

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
27 August 2015
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций**по праву международной торговли****Рабочая группа IV (Электронная торговля)****Пятьдесят вторая сессия**

Вена, 9-13 ноября 2015 года

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

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-7	2
II. Проект типового закона об электронных передаваемых записях	8-95	3
A. Общие положения (статьи 1-6)	8-54	3
B. Положения об электронных сделках (статьи 7-9)	55-67	12
C. Использование электронных передаваемых записей (статьи 10-11)	68-95	15



I. Введение

1. На своей сорок четвертой сессии в 2011 году Комиссия поручила Рабочей группе провести работу в области электронных передаваемых записей¹.
2. На сорок шестой сессии Рабочей группы (Вена, 29 октября – 2 ноября 2012 года) широкую поддержку получило предложение о подготовке проектов положений об электронных передаваемых записях, которые можно было бы сформулировать в форме типового закона, что не должно никоим образом повлиять на решение об окончательной форме ее работы (A/CN.9/761, пункты 90-93).
3. На своей сорок седьмой сессии (Нью-Йорк, 13-17 мая 2013 года) Рабочая группа приступила к рассмотрению проектов положений об электронных передаваемых записях, представленных в документе A/CN.9/WG.IV/WP.122, и отметила, что, хотя еще преждевременно приступать к обсуждению вопроса об окончательной форме работы, проекты положений в значительной степени совместимы с различными результатами, которые могут быть достигнуты.
4. На своей сорок восьмой сессии (Вена, 9-13 декабря 2013 года) Рабочая группа продолжила рассмотрение проектов положений, содержащихся в документах A/CN.9/WG.IV/WP.124 и Add.1.
5. На своей сорок девятой сессии (Нью-Йорк, 28 апреля – 2 мая 2014 года) Рабочая группа продолжила работу над подготовкой проектов положений, представленных в документах A/CN.9/WG.IV/WP.128 и Add.1. Рабочая группа сосредоточила обсуждение на концепциях подлинности, уникальности и целостности электронной передаваемой записи.
6. На своей пятидесятой сессии (Вена, 10-14 ноября 2014 года) Рабочая группа продолжила работу над проектами положений, представленными в документах A/CN.9/WG.IV/WP.130 и Add.1. Рабочая группа решила приступить к разработке проекта типового закона об электронных передаваемых записях, оставив окончательное решение данного вопроса за Комиссией (A/CN.9/828, пункт 23). Было высказано мнение о том, что проект типового закона должен охватывать как электронные эквиваленты бумажных оборотных документов или инструментов, так и передаваемые записи, существующие только в электронной среде. Было решено, что первоочередное внимание следует уделить подготовке положений, касающихся электронных эквивалентов бумажных оборотных документов или инструментов, и что эти положения следует впоследствии рассмотреть и, при необходимости, скорректировать, с тем чтобы учесть использование передаваемых записей, существующих только в электронной среде (A/CN.9/828, пункт 30).
7. На своей пятьдесят первой сессии (Нью-Йорк, 18-22 мая 2015 года) Рабочая группа продолжила подготовку проекта типового закона, представленного в документах A/CN.9/WG.IV/WP.132 и Add.1. Рабочая группа сосредоточила обсуждение на определениях электронной передаваемой записи, вопросах владения и контроля. В части II настоящей записки содержатся

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

проекты положений, в которых учтены результаты обсуждения и решения Рабочей группы, принятые в ходе этой сессии (A/CN.9/834, пункты 21-108).

II. Проект типового закона об электронных передаваемых записях

A. Общие положения

"Проект статьи 1. Сфера применения

1. Настоящий Закон применяется к электронным передаваемым записям.
2. Кроме случаев, предусмотренных настоящим Законом, ничто в настоящем Законе не затрагивает применение какой-либо нормы права, регулирующей бумажные оборотные документы или инструменты, к электронным передаваемым записям.
- [3. Настоящий Закон применяется к электронным передаваемым записям, кроме случаев, предусмотренных [законом, регулирующим конкретный вид электронных передаваемых записей, который будет указан принимающим закон государством].]"

