

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать четвертой сессии (1991 год) Комиссия пришла к выводу о том, что по мере расширения использования электронного обмена данными (ЭДИ) правовые аспекты ЭДИ будут приобретать все большее значение и что Комиссии следует заняться этим вопросом. Комиссия решила, что этот вопрос необходимо подробно изучить в рамках Рабочей группы¹.
2. В соответствии с этим решением Рабочая группа по международным платежам посвятила свою двадцать четвертую сессию определению и обсуждению правовых вопросов, связанных с расширением использования ЭДИ. В докладе о работе этой сессии Рабочей группы содержится мысль о том, что, как показал анализ правовых проблем, возникающих в результате расширения использования ЭДИ, некоторые из этих проблем целесообразнее всего решать путем разработки законодательных положений (A/CN.9/360, пункт 129). Что касается возможной подготовки стандартного соглашения о передаче сообщений для всемирного использования в международной торговле, то Рабочая группа решила, что по крайней мере на данном этапе в разработке Комиссией такого стандартного соглашения о передаче сообщений нет необходимости. Вместе с тем Рабочая группа отметила, что с учетом рекомендации Комиссии проявлять гибкость в отношении формы окончательного документа могут возникнуть ситуации, когда надлежащим методом решения конкретных проблем может быть сочтена подготовка типовых договорных положений (A/CN.9/360, пункт 132). Рабочая группа подтвердила необходимость тесного сотрудничества между всеми международными организациями, активно занимающимися этим вопросом. Было решено, что Комиссия ввиду ее универсального членского состава и общего мандата, предоставленного ей как основному правовому органу системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли, должна играть особенно активную роль в решении этих вопросов (A/CN.9/360, пункт 133).
3. На своей двадцать пятой сессии (1992 год) Комиссия рассмотрела доклад Рабочей группы по международным платежам о работе ее двадцать четвертой сессии (A/CN.9/360). В соответствии с предложениями Рабочей группы Комиссия согласилась с тем, что необходимо продолжить изучение правовых аспектов ЭДИ и разработать практические нормы в этой области. По рекомендации Рабочей группы было решено, что, хотя некоторые проблемы целесообразнее всего решать путем разработки законодательных положений, наилучшим путем решения других вопросов может являться подготовка типовых договорных положений. После обсуждения Комиссия одобрила рекомендацию, содержащуюся в докладе Рабочей группы (A/CN.9/360, пункты 129-133), подтвердила необходимость активного сотрудничества между всеми международными организациями, занимающимися этими вопросами, и поручила подготовку правовых норм по ЭДИ Рабочей группе по международным платежам, которую она переименовала в Рабочую группу по электронному обмену данными².
4. На своей двадцать шестой сессии (1993 год) Комиссия рассмотрела доклад Рабочей группы по электронному обмену данными о работе ее двадцать пятой сессии (A/CN.9/373). Комиссия дала высокую оценку работе, проделанной Рабочей группой. Комиссия отметила, что Рабочая группа приступила к обсуждению содержания унифицированного закона об ЭДИ, и выразила надежду на то, что подготовка этого текста Рабочей группой будет вестись оперативно³.
5. Рабочая группа по электронному обмену данными провела свою двадцать седьмую сессию в Нью-Йорке с 28 февраля по 11 марта 1994 года. На этой сессии Рабочая группа обсудила проекты статей 1-10, содержащиеся в записке Секретариата (A/CN.WG.IV/WP.60). Секретариату было предложено подготовить на основе обсуждений и выводов Рабочей группы, касающихся рассмотренных вопросов, пересмотренный свод статей 1-10 с возможными вариантами.
6. Комиссии на ее двадцать седьмой сессии (1994 год) были представлены доклады Рабочей группы о работе ее двадцать шестой и двадцать седьмой сессий (A/CN.9/387 и A/CN.9/390). Что касается графика завершения текущей работы Рабочей группы, то было высказано мнение, что завершить текущую работу в течение одного года и представить типовые законодательные положения Комиссии на ее следующей сессии будет, по всей вероятности, весьма сложно, поскольку остается решить ряд вопросов, таких, как сфера применения и автономия сторон, и что в любом случае, учитывая повестку дня следующей сессии Комиссии, у нее может не оказаться достаточного времени для рассмотрения правил. Вместе с тем преобладало мнение, что проект свода основных, "ключевых" положений может быть завершен Рабочей группой на ее двадцать восьмой или двадцать девятой сессии, поскольку, в частности, было сочтено, что в типовых законодательных положениях не следует концентрировать внимание на вопросе отношений между пользователями ЭДИ и государственными органами, а также на вопросе потребительских сделок (A/CN.9/390, пункт 21). Было отмечено, что на более позднем этапе могут быть добавлены дополнительные положения, поскольку этой области присущ особенно быстрый технический прогресс⁴.
7. Рабочая группа по электронному обмену данными, в состав которой входят все государства - члены Комиссии, провела свою двадцать восьмую сессию в Вене с 3 по 14 октября 1994 года. На сессии присутствовали представители следующих государств - членов Рабочей группы: Австрии, Аргентины, Венгрии, Германии, Дании, Египта, Индии, Ирана (Исламской Республики), Испании, Канады, Китая, Коста-Рики, Марокко, Мексики, Польши, Российской Федерации, Саудовской Аравии, Сингапура, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Судана, Таиланда, Того, Уругвая, Франции, Чили, Эквадора и Японии.

¹Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок шестая сессия, Дополнение № 17 (A/46/17), пункты 314-317.

²Там же, сорок седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/47/17).

³Там же, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункты 265-267.

⁴Там же, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункты 198-201.

8. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Австралии, Алжира, Боснии и Герцеговины, Бразилии, Венесуэлы, Индонезии, Колумбии, Перу, Румынии, Турции, Украины, Финляндии, Чешской Республики, Швейцарии и Швеции.

9. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций: а) органы Организации Объединенных Наций: Межучрежденческая группа услуг по закупкам; Организация Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО); б) межправительственные организации: Центральное бюро по международным железнодорожным перевозкам; Гаагская конференция по международному частному праву; Исламский центр по развитию торговли (Организация Исламская конференция); Лига арабских государств; в) другие международные организации: Банковская федерация Европейского сообщества; Латиноамериканская банковская федерация (ФЕЛАБАН); Международная торговая палата (МТП); Международная межбанковская организация по валютно-финансовым расчетам по телексу.

10. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Хосе-Мария Абаскаль Самора (Мексика)

Докладчик: г-н Абдолхамид Фариди Араги (Исламская Республика Иран)

11. Рабочей группе были представлены следующие документы: предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.IV/ WP.61), записка Секретариата, содержащая пересмотренный проект унифицированных правил по правовым аспектам электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующим средствам передачи данных (A/CN.9/WG.IV/ WP.61), и записка Секретариата, содержащая новый пересмотренный проект статей 1-10 типовых законодательных положений по правовым аспектам электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующим средствам передачи данных (A/CN.9/WG.IV/ WP.62).

12. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Подготовка типовых законодательных положений по правовым аспектам электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующим средствам передачи данных
4. Прочие вопросы
5. Утверждение доклада.

I. ОБСУЖДЕНИЕ И РЕШЕНИЯ

13. Рабочая группа обсудила проекты статей 11-15 и проекты статей 1-10, содержащиеся в записках Секретариата (A/CN.9/WG.IV/ WP.60 и A/CN.9/WG.IV/ WP.62, соответственно).

14. После завершения рассмотрения Рабочей группой проектов статей редакционная группа, созданная Секретариатом, предложила пересмотренный вариант проекта типовых законодательных положений, отражающий проведенное обсуждение и принятые решения. В результате решения, принятого Рабочей группой (см. пункт 77 ниже), пересмотренный текст представлен в виде проекта типового закона (далее упоминается как "проект типового закона"). Ход обсуждения и выводы Рабочей группы излагаются в главе II. Текст проекта типового закона, подготовленный редакционной группой и принятый с некоторыми изменениями Рабочей группой, приводится в приложении к настоящему докладу.

II. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТА ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ПО ПРАВОВЫМ АСПЕКТАМ ЭЛЕКТРОННОГО ОБМЕНА ДАННЫМИ (ЭДИ) И СООТВЕТСТВУЮЩИМ СРЕДСТВАМ ПЕРЕДАЧИ ДАННЫХ

ГЛАВА III. ПЕРЕДАЧА [ЗАПИСЕЙ] ДАННЫХ

Статья 11. Подтверждение получения

15. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 11:

"1) В случае, если при отправке [сообщения] данных или до [его] отправки либо с помощью [такого сообщения] данных [отправитель] [составитель] запросил подтверждение получения, однако [отправитель] [составитель] не направил запроса о том, чтобы это подтверждение представлялось по какой-либо конкретной форме, любой запрос о подтверждении может быть выполнен с помощью любого сообщения или любых действий адресата, достаточных для того, чтобы указать [отправителю] [составителю], что сообщение было получено.

2) Если при передаче сообщения данных или до его передачи, либо с помощью такого сообщения данных [отправитель] [составитель] запросил подтверждение получения [и указал, что сообщение данных не будет иметь силы до получения подтверждения], адресат не может полагаться на это сообщение в любых целях, в которых он мог бы попытаться положиться на него в ином случае, до получения такого подтверждения [отправителем] [составителем].

3) Если [отправитель] [составитель] не получает подтверждения получения в срок [в согласованные или запрошенные сроки или в течение разумного срока], он может после незамедлительного уведомления об этом адресата рассматривать сообщение данных как неполученное.

4) Подтверждение получения, когда оно получено [отправителем] [составителем], является [неоспоримым] [опровержимым] доказательством того, что соответствующее сообщение данных было получено и - в тех случаях, когда требуется подтверждение синтаксиса - что сообщение данных является с точки зрения синтаксиса правильным. Вопрос о том, влечет ли за собой функциональное подтверждение иные юридические последствия, не входит в сферу регулирования настоящих правил".

Пункт 1

16. Рабочая группа сочла содержание пункта 1 в целом приемлемым.

Пункты 2 и 3

17. Было высказано мнение о том, что пункт 2 следует исключить. Хотя такое положение, как отмечалось, вероятно, может быть включено в договор между торговыми партнерами, осуществляющими ЭДИ, оно неуместно как норма статутного права. В ответ отмечалось, что пункт 2, равно как и другие проекты положений, изложенные в главе III, можно рассматривать в качестве определенной диспозитивной нормы для сторон, которые не связаны соглашением о торговом партнерстве, и он может оказаться особенно полезным в контексте открытого ЭДИ. Преобладающее мнение состояло в том, что правила, основанные на положениях пункта 2, являются в целом приемлемыми.

18. Основное внимание в ходе обсуждения было уделено вопросу о сфере применения правила, изложенного в пункте 2. Были высказаны различные мнения относительно целесообразности сохранения формулировки, заключенной в квадратные скобки ("и указал, что сообщение данных не будет иметь силы до получения подтверждения"). Сторонники исключения утверждали, что правило, изложенное в пункте 2, должно применяться в отношении максимально широкого круга ситуаций, с тем чтобы повысить коммерческую ценность системы подтверждения получения. Противоположная точка зрения заключалась в том, что использование функционального подтверждения представляет собой разновидность коммерческого решения, которое должны принимать пользователи ЭДИ, и что в типовых законодательных положениях не следует пытаться содействовать закреплению какой-либо подобной процедуры. Сферу действия этого положения, как отмечалось, следует существенно сузить, не только оставив эти слова в квадратных скобках, но также добавив к этой формулировке положение о том, что пункт 2 подлежит применению лишь в том случае, если составитель указал, что такое подтверждение должно быть получено в течение определенного срока. Преобладающее мнение состояло в том, что в типовые законодательные положения целесообразно включить соответствующее правило для регулирования ситуации, которая описана в формулировке, заключенной в квадратные скобки. Тем не менее, по общему мнению, следует разработать отдельное положение, с тем чтобы охватить более общую ситуацию, когда подтверждение запрашивается без какого-либо заявления со стороны составителя о том, что сообщение данных не будет иметь силы до получения подтверждения.

19. В отношении пункта 3 было высказано мнение о том, что этот текст следует исключить, поскольку в нем попросту повторяется положение, которое уже изложено в пункте 2. В ответ указывалось, что, хотя пункты 2 и 3 могут быть посвящены двум аспектам одной и той же фактической ситуации, оба положения необходимы для того, чтобы разъяснить юридические последствия подобной ситуации, которые различны для адресата и составителя сообщения. Положения, изложенные в пункте 3, необходимы для установления момента времени, когда составитель записи данных, запросивший подтверждение получения, будет освобождаться от любых юридических последствий направления такой записи данных, если запрошенное подтверждение не получено. В качестве примера фактической ситуации, когда положение, аналогичное пункту 3, может оказаться особенно полезным, было указано на то, что составителю оферты, который не получил запрошенного подтверждения от адресата оферты, возможно, необходимо будет знать тот момент времени, по истечении которого он будет иметь право направить такую оферту другой стороне. Что касается сферы применения положения, изложенного в пункте 3, то, по общему мнению, она должна соответствовать сфере применения положения, изложенного в пункте 2. В отношении формулировки пункта 3 было высказано предложение о том, что, прежде чем составитель сможет рассматривать запись данных в качестве неполученной, адресату следует предоставить разумное время для направления запрошенного подтверждения.

20. Были высказаны различные замечания в отношении возможной взаимосвязи пункта 3 с другими пунктами проекта статьи 11. Было высказано замечание относительно последствий уведомления в соответствии с пунктом 3 о том, что запись данных будет рассматриваться как неполученная в ситуации, когда составитель уже указал в соответствии с пунктом 2, что запись данных не будет иметь силы до получения подтверждения. Отмечалось, что в такой ситуации нет необходимости рассматривать запись данных как "неполученную", поскольку она уже не имеет силы в результате первоначального заявления составителя. В таких обстоятельствах уведомление в соответствии с пунктом 3, по-видимому, будет иметь смысл лишь для установления дополнительного срока, в течение которого адресат может подтвердить получение. Такое положение, как утверждалось, будет создавать чрезмерно сложный механизм. Еще одно замечание было связано с тем, что подтверждение при помощи любого сообщения или действий адресата в соответствии с пунктом 1 может оказаться нецелесообразным в контексте пункта 3.

21. В целях замены пунктов 2 и 3 были предложены различные проекты текстов. Для того чтобы отразить вышеизложенные предложения и замечания, Рабочая группа поручила небольшой рабочей группе подготовить единый пересмотренный проект пунктов 2 и 3 для продолжения обсуждения. В пересмотренном тексте, представленном на рассмотрение Рабочей группы, говорилось следующее:

"2) Если при передаче [записи] [сообщения] данных или до такой передачи, либо с помощью [такой записи] [такого сообщения] данных составитель запросил подтверждение получения и указал, что [запись] [сообщение] данных будет

иметь силу при условии получения такого подтверждения, то [запись] [сообщение] данных не будет иметь силы до получения такого подтверждения в указанном порядке.

3) Если при передаче [записи] [сообщения] данных или до такой передачи, либо с помощью [такой записи] [такого сообщения] данных составитель запросил подтверждение получения, но не обусловил действительность [записи] [сообщения] данных получением такого подтверждения, применяются следующие правила, если составитель не получает запрошенного подтверждения:

- a) составитель может незамедлительно направить уведомление адресату,
 - i) что никакого подтверждения не было получено;
 - ii) устанавливающее [дополнительный разумный] срок, в течение которого подтверждение должно быть получено [причем такой срок будет иметь существенное значение]; и
 - iii) содержащее указание на то, что если запрошенное подтверждение не будет соответствующим образом дано, то [запись] [сообщение] данных будет рассматриваться как непереданное.]
- b) Если подтверждение не получено в течение срока, указанного в подпункте (a)(ii), составитель может рассматривать [запись] [сообщение] данных как непереданную [непереданное] или же иным образом действовать в соответствии со своими правами.
- c) Если составитель не получает такое подтверждение, адресат [не может полагаться на [запись] [сообщение] данных и] несет риск того, что составитель может рассматривать [запись] [сообщение] данных [как [непереданную] [непереданное] согласно положениям] [в соответствии с положениями] пункта 3(b)".

Новый пункт 2

22. Рабочая группа сочла содержание этого пункта в целом приемлемым.

Новый пункт 3

Вступительная формулировка

23. Было отмечено, что предложенный текст не позволяет урегулировать ситуацию, когда составитель просит, чтобы подтверждение получения было получено от адресата в оговоренные сроки. По общему мнению, во вступительную формулировку следует добавить дополнительную формулировку, приблизительно следующего содержания: "в течение оговоренного или согласованного срока, либо, если никакого срока не было оговорено или согласовано, в течение разумного срока".

Подпункт (a)

24. Было высказано мнение, что это положение, возможно, налагает излишнее бремя на составителя, поскольку в нем предусматривается, что ему следует направлять уведомление адресату до того, как он сможет рассматривать запись данных как непереданную. В ответ было указано, что цель этого положения состоит не в создании связывающего составителя обязательства, а лишь в установлении тех средств, с помощью которых составитель, если он того пожелает, может четко определить свой статус в тех случаях, когда он не получил запрошенного подтверждения. По общему мнению, для разъяснения того, что процедура, предусмотренная в подпункте (a), применяется по усмотрению составителя, следует исключить слово "незамедлительно".

Подпункты (a)(i) и (ii)

25. С точки зрения редакции этих подпунктов было высказано общее мнение о том, что следует избегать таких формулировок, как "причем такой срок будет иметь существенное значение", поскольку они отражают лишь доктрину общего права и, возможно, не будут иметь такого же смысла в других правовых системах. Что касается слов "дополнительный разумный", заключенных в квадратные скобки в подпункте (a)(ii), то было высказано мнение о том, что дополнительный срок, указанный в уведомлении, не обязательно должен быть "разумным", поскольку такое уведомление может быть отправлено только по истечении срока, в течение которого адресат не направил ответа на первоначальный запрос о подтверждении. После обсуждения Рабочая группа приняла подпункт (a)(i) по существу и решила, что текст подпункта (a)(ii) должен быть сформулирован приблизительно следующим образом: "установив оговоренный срок, который должен быть разумным и к которому подтверждение должно быть получено".

Подпункты (b) и (c)

26. Обсуждение сосредоточилось на подпункте (c). В связи с формулировкой этого положения был высказан ряд замечаний. С точки зрения формальной логики, предусматривать такой порядок, при котором адресат "не может полагаться", на запись данных, нецелесообразно. Адресат в большинстве теоретически возможных случаев будет по своему выбору полагаться либо не полагаться на любую конкретную запись данных, при условии, что он будет нести риск того, что на запись данных нельзя полагаться. Обсуждался вопрос о том, какой по сути риск может лежать на адресате. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что предлагаемый текст подпункта (c) недостаточно ясно устанавливает, заключается ли риск в том, что составитель, который не получил запрошенного подтверждения, может, не направляя нового уведомления адресату, автоматически рассматривать запись данных как непереданную, или же риск состоит лишь в том, что составитель

может направить уведомление, устанавливающее предельный срок для получения запрошенного подтверждения. Было внесено предложение изменить формулировку подпункта (с) следующим образом: "Если составитель не получает такое подтверждение, адресат действует на свой собственный риск". Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что оно не устанавливает с достаточной четкостью, что составитель не может рассматривать запись данных как переданную, если не было направлено уведомление в соответствии с подпунктом (а). Было указано, что, если в силу содержащегося в пункте (с) положения будет возникать риск, связанный с возможностью автоматического рассмотрения записи данных как переданной, то это будет противоречить решению ограничить сферу действия пункта 2 ситуациями, когда действительность записи данных обуславливается получением подтверждения. В ответ было указано, что необходимо охватить наиболее часто встречающуюся ситуацию, когда подобных условий не оговаривается, и что ограничение риска, лежащего на адресате, простым получением уведомления в соответствии с подпунктом (а) лишит подпункт (с) большей части его практического значения.

27. После обсуждения Рабочая группа решила исключить подпункты (а)(iii) и (с). Рабочая группа также решила, что в тексте подпункта (b) должно говориться следующее:

"b) если подтверждение не получено в течение срока, оговоренного в подпункте (а)(ii), составитель может после уведомления об этом адресата рассматривать запись данных как переданную или предпринять иные действия на основании имеющихся у него прав".

Пункт 4

28. По вопросу о целесообразности сохранения этого пункта были высказаны различные мнения. В поддержку исключения было указано, что презумпция получения записи данных будет либо устанавливаться соглашениями о торговом партнерстве, либо решение вопроса о ее существовании должно быть оставлено на усмотрение компетентных судов. Возобладало, однако, мнение о том, что положение, аналогичное пункту 4, является необходимым для создания определенности и будет особенно полезным в контексте электронной передачи сообщений между сторонами, не связанными соглашением о торговом партнерстве.

29. Что касается слов, заключенных в квадратные скобки ("неоспоримым" [опровержимым]), то было достигнуто общее согласие о том, что следует предусмотреть возможность опровержения устанавливаемой презумпции. Было предложено ограничить это положение установлением "доказательств *prima facie*". Против этого предложения были высказаны возражения на том основании, что ссылка на доказательства *prima facie* будет недостаточно четко отражать намерение Рабочей группы установить презумпцию, которая связывала бы стороны, если не будут представлены доказательства противного. После обсуждения Рабочая группа постановила сделать ссылку на "опровержимое доказательство".

30. Что касается подтверждения синтаксиса и синтаксической правильности записи данных, то было высказано замечание в связи с тем, что слово "синтаксис" является двусмысленным, поскольку четко не указывается, идет ли речь в этом положении лишь о вопросах грамматики или же о протоколах обмена сообщениями и других технических требованиях, известных как "синтаксис данных" в контексте межкомпьютерной связи. Было указано, что если использование слова "синтаксис" будет толковаться в качестве ссылки на грамматику записи, то это положение может быть ошибочно истолковано как касающееся содержания записи данных. Было также указано, что подобное положение в любом случае будет неприменимо к телеграмме, телексу и телефаксу. Была выражена поддержка исключению последней части первого предложения пункта 4. Возобладало, однако, мнение о том, что ссылка на технические требования является необходимой, учитывая практическое значение и широкое использование таких требований при электронной передаче сообщений. После обсуждения Рабочая группа постановила изменить формулировку ссылки на технические требования и использовать нейтральные с точки зрения носителя термины, с тем чтобы избежать двусмысленности.

31. Было достигнуто общее согласие о том, что положение, содержащееся во втором предложении этого пункта, является излишним и должно быть исключено.

32. В целях учета вышеупомянутых замечаний было предложено заменить пункт 4 следующим текстом:

"4) Если [отправитель] [составитель] получает подтверждение получения, такое подтверждение является опровержимым доказательством того, что соответствующая запись данных была получена адресатом. Если в полученном подтверждении указывается, что соответствующая запись данных отвечает техническим требованиям, либо согласованным, либо установленным в применяемых нормах, подтверждение является опровержимым доказательством того, что эти требования были выполнены".

33. После обсуждения Рабочая группа приняла это предложение по существу и передала текст статьи 11 на рассмотрение редакционной группе.

Статья 12. Составление контрактов

34. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 12:

"1) В контексте составления контрактов и если иное не согласовано сторонами, оферта и акцепт оферты могут производиться с помощью [записей] [сообщений] данных. В случае, если контракт составляется с помощью [записей] [сообщений] данных, он не признается недействительным или не имеющим искиковой силы лишь на том основании, что этот контракт был заключен с помощью подобных средств.

[2) Контракт, заключенный с помощью [записей] [сообщений] данных составляется в тот момент [и в том месте], когда [и в котором] [запись] [сообщение] данных, [представляющая] [представляющее] собой акцепт оферты [получена] [получено] адресатом или считается [полученной] [полученным] согласно статье 13.]"

Название статьи

35. Была высказана точка зрения о том, что название статьи недостаточно полно отражает содержание положений данного проекта статьи, поскольку эти положения касаются не только вопроса о составлении контракта, но и формы, в которой могут быть выражены оферта и акцепт оферты. Рабочая группа в целом согласилась с тем, что данный вопрос необходимо рассмотреть в редакционной группе.

Пункт 1

36. Были высказаны разные мнения в отношении необходимости нормы, содержащейся в пункте 1. Согласно одному из мнений, пункт 1 следует исключить. В поддержку этого мнения утверждалось, что пункт 1 является излишним, поскольку в нем лишь указывается очевидное, т.е. то, что оферта и акцепт оферты, как и любое другое волеизъявление, могут передаваться с помощью любых средств, включая записи данных. Было отмечено, что, возможно, нет необходимости при составлении контрактов вновь закреплять принцип, который уже воплощен в других типовых законодательных положениях, например в проектах статей 5 бис, 9 и 10, устанавливающих правовую действительность записей данных. Кроме того, было указано, что пункт 1 может оказывать неблагоприятное воздействие, поскольку он отменяет применимые в иных случаях положения внутригосударственного права, которые могут предписывать конкретные формальности, подлежащие соблюдению при составлении определенных контрактов. Такие формальности включают нотариальное засвидетельствование и другие требования в отношении письменной формы и могут учитывать соображения, связанные с государственной политикой, например, необходимостью обеспечивать защиту определенных сторон или предупреждать их о существовании конкретных рисков.

37. Однако большинство членов Группы считали, что пункт 1 следует сохранить. Было указано, что в некоторых правовых системах отнюдь не является очевидным то, что контракты могут заключаться с помощью электронных средств, а то обстоятельство, что электронные сообщения могут иметь правовую действительность в качестве доказательств и иметь некоторые последствия, как это предусматривается в проектах статей 9 и 10, не обязательно означает, что они могут использоваться для целей заключения действительных контрактов. Кроме того, было отмечено, что пункт 1 не призван вступать в коллизию с нормами внутригосударственного права, касающимися составления контрактов; его цель скорее состоит в содействии международной торговле путем обеспечения большей правовой определенности в том, что касается заключения контрактов с помощью электронных средств.

38. В отношении точной формулировки пункта 1 был высказан ряд замечаний. Одно из замечаний заключалось в том, что в пункте 1 не разъясняется, охватывает ли он только случаи, в которых и оферта, и акцепт оферты передаются с помощью электронных средств, или также случаи, в которых только оферта или только акцепт оферты передаются с помощью электронных средств. Чтобы снять эту озабоченность было предложено заменить слова "с помощью записей данных" следующей формулировкой: "с помощью оферты или акцепта оферты, отраженных в записи данных". Определенную озабоченность также вызвало выражение "лишь на том основании", которое, возможно, не отвечает своей предполагаемой цели, поскольку в тех случаях, когда контракт, заключенный с помощью электронных средств, будет лишен действительности или исковой силы, можно будет утверждать, что такое лишение произведено лишь на том основании, что контракт был заключен с помощью электронных средств, но также на каких-то дополнительных основаниях. Чтобы снять эту озабоченность, было предложено включить следующий новый пункт 2: "То обстоятельство, что контракт составляется с помощью оферты или акцепта оферты, отраженных в записи данных, не считается единственным основанием для отказа в правовой действительности или исковой силе контракта, если доказано, что в данном конкретном случае последствием внесения этой оферты или акцепта оферты в запись данных является то, что эта запись может быть ненадежной или что в любом другом отношении не выполняются условия, установленные в пункте 1 статьи 6". Была также выражена озабоченность в связи с тем, что существующая формулировка недостаточно четко разъясняет способ, с помощью которого могут применяться другие формальные требования, например требование об уплате гербового сбора.

39. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание пункта 1, который был передан на рассмотрение редакционной группе. Чтобы снять вышеупомянутую озабоченность относительно того, что пункт 1 не должен отменять положения применимого права, которые могут считаться существенно важными в некоторых странах по соображениям государственной политики, Рабочая группа решила добавить новый пункт, аналогичный пункту 2 проектов статей 6, 7 и 8, который предусматривает, что принимающее данные законодательные положения государство может исключить возможность применения пункта 1 в некоторых случаях, указанных в документе, с помощью которого будут приняты типовые законодательные положения.

Пункт 2

40. Были высказаны разные мнения относительно того, следует ли сохранить пункт 2. В поддержку его сохранения было указано, что пункт 2 призван устранить неопределенность, существующую во многих правовых системах, относительно момента и места заключения контрактов в тех случаях, когда оферта и акцепт оферты могут передаваться с помощью электронных средств. Было также указано, что норма, содержащаяся в пункте 2, отражает аналогичные нормы, закрепленные в таких международных документах, как Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, а также во многих национальных законах.

41. Однако большинство членов Рабочей группы придерживались мнения, которое уже высказывалось на двадцать шестой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/387, пункт 151); согласно этому мнению, пункт 2 следует исключить, поскольку он будет вступать в коллизию с нормами права, применимыми к составлению контрактов. Было сочтено, что такое положение, как

пункт 2, может выйти за пределы цели проекта типовых законодательных положений, которые должны органичиваться установлением того, что электронные сообщения позволят достичь той же степени правовой определенности, что и документарные сообщения. Было также высказано мнение о том, что во многих случаях объединение действующих норм, касающихся составления контрактов, с положениями, содержащимися в проекте статьи 13, повлечет за собой последствия, аналогичные тем, которых ожидали от пункта 2 те, кто его предложил.

Статья 13. Время и место получения [записи] [сообщения] данных

42. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 13:

"1) Если иное не согласовано [отправителем] [составителем] и адресатом [записи] [сообщения] данных [и если иное не предусмотрено применимым правом], [запись] [сообщение] данных считается полученным [ее] [его] адресатом

а) [с учетом подпункта (b) настоящей статьи] - в момент, когда [запись] [сообщение] данных поступает в информационную систему адресата или в указанную им информационную систему таким образом, что оно может быть воспроизведено адресатом, или когда [запись] [сообщение] данных поступило бы в информационную систему и могло бы быть воспроизведено, если бы информационная система адресата функционировала надлежащим образом.

[b) если [запись] [сообщение] данных имеет такую форму, что требуется перевод, декодирование или другая обработка, с тем чтобы [она] [оно] было понятно адресату - в момент, когда такая обработка завершена, или в момент, когда такая обработка должна быть, как это можно разумно предположить, завершена.]

2) Если иное не согласовано [отправителем] [составителем] и адресатом [записи] [сообщения] данных [и если иное не предусмотрено применимым правом], [запись] [сообщение] данных считается [полученной] [полученным] [ее] [его] адресатом в месте осуществления предпринимательской деятельности адресатом; в случае, если адресат имеет более одного места осуществления предпринимательской деятельности, то [запись] [сообщение] данных считается полученным в месте осуществления предпринимательской деятельности, которое имеет наиболее тесную связь с содержанием [записи] [сообщения] данных".

Пункт 1

Вступительная формулировка

43. По общему мнению членов Рабочей группы, взятое в квадратные скобки положение ("если иное не предусмотрено применимым правом") следует исключить, поскольку отход других норм права от норм, установленных проектом статьи 13, создал бы неопределенность в отношении времени и места получения записей данных.

44. В контексте обсуждения вступительной формулировки пункта 1 было высказано мнение о том, что проект статьи 13 должен не только содержать положения, касающиеся времени и места получения сообщений данных, но и в равной мере затрагивать вопрос об отправлении сообщения. Рассмотрение вопроса об отправлении записей данных, как было заявлено, является особенно важным для тех стран, в которых сообщение, как правило, будет обязательным для его отправителя со времени его отправления. Было отмечено, что положения, устанавливающие время отправления записей данных, будут особенно важными с учетом решения Рабочей группы исключить пункт 2 проекта статьи 12, касающийся времени и места составления контрактов с помощью электронных средств. Эта точка зрения получила общую поддержку.

Подпункт (a)

45. Содержание подпункта (a) было сочтено в целом приемлемым. Было внесено предложение, которое получило общую поддержку и которое предусматривало внесение в данное положение изменений, с тем чтобы учесть ситуацию, когда адресат указал информационную систему, которая может или не может быть информационной системой адресата, а запись данных поступила в информационную систему адресата, которая не была указанной системой. В такой ситуации, как предлагалось, должна использоваться указанная информационная система. Хотя было высказано предположение о том, что такая ситуация во многих случаях будет охватываться соглашением между составителем и адресатом, по общему мнению, необходимым является дополнительное положение, призванное учесть ситуацию, когда адресат в одностороннем порядке указал конкретную информационную систему для получения сообщения. Было предложено включить в подпункт (a) следующую формулировку: "если адресат указал конкретную информационную систему для получения конкретной записи данных, но эта запись данных направляется в другую информационную систему адресата, то такая запись данных не считается полученной до тех пор, пока адресат в действительности не получит доступ к этому сообщению данных". Суть этого предложения была сочтена в целом приемлемой.

46. В отношении подпункта (a) был высказан ряд замечаний. Одно из замечаний заключалось в том, что смысл выражения "информационная система" является неясным, поскольку в одних случаях, как представляется, это указывает на какую-либо систему связи, а в других случаях - на электронный почтовый ящик или даже на телекопир. Кроме того, было отмечено, что не вполне ясно, должна ли такая информационная система находиться в помещениях адресата или же в других помещениях. С тем чтобы снять эту озабоченность было предложено определить в проекте статьи 2 термин "информационная система". Другое замечание состояло в том, что подпункт (a) не содержит конкретных положений о том, каким образом следует указывать информационную систему и может ли быть произведено изменение после того, как такая система была указана адресатом. Еще одно замечание касалось использования слов "функционировала надлежащим образом". Было высказано предположение о том, что такая формулировка, возможно, в недостаточной мере охватывает ситуацию, касающуюся, например, телекопира, который, хотя и не является неисправным, но всегда занят и, таким образом, недоступен. Было

высказано мнение о том, что необходимо включить новое положение с целью уточнить, что система должна быть доступной для того, чтобы она считалась функционирующей надлежащим образом.

Подпункт (b)

47. В отношении подпункта (b) были высказаны различные замечания. Одно из замечаний состояло в том, что ссылка на необходимость того, чтобы запись данных была "понятной", является неточной и может привести к установлению более жесткого требования, чем требование, существующее в настоящее время в режиме, основывающемся на использовании письменной документации, когда какое-либо сообщение может считаться полученным даже в том случае, если оно не является понятным для адресата. Другое замечание заключалось в том, что ссылка на "перевод" не является целесообразной за пределами сферы ЭДИ, поскольку она может неправильно толковаться, как предполагающая, что текст, написанный на каком-либо иностранном языке, должен быть переведен, прежде чем он может считаться полученным согласно подпункту (b). Еще одно замечание заключалось в том, что в подпункте (b) не учитывается ситуация, когда информация была направлена, причем не предполагалось, что она будет непонятной адресату. В качестве примера такой ситуации было указано на то, что в запоминающее устройство могут быть направлены зашифрованные данные с единственной целью их сохранения в контексте защиты прав на интеллектуальную собственность.

48. Хотя, по мнению многих членов Рабочей группы, подпункт (b) должен быть исключен, высказывалось также мнение о том, что следует предпринять попытку уточнить формулировку этого положения, с тем чтобы точно указать на то, что квалифицировалось как важное дополнение к концепции получения в контексте ЭДИ, а именно на то, что адресату, возможно, потребуется время для того, чтобы он смог расшифровать и понять полученную запись данных или любую соответствующую часть этой записи данных.

Пункт 2

49. В отношении того, следует ли сохранить пункт 2, были высказаны различные мнения. В поддержку исключения этого пункта было указано, что он является излишним вследствие того, что время получения уже подразумевается в пункте 1, поскольку запись данных будет презюмироваться полученной в том месте, которого она достигнет во время ее получения согласно пункту 1. В этой связи было отмечено, что в любом случае текст пункта 2 необходимо изменить, с тем чтобы устранить несоответствие с текстом пункта 1. Другая точка зрения заключалась в том, что положение, содержащееся в пункте 2, является нецелесообразным, поскольку оно косвенно устанавливает коллизионную норму, которая может и не быть приемлемой в качестве общей нормы, особенно с учетом того обстоятельства, что она основывается на надуманном определении места получения записей данных. Было высказано также мнение о том, что пункт 2 необходимо исключить, поскольку он привносит ненужное различие между предполагаемым местом получения и местом, которого запись данных фактически достигла во время ее получения согласно пункту 1. Такое различие может неправильно толковаться как возлагающее на составителя риск какой-либо потери или изменения записи данных в период между временем ее получения согласно пункту 1 и временем, когда она достигла своего места получения согласно пункту 2. Было также высказано замечание о том, что пункт 2 был бы неприемлемым в случае направления телеграммы или телекса и что если сохранить это положение, то его сферу применения следует ограничить, с тем чтобы оно охватывало только компьютеризированную передачу записей данных.

50. Однако, по мнению большинства членов Рабочей группы, пункт 2 следует сохранить. Напоминалось о том, что в соответствии с мнениями, высказанными на двадцать шестой сессии Рабочей группы (A/CN.9/387, пункт 161), основная причина включения нормы о месте получения записи данных заключается в стремлении учесть обстоятельство, которое является характерным для электронной торговли, но которое отнюдь не обязательно надлежащим образом рассматривается в действующих нормах внутреннего или международного права, а именно то обстоятельство, что информационная система адресата, в которой получено сообщение или с которой сообщение воспроизведено, зачастую расположена за пределами той юрисдикции, которая действует в месте нахождения самого адресата. Поэтому смысл данного положения - обеспечить, чтобы место нахождения информационной системы не являлось диспозитивным элементом и чтобы, напротив, существовала определенная разумная связь между адресатом и тем местом, которое считается местом получения, а также чтобы составитель мог беспрепятственно установить это место. Было указано, что положение, содержащееся в пункте 2, не устанавливает нормы о распределении рисков между составителем и адресатом в случае повреждения или потери записи данных в период между временем ее получения согласно пункту 1 и временем, когда она достигает своего места получения согласно пункту 2. Пункт 2 всего лишь устанавливает презумпцию, касающуюся правового факта, который должен использоваться в тех случаях, когда другие нормы применимого права (например, нормы права, касающиеся составления контракта или коллизии норм) требуют определения места получения записи данных.

