

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
29 August 2014
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа IV (Электронная торговля)
Пятидесятая сессия
Вена, 10-14 ноября 2014 года**

**Проекты положений об электронных передаваемых
записях****Записка Секретариата****Содержание**

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-5	2
II. Проекты положений об электронных передаваемых записях	6-78	2
A. Общие положения (статьи 1-6)	6-42	2
B. Положения об электронных сделках (статьи 7-9)	43-53	10
C. Использование электронных передаваемых записей (статьи 10-12)	54-78	13



I. Введение

1. На своей сорок четвертой сессии в 2011 году Комиссия поручила Рабочей группе провести работу в области электронных передаваемых записей¹.
2. На своей сорок шестой сессии (Вена, 29 октября – 2 ноября 2012 года) Рабочая группа выразила широкую поддержку в отношении разработки проектов положений об электронных передаваемых записях в форме типового закона без ущерба для решения относительно окончательной формы 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, изложенных 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, изложенных в документах A/CN.9/WG.IV/WP.128 и Add.1. Рабочая группа сконцентрировала свое обсуждение на концепциях подлинности, уникальности и целостности электронной передаваемой записи. В части II настоящей записки содержатся проекты положений, в которых учтены результаты обсуждений и решения Рабочей группы, принятые в ходе этой сессии (A/CN.9/804, пункты 17-86).

II. Проекты положений 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

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

конкретный вид электронных передаваемых записей, который будет указан принимающим закон государством]."

Замечания

6. Проект статьи 1 отражает работу, проделанную Рабочей группой на ее сорок восьмой сессии (A/CN.9/797, пункты 16-17). Например, пункт 2 проекта статьи 1 облегчает выдачу электронной передаваемой записи на предъявителя, когда это допускается материальным правом (A/CN.9/797, пункт 65).

7. Пункт 3 проекта статьи 1 будет применяться только в государствах, которые приняли законодательство об электронных передаваемых записях, существующих только в электронной среде. В этом случае цель пункта 3 заключается в обеспечении возможности применения проектов положений и к этим электронным передаваемым записям, не затрагивая при этом регулирующее их материальное право. Таким образом, в тех правовых системах, в которых таких электронных передаваемых записей нет, необходимости в данном пункте не будет. Рабочая группа согласилась с тем, что решение по пункту 3 может быть принято только с учетом окончательной формы проектов положений, которая еще не определена (A/CN.9/797, пункт 17).

"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

8. Проект статьи 2 отражает работу, проделанную Рабочей группой на ее сорок восьмой сессии (A/CN.9/797, пункты 18-20). Термин "инвестиционные инструменты" понимается как включающий производные инструменты, денежные рыночные инструменты и любые другие финансовые продукты, имеющиеся в наличии в целях инвестиций (A/CN.9/797, пункт 19).

9. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить взаимосвязь между пунктом 1 проекта статьи 2 и пунктом 2 проекта статьи 1 проектов положений.

10. Для справки Рабочая группа, возможно, пожелает сравнить формулировку, использованную в "Римском положении II"², для того чтобы исключить из сферы применения этого Положения "обязательства недоговорного характера, связанные с переводными векселями, чеками, простыми векселями и другими оборотными инструментами в той степени,

² Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal L 199, 31/7/2007, P. 40-49.

в какой обязательства по таким другим оборотным инструментам связаны с их оборотным характером". Поэтому, как понимается, "другие переводные документы, такие как инвестиционные ценные бумаги и займы"³, входят в сферу применения этого Положения. Тем не менее конечный результат может зависеть от внутреннего законодательства, поскольку, например, в некоторых правовых системах акции и облигации считаются оборотными документами и, следовательно, будут исключены из сферы применения этого Положения.

11. Пункт 3 отражает точку зрения, согласно которой в том случае, если окончательной формой проектов положений станет международный договор, то некоторые бумажные оборотные документы или инструменты следовало бы исключить из сферы его применения 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") (A/CN.9/797, пункты 20, 109-112; см. также A/CN.9/WG.IV/WP.125).