Замечания

8. Проект статьи 1 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок восьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/797, пункты 16-17).
9. В проекте пункта 2 закреплён общий принцип, согласно которому проект типового закона не затрагивает материально-правовых норм, применимых к бумажным оборотным документам и инструментам и их электронным эквивалентам. Этот принцип применим к каждому этапу всего срока существования электронной передаваемой записи. Например, он допускает возможность выдачи электронной передаваемой записи на предъявителя, когда это разрешено материальным правом (A/CN.9/797, пункт 65). Он также допускает возможность изменения форм обращения электронной передаваемой записи, а именно передачи электронной передаваемой записи, выданной предъявителю, поименованному лицу, и наоборот ("бланковый индоссамент"), в тех случаях, когда это разрешается материальным правом (A/CN.828, пункт 82).
10. Проект пункта 3 имеет целью обеспечить возможность применения проекта типового закона также к электронным передаваемым записям, существующим только в электронной среде, не затрагивая при этом нормы материального права. В этой связи следует отметить, что в принципе электронные передаваемые записи, которые являются функциональным эквивалентом бумажных оборотных документов или инструментов, и электронные передаваемые записи, которые существуют только в электронной среде, могут параллельно существовать в одной и той же правовой системе. Таким образом, пункт 3 не будет необходимым в тех правовых системах, где такие электронные передаваемые записи отсутствуют (A/CN.9/797, пункт 17).

11. В то же время Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что в законодательстве, применимом к электронным передаваемым записям, которые существуют только в электронной среде, скорее всего, будет определена его основная сфера применения. Кроме того, нормы материального права, применимые к электронной передаваемой записи, эквивалентной бумажному оборотному документу или инструменту, определяются ссылкой на этот эквивалентный бумажный оборотный документ или инструмент. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, сохранять ли проект пункта 3 в свете этих соображений.

"Проект статьи 2. Исключения

1. Настоящий Закон не имеет преимущественной силы по отношению к любым нормам права, применимым к защите потребителей.
2. Настоящий Закон не применяется к ценным бумагам, таким как акции и облигации, и другим инвестиционным инструментам.
3. [Настоящий Закон не применяется к переводным и простым векселям и чекам.]"

Замечания

12. Проект статьи 2 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок восьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/797, пункты 18-20).

13. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить, следует ли сохранять проект пункта 1 в свете того факта, что в пункте 2 проекта статьи 1 уже указано, что проект типового закона не затрагивает материально-правовых норм. В случае его сохранения Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, не следует ли поместить этот проект положения в другую часть типового закона, например в проект статьи 1, поскольку оно, возможно, не является исключением из сферы применения закона.

14. Термин "ценные бумаги" в проекте пункта 2 не относится к использованию электронных передаваемых записей в качестве залога, и поэтому типовой закон не препятствует использованию электронных передаваемых записей для целей обеспечительных прав (A/CN.9/834, пункт 73).

15. Под "инвестиционными инструментами" понимаются производные инструменты, денежные рыночные инструменты и любые другие финансовые продукты, имеющиеся в наличии в целях инвестиций (A/CN.9/797, пункт 19).

16. Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что акции и облигации исключаются из сферы применения типового закона, даже когда они считаются оборотными инструментами в соответствующих правовых системах.

17. В проекте пункта 3 учтено мнение о том, что некоторые бумажные оборотные документы или инструменты следует исключить из сферы применения типового закона во избежание коллизии с такими другими договорами, как Конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселях (Женева, 1930 год), и Конвенция, устанавливающая единообразный закон о чеках (Женева, 1931 год)

("Женевские конвенции"), в тех правовых системах, где действуют эти договоры (A/CN.9/797, пункты 20, 109-112; см. также A/CN.9/WG.IV/WP.125).

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

19. В качестве альтернативы Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, не следует ли сформулировать проект пункта 3 в виде открытого положения об исключениях, начинающегося следующими словами: "Настоящий Закон не применяется к [...]", для того чтобы допустить избирательное применение типового закона с учетом особенностей принимающего его государства. Такой подход может также обеспечить дополнительную гибкость при включении в перечень - если будет выражено такое пожелание - некоторых инструментов или документов, например аккредитивов, чей правовой статус в соответствии с типовым законом может быть не совсем ясен.

"Проект статьи 3. Определения

Для целей настоящего Закона:"

Замечания

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

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

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

Замечания

22. Определение "электронной передаваемой записи" отражает результаты его обсуждения Рабочей группой на ее сорок восьмой (A/CN.9/797,

пункты 21-28) и пятьдесят первой (A/CN.9/834, пункты 23-26, 88 и 95-98 и 100) сессиях.