51. В отношении точной формулировки пункта 2 был внесен ряд предложений: исключить слова "если иное не предусмотрено применимым правом", взятые в квадратные скобки, по причине, которой объяснялось их исключение из пункта 1 (см. пункт 43 выше); включить формулировку с целью недопущения возможного несоответствия между пунктами 1 и 2; заменить слово "считается" словом "презюмируется", с тем чтобы разъяснить, что возникшая правовая презумпция будет опровержимой; определить время отправления следующим образом: "запись данных считается отправленной, когда она выходит из-под непосредственного контроля составителя"; ограничить сферу применения пункта 2 компьютеризированными сделками; заменить ссылку на "содержание записи данных" ссылкой на "основную сделку", которая, как указывалось, в большей степени соответствует другим действующим международным документам; и при условии принятия на более позднем этапе решения в отношении сферы применения типовых законодательных положений в контексте проекта статьи 1, включить формулировку, исключаящую из сферы применения пункта 2 вопросы, касающиеся административного и уголовного права, а также норм права о защите данных.

52. Чтобы учесть вышеупомянутые предложения и замечания, Рабочая группа поручила небольшой рабочей группе подготовить пересмотренный проект статьи 13 для продолжения обсуждения. В пересмотренном тексте проекта статьи 13, рассмотренном Рабочей группой, говорится следующее:

"Статья 13. Время и место отправления и получения записи данных

- 1) Если иное не согласовано [отправителем] [составителем] и адресатом [записи] [сообщения] данных, отправление [записи] [сообщения] данных происходит в момент, когда [запись] [сообщение] данных достигает системы связи, находящейся вне контроля составителя.
- 2) Если иное не согласовано [отправителем] [составителем] и адресатом [записи] [сообщения] данных, время получения [записи] [сообщения] данных определяется следующим образом:
 - a) если адресат указал информационную систему для цели такой записи данных, получение происходит в тот момент, когда сообщение поступает в указанную информационную систему;
 - b) если адресат не указал информационную систему, получение происходит в момент, когда [запись] [сообщение] данных поступает в информационную систему адресата;
 - c) независимо от подпункта (a), если [запись] [сообщение] данных направляется не в указанную информационную систему, а в другую информационную систему адресата, получение происходит в момент, когда [запись] [сообщение] данных воспроизводится адресатом;
 - d) в случаях, охватываемых подпунктами (a) или (b), если информационная система функционирует ненадлежащим образом, [запись] [сообщение] данных получается в момент, когда [запись] [сообщение] данных поступило бы в информационную систему и могло бы быть воспроизведено, если бы информационная система функционировала надлежащим образом;
 - e) в случаях, охватываемых подпунктами (a) или (b), если [запись] [сообщение] данных требует декодирования или другой обработки для того, чтобы [она] [оно] [могла] [могло] использоваться адресатом, получение происходит в тот момент, когда такая обработка завершена, или в момент, когда такая обработка должна быть, как это можно разумно предположить, завершена, в зависимости от того, что происходит раньше.

Настоящий пункт применяется, несмотря на то, что местонахождение информационной системы может отличаться от места получения [записи] [сообщения] данных в соответствии с пунктом 3.

3) Если иное не согласовано [отправителем] [составителем] и адресатом компьютеризированной передачи [записи] [сообщения] данных, [запись] [сообщение] данных получается в месте осуществления предпринимательской деятельности адресатом. В случае, если адресат имеет более одного места осуществления предпринимательской деятельности, местом осуществления такой деятельности для целей настоящего пункта является то место, которое имеет наиболее тесную связь с основной сделкой.

4) Пункт 3 не применяется для определения места получения для целей любых норм административного и уголовного права или норм права о защите данных".

Новый пункт 1

53. Было высказано замечание о том, что сообщение не следует считать отправленным, если оно достигает информационной системы адресата, но не поступает в нее. С целью учесть это замечание было предложено заменить слово "достигает" словом "поступает", хотя было признано, что время поступления не может быть легко определено. Для обеспечения соответствия с терминологией, используемой в других пунктах проекта статьи 13, было предложено включить перед словом "отправление" слово "время" и заменить слова "система связи" словами "информационная система". В отношении термина "информационная система" было высказано предположение о том, что, возможно, следует дать его определение в проекте статьи 2. В ответ на высказанное замечание было разъяснено, что в пункте 1 не рассматриваются ситуации, в которых происходит сбой в функционировании информационной системы составителя, поскольку в таких случаях составителю обычно известно о том, что отправление не произошло. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание нового пункта 1 и передала вышеупомянутые предложения на рассмотрение редакционной группы. Рабочая группа также решила рассмотреть вопрос о возможной разработке определения термина "информационная система" в контексте предстоящего обсуждения проекта статьи 2.

Новый пункт 2

Подпункты (a), (b) и (c)

54. Было отмечено, что в подпунктах (a) и (c) рассматривается ситуация, в которой адресат указывает информационную систему. По этой причине Рабочая группа решила объединить подпункты (a) и (c). Рабочая группа одобрила содержание подпунктов (a), (b) и (c) при условии их дальнейшего рассмотрения редакционной группой.

Подпункт (d)

55. В отношении подпункта (d) был высказан ряд замечаний. Одно из замечаний заключалось в том, что подпункт (d) может толковаться как возлагающий на адресата обременительную обязанность обеспечивать постоянное функционирование своей системы. В ответ было подчеркнуто, что цель подпункта (d) заключается лишь в том, чтобы предусмотреть ситуацию, когда адресат может намеренно или по небрежности вызвать сбой в функционировании своей информационной системы. Напоминалось о том, что эта проблема была выявлена Рабочей группой на ее двадцать шестой сессии (см. A/CN.9/387, пункт 154) и что подпункт (d) соответствует принципу соблюдения добросовестности в международной торговле,

отраженному в проекте статьи 3. В этой связи было высказано мнение о том, что составитель должен быть защищен в тех случаях, когда информационная система адресата не функционирует вообще или функционирует ненадлежащим образом, но не в случаях, когда получение было невозможным вследствие того, что информационная система адресата была занята. Была выражена обеспокоенность и тем, что подпункт (d) может создать некоторую неопределенность, поскольку он основывается на концепции сбоя в функционировании системы, точный смысл которой неясен. Кроме того, было высказано мнение о том, что подпункт (d) противоречит нормам внутригосударственного законодательства, определяющим теорию получения, в соответствии с которой контракт не может быть составлен, если оферент не получил акцепта оферты из-за неудовлетворительного функционирования его информационной системы. С учетом вышеупомянутых замечаний Рабочая группа решила исключить подпункт (d).

Подпункт (e)

56. По причинам, уже изложенным в контексте обсуждения подпункта (b) пункта 1 проекта, подготовленного секретариатом (см. пункт 47 выше), было высказано мнение о том, что норма, содержащаяся в подпункте (e), не является целесообразной. Было отмечено, что подпункт (e) будет противоречить определенным нормам внутригосударственного законодательства, в соответствии с которыми получение сообщения происходит в тот момент, когда сообщение достигает места деятельности адресата независимо от того, может ли адресат использовать это сообщение. Кроме того, было отмечено, что подпункт (e) противоречит торговым обычаям, в соответствии с которыми определенные закодированные сообщения считаются полученными даже до их возможного использования. Рабочая группа отметила, что, вероятно, потребуется вновь поставить этот вопрос в контексте будущего обсуждения вопроса о подтверждении получения согласно проекту статьи 11, и решила исключить подпункт (e).

Новый пункт 3

57. Рабочая группа сочла содержание нового пункта 3 в целом приемлемым. Вместе с тем было высказано предположение о том, что, возможно, потребуется внести в формулировку этого пункта изменения, с тем чтобы уточнить, что данное положение касается как фактических, так и предполагаемых основных сделок. Другое предположение заключалось в том, что следует принимать во внимание основное место осуществления предпринимательской деятельности в тех случаях, когда основная сделка отсутствует. Было высказано еще одно предположение о том, чтобы для приведения нового пункта 3 в соответствие со статьей 10 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, необходимо добавить формулировку, предусматривающую, что в тех случаях, когда адресат не имеет места осуществления предпринимательской деятельности, следует принимать во внимание его обычное местонахождение. Рабочая группа согласилась с существом этих предложений и передала данный вопрос на рассмотрение редакционной группе.

Новый пункт 4

58. Рабочая группа сочла содержание нового пункта 4 в целом приемлемым.

Статья 14. Хранение [записей] [сообщений] данных

59. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 14:

"1) В тех случаях, когда закон требует, чтобы определенная информация сохранялась в качестве записи, это требование считается удовлетворенным, если информация хранится в форме [записи] [сообщения] данных, при условии, что соблюдаются требования, установленные в пунктах 2 и 3 настоящей статьи.

[2] [Записи] [сообщения] данных хранятся в неизменном виде [отправителем] [составителем] в переданном формате, а адресатом - в формате, в котором они были получены.]

[3] [Записи сообщения] данных хранятся в форме, обеспечивающей незамедлительный доступ к ним и возможность воспроизведения в пригодной для считывания человеком форме и, если это необходимо, в распечатанном виде. Любое оперативное оборудование, необходимое в этой связи, предоставляется лицом, хранящим информацию в форме [записи] [сообщений] данных]".

Общие замечания

60. По общему мнению Рабочей группы проект статьи 14 служит конструктивной цели. Что касается места этой статьи в типовых законодательных положениях, то было высказано мнение о том, что ее не следует включать в главу III, которая призвана обеспечить свод диспозитивных норм для факультативного применения сторонами, использующими современные средства связи. Вместо этого проект статьи 14 следует перенести в главу II, в которой излагаются нормы, заменяющие существующие статутные требования, которые рассматриваются в качестве препятствий развитию современной торговли. Предлагалось также включить проект статьи 14 в отдельную главу, поскольку он не связан с "требованиями относительно формы". После обсуждения Рабочая группа решила перенести проект статьи 14 в главу II, название которой необходимо будет пересмотреть.

61. Был высказан ряд замечаний относительно структуры проекта статьи 14. Говорилось, в частности, что оговорки в пункте 1 и в пунктах 2 и 3 являются излишними, поскольку в них повторяются условия, которые уже содержатся в проекте статьи 6(1)(a). С учетом этого замечания было предложено объединить пункты 1, 2 и 3 в один пункт, основанный на положениях пункта 1, однако с иной оговоркой следующего содержания: "при условии, что соблюдаются требования статьи 6(1)(a) и информация хранится в неизменном виде отправителем и адресатом".

Пункт 1

62. Было высказано замечание в связи с тем, что слова "определенная информация" в некоторых правовых системах могут иметь не совсем понятный смысл и что они недостаточно полно отражают общую цель проекта статьи 14. Связанное с этим замечание заключалось в том, что слово "информация", возможно, придется определить в проекте статьи 2. Было предложено заменить эти слова формулировкой на "определенные документы или информация". Что касается конкретной формулировки этого пункта, то было предложено исключить слова "в качестве записи", поскольку слово "сохранялась" достаточно полно отражает смысл.

Пункт 2

63. Было высказано замечание в отношении нецелесообразности требования о том, чтобы информация хранилась в неизменном виде, поскольку обычно для целей хранения сообщения необходимо расшифровывать, уплотнять или преобразовывать. С учетом этого замечания было предложено ссылаться не на необходимость хранения сообщений в неизменном виде, а на необходимость хранения сообщений "в формате, в котором они были переданы, или в формате, который точно отражает переданную информацию". Еще одно замечание было связано с тем, что пункт 2 в силу того, что он содержит требование о хранении сообщения как отправителем, так и адресатом противоречит торговым обычаям.

Пункт 3

64. Было высказано замечание в связи с тем, что пункт 3 не охватывает всю информацию, которую, возможно, необходимо хранить и которая включает, помимо самого сообщения, определенную переданную информацию, которая может потребоваться для идентификации сообщения. Другое замечание было связано с тем, что пункт 3 не учитывает часто возникающей в практике ситуации, когда информация хранится не отправителем или адресатом, а посредниками.

65. Для того чтобы учесть вышеупомянутые предложения и замечания, Рабочая группа поручила небольшой рабочей группе подготовить пересмотренный проект статьи 14 для продолжения обсуждений. На рассмотрение Рабочей группы был представлен следующий пересмотренный текст проекта статьи 14:

"1) В случае, когда закон требует, чтобы определенные документы, записи или информация подлежали хранению, это требование считается выполненным, если хранение [записей] [сообщений] данных обеспечивается с соблюдением следующих условий:

- a) [аналогичных условиям, предусмотренным в пункте 1 статьи 6];
- b) [запись] [сообщение] данных хранится в переданном формате или в формате, которым может быть продемонстрировано точное воспроизведение переданной информации; и
- c) обеспечивается хранение переданной информации, связанной с [записью] [сообщением] данных, включая информацию об отправителе, получателе [получателях] и дате и времени передачи, но не ограничиваясь этим, за исключением случаев, когда это невозможно вследствие того, что лицо, на которое распространяется это требование о хранении, не контролирует операции системы связи.

2) Любое лицо может выполнить свои обязательства по хранению посредством обращения к услугам того или иного посредника при соблюдении вышеуказанных условий".

Новый пункт 1

66. Были даны разъяснения в отношении того, что подпункты (a), (b) и (c) призваны закрепить условия, при которых обязательство хранить записи данных, которое может предусматриваться применимым правом, будет считаться выполненным. Что касается подпункта (b), то было указано на отсутствие необходимости сохранять сообщение в неизменном виде, если хранимая информация точно воспроизводит запись данных, которые были переданы. В отношении подпункта (c) было указано, что его цель - учесть мнение о том, что, если определенная переданная информация имеет важное значение и подлежит хранению, другая переданная информация может быть исключена без ущерба для целостности записей данных.

Вводная формулировка

67. Было высказано замечание в связи с тем, что из-за слов "в случае, когда закон требует" в начале пункта может создаться впечатление, что охватываются все области права, в том числе некоторые области, в которых положение, аналогичное проекту статьи 14, было бы неуместным, например, бухгалтерский учет, отмывание денег и надзорное право. В целях учета этого замечания было предложено ограничить сферу применения проекта статьи 14 так же, как это было сделано в отношении сферы применения нового пункта 4 проекта статьи 13 (см. пункт 52 выше). Рабочая группа признала, что этот вопрос необходимо будет вновь рассмотреть в контексте обсуждения проекта статьи 1.

Подпункты (a) и (b)

68. Рабочая группа сочла содержание подпунктов (a) и (b) в целом приемлемыми.

Подпункт (c) и новый пункт 2

69. Было высказано замечание в связи с тем, что исключение, предусмотренное в конце подпункта (c), может стимулировать недобросовестную практику или умышленные неправомерные действия в том смысле, что лицо, которое обязано хранить

записи данных, может быть освобождено от выполнения этого обязательства на том основании, что информационная система выбранного посредника функционирует в таком режиме, который не обеспечивает сохранение переданной информации. В ответ на это замечание было указано, что подпункт (с), устанавливая обязательство сохранять переданную информацию, связанную с записью данных, устанавливает стандарт, который превосходит большинство стандартов, действующих в отношении хранения сообщений на бумаге. Кроме того, было указано на необходимость проводить четкое разграничение между теми элементами переданной информации, которые имеют важное значение для идентификации сообщения, и весьма немногочисленными элементами переданной информации (например, протоколы обмена сообщениями), которые не представляют ценности для записи данных и которые, как правило, будут автоматически исключаться из поступающего сообщения ЭДИ принимающим компьютером еще до того, как запись данных фактически поступит в информационную систему адресата. Кроме того, было высказано замечание о том, что подпункт (с) может налагать расплывчатые обязательства, поскольку различие между переданной информацией и записями данных прослеживается недостаточно четко. Согласно другому замечанию подпункт (с) может предусматривать требование о хранении информации, которая обычно не подлежит хранению в соответствии с применимым национальным правом. Еще одно замечание по пункту (с) заключалось в том, что этот пункт не предусматривает права лица, обязанного хранить записи данных, прибегать к услугам других третьих сторон, а не только посредников, как это указано в проекте статьи 2.

70. Для того чтобы учесть эти замечания, Рабочая группа поручила небольшой рабочей группе пересмотреть формулировку подпункта (с) и нового пункта 2. На рассмотрение Рабочей группы был представлен следующий пересмотренный текст:

"с) обеспечивается хранение переданной информации, связанной с записью данных, включая информацию об отправителе, получателе[ях] и дате и времени передачи, но не ограничиваясь этим.

2) Обязательство адресата хранить информацию в соответствии с пунктом 1 не распространяется на любую часть такой информации, которая передается для целей контроля за сообщениями, но которая не поступает в информационную систему адресата или в указанную им информационную систему.

3) Любое лицо может выполнить свое обязательство по хранению посредством обращения к услугам того или иного посредника при соблюдении вышеуказанных условий".

71. Хотя содержание пересмотренного текста было в целом признано приемлемым, было указано на необходимость включить в пункт 3 положение, допускающее хранение записей данных любой третьей стороной.

72. Рабочая группа одобрила содержание пересмотренного текста проекта статьи 14 и передала его на рассмотрение редакционной группе.

Статья 15. Ответственность

73. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 15:

"[1] Каждая сторона несет ответственность за убытки, прямо вытекающие из несоблюдения какого-либо из положений унифицированных правил, за исключением случаев, когда это происходит в результате любых обстоятельств, представляющих собой препятствие вне контроля этой стороны, и когда от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при отправке и получении [записей] [сообщений], данных, или обстоятельств, которых было невозможно избежать или преодолеть.

2) Если какая-либо сторона привлекает любого посредника к выполнению таких услуг, как передача, регистрация или обработка [записи] [сообщения] данных, сторона, которая привлекает такого посредника, несет ответственность за убытки, прямо вытекающие из действий, нарушений или упущений посредника при предоставлении вышеупомянутых услуг.

3) Если какая-либо сторона требует использования другой стороной услуг какого-либо посредника для выполнения передачи, регистрации или обработки [записи] [сообщения] данных, то сторона, которая требует использования таких услуг, несет ответственность перед другой стороной за убытки, прямо вытекающие из действий, нарушений или упущений такого посредника при предоставлении вышеупомянутых услуг".

74. По общему мнению, проект статьи 15 следует исключить полностью. С учетом замечаний, высказанных на двадцать шестой сессии Рабочей группы (A/CN.9/387, пункт 170), было отмечено, что за исключением проектов статей 10 и 11, в типовых законодательных положениях, по крайней мере на данном этапе, не устанавливаются новые обязанности в дополнение к тем, которые уже существуют на основании применимого права и в силу договоренностей сторон. Было решено, что, хотя вопросы ответственности и распределения риска в области электронной передачи данных, возможно, потребуются пересмотреть в контексте будущей работы, проведение общих прений по этим вопросам в контексте настоящих положений было бы преждевременным. После обсуждения Рабочая группа приняла решение исключить проект статьи 15.

НАЗВАНИЕ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

75. Использование в названии формулировки " типовые законодательные положения" заставило Рабочую группу вновь проанализировать принятое ею ранее решение о подготовке правового текста в виде законодательных положений (A/CN.9/390, пункт 16). Рабочая группа вновь подтвердила принятое ею решение о том, что текст должен носить форму типового закона (A/CN.9/390, пункт 17). Члены Группы в целом признали, что употребление термина " типовые законодательные положения" может создать неопределенность в отношении юридического характера этого документа.

Решение использовать термин " типовые законодательные положения " было принято с целью отражения того, что данный текст содержит целый ряд положений, касающихся существующих норм права, которые в типичном государстве, принимающем типовую закон, закреплены в многочисленных положениях различных национальных законов, и что, как это было признано на предыдущей сессии, такие положения отнюдь не обязательно будут фигурировать как единое целое в каком-либо конкретном законодательстве государства, принимающего этот документ. Хотя в пользу сохранения термина " типовые законодательные положения " была высказана определенная поддержка, большинство членов Группы высказались за то, чтобы отдать предпочтение термину " типового закона ". Широкую поддержку получило мнение о том, что с учетом подхода, избранного Рабочей группой на этапе завершения работы над этим текстом, типовые законодательные положения можно рассматривать в качестве сбалансированных дискреционных норм, которые могут также применяться в совокупности, будучи сведенными в один документ.

76. Были высказаны различные замечания в отношении остальных элементов названия. Эти замечания касались формулировки " правовые аспекты ", которая была сочтена слишком расплывчатой для названия нормативного текста или, наоборот, создающей превратное впечатление, будто в тексте рассматриваются все правовые аспекты, которые могут быть связаны с использованием ЭДИ; использования слова " передача ", которое, по мнению членов Группы, является слишком узким и, как представляется, ограничивает сферу применения текста только случаями, когда информация передается, исключая при этом случаи, когда она всего лишь хранится; и возможной неадекватности указания в конце названия " соответствующих средств передачи данных ".

77. Для решения этих проблем были высказаны различные предложения, которые отражали общее понимание того, что в названии следует учитывать различные возможные технологии и сочетания технологий наряду с неотъемлемым элементом надежной записи. Предлагалось, в частности, использовать такие понятия, как " электронная торговля "; " правовые аспекты электронной передачи и сохранения информации "; " ЭДИ и другие средства электронной торговли "; " правовые аспекты ЭДИ ". Ни одна из предлагаемых формулировок не была признана полностью удовлетворительной. После обсуждения Рабочая группа приняла следующее название: " Проект типового закона о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи сообщений ".

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Сноска к главе I

78. Рабочая группа рассмотрела следующий текст сноски к главе I:

" Настоящие законодательные положения не имеют преимущественной силы по отношению к любым нормам права, предназначенным для защиты потребителей ".

79. Было высказано замечание в отношении того, что при составлении правовых текстов использование сноска является неприемлемым. Рабочая группа, однако, напомнив о своем решении, принятом на ее предыдущей сессии (см. A/CN.9/390, пункт 36), решила сохранить сноску. Рабочая группа сочла содержание этой сноски в целом приемлемым.

Статья 1. Сфера применения

80. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 1:

"Сфера применения"

Настоящие законодательные положения применяются к [коммерческой] информации в форме [записи] данных.

**Для государств, которые, возможно, пожелают ограничить сферу применения настоящих законодательных положений международными [записями] данных, Комиссия предлагает следующий текст:

Настоящие законодательные положения применяются к [записи] данных, как она определена в пункте 1 статьи 2, в случаях, когда [запись] данных связана с международными торговыми интересами ".

81. Были высказаны различные мнения в отношении использования понятия " коммерческая информация ". В частности, было высказано мнение о необходимости избегать любого упоминания " коммерции " или " торговли ". В поддержку этой точки зрения указывалось, что использование подобных понятий может повлечь за собой проблемы, поскольку в некоторых странах общего права, а также ряде стран гражданского права отсутствует отдельная отрасль торгового права, и разграничение между правовыми нормами, действующими в отношении " торговых операций ", и нормами, применяемыми более широко, будет для таких стран нелегкой или необычной задачей. Указывалось, что в предыдущих правовых текстах ЮНСИТРАП избегала неоправданного использования таких понятий, как " торговля " или " коммерция ", а в подготовленном Типовом законе о международном торговом арбитраже, где эти понятия используются, содержится также определение термина " торговый ". Рабочая группа напомнила, что на своей предыдущей сессии она уже поднимала эту проблему (A/CN.9/390, пункты 23-26). Было указано, что, хотя Рабочая группа на своих предыдущих сессиях решила не уделять в тексте основное внимание отношениям между пользователями ЭДИ и государственными органами (A/CN.9/390, пункт 21), никаких решений о неприменимости проекта типового закона к таким отношениям принято не было.

82. Большинство, однако, высказалось за то, чтобы сфера применения проекта типового закона была так или иначе ограничена областью коммерции. Указывалось, что такое ограничение будет надлежащим образом отражать общий мандат

Комиссии в отношении международного торгового права. Указывалось также, что проект типового закона разрабатывался в контексте торговых отношений и может оказаться неприемлемым для других видов отношений. Тем не менее, по общему мнению, использование термина "торговый" может потребовать включения в проект типового закона определения этого понятия и что такое определение, по соображениям последовательности, должно соответствовать тексту сноски к статье 1 Типового закона ЮНСИТРАП о международном торговом арбитраже. Кроме того, согласно высказанным мнениям, ничто в проекте типового закона не должно ограничивать право применяющего его государства распространять сферу применения проекта типового закона на пользователей ЭДИ и соответствующие средства вне коммерческой сферы. Было решено, что этот вопрос следует четко отразить в руководстве по применению, которое будет подготовлено позднее.

83. Что касается формулировки ограничения коммерческой сферой, то было высказано мнение о том, что ограничивать сферу применения проекта типового закона "коммерческой информацией" не следует. Несмотря на необходимость четко указать, что эти нормы предназначены для применения в сфере торгового права, было бы нецелесообразно и непрактично дополнительно ограничивать сферу применения "коммерческой информацией". Была предложена следующая новая формулировка проекта статьи 1: "Настоящий закон является частью торгового права. Он применяется к любому виду информации в форме записи данных". После обсуждения это предложение было принято Рабочей группой, которая постановила также включить в качестве сноски текст, аналогичный сноске к статье 1 Типового закона ЮНСИТРАП о международном торговом арбитраже.

Сноска к статье 1

84. Хотя было высказано мнение о необходимости ограничения сферы применения проекта типового закона областью международной торговли, Рабочая группа, сославшись на решение, принятое на ее предыдущей сессии, постановила сохранить существующий текст.

85. По завершении рассмотрения проекта статьи 1 Рабочая группа постановила приступить к обсуждению проекта статьи 3 и вернуться к рассмотрению определений, содержащихся в проекте статьи 2, после завершения рассмотрения других проектов статей (см. пункты 132-156 ниже).

Статья 3. Толкование типовых законодательных положений

86. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 3:

- "Вариант А 1) При толковании настоящих законодательных положений следует учитывать в надлежащих случаях их международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности.
- 2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящих законодательных положений и которые прямо в них не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основываются настоящие законодательные положения.

Вариант В При толковании настоящих законодательных положений следует учитывать их цель по реализации сформулированных на международном уровне принципов, которые направлены на облегчение использования технологических достижений в методах передачи и хранения информации, и необходимость содействовать достижению единообразия в применении этих принципов".

87. Большинство членов группы высказалось в пользу варианта А. Вместе с тем было высказано мнение, что существо варианта В необходимо отразить либо в преамбуле к проекту типового закона, либо в руководстве по его применению, которое будет подготовлено на более позднем этапе. Было высказано замечание в связи с тем, что текст варианта В, возможно, лучше отражает тот факт, что положения проекта типового закона, хотя и подготовлены на международной основе, совсем не обязательно имеют международный характер. Для того чтобы учесть это замечание было решено заменить формулировку "международный характер" в тексте варианта А формулировкой "международный источник". После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание варианта А и передала текст на рассмотрение редакционной группе.

Статья 4. [исключена]

Статья 5. Изменение по договоренности

88. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 5:

"[В отношениях между сторонами, участвующими в подготовке, хранении, передаче, получении или иной обработке [записей] данных, если в настоящих законодательных положениях не предусмотрено иное, их соответствующие права и обязанности могут определяться по договоренности между ними.]"

89. Была выражена общая поддержка принципу автономии сторон, который положен в основу проекта статьи 5. Однако было выражено общее мнение о том, что с учетом мнений, высказанных на предыдущей сессии (A/CN.9/390), могут возникнуть определенные проблемы в случае использования широкой формулировки принципа автономии сторон, как это сделано в проекте статьи 5. Было указано, что проект типового закона можно в определенном смысле рассматривать как свод исключений из общепризнанных норм, касающихся формы законных сделок. Было вновь отмечено, что такие общепризнанные нормы обычно являются императивными, поскольку они, как правило, отражают решения в рамках

государственной политики. В связи с этим было высказано опасение, что безоговорочное заявление о свободе сторон отступать от типовых законодательных положений может быть ошибочно истолковано как разрешающее сторонам посредством невыполнения типовых законодательных положений отступать от императивных норм, принятых по соображениям государственной политики. Соответственно было предложено, по крайней мере в отношении положений, содержащихся в главе II и в проекте статьи 14, рассматривать проект типового закона как устанавливающий минимальное приемлемое требование в отношении формы, и по этой причине считать их обязательными, если в их тексте прямо не указано иное. Было отмечено также, что на предыдущей сессии Рабочей группы значительную поддержку получило предложение о том, что принцип автономии сторон должен распространяться только на положения главы III (A/CN.9/390, пункт 76). После обсуждения Рабочая группа приняла это предложение и передала текст проекта статьи 5 на рассмотрение редакционной группе.

Включение посредством ссылки

90. В рамках обсуждения проекта статьи 5 было внесено предложение включить в проект типового закона положение, обеспечивающее признание того, что определенные условия, которые могут быть включены в запись данных посредством простой ссылки, будут иметь такую же юридическую силу, как если бы они в полном объеме были изложены в тексте этой записи данных. Было отмечено, что вопрос о включении посредством ссылки определенных условий в сообщение ЭДИ имеет принципиальное значение для пользователей ЭДИ и что поэтому особенно важно обеспечить определенность в отношении порядка использования этого метода. Была высказана мысль о том, что ЭДИ, по всей видимости, представляет собой систему включения посредством ссылки, поскольку сообщения ЭДИ не имеют смысла и весомого значения для заключения контракта без включения посредством ссылки соответствующих стандартов передачи. Рабочая группа с большим вниманием отнеслась к этому предложению. Было принято решение о том, что Рабочая группа подробно рассмотрит этот вопрос на одной из своих будущих сессий.

ГЛАВА II. ТРЕБОВАНИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ФОРМЫ

Статья 5 бис

91. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 5 бис:

"Информация не признается не имеющей юридической силы, недействительной или не имеющей исковой силы лишь на том основании, что она записана в форме [записи] данных."

92. Были высказаны различные точки зрения в отношении целесообразности сохранения статьи 5 бис. В пользу ее исключения было указано, что проект статьи 5 бис является ненужным, поскольку принцип недискриминации в отношении записей данных уже закреплен в проектах статей 6-9 и добавление какой-то общей нормы может лишь создать путаницу в отношении целей данных проектов статей. Было высказано предположение о том, что если общее положение, аналогичное содержанию проекта статьи 5 бис будет сочтено необходимым, то его следует включить в законодательное руководство, регулирующее порядок принятия данных типовых положений, которое должно быть подготовлено на более позднем этапе, или по крайней мере в сноску к главе II. В ответ на это было указано, что общее положение, в котором излагался бы основополагающий принцип, предусматривающий недопустимость дискриминации в отношении записей данных, является крайне необходимым. Преобладающая точка зрения сводилась к тому, что основное содержание проекта статьи 5 бис, в которой излагается основополагающий принцип о недопустимости дискриминации в отношении записей данных, следует сохранить. По мнению большинства членов Рабочей группы, такой принцип должен иметь общее применение и его сфера не должна ограничиваться вопросами доказательств или другими вопросами, которые рассматриваются в проектах статей 6-9.

93. Были высказаны различные замечания и предложения в отношении формулировки проекта статьи 5 бис. Одно из замечаний заключалось в том, что в данном положении, возможно, недостаточно четко указывается на то, что оно призвано иметь преимущественную силу по сравнению с применимыми нормами внутригосударственного законодательства, предписывающими использование письменной формы или подлинника. Было предложено конкретно указать в тексте проекта статьи 5 бис на то, что она применяется "независимо" от каких-либо статутных требований в отношении письменной формы или подлинника. Другое предложение предусматривало включение в данное положение, во избежание непризнания исковой силы записи данных лишь на том основании, что она ненадежна, формулировки следующего содержания: "То обстоятельство, что информация зафиксирована в виде записи данных, не считается единственной причиной для непризнания юридической силы, действительности или исковой силы данной записи, если будет показано, что в конкретном рассматриваемом случае последствием фиксации этой информации в виде записи данных является то, что данная запись может оказаться ненадежной или что в каком-либо ином отношении не выполнены условия, предусмотренные в статье 6(1)". Против этого предложения были выдвинуты возражения на том основании, что данная формулировка может неправильно толковаться как предполагающая, что записи данных являются изначально ненадежными. В другом предложении предусматривалось добавить новый пункт, аналогичный проектам статей 6(2) и 7(2), в котором принимающим эти типовые положения государствам разрешалось бы исключить применение статьи 5 бис в некоторых конкретно указанных случаях при осуществлении данного проекта типового закона. С точки зрения редакции формулировки предлагалось заменить слово "информация" словом "запись" или словами "информация в виде записи данных" или "запись данных и содержащаяся в ней информация".

94. После обсуждения Рабочая группа решила сохранить содержание проекта статьи 5 бис и передать предложения в отношении формулировок на рассмотрение редакционной группе.

Статья 6. [Функциональный эквивалент] [Требование] "письменной формы"

95. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 6:

"1) Если какая-либо норма права требует представления информации в письменной форме или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, такое требование считается выполненным в отношении [записи] данных, содержащей требуемую информацию, если

- а) информация может быть [воспроизведена] [продемонстрирована] в [визуальной и понятной] [удобочитаемой, разборчивой] [долговечной] форме; и
- б) информация хранится в качестве записи.

2) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...]"

Пункт 1

Вступительная формулировка

96. Рабочая группа одобрила содержание вступительной формулировки пункта 1. Было предложено, чтобы проект статьи 6, помимо случаев, когда применяемое законодательство требует, чтобы информация "была представлена в письменной форме", предусматривал бы случаи, когда законодательство требует, чтобы информация "была" в письменной форме. По общему мнению, такую формулировку следует включить в данное положение.

Подпункт (а)

97. Рабочая группа рассмотрела различные термины, которые указаны в подпункте (а) в квадратных скобках. Были высказаны различные мнения в отношении использования слова "долговечной". Согласно одной точке зрения, это слово следует сохранить, поскольку долговечность должна рассматриваться в качестве неотъемлемого свойства бумаги. Однако преобладающая точка зрения сводилась к тому, что положение, устанавливающее функциональный эквивалент письменной формы, не должно быть направлено на обеспечение долговечности, особенно с учетом того, что в основе проекта статьи 6 лежит понятие "запись данных" в том виде, как она определена в проекте статьи 2, что уже предполагает определенную степень долговечности. После обсуждения Рабочая группа решила исключить слово "долговечной". В ходе обсуждения предлагалось указать на точность и надежность как на элементы функционального эквивалента письменной формы. Это предложение не получило достаточной поддержки.

98. Что касается слов "воспроизведена" и "продемонстрирована", то, согласно одной из точек зрения, слово "воспроизведена" является предпочтительным, поскольку оно лучше отражает концепции долговечности и воспроизводимости, которые, как было указано, внутренне присущи сообщениям при помощи бумажных документов. Другая точка зрения заключалась в том, что предпочтение следует отдать термину "продемонстрирована", поскольку он более точно отражает идею о том, что записи данных можно преобразовать в другую форму, а не только скопировать, как можно предположить исходя из термина "воспроизведена". Еще одна точка зрения заключалась в том, что ни одно из этих слов не отражает необходимой характерной черты: запись данных должна быть доступной или воспроизводимой. В целом было сочтено, что предпочтительными являются такие слова, как "доступный" или "воспроизводимый".

99. В отношении слов "визуальный", "понятный", "удобочитаемый" и "разборчивый" было высказано мнение о том, что ни одно из этих слов не может использоваться в качестве объективного критерия при определении того, что следует считать эквивалентом "письменной формы". Было отмечено, что при использовании всех этих слов возникнет неопределенность, поскольку признание записи данных визуальной, понятной, удобочитаемой или разборчивой зависит от лица, которому, возможно, придется ее читать. Было предложено заменить подпункт (а) следующей формулировкой: "информация воспроизводима в понятной форме". В ответ было отмечено, что следует также избегать использования слова "понятный", поскольку, как представляется, оно относится к субъективному критерию. В этой связи была выражена обеспокоенность тем, что такая формулировка может не охватывать записи данных, которые могут не быть в воспроизводимой или понятной форме, например, коды в интеллектуальных карточках. Другое предложение заключалось в том, чтобы заменить подпункт (а) следующей формулировкой: "информация может быть продемонстрирована в форме, которая доступна для последующего использования в справочных целях". Хотя это предложение получило поддержку, было высказано общее мнение о том, что предлагаемый текст необходимо уточнить, с тем чтобы избежать возникновения путаницы в отношении формы демонстрации записи данных и формы ее хранения. После обсуждения Рабочая группа решила сформулировать подпункт (а) следующим образом: "информация является доступной для ее последующего использования в справочных целях".

Подпункт (б)

100. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, чтобы подпункт (б) является излишним, поскольку он повторяет понятие хранения, характерное для записей данных, как они определены в проекте статьи 2. Хотя, по общему мнению, необходимости в сохранении подпункта (б), вероятно, нет, напоминалось о том, что хранение информации является одним из минимальных требований к записи данных, отвечая которому эта запись отвечает и требованиям о письменной форме, и что поэтому оно должно подразумеваться нормой, содержащейся в проекте статьи 6. Было решено, что после завершения разработки нового текста подпункта (а) редакционной группе следует рассмотреть вопрос о том, есть ли необходимость в подпункте (б).

Пункт 2

101. Рабочая группа сочла содержание пункта 2 в целом приемлемым.

Статья 7. [Функциональный эквивалент] [Требование] "подписи"

102. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 7:

"1) Если какая-либо норма права требует, чтобы информация была подписана, или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, такое требование считается выполненным в отношении [записи] данных, содержащей требуемую информацию, если

- (a) метод [удостоверения подлинности], предназначенный для идентификации составителя [записи] данных и указания на то, что составитель согласен с содержащейся в ней информацией, был согласован между составителем и адресатом [записи] данных, и этот метод был использован; или]
- b) использован метод [удостоверения подлинности] для идентификации составителя [записи] данных и указания того, что составитель согласен с содержащейся в ней информацией; и
- c) этот метод был надежным и уместным для цели, для которой [запись] данных была [подготовлена или передана] [произведена] с учетом всех обстоятельств [включая любую договоренность между составителем и адресатом [записи] данных].

2) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...]"

Пункт 1Подпункт (a)

103. Многие члены Рабочей группы считали, что цель проекта статьи 7 заключается не в том, чтобы разрешить сторонам заменять своими условиями требования публичного порядка, установленные применимым национальным законодательством, а в том, чтобы поощрять использование электронной подписи, когда подпись требуется в соответствии с применимым законодательством. После обсуждения Рабочая группа решила исключить подпункт (a).

Подпункты (b) и (c)

104. Рабочая группа одобрила содержание подпунктов (b) и (c) и передала формулировку, взятую в квадратные скобки, на рассмотрение редакционной группы.