12. Кроме того, если окончательной формой проектов положений станет типовой закон, то Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить пункт 3 в качестве руководства для тех государств, которые являются участниками Женевских конвенций, а также любых других соответствующих конвенций, если они пожелают принять данный типовой закон.

"Проект статьи 3. Определения

Для целей настоящего закона:

Замечания

13. 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 проектов положений (A/CN.9/768, пункт 34). После каждого определения изложены замечания для рассмотрения Рабочей группой.

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

"электронная передаваемая запись" означает [электронную запись], 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.

³ См. Philip R. Wood, *Conflict of Laws and International Finance (The Law and Practice of International Finance*, Vol. 6), 2007, sub 11-043.

"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

15. Определения терминов "электронная передаваемая запись" и "бумажный оборотный документ или инструмент" отражают работу, проделанную Рабочей группой на ее сорок восьмой сессии (A/CN.9/797, пункты 21-28). Эти определения не преследуют цель повлиять на тот факт, что вопрос о том, является ли лицо, осуществляющее контроль, законным лицом, осуществляющим контроль, а также материальные права лица, осуществляющего контроль, регулируются материальным правом.

16. Определение термина "электронная передаваемая запись" не преследует цель описания всех функций, которые могут быть связаны с использованием электронной передаваемой записи. Например, электронная передаваемая запись может иметь доказательную силу, однако способность такой записи выполнять эту функцию будет оцениваться в рамках иного законодательства, а не в проектах положений.

17. Рабочая группа подтвердила, что некоторые документы или инструменты, которые обычно являются оборотными, но возможность передачи которых ограничена в связи с наличием других соглашений, такие как прямые коносаменты, не будут подпадать ни под одно из этих двух определений и что проекты положений должны касаться только "оборотных" документов (A/CN.9/797, пункты 27-28).

18. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли термин "[указанного]" в квадратных скобках в обоих проектах определений уместным, или же можно использовать другие термины, такие как "закрепленного", "определенного" или "содержащегося" (A/CN.9/797, пункт 22).

19. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание определение термина "электронная запись" при рассмотрении определения термина "электронная передаваемая запись".

20. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении определения бумажного оборотного документа или инструмента, поскольку это относится к вопросам материального права.

21. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, 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). Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить ссылку на транспортные накладные, которые в некоторых правовых системах не являются 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 ней] [с тем чтобы стать частью записи], будь то подготовленную одновременно или [нет] [впоследствии]].

Замечания

22. Определение термина "электронная запись" основывается 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).

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

Замечания

23. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить определение термина "эмитент" с учетом исключения проекта положения, касающегося выдачи (A/CN.9/797, пункты 64-67). Термин "эмитент" упоминается в проекте статьи 26 о замене и проекте статьи 27 о разделении и объединении.

24. 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

25. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть проект определения термина "контроль" совместно с проектом статьи 18, касающимся владения.

"передача" электронной передаваемой записи означает передачу контроля над электронной передаваемой записью.

Замечания

26. На своей сорок девятой сессии Рабочая группа решила исключить проект нормы, согласно которой передача контроля над электронной передаваемой записью необходима для передачи этой электронной передаваемой записи (A/CN.9/804, пункты 82 и 85). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить проект определения термина "передача" с учетом этого решения, а также проекта статьи 23, касающегося передачи.

"изменение" означает видоизменение информации, содержащейся в электронной передаваемой записи, в соответствии с процедурой, изложенной в проекте статьи 24.

Замечания

27. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности сохранения этого определения с учетом проекта статьи 24, касающегося изменения, и замечаний к этому проекту статьи. Термин "изменение" присутствует только в этом проекте статьи.

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

Замечания

28. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности сохранения этого определения, которое относится главным образом к поставке товаров или платежу денежной суммы, как это указано в пункте 2 статьи 2 Конвенции об электронных сообщениях (A/CN.9/761, пункт 22). Термин "исполнение обязательств" упоминается в определении термина "электронная передаваемая запись" и термина "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

29. Определение термина "лицо, принявшее на себя обязательство" было пересмотрено для дальнейшего уточнения того факта, что оно имеет лишь

описательное значение и что вопрос о том, кто является лицом, принявшим на себя обязательство, регулируется материальным правом.

30. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить определение термина "лицо, принявшее на себя обязательство" с учетом того факта, что это понятие может быть определено в рамках материального права. Термин "лицо, принявшее на себя обязательство", так же как и термин "эмитент", содержится в проектах статей 26 и 27, касающихся соответственно замены и разделения и объединения.

31. В случае сохранения термина "лицо, принявшее на себя обязательство" Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли термин "[указанное]" в квадратных скобках уместным, или же можно использовать другие термины, такие как "закрепленное", "определенное" или "содержащееся" (см. пункт 18 выше).

"замена" означает замену бумажного оборотного документа или инструмента электронной передаваемой записью или [наоборот] [в обратном порядке].

Замечания

32. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли ограничить сферу охвата данного определения случаями, когда происходит изменение только носителя информации в соответствии с процедурой, изложенной в проекте статьи 26, касающемся замены, или же ее следует расширить и включить в нее случаи, когда электронная передаваемая запись выдается повторно для замены другой электронной передаваемой записи в соответствии с проектом статьи 25 (см. A/CN.9/WG.IV/WP.124/Add.1, пункт 27).

"третья сторона, предоставляющая услуги" означает третью сторону, предоставляющую услуги по [использованию] электронных передаваемых записей [в соответствии со статьями 31 и 32]."

33. Слова "[в соответствии со статьями 31 и 32]" заключены в квадратные скобки до проведения Рабочей группой обсуждений по этим проектам положений.

34. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли исключить слово [использованию], с тем чтобы обеспечить согласованность с определением термина "поставщик сертификационных услуг", содержащимся в статье 2(е) Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001 год).

"Проект статьи 4. Толкование

1. Настоящий закон основан на [...] международного происхождения. При толковании настоящего закона следует учитывать 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

35. Проект статьи 4 призван привлечь внимание судов и других органов к тому факту, что проекты положений должны толковаться с учетом их международного происхождения, с тем чтобы облегчить их единообразное толкование (A/CN.9/768, пункт 35). Текст в квадратных скобках в пункте 1 будет зависеть от окончательной формы проектов положений, и сам пункт необходимо будет пересмотреть соответствующим образом.

36. Понятие "общие принципы", приведенное в пункте 2, используется в целом ряде текстов ЮНСИТРАЛ. Статья 7 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год) ("КМКПТ") представляет собой то положение, содержащее данное понятие, которое чаще всего является предметом толкования в прецедентном праве.

37. В Сборнике ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (2012 год), перечислено несколько общих принципов, имеющих отношение к статье 7 КМКПТ согласно прецедентному праву, в том числе: автономия сторон; эстоппель; место погашения денежного обязательства; уменьшение суммы взыскиваемых убытков; и *favor contractus*. Эти общие принципы могут содержаться в конкретных положениях и применяться в других случаях, подпадающих под действие КМКПТ.

38. Вместе с тем не все общие принципы, которые определены в КМКПТ, пользуются одинаковой поддержкой в смысле их признания таковыми. Кроме того, определение содержания и функционирования этих общих принципов постепенно развивается. Такое постепенное определение помогает обеспечить гибкость в толковании КМКПТ и адаптировать ее к изменяющейся коммерческой практике и потребностям деловых кругов.

39. Понятие "общие принципы", приведенное в пункте 2 проекта статьи 4 проектов положений, относится к общим принципам электронных сделок (A/CN.9/797, пункт 29), в том числе к тем, которые уже закреплены в соответствующих текстах ЮНСИТРАЛ. В этом контексте Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что общими принципами, которые лежат в основе проектов положений, следует считать три основополагающих принципа, а именно недискриминацию электронных сообщений, технологическую нейтральность и функциональную эквивалентность. По мере дальнейшего продвижения работы Рабочей группы могут быть определены и другие общие принципы.

40. Уместными с точки зрения определения понятия общих принципов, содержащихся в проектах положений, могут быть также некоторые общие принципы, лежащие в основе КМКПТ, например автономия сторон и добросовестность. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить в контексте проекта

положений ссылку на добросовестность, в том числе с учетом того факта, что она содержится в других текстах ЮНСИТРАЛ по электронной торговле.

