данными осуществляются на договорной основе, то основной нормативно-правовой базой, применимой к таким операциям, является

¹² Согласно документу, опубликованному Всемирным экономическим форумом, «добровольно предоставляемые данные» (т. е. данные, созданные и прямо предоставленные физическим лицом для общего пользования, например профили в социальных сетях), «данные, получаемые путем наблюдения» (т. е. данные, полученные путем регистрации действий физических лиц, например данные о местонахождении в момент пользования мобильным телефоном) и «экстраполируемые данные» (т. е. данные о физических лицах, полученные путем анализа добровольно предоставленной и полученной в результате наблюдений информации, например кредитные рейтинги) представляют собой три категории персональных данных. См. *Rethinking Personal Data: A New Lens for Strengthening Trust* (Geneva, 2014), pp. 16–17.

¹³ UNCTAD, *Digital Economy Report 2019*, p. 29. Некоторые из этих критериев относятся в первую очередь к персональным данным (т. е. данным, относящимся к идентифицированному или идентифицируемому лицу).

договорное право. Для лучшего понимания того, о каких видах договорных прав и обязательств идет речь, операции с данными можно разделить на три категории по типам контрактов:

а) *контракты на предоставление данных*: данный тип договора регулирует операции, при которых поставщик данных предоставляет данные или доступ к ним получателю данных; такие контракты обычно определяют права получателя на использование данных и другие условия предоставления данных. Договор может предусматривать отказ поставщика от права контроля над данными, в случае чего операцию можно квалифицировать как «уступку» прав на данные. И наоборот, контракт может предусматривать сохранение у поставщика данных права на их использование;

б) *контракты на производство данных*: этот тип договора устанавливает права сторон на использование вновь создаваемых данных (например, необработанных данных с измерительных устройств и данных, полученных из них путем обработки, анализа, редактирования и интеграции)¹⁴. Стороны могут договариваться о гарантиях в отношении содержания и непрерывного производства данных, о распределении прибыли и расходов, а также о порядке управления данными и обеспечения из защиты¹⁵;

с) *контракты на предоставление услуг, связанных с обработкой данных*: этот тип договора регулирует предоставление услуг обработки данных, когда одна из сторон обязуется обработать данные, предоставленные другой стороной, и предоставить этой стороне доступ к обработанным данным. Сюда относятся услуги скрейпинга данных, облачные услуги¹⁶, услуги анализа данных, услуги по предоставлению платформы для работы с данными и услуги электронной передачи данных. Такие контракты также регулируют предоставление услуг посредником для облегчения операций с данными (в том числе с помощью онлайн-платформы).

13. Как отмечается в докладе, подготовленном в рамках проекта «Центр поддержки обмена данными», финансируемого Европейской комиссией, типовые условия контрактов, используемые представителями отрасли, обычно включают положения, касающиеся следующих вопросов: i) содержание или характер данных (например, персональные данные, информация публичного сектора, конфиденциальная информация), ii) коммерческие условия (например, условия оплаты, срок действия контракта, основания для расторжения), iii) контроль, «право собственности» и право на использование (например, исключительное право контроля, права интеллектуальной собственности, ограничения), iv) общий правовой контекст (например, применимое право, порядок разрешения споров) и v) параметры услуги предоставления данных (например, доступность, время реагирования)¹⁷.

14. Хотя договорное право обычно признает юридическую силу условий договора согласно принципу автономии воли сторон, оно также устанавливает определенные нормы и принципы, призванные обеспечить такой уровень справедливости в коммерческих отношениях, какой считается желательным в каждой отдельно взятой правовой системе. В контексте же операций с данными наблюдается отсутствие определенности не только среди сторон относительно того, какие права и обязанности требуется закрепить в договоре, но и среди юристов и судей относительно применимости существующих норм и принципов договорного права. Так, для применения норм договорного права, касающихся достаточности исполнения и подразумеваемых обязательств, например в отношении способа предоставления и качества данных, может потребоваться учесть

¹⁴ METI Data Guidelines, p. 5.

¹⁵ Ibid., p. 42.

¹⁶ Недавно Секретариат опубликовал *Комментарии по основным вопросам, связанным с договорами об облачных вычислениях*, которые доступны по адресу https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/19-09105_r.pdf.

¹⁷ *Support Centre for Data Sharing Report: Collected Model Contract Terms* (July 2019), pp. 6–7.

характер и цель контракта (т. е. операции с данными) и устоявшуюся деловую практику (т. е. практику, сложившуюся между участниками рынка данных), что в свою очередь требует понимания формирующейся экономики данных.

15. Эта неопределенность послужила толчком к реализации целого ряда инициатив в последние годы, в частности публикации Руководящих принципов МЭТП, принятию Кодекса поведения в отношении обмена сельскохозяйственными данными на основе договорных соглашений членами агропромышленного сектора ЕС и разработке Принципов АИП/ЕИП (работу над которыми планируется завершить в 2021 году). Как отмечается на сайте совместного проекта АИП/ЕИП:

Как в США, так и в Европе экономика данных начинает вызывать все большее беспокойство у заинтересованных сторон — потребителей, представителей отраслей, работающих с большими объемами данных, и стартапов — из-за сложившейся неопределенности в отношении применимых правовых норм и доктрин. Тревогу вызывает целый ряд вопросов — от полной неопределенности правовой базы, тормозящей инновационную деятельность и экономический рост, до риска утраты контроля правительствами и органами законодательной и судебной власти и заканчивая серьезными вопросам защиты прав потребителей и соблюдения основных прав. В более широком смысле, уже сейчас нет ясности в вопросе о том, какими правами «владеют» и могут торговать стороны, например, кому принадлежат данные, созданные в результате такой деятельности, как вождение автомобиля, подключенного к сети, какие атрибуты могут быть присвоены таким данным, какие права с ними связаны, кто может быть обязан выплачивать компенсацию за использование экономического потенциала таких данных и кому она может причитаться. Отсутствие определенности в этих вопросах не позволяет обеспечить предсказуемость, необходимую для совершения операций с данными, и ставит трудноразрешимые задачи перед законодателями и судьями.