23. Определение "электронной передаваемой записи" преследует цель охватить как электронные передаваемые записи, которые эквивалентны бумажным оборотным документам или инструментам, так и электронные передаваемые записи, которые существуют только в электронной среде (A/CN.9/797, пункт 23). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы пересмотреть это определение с учетом решения о подготовке в первоочередном порядке положений, касающихся электронных эквивалентов бумажных оборотных документов или инструментов.

24. Определение термина "электронная передаваемая запись" никак не влияет на то обстоятельство, что законность осуществления контроля тем или иным лицом и материальные права этого лица регулируются соответствующими нормами материального права. Оно также не имеет цели описать все функции, которые могут быть связаны с использованием электронной передаваемой записи. Например, электронная передаваемая запись может иметь доказательную силу, однако способность такой записи выполнять эту функцию будет оцениваться на основании иного законодательства, а не на основании проекта типового закона.

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

26. Слова "[содержащую достоверную информацию]" были включены для дальнейшего рассмотрения с учетом обсуждения проекта статьи 10 (A/CN.9/834, пункты 26 и 88) и, следовательно, должны рассматриваться в увязке с этим проектом статьи.

27. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, насколько удачным является выбор слова "[указанного]" и не лучше ли использовать вместо него какое-либо иное слово, такое как "подтверждаемого", "закрепленного", "определенного" или "содержащегося" (A/CN.9/797, пункт 22).

28. При рассмотрении определения термина "электронная передаваемая запись" Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание определение термина "электронная запись" (см ниже, пункт 74).

29. На пятьдесят первой сессии Рабочей группы были выражены различные мнения относительно необходимости сохранения определения "электронной передаваемой записи" (A/CN.9/834, пункты 95-98). В частности, было высказано мнение, что электронная запись, составленная с соблюдением требований, изложенных в проекте статьи 10, является электронной передаваемой записью, которая функционально эквивалентна соответствующему бумажному оборотному документу или инструменту. Поэтому необходимости в определении электронной передаваемой записи,

возможно, и нет, или же оно может ограничиваться ссылкой на требования, изложенные в проекте статьи 10.

30. Аналогичным образом на этой сессии было предложено следующее определение электронной передаваемой записи, содержащее ссылку на требование в отношении информации в бумажном оборотном документе или инструменте и требования, изложенные в проекте статьи 10 (A/CN.9/834, пункт 100):

"электронной передаваемой записью" [является электронная запись, которая содержит всю информацию, придающую юридическую силу бумажному оборотному документу или инструменту, и которая отвечает требованиям статьи 10].

31. В отношении определения "электронных передаваемых записей" применительно к электронным передаваемым записям, существующим только в электронном виде, могут применяться различные соображения, которые будут обсуждаться на более позднем этапе.

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

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

Замечания

32. Определение бумажного оборотного документа или инструмента отражает результаты его обсуждения Рабочей группой на ее сорок восьмой сессии (A/CN.9/797, пункты 21-28). Оно не имеет цели повлиять на нормы материального права.

33. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нужно ли сохранить определение бумажного оборотного документа или инструмента в тексте с учетом его материально-правовых последствий.

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

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

Замечания

35. Определение термина "электронная запись" основано на определении термина "сообщение данных", которое содержится в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 год) и Конвенции об электронных сообщениях. Текст в квадратных скобках призван подчеркнуть тот факт, что информация может быть присоединена к электронной передаваемой записи в момент ее выдачи или впоследствии (например, информация, касающаяся индоссамента) (A/CN.9/797, пункты 43-45). Этот текст в квадратных скобках призван также уточнить, что некоторые электронные записи могут, хотя и необязательно, включать в себя свод совокупной информации (A/CN.9/797, пункт 43). Рабочая группа, возможно, пожелает вспомнить о своем обсуждении термина "электронная запись" в связи с проектом статьи 10 (A/CN.9/828, пункт 31).

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

Замечания

36. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении определения "эмитента", которое не используется в проекте типового закона после исключения проектов положений о выдаче (A/CN.9/797, пункты 64-67) и сохранении (A/CN.9/834, пункт 77).

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

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

Замечания

38. Проект определения термина "контроль" заключен в квадратные скобки в соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее пятидесятой сессии при рассмотрении проекта статьи 17, касающейся владения (A/CN.9/828, пункты 66-67). Проект статьи 17 преследует цель закрепить требования, необходимые для установления контроля как функционального эквивалента владения. В свете того факта, что владение - это понятие, определяемое в материальном праве, Рабочая группа, возможно, пожелает

рассмотреть вопрос о необходимости определения "контроля" (A/CN.9/834, пункт 83).