"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, [...] 31 и 32].
2. Такая договоренность не затрагивает прав любого лица, которое не является стороной этой договоренности."

Замечания

41. 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, от которых отступления допускаться не могут (A/CN.9/797, пункт 32). Предлагается определить это на более позднем этапе подготовки проектов положений в ожидании, в частности, обсуждения положений, которые касаются третьих сторон, предоставляющих услуги.

"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."

42. Рабочая группа решила сохранить проект статьи 6 при том понимании, 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

43. Рабочая группа на своей сорок восьмой сессии 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 проектов положений, 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

44. 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, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия письменной формы, это требование считается выполненным в связи с использованием электронной передаваемой записи, если содержащаяся в ней информация является доступной для последующего использования."

Замечания

45. Проект статьи 8 отражает работу, проделанную Рабочей группой на ее сорок девятой сессии (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). В проекте статьи 8 используется понятие "информация", а не понятие "сообщение", поскольку не вся соответствующая информация может быть обязательно предметом сообщения (там же). Общее правило о функциональной эквивалентности электронной и письменной формы должно содержаться в законе об электронных сделках (A/CN.9/797, пункт 38).

46. На сорок девятой сессии было высказано мнение, что проект статьи 8, возможно, не является необходимым, 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 10-12.

47. Если предполагается, что проекты положений должны быть применимы к электронным передаваемым записям, не имеющим бумажного эквивалента (см. пункт 7 выше), то Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что в законодательстве, регулирующем эти записи, следует установить такие же требования, как те, что 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 или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия подписи, это требование считается выполненным в связи с использованием электронной 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

48. Проект статьи 9 отражает работу, проделанную Рабочей группой на ее сорок девятой сессии (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).

49. Содержащаяся в пункте (b)(i) статьи 9 ссылка на метод, который является "настолько надежным, насколько это соответствует", отражает тот же подход, который используется в пункте 3 статьи 9 Конвенции об электронных сообщениях. Такой подход, связанный со ссылкой на метод, который является "настолько надежным, насколько это соответствует", отличается от содержащихся в других проектах статей ссылок на "надежный метод". Он также отличается от содержащейся в проекте статьи 18 ссылки на метод, который является "настолько надежным, насколько это соответствует", поскольку этот проект статьи касается функциональной эквивалентности владения, которая не рассматривается в Конвенции об электронных сообщениях.

50. В пояснительной записке к Конвенции об электронных сообщениях содержатся указания в отношении содержания и функционирования этого понятия "надежности" в контексте пункта 3 статьи 9 этой Конвенции⁴. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, являются ли указания, сформулированные в этой пояснительной записке, уместными при толковании подпункта (b)(i) проекта статьи 9.

51. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает также уточнить, применяется ли общий критерий надежности, указанный в проекте статьи 12, и к подпункту (b)(i) проекта статьи 9 (A/CN.9/804, пункт 20).

52. Другой вариант мог бы заключаться в том, чтобы включить в проект статьи 9 текст, аналогичный требованиям, изложенным в пункте 3 статьи 6

⁴ 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).

Замечания по термину "подлинная форма"

53. 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.

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 или предусматривает наступление определенных последствий в случае его отсутствия, это требование считается выполненным путем использования [одной] [одной или более чем одной] электронной записи, если применяется надежный метод для того, чтобы:

а) идентифицировать эту электронную запись как [действительную] электронную запись для использования в качестве электронной передаваемой записи и не допустить несанкционированного воспроизведения этой электронной передаваемой записи;

б) придать этой электронной записи такой характер, который позволяет ей быть объектом контроля на протяжении срока ее существования; и

с) сохранить целостность электронной передаваемой записи.

[2. Применяемый метод удовлетворяет требованиям

подпункта 1(a), если [он отвечает требованиям, изложенным в проектах статей 12, 18 и 19];

подпункта 1(b), если [он отвечает требованиям, изложенным в проектах статей 12, 18 и 19];

подпункта 1(с), если [он отвечает требованиям, изложенным в проектах статей 11 и 30].]"