2. Право, регулирующее куплю-продажу товаров

16. Во многих правовых системах договорное право дополняется специальным законодательством о купле-продаже товаров. В некоторых из них понятие «товар» означает только материальные вещи. В других это понятие имеет более широкое значение. Само же понятие «купля-продажа» обычно означает передачу имущественных прав (о чем будет сказано ниже)¹⁸.

17. Во многих правовых системах общего права законодательство о купле-продаже товаров основано на утратившем силу *Законо о купле-продаже товаров 1893 года* Соединенного Королевства. Судами некоторых из этих правовых систем был сделан вывод о том, что данное законодательство не применяется к программному обеспечению, а тем более к данным¹⁹. Хотя в ходе законодательной реформы в таких странах, как Новая Зеландия, сфера действия

¹⁸ См. «общепринятое определение», сформулированное Судом Европейского союза в решении по делу *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, о котором будет сказано в п. 28 ниже.

¹⁹ В Соединенном Королевстве относительно *Закона о купле-продаже товаров 1979 года* см. решение Апелляционного суда Англии и Уэльса по делу *St. Albans City and District Council v. International Computers Limited* (Case No. QBENF 94/1521/C, Judgment, 26 July 1996, *All England Law Reports*, vol. 1996, No. 4); решение Апелляционного суда Англии и Уэльса по делу *Computer Associates UK Limited v Software Incubator Limited* (Case No. A3/2016/3823, Judgment, 19 March 2018, *Lloyd's Law Reports*, vol. 2018, No. 1, [2018] EWCA Civ. 518). В Австралии относительно *Закона о купле-продаже товаров 1923 года* штата Новый Южный Уэльс см. решение Верховного суда Нового Южного Уэльса по делу *Gammasonics Institute for Medical Research Pty. Ltd. v. Comrad Medical Systems Pty. Ltd.*, (Case No. 2009/14136, Judgment, 9 April 2010, *New South Wales Law Reports*, vol. 77, p. 479, [2010] NSWSC 267).

законодательства была распространена на программное обеспечение²⁰, маловероятно, что оно будет применяться к данным в целом. В Едином торговом кодексе Соединенных Штатов Америки операции с программным обеспечением особо не упоминаются, однако, по мнению некоторых судов, он к ним применяется²¹. Стоит отметить, что законодателям штатов было рекомендовано использовать Единый закон о компьютерных операциях с информацией²² в качестве типовых нормативных положений, регулирующих операции с такими компьютерными информационными продуктами, как программное обеспечение и онлайн-базы данных, однако широкого применения он так и не получил.

18. В правовых системах гражданского права, например в Германии, положения о купле-продаже товаров, согласно статье 453 Гражданского кодекса, применяются также к правам и другим объектам, к которым могут относиться и данные. Во Франции под куплей-продажей, согласно статье 1582 Гражданского кодекса, понимается поставка «вещи», а данные в это понятие не входят. В Китае, согласно статье 132 Закона о договорах, положения о купле-продаже применяются к объектам, которые должны быть собственностью продавца или принадлежать ему на праве распоряжения. В Японии в соответствии со статьей 555 Гражданского кодекса договоры купли-продажи должны быть связаны с передачей определенных реальных прав, каковыми являются права на извлечение имущественных интересов и выгоды из объекта купли-продажи. Можно предположить, что в Китае и Японии действующие положения о купле-продаже могут применяться к данным, если будет признано, что данные могут быть объектом права, аналогичного праву собственности (об имущественных правах на данные см. ниже).

3. Другие режимы

19. В 2018 году в ЕС был принят рамочный регламент о свободном перемещении обезличенных данных²³. Регламент предусматривает, помимо прочего, разработку отраслевых кодексов поведения в отношении переносимости данных, которые адресованы в первую очередь поставщикам облачных услуг и имеют целью не допустить практику «привязки» пользователей к конкретному поставщику и стимулировать конкуренцию на рынке данных. Хотя такие кодексы поведения не имеют обязательной юридической силы, они устанавливают дополнительные требования для поставщиков услуг обработки данных, например требование о раскрытии информации и требование упростить порядок смены поставщика пользователями²⁴.

В. Данные как товар

20. Различные участники цепочки создания стоимости данных не всегда состоят в договорных отношениях друг с другом. Поэтому участники могут лишь в ограниченной степени пользоваться положениями договорного права для защиты своих интересов в случае использования данных третьей стороной

²⁰ См. Закон 2003 года о внесении изменений в Закон о купле-продаже товаров (статья 3), соответствующее изменение отражено в Законе о договорном и коммерческом праве 2017 года (статья 119(1)).

²¹ См., например, Civil Court of the City of New York, *Communications Groups, Inc. v. Warner Communications, Inc.*, Judgment, 28 March 1988, *New York Miscellaneous Reports, Third Series*, vol. 138, p. 80.