"изменение" означает видоизменение информации, содержащейся в электронной передаваемой записи, в соответствии с процедурой, изложенной в проекте статьи 20.

Замечания

39. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении этого определения в свете того факта, что термин "изменение" встречается только в проекте статьи 20, которая, в свою очередь, в настоящее время содержит правило функциональной эквивалентности. Кроме того, факт определения термина "изменение" может быть истолкован как непреднамеренное создание материально-правовых последствий.

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

Замечания

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

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

Замечания

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

42. Термин "лицо, принявшее на себя обязательство" встречается в настоящее время только в проекте статьи 18, касающейся предъявления. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, сохраняется ли необходимость в данном проекте определения с учетом окончательной формулировки этой статьи.

43. Если определение термина "лицо, принявшее на себя обязательство" будет решено сохранить, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, насколько удачным является выбор слова "[указанное]" и не лучше ли использовать вместо него какое-либо иное слово (см. пункт 27 выше).

"замена" означает замену электронной передаваемой записи бумажным оборотным документом или инструментом или [наоборот] [в обратном порядке] [замену бумажного оборотного документа или инструмента электронной передаваемой записью].

Замечания

44. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении определения термина "замена", поскольку этот термин больше не встречается в проекте типового закона.

"Проект статьи 4. Толкование

1. Настоящий Закон основан на типовом законе международного происхождения. При толковании настоящего Закона следует учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении [и соблюдению добросовестности].

2. Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящего Закона и которые прямо в нем не урегулированы, подлежат урегулированию в соответствии с общими принципами, на которых основан настоящий Закон."

Замечания

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

46. Слова "Настоящий Закон основан на типовом законе международного происхождения" были включены во исполнение решения, принятого Рабочей группой на ее сорок седьмой сессии, для того чтобы подчеркнуть, что законодательство будет основано на принятии типового закона международного происхождения (A/CN.9/768, пункт 35). Эти слова не встречаются в других текстах ЮНСИТРАЛ. В качестве альтернативы Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, следует ли сохранить эту формулировку и доработать основополагающую концепцию в руководстве.

47. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, следует ли сохранять слова "[и соблюдению добросовестности]" в свете возможных материально-правовых последствий и, в частности, того значения, которое понятие добросовестности имеет в материальном праве, регулирующем бумажные оборотные документы или инструменты. Ссылку на добросовестность можно

найти в ряде других текстов ЮНСИТРАЛ, в том числе в тех, которые касаются электронной торговли. В качестве альтернативы Рабочая группа, возможно, пожелает уточнить, должна ли эта ссылка подразумевать добросовестность при применении закона.

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

49. Понятие "общие принципы", упомянутое в проекте пункта 2, относится к общим принципам, касающимся электронных сообщений (A/CN.9/797, пункт 29), включая те, что уже закреплены в соответствующих текстах ЮНСИТРАЛ. В этом контексте Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что общими принципами, лежащими в основе проекта типового закона, являются недискриминация электронных сообщений, технологическая нейтральность и функциональная эквивалентность. По мере дальнейшего продвижения работы Рабочей группы могут быть определены и другие общие принципы.

50. К понятию "общие принципы", содержащемуся в проекте типового закона, можно отнести и некоторые общие принципы, лежащие в основе КМКПТ, такие как автономия сторон и добросовестность.

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

1. Стороны могут отступать от положений настоящего Закона или изменять их по договоренности [за исключением статей 1, 2, 4, пункта 2 статьи 5, статей 6, 7, [...]], за исключением случаев, когда такая договоренность не будет действительной или не будет иметь юридической силы согласно применимому праву].

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

Замечания

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

52. Хотя автономия сторон является фундаментальным принципом, лежащим в основе коммерческого права и текстов ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что при воплощении этого принципа в жизнь в текстах ЮНСИТРАЛ по электронной торговле возникают некоторые ограничения, и при этом преследуется цель не допустить коллизии с императивными нормами, как, например, те, которые касаются общественного порядка. Примерами такого подхода являются статья 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и статья 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях. Слова "[, за исключением случаев, когда такая договоренность не будет действительной или не будет иметь юридической

силы согласно применимому праву]", которые можно найти в статье 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, были вставлены в проект статьи 5 типового закона для того, чтобы отразить этот подход.