Пункт 2

105. Рабочая группа сочла содержание пункта 2 в целом приемлемым.

Статья 8. [Функциональный эквивалент] [Требование] "подлинника"

106. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 8:

"1) Если какая-либо норма права требует, чтобы информация представлялась в форме подлинной записи или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, такое требование считается выполненным в отношении [записи] данных, содержащей требуемую информацию, если:

- a) эта информация демонстрируется лицу, которому она должна быть представлена; и
- b) имеются надежные доказательства целостности информации с момента, когда составитель впервые подготовил информацию в ее окончательной форме в виде [записи] данных или записи какого-либо иного рода, и до момента демонстрации этой информации.

2) В случае возникновения любых вопросов относительно выполнения требований подпункта (b) пункта (1) настоящей статьи:

- a) критериями оценки целостности являются сохранение информации в полном и, если не считать добавления любых индоссаментов, неизменном виде; и
- b) требуемая степень надежности должна оцениваться с учетом цели, для которой сделана соответствующая запись, и всех обстоятельств.

3) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...]"

Пункт 1

107. Рабочая группа сочла содержание пункта 1 в целом приемлемым.

Пункт 2

108. Хотя Рабочая группа одобрила содержание пункта 2, было высказано замечание по поводу того, что пункт 2 в его нынешней формулировке может охватывать элементы информации, ассоциируемые с записью данных, в дополнение к индоссаментом, включаемым вследствие оформления записи данных. Было заявлено, что подобные элементы, например информация, касающаяся хронологии передачи или хранения записи данных, не должны рассматриваться как существенная в проекте статьи 8, в частности, с учетом того факта, что в качестве элементов сообщений на бумаге они не требуются в тех случаях, когда тот или иной документ должен фигурировать в суде в качестве подлинника. Было предложено изменить формулировку пункта 2 следующим образом:

"2) Для целей пункта 1:

- а) критериями оценки целостности являются сохранение информации в полном виде и отсутствие в информации каких-либо существенных изменений; и
- б) (подпункт (b) будет сохранен без изменений).

3) Для целей настоящей статьи любое изменение является существенным, кроме:

- а) любого индоссаamenta, сделанного с целью передачи любых прав или обязательств, которые являются частью информации; или
- б) любого изменения, сделанного с целью записи, хранения или передачи информации в форме записи данных или которое логично вытекает из любой процедуры защиты безопасности и целостности информации".

109. Было высказано замечание в связи с тем, что вводная формулировка предлагаемого текста сделает пункт 2 применимым не только к подпункту (b) пункта 1, как это предусмотрено в нынешнем тексте, но и к пункту 1 в целом. Было заявлено, что ссылка в новом пункте 3 на любые существенные изменения может создать помехи беспрепятственному признанию записи данных в качестве подлинника. В этой связи было заявлено, что подобное замечание может быть учтено путем сохранения без изменений вводной формулировки в первоначальном тексте. Кроме того, было указано, что первоначальный текст предусматривает лишь одну категорию допустимых изменений, т.е. индоссаменты. Смысл этого положения заключается в том, что, согласно тексту в его нынешней формулировке, любое изменение может привести к тому, что запись данных будет рассматриваться как недостоверная и, следовательно, не признаваться в качестве подлинника. Было также отмечено, что предлагаемый текст подкрепляет положение о допустимости рассмотрения записи данных в качестве подлинника, поскольку он добавляет еще одну категорию допустимых изменений, а именно изменения, сделанные в период хранения или передачи записи данных. Однако возобладала точка зрения о том, что предлагаемый текст может повлиять на сбалансированность существующего текста, который был согласован в ходе тщательных обсуждений в Рабочей группе. После обсуждений Рабочая группа приняла решение сохранить содержание пункта 2 в неизменном виде.

Пункт 3

110. Рабочая группа сочла содержание пункта 3 в целом приемлемым.

Статья 9. Допустимость и доказательственная сила [записи] данных

111. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 9:

"1) При любых процессуальных действиях никакие положения норм доказательственного права не применяются таким образом, чтобы воспрепятствовать допустимости [записи] данных в качестве доказательства

- а) на том основании, что она представляет собой [запись] данных; или,
- б) если она представляет собой наилучшее доказательство, которое, как этого можно разумно ожидать, может быть получено представляющим ее лицом, на том основании, что она не является подлинным документом.

2) Информации, представленной в форме [записи] данных, придается надлежащая доказательственная сила. При оценке доказательственной силы [записи] данных учитывается надежность способа, с помощью которого подготавливалась, хранилась или передавалась [запись] данных, надежность способа, с помощью которого была удостоверена подлинность информации, и любой другой соответствующий фактор.

3) За исключением любой другой нормы права, когда должны выполняться положения подпункта (b) пункта (1) статьи 8 в отношении информации в форме [записи] данных, при любых процессуальных действиях информации не должно придаваться меньшей силы на том основании, что она не представляется в форме подлинной записи".

112. Было высказано замечание в отношении того, что положение о "наилучшем доказательстве", содержащееся в подпункте (b) и упоминаемое в пункте 3 проекта статьи 9, отнюдь не укладывается в рамки правовых систем, которые не предусматривают такой нормы. Поэтому было предложено переместить подпункт (b) в сноску, с тем чтобы некоторые государства могли принять типовые законодательные положения без подпункта (b). Хотя Рабочая группа признала обоснованность такого замечания, было сочтено, что оно вполне может быть устранено путем включения разъяснений в руководство по принятию этих положений, которое будет подготовлено позднее.

113. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание проекта статьи 9 в первоначальном виде и передала ее на рассмотрение редакционной группе.

ГЛАВА III. ПЕРЕДАЧА [ЗАПИСЕЙ] ДАННЫХ (продолжение)

Статья 10. [Действительность] [обязательства составителя] [записи] данных

114. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 10:

"1) В отношениях между составителем и адресатом, составитель [считается] [полагается] утвердившим [содержание] [передачу] [записи] данных, если она была [направлена] [передана] составителем или иным лицом, которое имело полномочия действовать от имени составителя в отношении [записи] данных.

[2) В отношениях между составителем и адресатом [запись] данных [считается] [полагается] [записью] данных составителя, если адресат должным образом применил процедуру, предварительно согласованную с составителем в целях проверки того, что [запись] данных является [записью] этого последнего лица.]

[3) Составитель, который не [считается] [полагается] утвердившим [запись] данных в силу пункта (1) или (2) настоящей статьи [считается] [полагается] утвердившим ее в силу настоящего пункта, если

а) [запись] данных, полученная адресатом, явилась результатом действия лица, отношения которого с составителем или с любым агентом составителя дали такому лицу возможность получить доступ к процедуре удостоверения подлинности составителя; или

б) адресат произвел проверку удостоверения подлинности методом, который является обоснованным при данных обстоятельствах.]

[4) Составителю и адресату [записи] данных разрешается договариваться о том, чтобы адресата можно было [считать] [полагать] утвердившим [запись] данных, хотя удостоверение подлинности не является [коммерчески] обоснованным в данных обстоятельствах.]

[5) В случае, когда составитель [считается] [полагается] утвердившим содержание [записи] данных в соответствии с настоящей статьей, он [считается] [полагается] утвердившим содержание [записи] данных в виде, в котором она была получена адресатом. Однако в случае, когда [запись] данных содержит ошибку или воспроизводит ошибку предыдущей [записи] данных, составитель не [считается] [полагается] утвердившим содержание [записи] данных в силу настоящей статьи в той мере, в которой [запись] данных была ошибочной, если адресату было известно об этой ошибке или ошибка стала бы очевидной, если бы адресат проявил разумную осмотрительность или использовал любую согласованную процедуру проверки.]

[5)бис Пункт (5) настоящей статьи применяется в отношении ошибки или несоответствия в измененном сообщении или в сообщении об отзыве так же, как он применяется в отношении ошибки или несоответствия в [записи] данных.]

[6) Тот факт, что [запись] данных [считается] [полагается] действительной как [запись] данных составителя, не придает этой [записи] данных юридической силы.]"

Пункт 1

Общие замечания

115. Рабочая группа пришла к согласию, что основная цель пункта 1 заключается не в рассмотрении вопроса об утверждении содержания сообщения составителем, а в определении условий, при которых запись данных может быть приписана ее составителю. С тем чтобы привести формулировку пункта 1 в соответствие с этой целью, было предложено заменить слова "утвердившим [содержание] [передачу] [записи] данных" формулировкой "в качестве сообщения составителя". В отношении конкретной формулировки пункта 1 было предложено добавить перед термином "полномочия" слова "фактические или предполагаемые" для защиты интересов адресата, который полагался на предполагаемые полномочия другого лица действовать от имени составителя, независимо от того, были ли такие полномочия ему фактически предоставлены.

"[считается] [полагается]"

116. В целом было признано, что термин "считается" является более предпочтительным, поскольку он соответствует обычным нормам агентского права, в соответствии с которыми уполномоченный представитель может связывать принципала определенными обязательствами, а не только полагаться сделавшим это.

"[направлена] [передана]"

117. Термин "передан" получил широкую поддержку в Рабочей группе на том основании, что он в лучшей степени показывает, что вопрос приписывания записи данных составителю подразумевает передачу записи данных от составителя адресату.

118. Рабочая группа одобрила содержание пункта 1 и передала эти предложения на рассмотрение редакционной группе.

Пункт 2

Общие замечания

119. Были высказаны различные замечания в отношении пункта 2 в целом. Одно из замечаний заключалось в том, что в пункте 2 в его существующем виде, вероятно, недостаточно четко указано, что сообщение данных может быть приписано составителю, если адресат применяет согласованные процедуры удостоверения подлинности и в результате такого применения осуществляется надлежащая проверка составителя как источника сообщения. Другое высказанное замечание заключалось в том, что пункт 2 может фактически дублировать пункт 4.

"[считается] [полагается]"

120. Были высказаны различные мнения в отношении того, какой термин является более предпочтительным. Согласно одной точке зрения, более предпочтительным является термин "считается". Было отмечено, что практическая цель пункта 2 заключается в том, чтобы обеспечить положение о лишении права возражения, в соответствии с которым адресат будет защищен в тех случаях, когда имеется доказательство того, что предполагаемый составитель не отправлял сообщения. Было отмечено, что, если это положение будет истолковано как лишающее права возражения, слово "считается" является более предпочтительным, и в пункт 2 необходимо будет внести соответствующие изменения. Было отмечено, что в любом случае в пункте 2 следует четко указать, что такое положение применяется лишь в тех случаях, когда адресат выполнил процедуру, подобную процедуре проверки того, что сообщение было от составителя. По мнению большинства, структуру пункта 2 следует сохранить. Преобладающим было мнение, что содержание пункта 2 с использованием слова "считается" может быть слишком обременительным для составителя, поскольку в таком случае составителю придется доказывать факт обмана для установления того, что он не направлял сообщения, а такое бремя доказывания может оказаться слишком обременительным. Было отмечено, что цель пункта 2, который призван обеспечить определенную защиту адресату, если предполагаемый составитель не отправлял сообщения, можно было бы достичь за счет опровержимой презумпции, на которую указывает слово "полагается". После обсуждения Рабочая группа решила сохранить слово "полагается".

"должным образом применил процедуру, предварительно согласованную"

121. Был высказан ряд замечаний и предложений в отношении слов "надлежащим образом применил процедуру, предварительно согласованную". Одно замечание заключалось в том, что слова "надлежащим образом применил" недостаточно четко объясняют, что пункт 2 должен применяться лишь в тех случаях, когда примененная процедура дала положительный результат. Другое замечание заключалось в том, что пункт 2 должен охватывать не только ситуацию, когда процедура удостоверения подлинности была согласована составителем и адресатом, но и ситуации, когда составитель в одностороннем порядке или в результате соглашения с посредником определил процедуру и согласился быть связанным сообщением данных, которое отвечает соответствующим требованиям этой процедуры. С учетом этого замечания были выдвинуты различные предложения. Одно предложение заключалось в том, чтобы включить после термина "составитель" следующую формулировку: "если она признана таковой любым способом, который адресат ранее признал достаточным, или если адресат надлежащим образом проверил, что сообщение было направлено составителем". Другое предложение заключалось в том, чтобы включить после слова "согласованную" слова "или принятую". Другое замечание редакционного характера заключалось в том, что, вероятно, было бы весьма нецелесообразно ссылаться на "процедуру", которая может быть истолкована как обязательно предполагающая тщательное осуществление адресатом определенного процесса. С учетом этого замечания было предложено добавить к термину "процедура" термины "метод или практика".

122. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание пункта 2 и передала вышеупомянутые предложения и замечания на рассмотрение редакционной группе.

Пункт 3

Вступительная формулировка

123. Рабочая группа отметила, что редакционной группе необходимо будет пересмотреть вступительную формулировку пункта 3, с тем чтобы отразить решения, принятые в отношении пунктов 1 и 2.

Подпункты (a) и (b)

124. Были высказаны различные мнения в отношении целесообразности сохранения подпункта (a). Одно из мнений заключалось в том, что подпункт (a) следует исключить на том основании, что, как представляется, нелогично предусматривать опровержимую презумпцию в случае, когда вполне ясно, что составитель не санкционировал или не отправлял сообщение. Кроме того, было подчеркнуто, что такое положение является нецелесообразным, поскольку оно противоречило бы обычным нормам агентского права. Однако, по мнению большинства, пункт 3 является важным положением, и его следует сохранить, с тем чтобы охватить случаи, в которых составитель по небрежности позволил третьей стороне получить доступ к его процедурам удостоверения подлинности. Было подчеркнуто, что необходимо обеспечить защиту адресата, который полагался на сообщение и на видимость того, что оно было отправлено составителем, поскольку в различных правовых системах существует значительная неопределенность в этом отношении.

125. Что касается конкретной формулировки подпункта (a), то, по общему мнению, слово "полагается" необходимо сохранить по причинам, изложенным в контексте обсуждения пункта 2 (см. пункт 120 выше). Была выражена озабоченность по поводу того, что в соответствии с нынешней формулировкой пункта 3 составитель может быть связан сообщением данных даже тогда, когда адресат не использовал надлежащим образом процедуру удостоверения подлинности. С учетом этого

замечания, было предложено включить в пункт 3 формулировку, ограничивающую его действие в тех ситуациях, когда согласованная процедура не была использована адресатом, случаями, в которых процедура удостоверения подлинности, если бы она была применена, привела бы к отклонению сообщения. Было внесено предложение включить в конце текста пункта 3 формулировку, аналогичную последнему предложению текста пункта 5, с целью предотвратить защиту адресата, который в действительности знал или должен был знать о фактическом происхождении сообщения. Это предложение получило общую поддержку.

126. Был внесен ряд предложений редакционного характера. Одно из предложений предусматривало включение после слов "доступ к" слова "или иным образом нанести ущерб", поскольку получение доступа к процедуре удостоверения подлинности адресата является лишь одним из многих способов лишить эффективности процедуры удостоверения подлинности составителя. Другое предложение предусматривало замену слов "процедура удостоверения подлинности составителя" словами "применимые процедуры удостоверения подлинности", с тем чтобы охватить процедуры удостоверения подлинности третьих сторон, предоставляющих услуги.

127. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание пункта 3 и передала внесенные предложения на рассмотрение редакционной группе.

Пункт 4

128. По общему мнению, пункт 4 является излишним и должен быть исключен.

Пункт 5

129. Были высказаны различные мнения относительно целесообразности сохранения пункта 5. В поддержку исключения этого пункта было указано, что в случае расхождений между направленным сообщением данных и полученным сообщением данных любая защита, предоставляемая адресату (например, тогда, когда составитель дезавуировал часть содержания сообщения данных), должна обуславливаться сообщением, которое приписывается составителю в соответствии с другими положениями проекта статьи 10, а адресат разумным образом полагался на это сообщение. Было отмечено, что это не вытекает из нынешней формулировки пункта 5 и что, кроме того, может представляться нелогичным предусматривать опровержимую презумпцию того, что составитель направил данное сообщение, поскольку пункт 5 основывается на предпосылке, согласно которой составитель не направлял этого сообщения. Однако возобладало мнение о том, что пункт 5 является полезным и должен быть сохранен. В поддержку сохранения пункта 5 было указано, что этот пункт призван не допустить, чтобы составитель дезавуировал сообщение после того, как оно было направлено, если только адресат не знал или не должен был знать, что это сообщение данных не было сообщением составителя. Было также заявлено, что пункт 5 призван учесть возможность наличия ошибок в содержании сообщения, вызванных ошибками в передаче. Рабочая группа одобрила содержание пункта 5 и передала его на рассмотрение редакционной группе для внесения необходимых изменений, с тем чтобы привести его в соответствие с пунктами 1, 2 и 3, одобренными Рабочей группой.

Пункт 5 бис

130. Рабочая группа отметила, что пункт 5 бис основывается на статье 5 Типового закона ЮНСИТРАП о международных кредитовых переводах, которая предусматривает, что норма, аналогичная пункту 5, применяется к ошибкам или несоответствиям в измененном или отозванном платежном поручении. Были высказаны различные мнения относительно целесообразности сохранения пункта 5 бис. В пользу его сохранения было указано, что он служит полезной цели, поскольку в нем разъясняется, следует ли ошибки в отозванных или измененных записях данных рассматривать в качестве записей данных. Однако, по мнению большинства, пункт 5 бис является излишним, поскольку отзыв или изменение какой-либо записи данных, несомненно, представляет собой запись данных согласно проекту статьи 2, если они отправлены с помощью электронных средств, но не являются записью данных, если они отправлены в форме бумажного документа. После обсуждения Рабочая группа решила исключить пункт 5 бис, исходя из предположения о том, что в определении понятия "запись данных", содержащемся в проекте статьи 2, будет разъяснено, что проект типового закона охватывает случаи изменения или отзыва записи данных. Этот вопрос был передан на рассмотрение редакционной группе.

Пункт 6

131. Были высказаны различные мнения относительно целесообразности сохранения или исключения пункта 6. В поддержку его исключения утверждалось, что смысл термина "юридическая сила" не является ясным и может создать неопределенность. Было высказано также мнение о том, что проект статьи 10 действительно касается юридической силы записи данных. Однако возобладало мнение о том, что воплощенный в пункте 6 принцип, согласно которому приписывание авторства сообщения составителю не должно устранять правовые последствия данного сообщения, которые должны определяться применимым правом, является важным и что его следует сохранить. Рабочая группа одобрила следующую формулировку: "Если, как считается или полагается, запись данных является записью данных составителя, любые дальнейшие правовые последствия определяются настоящим Законом и другим применимым правом", и передала пункт 6 на рассмотрение редакционной группе.

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ (продолжение)

Статья 2. Определения

132. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 2:

"Для целей настоящих законодательных положений:

- а) "[запись] данных" означает информацию [подготовленную], хранимую или передаваемую с помощью электронных, оптических или аналоговых средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими;
- б) "электронный обмен данными (ЭДИ)" означает [компьютеризированную передачу] [электронный обмен] структурированных данных между независимыми [компьютерными] [информационными] системами;
- с) "составитель" [записи] данных означает какое-либо лицо - иное, чем лицо, действующее в качестве посредника в отношении к этой [записи] данных, - от имени которого [запись] данных, как предполагается, была подготовлена, сохранена или передана;
- д) "адресат" [записи] данных означает какое-либо лицо - иное, чем лицо, действующее в качестве посредника в отношении этой [записи] данных, - которое согласно намерению составителя должно получить [запись] данных;
- е) "посредник" в отношении конкретной [записи] данных означает какое-либо лицо, в сферу обычной деятельности которого входит получение [записей] данных и направление таких [записей] данных их адресатам или другим посредникам. [Посредник может, кроме того, оказывать [в частности] такие услуги, как форматирование, перевод, запись, сохранение и хранение [записей] данных].
- ф) "Запись"

Вариант А означает форму, в которой информация сохраняется для последующих ссылок.

Вариант В означает такое представление данных, которое может быть точно воспроизведено в последующем.

Вариант С означает долговечное представление информации либо в понятной форме, либо в виде, готовом для преобразования в такую форму.]"

Подпункт (а) (определение понятия "[запись] [сообщение] данных")

133. Были высказаны различные мнения и замечания относительно того, какой из двух терминов - "запись данных" или "сообщение данных" - следует выбрать Рабочей группе. С одной стороны, отмечалось, что слово "сообщение" может означать исключение данных, которые просто хранятся, в то время как, с другой стороны, слово "запись" можно расценить как включающее данные, которые сообщаются. Другое замечание было связано с тем, что при использовании слова "запись" в вариантах на некоторых языках может возникнуть неопределенность, и поэтому было предложено заменить его словом "сообщение". После обсуждения Рабочая группа решила сохранить термин "сообщение данных", который следует понимать как охватывающий случай записей, которые подготовлены с помощью компьютера и которые не предназначены для передачи в виде сообщений. Было сочтено, что другие положения проекта типового закона, возможно, потребуются изменить, с тем чтобы они более четко охватывали такие записи.

134. Было предложено добавить в определение понятия "сообщение данных" соответствующую формулировку, с тем чтобы разъяснить, что этот термин охватывает случай отзыва или изменения сообщения данных (см. пункт 130 выше). Если отзыв или изменение сами по себе содержатся в сообщении данных, то этот случай, по общему мнению, будет охватываться существующим определением. Тем не менее было решено четко разъяснить этот вопрос в руководстве по принятию проекта типового закона, которое будет подготовлено на более позднем этапе.

135. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание определения понятия "сообщение данных" и передала его на рассмотрение редакционной группе.

Подпункт (б) (Определение понятия "электронный обмен данными (ЭДИ)")

136. Рабочая группа решила, что формулировку подпункта (б) следует согласовать с концепцией "ЭДИ", используемой Европейской экономической комиссией (ЕЭК) в контексте ООН/ЭДИФАКТ (Правила для электронного обмена данными в административных, коммерческих и транспортных целях)⁵. Был предложен следующий текст: "ЭДИ означает электронную передачу с одного компьютера на другой коммерческой информации с использованием согласованного стандарта структуризации сообщения или данных". Отмечалось, что с учетом решения Рабочей группы не ограничивать сферу применения проекта типового закона только коммерческой или какой-либо другой информацией (см. пункт 83 выше) нет необходимости ссылаться на "коммерческие или административные" данные, как это делается в определении ЭДИ в

⁵ На своей сороковой сессии 23 сентября 1994 года Рабочая группа по упрощению процедур международной торговли (WP.4) одобрила следующее определение ЭДИ:

"Электронный обмен данными (ЭДИ): электронная передача с одного компьютера на другой данных о коммерческих или административных сделках с использованием согласованного стандарта структуризации сделки или сообщения данных".

(См. доклад Рабочей группы по упрощению процедур международной торговли о работе ее сороковой сессии (TRADE/WP.4/189, пункт 36); доклад Совещания экспертов по элементам данных и автоматическому обмену данными о работе его пятидесятой сессии (TRADE/W.4/GE.1/97, пункт 98); International Standardization Affecting Trade Interchange - ISO Liaison Meeting Report Attachment (TRADE/WP.4/R.1087/Add.1, para. 3.1.3)).

ООН/ЭДИФАКТ. Было высказано замечание в связи с тем, что слово "электронную" может оказаться неуместным с учетом потенциальных возможностей развития компьютерной техники на основе неэлектронных методов. Тем не менее широкую поддержку получило мнение о том, что такие потенциальные возможности в достаточной степени охвачены определением понятия "сообщение данных" и что не следует предпринимать попытки включить в проект типового закона определение понятия "ЭДИ", которое не будет полностью совпадать с используемыми в практике определениями. После обсуждения Рабочая группа одобрила содержание данного предложения и передала его на рассмотрение редакционной группе.

Подпункт (с) (определение понятия "составитель")

137. Рабочая группа отметила, что текст этого подпункта основан на решениях, которые были приняты на ее предыдущей сессии (A/CN.9/390, пункты 53-58). После этого Рабочая группа приступила к дальнейшему рассмотрению различных элементов этого определения, главным образом с редакционной точки зрения.

"составитель"

138. Было высказано замечание в связи с тем, что в некоторых языковых вариантах, возможно, целесообразнее использовать не термин "составитель", а термин "отправитель". С учетом этого замечания предлагалось добавить к термину "составитель" термин "отправитель". Тем не менее, по общему мнению, такое добавление противоречило бы решению, уже принятому на предыдущей сессии (A/CN.9/390, пункт 54), и могло бы, в случае принятия соответствующего предложения, серьезно повлиять на объем текста. Было решено сохранить концепцию "составителя".

"лицо"

139. Определенные замечания были высказаны в отношении понятия "лицо", которое используется в проекте определения. Одно из замечаний состояло в том, что в некоторых языках термин "лицо" не позволяет достаточно четко указать, что речь идет как о физических, так и о юридических лицах. С учетом этого замечания предлагалось добавить после слова "лицо" слова "или юридическое лицо" или же включить в проект статьи 2 определение понятия "лицо". Другое замечание было связано с тем, что использование термина "лицо" не позволяет достаточно четко показать, что подпункт (с) распространяется на сообщения, которые автоматически подготавливаются компьютерами без прямого вмешательства человека. Поэтому предлагалось добавить рядом с термином "лицо" слова "или устройство".

140. В ответ на эти замечания и предложения было указано, что аналогичные обсуждения проводились на предыдущей сессии Рабочей группы (A/CN.9/390, пункт 57). Отмечалось, что понятие "лицо" использовалось в предыдущих текстах ЮНСИТРАП, при этом, как представляется, никаких проблем не возникало. Было также указано, что, если в типовых законодательных положениях не будет использовано понятие "лицо" или же в него будет включено определение понятия "лицо", то могут возникнуть проблемы в связи с толкованием других текстов ЮНСИТРАП. Было высказано мнение о том, что в большинстве правовых систем понятие "лицо" используется для обозначения субъектов прав и обязательств и, как правило, понимается как охватывающее как физических, так и юридических лиц. Что касается возможной ссылки на "устройство", то, по общему мнению, проект типового закона должен быть составлен таким образом, чтобы не допускать необоснованного толкования, в соответствии с которым компьютер может стать субъектом прав и обязанностей. Отмечалось, что сообщения, которые автоматически подготавливаются компьютерами без непосредственного вмешательства человека, следует рассматривать в качестве "составляемых" тем юридическим лицом, от имени которого используется данный компьютер. Отмечалось, что слова "от имени которого" достаточно четко указывают на то, что то или иное устройство может подготавливать, хранить или передавать сообщения данных.

141. Хотя, по общему мнению, нет необходимости дополнительно разъяснять термин "лицо" в тексте типовых законодательных положений, было принято решение о целесообразности разъяснения данного вопроса в руководстве по принятию проекта типового закона, которое будет подготовлено на более позднем этапе.

"от имени которого"

142. Было высказано мнение о том, что слова "от имени которого" можно толковать как исключающие самого составителя. Для того чтобы не допустить такого неправильного толкования, было предложено включить перед словами "от имени которого" слова "которым или".

"сохранять"

143. Была выражена обеспокоенность тем, что использование слова "сохранять" может непреднамеренно охватывать адресата или посредника, который может сохранять информацию от имени составителя. В связи с этим было предложено исключить термин "сохранять". Хотя была выражена определенная поддержка этого предложения, по мнению большинства, основное содержание текста необходимо оставить без изменений, поскольку термин "сохранять" важен для указания на то, что сообщение не должно быть передано, с тем чтобы входить в сферу действия проекта типового закона.

144. После обсуждения Рабочая группа сочла содержание подпункта (с) в целом приемлемым при условии вышеупомянутого добавления (см. пункт 142 выше) и передала данный вопрос на рассмотрение редакционной группе.

Подпункт (d) (определение понятия "адресат")

145. Рабочая группа одобрила содержание подпункта (d) без изменений.

Подпункт (е) (определение понятия "посредник")

146. Были высказаны различные мнения в отношении того, следует ли сохранить определение понятия "посредник". В поддержку исключения было отмечено, что необходимости в сохранении определения "посредник" нет, поскольку после принятия Рабочей группой решения о замене в проекте статьи 14 слова "посредник" словами "любая третья сторона" в тексте нет ссылки на "посредника". Кроме того, было отмечено, что такое исключение будет соответствовать принятому на предыдущей сессии решению о том, что в проекте типового закона основное внимание следует уделять не отношениям между составителем или адресатом и любым посредником, а отношениям между составителем и адресатом. Кроме того, было указано, что если разъяснение значения "посредник" будет сочтено необходимым, то оно может быть включено в руководство по принятию проекта типового закона.

147. Вместе с тем, по мнению большинства, определение "посредник" является важным и его следует сохранить. Было отмечено, что термин "посредник" содержится в тексте подпунктов (с) и (d) проекта статьи 2, где он необходим для установления необходимого различия между составителями или адресатами и третьими сторонами. Кроме того, по общему мнению, в своде норм по электронной связи не может не отмечаться исключительно важная роль посредников в этой области; по этой причине Рабочая группа решила, что вопреки ранее принятому решению в отношении проекта статьи 14 ссылка на "посредника" должна быть вновь включена в этот проект статьи.

148. В отношении точной формулировки подпункта (е) были высказаны ряд замечаний и предложений.

"сфера обычной деятельности"

149. Были высказаны различные мнения в отношении того, следует ли сохранять выражение "сфера обычной деятельности". Согласно одному из мнений, это выражение следует сохранить для указания на то, что, поскольку основное внимание в проекте типового закона следует уделять коммерческим сделкам, лицо, которое лишь направляет или сохраняет данные на нерегулярной или непостоянной основе, не должно охватываться определением посредника для целей проекта типового закона. Согласно другому мнению, выражение "сфера обычной деятельности" следует исключить. Было отмечено, что это выражение может ввести в заблуждение. Было указано, что нынешняя формулировка подпункта (е) не будет охватывать посредников лишь на том основании, что передача, сохранение и получение услуг может быть не обычной сферой деятельности, а случайностью. По мнению большинства, определение "посредник" должно быть достаточно широким, чтобы охватывать любое лицо, помимо составителя и адресата, которое выполняет любые функции посредника. Было решено, что выражение "сфера обычной деятельности" следует заменить выражением "от имени лица".

Второе предложение

150. Состоялся обмен мнениями в отношении второго предложения подпункта (е), в котором содержится неисчерпывающий перечень услуг с добавленной стоимостью, которые могут быть оказаны посредником. Согласно одному из мнений, второе предложение следует исключить, поскольку указанные в нем услуги с добавленной стоимостью не относятся к цепочке передачи сообщений и поэтому не включают прав и обязанностей, которые должен затрагивать проект типового закона. В этой связи было отмечено, что основные функции, выполняемые посредниками, а именно передача, сохранение и получение информации, могут быть отражены в первом предложении определения, а иллюстративный перечень других функций было бы целесообразно включить не в проект типового закона, а в руководство по принятию проекта типового закона. Вместе с тем, по мнению большинства, в рамках определения "посредник" следует признать тот факт, что услуги с добавленной стоимостью выполняют чрезвычайно важную коммерческую функцию. В отношении формулировки ссылки на эти услуги с добавленной стоимостью было решено, что второе предложение следует заменить общей ссылкой в первом предложении на "прочие услуги", оказываемые в отношении сообщений данных. Было также решено, что в первом предложении следует четко указать основные услуги, оказываемые посредниками, а именно получение, направление и сохранение сообщений данных.

Подпункт (f) (определение понятия "запись")

151. Было выражено мнение о том, что определение "запись" следует объединить с определением "сообщение данных". Было предложено включить в определение "сообщение данных" формулировку из подпункта (f) в качестве дополнительной ссылки на "форму" информации, содержащейся в сообщении данных. Вместе с тем, по мнению большинства, определение "запись", а также предложенное объединение подпунктов (a) и (f) могут вступить в противоречие с положением о требовании "письменной формы" в соответствии с проектом статьи 6. Рабочая группа решила, что подпункт (f) следует исключить и что в руководстве по принятию проекта типового закона, которое будет подготовлено позднее, будет разъяснено, что определение "запись" в соответствии с характерными элементами "письменной формы" согласно проекту статьи 6 может использоваться в странах, в которых такое определение представляется необходимым.

152. Завершив рассмотрение проекта статьи 2, Рабочая группа рассмотрела возможные дополнительные определения для включения в проект типового закона.

Определение понятия "информационная система"

153. Было предложено дать следующее определение понятия "информационная система": "система для подготовки, передачи, получения или хранения информации в электронной, оптической или аналоговой форме". Хотя это определение было признано в принципе приемлемым, был внесен ряд предложений редакционного характера в целях его улучшения. Одно из предложений заключалось в том, чтобы для краткости и точности сделать ссылку на передачу, получение или хранение сообщений данных. Другое предложение заключалось в том, чтобы заменить слово "средства" словом "система для", поскольку информационная система является лишь набором технических средств для передачи, получения и хранения

информации. Рабочая группа одобрила содержание этого определения и передала предложения редакционного характера на рассмотрение редакционной группе.

Определение понятия "удостоверение подлинности"

154. Были высказаны различные мнения в отношении как необходимости определения понятия "удостоверение подлинности", так и возможного содержания такого определения. Согласно одному из мнений, в случае отсутствия такого определения возникнет некоторая неопределенность в отношении точного значения ссылки на "удостоверение подлинности" в проектах статей 9(2) и 10(3). В частности, могут возникнуть вопросы в отношении того, делается ли ссылка на определение источника сообщения данных или удостоверение подлинности его содержания или на оба элемента.

155. В отношении точной формулировки возможного определения понятия "удостоверение подлинности" был внесен ряд предложений. Одно из предложений предусматривало определение удостоверения подлинности следующим образом:

"Удостоверение подлинности означает процесс, в результате которого сторона, участвующая в передаче сообщения, получает информацию, которая подтверждает, что сообщение, полученное от другой стороны, участвующей в передаче сообщения:

- а) исходит от этой стороны; и
- б) получено с [точно] таким же информационным содержанием, какое направлялось этой стороной".

Другое предложение состояло в том, чтобы определить понятие "удостоверение подлинности" по аналогии со статьей 2(i) Типового закона ЮНСИТРАП о международных кредитовых переводах, а именно: "удостоверение подлинности означает процедуру для установления того, было ли сообщение данных направлено лицом, указанным в качестве составителя".

156. Было отмечено, что можно избежать необходимости в определении "удостоверения подлинности", а также использовании самого понятия путем изменения текста проекта статьи 9(2) таким образом, чтобы уточнить, что метод, упомянутый в ней, имеет целью обеспечить удостоверение личности составителя и подтвердить целостность информации. В то же время в тексте проекта статьи 10(3) необходимо будет уточнить, что упомянутый метод имеет целью обеспечить только удостоверение личности составителя. После обсуждения Рабочая группа приняла это предложение и передала этот вопрос на рассмотрение редакционной группе.

РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТОВ СТАТЕЙ, ПРЕДСТАВЛЕННЫХ РЕДАКЦИОННОЙ ГРУППОЙ

Статья 2. Определения

Подпункт (с) (определение понятия "составитель")

157. Рабочая группа рассмотрела следующий текст:

"с) "составитель" сообщения данных означает какое-либо лицо, которым или от имени которого сообщение данных, как предполагается, было подготовлено, сохранено или передано, но к которому не относится лицо, действующее в качестве посредника в отношении этого сообщения данных".

158. Было высказано предположение о том, что этот текст можно понять таким образом, что какое-либо лицо может стать составителем в силу простого факта сохранения им полученного сообщения. Было подчеркнуто, что придание данному положению такого смысла не предполагалось и что поэтому в нем, возможно, придется прямо указать, что какое-либо лицо не становится составителем по той лишь причине, что оно хранит сообщение данных, полученное от составителя. Было отмечено, что такого результата можно добиться путем изменения направленности подпункта (с), с тем чтобы подчеркнуть скорее подготовку, а не хранение переданного сообщения, с помощью следующей формулировки: "было подготовлено либо для сохранения, либо для передачи". По общему мнению, такая формулировка может излишне усложнить подпункт (с). Рабочая группа одобрила содержание подпункта (с) без изменений.

Подпункт (f) (определение понятия "информационная система")

159. Рабочая группа рассмотрела следующий текст:

"f) "информационная система" означает [систему] [совокупность технических средств] для подготовки, передачи, получения или хранения информации в виде сообщения данных".

160. Были высказаны различные мнения относительно того, является ли более приемлемым термин "система" или же выражение "совокупность технических средств". Согласно одному из мнений, термин "система", в отличие от выражения "совокупность технических средств", не уточняет достаточно ясно, имеется ли в виду какое-либо техническое устройство или методология. Тем не менее возобладало мнение о том, что термин "система" является простым, поддается общему пониманию и используется в различных национальных законах и что он в достаточной степени охватывает все аппаратное оборудование, программное обеспечение и средства связи, которые подпункт (f) призван определить. Рабочая группа одобрила содержание подпункта (f), исключив выражение "совокупность технических средств" и сохранив термин "система".

Статья 8. ПодлинникПодпункт (b) пункта 1

161. Рабочая группа рассмотрела следующий текст:

"b) имеются надежные доказательства целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме [составителем или от его имени] в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде, и до момента ее демонстрации".

162. Рабочая группа решила, что для обеспечения соответствия используемой терминологии слово "подготовлено" необходимо заменить словом "составлено". Были высказаны различные мнения относительно того, следует ли сохранить выражение, взятое в скобки. В пользу его сохранения было указано, что взятая в квадратные скобки формулировка является необходимой для того, чтобы достаточно ясно указать, что важным моментом для определения целостности сообщения данных является момент, когда это сообщение данных было впервые подготовлено составителем, в отличие от момента, когда была подготовлена информация, содержащаяся в этом сообщении данных, который был сочтен не имеющим значения. Однако возобладало мнение о том, что подпункт (b) без формулировки, взятой в скобки, достаточно ясно указывает, что целостность сообщения данных не должна ставиться под сомнение с момента подготовки этого сообщения данных и в процессе его обработки составителем, адресатом или любой третьей стороной. Кроме того, по общему мнению, исключение выражения, взятого в скобки, необходимо для того, чтобы уточнить, что информация необязательно должна быть подготовлена самим составителем, чтобы она считалась подлинной информацией согласно проекту статьи 8. Рабочая группа одобрила содержание подпункта (b) пункта 1, исключив выражение, взятое в скобки.