²² National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Computer Information Transactions Act (2002), available at www.uniformlaws.org/viewdocument/committee-archive-52?CommunityKey=92b2978d-585f-4ab6-b8a1-53860fbb43b5&tab=librarydocuments.

²³ Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data in the European Union.

²⁴ См. SWIPO, “Multi-Stakeholder Group Presents Codes of Conduct to Enable Competition and Data Portability for Cloud Service Customers Across Europe”, press release, Helsinki, 26 November 2019, available at www.swipo.eu/media/SWIPO_press_release.pdf.

(например, в соответствии с доктриной частного характера договорных отношений, действующей в системах общего права).

21. В настоящем разделе анализируются различные правовые режимы, применимые к данным как товару: i) имущественное право; ii) другие режимы, включая уголовное право.

1. Имущественное право

22. Похоже на то, что на сегодняшний день данные не считаются объектом имущественных прав в большинстве правовых систем. Так, данные не упоминаются в качестве объекта имущественных прав в гражданских кодексах Аргентины²⁵, Испании²⁶, Российской Федерации²⁷, Франции²⁸ и Японии²⁹.

23. В Германии в решениях ряда судов признается, что данные не являются «вещью» по смыслу статьи 90 Гражданского кодекса и, следовательно, не являются объектом традиционного права собственности, которое предусмотрено только для физических объектов³⁰. Вместе с тем известны случаи, когда удаление данных с жесткого диска было признано нарушением права собственности (*Eigentum*) на жесткий диск для целей подачи иска о возмещении ущерба согласно статье 823 Гражданского кодекса³¹.

24. В статье 127 Основ гражданского законодательства Китая отмечено, что данные могут быть защищены законом, однако прямо не сказано, что они являются объектом имущественных прав. Там лишь упомянуто, что «в случае если законом предусмотрена защита данных, то... такой закон подлежит применению». В 2018 году суд первой инстанции города Ханчжоу в своем решении признал права и интересы сетевого оператора в продуктах больших данных в свете закона о защите конкуренции, после того как оператор предъявил иск о защите инвестиций, вложенных в создание таких продуктов. Однако ввиду отсутствия действующего законодательства, регулирующего права на продукты обработки данных, суд отказался признать право собственности на них, отметив, что это право является абсолютным и если признать его за сетевыми операторами, то это повлечет за собой наложение соответствующих обязательств на неопределенное большинство населения³². Это определение было подтверждено в 2019 году Высшим народным судом провинции Чжэцзян, который охарактеризовал интересы в продуктах обработки данных как «конкурентные имущественные права и интересы»³³.

25. В Англии, право которой «упорно не желает признавать информацию как таковую в качестве имущества», апелляционный суд в недавнем решении по делу *Your Response Ltd. v. Datateam Business Media Ltd.* подтвердил, что данные в электронной базе данных не являются материальным имуществом для целей английского общего права и поэтому: а) данные не могут быть объектом права удержания (т. е. объектом права залогодержателя на невозврат имущества) и

²⁵ Статьи 15 и 16.

²⁶ Статья 348.

²⁷ Статья 128.

²⁸ Статья 544.

²⁹ Статьи 85 и 206.

³⁰ См., например, решение Земельного суда по делу № 1 S 292/95 от 10 мая 1996 года; решение Высшего земельного суда Дрездена по делу № 4 W 961/12 от 5 сентября 2012 года.

³¹ Решение Высшего земельного суда Карлсруэ по делу № 3 U 15/95 от 7 ноября 1995 года; см. также Решение Высшего земельного суда Ольденбурга по делу № 2 U 98/11 от 24 ноября 2011 года.

³² Железнодорожный транспортный суд Ханчжоу, решение по делу № 4034, *Taobao (China) Software Co., Ltd. v. Anhui Meijing Information Technology Co., Ltd.*, Zhe 8601 Min Chu от 16 августа 2018 года.

³³ Высший народный суд провинции Чжэцзян, решение № 1209 по делу *Anhui Meijing Information Technology Co., Ltd. v. Taobao (China) Software Co., Ltd.*, Zhe Min Shen от 2 июля 2019 года.

б) непредоставление данных не может быть предметом иска о незаконном присвоении (т. е. иска о посягательстве на имущество)³⁴. Тем не менее суд признал, что есть «веские аргументы» в пользу признания таких нематериальных вещей, как оцифрованные материалы, в качестве новой категории имущества, однако добавил, что для внесения соответствующих изменений в законодательство требуется «вмешательство парламента»³⁵.

26. Аналогичного подхода придерживаются и австралийские суды³⁶. Суды же Новой Зеландии проявляют большую готовность распространять признаваемые общим правом категории имущества на цифровую сферу без вмешательства законодателей. Так, в решении по делу *Henderson v. Walker* Высокий суд признал, что цифровые файлы истца могут быть объектом владения и поэтому посягательство на них может стать основанием для предъявления иска о незаконном присвоении³⁷. Суд добавил, что это относится ко всем «цифровым активам», которые он определил как «любую информацию, хранящуюся в цифровой форме на электронном устройстве, включая электронные письма, цифровые файлы, цифровые видеоматериалы и компьютерные программы» (следует обратить внимание, что эти категории цифровых активов отличаются от рассматриваемых в добавлении 3)³⁸. Не совсем ясно, означает ли это решение, что *все* данные независимо от того, как они структурированы, защищены правом подачи иска о незаконном присвоении, хотя тот же суд в одном из последующих решений указал, что решение по данному делу распространяет возможность подачи исков на «цифровую информацию в чистом виде»³⁹.