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

"Проект статьи 6. Требования в отношении информации"

Ничто в настоящем Законе не затрагивает применения любой нормы права, которая может требовать от лица раскрытия личных данных, местонахождения своего коммерческого предприятия или иной информации, и не освобождает лицо от юридических последствий неточных, неполных или ложных заявлений, сделанных в этой связи."

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

В. Положения об электронных сделках

55. На своей сорок восьмой сессии Рабочая группа решила сохранить проекты статей 7-9 в качестве отдельного раздела (A/CN.9/797, пункт 34). Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть свое решение с учетом окончательной формы проекта типового закона, а также содержания этих статей.

"Проект статьи 7. Юридическое признание электронной передаваемой записи"

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

Замечания

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

"Проект статьи 8. Письменная форма"

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

Замечания

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

58. В соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее пятьдесят первой сессии, в пояснительных материалах к проектам положений будет отражено понимание того, что любое юридическое требование, содержащееся в проекте типового закона, подразумевает наступление последствий в случае его несоблюдения, и поэтому нет необходимости прямо говорить об этих последствиях (A/CN.9/834, пункты 43 и 46). Соответственно слова "или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия письменной формы" были исключены из проекта статьи 10 и из других частей всего текста проекта типового закона, поскольку они являются излишними.

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

60. В случае законодательства, применимого к электронным передаваемым записям, существующим только в электронной форме, Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что в законодательстве, регулирующем эти записи, следует установить такие же требования, какие содержатся в проекте статьи 8, т. е. предусмотреть, что информация должна быть доступной для ее последующего использования (A/CN.9/768, пункт 42).

"Проект статьи 9. Подпись"

В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи какого-либо лица, это требование считается выполненным [по отношению к] [в отношении] [посредством] электронной передаваемой записи, если:

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

- i) либо является настолько надежным, насколько это соответствует цели, для которой электронная запись была подготовлена, с учетом всех соответствующих обстоятельств, включая любую соответствующую договоренность;
- ii) либо, как это фактически продемонстрировано на основании самого метода или с помощью дополнительных доказательств, позволил выполнить функции, описанные в подпункте (a) выше."

Замечания

61. Проект статьи 9 отражает результаты обсуждения, проведенного на сорок девятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/804, пункт 20). В нем устанавливаются требования в отношении функциональной эквивалентности "подписи" (там же) в том случае, когда материальное право либо содержит прямое требование о наличии подписи, либо предусматривает определенные последствия в случае отсутствия подписи (косвенное требование о наличии подписи) (A/CN.9/797, пункт 46; см. также A/CN.9/834, пункт 43). Проект статьи 9 основан на тексте пункта 3 статьи 9 Конвенции об электронных сообщениях. Слова "или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия подписи" были исключены в соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее пятьдесят первой сессии (A/CN.9/834, пункт 46).

62. Содержащаяся в подпункте (b)(i) ссылка на метод, который является "настолько надежным, насколько это соответствует цели", аналогична той, что использована в пункте 3 статьи 9 Конвенции об электронных сообщениях, и эта формулировка отличается от формулировки, использованной в других проектах статей, в которых употреблено выражение "надежный метод". Рабочая группа, возможно, пожелает уточнить, отличается ли этот метод от метода, упомянутого в проекте статьи 17, где также использована формулировка "является настолько надежным, насколько это соответствует цели", поскольку в этом проекте статьи речь идет о функциональной эквивалентности владения, вопрос о которой не рассматривается в Конвенции об электронных сообщениях.

63. В Пояснительной записке к Конвенции об электронных сообщениях содержатся указания в отношении содержания и функционирования понятия "надежности" в контексте пункта 3 статьи 9 этой Конвенции². Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что указания, сформулированные в этой Пояснительной записке, относятся и к толкованию подпункта (b)(i) проекта статьи 9.

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

65. В качестве альтернативного варианта в проект статьи 9 можно было бы включить текст, аналогичный требованиям, изложенным в пункте 3 статьи 6

² Организация Объединенных Наций, Пояснительная записка секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах, Нью-Йорк, 2007 год, пункты 161-164.