Подпункт (a) пункта 2

163. Рабочая группа рассмотрела следующий текст:

"2. В случае возникновения любых вопросов относительно соблюдения подпункта (b) пункта 1 настоящей статьи:

a) критериями оценки целостности должны являться сохранение информации в полном и, если не считать добавления любых индосаментов, неизменном виде; и".

164. Была выражена озабоченность в связи с тем, что при такой формулировке подпункта (a) пункта 2 не учитывается, что подлинность сообщения данных не должна затрагиваться теми изменениями, которые необходимы для того, чтобы обеспечить удобочитаемость этого сообщения данных. Чтобы снять эту озабоченность, Рабочая группа решила заменить слова "в полном и, если не считать добавления любых индосаментов, неизменном виде" словами "в полном и неизменном виде, если не считать добавления любых индосаментов и любого изменения, которое возникает в обычном ходе передачи, хранения и демонстрации".

Статья 10. Атрибуция сообщений данныхПункты 1, 2 и 3

165. Рабочая группа рассмотрела следующий текст:

"1. В отношениях между составителем и адресатом сообщение данных считается сообщением данных составителя, если оно было передано составителем или иным лицом, которое имело полномочия действовать от имени составителя в отношении этого сообщения данных.

2. В отношениях между составителем и адресатом сообщение данных полагается сообщением данных составителя, если адресат, должным образом применив процедуру, предварительно одобренную составителем, установил, что это сообщение данных было сообщением данных составителя.

3. В случае, когда пункты 1 и 2 не применяются, сообщение данных [считается] [полагается] сообщением данных составителя, если:

a) сообщение данных, полученное адресатом, явилось результатом действий лица, отношение которого с составителем или с любым агентом составителя дали такому лицу возможность получить доступ к методу, используемому составителем для идентификации сообщений данных как своих собственных; или

b) при помощи метода, который является обоснованным при данных обстоятельствах, адресат установил, что сообщение данных было сообщением данных составителя.

Однако подпункты (a) и (b) не применяются, если адресату было известно или должно было быть известно, если бы он проявил разумную осмотрительность или использовал любую согласованную процедуру, о том, что сообщение данных не являлось сообщением данных составителя".

166. Было высказано мнение о том, что содержащиеся в этих пунктах положения страдают недостатками с точки зрения логики, поскольку они создают опровержимую презумпцию, которая никогда не возникнет. Было отмечено, что данная ситуация возникла в результате того, что пункты 2 и 3 основываются на том обстоятельстве, что сообщение данных не было санкционировано составителем. Чтобы снять эту озабоченность, было предложено включить в конец текста пункта 1 следующее выражение: "в том случае, когда не было установлено, что применяется данный пункт, может действовать

презумпция, содержащаяся в пунктах 2 и 3". Это предложение не получило достаточной поддержки. В связи с этим Рабочая группа одобрила содержание пунктов 1, 2 и 3 без изменений.

Статья 12. Составление и действительность контрактов

Пункт 1

167. Рабочая группа рассмотрела следующий текст:

"1) В контексте составления контрактов и если иное не согласовано сторонами, оферта и акцепт оферты могут производиться с помощью записей данных. В случае, когда любое сообщение, посредством которого составляется контракт, является записью данных, контракт не признается недействительным или не имеющим исковой силы лишь на том основании, что он был составлен с помощью подобных средств".

168. Была выражена озабоченность по поводу того, что слова "любое сообщение, посредством которого составляется контракт" могут исключить из сферы применения этого положения сообщения, которые не могут рассматриваться в качестве оферты или акцепта, но которые предшествовали оферте или акцепту или же сопровождали их. После обсуждения, с учетом этой озабоченности, Рабочая группа одобрила следующий текст: "в случае, если сообщение данных используется при составлении контракта, данный контракт не признается недействительным или не имеющим исковой силы лишь на том основании, что для этой цели использовалось сообщение данных".

Статья 14. Хранение записей данных

Пункт 1

Вступительная формулировка

169. Рабочая группа рассмотрела следующий текст:

"1. В случае, когда закон требует, чтобы определенные документы, записи или информация подлежали хранению, это требование считается выполненным, если хранение записей данных обеспечивается с соблюдением следующих условий [...]".

170. Было отмечено, что в названии этого проекта статьи используется термин "хранение", а в тексте этой статьи и в других положениях проекта типового закона используются и слово "хранить", и слово "сохранять", а также производные от этих слов. Было сочтено важным, чтобы во вступительной формулировке пункта 1 использовался термин "сохранение", поскольку этот термин, как правило, употребляется для того, чтобы указать на установленные законом требования о необходимости сохранять документы или записи в течение определенного срока. В других местах текста проекта типового закона, в зависимости от контекста, возможно, будет приемлемым использование выражения "хранение" или производных от него.

Подпункт (а)

171. Рабочая группа рассмотрела следующий текст:

"а) [аналогичных условиям, предусмотренным в пункте 1 статьи 6]".

172. Рабочая группа решила принять следующую формулировку подпункта 1(а): "информация, содержащаяся в них, является доступной, с тем чтобы ее впоследствии можно было использовать в справочных целях".

Подпункт (b)

173. Рабочая группа рассмотрела следующий текст:

"b) запись данных хранится в переданном формате или в формате, которым может быть продемонстрировано точное воспроизведение переданной информации; и".

174. Для обеспечения соответствия используемой терминологии Рабочая группа решила пересмотреть текст подпункта (b), с тем чтобы в нем говорилось следующее: "запись данных хранится в том формате, в каком она была составлена, передана или получена, или в формате, который, как может быть показано, точно воспроизводит составленную, переданную или полученную информацию; и". Было также решено уточнить в пункте 1 тот момент, что условия, изложенные в подпунктах (а), (b) и (с), должны соблюдаться в совокупности.

175. Рабочая группа провела обзор проектов статей типового закона, пересмотренных редакционной группой. После завершения рассмотрения проектов статей типового закона Рабочая группа одобрила текст проекта типового закона, содержащегося в приложении к настоящему докладу⁶.

III. БУДУЩАЯ РАБОТА

176. Рабочая группа обратилась к секретариату с просьбой распространить текст проекта типового закона среди правительств заинтересованных организаций, с тем чтобы они высказали свои замечания. Было отмечено, что текст проекта типового закона, наряду с компиляцией замечаний правительств и заинтересованных организаций, будет представлен Комиссии на ее двадцать восьмой сессии для окончательного рассмотрения и принятия.

177. Общую поддержку получило предложение о том, чтобы проект типового закона сопровождался руководством, призванным помочь государствам в принятии и применении данного проекта типового закона. Такое руководство, большая часть которого может быть взята из материалов о процессе подготовки проекта типового закона, будет также полезным для пользователей ЭДИ, а также для ученых, занимающихся вопросами ЭДИ. Рабочая группа отметила, что в ходе своей работы на нынешней сессии она исходила из предположения о том, что проект типового закона будет сопровождаться руководством, которое должно быть принято Комиссией. Например, в отношении ряда вопросов Рабочая группа решила отказаться от их урегулирования в проекте типового закона, но рассмотреть их в руководстве, с тем чтобы государства могли им воспользоваться при принятии проекта типового закона. В отношении сроков и метода подготовки руководства Рабочая группа решила, что секретариат должен подготовить соответствующий проект и представить его на рассмотрение Рабочей группы на ее двадцать девятой сессии.

178. Рабочая группа отметила, что ее рекомендация Комиссии о необходимости провести предварительную работу по вопросу об обрабатываемости или передаваемости прав в товарах в компьютерной конфигурации после завершения разработки проекта типового закона (A/CN.9/390, пункт 158) получила общую поддержку в Комиссии⁷. Было заявлено, что связанные с этим правовые вопросы, касающиеся электронных регистров, представляют собой необходимую часть такого проекта. Рабочая группа также вновь заявила о своем решении рассмотреть на одной из будущих сессий вопрос о включении терминов и условий в запись данных посредством простой ссылки на такие термины и условия (см. пункт 90 выше). Было высказано мнение о том, что, возможно, предпочтительным был бы широкий подход к вопросу о передаваемости, с тем чтобы охватить электронную передачу дематериализованных ценных бумаг. Было отмечено, что с учетом высокой степени регулирования на национальном уровне достижение единообразия в области электронных ценных бумаг может быть особенно трудным.

179. В отношении планирования будущей работы было высказано мнение о том, что Рабочая группа на своей двадцать девятой сессии после завершения рассмотрения проекта руководства по принятию проекта типового закона, которое должно быть подготовлено Секретариатом, могла бы провести общее обсуждение вопроса об обрабатываемости или передаваемости прав в товарах. Было высказано мнение о том, что вопрос о включении путем ссылки также можно было бы рассмотреть на двадцать девятой сессии с целью его возможного отражения в проекте типового закона. Ряд делегаций выразили готовность подготовить краткий документ для содействия обсуждению обеих тем. Однако было отмечено, что, хотя Рабочая группа, возможно, будет располагать достаточным временем для проведения общей дискуссии, она не сможет подробно рассмотреть каждую из этих тем.

180. Было отмечено, что в соответствии с решением, принятым Комиссией на ее двадцать седьмой сессии⁸, двадцать девятая сессия Рабочей группы будет проведена в Нью-Йорке с 27 февраля по 10 марта 1995 года.

⁶Одобрив проект типового закона, Рабочая группа изменила нумерацию статей проекта типового закона.

Номер статьи проекта типового закона	Номер проекта статьи, рассматривавшегося Рабочей группой	Номер статьи проекта типового закона	Номер проекта статьи, рассматривавшегося Рабочей группой
1	1	8	9
2	2	9	14
3	3	10	5
4	5 бис	11	10
5	6	12	11
6	7	13	12
7	8	14	13

⁷Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункт 201.

⁸Там же, пункт 259.

ПриложениеПРОЕКТ ТИПОВОГО ЗАКОНА О ПРАВОВЫХ АСПЕКТАХ ЭЛЕКТРОННОГО ОБМЕНА ДАННЫМИ (ЭДИ)
И СООТВЕТСТВУЮЩИХ СРЕДСТВАХ ПЕРЕДАЧИ ДАННЫХ

(одобренный Рабочей группой ЮНСИТРАП по электронному обмену данными
на ее двадцать восьмой сессии, проходившей
в Вене с 3 по 14 октября 1994 года)

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ*

Статья 1. Сфера применения**

Настоящий Закон является частью торгового*** права. Он применяется к любому виду информации в форме сообщения данных.

Статья 2. Определения

Для целей настоящего Закона:

- a) "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, хранимую или передаваемую с помощью электронных, оптических или аналоговых средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими;
- b) "электронный обмен данными (ЭДИ)" означает передачу с одного компьютера на другой информации с использованием согласованного стандарта структуризации информации;
- c) "составитель" сообщения данных означает какое-либо лицо, которым или от имени которого сообщение данных, как предполагается, было подготовлено, сохранено или передано, за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных;
- d) "адресат" сообщения данных означает какое-либо лицо, которое согласно намерению составителя должно получить сообщение данных, за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных;
- e) "посредник" в отношении конкретного сообщения данных означает какое-либо лицо, которое от имени другого лица получает, передает или хранит это сообщение данных или оказывает другие услуги в отношении этого сообщения данных;
- f) "Информационная система" означает систему для подготовки, передачи, получения или хранения информации в виде сообщения данных.

*Настоящий Закон не имеет преимущественной силы по отношению к любым нормам права, предназначенным для защиты потребителей.

**Для государств, которые, возможно, пожелают ограничить сферу применения настоящего закона международными сообщениями данных, Комиссия предлагает следующий текст:

Настоящий Закон применяется к сообщению данных, как оно определено в пункте 1 статьи 2, в случаях, когда это сообщение данных имеет отношение к международной торговле.

***Термин "торговое" следует толковать широко, с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и недоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или услуг или обмене товарами или услугами; дистрибьюторские соглашения; торговое представительство и агентские отношения; факторинг; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; купля/продажа лицензий; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров по воздуху, морем, по железным или автомобильным дорогам.

Статья 3. Толкование

1. При толковании настоящего Закона следует учитывать его международный источник 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 разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основывается настоящий Закон.

ГЛАВА II. ПРИМЕНЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ТРЕБОВАНИЙ В ОТНОШЕНИИ СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ

Статья 4. Признание юридической силы сообщений данных

Информация не признается не имеющей юридической силы, недействительной или не имеющей исковой силы лишь на том основании, что она составлена в форме сообщения данных.

Статья 5. Письменная форма

1. Если какая-либо норма права требует, чтобы информация была в письменной форме или представлялась в письменной форме, или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, сообщение данных отвечает этой норме, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования в справочных целях.
2. Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Статья 6. Подпись

1. Если какая-либо норма права требует подписи или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия подписи, эта норма считается соблюденной в отношении сообщения данных, если:
 - a) использован метод для идентификации составителя сообщения данных и указания на то, что составитель согласен с содержащейся в нем информацией; и
 - b) этот метод является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любую договоренность между составителем и адресатом сообщения данных.
2. Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Статья 7. Подлинник

1. Если какая-либо норма права требует, чтобы информация представлялась в ее подлинной форме или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, сообщение данных отвечает этой норме, если:
 - a) эта информация демонстрируется лицу, которому она должна быть представлена; и
 - b) имеются надежные доказательства целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде, и до момента ее демонстрации.
2. В случае возникновения любых вопросов относительно соблюдения подпункта (b) пункта 1 настоящей статьи:
 - a) критерием оценки целостности должно являться сохранение информации в полном и неизменном виде, если не считать добавления любых индосаментов и любых изменений, происходящих в обычном процессе передачи, хранения и демонстрации; и
 - b) требуемая степень надежности должна оцениваться с учетом цели, для которой информация была подготовлена, и всех соответствующих обстоятельств.
3. Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Статья 8. Допустимость и доказательственная сила сообщения данных

1. При любых процессуальных действиях никакие положения норм доказательственного права не применяются таким образом, чтобы воспрепятствовать допустимости сообщения данных в качестве доказательства
 - a) на том основании, что оно представляет собой сообщение данных; или,
 - b) если оно является наилучшим доказательством, которое, как этого можно разумно ожидать, может быть получено представляющим его лицом, на том основании, что оно не представлено в его подлинной форме.
2. Информации, представленной в форме сообщения данных, придается надлежащая доказательственная сила. При оценке доказательственной силы сообщения данных учитывается надежность способа, с помощью которого подготавливалось, хранилось или передавалось это сообщение данных, надежность способа, с помощью которого обеспечивалась целостность информации, способа, при помощи которого идентифицировался его составитель, и любой другой соответствующий фактор.
3. За исключением любой другой нормы права, когда должны выполняться положения подпункта (b) пункта 1 статьи 8 в отношении информации в форме сообщения данных, при любых процессуальных действиях информации не должно придаваться меньше силы на том основании, что она не представляется в ее подлинной форме.

Статья 9. Хранение сообщений данных

1. В случае, когда закон требует, чтобы определенные документы, записи или информация подлежали хранению, это требование считается выполненным, если хранение сообщений данных обеспечивается с соблюдением следующих условий:

- а) информация, содержащаяся в них, является доступной для ее последующего использования в справочных целях;
- б) сообщение данных хранится в том формате, в котором она была составлена, передана или получена, или в формате, которым может быть продемонстрировано точное воспроизведение переданной информации; и
- с) обеспечивается хранение переданной информации, связанной с сообщением данных, включая информацию о составителе, адресате (адресатах) и дате и времени передачи, но не ограничиваясь этим.

2. Обязательство адресата хранить информацию в соответствии с пунктом 1 не распространяется на любую часть такой информации, которая передается для цели контроля за сообщениями, но которая не поступает в информационную систему адресата или в указанную им информационную систему.

3. Любое лицо может выполнить требования, указанные в пункте 1, посредством обращения к услугам любого иного лица при соблюдении вышеуказанных условий.

ГЛАВА III. ПЕРЕДАЧА СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ

Статья 10. Изменение по договоренности

В отношениях между сторонами, участвующими в подготовке, хранении, передаче, получении или иной обработке сообщений данных, если не предусмотрено иное, положения настоящей главы могут быть изменены по договоренности.

Статья 11. Атрибуция сообщений данных

1. В отношениях между составителем и адресатом сообщение данных считается сообщением данных составителя, если оно было передано составителем или иным лицом, которое имело полномочия действовать от имени составителя в отношении этого сообщения данных.

2. В отношениях между составителем и адресатом сообщение данных полагается сообщением данных составителя, если адресат, должным образом применив процедуру, предварительно одобренную составителем, установил, что это сообщение данных было сообщением данных составителя.

3. В случае, когда пункты 1 и 2 не применяются, сообщение данных [считается] [полагается] сообщением данных составителя, если:

- а) сообщение данных, полученное адресатом, явилось результатом действий лица, отношение которого с составителем или с любым агентом составителя дали такому лицу возможность получить доступ к методу, используемому составителем для идентификации сообщений данных как своих собственных; или
- б) при помощи метода, который является обоснованным при данных обстоятельствах, адресат установил, что сообщение данных было сообщением данных составителя.

Однако подпункты (а) и (б) не применяются, если адресату было известно или должно было быть известно, если бы он проявил разумную осмотрительность или использовал любую согласованную процедуру, о том, что сообщение данных не являлось сообщением данных составителя.

4. В случае, когда сообщение данных считается или полагается сообщением данных составителя в соответствии с настоящей статьей, содержание сообщения данных полагается содержанием в таком виде, в каком оно было получено адресатом. Однако в случае, когда передача приводит к ошибке в содержании сообщения данных или к ошибочному воспроизведению сообщения данных, содержание сообщения данных не полагается содержанием в том виде, в каком оно было получено адресатом в той мере, в которой сообщение данных было ошибочным, если адресату было известно об этой ошибке или эта ошибка стала бы очевидной, если бы адресат проявил разумную осмотрительность или использовал любую другую согласованную процедуру для установления наличия каких-либо ошибок при передаче.

5. Если, как считается или полагается, сообщение данных является сообщением данных составителя, любые дальнейшие правовые последствия определяются на основании настоящего Закона и другого применимого права.

Статья 12. Подтверждение получения

1. Настоящая статья применяется в случае, когда при отправке или до отправки сообщения данных либо с помощью такого сообщения данных составитель запросил подтверждение получения.

2. В случае, когда составитель не направил запроса о том, чтобы это подтверждение представлялось в какой-либо конкретной форме, запрос о подтверждении может быть выполнен с помощью любого сообщения или любых действий адресата, достаточных для того, чтобы указать составителю на то, что сообщение данных было получено.

3. В случае, когда составитель указал, что сообщение данных обуславливается получением такого подтверждения, это сообщение данных не имеет юридической силы до получения подтверждения.

4. В случае, когда составитель не указал, что сообщение данных обуславливается получением подтверждения, и подтверждение не было получено им в течение оговоренного или согласованного срока, либо, если никакого срока не было оговорено или согласовано, в течение разумного срока:

а) составитель может направить адресату уведомление, указав в нем, что подтверждение получено не было, и оговорив срок, который должен быть разумным и к которому подтверждение должно быть получено; и

б) если подтверждение не получено в течение срока, оговоренного в подпункте (а), составитель может после уведомления об этом адресата рассматривать сообщение данных как неполученное или осуществить любые другие права, которые он может иметь.

5. В случае, когда составитель получает подтверждение получения, предполагается, что соответствующее сообщение данных было получено адресатом. Если в полученном подтверждении указывается, что соответствующее сообщение данных отвечает техническим требованиям, согласованным или установленным в применяемых нормах, предполагается, что эти требования были выполнены.

Статья 13. Составление и действительность контрактов

1. В контексте составления контрактов, если иное не согласовано сторонами, оферта и акцепт оферты могут производиться с помощью сообщений данных. В случае, когда сообщение данных используется при составлении контракта, этот контракт не признается недействительным или не имеющим исковой силы лишь на том основании, что для этой цели использовалось сообщение данных.

2. Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Статья 14. Время и место отправки и получения сообщений данных

1. Если иное не согласовано составителем и адресатом сообщения данных, отправка сообщения данных происходит в момент, когда оно поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя.

2. Если иное не согласовано составителем и адресатом сообщения данных, момент получения сообщения данных определяется следующим образом:

а) если адресат указал информационную систему для цели получения таких сообщений данных, получение происходит в момент, когда сообщение данных поступает в указанную информационную систему, однако, если сообщение данных направляется в информационную систему адресата, которая не является указанной информационной системой, получение происходит в момент, когда сообщение данных воспроизводится адресатом;

б) если адресат не указал информационную систему, получение происходит в момент, когда сообщение данных поступает в какую-либо информационную систему адресата.

3. Пункт 2 применяется независимо от того, что место, в котором расположена информационная система, может отличаться от места получения сообщения данных в соответствии с пунктом 4.

4. Если иное не согласовано составителем и адресатом компьютеризированной передачи сообщения данных, сообщение данных считается полученным в месте осуществления предпринимательской деятельности адресатом, и считается отправленным в месте осуществления предпринимательской деятельности составителем. Для целей настоящего пункта:

а) если адресат или составитель имеют более одного места осуществления предпринимательской деятельности, соответствующим местом осуществления предпринимательской деятельности считается такое место, которое имеет самое непосредственное отношение к основной сделке, или, в случае отсутствия основной сделки, основное место осуществления предпринимательской деятельности;

б) если адресат или составитель не имеют места осуществления предпринимательской деятельности, принимается во внимание их обычное местонахождение.

5. Пункт 4 не применяется для определения места получения или отправки для цели какого-либо административного законодательства, уголовного законодательства или законодательства о защите данных.

**В. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронному обмену данными на ее двадцать восьмой сессии:
новый пересмотренный проект типовых законодательных положений
по правовым аспектам электронного обмена данными (ЭДИ)
и соответствующим средствам передачи данных: статьи 1-10
записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.62)
[Подлинный текст на английском языке]**

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Страница</u>
ВВЕДЕНИЕ	164
I. ПРОЕКТ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ПО ПРАВОВЫМ АСПЕКТАМ ЭЛЕКТРОННОГО ОБМЕНА ДАННЫМИ (ЭДИ) И СООТВЕТСТВУЮЩИМ СРЕДСТВАМ ПЕРЕДАЧИ ДАННЫХ	165
ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	165
Статья 1. Сфера применения	165
Статья 2. Определения	165
Статья 3. Толкование типовых законодательных положений	166
Статья 4. [исключена]	166
[Статья 5. Изменения по договоренности]	166
ГЛАВА II. ТРЕБОВАНИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ФОРМЫ	167
Статья 5 бис.	167
Статья 6. [Функциональный эквивалент] [Требование] "письменной формы"	167
Статья 7. [Функциональный эквивалент] [Требование] "подписи"	167
Статья 8. [Функциональный эквивалент] [Требование] "подлинника"	167
Статья 9. Допустимость и доказательственная сила [записи] данных	167
ГЛАВА III. ПЕРЕДАЧА [ЗАПИСИ] ДАННЫХ	168
Статья 10. [Действительность] [Обязательства составителя] [записи] данных	168

ВВЕДЕНИЕ

1 Во исполнение решения, принятого Комиссией на ее двадцать четвертой сессии¹ в 1991 году, Рабочая группа по международным платежам посвятила свою двадцать четвертую сессию определению и обсуждению правовых вопросов, связанных с расширением использования электронного обмена данными (ЭДИ). Рабочая группа рекомендовала Комиссии подготовить правовые нормы по использованию ЭДИ в международной торговле (A/CN.9/360, пункты 129-133).

2. Комиссия на своей двадцать пятой сессии в 1992 году одобрила эту рекомендацию и поручила подготовку правовых норм по ЭДИ Рабочей группе по международным платежам, которая была переименована в Рабочую группу по электронному обмену данными².

3. Рабочая группа по электронному обмену данными посвятила свои двадцать пятую, двадцать шестую и двадцать седьмую сессии подготовке унифицированных правил по правовым аспектам ЭДИ (доклады этих сессий содержатся в документах A/CN.9/373, A/CN.9/387 и A/CN.9/390). В основу работы были положены подготовленные секретариатом справочные рабочие документы о возможных вопросах для включения в унифицированные правила (A/CN.9/WG.IV/WP.53 и A/CN.9/WG.IV/WP.55). Проекты статей унифицированных правил, которые по решению Рабочей группы должны быть подготовлены в форме статутных положений, были представлены секретариатом в документах A/CN.9/WG.IV/WP.57 и A/CN.9/WG.IV/WP.60.

¹Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок шестая сессия, Дополнение № 17 (A/46/17), пункты 306-317.

²Там же, сорок седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/47/17), пункты 140-148.

4. Комиссии на ее двадцать седьмой сессии в 1994 году были представлены доклады Рабочей группы о работе ее двадцать шестой и двадцать седьмой сессий (A/CN.9/387 и A/CN.9/390). Комиссия выразила удовлетворение работой, проделанной Рабочей группой, и отметила, что Рабочая группа приняла решение об использовании термина " типовые законодательные положения", с тем чтобы отразить особый характер текста как совокупности различных статутных норм, которые государство, принимающее закон, не обязательно будет включать в свое законодательство целиком или как единое целое в каком-либо конкретном разделе национального законодательства (A/CN.9/390, пункты 16-17).

5. Что касается графика завершения текущей работы Рабочей группы, то было высказано мнение, что завершить текущую работу в течение одного года и представить типовые законодательные положения Комиссии на ее следующей сессии, видимо, не удастся, поскольку остается решить ряд вопросов, таких, как сфера применения и автономия сторон, и что в любом случае у Комиссии может не оказаться достаточного времени для рассмотрения правил в рамках повестки дня ее следующей сессии. Вместе с тем преобладало мнение, что проект свода основных ключевых положений может быть завершен Рабочей группой на ее двадцать восьмой или двадцать девятой сессии, поскольку, в частности, было сочтено, что в типовых законодательных положениях не следует концентрировать внимание на вопросе отношений между пользователями ЭДИ и государственными органами, а также вопросе потребительских сделок (A/CN.9/390, пункт 21). Было отмечено, что на более позднем этапе могут быть добавлены дополнительные положения, поскольку этой области присущ особенно быстрый технический прогресс.

6. Что касается будущих тем, то Комиссия отметила, что Рабочая группа на своей двадцать седьмой сессии рекомендовала Комиссии провести предварительную работу по вопросу обрабатываемости и передаваемости прав на товары с применением компьютерной техники, как только она завершит подготовку типовых законодательных положений (A/CN.9/390, пункт 155). Эта рекомендация получила общую поддержку. Другое предложение касалось целесообразности принятия более широкого подхода, с тем чтобы любая будущая работа включала бы также вопрос о передаваемости прав в ценных бумагах. Это предложение было отвергнуто на том основании, что достижение единообразного понимания этой концепции может быть сопряжено с особыми трудностями, учитывая жесткое регулирование в этой области на национальном уровне. Вместе с тем определенную поддержку получило еще одно предложение о том, что Комиссии следует рассмотреть правовые вопросы, возникающие в контексте отношений между пользователями ЭДИ и поставщиками услуг, например, когда речь идет о сетях электронной связи. Напомнив об обсуждении этого предложения на двадцать седьмой сессии Рабочей группы (A/CN.9/390, пункт 159), Комиссия, тем не менее, высказала мнение, что по крайней мере на нынешнем этапе вопросы ответственности поставщиков услуг лучше регламентируются в соглашениях об обмене данными и что в любом случае разработка правил, применимых ко всем видам услуг по электронному обмену данными, может оказаться весьма сложным делом. В то же время было высказано другое предложение о подготовке исследования по правовым вопросам, связанным с кодированием данных. В отношении этого предложения было высказано мнение о целесообразности рассмотрения этого вопроса в рамках мандата специализированных национальных или международных органов³.

7. На своей двадцать седьмой сессии Рабочая группа рассмотрела пересмотренный проект унифицированных правил по правовым аспектам электронного обмена данными и соответствующим средствам передачи торговых данных, подготовленный секретариатом (A/CN.9/WG.IV/ WP.60). Секретариату было поручено подготовить на основе обсуждений и решений Рабочей группы новый пересмотренный вариант проекта статьей 1-10 (A/CN.9/390, пункт 14).

8. В настоящей записке содержатся новые пересмотренные статьи 1-10 типовых законодательных положений. Внесенные в текст дополнения и изменения выделены с помощью подчеркивания. Следует отметить, что в соответствии с последними указаниями, касающимися более жесткого контроля за документацией Организации Объединенных Наций и ограничения ее объема, проекты положений не сопровождаются пояснительными комментариями. Поэтому дается общая отсылка к соответствующим частям доклада Рабочей группы (A/CN.9/390); дополнительные разъяснения будут представлены устно в ходе сессии Рабочей группы.

1. ПРОЕКТ ТИПОВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ПО ПРАВОВЫМ АСПЕКТАМ ЭЛЕКТРОННОГО ОБМЕНА ДАННЫМИ (ЭДИ) И СООТВЕТСТВУЮЩИМ СРЕДСТВАМ ПЕРЕДАЧИ ДАННЫХ

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ*

Статья 1. Сфера применения**

Настоящие законодательные положения применяются к [коммерческой] информации в форме [записи] данных.

Сноска к Главе I

- * Настоящие законодательные положения не имеют преимущественной силы по отношению к любым нормам права, предназначенным для защиты потребителей.

³ Там же, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункты 198-201.

Сноска к статье 1

** Для государств, которые, возможно, пожелают ограничить сферу применения настоящих законодательных положений международными записями данных, Комиссия предлагает следующий текст:

Настоящие законодательные положения применяются к записи данных, как она определена в пункте 1 статьи 2, в случаях, когда запись данных связана с международными торговыми интересами.

Статья 2. Определения

Для целей настоящих законодательных положений:

- a) "запись" данных означает информацию подготовленную, хранимую или передаваемую с помощью электронных, оптических или аналоговых средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими;
- b) "электронный обмен данными (ЭДИ)" означает компьютеризированную передачу электронный обмен структурированных данных между независимыми компьютерными информационными системами;
- c) "составитель" записи данных означает какое-либо лицо - иное, чем лицо, действующее в качестве посредника в отношении к этой [записи] данных, - от имени которого запись данных, как предполагается, была подготовлена, сохранена или передана;
- d) "адресат" записи данных означает какое-либо лицо - иное, чем лицо, действующее в качестве посредника в отношении этой [записи] данных, - которое согласно намерению составителя должно получить [запись] данных;
- e) "посредник" в отношении конкретной записи данных означает какое-либо лицо, в сферу обычной деятельности которого входит получение записей данных и направление таких записей данных их адресатам или другим посредникам. [Посредник может, кроме того, оказывать [в частности] такие услуги, как форматирование, перевод, запись, сохранение и хранение записей данных].

[f) "Запись"

Вариант А означает форму, в которой информация сохраняется для последующих ссылок.

Вариант В означает такое представление данных, которое может быть точно воспроизведено в последующем.

Вариант С означает долговечное представление информации либо в понятной форме, либо в виде, готовом для преобразования в такую форму.]

Статья 3. Толкование типовых законодательных положений

Вариант А 1) При толковании настоящих законодательных положений следует учитывать в надлежащих случаях их международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности.

2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящих законодательных положений и которые прямо в них не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основываются настоящие законодательные положения.

Вариант В При толковании настоящих законодательных положений следует учитывать их цель по реализации сформулированных на международном уровне принципов, которые направлены на облегчение использования технологических достижений в методах передачи и хранения информации, и необходимость содействовать достижению единообразия в применении этих принципов.

Статья 4.

[исключена]

[Статья 5. Изменения по договоренности]

В отношениях между сторонами, участвующими в подготовке, хранении, передаче, получении или иной обработке записей данных, если в настоящих законодательных положениях не предусмотрено иное, их соответствующие права и обязанности могут определяться по договоренности между ними.]

ГЛАВА II. ТРЕБОВАНИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ФОРМЫ

Статья 5 бис.

Информация не признается не имеющей юридической силы, недействительной или не имеющей исковой силы лишь на том основании, что она записана в форме [записи] данных.

Статья 6. [Функциональный эквивалент] [Требование] "письменной формы"

1) Если какая-либо норма права требует представления информации в письменной форме или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, такое требование считается выполненным в отношении [записи] данных, содержащей требуемую информацию, если

а) информация может быть [воспроизведена] [продемонстрирована] в [визуальной и понятной] [удобочитаемой, разборчивой] [долговечной] форме и

б) информация хранится в качестве записи.

2) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Статья 7. [Функциональный эквивалент] [Требование] "подписи"

1) Если какая-либо норма права требует, чтобы информация была подписана, или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, такое требование считается выполненным в отношении [записи] данных, содержащей требуемую информацию, если

а) метод [удостоверения подлинности], предназначенный для идентификации составителя [записи] данных и указания на то, что составитель согласен с содержащейся в ней информацией, был согласован между составителем и адресатом [записи] данных, и этот метод был использован; или

б) использован метод [удостоверения подлинности] для идентификации составителя [записи] данных и указания того, что составитель согласен с содержащейся в ней информацией; и

с) этот метод был надежным и уместным для цели, для которой [запись] данных была [подготовлена или передана] [произведена] с учетом всех обстоятельств [, включая любую договоренность между составителем и адресатом [записи] данных].

2) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Статья 8. [Функциональный эквивалент] [Требование] подлинника

1) Если какая-либо норма права требует, чтобы информация представлялась в форме подлинной записи или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, такое требование считается выполненным в отношении [записи] данных, содержащей требуемую информацию, если:

а) эта информация демонстрируется лицу, которому она должна быть представлена; и

б) имеются надежные доказательства целостности информации с момента, когда составитель впервые подготовил информацию в ее окончательной форме в виде [записи] данных или записи какого-либо иного рода, и до момента демонстрации этой информации.

2) В случае возникновения любых вопросов относительно выполнения требований подпункта (б) пункта (1) настоящей статьи:

а) критериями оценки целостности являются сохранение информации в полном и, если не считать добавления любых индосаментов, неизменном виде; и

б) требуемая степень надежности должна оцениваться с учетом цели, для которой сделана соответствующая запись, и всех обстоятельств.

3) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: [...].

Статья 9. Допустимость и доказательственная сила [записи] данных

1) При любых процессуальных действиях никакие положения норм доказательственного права не применяются таким образом, чтобы воспрепятствовать допустимости [записи] данных в качестве доказательства

а) на том основании, что она представляет собой [запись] данных; или,

b) если она представляет собой наилучшее доказательство, которое, как этого можно разумно ожидать, может быть получено представляющим ее лицом, на том основании, что она не является подлинным документом.

2) Информации, представленной в форме [записи] данных, придается надлежащая доказательственная сила. При оценке доказательственной силы [записи] данных учитывается надежность способа, с помощью которого подготавливалась, хранилась или передавалась [запись] данных, надежность способа, с помощью которого была удостоверена подлинность информации, и любой другой соответствующий фактор.

3) За исключением любой другой нормы права, когда должны выполняться положения подпункта (b) пункта (1) статьи 8 в отношении информации в форме [записи] данных, при любых процессуальных действиях информации не должно придаваться меньшей силы на том основании, что она не представляется в форме подлинной записи.

ГЛАВА III. ПЕРЕДАЧА [ЗАПИСИ] ДАННЫХ

Статья 10. [Действительность] [обязательства составителя] [записи] данных

1) В отношениях между составителем и адресатом, составитель [считается] [полагается] утвердившим [содержание] [передачу] [записи] данных, если она была [направлена] [передана] составителем или иным лицом, которое имело полномочия действовать от имени составителя в отношении [записи] данных.

2) В отношениях между составителем и адресатом [запись] данных [считается] [полагается] [записью] данных составителя, если адресат должным образом применил процедуру, предварительно согласованную с составителем в целях проверки того, что [запись] данных является [записью] этого последнего лица.]

3) Составитель, который не [считается] [полагается] утвердившим [запись] данных в силу пункта (1) или (2) настоящей статьи [считается] [полагается] утвердившим ее в силу настоящего пункта, если

a) [запись] данных, полученная адресатом, явилась результатом действия лица, отношения которого с составителем или с любым агентом составителя дали такому лицу возможность получить доступ к процедуре удостоверения подлинности составителя; или

b) адресат произвел проверку удостоверения подлинности методом, который является обоснованным при данных обстоятельствах.]

4) Составителю и адресату [записи] данных разрешается договариваться о том, чтобы адресата можно было [считать] [полагать] утвердившим [запись] данных, хотя удостоверение подлинности не является [коммерчески] обоснованным в данных обстоятельствах.]

5) В случае, когда составитель [считается] [полагается] утвердившим содержание [записи] данных в соответствии с настоящей статьей, он [считается] [полагается] утвердившим содержание [записи] данных в виде, в котором она была получена адресатом. Однако в случае, когда [запись] данных содержит ошибку или воспроизводит ошибку предыдущей [записи] данных, составитель не [считается] [полагается] утвердившим содержание [записи] данных в силу настоящей статьи в той мере, в которой [запись] данных была ошибочной, если адресату было известно об этой ошибке или ошибка стала бы очевидной, если бы адресат проявил разумную осмотрительность или использовал любую согласованную процедуру проверки.]

[5]бис Пункт (5) настоящей статьи применяется в отношении ошибки или несоответствия в измененном сообщении или в сообщении об отзыве так же, как он применяется в отношении ошибки или несоответствия в [записи] данных.]

6) Тот факт, что [запись] данных [считается] [полагается] действительной как [запись] данных составителя, не придает этой [записи] данных юридической силы.]