27. В некоторых штатах США признается, что иск о незаконном присвоении имущества может касаться нематериальных объектов⁴⁰. Так, в решении по делу *Thyroff v. Nationwide Mutual Insurance Co.* Апелляционный суд штата Нью-Йорк определил, что объектом исков о незаконном присвоении имущества, подаваемых на основании законодательства штата, могут быть «электронные записи, которые хранятся в компьютере и не отличаются от распечатанных документов», в данном конкретном случае — клиентская и личная информация, хранившаяся на компьютерной системе руководителя, доступ к которой был получен агентом с помощью авторизованного компьютера⁴¹. Вместе с тем суд сделал оговорку, что он не рассматривал вопроса о том, «должна ли подлежать защите согласно законодательству о гражданских правонарушениях любая виртуальная информация в какой бы то ни было форме»⁴².

28. В ЕС некоторые юристы, комментируя решение Суда ЕС по делу *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, делают вывод, что оно открыло путь к обсуждению вопроса о праве собственности на нематериальные объекты⁴³. В решении по этому делу суд определил, что коммерческое распространение программного обеспечения путем загрузки из интернета может представлять собой куплю-продажу для целей Директивы Европейского парламента и Совета

³⁴ *Your Response v. Datateam Business Media*, решение по делу № B2/2013/1812 от 14 марта 2014 года, *Official Law Reports: Queen's Bench Division*, vol. 2015, p. 41, [2014] EWCA Civ 281.

³⁵ Там же, п. 27.

³⁶ См. решение Верховного суда Нового Южного Уэльса по делу № 1599/02 *New South Wales Supreme Court, Hoath v. Connect Internet Services*, от 22 марта 2006 года, *Australian Law Reports*, vol. 229, p. 566 [2006] NSWSC 158.

³⁷ Решение по делу № CIV-2014-409-45 *Henderson v. Walker* от 3 сентября 2019 года, [2019] NZHC 2184.

³⁸ Там же, п. 263.

³⁹ Решение по делу № CIV-2019-409-000544 *Ruscoe v. Cryptopia Limited (in liquidation)* от 8 апреля 2020 года, [2020] NZHC 728, п. 91.

⁴⁰ Решение по делу № 01-15899 *Kremen v. Cohen* от 25 июля 2003 года, *Federal Reporter, Third Series*, vol. 337, p. 1024, [2003] USCA9 49.

⁴¹ Решение по делу *Thyroff v. Nationwide Mutual Insurance Co.*, от 22 марта 2007 года, *New York Reports, Third Series*, vol. 8, с. 292–3.

⁴² Там же, с. 293.

⁴³ Решение по делу № C-128/11 от 3 июля 2012 года.

Европейского союза 2009/24/ЕС от 23 апреля 2009 года о правовой охране компьютерных программ. Суд пришел к этому заключению, установив, что, согласно общепринятому определению, сделка «купли-продажи» представляет собой договор, по которому «права собственности на объект материального или нематериального имущества, принадлежащий [одному лицу]» передаются другому лицу в обмен на плату, и сделав из этого вывод, что «коммерческая сделка, ведущая... к исчерпанию права распространения копии компьютерной программы, подразумевает передачу права собственности на эту копию»⁴⁴. Вопрос о применимости этого решения к другим цифровым товарам и в других областях права ЕС требует дальнейшего изучения.

29. Отнесение данных к имуществу ставит целый ряд вопросов правового и политического характера. Некоторые из этих политических вопросов были проанализированы Высоким судом Новой Зеландии в решении по делу *Henderson v. Walker* при рассмотрении возможности расширения оснований для исков о незаконном присвоении имущества на «все виды информации, хранящейся в цифровой форме на электронном устройстве», названные судом «цифровыми активами»:

Есть также весьма веские политические основания для того, чтобы распространить состав правонарушения, связанного с незаконным присвоением имущества, на цифровые активы. В настоящее время (гражданское) право предусматривает защиту в тех случаях, если происходит незаконное присвоение материального актива, содержащего цифровой актив, если информация, записанная на цифровом активе, получена с нарушением конфиденциальности и неприкосновенности частной жизни либо если цифровой актив является предметом договора, авторского права или лицензии. Однако приобретение цифровых активов может происходить в обстоятельствах, когда такая защита не действует, например в случае дистанционного удаления хакером несекретной, но ценной компьютерной программы с серверов компании.

В современном мире цифровые активы могут иметь огромную коммерческую ценность, а это значит, что есть серьезные экономические причины для обеспечения адекватной защиты таких активов в законодательстве.

<...>

Глядя со стороны, становится очевидным, что цифровым активам нужно обеспечить защиту на основании имущественного права. Они обладают всеми характеристиками имущества, а связанные с ними понятийные трудности объясняются прежде всего историей становления нашего материального имущественного права. В то же время есть реальная разница между цифровыми активами и записанной на них информацией. Такие постоянные записи могут становиться объектом незаконного присвоения с момента обретения ими физической формы, и было бы неправомерно основывать применение права на форме носителя, особенно в эпоху повсеместного распространения цифровых носителей во всех сферах современной жизни.

30. В то же время суд признал существование других точек зрения:

Противники такого подхода выражают беспокойство по поводу того, каким образом понятие владения можно применить к нематериальному имуществу... Оппоненты отмечают, что обычное право не обеспечивает тотального контроля над чем бы то ни было имеющим экономическую ценность, поскольку даже материальное имущество не пользуется защитой от мимолетных посягательств вроде нежелательных взглядов, а пределы

⁴⁴ Там же, п 42.