54. Цель проекта статьи 10 заключается в том, чтобы предложить правило функциональной эквивалентности для использования бумажных оборотных документов или инструментов посредством формулирования требований, которым должна отвечать электронная запись. Рабочая группа согласилась включить проект статьи 10 с учетом ее обсуждений понятия уникальности и ее решения об исключении правила об уникальности (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).

55. Формулировка "[одной или более чем одной]" показывает, что в некоторых системах регистрации могут существовать элементы данных, которые в совокупности представляют собой информацию, составляющую электронную передаваемую запись, без какой-либо отдельной записи, представляющей собой электронную передаваемую запись. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить эту формулировку, или же определение термина "электронная запись" в проекте статьи 3 в достаточной степени охватывает такую возможность (A/CN.9/804, пункт 71).

56. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли проект статьи 12, в котором формулируется общий критерий надежности, достаточным как руководство в отношении критерия надежности, применимого к подпунктам 1(а) и (b) проекта статьи 10.

57. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить подпункт 1(с) проекта статьи 10 в данной статье или в качестве пункта в отдельной статье о целостности (см. пункт 1 проекта статьи 11). В случае сохранения подпункта 1(с) проекта статьи 10 Рабочая группа, возможно, пожелает уточнить, является ли пункт 2 проекта статьи 11 достаточным руководством в отношении критерия надежности.

58. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли поместить проект статьи 10 ближе к проекту статьи 18, касающемуся "контроля" (A/CN.9/804, пункт 75).

"Проект статьи 11. Целостность электронной передаваемой записи"

1. Для того чтобы сохранить целостность электронной передаваемой записи с момента ее выдачи, используется надежный метод.

2. Для целей [пункта 1][проекта статьи 10[1](с)]:

а) критерием оценки целостности является сохранение информации, содержащейся в электронной передаваемой записи, включая любое [юридически значимое] [санкционированное] изменение, происходящее на протяжении всего срока существования электронной передаваемой записи, в полном и неизменном виде [за исключением любого изменения, происходящего в обычном процессе передачи, хранения и демонстрации] [, и в соответствии с проектом статьи 30]; и

б) требуемая степень надежности оценивается с учетом цели, для которой информация, содержащаяся в электронной передаваемой записи, была подготовлена, и с учетом всех соответствующих обстоятельств."

Замечания

59. Проект статьи 11 отражает работу, проделанную Рабочей группой на ее сорок девятой сессии (A/CN.9/804, пункты 27-33 и 40). Он сформулирован с учетом пункта 3 статьи 8 Типового закона об электронной торговле.

60. Подпункт 2(a) проекта статьи 11 указывает на то, что электронная передаваемая запись сохраняет целостность, когда любой набор информации, касающейся юридически значимых изменений на протяжении срока ее существования (в отличие от изменений чисто технического характера), сохраняется в полном и неизменном виде (A/CN.9/804, пункт 29).

61. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность сохранения в подпункте 2(a) проекта статьи 11 слова "[санкционированное]" с учетом мнений, высказанных на ее сорок девятой сессии (A/CN.9/804, пункты 30-32).

62. Что касается режима изменений технического характера согласно проекту статьи 11, то в этом вопросе следует руководствоваться подпунктом 3(a) статьи 8 Типового закона об электронной торговле (A/CN.9/804, пункт 33). Поэтому Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении следующей формулировки "[за исключением любого изменения, происходящего в обычном процессе передачи, хранения и демонстрации]".

63. При рассмотрении проекта статьи о внесении изменений Рабочая группа согласилась с тем, что в проекты положений следует включить в квадратных скобках правило о надежном методе регистрации юридически значимых изменений информации, содержащейся в электронной передаваемой записи, для рассмотрения на одной из будущих сессий (A/CN.9/804, пункт 86). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли включение в подпункт 2(a) проекта статьи 11 слов "юридически значимые" достаточным для обеспечения обязанности надежно регистрировать юридически значимые изменения, вносимые в электронные передаваемые записи.

64. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности переноса проекта подпункта 2(b) в проект статьи 12 в качестве ее первого пункта, с тем чтобы он служил общим руководством в отношении критерия надежности. При рассмотрении этого проекта положения Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание пункт 4 статьи 17 Типового закона об электронной торговле.