**С. Доклад Рабочей группы по электронному обмену данными
о работе ее двадцать девятой сессии
(Нью-Йорк, 27 февраля - 10 марта 1995 года)
(A/CN.9/407) [Подлинный текст на английском языке]**

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-13
I. ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ	14-15
II. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТА РУКОВОДСТВА ПО ПРИНЯТИЮ ТИПОВОГО ЗАКОНА ЮНСИТРАП О ПРАВОВЫХ АСПЕКТАХ ЭЛЕКТРОННОГО ОБМЕНА ДАННЫМИ (ЭДИ) И СООТВЕТСТВУЮЩИХ СРЕДСТВАХ ПЕРЕДАЧИ ДАННЫХ	16-99
Общие замечания	16-19
Рассмотрение пунктов проекта руководства	20-99
ИСТОРИЯ РАЗРАБОТКИ И ЦЕЛЬ ТИПОВОГО ЗАКОНА	20-28
A. История разработки (пункты 1-21)	20-24
B. Цель Типового закона (пункты 22-26)	25-28
ЧАСТЬ ПЕРВАЯ. ВВЕДЕНИЕ К ТИПОВОМУ ЗАКОНУ	29-36
A. Цели (пункты 27-29)	29
B. Сфера действия (пункты 30-33)	30
C. "Рамочный" закон, дополняемый техническими подзаконными актами (пункты 34-35)	31
D. "Функционально-эквивалентный" подход (пункты 36-39)	32
E. Диспозитивные и императивные нормы (пункты 40-41)	33-35
F. Помощь со стороны секретариата ЮНСИТРАП (пункты 42-43)	36
ЧАСТЬ ВТОРАЯ. ПОСТАТЕЙНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ	37-99
ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	37-54
Статья 1. Сфера применения (пункты 44-49)	37-40
Статья 2. Определения (пункты 50-55)	41-52
Статья 3. Толкование (пункты 56-58)	53-54
ГЛАВА II. ПРИМЕНЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ТРЕБОВАНИЙ В ОТНОШЕНИИ СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ	55-84
Статья 4. Признание юридической силы сообщений данных (пункт 59)	55
Статья 5. Письменная форма (пункты 60-65)	56-63
Статья 6. Подпись (пункты 66-73)	64-70
Статья 7. Подлинник (пункты 74-77)	71-79
Статья 8. Допустимость и доказательственная сила сообщения данных (пункты 78-80)	80-81
Статья 9. Хранение сообщений данных (пункты 81-84)	82-84
ГЛАВА III. ПЕРЕДАЧА СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ	85-99
Статья 10. Изменение по договоренности (пункты 85-86)	85
Статья 11. Атрибуция сообщений данных (пункты 87-92)	86-89
Статья 12. Подтверждение получения (пункты 93-96)	90-92
Статья 13. Составление и действительность контрактов (пункты 97-100)	93
Статья 14. Время и место отправки и получения сообщений данных (пункты 101-107)	94-99
III. БУДУЩАЯ РАБОТА	100-118
A. Включение путем ссылки	100-105
B. Обращаемость прав на товары	106-118

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать четвертой сессии (1991 год) Комиссия пришла к выводу о том, что значение правовых вопросов электронного обмена данными (ЭДИ) будет возрастать по мере расширения использования ЭДИ и что Комиссии следует начать работу в этой области. Комиссия решила, что этот вопрос должен быть подробно рассмотрен одной из рабочих групп¹.
2. В соответствии с этим решением Рабочая группа по международным платежам посвятила свою двадцать четвертую сессию определению круга правовых аспектов, связанных с возросшими масштабами применения ЭДИ, и их обсуждению. В своем докладе о работе этой сессии Рабочая группа сообщила, что, как показал обзор правовых проблем, возникающих в связи со все более широким использованием ЭДИ, некоторые из этих проблем целесообразнее всего урегулировать путем разработки нормативных положений (A/CN.9/360, пункт 129). Что касается возможной подготовки стандартного соглашения о передаче сообщений для глобального использования в международной торговле, то Рабочая группа высказала мнение, что по крайней мере в текущий момент Комиссии нет необходимости разрабатывать стандартное соглашение о передаче сообщений. Вместе с тем Рабочая группа отметила, что с учетом рекомендованного Комиссией гибкого подхода к вопросу об окончательной форме документа могут возникнуть ситуации, когда подготовка типовых договорных положений будет сочтена надлежащим способом решения конкретных проблем (A/CN.9/360, пункт 132). Рабочая группа подтвердила необходимость в тесном сотрудничестве между всеми международными организациями, действующими в этой области. Было отмечено, что Комиссия в силу ее универсального членского состава и общего статуса основного юридического органа системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли призвана сыграть особенно активную роль в этом отношении (A/CN.9/360, пункт 133).
3. На своей двадцать пятой сессии (1992 год) Комиссия рассмотрела доклад Рабочей группы по международным платежам о работе ее двадцать четвертой сессии (A/CN.9/360). С учетом предложений Рабочей группы Комиссия согласилась с тем, что существует необходимость в дальнейшем изучении правовых аспектов ЭДИ и разработки практических норм в этой области. В соответствии с рекомендациями Рабочей группы Комиссия согласилась с тем, что одни вопросы целесообразнее всего урегулировать путем выработки нормативных положений, а другие, возможно, целесообразнее будет решить в рамках типовых договорных положений. После состоявшихся обсуждений Комиссия одобрила рекомендации, содержащиеся в докладе Рабочей группы (A/CN.9/360, пункты 129-133), подтвердила необходимость активного сотрудничества между всеми международными организациями, действующими в этой области, и поручила Рабочей группе по международным платежам, которую она переименовала в Рабочую группу по электронному обмену данными, подготовку правовых норм, касающихся ЭДИ².
4. Рабочая группа посвятила свои двадцать пятую-двадцать восьмую сессии выработке правовых норм, направленных на устранение препятствий правового характера, затрудняющих использование современных методов связи, и существующей в этом деле неопределенности там, где успешное устранение таких препятствий и неопределенности возможно только на основе нормативных положений. На своей двадцать восьмой сессии Рабочая группа одобрила проект типового закона о правовых аспектах электронного обмена данными и соответствующих средствах передачи данных (далее именуемого "типовым законом"). Рабочая группа обратилась к секретариату с просьбой распространить текст проекта типового закона среди правительств и заинтересованных организаций, с тем чтобы они высказали свои замечания. Было отмечено, что текст проекта типового закона, наряду с компиляцией замечаний правительств и заинтересованных организаций, будет представлен Комиссии на ее двадцать восьмой сессии для окончательного рассмотрения и утверждения.
5. Общую поддержку получило предложение о том, чтобы проект типового закона сопровождался руководством, призванным помочь государствам в принятии и применении проекта типового закона. Такое руководство, значительную часть которого можно было бы составить на основе материалов подготовительной работы над проектом типового закона, будет также полезно для пользователей ЭДИ и ученых, занимающихся вопросами ЭДИ. Рабочая группа отметила, что в ходе своей работы на двадцать восьмой сессии она исходила из предположения о том, что проект типового закона будет сопровождаться руководством, которое должно быть принято Комиссией. Так, например, ряд вопросов Рабочая группа решила не рассматривать в проекте типового закона, но включить их в руководство, с тем чтобы государства могли на него опираться при принятии проекта типового закона. В отношении сроков и метода подготовки указанного руководства Рабочая группа решила, что секретариату следует подготовить проект и представить его на рассмотрение Рабочей группы на ее двадцать девятой сессии.
6. Рабочая группа отметила, что ее рекомендация в адрес Комиссии о проведении по завершении разработки проекта типового закона предварительной работы по вопросу об обрабатываемости и передаваемости прав на товары с применением компьютерной техники (A/CN.9/390, пункт 158) получила общую поддержку в Комиссии³. Было высказано мнение о том, что связанные с этим правовые вопросы, касающиеся электронных реестров, являются необходимой частью такого проекта.

¹Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок шестая сессия, Дополнение № 17 (A/46/17), пункты 314-317.

²Там же, сорок седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/47/17), пункты 140-148.

³Там же, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункт 201.

Рабочая группа также вновь заявила о своем решении рассмотреть на одной из предстоящих сессий вопрос о включении условий в запись данных посредством простой ссылки на такие условия.

7. В отношении планирования работы на будущее было высказано мнение о том, что Рабочая группа на своей двадцать девятой сессии после завершения рассмотрения проекта руководства, который должен быть подготовлен секретариатом, могла бы провести общее обсуждение вопросов обрабатываемости и передаваемости прав на товары. Было также высказано мнение о том, что вопрос о включении путем ссылки также можно было бы рассмотреть на двадцать девятой сессии с целью его возможного отражения в проекте типового закона. Ряд делегаций выразили готовность подготовить краткие документы для содействия обсуждению обеих тем. Вместе с тем было отмечено, что если для общей дискуссии у Рабочей группы, возможно, и будет достаточно времени, то подробно рассмотреть каждую тему она не сможет.

8. Рабочая группа по электронному обмену данными, в состав которой входят все государства - члены Комиссии, провела свою двадцать девятую сессию в Нью-Йорке 27 февраля-10 марта 1995 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств - членов Рабочей группы: Австрии, Аргентины, Болгарии, Венгрии, Германии, Дании, Индии, Ирана (Исламской Республики), Испании, Италии, Канады, Китая, Коста-Рики, Марокко, Мексики, Польши, Российской Федерации, Саудовской Аравии, Словакии, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Соединенных Штатов Америки, Таиланда, Уругвая, Франции, Чили, Эквадора и Японии.

9. В работе сессии приняли участие наблюдатели от следующих государств: Австралии, Алжира, Бангладеш, Боливии, Боснии и Герцеговины, Индонезии, Йемена, Камбоджи, Колумбии, Ливана, Малайзии, Нидерландов, Республики Корея, Украины, Финляндии, Чешской Республики и Швеции.

10. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций: Международной ассоциации портов и гаваней (МАСПОГ), Международной торговой палаты (МТП) и Международной федерации грузовых транспортно-экспедиторских ассоциаций.

11. Члены Рабочей группы избрали следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Хосе Мария Абаскаль Самора (Мексика);

Докладчик: г-н Т.Л. Гилл (Индия).

12. Рабочая группа имела в своем распоряжении следующие документы: предварительную повестку дня (A/CN.9/WG.IV/WP.63), записку секретариата, содержащую проект руководства по принятию типового закона ЮНСИТРАЛ о правовых аспектах электронного обмена данными и соответствующих средствах передачи данных (A/CN.9/WG.IV/WP.64), предложение наблюдателя от Международной торговой палаты (A/CN.9/WG.IV/WP.65), предложение Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (A/CN.9/WG.IV/WP.66) и предложение Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.IV/WP.67).

13. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Проект типового закона ЮНСИТРАЛ о правовых аспектах электронного обмена данными и соответствующих средствах передачи данных: подготовка руководства по принятию проекта типового закона
4. Планирование будущей работы: общая дискуссия по вопросу о включении путем ссылки; общая дискуссия по вопросу об обрабатываемости и передаваемости прав на товары с применением компьютерной техники
5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

I. ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ

14. Рабочая группа обсудила проект руководства (здесь и далее именуемый "проектом руководства") по принятию типового закона в том виде, в каком он изложен в записке секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.64), и просила секретариат подготовить пересмотренный вариант руководства, в котором были бы отражены решения, принятые Рабочей группой, и учтены прозвучавшие в ходе текущей сессии различные мнения и предложения и те моменты, по которым была выражена озабоченность. Информация о ходе работы и выводах Рабочей группы относительно проекта руководства приводится в разделе II ниже.

15. Рабочая группа в контексте общей дискуссии по вопросу о возможных направлениях будущей работы также рассмотрела темы, касающиеся включения путем ссылки и обрабатываемости и передаваемости прав на товары, в том виде, в

котором они изложены в предложениях наблюдателя от Международной торговой палаты, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Соединенных Штатов Америки (A/CN.9/WG.IV/WP.65, A/CN.9/WG.IV/WP.66 и A/CN.9/WG.IV/WP.67). Рабочая группа просила секретариат учесть при подготовке пересмотренного варианта проекта руководства различные мнения и предложения по вопросу о включении путем ссылки и связанные с ним моменты, по которым была выражена озабоченность. Что касается вопросов обрабатываемости и передаваемости прав на товары с применением компьютерной техники, то Рабочая группа просила секретариат подготовить исследование, в рамках которого эти вопросы рассматривались бы в контексте транспортных документов с уделением особого внимания коносаментам, с тем чтобы рассмотреть его на одной из будущих сессий Рабочей группы. Информация о ходе работы и выводах Рабочей группы в отношении этих вопросов приводится в разделе II ниже.

II. РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТА РУКОВОДСТВА ПО ПРИНЯТИЮ ТИПОВОГО ЗАКОНА ЮНСИТРАЛ О ПРАВОВЫХ АСПЕКТАХ ЭЛЕКТРОННОГО ОБМЕНА ДАННЫМИ (ЭДИ) И СООТВЕТСТВУЮЩИХ СРЕДСТВАХ ПЕРЕДАЧИ ДАННЫХ

Общие замечания

16. Рабочая группа выразила в целом удовлетворение формой и содержанием проекта руководства в его нынешнем виде и провела общий обмен мнениями относительно его структуры и предполагаемых пользователей. В связи с вопросом о пользователях руководством было выражено общее мнение, что данный проект руководства должен быть ориентирован прежде всего на то, чтобы служить руководством для законодателей и других органов, которые могут рассматривать вопрос об имплементации положений Типового закона в качестве части национального законодательства. В то же время было также высказано мнение, что проект руководства следует составить таким образом, чтобы это отвечало интересам и других кругов. В частности, данный проект руководства должен служить основой для толкования Типового закона судами, государственными органами и пользователями электронным обменом данными (ЭДИ), применяющими Типовой закон. Было решено включить в проект руководства соответствующее разъяснение относительно его предполагаемых пользователей.

17. По вопросу о структуре было высказано мнение, что в первой части проекта руководства должна содержаться более подробная информация относительно целей Типового закона. В этой связи было предложено включить в проект руководства новый раздел, в котором содержалось бы: а) общее описание ЭДИ и соответствующих методов передачи данных; б) описание основных характеристик Типового закона, например, того факта, что он регулирует коммерческие отношения между составителями и адресатами сообщений и что при подготовке этого закона не ставилась задача сделать его регуляторным документом; с) разъяснение того, почему правовые нормы, разработанные применительно к обмену сообщениями в бумажной форме, необходимо модифицировать для учета новых ситуаций, возникающих при использовании электронных сообщений, и примеры, которые наглядно демонстрировали бы причины, обуславливающие необходимость разработки таких положений, как содержащиеся в Типовом законе, для содействия расширенному использованию ЭДИ; и d) краткое указание на то, почему отдельные нормы, содержащиеся в Типовом законе, были сочтены особенно подходящими для ЭДИ и соответствующих средств передачи данных. Например, было указано, что в общем описании ЭДИ следует указать, почему положения, основанные на "правиле о получении подтверждения", согласно которому договор считается заключенным в момент получения оферентом акцепта от лица, которому была направлена оферта, можно рассматривать как особенно подходящие для операций, осуществляемых в электронной форме. В общем плане было предложено включить в этот новый раздел описание основных результатов, которых можно ожидать от принятия Типового закона, например, а) придания законной силы операциям, осуществляемым с использованием электронных средств; б) устранения неясности в отношении норм, которые должны применяться к передаче дематериализованной информации; с) создания базы для осуществления сторонами своих операций; и d) установления равного режима для пользователей электронными методами передачи сообщений и пользователей более традиционными средствами коммуникаций. Было указано, что большинство дополнительных положений, которые предполагается включить в первую часть проекта руководства, уже существуют в разрозненном виде в различных пунктах, в которых рассматриваются цели Типового закона.

18. Были высказаны различные мнения в отношении того, каким образом этот новый раздел, касающийся общей цели Типового закона, соотносится с нынешним разделом, озаглавленным "История разработки и цель Типового закона". Одно мнение заключалось в том, что этот новый раздел должен заменить собой раздел, которым в настоящее время начинается проект руководства. Было указано, что хотя нынешний раздел называется "История разработки и цель Типового закона", он посвящен практически исключительно истории разработки, которая не представляет для законодателей особого интереса. Поэтому его следует перенести в конец проекта руководства или в приложение. Другое мнение заключалось в необходимости значительно сократить раздел, посвященный истории разработки Типового закона. Однако преобладающую поддержку получило мнение о необходимости достаточно подробного описания истории разработки Типового закона, поскольку во многих странах этот вопрос будет представлять особый интерес для законодателей, рассматривающих возможность принятия Типового закона. Было решено включить информацию об истории разработки Типового закона в первую часть проекта руководства. Было предложено при подготовке пересмотренного варианта проекта руководства обеспечить более качественное изложение информации по истории разработки Типового закона. В этой связи можно было бы рассмотреть возможность сочетания нынешнего хронологического подхода с тематическим подходом для разъяснения, например, условий, в которых Комиссия решила подготовить Типовой закон вместо типового соглашения о передаче данных, и причин, по которым было признано необходимым разработать нормативные положения в области ЭДИ, а также соглашения о передаче данных. Было также предложено указать либо в общем описании целей Типового закона, либо в описании истории его разработки на решение Рабочей группы о том, что данный Типовой закон должен регулировать отношения

между составителями и адресатами сообщений, а не отношения составителя или адресата с любым посредником, услугами которого они могут пользоваться.

19. Далее Рабочая группа перешла к постатейному обсуждению содержания проекта руководства. Было решено, что при подготовке пересмотренного варианта проекта руководства для учета решений, принятых Рабочей группой на ее нынешней сессии, секретариат должен иметь возможность по своему усмотрению вносить в случае необходимости редакционные изменения и пересматривать структуру проекта руководства.

Рассмотрение пунктов проекта руководства

ИСТОРИЯ РАЗРАБОТКИ И ЦЕЛЬ ТИПОВОГО ЗАКОНА

А. История разработки (пункты 1-21)

20. Рабочая группа сочла содержание пункта 1 в целом приемлемым.

21. В отношении пункта 2 было высказано мнение, что вне контекста ЭДИ понятие "торговых партнеров" может не иметь четко определенного содержания. Было предложено вместо этого использовать формулировку "стороны, ведущие дела на международном уровне с использованием компьютеризированных или иных современных методов". Было также высказано мнение, что указание на "область передачи данных" является неправильным, поскольку Типовой закон регулирует не правовые аспекты передачи данных, а коммерческие отношения, в рамках которых эти вопросы передачи данных могут иметь значение.

22. Рабочая группа сочла содержание пунктов 3-12 в целом приемлемым. В порядке редакционной доработки было высказано мнение, что смысл выражения "письменный документ" во втором предложении пункта 9 может оказаться сложно понять и что следует, возможно, включить в проект руководства определение понятия "письменный документ". Было указано, что это выражение также используется в пунктах 3, 38, 59, 61-63, 74, 75, 82 и 100. Преобладающую поддержку получило мнение о том, что во включении такого определения нет необходимости. Было отмечено, что это выражение последовательно использовалось при подготовке Типового закона и, как представляется, не вызвало никаких проблем. Было предложено при подготовке пересмотренного варианта проекта руководства попытаться избежать использования выражения "письменный документ" или опустить определенный артикль в английском тексте или заключить слово "письменный документ" в кавычки.

23. В отношении пункта 13 было высказано опасение, что второе предложение может быть неправильно истолковано как означающее, что цель Типового закона заключается в создании "общей основы для определения правовых проблем и выработки соответствующего свода правовых принципов и основополагающих правовых норм, регулирующих передачу сообщений посредством ЭДИ". Было признано, что цели Типового закона являются несколько иными и более ограниченными, поскольку главная задача Типового закона сводится к модификации существующих нормативных требований, с тем чтобы они не препятствовали более использованию ЭДИ и соответствующих средств передачи данных. Было также решено четко сформулировать в пункте 13 цели Типового закона.

24. Рабочая группа сочла содержание пунктов 14-21 в целом приемлемым.

В. Цель Типового закона (пункты 22-26)

25. Было решено изменить текст пункта 22, с тем чтобы более четко указать, что под ЭДИ в этом пункте должно пониматься не понятие ЭДИ в узком смысле слова, используемое в статье 2(b) Типового закона, а самые разные виды использования современных методов передачи данных, связанных с торговлей, которые можно в целом объединить в категорию "электронная торговля". В этой связи было предложено четко указать в проекте руководства, что Типовой закон представляет собой свод гибких норм, которые не только могут использоваться применительно к существующим методам передачи данных, но и должны позволить учитывать развитие техники в обозримом будущем. В связи с обсуждением пункта 22 было высказано мнение, что в проекте руководства следует подчеркнуть, что цель Типового закона заключается не только в установлении норм, регулирующих передачу информации посредством сообщений данных, но и - в равной степени - в рассмотрении вопросов хранения информации в сообщениях данных, не предназначенных для передачи.

26. В связи с пунктом 23 было высказано общее мнение, что указание на то, что цель Типового закона заключается "в том, чтобы дать потенциальным пользователям ЭДИ возможность устанавливать надежные отношения по поводу ЭДИ посредством заключения соглашения о передаче сообщений в рамках закрытой сети", создает ошибочное представление. Было указано, что нынешняя формулировка может быть неправильно истолкована как касающаяся "возможности устанавливать" отношения ЭДИ с технической точки зрения. Было указано, что цель Типового закона заключается не в регулировании вопроса установления сторонами надежных отношений ЭДИ, а в создании правовых условий, которые были бы возможно более надежными, с тем чтобы облегчить использование ЭДИ между участвующими в передаче сообщений сторонами. Что касается положения, что в Типовом законе предусматривается установление "базовых рамок для развития использования ЭДИ за пределами такой закрытой сети в открытых условиях", то было указано, что проект руководства не должен создавать впечатления, будто Типовой закон устанавливает общие рамки для ЭДИ в условиях открытой системы. Было решено, что в проекте руководства следует подчеркнуть, что цель Типового закона заключается в устранении нормативных требований, которые препятствуют расширенному использованию ЭДИ и соответствующих средств передачи данных вне зависимости от того, связаны ли пользователи таких средств передачи данных соглашением о передаче данных.

Было предложено изменить формулировку третьего предложения пункта 23, указав в нем, что цель Типового закона заключается в содействии расширенному использованию ЭДИ в рамках закрытой сети или в условиях открытой системы. Что касается содержащегося в третьем предложении пункта 23 указания на "некоторые вопросы, касающиеся положения третьих сторон", то было высказано мнение, что поскольку в Типовом законе не рассматривается вопрос посредников, в проекте руководства следует признать, что в Типовом законе не удалось достичь поставленной цели в этом отношении.

27. В контексте обсуждения пунктов 24-25 был проведен обмен мнениями по вопросу о названии Типового закона. Одно из мнений заключалось в том, что вместо "типового закона" целесообразнее было бы использовать форму "типовых законодательных положений", которая обеспечивает большую гибкость при имплементации положений этого документа. Рабочая группа, отметив, что в ее мандат на нынешней сессии не входит обсуждение формы или содержания Типового закона, подтвердила в то же время принятое ею ранее решение в отношении названия Типового закона. Что же касается вопроса о том, как следует отразить специфику Типового закона в проекте руководства, то было принято решение четко указать, что Типовой закон должен представлять собой сбалансированный свод отдельных норм, которые все должны быть закреплены в национальном законодательстве имплементирующими государствами, с тем чтобы достичь целей Типового закона. Вместе с тем было также решено, что в проект руководства следует включить соответствующее указание на то, что в зависимости от положения в каждом имплементирующем государстве этот закон может быть закреплен в национальном законодательстве различными способами: либо в виде единого закона, либо в форме различных нормативных актов. Например, было указано, что если положения, содержащиеся в статьях 5-7, как правило, будут подменять собой существующие нормативные требования, то положения Типового закона в отношении доказательственной силы или положения главы III, которые можно рассматривать как нормы, используемые в отсутствие соглашения о передаче данных, отнюдь не обязательно должны быть в некоторых странах частью статутного права.

28. Рабочая группа сочла содержание пункта 26 в целом приемлемым. В качестве редакционного уточнения было предложено заменить слово "парламент" словом "законодательный орган".

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ. ВВЕДЕНИЕ К ТИПОВОМУ ЗАКОНУ

A. Цели (пункты 27-29)

29. Рабочая группа сочла содержание пунктов 27-29 в целом приемлемым. Было отмечено, что в проекте руководства следует прямо указать, что, хотя некоторые страны приняли конкретные положения, регулирующие отдельные аспекты ЭДИ, как такового законодательства, регулирующего ЭДИ и соответствующие средства передачи данных, не существует. Было заявлено, что существующее законодательство, регулирующее передачу и хранение информации, либо носит неполный характер, либо устарело как раз в силу того, что в нем не предусматривается ЭДИ и соответствующие средства передачи данных, что создает неопределенность в отношении правового режима сделок, совершаемых с помощью электронных средств, и ограничивает их использование. Было решено, что в проекте руководства следует прямо указать, что существующее законодательство носит ограниченный характер. При обсуждении пункта 29 было отмечено, что в первой части проекта руководства следует ввести понятие нейтральности носителей, поскольку одной из главных целей Типового закона является обеспечение того, чтобы пользователи электронных средств и пользователи более традиционных средств передачи и хранения информации находились в равном положении.

B. Сфера действия (пункты 30-33)

30. Рабочая группа сочла содержание пунктов 30-33 в целом приемлемым. Было выражено общее мнение, что проект руководства должен содержать подробные пояснения в отношении того, почему Типовой закон должен иметь широкую сферу действия. Например, изначально устное сообщение может в конечном счете стать факсимильным или факсимильное сообщение в итоге становится сообщением ЭДИ. В этой связи было отмечено, что в проекте руководства в качестве характеристики ЭДИ и соответствующих средств передачи данных следует указать, что они охватывают программируемые сообщения, существенным отличием которых от традиционных бумажных документов является их компьютерное программирование. В редакционном плане было предложено во избежание повторов объединить ссылки на телекс и телефакс в пунктах 27, 30 и 31.

C. "Рамочный" закон, дополняемый техническими подзаконными актами (пункты 34-35)

31. Рабочая группа сочла содержание пунктов 34-35 в целом приемлемым. В редакционном плане было отмечено, что в третьем предложении пункта 34 слова "соответственно можно предположить, что принимающее Типовой закон государство примет" следует заменить словами "в этой связи принимающее Типовой закон государство, возможно, пожелает принять". Было отмечено также, что в пункте 35 слова "методы передачи сообщений" следует заменить словами "методы записи и передачи информации". Еще одно предложение заключалось в том, чтобы уточнить, что, когда речь идет о процедуре, то не имеется в виду гражданский или уголовный процесс. При обсуждении пунктов 34-35 было выражено мнение, что в первой части проекта руководства следует указать, что Типовой закон не преследует цели переделывать какие бы то ни было существующие материально-правовые нормы.

D. "Функционально-эквивалентный" подход (пункты 36-39)

32. Рабочая группа сочла содержание пунктов 36-39 в целом приемлемым. Было отмечено, что в проекте руководства следует более четко указать, что функционально-эквивалентный подход был принят в статьях 5-7 Типового закона в отношении понятий "письменный документ", "подпись" и "оригинал", но не в отношении других правовых понятий, содержащихся в Типовом законе. Например, статья 14 не преследует цели создания функционального эквивалента существующих требований в отношении хранения. Другое предложение заключалось в том, чтобы в пункте 37 в качестве примера привести статью 7 Типового закона ЮНСИТРАП о международном торговом арбитраже вместе со статьей 13 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров. В редакционном плане было решено сформулировать последнее предложение пункта 36 следующим образом: "Это обусловлено одним из многочисленных различий между сообщениями ЭДИ и бумажными документами, т.е. тем, что последние могут быть прочитаны невооруженным глазом, в то время как сообщения ЭДИ могут быть прочитаны лишь после распечатки на бумаге или воспроизведения на экране". В пункте 39 было решено заменить слова "the corresponding paper documents" словами "corresponding paper documents".

E. Диспозитивные и императивные нормы (пункты 40-41)

33. Рабочая группа сочла содержание пунктов 40-41 в целом приемлемым. В отношении употребления понятия "системные нормы" было высказано мнение, что в проекте руководства следует уточнить, что это понятие может относиться к двум разным категориям норм: к общим условиям, устанавливаемым сетями передачи данных, и конкретным нормам, которые могут быть включены в эти общие условия для регулирования двусторонних отношений между составителями и адресатами сообщений данных. Было предложено прямо указать в проекте руководства, что речь идет только о более узкой категории.

34. В отношении пункта 40 было выражено мнение, что слова "эти нормы могут использоваться сторонами в качестве основы для заключения более подробных соглашений" следует исключить, чтобы не создавалось впечатление, что Типовой закон предлагает сторонам, которые уже используют ЭДИ в контексте соглашений о передаче данных, заключать более подробные соглашения.

35. В отношении пункта 41 было высказано замечание о том, что слова "создание возможностей" могут быть неправильно истолкованы как означающие "создание возможностей" для отношений в рамках ЭДИ с технической точки зрения (см. пункт 26 выше). Было отмечено, что необходимо найти формулировку, которая бы отражала то обстоятельство, что Типовой закон предназначен для облегчения или содействия использованию современных способов передачи и хранения данных. Было отмечено также, что необходимо изменить формулировку последнего предложения пункта 41, с тем чтобы не возникало впечатления, будто государствам предлагается устанавливать дополнительные требования сверх "минимальных требований", установленных согласно главе II Типового закона. Следует избегать установления таких дополнительных требований, если только их введение не продиктовано убедительными причинами, которые могут существовать в отдельных принимающих закон государствах.

F. Помощь со стороны секретариата ЮНСИТРАП (пункты 42-43)

36. Рабочая группа сочла содержание пунктов 42-43 в целом приемлемым. При обсуждении этих пунктов было выражено мнение, что помощь со стороны секретариата ЮНСИТРАП в отношении правовых вопросов ЭДИ особенно будет необходима развивающимся странам. Еще одно мнение заключалось в том, что информацию о Типовом законе целесообразно было бы распространить через электронную почту.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ. ПОСТАТЕЙНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения (пункты 44-49)

37. Рабочая группа сочла содержание пунктов 44-49 в целом приемлемым. Были высказаны различные предложения относительно возможных добавлений к нынешнему тексту. Одно из предложений заключалось в том, чтобы в пункте 44 привести примеры фактических ситуаций, когда передача данных будет осуществляться с помощью целого ряда средств, например, сообщение, которое изначально было факсимильным, в итоге превращается в сообщение ЭДИ (см. пункт 30 выше). Другое предложение сводилось к тому, чтобы в пункте 45 более подробно указать, что понимается под "торговым правом". Было отмечено, что в проекте руководства следует воспроизвести формулировку сноски к статье 1 и указать, что при толковании понятия "торговое право" согласно Типовому закону следует иметь в виду, что в Типовом законе речь идет о "торговом праве", как оно понимается в сфере международной торговли, и не о "торговом праве", как оно определено в национальном праве какого-либо принимающего закон государства.

38. В редакционном плане было высказано мнение, что пункт 46 необходимо сформулировать по аналогии с пунктом 45 в отношении ограничения сферы применения Типового закона "торговым правом". Было предложено вместо слов "ничто в Типовом законе не должно препятствовать применяющему его государству расширить сферу действия ..." включить слова: "и несмотря на то, что по идее авторов Типовой закон должен был стать частью торгового права, применяющие его

государства могут захотеть расширить его сферу, с тем чтобы охватить виды пользования, выходящие за пределы торгового оборота, например, административные виды пользования с участием публичных властей".

39. В отношении пунктов 48-49 было высказано мнение, что в проекте руководства необходимо подчеркнуть, что в некоторых государствах, особенно в федерациях, могут возникнуть значительные трудности при разграничении международной и внутренней торговли. Было отмечено, что в проекте руководства следует четко указать, что Типовой закон не предлагает применяющим его государствам ограничивать сферу применения Типового закона случаями международного характера.

40. В редакционном плане было высказано мнение, что третье предложение пункта 49 лучше было бы сформулировать следующим образом: "Поскольку Типовой закон содержит целый ряд статей (статьи 5-7), позволяющих применяющим его государствам по своему усмотрению в определенной степени ограничивать сферу применения конкретных аспектов Типового закона, сужать сферу применения текста рамками международной торговли не требуется". Целесообразно было бы также в последнем предложении указать, что в международной торговле разграничить сообщения сугубо национальные и международные весьма сложно.

Статья 2. Определения (пункты 50-55)

"Сообщение данных" (пункты 50-51)

41. Рабочая группа сочла содержание пунктов 50-51 в целом приемлемым. Были высказаны различные предложения относительно возможных добавлений к нынешнему тексту. Было высказано замечание о том, что нынешний текст пункта 50, который охватывает переданные сообщения данных и сообщения данных, не предназначенные для передачи, может быть истолкован как не охватывающий сообщения данных, которые предназначены для передачи, однако переданы не были. В целях охвата всех сообщений данных, независимо от того, были ли они переданы или только предназначались для передачи, было предложено сформулировать первое предложение пункта 50 следующим образом: "Понятие "сообщение данных" не ограничивается передачей данных, но также предполагает охват подготовленных с помощью компьютера записей, которые могут и не предназначаться для передачи".

42. В плане возможных поправок к сообщениям данных было предложено включить в пункт 51 следующую формулировку: "Считается, что сообщение данных имеет фиксированное информационное содержание, однако оно может быть отозвано или изменено с помощью другого сообщения данных".

43. В отношении понятия "аналогичные средства" было предложено включить в проект руководства более развернутые пояснения и подчеркнуть, что определение сообщения данных не исключает любые будущие технические средства передачи и хранения данных (см. пункт 25 выше).

"Составитель" (пункт 52)

44. Рабочая группа сочла содержание пункта 52 в целом приемлемым. По мнению большинства, в проекте руководства помимо указаний относительно того, каким образом толковать понятие "составитель", следует также развернуть понятие "адресат". Было предложено подчеркнуть в проекте руководства, что согласно Типовому закону "адресат" - это лицо, с которым составитель хотел связаться путем направления сообщения данных, в отличие от вообще любого лица, которое может получить, переслать или скопировать сообщение данных в ходе его передачи. Было предложено также отметить в проекте руководства, что в этом смысле определение "адресат" отличается от определения "составитель", в котором элемент должностования отсутствует.

45. Было решено указать в проекте руководства, что в соответствии с определениями "составитель" и "адресат" по Типовому закону составитель и адресат конкретного сообщения данных могут совпадать в одном лице, например, в случае, когда автор сообщения данных намеревается использовать его для хранения.

46. Было высказано мнение, что в проекте руководства следует включить соответствующую формулировку в целях уточнения того, что адресат, который сохранил сообщение, переданное составителем, не охватывается понятием "составитель". В то же время было отмечено, что текущее определение "составитель" предполагает, что когда сообщение данных передается адресату и сохраняется этим адресатом, то как лицо, передавшее сообщение данных, так и адресат будут считаться его "составителями". Было отмечено, что этот вопрос, возможно, потребует обсуждения в Комиссии при пересмотре текста Типового закона.

47. Было высказано мнение, что в проекте руководства следует на конкретном примере показать, что под "составителем" понимается лицо, готовящее сообщение данных, даже в том случае, если это сообщение отправляется другим лицом. Было указано, что формулировка "'составляемых" тем юридическим лицом, от имени которого используется данный компьютер" в конце пункта 52 является слишком неконкретной и может вызвать вопросы в отношении того, какая норма должна применяться при установлении лица, от имени которого используется данный компьютер. В ответ на это было указано, что вопросы правового регулирования агентских отношений выходят за рамки Типового закона. Было решено указать в проекте руководства, что вопросы, относящиеся к агентским отношениям, следует решать в соответствии с нормами, не являющимися частью Типового закона.

"Посредник" (пункты 53-54)

48. Было высказано мнение, что в проекте руководства следует уделить больше внимания следующим моментам: а) определение "посредника" охватывает как профессиональных, так и непрофессиональных посредников; б) "посредник" в Типовом законе определяется не как родовая категория, а применительно к каждому сообщению данных, и тем самым признается, что одно и то же лицо может быть составителем или адресатом одного сообщения данных и посредником применительно к другому сообщению; и с) в Типовом законе, который посвящен урегулированию отношений между составителями и адресатами, права и обязанности посредников в целом не рассматриваются. Было напомнено о внесенном предложении включить в раздел, посвященный общему описанию положений Типового закона, указание на то, что в Типовом законе не предполагается рассматривать вопросы прав и обязанностей посредников (см. пункты 18 и 26 выше).

49. Были высказаны различные мнения в отношении того, следует ли указывать в проекте руководства на "исключительно важную роль" посредников в области электронной передачи данных. Одно из мнений заключалось в необходимости опустить слово "исключительно", с тем чтобы не придавать чересчур большого значения роли посредников в соответствии с Типовым законом. Другое предложение заключалось в том, чтобы четко указать в проекте руководства, что посредники играют крайне важную роль и что без них невозможно представить ни одного случая передачи ЭДИ. В ходе этого обсуждения было отмечено, что понятие "посредник" используется в Типовом законе лишь для целей определения. Рабочая группа была информирована о том, что ряд правительств в своих комментариях к Типовому закону, направленных ими в адрес Комиссии, выразили пожелание в ходе внесения редакционных изменений в соответствующие определения полностью убрать из текста Типового закона любые упоминания о "посредниках".

50. Было высказано мнение, что в пункте 54 следует перечислить дополнительные виды "услуг с добавленной стоимостью", предоставляемых операторами сетей, например, услуг по установлению подлинности и подтверждению сообщений данных и по обеспечению защиты электронных операций.

51. В контексте обсуждения определения "посредник" был проведен обмен мнениями по вопросу об определении ЭДИ в статье 2(b) Типового закона и, в частности, в связи с использованием в этом определении выражения "электронная передача". Одно мнение заключалось в том, что, поскольку определение ЭДИ по необходимости предполагает электронную передачу сообщений данных с одного компьютера на другой, использование телекоммуникационной системы в качестве посредника является неотъемлемым элементом ЭДИ. Другое мнение заключалось в том, что, хотя под ЭДИ понимаются в первую очередь ситуации, когда сообщения передаются через телекоммуникационную систему, существующее определение ЭДИ охватывает также исключительные или редкие ситуации, когда данные, существующие в форме сообщения ЭДИ, передаются средствами, в число которых телекоммуникационная система не входит, как, например, в случае, когда магнитные диски с записанными на них сообщениями ЭДИ доставляются адресату курьером. Кроме того, было указано, что, даже если толковать содержащееся в статье 2(b) определение ЭДИ как предполагающее использование телекоммуникаций, это отнюдь не обязательно означает привлечение услуг посредников, поскольку электронная передача может осуществляться посредством установления прямой связи между компьютерными системами составителя и адресата. В этой связи было высказано мнение, что определение ЭДИ в статье 2(b) касается в первую очередь информации, передаваемой с одного компьютера на другой, а не носителя, который используется для обеспечения такой передачи. После обсуждения Рабочая группа не смогла принять решения по вопросу о том, подпадают ли под определение ЭДИ в статье 2(b) случаи передачи информации вручную. Было отмечено, что в любом случае такая ситуация подпадает под определение "сообщения данных" в статье 2(a) и, соответственно, относится к сфере применения Типового закона. Было высказано общее мнение, что обсуждение этого вопроса, по-видимому, необходимо будет продолжить в Комиссии и, возможно, в технических органах, занимающихся рассмотрением вопроса о сообщениях ЭДИ, таких, как Рабочая группа по упрощению процедур международной торговли Европейской экономической комиссии. Было также отмечено, что в проект руководства должны быть включены соответствующие пояснения в отношении определения "ЭДИ" в Типовом законе.