такой защиты в случае с материальным имуществом как раз и определяются концепцией владения.

Критики также указывают на то, что в общем праве разработана подробная классификация категорий незаконного присвоения имущества (физическое завладение, удержание и невозврат, ненадлежащее использование и передача другому лицу), которая основана на физической природе товара. Они утверждают, что поскольку незаконное присвоение имущества является правонарушением, влекущим прямую ответственность, то распространение данного состава на сферу, в которой нет определенности, может иметь негативные последствия.

31. Изучением некоторых из политических вопросов занимается также Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Так, Профсоюзный консультативный комитет при ОЭСР опубликовал анализ ключевых вопросов цифровой экономики и рекомендации по обеспечению ее дальнейшего роста. Комитет рассмотрел тему государственной политики в области управления данными и отметил важность создания более совершенных режимов и правовых норм в этой области. С этой целью он рекомендовал установить «общие нормы собственности на данные, включая право доступа, обработки и удаления, а также нормы ценообразования на данные»⁴⁵. Секретариатом ОЭСР также опубликован доклад о ключевых аспектах цифровой трансформации экономики стран Группы 20, в котором отмечается, что одним из вопросов, которые нужно решить для стимулирования инвестиций в данные и обмен ими, является вопрос о праве собственности. В то же время в нем отмечается, что предоставление права собственности на данные вызывает дополнительные вопросы ввиду широкого круга заинтересованных сторон и большого разнообразия прав, защиты которых они могут потребовать, включая «возможность доступа, создания, модификации, компоновки, продажи или удаления данных и извлечения из них выгоды, а также возможность передачи этих прав доступа третьим сторонам»⁴⁶.

32. В опубликованном в 2018 году сообщении о создании общего информационного пространства в ЕС Европейская комиссия указала, что если говорить об обмене данными между юридическими лицами, то заинтересованные стороны «не поддерживают создание нового вида права “собственности на данные”», поскольку «при обмене данными между юридическими лицами значение имеет не столько то, кому принадлежат данные, сколько то, как организован к ним доступ»⁴⁷. Такой подход, по всей видимости, отражает преобладающую в юридической литературе точку зрения, по крайней мере в отношении неструктурированных данных. В качестве одного из доводов против признания данных объектом имущественных прав часто приводится аргумент о «неконкурентном» характере данных (в том смысле, что использование данных одним лицом не ограничивает возможность их использования другим лицом с учетом простоты их репликации), а также аргумент о сложности определения конкретных данных, являющихся объектом имущественных прав. Еще одна точка зрения заключается в том, что просто так объявить данные «имуществом», предварительно не изучив законодательный контекст, для которого требуется такая квалификация⁴⁸, и ее возможные последствия для других областей, не имеет смысла.

2. Другие режимы

33. Некоторые правовые режимы предусматривают дополнительные уровни защиты определенных категорий данных или представлений данных. Так, в

⁴⁵ Trade Union Advisory Committee, “[Digitalization and the Digital Economy: Trade Union Key Messages](#)”, February 2017, p.5.

⁴⁶ OECD, “Key Issues for Digital Transformation in the G20”, report prepared for a joint G20 German Presidency/OECD conference, Berlin, 12 January 2017, pp. 65–66.

⁴⁷ Document COM (2018) 232 final 9.

⁴⁸ Решение Верховного суда Новой Зеландии по делу № SC 82/2014, *Dixon v. The Queen*, от 20 октября 2015 года, *New Zealand Law Reports*, vol. 2016, No. 1, p. 678, [2015] NZSC 147.

законодательстве многих правовых систем признаются такие права, как авторское право, права на базу данных⁴⁹, права в отношении персональных данных и права (и соответствующие обязательства) в отношении коммерческой тайны и конфиденциальной информации. Вопрос о влиянии экономики данных на действующие правовые режимы интеллектуальной собственности в настоящее время изучается секретариатом Всемирной организации интеллектуальной собственности⁵⁰. Вопросы же конфиденциальности и защиты данных были прямо исключены из мандата, предоставленного Секретариату.

34. В некоторых правовых системах принято законодательство, предоставляющее определенные права на данные, хранящиеся у третьего лица, в случае его несостоятельности. Например, в Люксембурге в 2013 году были внесены изменения в Торговый кодекс, позволяющие извлекать ранее предоставленные данные из системы несостоятельного поставщика облачных услуг⁵¹. В других правовых системах введено законодательство, предусматривающее определенные права доступа к данным, хранящимся у третьего лица, в случае его смерти или недееспособности⁵².

35. В некоторых правовых системах дополнительная защита может быть обеспечена на основании уголовного права. Например, в Германии статья 303а Уголовного кодекса предусматривает ответственность за манипуляцию с данными (включая их уничтожение), на которые распространяются права третьих лиц (статья 303а Уголовного кодекса Германии). Рассматривая вопрос о наличии прав третьих лиц, апелляционный суд Нюрнберга отметил, что право распоряжаться данными в принципе принадлежит создателю записи данных⁵³. Во Франции кассационный суд в 2015 году определил, что загрузка данных с закрытого веб-сайта с целью их сохранения на персональном носителе и дальнейшей передачи третьим лицам может быть квалифицирована как кража⁵⁴. В Новой Зеландии Верховный суд в том же году пришел к выводу, что цифровые видеозаписи являются «имуществом» по смыслу *Закона о преступлениях 1967 года* и, таким образом, получение цифровых видеозаписей системы видеонаблюдения можно квалифицировать по статье 249 названного закона как получение доступа к компьютерной системе в мошеннических целях⁵⁵.