Типового закона об электронных подписях, и тем самым предусмотреть конкретный критерий надежности, применимый только к подпункту (b)(i) проекта статьи 9. Однако следует отметить, что Рабочая группа уже согласилась с тем, что такой "двухуровневый" подход в проектах положений использоваться не будет (A/CN.9/797, пункт 40).

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

Замечания по термину "подлинная форма"

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

С. Использование электронных передаваемых записей

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

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

а) электронная запись содержит информацию, которая должна содержаться в эквивалентном бумажном оборотном документе или инструменте; и

б) используется метод:

- i) который позволяет должным образом надежно идентифицировать эту электронную запись как [достоверную] запись, составляющую электронную передаваемую запись;
- ii) [который позволяет придать] [который придает] этой электронной записи такой характер, благодаря которому она может быть объектом контроля с момента ее создания до момента утраты ею юридической силы или действительности; и
- iii) который позволяет должным образом надежно сохранять целостность электронной передаваемой записи.

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

Замечания

68. Проект статьи 10 был пересмотрен с учетом результатов обсуждения, проведенного на пятьдесят первой сессии Рабочей группы (A/CN.9/834, пункты 21-30, 85-94 и 99). Нынешний текст преследует цель объединить два наиболее распространенных подхода во избежание выставления нескольких требований в связи с исполнением обязательства, а именно "единственность" и "контроль" (A/CN.9/834, пункт 86).

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

70. Рабочая группа решила, что отсылки к определению термина "электронная запись" вполне достаточно, чтобы отразить то обстоятельство, что в некоторых системах регистрации электронная передаваемая запись может представлять собой не отдельную запись, а набор элементов данных, которые в совокупности образуют электронную передаваемую запись (A/CN.9/828, пункт 31).

71. Слова "или предусматривает наступление определенных последствий в случае его отсутствия" были исключены из проекта пункта 1 в соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее пятьдесят первой сессии (A/CN.9/834, пункт 46).

72. В подпункте 1(a) говорится, что электронная запись содержит информацию, которая должна содержаться в бумажном оборотном документе или инструменте. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, не может ли слово "эквивалентном" перед словом "бумажном" ввести в заблуждение ввиду цели проекта статьи 10, заключающейся в том, чтобы предусмотреть правило функциональной эквивалентности. Можно было бы также рассмотреть альтернативную формулировку, например использование слова "соответствующем".

73. Подпункт 1(b)(i) устанавливает требование относительно идентификации электронной записи как содержащей действительную или достоверную информацию, необходимую для установления того, что данная запись является электронной передаваемой записью. Это требование подразумевает подход, связанный с "единственностью" (A/CN.9/834, пункт 86). Надежность метода, о котором говорится в подпункте 1(b)(i), следует оценивать на основании общих критериев надежности (A/CN.9/828, пункт 37).

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

75. Если Рабочая группа примет решение не сохранять слово "достоверную", то она, возможно, пожелает рассмотреть, нельзя ли еще больше упростить это положение следующим образом:

"i) который позволяет должным образом надежно идентифицировать эту электронную запись как электронную передаваемую запись;"

76. Подпункт 1(b)(ii) устанавливает требование, согласно которому электронная передаваемая запись должна позволять делать ее объектом контроля с момента ее создания до момента утраты ею юридической силы или действительности, в частности для того, чтобы ее можно было передавать. Это требование претворяет в жизнь подход, связанный с "контролем" (A/CN.9/834, пункт 86). В подпункте 1(b)(ii) не упоминаются критерии надежности, поскольку критерий оценки надежности метода, используемого для установления контроля, уже предусмотрен проектом статьи 17 (A/CN.9/828, пункт 38). Предложение использовать слова "который позволяет придать", а не "который придает", носит чисто редакционный характер.

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

78. Что касается пункта 2, то на своей пятидесятой сессии Рабочая группа решила добавить положение о критерии, согласно которому следует оценивать

надежность метода, используемого для обеспечения целостности информации (A/CN.9/828, пункт 49). Это положение предусматривает, что электронная передаваемая запись сохраняет целостность, когда любой набор информации, касающейся юридически значимых изменений с момента ее создания до момента утраты ею юридической силы или действительности (в отличие от изменений чисто технического характера), сохраняется в полном и неизменном виде (A/CN.9/804, пункт 29). Это положение основано на пункте 3 статьи 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле.

79. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли слово "санкционированное" сохранить с учетом итогов обсуждения вопроса о том, нужно ли фиксировать все или только отдельные изменения, и вопроса о разнице между санкционированными и законными изменениями (A/CN.9/834, пункты 27-30; A/CN.9/828, пункты 42-44; A/CN.9/804, пункты 30-32).

80. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть определение электронной передаваемой записи в проекте статьи 3 в увязке с обсуждением ею проекта статьи 10 (см. пункты 22-31 выше и A/CN.9/834, пункты 95-100).

"Проект статьи 11. Общий критерий надежности"

1. Требуемая степень надежности оценивается с учетом цели, для которой информация, содержащаяся в электронной передаваемой записи, была подготовлена, и с учетом всех соответствующих обстоятельств.
2. При определении того, надежен ли – или в какой мере надежен – тот или иной метод [для целей статей 10, 17 и ...], могут учитываться следующие факторы:
 - a) степень обеспечения целостности данных;
 - b) способность предотвратить несанкционированный доступ к системе и ее несанкционированное использование;
 - c) качество систем аппаратного и программного обеспечения;
 - d) регулярность и объем ревизий, проводимых независимым органом;
 - e) наличие заявления, сделанного надзорным органом, аккредитующим органом или на основе добровольной схемы, в отношении надежности данного метода;
 - f) [любая договоренность между сторонами;]
 - g) любой другой соответствующий фактор."

Замечания

81. В проекте статьи 11 установлен общий критерий надежности. На сорок девятой сессии Рабочей группы высказывались разные мнения относительно целесообразности включения данного положения.

82. С одной стороны, было высказано мнение, что в проектах положений следует дать общие разъяснения относительно смысла понятия "надежность" и установить критерии ее оценки. При этом было отмечено, что, хотя в закрытых

системах критерии надежности могут устанавливаться на основе принципа автономии сторон, в проектах положений необходимо определить критерии, которые будут применимы к открытым системам. Было также отмечено, что если будет решено добавить положение об общем критерии надежности, то его следует сформулировать с учетом принципа технологической нейтральности (A/CN.9/804, пункт 43).

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

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

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

86. В конечном итоге Рабочая группа решила продолжить рассмотрение проекта статьи 11 в качестве возможного общего правила, касающегося надежности системы. Рабочая группа также решила рассмотреть вопрос о принятии конкретных критериев для каждого проекта положения, в котором говорится о надежном методе (A/CN.9/804, пункт 49).

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

88. Об использовании надежного метода также говорится в следующих проектах статей: проекте статьи 10 об информации, составляющей электронную передаваемую запись, проекте статьи 12 об указании времени и места, проекте статьи 20 о внесении изменений, проектах статей 22 и 23 об изменении носителя и проекте статьи 24 о разделении и объединении. Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что проекта статьи 11 будет

достаточно для оценки надежности различных методов, упомянутых в этих проектах статей.

89. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, подходит ли слово "требуемая" в пункте 1 для описания связи между общим критерием надежности и различными положениями, в которых этот критерий уместен.

90. Проект статьи 9 о подписи, проект статьи 10 применительно к целостности и проект статьи 17 о владении и контроле предусматривают конкретный критерий для оценки надежности. Рабочая группа, возможно, пожелает уточнить связь, если таковая существует, между общим критерием надежности, предусмотренным в проекте статьи 11, и конкретными критериями надежности, изложенными в этих проектах статей.

91. В случае отсутствия связи между общим критерием надежности, предусмотренным в проекте статьи 11, и конкретными критериями надежности, изложенными в проектах статей 9, 10 и 17, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии формулировки, исключающей эти статьи из сферы применения общих критериев надежности, например, путем добавления в начале пункта 1 проекта статьи 11 следующего заявления: "Если только в настоящем Законе не предусмотрено иное".

92. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, следует ли в подпункте 2(a) упомянуть целостность данных в системе, целостность электронной передаваемой записи или и то, и другое, также с учетом проекта статьи 10.

93. Рабочая группа, возможно, пожелает также обсудить вопрос о том, следует ли в подпункте 2(b) упомянуть несанкционированный доступ к системе и ее несанкционированное использование или же несанкционированный доступ к методу для установления контроля и его использование также с учетом проекта статьи 17. В этом контексте Рабочая группа, возможно, пожелает уточнить связь между ссылкой на "систему", содержащейся в подпункте 2(b), и ссылкой на "системы аппаратного и программного обеспечения", содержащейся в подпункте 2(c).

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

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