"Информационная система" (пункт 55)

52. Рабочая группа сочла содержание пункта 55 в целом приемлемым. В порядке редакционной доработки было предложено заменить во втором предложении пункта слова "электронный почтовый ящик" словами "могло бы включать электронный почтовый ящик". Другое предложение заключалось в изменении текста последнего предложения, с тем чтобы указать, что в Типовом законе не рассматривается вопрос о том, расположена ли информационная система в помещениях адресата или в других помещениях, поскольку в соответствии с Типовым законом местонахождение информационных систем не является одним из оперативных критериев.

Статья 3. Толкование (пункты 56-58)

53. Рабочая группа сочла содержание пунктов 56-58 в целом приемлемым. Было предложено подробнее разъяснить в пункте 57, почему в Типовом законе содержится ссылка на его "международное происхождение". Было указано, что, хотя Типовой закон имплементируется как часть национального законодательства и, таким образом, носит внутренне-правовой характер, его положения следует толковать с учетом их международного происхождения для обеспечения единообразия при толковании Типового закона в различных странах.

54. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы указать в проекте руководства, что при толковании Типового закона следует уделять должное внимание международным и местным торговым обычаям и практике.

ГЛАВА II. ПРИМЕНЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ТРЕБОВАНИЙ В ОТНОШЕНИИ СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ

Статья 4. Признание юридической силы сообщений данных (пункт 59)

55. Рабочая группа признала содержание пункта 59 в целом приемлемым. Было высказано мнение, что в проекте руководства следует более подробно разъяснить: а) смысл используемого в Типовом законе выражения "лишь на том основании"; б) что положение, согласно которому информация "не признается не имеющей юридической силы", не должно ошибочно толковаться как определяющее юридическую силу сообщения; и с) что принцип, согласно которому в отношении сообщений данных не должна допускаться дискриминация, означает, что цель Типового закона заключается в обеспечении равного режима, действующего в отношении сообщений ЭДИ и документов в бумажной форме. Поступило предложение редакционного характера изменить первое предложение пункта 59 следующим образом: "В статье 4 закрепляется основополагающий принцип, согласно которому в отношении сообщений данных не должен применяться режим, отличный от применяемого в отношении сообщений в бумажной форме, исключительно по причине формы сообщения. Это сообщение должно иметь такую же юридическую силу, действительность и исковую силу, как и сообщения в бумажной форме". Было также отмечено, что второе предложение должно гласить: "Эта статья не затрагивает никаких требований закона в отношении "письменных документов" или подлинника, о которых говорится в статьях 5 и 7". Еще одно предложение редакционного характера заключалось в воспроизведении в проекте руководства текста статьи 4.

Статья 5. Письменная форма (пункты 60-65)

56. Было высказано предложение подробнее разъяснить в проекте руководства: а) содержание обсуждения в Рабочей группе, которое привело к принятию выражения "записи или представления информации в письменной форме" в статье 5; б) что применение статьи 5 должно не ограничиваться случаями, когда закон прямо требует представления определенной информации "в письменной форме", а охватывать также случаи, когда требуется наличие "документа" или любого другого инструмента в бумажной форме; и с) содержание обсуждения в Рабочей группе, которое привело к принятию формулировки "доступной для ее последующего использования в справочных целях". В частности, было указано, что использование слова "доступная" должно означать, что эта информация в форме компьютерных данных является удобочитаемой и разборчивой и что программное обеспечение, которое может оказаться необходимым для прочтения такой информации, должно быть сохранено. Было также указано, что слово "использование" должно охватывать не только случаи использования информации человеком, но и ее компьютерную обработку. Что же касается понятия "последующего использования в справочных целях", то следует четко указать, что этому выражению было отдано предпочтение по сравнению с понятиями "долговечность" и "неизменяемость", которые устанавливали бы слишком жесткие требования, и такими понятиями, как "удобочитаемость" и "разборчивость", которые могли бы представлять собой слишком субъективные критерии.

57. Применительно к использованию в пункте 1 статьи 5 выражения "сообщение данных считается отвечающим этому требованию" было высказано мнение, что в проекте руководства следует четко указать, что лишь сообщения данных, составленные в соответствующее время, могут считаться отвечающими данному требованию. Было отмечено, что в условиях обмена документами в бумажной форме, когда сообщение считается имеющим юридическую силу лишь в том случае, если оно составлено в письменной форме, дата составления этого сообщения в письменной форме имеет важное значение. Точно так же в условиях обмена электронными сообщениями, когда сделки заключаются в устной форме и лишь впоследствии регистрируются в виде сообщений данных, требование в отношении письменной формы может быть удовлетворено лишь с даты составления соответствующего сообщения данных. Из положений пункта 1 статьи 5 не должно вытекать, что в данном случае последующее направление сообщения данных может отвечать этому требованию ретроспективно. Было высказано мнение, что Комиссии, возможно, следует обсудить этот вопрос в контексте рассмотрения ею статьи 5.

58. Было высказано мнение, что в проекте руководства следует, возможно, более полно раскрыть понятие "минимальных стандартов", используемое в пункте 60, с тем чтобы не возникало впечатления, будто Типовой закон призывает имплементирующие государства установить дополнительные стандарты сверх требований статьи 5. Поступило предложение редакционного характера сформулировать первое предложение следующим образом: "Цель статьи 5 состоит в том, чтобы определить минимальные стандарты, которым должно удовлетворять сообщение данных, с тем чтобы отвечать требованиям о представлении информации в письменной форме".

59. Рабочая группа сочла содержание пункта 61 в целом приемлемым.

60. В отношении пунктов 62-63 было высказано предложение включить в проект руководства указание на целостность сообщения данных. Было указано, что, для того чтобы на сообщения данных распространялось действие статьи 5, они должны храниться в неизменяемой форме в том виде, в каком они были получены. Вместе с тем было высказано общее мнение, что, поскольку целостность сообщений не является одним из оперативных критериев согласно определению "письменной формы" в Типовом законе, в проект руководства не следует включать какого-либо указания на целостность сообщения.

61. Поступило предложение редакционного характера сформулировать пункт 63 следующим образом: "Цель статьи 5 состоит не в установлении требования о том, чтобы во всех случаях сообщениями, содержащими торговые данные, выполнялись все возможные функции письменной формы. Вместо того, чтобы сосредоточивать внимание на конкретных функциях "письменной формы", например, на ее доказательной функции в контексте законодательства о налогообложении или на ее предупредительной функции в контексте гражданского права, в статье 5 основное внимание уделяется основополагающему понятию возможности воспроизведения и прочтения информации. Это понятие закрепляется в статье 5

в формулировке, которая, как это было сочтено, содержит объективный критерий, заключающийся в том, что содержащаяся в сообщении данная информация должна быть доступной для ее последующего использования в справочных целях".

62. Рабочая группа сочла содержание пункта 64 в целом приемлемым.

63. В связи с пунктом 65 было высказано опасение, что изложенная в нем рекомендация законодательными органами избегать установления общих исключений из сферы применения Типового закона может быть неправильно истолкована как вмешательство в законодательный процесс, который может носить в разных странах неодинаковый характер. Было указано, что определенные законодательные органы могут пожелать пойти по пути установления генеральных или "абстрактных" исключений в определенных областях права (метод, который может относиться к категории "общих исключений"), например, в случае, когда требования письменной формы выполняют функцию предупреждения. Другие законодательные органы могут применять более казуистический подход. Хотя Рабочая группа признала, что внесение определенных редакционных изменений может оказаться необходимым, в целом было сочтено, что содержание данного пункта отражает намерение Рабочей группы дестимулировать использование пункта 2 статьи 5 и аналогичных положений Типового закона для чрезмерного сужения сферы применения Типового закона. Было напомнено, что основные виды исключений, предусмотренные на этапе подготовки Типового закона, относятся к сфере переводных векселей и других оборотных документов. Было предложено сформулировать третье предложение пункта 65 следующим образом: "Цели Типового закона не будут достигнуты, если положения пункта 2 будут использоваться для установления общих исключений, и поэтому рекомендуется не использовать возможности, которые открывает пункт 2".

Статья 6. Подпись (пункты 66-73)

64. Рабочая группа сочла содержание пунктов 66-70 в целом приемлемым. Было предложено сформулировать начало пункта 70 следующим образом: "В пункте 1(b) устанавливается гибкий подход к уровню надежности, обеспечиваемому методом идентификации, который предусмотрен в пункте 1(a). Метод, использованный в соответствии с пунктом 1(a) ...".

65. В целом было решено четко указать в руководстве, что перечень факторов, содержащийся в пункте 71, не носит исчерпывающего характера и приводится лишь в качестве примера. Было предложено заменить выражение "должны учитываться факторы" формулировкой "могут учитываться факторы". Что касается конкретных факторов, то было предложено опустить фактор "1) статус и относительный "экономический вес" сторон", поскольку существующая технология ставит всех лиц, использующих современные методы передачи сообщений, в равное положение. В ответ на это было указано, что, хотя "экономический вес" сторон сам по себе может и не иметь существенного значения, относительный уровень их технической оснащенности по-прежнему необходимо учитывать. Было предложено изменить формулировку текста следующим образом: "1) сложность оборудования, используемого каждой из сторон";. Еще одно предложение предусматривало добавление к этому перечню указания на характер сообщения, с тем чтобы показать, что к различным видам сообщений могут быть применимы различные процедуры.

66. Рабочая группа сочла содержание пункта 72 в целом приемлемым.

67. В связи с пунктом 73 была представлена редакционная поправка, заключающаяся в замене слов "будут обычно" в пункте 73 словом "могут". Кроме того, было предложено упростить перечисление соглашений, заключаемых между сторонами, указав вместо этого, что соглашения между торговыми партнерами известны также как соглашения о передаче сообщений, или коммуникационные соглашения.

68. В контексте обсуждения статьи 6 был поднят вопрос о том, как будут соотноситься со статьей 6 определения "составителя" и "посредника" в статье 2. Был приведен пример сообщения, направляемого от имени составителя агентом, который в этом случае будет считаться в соответствии с Типовым законом посредником. Если сообщение данных содержит электронную подпись посредника, то условия, которым должно удовлетворять сообщение данных, с тем чтобы считаться функциональным эквивалентом "письменного документа" в соответствии со статьей 6, выполнены не будут. Поэтому было предложено четко разъяснить в проекте руководства или в самом Типовом законе, что электронная подпись агента может рассматриваться как один из возможных путей идентификации составителя согласно статье 6. В ответ на это было указано, что посредник либо просто пересылает первоначальное сообщение, и в этом случае сообщение, как правило, будет иметь идентификационную метку составителя, либо направляет новое сообщение, в котором воспроизводит информацию, содержащуюся в первоначальном сообщении, и в этом случае посредника можно с полным основанием рассматривать как составителя второго сообщения. Было выражено мнение, что для внесения ясности в этот аспект Комиссии, возможно, необходимо пересмотреть определения "составителя" и "посредника".

69. Были высказаны различные предложения в отношении того, как разъяснить в проекте руководства связь между Типовым законом и правовыми аспектами агентских отношений. Согласно одному предложению, следует четко указать, что Типовой закон не подменяет собой принципы агентских отношений, которые могут использоваться для установления случаев, когда направление сообщения данных может связывать лицо, иное чем составитель. Другое предложение заключалось в разъяснении того, что выражение "от имени которого" в определении "составителя" должно касаться не правовых аспектов агентских отношений, а положения, когда составленное на компьютере сообщение содержит идентифицирующие символы составителя. Еще одно предложение заключалось во включении в проект руководства ряда примеров, иллюстрирующих различные возможные ситуации в связи с применением статьи 6 в случаях, в которых задействованы посредники и подготовленные на компьютере сообщения.

70. В качестве одного из возможных дополнительных вопросов, которые могли бы быть рассмотрены в контексте статьи 6, было предложено четко указать в проекте руководства, что простое подписание сообщения данных посредством

функционального эквивалента собственноручной подписи не должно само по себе придавать сообщению данных юридическую силу. Вопрос о том, имеет ли сообщение данных, отвечающее требованиям подписи, юридическую силу, должен решаться в соответствии с применимым правом за рамками Типового закона. Еще одно предложение заключалось в указании в проекте руководства, что возможное наличие соглашения между составителями и адресатами сообщений данных относительно используемого метода удостоверения подлинности не является убедительным доказательством надежности этого метода.

Статья 7. Подлинник (пункты 74-77)

71. Рабочая группа сочла содержание пунктов 74-77 в целом приемлемым. Были высказаны различные мнения и предложения в отношении возможных добавлений к нынешнему тексту.

72. Одно из мнений заключалось в том, что слова "норма права" в начале статьи 7 в проекте руководства, видимо, следует пояснить более развернуто, указав, что они включают не только статутное право, но также нормы, создаваемые судами, и другие процессуальные нормы. Другое мнение заключалось в том, что в некоторых странах общего права слова "нормы права" будут толковаться как относящиеся к нормам общего права, а не к положениям законов. В проекте руководства следует прямо указать, что слова "нормы права" охватывают эти самые разные источники права.

73. Было отмечено, что в проекте руководства следует более подробно пояснить значение термина "индоссамент" в пункте 2(a) статьи 7. Было указано, что термин "индоссамент" во многих странах в сфере оборотных документов имеет техническое значение, которое не следует путать со значением этого термина в контексте ЭДИ и соответствующих средств передачи данных.

74. Что касается слов "полный и неизменный" в пункте 2(a) статьи 7, то также было отмечено, что здесь необходимы дополнительные пояснения. В проекте руководства следует описать различные изменения, которые могут влиять на запись данных в обычном процессе передачи, и указать, например, что, когда сообщение прошло процесс подтверждения, то необязательно сохранять все элементы, соответствующие этому процессу. Было отмечено также, что в проекте руководства следует провести параллель между электронными сообщениями и подлинными бумажными документами. В случае бумажных документов информация относительно подтверждения или индоссаменты довольно часто добавляются в такие документы, при этом они все равно остаются подлинниками.

75. В отношении слов "с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме" в пункте 1(b) статьи 7 было предложено пояснить в проекте руководства, что это положение должно охватывать ситуацию, когда информация сначала была подготовлена в форме бумажного документа, а затем перенесена в компьютер. В такой ситуации пункт 1(b) статьи 7 следует толковать как требующий заверений того, что информация сохранялась в полном и неизменном виде с момента, когда она была составлена в форме бумажного документа, и в последующий период, а не только с момента, когда она была переведена в электронную форму. Другое предложение заключалось в том, чтобы проиллюстрировать в руководстве ситуацию, когда до подготовки окончательного сообщения было создано и сохранено несколько проектов. В такой ситуации было бы ошибочно считать, что пункт 1(b) статьи 7 требует заверения в отношении целостности проектов.

76. В отношении пункта 3 статьи 7 было выражено общее мнение, что в руководство следует включить положения по образцу пункта 65, предупреждающие законодателей о том, что цели Типового закона не будут достигнуты, если пункт 3 статьи 7 будет использоваться для установления общих исключений.

77. Что касается конкретных пунктов проекта руководства, то в пункт 75 было предложено добавить следующий текст:

"Примерами документов, которые могут требовать "подлинника", являются торговые документы, например сертификаты веса, сельскохозяйственные сертификаты, сертификаты качества/количества, отчеты об осмотрах, страховые свидетельства и т.д. Хотя такие документы не относятся к числу оборотных и не используются для передачи прав или титулов, крайне важно, чтобы они передавались в неизменном виде, т.е. в их "подлинной" форме, с тем чтобы другие участники международной торговли могли полагаться на их содержание. В сфере бумажных документов такие виды документов принимаются обычно только в том случае, если они являются "подлинниками", с тем чтобы уменьшить возможность внесения в них изменений, что было бы трудно обнаружить на копиях. Имеется целый ряд технических средств для удостоверения содержания сообщения данных в целях подтверждения его "подлинности". Без такого функционального эквивалента подлинности купля-продажа товаров с использованием ЭДИ была бы затруднена в связи с тем, что от эмитентов таких документов всякий раз требовалась бы повторная передача их сообщения данных при продаже товаров, или в дополнение к операциям ЭДИ стороны вынуждены были бы использовать бумажные документы".

78. Было предложено включить после пункта 77 отдельный пункт следующего содержания:

"В пункте 2(a) устанавливаются критерии оценки целостности, при этом из числа изменений исключение делается для необходимых добавлений к первоначальному (или "подлинному") сообщению данных, например индоссаментов, удостоверений, нотариальных заверений и т.д. До тех пор, пока содержание сообщения данных остается полным и неизменным, необходимые добавления к этому сообщению данных не будут влиять на его "подлинность". Так, когда в конце "подлинного" сообщения данных добавляется электронный сертификат для удостоверения "подлинности" этого сообщения данных или когда компьютерные системы автоматически добавляют данные в начале и в конце сообщения данных его передачи, такие добавления будут рассматриваться как если бы они были дополнительной бумажной

страницей к "подлинной" бумажной странице или как конверт и марка, используемые для пересылки этой "подлинной" бумажной страницы".

79. Были внесены различные предложения редакционного характера. Было предложено заменить в пункте 74 предложение, начинающееся словами "Кроме того, статья 7 является необходимой, поскольку ..." следующим текстом: "Хотя в некоторых государствах понятие "письменного документа", "подлинника" и "подписи" могут частично совпадать, в Типовом законе они рассматриваются как три самостоятельные понятия". В отношении пункта 75 было предложено заменить слова "не является первоочередной целью" словами "не является единственной целью". В пункте 76 было предложено либо исключить второе предложение, либо сформулировать его в активном залоге.

Статья 8. Допустимость и доказательственная сила сообщения данных (пункты 78-80)

80. Рабочая группа сочла содержание пунктов 78-79 в целом приемлемым. Было отмечено, что закрепленное в пункте 1(b) статьи 8 "правило о наилучшем доказательстве" известно не во всех странах общего права и что пункт 78 следует изменить, отразив такое положение.

81. Были высказаны сомнения в необходимости пункта 80. Было отмечено, что в пункте 3 статьи 8 достаточно четко говорится о том, что в случае, если обычай или практика требуют наличия подлинника, документ не будет иметь меньшую доказательственную силу лишь в силу того, что он имеет форму записи данных. Что касается второго предложения пункта 80, то было отмечено, что хотя стороны могут устанавливать в контрактах требование о представлении подлинника, доказательственная сила такого подлинника урегулирована в статье 7, а не в пункте 3 статьи 8. После обсуждения Рабочая группа решила исключить пункт 80.

Статья 9. Хранение сообщений данных (пункты 81-84)

82. Рабочая группа сочла содержание пунктов 81-82 в целом приемлемым. В редакционном плане было предложено в пункте 81 слова "дополнительных норм для" заменить словами "правил, дополняющих" и исключить в пункте 82 слово "просто".

83. В отношении пункта 83 был высказан ряд предложений. Одно из них заключалось в том, чтобы пояснить, что для прочтения информации может оказаться необходимым ее расшифровать, скомпрессировать или декомпрессировать. Другое предложение заключалось в том, чтобы уточнить, что пункт 1(c) статьи 9 не следует понимать как возлагающий обязательство сохранять сопроводительную информацию в дополнение к информации, содержащейся в сообщении данных, когда оно было составлено, сохранено или передано. Третье предложение сводилось к тому, чтобы пояснить, что подтверждение получения сообщения данных представляет собой отдельное сообщение, которое можно не сохранять. В отношении пункта 2 статьи 9, который предусматривает, что сопроводительную информацию, которая не требуется для идентификации сообщения данных (например, протоколы передачи), можно не сохранять, было предложено дать более развернутые пояснения.

84. В отношении пункта 84 было предложено изменить его, с тем чтобы он гласил следующее: "На практике хранение информации, и особенно хранение сопроводительной информации, может часто осуществляться не составителем или адресатом, а каким-то другим лицом, например, посредником. Тем не менее предполагается, что лицо, на которое возложено обязательство сохранять определенную сопроводительную информацию, не может не выполнять этого обязательства лишь в силу того, что, например, коммуникационные системы, которые использует это другое лицо, не сохраняют требуемой информации. Это положение направлено на то, чтобы пресечь нечестную практику или умышленные проступки. Пункт 3 предусматривает, что при выполнении своих обязательств согласно пункту 1 адресат или составитель могут пользоваться услугами любого третьего лица, а не только посредника".

ГЛАВА III. ПЕРЕДАЧА СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ

Статья 10. Изменение по договоренности (пункты 85-86)

85. Рабочая группа сочла содержание пунктов 85-86 в целом приемлемым. Было предложено более четко пояснить в проекте руководства, что положения главы II могут быть изменены либо на основе двусторонних или многосторонних соглашений между сторонами, либо на основе согласованных между сторонами системных норм.

Статья 11. Атрибуция сообщений данных (пункты 87-92)

86. Обсуждение было посвящено содержанию статьи 11. Были высказаны сомнения относительно целесообразности этой статьи. В ответ на это было отмечено, что пункт 1 статьи 11 содержит полезное напоминание принципов правовых норм о представительстве, существующих за рамками Типового закона. В этом отношении в пунктах 87-88 проекта руководства следует напомнить о статье 5 Типового закона ЮНСИТРАП о международных кредитовых переводах, на основе которой была составлена статья 11. Было отмечено также, что в проекте руководства следует уточнить, что пункт 1 статьи 11 не подменяет норм национального права о представительстве. Что касается пункта 2 статьи 11, то было предложено изменить последнее предложение пункта 89, с тем чтобы уточнить, может быть с помощью примера, что в отношении адресата действует презумпция того, что полученное сообщение является сообщением составителя в случае, если адресат может доказать, что он выполнил согласованную процедуру удостоверения подлинности. Причина применения этой презумпции

заключается и не в том, что процедура носит разумный характер, и не в том, что существует возможность того, что по вине составителя кто-то посторонний узнал способ удостоверения подлинности сообщения данных. Другое предложение заключалось в том, чтобы подробнее пояснить пункт 3 статьи 11. В редакционном плане было предложено исключить из пункта 90 последнее предложение.

87. Было высказано мнение, что недостатком пункта 4 статьи 11 является то, что в нем предусматривается оспоримая презумпция, в соответствии с которой содержанием сообщения считается содержание, полученное адресатом, т.е. презумпция, основанная на определении того, что ошибка в содержании или ошибочное воспроизведение сообщения фактически существуют. В этой связи было предложено отложить разработку пункта 4 статьи 11 до тех пор, пока Комиссия не получит возможность рассмотреть его в окончательном виде. Однако большинство высказалось за то, что любое пояснение в руководстве пункта 4 статьи 11 может быть полезно для будущей работы Комиссии. В этой связи было предложено пояснить в проекте руководства, что пункт 4 статьи 11 касается двух разных ситуаций: ошибки в содержании сообщения данных и ошибочного воспроизведения сообщения данных. Например, в проекте руководства следует уточнить, что а) обе ситуации могут быть результатом ошибки лица, составляющего сообщение, или ошибки, допущенной при передаче; б) что в случае ошибочного воспроизведения сообщения данных вопрос о том, какое сообщение является правильным, будет решаться в зависимости от контекста; в) что не имеет значения, является ли ошибка воспроизведения результатом чьей-либо вины, поскольку сама ситуация регулируется презумпцией; и д) что изъятия из этой презумпции зависят от того, знал или должен ли был знать адресат об ошибке или ошибочном воспроизведении сообщения.

88. Кроме того, было отмечено, что в руководстве следует пояснить задачу и цель статьи 11, обратившись к одному из главных вопросов, возникающих при использовании электронной передачи данных, а именно вопросу о том, кто несет риск ошибочных сообщений. Для достижения этого результата было предложено включить в руководство формулировку следующего содержания: "Данная статья устанавливает ответственность за ошибочные или несанкционированные сообщения данных. Однако последствия таких сообщений данных должны определяться на основе применимого права. Если рассматривать эту статью отдельно, то она может показаться несколько неполной, однако в сочетании с применимым правом ее использование приобретает более четкие очертания. Например, когда считается, что сообщение данных является сообщением составителя, применимое право устанавливает последствия такой презумпции. Хотя в большинстве правовых систем презумпции устанавливаются довольно просто, новые процедуры электронной торговли создали бы путаницу, если бы была предпринята попытка приравнять их к существующим видам использования. Данная статья устраняет этот пробел".

89. В связи с предлагаемой формулировкой было высказано несколько замечаний. Одно замечание заключалось в том, что предлагаемая формулировка является неточной, поскольку статья 11 устанавливает ответственность не только за ошибочные сообщения, но за все сообщения. Другое замечание состояло в том, что предлагаемая формулировка устанавливает новую функцию для статьи 11, которую она не должна была выполнять. Было отмечено, что цель статьи 11 заключается не в установлении ответственности. Она посвящена атрибуции сообщений данных путем установления презумпции того, что при определенных обстоятельствах сообщение данных будет считаться сообщением составителя, и далее устанавливается предел действия этой презумпции для случая, когда адресат знал или должен был знать, что сообщение данных не было сообщением составителя. Было отмечено также, что первое предложение пункта 91 проекта руководства сформулировано неверно, поскольку в пункте 4 статьи 11 говорится только о презумпции в отношении содержания сообщения. Было выражено общее мнение, что Комиссии, вероятно, потребуется рассмотреть этот вопрос при пересмотре Типового закона.

Статья 12. Подтверждение получения (пункты 93-96)

90. С самого начала было предложено включить в проект руководства дополнительную информацию относительно того, зачем в Типовом законе потребовалось положение о подтверждении получения. Было предложено также, чтобы дополнительный пункт содержал: а) описание использования подтверждений получения в контексте ЭДИ; б) перечисление способов, с помощью которых может быть востребовано подтверждение получения, например в соглашениях об обмене данными или в отдельных сообщениях данных; и в) сравнение между использованием подтверждений в контексте ЭДИ и параллельным использованием подтверждения получения в контексте бумажных сообщений, особенно в рамках системы, известной в почтовом деле как "требуется подтверждение получения". Было выражено общее мнение, что в проекте руководства следует кратко упомянуть различные имеющиеся процедуры под общей рубрикой "подтверждение": от простого подтверждения получения некоего сообщения до выражения согласия с содержанием конкретного сообщения данных. В этой связи было предложено уточнить в проекте руководства, что положение, содержащееся в пункте 5 статьи 12, соответствует определенному виду подтверждения, например сообщению ЭДИФАКТ, устанавливающему, что полученное сообщение данных является синтаксически верным. Было предложено также отметить в проекте руководства, что разнообразие процедур подтверждения предполагает наличие разных связанных с ними расходов.

91. В отношении пункта 93 было выражено общее мнение, что содержащееся в последнем предложении пояснение следует еще более развернуть. Необходимо уточнить, что статья 12 не касается правовых последствий, которые могут возникнуть в связи с посылкой подтверждения получения, помимо установления факта получения сообщения данных. Было предложено включить в проект руководства следующий пример: когда составитель направил в сообщении данных оферту и просил подтвердить получение, подтверждение получения свидетельствует лишь о том, что оферта была получена. Вопрос же о том, можно ли считать направление этого подтверждения акцептом оферты, регулируется не Типовым законом, а договорным правом за рамками Типового закона.

92. Было высказано мнение, что в проекте руководства следует указать, что процедура, описанная в пункте 4 статьи 12, применяется сугубо по усмотрению составителя. Было предложено включить в проект руководства следующий пример: когда составитель направил сообщение данных, которое в соответствии с соглашением между сторонами должно быть получено к определенному сроку, и просил подтвердить его получение, адресат не может устранить правовую значимость этого сообщения, если он просто не направит требуемое подтверждение.

Статья 13. Составление и действительность контрактов (пункты 97-100)

93. Рабочая группа сочла содержание пунктов 97-100 в целом приемлемым. Было предложено подчеркнуть в пункте 97 проекта руководства необходимость положения о составлении контрактов в Типовом законе. Необходимость в таком положении обуславливается тем, что во многих странах могут существовать сомнения в отношении действительности контрактов, заключенных с использованием компьютера, поскольку сообщения данных, содержащие оферту и акцепт, могут составляться компьютерами без непосредственного вмешательства человека, в связи с чем возникают сомнения в отношении волеизъявления сторон. Другая причина такой неопределенности связана с самим способом передачи данных и является результатом отсутствия бумажного документа. В редакционном плане было предложено заменить в пункте 98 слова "вновь закрепляется" словом "усиливается".

Статья 14. Время и место отправки и получения сообщений данных (пункты 101-107)

94. Было высказано общее мнение, что в проекте руководства следует подробнее разъяснить причины, по которым в Типовой закон была включена статья 14. Статья 14 была включена в знак признания того, что для применения многих существующих норм права важное значение имеет установление времени и места получения информации. Использование электронных методов связи затрудняет установление этих атрибутов. Нередко возникает положение, когда пользователи ЭДИ и соответствующих средств передачи данных осуществляют передачу данных из одного государства в другое, не зная местонахождения информационных систем, через которые осуществляется эта передача. Кроме того, местонахождение некоторых коммуникационных систем может меняться без ведома обеих сторон. Соответственно, задача Типового закона заключалась в том, чтобы отразить, что местонахождение информационных систем не имеет значения, и установить более объективный критерий, а именно место осуществления сторонами предпринимательской деятельности. В этой связи было предложено четко указать в проекте руководства, что статья 14 не предполагает установления нормы коллизионного права.

95. Было предложено четко указать в проекте руководства, что в контексте Типового закона под "отправкой" имеется в виду начало электронной передачи сообщения данных. Рабочая группа пришла к общему мнению, что такое пояснение будет уместным, поскольку термин "отправка" в большинстве правовых систем уже имеет закрепленное значение. Было решено четко указать в проекте руководства, что правило, касающееся отправки сообщений, должно дополнять национальные нормы, регулирующие отправку сообщений, а не подменять их.

96. Было высказано мнение, что в проекте руководства полезно было бы, возможно, разъяснить, должна ли отправка в соответствии с пунктом 1 статьи 14 толковаться как происходящая "лишь"; "не позднее, чем"; или "среди прочих возможностей" в момент, когда сообщение данных поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля составителя. Было указано, что ввиду возможных задержек с передачей сообщения составитель должен иметь возможность доказать, что сообщение было направлено, даже в том случае, если оно не поступило в информационную систему адресата. Кроме того, для составителя может оказаться невозможным доказать время, когда сообщение данных поступило в информационную систему, находящуюся вне его контроля. Большинство придерживалось мнения, что в Типовом законе нет необходимости предусматривать такой вариант, поскольку основное внимание в пункте 1 статьи 14 уделяется сообщениям данных, выходящим из-под контроля составителя. Кроме того, контрольные следы обычно позволяют установить время, когда данное сообщение поступило в какую-либо компьютерную систему. Рабочая группа согласилась с тем, что статья 14 должна охватывать лишь ситуации, когда данные передаются в электронной форме. Если передача предполагает использование других средств передачи, например, доставку дискет курьером, может потребоваться применить другое правило. Было предложено продолжить обсуждение этого вопроса в Комиссии на этапе рассмотрения статьи 14. Было отмечено, что статья 14 применяется, если стороны не договорились об ином. Было предложено включить в проект руководства соответствующую рекомендацию сторонам заключать такие соглашения, особенно в случае использования смешанных методов передачи.

97. Что касается понятия "указанная информационная система", то было высказано общее мнение включить в проект руководства более подробное разъяснение. Например, простое наличие адреса электронной почты или номера факса на бланке или ином документе не должно рассматриваться как прямое указание одной или нескольких информационных систем. Под "указанной информационной системой" в Типовом законе понимается система, которая была конкретно указана стороной, например, в случае, когда в оферте прямо указывается адрес, по которому должен быть направлен акцепт.

98. В связи с пунктом 5 статьи 14 было высказано общее мнение, что в проекте руководства следует четко указать, что ничто не препятствует применению положений Типового закона для определения места получения или отправки для целей какого-либо административного законодательства, уголовного законодательства или законодательства о защите данных. В проекте руководства следует отметить, что сам по себе пункт 5 статьи 14 не относится к таким областям права.

99. Был высказан ряд предложений редакционного характера. Заменить слова "If dispatch occurs where" во втором предложении пункта 101 словами "If dispatch occurs when". Сформулировать последнее предложение пункта 102 следующим образом: "В подобной ситуации моментом получения считается момент, когда сообщение данных найдено адресатом". В

пункте 103 заменить формулировку "имеются возможности для использования" словами "имеются возможности для прочтения или использования". В пункте 105 слова "и чтобы, напротив," следует заменить союзом "и". В пункте 107 заменить указание "presumed place of receipt" выражением "deemed place of receipt". В третьем предложении этого пункта слово "презумпция" следует заменить словами "неопровержимая презумпция". В четвертом предложении заменить выражение "проведение различия между местом получения сообщения данных и местом, которого сообщение данных достигло в момент его получения" словами "введение понятия предполагаемого места получения в отличие от места, которого это сообщение данных фактически достигло".

III. БУДУЩАЯ РАБОТА

A. Включение путем ссылки

100. Рабочей группе были представлены два предложения по проекту положения о включении путем ссылки: одно - наблюдателя от Международной торговой палаты (A/CN.9/WG.IV/WP.65) и второе - Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (A/CN.9/WG.IV/WP.66).

101. Рабочая группа провела общее обсуждение вопроса о том, следует ли рассматривать проблему включения путем ссылки в Типовом законе о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных. Было высказано мнение, что такое положение включить в Типовой закон необходимо, с тем чтобы устранить существующую во многих правовых системах неопределенность в плане того, могут ли такие условия, как положения соглашений между торговыми партнерами или возможные условия ЭДИ, которые будут разработаны наподобие ИНКОТЕРМС, включаться в сообщения данных путем простой ссылки. В поддержку этого мнения было отмечено, что включение путем ссылки для ЭДИ имеет особое значение ввиду необходимости делать сообщения краткими по причинам экономии и использования кодов по причинам машинной обработки. Что касается возможной связи между тем видом положения, которое предложено для включения в Типовой закон, и действующим договорным правом, то было отмечено, что положение Типового закона не должно коллизировать с применимым договорным правом. В этой связи было предложено, чтобы дополнительное положение касалось только вопроса о том, должны ли условия включаться, и не касалось вопроса о том, должны ли включенные условия быть юридически обязательными. Предлагаемое положение, которое, как было отмечено, соответствует функционально-эквивалентному подходу, принятому Рабочей группой при подготовке Типового закона, будет направлено на распространение применения норм о включении путем ссылки, существующих в сфере бумажных документов, на сферу электронного обмена.

102. Вместе с тем большинство придерживалось мнения, что этот вопрос недостаточно глубоко проработан для его включения в Типовой закон и требует дальнейшего изучения. Было указано, что оба предложения, представленные Рабочей группе, нуждаются в дальнейшей доработке по целому ряду вопросов, таких, как какого рода условия предполагается включать и при каких обстоятельствах. Кроме того, как было указано, может создаться впечатление, что оба эти предложения противоречат общим нормам договорного права. В дополнение к этому было указано, что вопрос включения посредством ссылки в условиях применения электронных сообщений нет необходимости рассматривать в Типовом законе, поскольку с ним связаны по сути те же проблемы, что и с вопросом включения посредством ссылки в условиях применения бумажных документов, которые регулируются общим договорным правом. Наконец, было отмечено, что положение, определяющее разницу между включением посредством ссылки с применением бумажных документов и включением посредством ссылки с применением сообщений ЭДИ, противоречило бы подходу, которого до сих пор придерживалась Рабочая группа и который направлен на обеспечение равного режима вне зависимости от носителя информации.

103. Затем Рабочая группа перешла к обсуждению формы, в которой могла бы вестись будущая работа над вопросом включения посредством ссылки. Одно из мнений заключалось в том, чтобы выделить вопрос включения посредством ссылки в отдельную будущую тему. Это мнение не получило достаточной поддержки. В целом было сочтено, что вопрос включения посредством ссылки не связан со столь широким кругом проблем, что это могло бы служить основанием для его рассмотрения в ходе будущей деятельности в качестве отдельной темы. Согласно другому мнению, этот вопрос следует рассмотреть в рамках будущей работы по вопросу об обрабатываемости прав на товары. Хотя это мнение получило значительную поддержку, было высказано опасение, что было бы, возможно, неправильно ограничивать сферу возможных положений о включении посредством ссылки областью товарораспорядительных документов. После обсуждения Рабочая группа постановила отразить ход обсуждения вопроса включения посредством ссылки в проекте руководства по принятию Типового закона. Было решено, что вопрос включения посредством ссылки, по всей видимости, нуждается в дальнейшем изучении в ходе будущей работы (см. пункт 117 ниже).

104. Было указано, что в дополнение к изложению описанного выше хода обсуждения руководство по принятию Типового закона могло бы включать дополнительную информацию по ряду моментов. Один из таких моментов заключается в том, что среди юристов-практиков широко распространено мнение, что вопрос включения посредством ссылки в условиях ЭДИ носит более сложный характер, чем в условиях использования бумажных документов, например в силу большего числа сообщений, посылаемых в этой связи, а также вследствие того, что характер условий, включаемых посредством ссылки, возможно, труднее определить, если они существуют в форме сообщений данных. Кроме того, юристы-практики испытывают потребность в конкретных положениях, которые регулировали бы включение посредством ссылки в условиях использования электронных сообщений. Другой момент заключается в том, что ввиду большого числа сообщений данных, задействованных при установлении конкретных договорных отношений посредством ЭДИ, в контексте электронных сообщений особенно вероятно возникновение проблемы, известной как "война форм". Еще один момент заключается в том, что предметом

включения посредством ссылки в условиях электронного обмена сообщениями могут быть не только условия контракта, но и коды, используемые в качестве аббревиатур в сообщениях данных.