36. Некоторые правовые режимы могут также обеспечивать защиту данных путем ограничения доступа или локализации. В трансграничном контексте закон может ограничивать перемещение данных не только для защиты конфиденциальности, но и для решения других задач нормативного регулирования, таких как обеспечение доступа к информации для аудиторских целей⁵⁶. Ограничения

⁴⁹ См., например, *Директиву 96/9/ЕС* Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 11 марта 1996 года «О правовой охране баз данных».

⁵⁰ См., ВОИС, «Интеллектуальная собственность в мире, управляемом данными», *Журнал ВОИС Magazine*, 2019, No. 5 (октябрь 2019 г.).

⁵¹ Люксембург, Закон от 9 июля 2013 года о внесении изменений в статью 567 Торгового кодекса, *Official Gazette of the Grand Duchy of Luxembourg*, vol. 2577, No. 124 (18 July 2013), p. 2578.

⁵² См., например, *Пересмотренный единообразный закон о доверительном доступе к цифровым активам (2015)*, разработанный Национальной конференцией уполномоченных по единообразному законодательству штатов (www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-40?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22&tab=librarydocuments), законодательство на основе которого было принято почти во всех штатах США. См. также *Единообразный закон о доступе доверенных лиц к цифровым активам (2006)*, разработанный Канадской конференцией по унификации законодательства (www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_en/2016ulcc0006.pdf).

⁵³ Решение Высшего земельного суда Нюрнберга по делу № 1 Ws 445/12 от 23 января 2013 года.

⁵⁴ Court of Cassation, Criminal Division, Appeal No. 14-81336, Judgment, 20 May 2015, *Bulletin Criminel*, vol. 2015, No. 119.

⁵⁵ *Dixon v. The Queen*.

⁵⁶ Francesca Casalini and Javier López González, “Trade and Cross-Border Data Flows”, OECD Trade Policy Papers, No. 220 (Paris, 23 January 2019), p. 5. Относительно более ранних международных нормативных режимов, регулирующих автоматизированную обработку

могут быть также предусмотрены для защиты государственной безопасности или содействия развитию внутреннего потенциала в секторах, интенсивно использующих цифровые технологии⁵⁷. Вопросы, связанные с трансграничными потоками и локализацией данных, в настоящее время обсуждаются на других международных площадках, в том числе членами Всемирной торговой организации в рамках инициативы, осуществляемой на основании Совместного заявления по электронной коммерции.

37. В целом может сложиться впечатление, что все эти режимы обеспечивают лишь фрагментарное покрытие для участников, желающих защитить свои права на данные. В частности, интеллектуальная собственность и аналогичные режимы обеспечивают защиту лишь определенных видов данных или связанных с ними процессов, тогда как другое законодательство применяется лишь в определенных обстоятельствах (например, при несостоятельности) или в связи с определенными деяниями (например, трансграничная передача данных в обход требований о локализации). Кроме того, использование средств правовой защиты через систему уголовного правосудия обычно находится вне прямого контроля участника коммерческой деятельности.

38. Один из возможных способов повысить правовую определенность и предсказуемость операций с данными, не расширяя принятые определения понятий имущественного права, мог бы состоять в том, чтобы признать в законодательстве возможность существования «набора» особого рода прав на данные, имеющих силу в отношении третьих сторон. Например, в рамках подготовки Принципов АИП/ЕИП прорабатываются два вида прав, которые могут быть реализованы в отношении другого лица в отсутствие прямых договорных отношений:

а) «право переноса обязательств», согласно которому поставщик данных имеет право требовать соблюдения условий использования от нижестоящего получателя данных, несмотря на отсутствие договорных отношений между ними, в том случае, если а) промежуточный получатель передал данные нижестоящему получателю в соответствии с условиями договора, согласованными с поставщиком данных, б) такие условия договора требовали от промежуточного получателя обязать нижестоящего получателя соблюдать условия пользования, с) нижестоящий получатель эти условия нарушил⁵⁸;

б) права в отношении совместно созданных данных, согласно которым лицо, участвовавшее в создании данных, имеет на них права, аналогичные имущественным, и может реализовать их по отношению к лицу, осуществляющему обработку данных, включая права в отношении i) доступа к данным, их извлечения и переноса, ii) отказа от контроля над данными и/или их обработки, iii) исправления данных и iv) экономической доли⁵⁹. Такие права имеют некоторое сходство с правами в отношении персональных данных согласно законодательству о неприкосновенности частной жизни.

39. В Принципах АИП/ЕИП также прописан ряд обязательств участников в отношении последующей обработки данных, которая обычно происходит не на договорной основе. Например, поставщик данных обязан предпринять разумные и надлежащие шаги (включая применение технических средств защиты) для обеспечения того, чтобы получатель и любые стороны, которым тот может передать

данных, см. OECD, Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (1980), document C(80)58/FINAL, а также Конвенцию о защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера, заключенную под эгидой Совета Европы: United Nations, *Treaty Series*, vol. 1496, No. 25702.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Принципы АИП/ЕИП, предварительный проект № 3 (15 октября 2019 года), имеются в архиве Секретариата.