65. Рабочая группа на своей сорок девятой сессии согласилась с тем, что в данный проект статьи следует включить ссылку на проект статьи 30 о сохранении информации, содержащейся в электронной передаваемой записи (A/CN.9/804, пункт 33). Вместе с тем Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли достаточной ссылка на проект статьи 11, которая содержится в проекте статьи 30, для отражения того факта, что требование в отношении целостности применяется также к сохранению.

В этом случае Рабочая группа, возможно, пожелает исключить слова "[, и в соответствии с проектом статьи 30]".

"Проект статьи 12. Общий критерий надежности"

При определении того, надежен ли – или в какой мере надежен – тот или иной метод для целей [статей 10, 11, 18 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, аккредитуемым органом или на основе добровольной схемы, в отношении надежности данного метода;
- f) [любая договоренность между сторонами;] и
- g) любой другой соответствующий фактор.

Замечания

66. Проект статьи 12 сформулирован с учетом статьи 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, которая содержит рекомендацию относительно того, как оценивать степень надежности систем, процедур и людских ресурсов, используемых поставщиком сертификационных услуг (A/CN.9/797, пункт 89).

67. В отношении целесообразности включения в проекты положений общего критерия надежности были высказаны разные мнения.

68. С одной стороны, было отмечено, что проекты положений должны служить общим руководством в отношении смысла надежности и устанавливать критерии соблюдения этого требования. Кроме того, было отмечено, что, хотя в закрытых системах для установления критериев надежности достаточно автономии сторон, в проектах положений все же следует сформулировать критерии надежности, применимые к открытым системам. Было также отмечено, что в случае принятия решения о включении общего критерия надежности его следует сформулировать с учетом принципа технологической нейтральности (A/CN.9/804, пункт 43).

69. С другой стороны, было сказано, 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 проекты положений не стали 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).

70. На сорок девятой сессии Рабочей группы 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).

71. Для особого выделения значимости любой договоренности сторон при оценке надежности метода был включен проект подпункта (f).

72. Вместе с тем было также высказано мнение, что существующие и предложенные новые факторы надежности являются слишком подробными и что это положение носит регулирующий характер. Кроме того, было отмечено, что принятие таких подробных требований может быть сопряжено с чрезмерными обязательными расходами для предпринимателей и в конечном итоге может затруднить 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).

73. В заключение Рабочая группа согласилась продолжить рассмотрение проекта статьи 12 в качестве возможного общего правила, касающегося надежности системы, а также в связи с положениями, касающимися поставщиков услуг, являющихся третьими сторонами.

74. Рабочая группа, возможно, пожелает также обсудить вопрос о том, следует ли в подпункте (a) проекта статьи 12 ссылаться на целостность данных в системе, целостность электронных передаваемых записей или на то и другое с учетом также проекта статьи 11.

75. Рабочая группа, возможно, пожелает также обсудить вопрос о том, следует ли в подпункте (b) проекта статьи 12 делать прямую ссылку на несанкционированный доступ и несанкционированное использование системы или метода для установления контроля с учетом также проекта статьи 18.

76. Рабочая группа согласилась также рассмотреть вопрос о принятии конкретных критериев для каждого проекта положения, в котором говорится о надежном методе (A/CN.9/804, пункт 49).

77. Ссылки на конкретный критерий оценки надежности содержатся в следующих проектах статей: проект статьи 9 о подписях, проект статьи 11 о целостности и проекты статей 18 и 19 о владении и контроле. Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что содержащийся в проекте статьи 12 общий критерий надежности будет применяться и к этим проектам статей.

78. Проекты статей 10 о функциональном эквиваленте бумажных оборотных документов или инструментов, 24 об изменении, 27 о разделении и объединении, 28 о прекращении действия и 29 об использовании для целей обеспечительного права содержат ссылку на использование надежного метода

при осуществлении операций, связанных со сроком существования электронной передаваемой записи. Рабочая группа, возможно, пожелает, подтвердить, является ли проект статьи 12 достаточным для оценки надежности различных методов, упоминаемых в этих проектах статей, или же в качестве дополнительного руководства следует воспользоваться критериями, содержащимися в проектах статей 18 и 19.