105. Что касается раздела руководства по принятию Типового закона, в котором мог бы рассматриваться вопрос включения посредством ссылки, то в этой связи был высказан ряд мнений. Одно мнение заключалось в том, что этот вопрос можно было бы обсудить в контексте статьи 4, цель которой заключается в обеспечении равного режима в отношении ЭДИ и сообщений в бумажной форме в соответствии со всеми применимыми нормами права, выходящими за рамки Типового закона, включая существующие нормы о включении посредством ссылки. Согласно другому мнению, этот вопрос можно было бы рассмотреть в руководстве в контексте обсуждения статьи 13.

В. Обращаемость прав на товары

106. На рассмотрении Рабочей группы находилось две короткие записки, посвященные рассмотрению вопросов обращаемости и передаваемости прав на товары в контексте ЭДИ, одна из которых была представлена Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии (A/CN.9/WG.IV/WP.66), а другая - Соединенными Штатами Америки (A/CN.9/WG.IV/WP.67).

107. Было отмечено, что к числу функций коносаментов, которые могут быть затронуты использованием сообщений ЭДИ, относятся следующие: а) расписка в получении груза перевозчиком; б) доказательство договора о перевозке с указанием его общих условий и конкретной информации о судне, портах погрузки и выгрузки, а также характере, количестве и состоянии груза; и с) документ, дающий держателю ряд прав, включая право требовать и получать груз в порту выгрузки и право распоряжаться грузом в пути.

108. Первые две функции легко выполнимы с помощью ЭДИ, поскольку расписка в получении груза и информация о договоре перевозки могут передаваться посредством сообщений данных, таких, как сообщения ЭДИФАКТ. Однако третья функция (как товарораспорядительный документ) вызывает в контексте ЭДИ трудности, поскольку в отсутствие единого бумажного документа трудно установить личность эксклюзивного держателя этого документа, которому перевозчик мог бы сдать груз, не опасаясь при этом предъявления какой-либо другой стороной иска за неправильную доставку. В этой связи Рабочая группа отметила, что одна из главных проблем применительно к использованию коносаментов в форме ЭДИ заключается в том, как гарантировать единичный, или уникальный характер сообщения, на основании которого перевозчик сдал бы груз. Хотя любое сообщение данных можно, вероятно, сделать уникальным благодаря применению системы шифровки, нельзя исключать возможность того, что данное сообщение может быть мошеннически или ошибочно продублировано. Рабочая группа отметила, что решение этой проблемы, по-видимому, следует искать в области повышения безопасности передачи, фиксации времени передачи или использования аналогичных методов или на базе создания регистрационного центра, в котором держатель мог бы зарегистрировать свои права.

109. Рабочая группа также отметила, что работа в области обращаемости и передаваемости товарораспорядительных документов с использованием средств ЭДИ могла бы включать подготовку предварительного перечня областей коммерческой практики, которые предполагается охватить, признание юридической силы соглашений об обращаемости и передаваемости прав на товары посредством ЭДИ, установление критериев для сторон, которые становятся держателями прав на товары в результате надлежащего процесса передачи или которые впоследствии переуступают такие права посредством ЭДИ, определение результатов обращаемости товарораспорядительных документов посредством ЭДИ, установление диспозитивных норм распределения риска и электронные регистры. В связи с вопросом электронных регистров было отмечено, что они могут быть правительственными, центральными и частными. Цель, доступ, администратор, издержки, страхование, распределение риска и надежность могут варьироваться в зависимости от характера регистра.

110. Рабочая группа провела общее обсуждение в целях определения возможных рамок будущей работы и вопросов, которые можно было бы рассмотреть. В связи с рамками будущей работы поступило предложение включить в программу работы товарораспорядительные документы, используемые при смешанных перевозках, поскольку они, по сути, выполняют такие же функции и сопряжены с такими же проблемами. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы при рассмотрении вопроса о транспортных товарораспорядительных документах в целом особое внимание уделить морским коносаментам, поскольку морские перевозки - это та область, в которой преимущественно используются ЭДИ и в которой настоятельно необходимо обеспечить унификацию права, с тем чтобы устранить существующие препятствия и открыть возможности для развития этой практики.

111. В поддержку этого предложения было указано, что в настоящее время использование сообщений в форме ЭДИ ограничивается обменом информационными сообщениями на североатлантических морских путях и не может развиваться без поддержки со стороны правового режима, который обеспечивал бы юридическую силу и определенность режима транспортных документов в электронной форме. Например, было указано на необходимость облегчения получения груза в порту выгрузки без предъявления коносамента в бумажной форме, что зачастую является необходимым в силу целого ряда причин. Одна из причин заключается в том, что груз может достичь порта выгрузки раньше, чем документы, необходимые для его получения. Другая причина заключается в том, что нередко покупателю необходимо получить и продать груз, чтобы оплатить его цену и стоимость перевозки. Кроме того, было указано на необходимость устранения правовой неопределенности в вопросе о том, кто несет риск несоответствия груза его описанию в момент выгрузки. Было отмечено, что описание груза обычно представляется грузоотправителем и что в коносаменте содержится оговорка о том, что описание составлено грузоотправителем; такие оговорки не всегда имеют юридическую силу. Кроме того, было указано, что

необходимо установить функциональный эквивалент, воспроизводящий уникальный характер коносамента в бумажной форме, что является необходимым условием выполнения им функции товарораспорядительного документа.

112. Другие предложения заключались в том, чтобы охватить все товарораспорядительные документы на осязаемые товары (например, складские свидетельства), или все товарораспорядительные документы на осязаемые и неосязаемые товары, или все оборотные (или даже необоротные) документы. В качестве возражения на эти предложения было отмечено, что охват такого широкого круга документов усложнил бы работу, поскольку эти документы имеют разные функции, что потребует разработки конкретных норм.

113. После обсуждения было решено, что будущая работа будет посвящена транспортным документам в форме ЭДИ, при этом особое внимание будет уделяться электронным морским коносаментам и возможности их использования в контексте существующего национального или международного законодательства в области морского транспорта. После разработки свода правил по морским коносаментам Рабочая группа могла бы изучить вопрос о том, могут ли проблемы, связанные со смешанными перевозками, регулироваться тем же сводом правил или же для этого необходимы особые правила.

114. Затем Рабочая группа перешла к обсуждению возможных вопросов, которые могли бы рассматриваться в контексте будущей работы над морскими коносаментами. Был отмечен ряд вопросов. Один из них заключался в обеспечении уникальности электронных коносаментов, которые позволили бы их "держателю" распоряжаться перевозимым грузом с помощью электронных средств, защищая при этом перевозчика от риска неправильной доставки. Был предложен целый ряд возможных путей урегулирования этого вопроса, включая личные ключи, которые должны использоваться при передаче между сторонами, электронные сертификаты, "интеллектуальные карточки" и регистры. В отношении регистров было отмечено, что необходимо разработать правовой режим, регулирующий эти вопросы, например, предмет регистрации, стороны, которые могут регистрировать, стороны, которые будут иметь доступ к регистру и в отношении которых регистрация может иметь последствия, конфиденциальность, точность и полнота зарегистрированной информации, ответственность за ошибки и последствия для третьих сторон.

115. Другим вопросом является определение держателя в среде ЭДИ. Было отмечено, что в контексте бумажных документов держатель определяется как физический обладатель бумажного коносамента и обеспечивается защитой против добросовестного приобретения третьими сторонами прав на товары, поскольку обладание коносаментам выполняет функцию уведомления в отношении третьих лиц. В среде ЭДИ, где владение невозможно, держатель может быть защищен с помощью других средств (например, регистрации, использования паролей для ограниченного и общего доступа) или может быть вообще незащищен. Другой вопрос касается прав и обязанностей держателя или эмитента транспортных документов в форме ЭДИ (например, права держателя давать инструкции в ходе перевозки и обязательство эмитента получать и исполнять такие инструкции). Было отмечено, что в среде бумажных документов в основе прав держателя лежат три принципа: 1) коносамент является неоспоримым доказательством титула на товары лишь после индоссамента (правило о неоспоримом доказательстве); 2) единственным лицом, которое может требовать получения груза в пункте выгрузки, является индоссат; и 3) только индоссат имеет право давать перевозчику указания изменить контракт или произвести другой индоссат. В этом отношении было отмечено, что обращаемость необходимо изучить в контексте торгового права, правовых норм о безопасности и транспортного права. Было пояснено, что имуществом невозможно будет воспользоваться, если оно будет приобретено согласно торговому праву, однако фактически утрачено согласно транспортному праву, поскольку невозможно будет реализовать право на наложение ареста или установление контроля.

116. Кроме того, было отмечено, что держатель мог бы обладать правом владения товаром, правом собственности на товары или правом на получение товаров в связи с контрактом купли-продажи. Было пояснено, что с точки зрения перевозчика наиболее важный вопрос заключается в том, в чьих руках находится товарораспорядительный документ, иными словами, кому перевозчик должен доставить товары. Еще один вопрос заключается в распределении ответственности между грузоотправителем, перевозчиком, грузополучателем и, возможно, регистром.

117. Было предложено также изучить следующие вопросы: последствия передачи транспортных документов ЭДИ для третьих сторон (например, когда передача имеет последствия для перевозчика, третьих сторон в цепочке индоссаментов, третьих сторон не указанных в коносаментах в форме ЭДИ); права правомерного держателя в случае неправомерной передачи товаров и права индоссата в случае, если окажется, что его титул содержит пороки (в зависимости от прав других лиц); своевременность передачи в среде ЭДИ; относительный приоритет между несколькими претендентами на один и тот же груз; своевременность сообщений (например, некоторые сообщения, относящиеся к преддоговорным условиям, могут создавать права и обязанности); включение посредством ссылки; вопросы безопасности (принципы идентификации, удостоверения подлинности, целостности, неотказа), направленные на стимулирование обращаемости в среде открытого ЭДИ. Было отмечено, что вопросы безопасности следует рассматривать в контексте широкого круга вопросов, касающихся обращаемости. В связи с обсуждением вопросов безопасности, в частности использования шифров, Рабочая группа решила, что возможная будущая работа ЮНСИТРАП не должна затрагивать императивных норм национальных законодательств, принятых по соображениям публичного порядка в некоторых государствах в целях ограничения использования шифров или экспорта способов шифрования.

118. После обсуждения Рабочая группа попросила Секретариат подготовить справочное исследование по обращаемости и передаваемости транспортных документов в форме ЭДИ, уделив особое внимание морским транспортным документам в форме ЭДИ, с учетом высказанных мнений и внесенных предложений в отношении сферы будущей работы и вопросов, которые она могла бы рассмотреть. Был также предложен ряд вопросов для включения в это исследование, в том числе доклад о потенциальных проблемах в связи с использованием ЭДИ в морских перевозках в соответствии с существующими

международными документами и доклад о работе, проделанной другими организациями в смежных областях. В этой связи было выражено мнение, что проделанная в рамках Международного морского комитета (ММК) работа, или проект "БОПЕРО" ("Коносамент для Европы"), направлена на содействие использованию транспортных документов в форме ЭДИ, однако в целом не касается правовых последствий использования транспортных документов в форме ЭДИ. Было отмечено, что особое внимание следует уделить исследованию того, каким образом будущая работа ЮНСИТРАП может обеспечить правовую поддержку новых методов, которые разрабатываются в области электронной передачи прав.

D. Рабочие документы, представленные Рабочей группе по электронному обмену данными на ее двадцать девятой сессии

1. Проект руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАП о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных: записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.64) [Подлинный текст на английском языке]

1. В ходе разработки проекта типового закона ЮНСИТРАП о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных (далее упоминаемого как "Типовой закон") Рабочая группа по электронному обмену данными отметила, что было бы полезным представить в комментарии дополнительную информацию, касающуюся Типового закона. В частности, на двадцать восьмой сессии Рабочей группы, в ходе которой была завершена разработка текста проекта типового закона для его представления Комиссии, общую поддержку получило предложение о том, чтобы проект типового закона сопровождался руководством, призванным помочь государствам в принятии и применении данного проекта типового закона. Такое руководство, большая часть которого может быть взята из материалов о процессе подготовки проекта типового закона, будет также полезным для пользователей ЭДИ и ученых, занимающихся вопросами ЭДИ. Рабочая группа отметила, что в ходе своей работы на данной сессии она исходила из предположения о том, что проект типового закона будет сопровождаться соответствующим руководством. Например, в отношении ряда вопросов Рабочая группа решила отказаться от их урегулирования в проекте типового закона, но рассмотреть их в руководстве, с тем чтобы государства могли им воспользоваться при принятии проекта типового закона. В отношении сроков и методов подготовки руководства Рабочая группа решила, что секретариат должен подготовить соответствующий проект и представить его на рассмотрение Рабочей группы на ее двадцать девятой сессии (A/CN.9/406, пункт 177).

2. Рабочая группа не приняла какого-либо решения в отношении конкретной структуры руководства, которое должно было быть подготовлено секретариатом. Предполагается, что такое руководство могло бы выполнять три возможных функции, т.е. им могли бы воспользоваться законодательные органы, рассматривающие вопрос о принятии Типового закона, государственные органы и пользователи ЭДИ, применяющие Типовой закон, и суды, дающие толкование положений Типового закона. Можно отметить, что содержание такого руководства может разниться в зависимости от его основной функции. Секретариат исходил из того понимания, что, по крайней мере на первоначальном этапе, первостепенное внимание следует уделить функции, предусматривающей обеспечение руководства для законодательных органов. В приложении к настоящей записке содержится проект руководства, подготовленный секретариатом.

Приложение

Проект руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАП о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
ИСТОРИЯ РАЗРАБОТКИ И ЦЕЛЬ ТИПОВОГО ЗАКОНА	1-26
А. История разработки Типового закона	1-21
В. Цель Типового закона	22-26
I. ВВЕДЕНИЕ К ТИПОВОМУ ЗАКОНУ	27-43
А. Цели	27-29
В. Сфера действия	30-33
С. "Рамочный" закон, дополняемый техническими подзаконными актами	34-35
D. "Функционально-эквивалентный подход"	36-39
E. Диспозитивные и императивные нормы	40-41
F. Помощь со стороны секретариата ЮНСИТРАП	42-43
II. КОММЕНТАРИИ К СТАТЬЯМ ТИПОВОГО ЗАКОНА	44-107
ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	44-58
Статья 1. Сфера применения	44-49
Статья 2. Определение	50-55
Статья 3. Толкование	56-58
ГЛАВА II. ПРИМЕНЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ТРЕБОВАНИЙ В ОТНОШЕНИИ СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ	59-84
Статья 4. Признание юридической силы сообщений данных	59
Статья 5. Письменная форма	60-65
Статья 6. Подпись	66-73
Статья 7. Подлинник	74-77
Статья 8. Допустимость и доказательственная сила сообщения данных	78-80
Статья 9. Хранение сообщений данных	81-84
ГЛАВА III. ПЕРЕДАЧА СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ	85-107
Статья 10. Изменение по договоренности	85-86
Статья 11. Атрибуция сообщений данных	87-92
Статья 12. Подтверждение получения	93-96
Статья 13. Составление и действительность контрактов	97-100
Статья 14. Время и место отправки и получения сообщения данных	101-107

ИСТОРИЯ РАЗРАБОТКИ И ЦЕЛЬ ТИПОВОГО ЗАКОНА

А. История разработки Типового закона

1. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАП) является органом Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, учрежденным с целью содействовать согласованию и унификации права международной торговли, с тем чтобы устранить ненужные препятствия для международной торговли, обусловленные неадекватностью и различиями в законодательстве, регулирующем торговлю. За последнюю четверть века ЮНСИТРАП, в состав

*Можно отметить, что текст проекта руководства составлен с учетом текста проекта типового закона, принятого Рабочей группой по завершении ее двадцать восьмой сессии и изложенного в приложении к докладу о работе этой сессии (A/CN.9/406). После завершения Комиссией своего обзора и принятия ею Типового закона секретариат намерен завершить разработку текста Руководства с учетом хода работы и решений, принятых Комиссией. Для удобства читателя, возможно, было бы предпочтительным опубликовать текст Типового закона вместе с текстом Руководства. Это не было сделано в настоящем документе с учетом того обстоятельства, что Рабочая группа располагает текстом проекта типового закона, содержащимся в приложении к документу A/CN.9/406.

которой входят государства из всех регионов, находящиеся на различных уровнях экономического развития, осуществляла свой мандат путем разработки международных конвенций (Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров, Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов 1978 года ("Гамбургские правила"), Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле и Конвенция Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях), типовых законов (типовые законы ЮНСИТРАП о международном торговом арбитраже, о международных кредитовых переводах) и о закупках товаров (работ) и услуг Арбитражного регламента ЮНСИТРАП, Согласительного регламента ЮНСИТРАП и правовых руководств (по составлению контрактов на строительство, встречным торговым сделкам и электронному переводу средств).

2. Типовой закон ЮНСИТРАП о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных (далее упоминаемый как "Типовой закон"), принятый ЮНСИТРАП в 1995 году, был разработан в ответ на серьезные изменения в средствах, с помощью которых торговые партнеры обмениваются между собой данными. Типовой закон призван служить странам в качестве образца, опираясь на который они могли бы оценить и обновить определенные аспекты своих законов и практики в области передачи данных с использованием компьютеризованных или иных современных методов, а также принять соответствующее законодательство в тех областях, в которых в настоящее время его не существует. Текст Типового закона излагается в приложении II к докладу ЮНСИТРАП о работе ее двадцать восьмой сессии¹.

3. На своей семнадцатой сессии (1984 год) Комиссия рассмотрела доклад Генерального секретаря, озаглавленный "Правовые аспекты автоматической обработки данных" (A/CN.9/254), в котором определялись некоторые правовые проблемы, связанные с юридической ценностью записей ЭВМ, требованием письменной формы, удостоверением подлинности, общими условиями, ответственностью и коносаментами. Комиссия приняла к сведению доклад Рабочей группы по упрощению процедур международной торговли (WP.4), работающей под эгидой Европейской экономической комиссии и Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию и несущей ответственность за разработку стандартных сообщений ООН/ЭДИФАКТ. В этом докладе высказывается мнение о том, что поскольку правовые проблемы, возникающие в этой области, главным образом представляют собой проблемы международного торгового права, то Комиссия в качестве основного правового органа в области международного торгового права, по всей видимости, является надлежащим центральным форумом для осуществления и координации необходимой деятельности². Комиссия решила включить вопрос о правовых последствиях автоматической обработки данных для потоков международной торговли в свою программу работы в качестве первоочередного пункта³.

4. На своей восемнадцатой сессии (1985 год) Комиссия рассмотрела доклад секретариата, озаглавленный "Юридическая ценность записей ЭВМ" (A/CN.9/265). В этом докладе был сделан вывод о том, что на глобальном уровне использование хранящихся в ЭВМ данных в качестве доказательства при судебном разбирательстве сопряжено с гораздо меньшим числом проблем, чем можно было бы ожидать. В докладе отмечалось, что гораздо более серьезным юридическим препятствием для использования ЭВМ и каналов связи между ЭВМ в международной торговле являются требования о том, чтобы документы были подписаны или были составлены на бумаге. После обсуждения этого доклада Комиссия приняла следующую рекомендацию, излагающую ряд принципов, на которых основывается Типовой закон:

"Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

отмечая, что использование автоматической обработки данных (АОД) уже прочно внедряется во всем мире во многих сферах внутренней и международной торговли, а также в административных службах,

отмечая также, что существовавшие до АОД правовые нормы, основанные на использовании бумажных документов в области международной торговли, могут создавать помехи такому использованию АОД и тем самым привести к правовой небезопасности или помешать эффективному использованию АОД в тех сферах, где ее использование было бы оправдано,

отмечая далее с признательностью усилия Европейского совета, Совета таможенного сотрудничества и Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций, направленные на преодоление препятствий для использования АОД в международной торговле, вытекающих из этих правовых норм,

считая в то же время, что нет необходимости унифицировать доказательственные правила в отношении использования записей на ЭВМ в международной торговле, поскольку существующий опыт свидетельствует о том, что значительные расхождения в доказательственных правилах, применяющихся к системе бумажной документации, до сих пор не нанесли заметного ущерба развитию международной торговли,

считая также, что прогресс в использовании АОД порождает желательность для ряда правовых систем приспособить существующие правовые нормы к этим изменениям, уделяя, однако, должное внимание необходимости поощрения использования таких средств АОД, которые могли бы обеспечить такую же или еще большую надежность по сравнению с бумажной документацией,

¹Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/50/17).

²"Правовые аспекты автоматического обмена данными о торговле" (TRADE/WP.4/R.185/Rev.1). Доклад, представленный Рабочей группой, воспроизведен в документе A/CN.9/238, приложение.

³Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать девятая сессия, Дополнение № 17 (A/39/17), пункт 136.

1. рекомендует правительствам:

a) рассмотреть правовые нормы, затрагивающие использование записей на ЭВМ в качестве доказательства при судебных разбирательствах, с тем чтобы устранить ненужные препятствия для их допустимости, убедиться в соответствии этих норм достижениям в области технологии и предоставить судам надлежащие средства для оценки достоверности данных, содержащихся в этих записях;

b) рассмотреть правовые требования о письменной форме определенных торговых сделок или торговых документов, независимо от того, является ли эта форма условием, обеспечивающим исковую силу, или действительностью сделки или документа, с тем чтобы допустить, когда это целесообразно, возможность регистрации сделок или документов и их передачи в форме, пригодной для ЭВМ;

c) рассмотреть правовые требования, касающиеся подписи от руки или других предназначенных для бумаг способов удостоверения торговых документов, с тем чтобы допустить, когда это целесообразно, использование электронных средств удостоверения документов;

d) рассмотреть правовые требования о письменной форме и подписании от руки документов, представляемых правительствам, с тем чтобы разрешить, когда это целесообразно, представлять такие документы в форме, пригодной для ЭВМ, тем административным службам, которые приобрели необходимое оборудование и установили необходимые процедуры;

2. рекомендует международным организациям, разрабатывающим правовые тексты, относящиеся к торговле, принимать во внимание настоящую рекомендацию при принятии таких текстов и, где это целесообразно, рассмотреть вопрос об изменении существующих правовых текстов в соответствии с настоящей Рекомендацией⁴.

5. Эта рекомендация (далее упоминаемая как "Рекомендация ЮНСИТРАП 1985 года") была одобрена Генеральной Ассамблеей в пункте 5(b) ее резолюции 40/71 от 11 декабря 1985 года, в котором говорится следующее:

"Генеральная Ассамблея,

"... призывает правительства и международные организации принять, где это необходимо, меры в соответствии с рекомендацией Комиссии в целях обеспечения правовых гарантий в контексте самого широкого возможного применения автоматической обработки данных в международной торговле; ..."⁵.

6. Решение ЮНСИТРАП о разработке типовых законодательных положений по правовым аспектам электронного обмена данными и соответствующим средствам передачи данных может рассматриваться как следствие процесса, который привел к принятию Комиссией Рекомендации ЮНСИТРАП 1985 года.

7. Как подчеркивалось в ряде документов и на совещаниях, посвященных проблемам, стоящим перед международными пользователями ЭДИ, например на совещаниях WP.4, по общему мнению, несмотря на усилия, предпринимавшиеся на основании Рекомендации ЮНСИТРАП 1985 года, был достигнут незначительный прогресс в обеспечении отмены обязательных требований, содержащихся во внутригосударственном законодательстве и касающихся использования бумажных документов и собственноручных подписей. В письме секретариату Норвежский комитет по процедурам торговли (НОРПРО) высказал предположение о том, что "одна из причин этого, возможно, заключается в том, что в Рекомендации ЮНСИТРАП 1985 года сообщается о необходимости обновления правовых положений, однако ничего не говорится о том, каким образом это может быть сделано". С учетом этого Комиссия сочла, что в развитие Рекомендации ЮНСИТРАП 1985 года можно с пользой для дела принять последующие меры, с тем чтобы ускорить необходимое обновление законодательства.

8. На своей двадцать первой сессии (1988 год) Комиссия рассмотрела предложение относительно изучения необходимости разработки правовых принципов, применимых к составлению международных коммерческих контрактов с помощью электронных средств. Было отмечено, что в настоящее время не существует какой-либо отработанной правовой структуры в такой важной и быстро развивающейся области, как составление контрактов с помощью электронных средств, и что будущая работа по этому вопросу может способствовать заполнению правовых пробелов и устранению неопределенностей и трудностей, с которыми приходится сталкиваться на практике. Комиссия просила секретариат подготовить предварительное исследование по этой теме⁶.

9. На ее двадцать третьей сессии (1990 год) Комиссии был представлен доклад, озаглавленный "Предварительное исследование по правовым вопросам, касающимся составления контрактов электронным способом" (A/CN.9/333). В этом докладе резюмировалась работа, которая была проведена в Европейских сообществах и в Соединенных Штатах Америки в отношении требования о наличии письменного документа, а также других вопросов, которые, как было установлено, возникают в связи с составлением контрактов с помощью электронных средств. Были рассмотрены усилия, направленные на решение некоторых из этих проблем с помощью использования типовых соглашений о передаче сообщений. Комиссия просила секретариат продолжить изучение правовых вопросов, касающихся составления контрактов с помощью электронных средств, и подготовить к двадцать четвертой сессии

⁴Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение № 17 (A/40/17), пункт 360.

⁵Резолюция 40/71 воспроизведена в Ежегоднике Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, том XVI, 1985 год, (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.87.V.4), часть первая, раздел D.

⁶Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок третья сессия, Дополнение № 17 (A/43/17), пункты 46 и 47, и там же, сорок четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/44/17), пункт 289.

Комиссии доклад, в котором были бы проанализированы действующие и предлагаемые типовые соглашения о передаче сообщений с целью выработки рекомендаций относительно возможности всемирного использования типового соглашения и, в случае существования такой возможности, относительно того, следует ли Комиссии приступить к его подготовке. Комиссия высказалась за то, чтобы этот доклад обеспечивал ей ту основу, которая позволила бы ей принять решение о возможных направлениях деятельности Комиссии в этой области⁷.

10. На ее двадцать четвертой сессии (1991 год) Комиссии был представлен запрошенный ею доклад, озаглавленный "Электронный обмен данными" (A/CN.9/350). В докладе описывалась текущая деятельность различных организаций в связи с правовыми вопросами электронного обмена данными (ЭДИ) и анализировалось содержание ряда уже разработанных или разрабатываемых стандартных соглашений о передаче сообщений. В докладе также указывалось, что эти документы значительно различаются в зависимости от разнообразных потребностей различных категорий пользователей, для удовлетворения которых они предназначены, и что разнообразие договорных механизмов иногда определялось в качестве препятствия разработке удовлетворительных правовых рамок для коммерческого использования ЭДИ. В нем было высказано предположение о том, что существует необходимость в общих рамках, в которых определялись бы имеющиеся проблемы и устанавливался бы свод правовых принципов и базовых правовых норм, регулирующих передачу сообщений посредством ЭДИ. В заключение было указано, что такие базовые рамки могут в определенной степени создаваться на основании договоренностей между сторонами взаимоотношений по ЭДИ и что имеющиеся договорные рамки, которые были предложены кругу пользователей ЭДИ, часто являются неполными, взаимно не сопоставимыми и не могут использоваться на международном уровне, поскольку они в значительной степени основываются на структурах местного права.

11. В докладе отмечалось, что, хотя в настоящее время различные технические органы, учреждения по стандартизации и международные организации предпринимают активные усилия в целях разъяснения связанных с ЭДИ проблем, ни одна из организаций, в задачи которых в первую очередь входит всемирная унификация и согласование правовых норм, до настоящего времени не приступила к работе по теме соглашений о передаче сообщений. Для достижения унификации базовых правил по ЭДИ в целях содействия использованию ЭДИ в международной торговле в докладе предлагалось, что Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности подготовки стандартного соглашения о передаче сообщений для использования в международной торговле. Было указано, что работа Комиссии в этой области будет иметь особое значение, поскольку она будет связана с участием представителей всех правовых систем, включая развивающиеся страны, которые уже сталкиваются в настоящее время или вскоре столкнутся с проблемами в области ЭДИ.

12. В докладе также предлагалось, что будущая работа Комиссии в области правовых вопросов ЭДИ может быть связана с проблемой замены оборотных документов, касающихся права на товар, и, в частности транспортных документов, сообщениями ЭДИ. Представляется, что с расширением использования ЭДИ именно в этой области все более остро проявляется необходимость в законодательных положениях. В докладе высказывалось предположение, что секретариату может быть предложено представить одной из будущих сессий Комиссии доклад о целесообразности и практической возможности подготовки такого текста.

13. Комиссия пришла к мнению, что по мере развития ЭДИ правовым вопросам ЭДИ будет придаваться все большее значение и что Комиссии следует развернуть соответствующую работу в этой области. Широкую поддержку получило предложение о том, что работа Комиссии должна быть направлена на создание общей основы для определения правовых проблем и выработки соответствующего свода правовых принципов основополагающих правовых норм, регулирующих передачу сообщений посредством ЭДИ. Комиссия пришла к выводу, что, поскольку здесь затрагивается целый ряд проблем, этот вопрос должен быть подробно рассмотрен Рабочей группой.

14. Что касается подготовки стандартного соглашения о передаче сообщений для всемирного использования в международной торговле, то была поддержана идея о том, что Комиссии, возможно, было бы целесообразно приступить к такому проекту. Были, однако, выражены различные точки зрения относительно того, следует ли осуществлять подготовку такого стандартного соглашения о передаче сообщений в качестве приоритетного вопроса. Согласно одному мнению, работа над стандартным соглашением должна быть начата немедленно по причинам, изложенным в докладе, а именно потому, что такого документа не существует или, судя по всему, не подготовлено ни одной из организаций, которые первоначально занимались всемирной унификацией и согласованием правовых норм, и что Комиссия была бы особенно подходящим форумом, поскольку она обеспечивает участие всех правовых систем, включая правовые системы развивающихся стран, которые уже столкнулись или в скором времени столкнутся с вопросами ЭДИ. Тем не менее преобладающая точка зрения сводилась к тому, что приступать немедленно к подготовке стандартного соглашения о передаче сообщений, возможно, было бы преждевременным и что, возможно, было бы желательно до следующей сессии Комиссии изучить вопрос о работе, проводимой в этой области другими организациями, в частности Комиссией Европейских сообществ и Европейской экономической комиссией. Было отмечено, что высокоскоростные электронные операции требуют пересмотра основополагающих договорных вопросов, например вопросов об оферте и акцепте, и что необходимо рассмотреть правовые последствия повышения роли централизованных систем управления данными для международного торгового права.

15. После обсуждения Комиссия приняла решение о том, что Рабочая группа по международным платежам посвятит одну из своих сессий определению связанных с этим правовых проблем и рассмотрению возможных законодательных положений и что Рабочая группа представит Комиссии на ее следующей сессии доклад о целесообразности и возможности проведения дальнейшей работы, в частности подготовки стандартного соглашения о передаче сообщений. Комиссия также приняла к сведению предложение секретариата подготовить единообразный закон о замене оборотных товарораспорядительных документов, в частности транспортных документов, сообщениями ЭДИ⁸.

⁷Там же, сорок пятая сессия, Дополнение № 17 (A/45/17), пункты 38-40.

⁸Там же, сорок шестая сессия, Дополнение № 17 (A/46/17), пункты 311-317.

16. На ее двадцать пятую сессию (1992 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы по международным платежам о работе ее двадцать четвертой сессии (A/CN.9/360). В соответствии с просьбой Комиссии доклад содержал рекомендации в отношении будущей работы Комиссии, касающейся правовых вопросов ЭДИ. В докладе содержалось предложение о том, чтобы любая будущая работа Комиссии в данной области была направлена на содействие расширению использования ЭДИ. В докладе также отмечалось, что, как показали обсуждения в Рабочей группе, существует потребность в разработке правовых норм в области ЭДИ. Кроме того, в докладе отмечалось, что обзор правовых вопросов, возникающих в связи со все более широким использованием ЭДИ, показал также, что некоторые из этих вопросов целесообразнее всего урегулировать путем разработки нормативных положений. К числу таких вопросов относятся: составление контрактов; риск и ответственность коммерческих партнеров и третьих сторон - поставщиков услуг в рамках отношений по ЭДИ; расширенное определение понятий "письменная форма" и "подлинник" для использования в процессе ЭДИ; и вопросы обращаемости и документы, удостоверяющие право собственности (A/CN.9/360, пункт 129).

17. В докладе также указывалось, что другие вопросы, возникающие в связи с использованием ЭДИ, пока преждевременно обсуждать в контексте выработки нормативных положений и что они требуют дальнейшего изучения или уточнения с технической или коммерческой точек зрения. Согласившись в целом с целесообразностью обеспечения высокой степени правовой определенности и согласованности путем разработки подробных положений - единообразного закона, Рабочая группа указала на необходимость сохранения гибкого подхода к некоторым вопросам, нормативное урегулирование которых может оказаться преждевременным или неуместным. В качестве примера было отмечено, что могут оказаться тщетными любые попытки нормативной унификации применимых к передаче сообщений в рамках ЭДИ правил, касающихся доказательств. В докладе указывалось, что в отношении некоторых из таких вопросов Комиссия, возможно, сочтет целесообразным разработать правовые нормы, принципы или рекомендации (A/CN.9/360, пункт 130).

18. Рабочая группа рекомендовала Комиссии заняться подготовкой правовых норм и правил в отношении использования ЭДИ в международной торговле. По мнению Рабочей группы, такие нормы и правила должны быть достаточно подробными, чтобы служить практическим руководством для пользователей ЭДИ, а также для национальных законодательных и административных органов. Группа рекомендовала также, чтобы Комиссия, стремясь к обеспечению максимально возможной степени определенности и согласованности, не принимала на данном этапе решения в отношении окончательной формы, в которую будут облечены эти нормы и правила (A/CN.9/360, пункт 131).

19. Что касается возможной подготовки стандартного соглашения о передаче сообщений для глобального использования в международной торговле, то Рабочая группа высказала мнение, что по крайней мере на данном этапе нет необходимости в разработке Комиссией такого соглашения. Вместе с тем Рабочая группа отметила, что с учетом рекомендованного Комиссией гибкого подхода к вопросу о форме окончательного документа могут возникнуть ситуации, когда подготовка типовых договорных положений будет сочтена надлежащим способом урегулирования конкретных вопросов (A/CN.9/360, пункт 132).

20. На своей двадцать пятой сессии Комиссия с учетом предложений Рабочей группы согласилась с тем, что существует необходимость в дальнейшем изучении правовых вопросов ЭДИ и разработки практических норм в этой области. В соответствии с рекомендациями Рабочей группы Комиссия постановила не принимать на данном этапе решения в отношении окончательной формы или окончательного содержания правовых норм, которые будут подготовлены Комиссией. В частности, Комиссия согласилась с тем, что, хотя некоторые вопросы целесообразно урегулировать путем выработки статутных положений, другие вопросы, возможно, уместнее будет решить в рамках типовых договорных положений.

21. После обсуждения Комиссия одобрила рекомендацию, содержащуюся в докладе Рабочей группы (A/CN.9/360, пункты 129-133), и поручила подготовку правовых норм, касающихся ЭДИ, Рабочей группе по международным платежам, которую она переименовала в Рабочую группу по электронному обмену данными⁹.

В. Цель Типового закона

22. Рабочая группа посвятила свои двадцать пятую-двадцать восьмую сессии подготовке правовых норм. С самого начала было отмечено, что хотя правовые проблемы, связанные с использованием ЭДИ, на практике зачастую пытаются урегулировать в тексте контрактов (A/CN.9/WG.IV/WP.53, пункты 35-36), договорный подход к ЭДИ был разработан не только из-за таких присущих ему преимуществ, как гибкость, но и из-за отсутствия конкретных положений статутного или прецедентного права. Ограниченность договорного подхода заключается в том, что он не в состоянии преодолеть какие-либо правовые препятствия использованию ЭДИ, которые могут возникать в силу императивных положений применимого статутного или прецедентного права. В этой связи отмечается, что одна из трудностей, связанная с использованием соглашений о передаче сообщений, и вытекает из отсутствия ясности в отношении того, каким правовым весом будут обладать некоторые договорные положения в случае судебного разбирательства. Ограниченность договорного подхода связана также и с тем, что стороны контракта не могут эффективно регулировать права и обязательства третьих сторон. Представляется, что, по крайней мере для тех сторон, которые не являются участниками договоренности, необходимо будет разработать законодательные акты на основе Типового закона или международной конвенции (см. A/CN.9/350, пункт 107).

23. Рабочая группа рассмотрела вопрос о разработке унифицированных норм с целью ликвидации правовых препятствий и неопределенностей, связанных с применением современных средств связи, в тех случаях, когда устранение таких препятствий и неопределенностей можно обеспечить лишь на основе статутных положений. Одна из целей унифицированных норм будет заключаться в том, чтобы дать потенциальным пользователям ЭДИ возможность устанавливать надежные отношения по поводу ЭДИ посредством заключения соглашения о передаче сообщений в рамках закрытой сети. Вторая цель унифицированных норм заключается в создании базовых рамок для развития использования ЭДИ за пределами такой закрытой сети в открытых условиях,

⁹ Там же, сорок седьмая сессия, Дополнение № 17 (A/47/17), пункты 141-148.

включая регулирование некоторых вопросов, касающихся положения третьих сторон. Тем не менее следует отметить, что цель унифицированных норм состоит в том, чтобы дать возможность использовать ЭДИ и смежные средства связи, а не навязывать это.

24. В отношении формы унифицированных норм Рабочая группа согласилась в том, что она должна продолжить свою работу, исходя из того понимания, что унифицированные нормы должны быть разработаны в форме статутных положений. Хотя было решено, что текст должен иметь форму "типового закона", сначала было высказано мнение о том, что в силу особого характера готовящегося правового документа необходимо найти более гибкую формулировку, чем "типовой закон". Было указано на необходимость того, чтобы название отражало тот факт, что текст документа включает целый ряд положений, касающихся действующих норм права, которые в типичном государстве, принимающем этот правовой документ, закреплены в самых разных положениях различных национальных законов. Поэтому существует вероятность того, что при принятии этого закона государства не обязательно будут фигурировать как единое целое в каком-либо конкретном разделе внутригосударственного законодательства. Пользуясь бытующим в одной из правовых систем выражением, этот текст можно назвать "сводом поправок к действующим законам". Рабочая группа пришла к выводу, что этому особому характеру текста больше соответствовало бы понятие " типовые законодательные положения". Было также высказано мнение, что характер и цель " типовых законодательных положений" можно было бы разъяснить во введении или в прилагаемых к тексту руководящих принципах.