⁵⁹ Принципы АИП/ЕИП, проект № 1 Совета АИП, принципы 17–22.

данные, соблюдали все те же обязанности и ограничения, что и он сам в интересах защиты третьих лиц⁶⁰.

С. Размышления для Комиссии

40. Как отмечается в записке Секретариата о правовых вопросах, касающихся цифровой экономики (A/CN.9/1012, п. 25), несмотря на договорную основу прав и обязанностей сторон в операциях с данными, в этом вопросе нет определенности. Поэтому в представленном в этой записке плане работы предложено провести предварительную работу по подготовке текста для законодательных органов о правах и обязанностях сторон в операциях с данными в коммерческих целях.

41. Создание новых прав на данные как товар поднимает важные политические вопросы, связанные с введением нового режима правового регулирования данных, и требует тщательного изучения интересов всех заинтересованных участников, а также более широких социально-экономических и правовых последствий. С учетом того, что Комиссия решила сосредоточить внимание на «выработке предложений о решениях для устранения юридических препятствий с учетом соображений публичного порядка»⁶¹, подготовкой текста о правах на данные как товар предлагается пока не заниматься, а вместо этого продолжить исследовательскую работу в данной области.

V. Предварительный анализ соответствующих текстов ЮНСИТРАЛ

A. КМКПТ

1. «Купля-продажа» «товаров»

42. В течение последних двух десятилетий ведутся оживленные споры о том, применяется ли Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (КМКПТ) к программному обеспечению. Поскольку КМКПТ применяется «к договорам купли-продажи товаров» (пункт 1 статьи 1), дискуссии вращаются вокруг двух основных вопросов: во-первых, можно ли считать программное обеспечение «товаром» (в КМКПТ определение этого термина отсутствует), и, во-вторых, можно ли считать передачу программного обеспечения по договору «договором купли-продажи».

43. По первому вопросу Секретариат в 2001 году отметил, что в КМКПТ, «как представляется, закрепляется весьма консервативная концепция “товара”, поскольку, согласно правовым исследованиям и прецедентному праву, она в основном охватывает движимое материальное имущество»⁶². Из этого следует, что диск или другой физический носитель, на котором записана компьютерная программа, является «товаром», а компьютерная программа, приобретенная сама по себе (например, путем загрузки из интернета), таковым не является.

44. Относительно второго вопроса Секретариат ранее отмечал, что, хотя в КМКПТ отсутствует определение понятия «договор купли-продажи», его значение можно установить по контексту, в частности исходя из прав и обязательств сторон договора купли-продажи, предусмотренных в КМКПТ. Из Конвенции следует, что «договор купли-продажи» предполагает поставку товара и передачу права собственности и этим отличается от лицензионного соглашения⁶³.

⁶⁰ Принципы АИП/ЕИП, предварительный проект № 3, принцип 27.

⁶¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/74/17)*, п. 210.

⁶² A/CN.9/WG.IV/WP.91, п. 21.

⁶³ Там же., пп. 27–28.

Учитывая, что поставка программного обеспечения подразумевает копирование данных (т. е. компьютерной программы), а не их «передачу», ее можно охарактеризовать лишь как лицензию, а не как «куплю-продажу». В отличие от этого в 2015 году окружной суд Нидерландов в своем решении определил, что лицензионное соглашение на программное обеспечение является договором «купли-продажи» для целей КМКПТ, поскольку право на пользование программным обеспечением не было ограничено по срокам и было предоставлено на основе однократной оплаты, а не ежемесячных платежей⁶⁴.

45. Переходя от программного обеспечения к операциям с данными, можно отметить дополнительную сложность, которая заключается в том, что, как отмечалось в пункте 22 выше, в большинстве правовых систем данные не считаются «имуществом». Тем не менее, если обратиться к решению Суда Европейского союза по делу *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*⁶⁵, относящемуся к другому правовому контексту, то можно найти сходство между некоторыми операциями с данными, в первую очередь контрактами на предоставление данных, и договорами купли-продажи. В связи с контрактами на предоставление услуг, связанных с обработкой данных, возникает дополнительный вопрос о том, составляет ли предоставление услуги «основную» часть договора, в случае чего будет действовать исключение, предусмотренное пунктом 2 статьи 3 КМКПТ.

2. Приспособленность материально-правовых положений под операции с данными

46. Даже если КМКПТ окажется применима к операциям с данными, возникает вопрос о том, подходят ли ее положения для нужд сторон. По мнению одного из комментаторов, применение материально-правовых положений КМКПТ к операциям с данными не вызывает никаких значительных новых проблем, поскольку большинство спорных вопросов уже обсуждалось и рассматривалось в суде в контексте операций с программным обеспечением. В противоположность этому другие комментаторы предостерегают от применения КМКПТ к новым областям, в которых может существовать иная коммерческая реальность, чем в контексте «международной купли-продажи товаров». Хотя эти замечания высказывались по поводу программного обеспечения, они могут оказаться еще более актуальны применительно к новой сфере операций с данными.

47. Как показывает анализ материально-правовых положений КМКПТ, положения о правах и обязательствах сторон, рассматриваемые в нижеследующих пунктах, могут не подойти для нужд сторон операций с данными.

Статьи 38 и 39. Срок осмотра товара

48. Согласно статье 38, покупателю требуется осмотреть товар или обеспечить его осмотр в такой короткий срок, который практически возможен при данных обстоятельствах. При совершении операций с данными покупатель, скорее всего, сможет просмотреть переданные данные лишь поверхностно и не будет иметь средств для проверки их точности и полноты. Таким образом, предусмотренный статьей 39 срок, в течение которого покупатель должен дать продавцу извещение о несоответствии товара (т. е. в разумный срок, но не позднее, чем в пределах двух лет), можно считать неразумным в контексте операций с данными.

Статьи 41 и 42. Соответствие товара

49. Применимость статей 41 и 42, касающихся соответствия товара, к операциям с данными вызывает ряд вопросов. Использование предоставленных данных может быть ограничено в силу Общего регламента ЕС о защите

⁶⁴ Решение Окружного суда Мидден-Недерланд по делу № C/16/364668, *Corporate Web Solutions v. Dutch company and Vendorlink B.V.*, от 25 марта 2015 года.

⁶⁵ Решение по делу № C-128/11 от 3 июля 2012 года.

персональных данных⁶⁶. Что касается прав третьих лиц, то здесь необходимо принять во внимание вопрос о праве собственности на данные. Кроме того, операции с данными могут быть прерваны в результате последующего отзыва согласия на использование персональных данных со стороны заинтересованных лиц.

Статьи 45 и 74–77. Убытки

50. Исчисление убытков с сфере операций с данными может оказаться проблематичным: сложность может представлять, например, установление причинно-следственной связи и определение размера убытков в случае, если данные были приобретены специально в маркетинговых целях, а эффективность маркетинговой кампании пострадала из-за несоответствия приобретенных данных.

Статья 46. Исполнение обязательств, замена товара и устранение несоответствия путем исправления

51. В случае несоответствия товара условиям договора статья 46 позволяет покупателю при определенных обстоятельствах потребовать «замены товара». Примечательно, что Конвенция не гарантирует право на исполнение обязательства в натуре и ограничивает его общей нормой, изложенной в статье 28, согласно которой суд не обязан выносить решение об исполнении в натуре, кроме случаев, когда он сделал бы это на основании своего собственного закона в отношении аналогичных договоров. В контексте же операций с данными возможность требовать «замены товара» чаще всего недоступна или вовсе отсутствует. В случае повреждения носителя данных в результате ненадлежащей упаковки в соответствии с подпунктом (d) пункта 2 статьи 35 может быть предъявлено требование об исправлении или замене носителя в зависимости от того, в какой степени повреждение носителя ограничило возможность использования данных.

Статья 52. Досрочная поставка, излишнее количество

52. Согласно статье 52, если продавец поставляет товар до установленной даты или поставляет большее количество товара, чем предусмотрено договором, покупатель может отказаться от принятия всего товара или его излишнего количества. При совершении операций с данными, например в случае предоставления данных в онлайн-режиме (по электронной почте), у покупателя может не быть возможности отказаться от принятия поставки, и особенно от принятия излишних данных.

Статья 55. Договоры без указания цены

53. На случай, когда договор был юридически действительным образом заключен, но в нем прямо или косвенно не устанавливается цена или не предусматривается порядок ее определения, в статье 55 предусмотрено общее правило, что ориентиром является цена, которая в момент заключения договора обычно взималась за такие товары, продававшиеся при сравнимых обстоятельствах. Применение этого общего правила к операциям с данными может оказаться проблематичным из-за сложности определения «обычно взимаемой цены» в данном контексте.

Статья 66. Утрата товара

54. Статья 66 регулирует переход риска утраты или повреждения товара. Если утрата товара происходит после перехода риска на покупателя, покупатель остается обязан уплатить цену, если только утрата или повреждение не были

⁶⁶ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, and Repealing Directive 95/46/EC.

вызваны действиями или упущениями продавца. Считается, что положения о переходе риска (статьи 66–70) в целом могут применяться к данным, а их факультативный характер позволяет сторонам адаптировать их к своим потребностям. Применительно к операциям с данными понятие «утраты» может относиться к защите данных от несанкционированного использования, однако его точное значение не так просто определить. Можно предположить, что даже в случае «уступки» данных продавец не будет стирать копию передаваемых данных до тех пор, пока они не будут приняты и оплачены покупателем. В случае же предоставления данных по лицензии у продавца будет храниться копия переданных данных, и поэтому их утрата невозможна.

Статьи 85 и 86. Сохранение товара

55. В статьях 85 и 86 определены обязательства обеих сторон по обеспечению сохранности товара при определенных обстоятельствах. Хотя понятие «сохранение товара» имеет смысл, когда речь идет о материальных товарах, оно представляется неприменимым к данным. С практической точки зрения, качество данных не может измениться с течением времени, поэтому принимать меры для их сохранения нет необходимости.

Статья 88. Продажа товара

56. Согласно статье 88, сторона, обязанная принять меры для сохранения товара, может продать его любым надлежащим способом, если другая сторона допустила неразумную задержку с вступлением во владение товаром, или с принятием его обратно, или с уплатой цены либо расходов по сохранению, при условии, что другой стороне было дано разумное извещение о намерении продать товар. Это положение, по всей видимости, не подходит для операций с данными, поскольку договор может прямо ограничивать право покупателя передавать данные третьим лицам из соображений конфиденциальности и защиты данных.

3. Резюме

57. Даже если КМКПТ применима к операциям с данными, отсутствие определенности в вопросе о порядке применения ее материально-правовых положений говорит о том, что она не является оптимальным решением для создания международного режима регулирования прав и обязанностей сторон операций с данными. Тем не менее КМКПТ может послужить образцом для разработки согласованного законодательного решения в этой области.