25. Однако на своей двадцать восьмой сессии Рабочая группа пересмотрела принятое ею ранее решение о подготовке правового текста в виде " типовых законодательных положений" (A/CN.9/390, пункт 16). Члены Группы в целом считали, что употребление термина " типовые законодательные положения" может создать неопределенность в отношении правового характера этого документа. Хотя сохранению термина " типовые законодательные положения" была выражена определенная поддержка, большинство членов Группы высказались за то, чтобы отдать предпочтение термину " типовой закон". Широкую поддержку получило мнение о том, что с учетом подхода, избранного Рабочей группой на этапе завершения работы над этим текстом, типовые законодательные положения можно рассматривать в качестве сбалансированных дискреционных норм, которые могут также применяться в совокупности, будучи сведенными в один документ.

26. При подготовке и принятии Типового закона Комиссия учитывала, что Типовой закон будет служить более эффективным средством для государств, обновляющих свое законодательство, если исполнительным правительственным органам и парламентам будет представлена справочная информация и пояснения, с тем чтобы оказать им помощь в применении Типового закона. Комиссия учитывала также вероятность того, что Типовой закон будет применяться в ряде государств, в которых недостаточно известны методы передачи сообщений, предусмотренные Типовым законом. Представленная в настоящем Руководстве информация призвана пояснить, почему положения Типового закона были включены в качестве жизненно важных минимальных норм статутного средства достижения целей Типового закона. Такая информация может быть также полезной для государств при рассмотрении вопроса о том, какие положения Типового закона - если это вообще необходимо, - возможно, потребуются изменить для того, чтобы учесть конкретные национальные условия.

I. ВВЕДЕНИЕ К ТИПОВОМУ ЗАКОНУ

A. Цели

27. Принимая решение о разработке типового законодательства об ЭДИ и соответствующих средствах передачи данных, ЮНСИТРАЛ исходила из того, что в ряде стран действующее законодательство, регулирующее вопросы передачи данных и хранения информации, является неадекватным или устаревшим. Это может привести к возникновению неопределенности относительно правового характера и действительности информации, представленной не в традиционном бумажном документе, а в какой-либо иной форме. Хотя эффективное законодательство и практика необходимы во всех странах, в которых начинают широко использоваться ЭДИ и электронная почта, такая потребность особенно остро ощущается во многих странах в том, что касается таких методов передачи данных, как телефакс и телекс.

28. Кроме того, Типовой закон может способствовать устранению неблагоприятных факторов, возникающих в результате того, что несовершенное законодательство на национальном уровне создает препятствия для международной торговли, значительный объем которой связан с использованием современных средств передачи данных. Существующие различия и несовершенство национальных правовых режимов, регулирующих использование таких методов передачи данных, могут ограничивать способность деловых предприятий в полной мере реализовать доступ к международным рынкам.

29. Цели Типового закона, которые включают создание возможностей для использования ЭДИ и соответствующих средств передачи данных и оказание содействия их использованию, а также установление равного режима для пользователей бумажной документации и пользователей компьютеризированной информации, имеют важнейшее значение для содействия экономичности и эффективности в международной торговле. С помощью включения предусматриваемых в Типовом законе процедур в свое внутригосударственное законодательство для урегулирования тех ситуаций, когда стороны выбирают использование электронных средств передачи данных, принимающее Типовой закон государство может создать условия, нейтральные по отношению к различным носителям информации.

B. Сфера действия

30. В названии Типового закона говорится об "ЭДИ и соответствующих средствах передачи данных". Хотя определение термина "ЭДИ" приводится в статье 2, в Типовом законе прямо не указывается, какие "соответствующие средства передачи данных" имеются в виду. В ходе подготовки Типового закона Комиссия приняла решение о том, что при рассмотрении этой темы она будет исходить из широкого понятия ЭДИ, что позволит охватить разнообразные связанные с торговлей виды использования ЭДИ, которые в широком смысле можно объединить понятием "электронная торговля" (см. A/CN.9/360, пункты 28 и 29), хотя предлагались и другие описательные термины. К числу средств передачи информации, охватываемых понятием "электронная торговля", относятся

следующие способы передачи, основанные на использовании электронных методов: передача путем ЭДИ в узком значении этого понятия как обмен данными стандартизированного формата между компьютерами; передача электронных сообщений с использованием либо общедоступных стандартов, либо стандартов, носящих характер собственности; передача с помощью электронных средств текста свободного формата. Было также отмечено, что в ряде случаев концепция "электронная торговля" может охватывать использование таких средств, как телекс и телефакс.

31. Могут существовать ситуации, когда оцифрованная информация, первоначально переданная в форме стандартизированного сообщения ЭДИ, на определенном этапе цепочки связи между отправителем и получателем может быть направлена в форме компьютерного телекса или в форме телефакса компьютерной распечатки. Подобные ситуации предполагалось охватить Типовым законом, исходя из того, что пользователям необходим свод последовательных норм, регулирующих широкий диапазон средств связи, которые могут быть взаимозаменяемыми. В более общем плане можно отметить, что, в принципе, никакой способ передачи сообщений не исключается из сферы применения Типового закона ввиду вероятной необходимости учесть будущие технические новшества. Следует отметить, что хотя текст типового закона составлялся при постоянном учете более современных методов передачи данных, например, ЭДИ и электронной почты, принципы, на которых основывается Типовой закон, а также его положения предназначены для применения и в контексте менее технически сложных методов передачи данных, например, телефакса.

32. Цели Типового закона наилучшим образом достигаются за счет максимально широкого, по возможности, применения Типового закона. Так, хотя в Типовом законе содержится положение, исключающее некоторые ситуации из сферы действия статей 5, 6, 7, 13 и 14, принимающее Типовой закон государство может решить не включать в свое законодательство существенные ограничения сферы применения Типового закона.

33. Типовой закон предназначен для того, чтобы установить комплекс базовых или "ключевых" норм, а не для того, чтобы ответить на все вопросы, которые могут возникнуть в связи с правовыми проблемами в контексте использования электронной передачи данных. В частности, правовые проблемы, которые могут возникнуть в контексте оборотных документов и иных товарораспорядительных документов, например, оборотных коносаментов, не регулируются Типовым законом. ЮНСИТРАП предполагает начать работу по подготовке текста дополнительных положений, необходимых для урегулирования этих проблем. Можно предположить, что положения об обращаемости в условиях использования электронных средств, текст которых будет подготовлен ЮНСИТРАП, будут направлены на достижение тех же целей, что и Типовой закон.

C. "Рамочный" закон, дополняемый техническими подзаконными актами

34. Типовой закон призван обеспечить основные процедуры и принципы, необходимые для содействия использованию современных методов передачи данных в самых разнообразных обстоятельствах. Вместе с тем закон является "рамочным", поскольку в нем содержатся не все правила и положения, которые могут потребоваться для применения всех этих методов передачи сообщений в государстве, принимающем Типовой закон. Соответственно можно предположить, что принимающее Типовой закон государство примет подзаконные акты, с тем чтобы дополнить всеми деталями процедуры, вводимые Типовым законом, и учесть конкретные обстоятельства и их возможные изменения в государстве, принимающем Закон, без ущерба для целей Типового закона.

35. Следует отметить, что методы передачи сообщений, рассматриваемые в Типовом законе, могут, в дополнение к вопросам процедурного характера, которые должны быть учтены в технических подзаконных актах, принимаемых в целях осуществления Типового закона, поставить определенные правовые вопросы, ответы на которые будут, возможно, содержаться не в Типовом законе, а в других отраслях права. К таким отраслям права можно отнести, например, применимое административное, договорное, уголовное и судебно-процессуальное право.

D. "Функционально-эквивалентный подход"

36. Типовой закон исходит из признания того, что юридические требования, предписывающие использование традиционных бумажных документов, представляют собой основное препятствие развитию современных средств передачи данных. В ходе подготовки Типового закона была рассмотрена возможность устранения препятствий использованию ЭДИ, возникающих в результате наличия в национальном праве подобных требований, с помощью расширения толкования таких понятий, как "письменная форма", "подпись" и "подлинник", с тем чтобы охватить компьютеризированные методы. Подобный подход применяется в ряде действующих правовых документов, например в статье 13 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров. Было отмечено, что Типовой закон должен позволять государствам учесть в своем внутреннем законодательстве новые виды технологии связи с точки зрения торгового права, не вынуждая их при этом полностью отказываться от самих требований, связанных с использованием бумажных документов, или же менять правовые концепции и подходы, лежащие в основе таких требований. В то же время отмечалось, что выполнение требований письменной формы при применении электронных методов может в некоторых случаях потребовать разработки новых правил. Это обусловлено одним из многочисленных различий между бумажными документами и ЭДИ, т.е. тем, что первые могут быть прочитаны невооруженным глазом, в то время как сообщения ЭДИ могут быть прочитаны лишь после распечатки на бумаге или воспроизведения на экране.

37. Таким образом, Типовой закон исходит из нового подхода, который иногда называется "функционально-эквивалентным подходом" и который основывается на анализе целей и функций традиционного требования к составлению документов на бумаге, с тем чтобы установить, как эти цели или функции могут быть достигнуты или выполнены с помощью методов ЭДИ. Например, в число функций, выполняемых бумажным документом, входят следующие: обеспечение того, что документ будет понятен для всех; обеспечение того, что документ не будет со временем изменен; создание возможностей для воспроизведения документа с тем, чтобы каждая сторона имела экземпляр, содержащий одни и те же данные; создание возможностей для удостоверения подлинности данных посредством подписи; а также обеспечение того, что документ будет иметь форму, приемлемую для государственных органов и судов. Следует отметить, что применительно ко всем вышеупомянутым функциям бумажного документа электронные записи позволяют обеспечить такой же уровень безопасности, как и документы, исполненные на бумаге, и в большинстве случаев

большую степень надежности и скорость обработки, особенно в том, что касается определения источника данных и их содержания, при условии соблюдения ряда технических и правовых требований. В то же время принятие функционально-эквивалентного подхода не должно привести к установлению для пользователей ЭДИ более жестких стандартов надежности (и связанных с ними расходов), чем те, которые действуют в сфере обращения бумажных документов.

38. Сообщение данных, по своей сути, не может рассматриваться в качестве эквивалента бумажного документа, поскольку оно отличается от него по своей природе и может и не выполнять всех возможных функций бумажного документа. Именно поэтому в Типовом законе использован гибкий стандарт, учитывающий различные уровни требований, существующих в условиях обращения бумажных документов: при принятии "функционально-эквивалентного" подхода была учтена существующая иерархия требований к форме, которая обеспечивает различные уровни достоверности, отслеживаемости и неизменности в отношении бумажных документов. Например, требование о том, чтобы данные представлялись в письменной форме (так называемое "пороговое требование"), не следует смешивать с такими более жесткими требованиями, как представление "подписанного письменного документа", "подписанного подлинника" или "заверенного юридического акта".

39. В Типовом законе не предпринимаются попытки установить компьютеризированный эквивалент какому-либо виду бумажных документов. Вместо этого в нем выделяются основополагающие функции требований о письменной форме в целях установления критериев, которые - в случае, если сообщения данных им удовлетворяют - позволят таким сообщениям данных пользоваться тем же уровнем правового признания, как и соответствующие бумажные документы, выполняющие аналогичную функцию.

Е. Диспозитивные и императивные нормы

40. Решение о проведении работы по подготовке Типового закона основывалось на признании того, что большинство правовых проблем, связанных с использованием современных средств передачи данных, на практике пытаются урегулировать в контексте контрактов. В статье 10 Типового закона устанавливается принцип автономии сторон в отношении положений, содержащихся в главе III. В главу III включена совокупность таких норм, какие обычно содержатся в заключаемых сторонами соглашениях, например в соглашениях об обмене сообщениями, или "системных норм". Эти нормы могут использоваться сторонами в качестве основы для заключения более подробных соглашений. Они также могут использоваться для дополнения условий соглашений в тех случаях, когда в договорных положениях имеются пропуски или пробелы. Кроме того, они могут рассматриваться как устанавливающие минимальный стандарт для ситуаций, когда обмен сообщениями данных происходит без предварительного заключения соглашения между сторонами, обменивающимися информацией, например, в контексте "открытого ЭДИ".

41. В главу II включены положения, отличающиеся по своей природе от вышеупомянутых. Одна из основных целей Типового закона состоит в создании возможностей для использования современных методов передачи данных и в обеспечении определенности в случае использования таких методов, если препятствия или неопределенность, обусловливаемые статутными положениями, не могут быть устранены с помощью договорных положений. Положения, содержащиеся в главе II, могут до некоторой степени рассматриваться как свод исключений из широко признаваемых норм, касающихся формы законных сделок. Подобные широко признаваемые нормы обычно являются императивными, поскольку они в целом отражают решения публичного порядка. Положения, содержащиеся в главе II, следует рассматривать как устанавливающие минимальные приемлемые требования относительно формы, и, по этой причине, они являются императивными, если в этих положениях прямо не устанавливается иное.

Ф. Помощь со стороны секретариата ЮНСИТРАП

42. В рамках своей деятельности по подготовке кадров и оказанию помощи секретариат ЮНСИТРАП может предоставлять технические консультации правительствам, подготавливающим законодательство на основе Типового закона ЮНСИТРАП о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных, равно как и правительствам, рассматривающим вопрос о принятии законодательства, основанного на других типовых законах ЮНСИТРАП, или рассматривающим вопрос о присоединении к одной из конвенций по праву международной торговли, подготовленных ЮНСИТРАП.

43. Более подробную информацию, касающуюся Типового закона, а также Руководства и других типовых законов и конвенций, подготовленных ЮНСИТРАП, можно получить в секретариате по указанному ниже адресу. Секретариат будет рад получить замечания в отношении Типового закона и Руководства, а также информацию, касающуюся принятия законодательства, основанного на Типовом законе.

International Trade Law Branch, Office of Legal Affairs, United Nations
Vienna International Centre P.O. Box 500 A-1400, Vienna, Austria
Telex: 135612 uno a
Fax: (43-1) 21345-5813
Phone: (43-1) 21345-4060

* * *

II. КОММЕНТАРИИ К СТАТЬЯМ ТИПОВОГО ЗАКОНА

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения

44. Цель статьи 1, которую следует рассматривать в совокупности с определением термина "сообщение данных", приведенным в статье 2(a), заключается в том, чтобы определить сферу применения Типового закона. Используемый в Типовом законе подход состоит в том, чтобы в принципе предусмотреть охват всех фактических ситуаций, при которых информация подготавливается, хранится или передается, независимо от носителя, на который может быть нанесена эта информация. В ходе подготовки Типового закона было сочтено, что исключение какой-либо формы или какого-либо носителя посредством ограничения сферы действия Типового закона может привести к возникновению практических трудностей и будет противоречить цели установления действительно "нейтральных по отношению к носителю" норм.

45. В то же время было также сочтено, что в Типовой закон должно быть включено указание на то, что основное внимание в нем уделяется тем видам ситуаций, которые встречаются в области коммерции, и что он разрабатывался в контексте торговых отношений. По этой причине в статье 1 указывается, что Типовой закон является частью "торгового права", а в сноске к этой статье включены указания на то, что под этим понимается. Подобные указания, которые могут быть особенно целесообразными для тех стран, где не имеется отдельной отрасли торгового права, соответствуют, по соображениям последовательности, тексту сноски к статье 1 Типового закона ЮНСИТРАП о международном торговом арбитраже. В некоторых странах использование ссылок в тексте закона не рассматривается в качестве приемлемой законодательной практики. Национальные власти, применяющие Типовой закон, могли бы, таким образом, рассмотреть вопрос о возможном включении текста ссылок в текст собственно Закона.

46. Типовой закон применим ко всем видам сообщений данных, которые могут подготавливаться, храниться или передаваться, и ничто в Типовом законе не должно препятствовать применяющему его государству расширить сферу действия Типового закона, с тем чтобы охватить случаи использования ЭДИ и соответствующих средств за пределами коммерческой сферы. Так, например, хотя основное внимание в Типовом законе уделяется не отношениям между пользователями ЭДИ и государственными органами, не предполагается, что Типовой закон не может применяться к таким отношениям.

47. В некоторых странах действуют специальные законы о защите потребителей, которые могут регулировать определенные аспекты использования информационных систем. Что касается такого законодательства о защите потребителей, то, как и в случае предыдущих документов ЮНСИТРАП (например, Типового закона о международных кредитовых переводах), было сочтено, что следует включить указание на то, что при подготовке Типового закона особого внимания вопросам, которые могут возникнуть в контексте защиты потребителей, не уделялось. В то же время было также сочтено, что нет никаких причин для исключения ситуаций, затрагивающих потребителей, из сферы действия Типового закона посредством принятия какого-либо общего положения, особенно в силу того, что положения Типового закона могут рассматриваться как уместные для защиты потребителей, что будет зависеть от законодательства в каждом конкретном государстве, применяющем Типовой закон. Таким образом, в сноске к статье 1 признается, что любой такой закон о защите потребителей может иметь преимущественную силу по отношению к положениям Типового закона. Законодатели, рассматривающие вопросы применения Типового закона, возможно, пожелают рассмотреть и вопрос о применимости Типового закона к потребителям. Вопрос о том, какие физические или юридические лица будут рассматриваться в качестве "потребителей", оставлен в Типовом законе на урегулирование на основании применимого права.

48. О другом возможном ограничении сферы действия Типового закона говорится во второй сноске. Типовой закон в принципе применим как к международным, так и внутренним видам использования сообщений данных. Эта сноска к статье 1 предназначена для использования применяющими Типовой закон государствами, которые, возможно, пожелают ограничить сферу применения Типового закона лишь международными сообщениями. В ней указывается возможный критерий международного характера для использования этими государствами в качестве возможного фактора, позволяющего провести разграничение международных и внутренних сообщений.

49. Рекомендуются обеспечить применение Типового закона, по возможности, на максимально широкой основе. Особую осторожность следует проявлять при исключении применения Типового закона путем ограничения сферы его действия международными видами использования сообщений данных, поскольку подобное ограничение может оказать неблагоприятное воздействие на цели Типового закона. Кроме того, разнообразие процедур, предусмотренных в Типовом законе (особенно статьи 5-7) для целей ограничения, в случае необходимости, использования сообщений данных (например, в целях публичного порядка), поможет уменьшить необходимость в ограничении сферы действия Типового закона. Более того, правовая определенность, которую должен обеспечить Типовой закон, необходима как для внутренней, так и для международной торговли, а двойственный характер режимов, регулирующих вопрос использования электронных средств записи и сообщения данных, может создать серьезное препятствие использованию таких средств.

Справочные материалы:

A/CN.9/406, пункты 80-85

A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 1

A/CN.9/390, пункты 21-43

A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 1

A/CN.9/387, пункты 15-28

A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 1

A/CN.9/373, пункты 21-25 и 29-33

A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 15-20

Статья 2. Определения

"Сообщение данных"

50. Понятие "сообщение данных" не ограничивается передачей данных, но также предполагает охват подготовленных с помощью компьютера записей, не предназначенных для передачи. Таким образом, понятие "сообщение" включает понятие "запись". В то же время в странах, в которых это представляется необходимым, может быть добавлено определение "запись" в соответствии с характерными элементами "письменной формы", предусмотренными в статье 6.

51. Определение термина "сообщение данных" также предназначено охватить случай отзыва или изменения сообщения данных, если отзыв или изменение сами по себе содержатся в сообщении данных.

"Составитель"

52. В большинстве правовых систем понятие "лицо" используется для обозначения субъектов прав и обязательств и должно толковаться как охватывающее физических лиц, а также юридических лиц и другие правосубъектные организации. Сообщение данных, которые автоматически подготавливаются компьютерами без непосредственного вмешательства человека, предполагается охватить пунктом (с). В то же время не следует толковать Типовой закон неправильно как допускающий, что компьютер может стать субъектом прав и обязанностей. Сообщения данных, которые автоматически подготавливаются компьютером без непосредственного вмешательства человека, следует рассматривать в качестве "составляемых" тем юридическим лицом, от имени которого используется данный компьютер.

"Посредник"

53. В Типовом законе основное внимание уделяется не отношениям между составителем или адресатом и любым посредником, а отношениям между составителем и адресатом. В то же время в Типовом законе не игнорируется исключительно важная роль посредников в области электронной передачи данных. Кроме того, понятие "посредник" должно быть определено в Типовом законе для установления необходимого различия между составителями или адресатами и третьими сторонами.

54. Определение термина "посредник" призвано охватить любое лицо, кроме составителя и адресата, которое выполняет любые функции посредника. В пункте (е) перечислены основные функции посредника, а именно получение, передача или хранение сообщений данных от имени другого лица. Операторы сетей и другие посредники могут предоставлять дополнительные "услуги с добавленной стоимостью", такие, как форматирование, перевод, запись и сохранение сообщений данных.

"Информационная система"

55. Определение термина "информационная система" предполагает охват всего диапазона технических средств, используемых для передачи, получения и хранения информации. Например, в зависимости от фактической ситуации понятие "информационная система" может означать сеть передачи данных, а в других случаях - электронный почтовый ящик или даже телефакс. В Типовом законе не содержится никаких указаний на то, расположена ли информационная система в помещениях адресата или в других помещениях.

Справочные материалы:

A/CN.9/406, пункты 132-156

A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 2

A/CN.9/390, пункты 44-65

A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 2

A/CN.9/387, пункты 29-52

A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 1

A/CN.9/373, пункты 11-20, 26-28 и 35-36

A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 23-26

A/CN.9/360, пункты 29-31

A/CN.9/WG.IV/WP.53, пункты 25-33

Статья 3. Толкование

56. Статья 3 сформулирована на основе статьи 7 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров. Ее цель состоит в том, чтобы установить руководящие положения относительно толкования Типового закона судами и другими национальными или местными органами. Включение подобных руководящих положений, направленных на ограничение тех пределов, в которых унифицированный текст после его инкорпорации в местное законодательство будет толковаться только со ссылками на концепции местного права, может оказаться полезным, особенно в федеративных государствах.

57. Цель пункта 1 состоит в том, чтобы обратить внимание судов и других национальных властей на тот факт, что положения Типового закона (или положения документа, принятого в целях применения Типового закона), хотя им и не придан международный характер, имеют международное происхождение и должны толковаться в качестве таковых.

58. Что касается общих принципов, на которых основывается Типовой закон, то может быть рассмотрен следующий исчерпывающий перечень: а) содействие международной и внутренней электронной торговле; б) признание юридической силы сделок, заключенных с помощью новых информационных технологий; в) содействие развитию и поощрение применения новых информационных технологий; г) содействие унификации права; и е) закрепление коммерческой практики.

Справочные материалы:

- | | |
|------------------------------|----------------------------------|
| A/CN.9/406, пункты 86-87 | A/CN.9/387, пункты 53-58 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 3 | A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 3 |
| A/CN.9/390, пункты 66-73 | A/CN.9/373, пункты 38-42 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 3 | A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 30-31 |

ГЛАВА II. ПРИМЕНЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ТРЕБОВАНИЙ В ОТНОШЕНИИ СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ

Статья 4. Признание юридической силы сообщений данных

59. В статье 4 закрепляется основополагающий принцип, предусматривающий недопустимость дискриминации в отношении сообщений данных. Цель состоит в том, чтобы обеспечить применение этой статьи независимо от каких-либо законодательных требований относительно письменной формы или подлинника. Предполагается, что этот основополагающий принцип должен иметь общее применение и что его сфера не должна ограничиваться вопросами доказательств или другими вопросами, которые рассматриваются в статьях 5-8.

Справочные материалы:

- | | |
|----------------------------------|----------------------------------|
| A/CN.9/406, пункты 91-94 | A/CN.9/390, пункты 79-87 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 5-бис | A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 5-бис |
| | A/CN.9/387, пункты 93-94 |

Статья 5. Письменная форма

60. Цель статьи 5 состоит в том, чтобы определить минимальные стандарты, которым должно удовлетворять сообщение данных, с тем чтобы оно могло считаться удовлетворяющим требование о том, чтобы информация была в письменной форме. Можно отметить, что статья 5 входит в группу из трех статей (статьи 5, 6 и 7), которые обладают аналогичной структурой и которые следует толковать совместно.

61. Внимание законодателей, рассматривающих вопросы применения Типового закона, обращается на те усилия, которые были предприняты в ходе подготовки Типового закона в целях выявления функций, традиционно выполняемых различными видами "письменной формы" в условиях использования бумажных документов. Например, в число причин возможного установления во внутригосударственном законодательстве требования об использовании "письменной формы", как считается, входят следующие включенные в неисчерпывающий перечень функции: а) обеспечение сохранности материальных доказательств наличия и характера намерения сторон принять на себя обязательства; б) содействие лучшему пониманию сторонами последствий заключения контракта; с) обеспечение того, чтобы документ был понятен для всех; d) обеспечение того, что документ не будет со временем изменен и будет постоянно содержать запись о сделке; e) создание возможностей для воспроизведения документа, с тем чтобы каждая сторона имела экземпляр, содержащий одни и те же данные; f) создание возможностей для удостоверения подлинности данных посредством подписи; g) обеспечение того, чтобы документ имел приемлемую форму для государственных органов и судов; h) закрепление намерения автора письменного документа и обеспечение записи о таком намерении; i) обеспечение легкости хранения данных в материальной форме; j) облегчение контроля и последующей ревизионной проверки для целей отчетности, налогообложения или регулирования; и k) обеспечение возникновения юридических прав и обязательств в тех случаях, когда для признания действительности необходима письменная форма.

62. Однако в ходе подготовки Типового закона было сочтено, что принятие чрезмерно широкого понятия функций, выполняемых письменной формой, было бы нецелесообразным. Существующие требования о представлении данных в письменной форме, хотя в целом и не сосредоточены на функциях, выполняемых письменной формой, зачастую сочетаются с не относящимися к ней концепциями, например такими, как подпись и подлинник. В силу этого при принятии функционального подхода необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что требование письменной формы следует рассматривать как самую нижнюю ступеньку в иерархии требований к форме, которые обеспечивают различные уровни достоверности, отслеживаемости и неизменяемости в отношении бумажных документов. Требование о том, чтобы данные представлялись в письменной форме (которое может быть названо "пороговым требованием"), не следует смешивать с такими более жесткими требованиями, как представление "подписанного письменного документа", "подписанного подлинника" или "заверенного юридического акта". Например, согласно праву ряда стран письменный документ, который не датирован и не подписан и автор которого либо не указан в письменном документе, либо идентифицирован просто фирменным бланком, будет рассматриваться как документ в письменной форме, хотя в отсутствие других доказательств (например, свидетельских показаний) в отношении авторства этого документа он может иметь весьма слабую доказательственную силу. Кроме того, понятие неизменяемости не следует считать абсолютным требованием, входящим в концепцию письменной формы, поскольку согласно некоторым существующим правовым определениям запись карандашом будет считаться письменной формой. С учетом порядка рассмотрения таких вопросов, как целостность данных и защита от мошенничества в условиях использования бумажных документов, даже мошеннический документ будет, тем не менее, рассматриваться в качестве составленного "в письменной форме". В целом такие понятия, как "доказательство" и "намерение сторон принять на себя обязательства", должны быть увязаны с более общими вопросами достоверности и удостоверения подлинности данных и не должны включаться в определение "письменной формы".

63. Цель статьи 5 состоит не в установлении требования о том, чтобы во всех случаях сообщениями, содержащими торговые данные, выполнялись все возможные функции письменной формы, а в том, чтобы учесть тот факт, что при установлении требования

о предоставлении определенной информации в письменной форме законодателями, как правило, стремятся сосредоточить внимание на конкретных функциях "письменной формы", например, на ее доказательной функции в контексте законодательства о налогообложении или ее предупредительной функции в контексте гражданского права. Таким образом, при установлении критериев для функционального эквивалента бумажного документа, основное внимание в статье 5 уделяется основополагающему понятию возможности воспроизведения и прочтения информации. Это понятие закрепляется в статье 5 в формулировке, которая, как это было сочтено, содержит объективный критерий, который заключается в том, что содержащаяся в сообщении данных информация должна быть доступной для ее последующего использования в справочных целях.

64. Принцип, воплощенный в пункте 2 статей 5-7, заключается в том, что принимающее Типовой закон государство может исключить из сферы применения этих статей определенные виды ситуаций, которые должны быть указаны в законодательных актах, вводящих в действие Типовой закон. Принимающее Типовой закон государство, возможно, пожелает прямо исключить определенные виды ситуаций в зависимости, в частности, от цели соответствующего формального требования. Одним из таких видов ситуаций может быть случай установления требований в отношении письменной формы, преследующих цель дать уведомление и предупреждение о конкретных фактических или правовых рисках, например, требований относительно предупреждений, которые должны быть помещены на определенные виды продуктов. Могут быть рассмотрены и другие прямые исключения, например в контексте формальностей, требуемых в соответствии с международными договорными обязательствами принимающего Типовой закон государства (например, требование о том, что чек должен иметь письменную форму согласно Конвенции, устанавливающей единообразный закон о чеках, Женева, 1931 год), и других видов ситуаций и областей права, которые принимающее Типовой закон государство не может изменить путем принятия какого-либо законодательного акта.

65. Пункт 2 был включен в целях обеспечения более широкой приемлемости Типового закона. В нем признается, что решение вопроса об установлении конкретных исключений должно быть оставлено на усмотрение принимающих Типовой закон государств, поскольку с помощью этого подхода можно наилучшим образом учесть различия в национальных условиях. В то же время настоятельно рекомендуется не использовать создаваемые пунктом 2 возможности для установления общих исключений, поскольку это может нанести ущерб целям Типового закона. Многочисленные исключения из сферы действия статей 5-7 создадут ненужные препятствия развитию современных методов передачи данных, поскольку в Типовой закон включены лишь самые основополагающие принципы и подходы, которые, как предполагается, должны найти общее применение.

Справочные материалы:

A/CN.9/406, пункты 95-101

A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 6

A/CN.9/390, пункты 88-96

A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 6

A/CN.9/387, пункты 66-80

A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 6

A/CN.9/WG.IV/WP.58, приложение

A/CN.9/373, пункты 45-62

A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 36-49

A/CN.9/360, пункты 32-43

A/CN.9/WG.IV/WP.53, пункты 37-45

A/CN.9/350, пункты 68-78

A/CN.9/333, пункты 20-28

A/CN.9/265, пункты 59-72

Статья 6. Подпись

66. Статья 6 основывается на признании функций подписи в сфере бумажных документов. При подготовке Типового закона были рассмотрены следующие функции подписи: идентификация лица; обеспечение определенности того, что это лицо лично участвовало в акте подписания; отождествление этого лица с содержанием документа. Было отмечено, что помимо этого подпись может выполнять целый ряд других функций в зависимости от характера подписанного документа. Например, подпись может удостоверять намерение стороны принять на себя обязательства в соответствии с содержанием подписанного контракта; намерение лица подтвердить авторство текста; намерение лица одобрить содержание документа, написанного другим лицом; факт того, что определенное лицо в определенное время находилось в определенном месте.

67. Можно отметить, что наряду с традиционной собственноручной подписью существуют различные виды процедур, также иногда называемые "подписанием", которые обеспечивают разные уровни определенности. Например, в некоторых странах действует общее требование о том, что договоры купли-продажи товаров свыше определенной суммы для обеспечения возможности их принудительного исполнения должны быть "подписаны". Однако принятое в этом контексте понятие подписи таково, что печать, подпись с помощью печатной машинки или печатный фирменный бланк могут считаться достаточными для выполнения требований в отношении подписи. С другой стороны спектра стоят требования, в которых сочетается традиционная собственноручная подпись и дополнительные процедуры обеспечения надежности, например, подтверждение подписи свидетелями.

68. Было бы, возможно, желательно установить функциональные эквиваленты для различных существующих видов и уровней требований к подписи. Такой подход повысил бы уровень определенности в плане степени юридического признания, на которое можно рассчитывать при использовании различных способов удостоверения подлинности, употребляемых в практике ЭДИ в качестве заменителей "подписей". Вместе с тем понятие подписи органически связано с использованием бумаги и технически может оказаться невозможным найти одно решение для всех существующих видов и функций "подписи" в сфере дематериализованного обмена. Кроме того, любая попытка разработать нормы по стандартам и процедурам, которые должны использоваться как заменители в конкретных случаях "подписи", может создать опасность того, что правовой режим, устанавливаемый Типовым законом, окажется привязанным к конкретному этапу технического развития.

69. В целях обеспечения того, чтобы сообщение, подлинность которого должна быть удостоверена, не признавалось не имеющим юридической силы лишь на том основании, что его подлинность не была удостоверена тем же образом, что и подлинность бумажных документов, в статье 6 использован комплексный подход. В ней устанавливаются общие условия, при соблюдении которых подлинность сообщений данных будет считаться достаточно надежно удостоверенной и их исковая сила будет признаваться при существовании требований к подписи, которые в настоящее время создают препятствия для электронной торговли. Основное

внимание в статье 6 уделяется двум основополагающим функциям подписи, а именно идентификации автора документа и подтверждению согласия автора с содержанием этого документа. В пункте 1(а) устанавливается принцип, заключающийся в том, что в условиях использования электронных средств основополагающие правовые функции подписи выполняются с помощью метода, который позволяет идентифицировать составителя сообщения данных и подтвердить, что составитель согласен с содержанием этого сообщения данных.

70. Что касается уровня надежности, обеспечиваемого этим методом, то в пункте 1(б) устанавливается принцип гибкого подхода. В нем предусматривается, что метод, использованный в соответствии с пунктом 1(а), должен являться как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любую договоренность между составителем и адресатом сообщения данных.

71. При определении того, является ли метод, использованный согласно пункту 1(а), соответствующим, должны учитываться, среди прочего, следующие правовые, технические и коммерческие факторы: а) статус и относительный "экономический вес" сторон; б) характер их коммерческой деятельности; с) частотность коммерческих сделок между сторонами; д) вид и объем сделки; е) функция требований о подписи в конкретной нормативно-правовой среде; ф) возможности систем связи; г) выполнение процедур удостоверения подлинности, установленных посредниками; h) набор процедур удостоверения подлинности, предлагаемых каким-либо посредником; i) соблюдение торговых обычаев и практики; j) наличие механизмов страхового покрытия для случаев передачи несанкционированных сообщений; и к) любые другие соответствующие факторы.

72. В пункте 1(б) не проводится различие между ситуацией, когда пользователи ЭДИ связаны соглашением о передаче сообщений, и ситуацией, когда стороны предварительно не вступили в договорные отношения по поводу использования ЭДИ. Таким образом, статью 6 можно рассматривать как устанавливающую минимальный стандарт удостоверения подлинности для сообщений ЭДИ, обмен которыми, возможно, будет происходить в отсутствие предварительно установленных договорных отношений, и одновременно обеспечивающую руководящие указания относительно того, что может считаться надлежащей заменой подписи, если стороны используют сообщения ЭДИ в контексте соглашения о передаче сообщений. Таким образом, цель Типового закона состоит в том, чтобы предоставить полезные руководящие указания как в контексте, когда согласно национальным законам решение вопроса об удостоверении подлинности сообщений данных полностью оставляется на усмотрение сторон, так и в контексте, когда требования подписи, которые обычно устанавливаются на основании императивных положений национального права, не могут быть изменены на основании договоренности сторон.

73. Можно отметить, что понятие "договоренность между составителем и адресатом сообщения данных" следует толковать как охватывающее не только двусторонние или многосторонние договоренности, заключенные между сторонами, непосредственно обменивающимися сообщениями данных (например, "соглашения между торговыми партнерами"), но и соглашения о передаче сообщений (например, "соглашения об обслуживании с третьими сторонами"), предусматривающие участие таких посредников, как сети передачи сообщений. Соглашения, заключенные между пользователями ЭДИ и сетями, будут обычно включать "системные нормы", т.е. административные и технические правила и процедуры для применения при передаче сообщений данных.

Справочные материалы

A/CN.9/406, пункты 102-105
A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 7
A/CN.9/390, пункты 97-109
A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 7
A/CN.9/387, пункты 81-90
A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 7
A/CN.9/WG.IV/WP.58, приложение

A/CN.9/373, пункты 63-76
A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 50-63
A/CN.9/360, пункты 71-75
A/CN.9/WG.IV/WP.53, пункты 61-66
A/CN.9/350, пункты 86-89
A/CN.9/333, пункты 50-59
A/CN.9/265, пункты 49-58 и 79-80

Статья 7. Подлинник

74. Если определять "подлинник" как носитель, на котором производится первоначальная запись информации, то говорить о "подлинности" сообщений данных невозможно, так как адресат сообщения данных всегда будет получать его копию. В то же время статью 7 следует рассматривать в ином контексте. Понятие "подлинник", использованное в статье 7, является полезным, поскольку на практике многие споры связаны с вопросом подлинности документов и поскольку в электронных коммерческих операциях требование представления подлинников является одним из главных препятствий, которое пытается устранить Типовой закон. Кроме того, статья 7 является необходимой, поскольку хотя в некоторых правовых системах под требованием представления информации "в письменной форме", возможно, подразумевается представление "подлинника", в Типовом законе понятия "письменной формы", "подписи" и "подлинника" рассматриваются как отдельные концепции в статьях 5, 6 и 7, соответственно. Статья 7 также является полезной с точки зрения разъяснения понятий "письменной формы" и "подлинника", в частности с учетом их значения как доказательств.

75. Хотя может казаться, что положения статьи 7 имеют отношение к товарораспорядительным и оборотным документам, применительно к которым особое значение имеет понятие уникальности подлинника, внимание обращается на тот факт, что применение к товарораспорядительным и оборотным документам или к таким областям права, где существуют особые требования в отношении регистрации или нотариального удостоверения письменной формы, как, например, в семейном праве или при купле-продаже недвижимости, не является первоочередной целью Типового закона.

76. Статью 7 следует рассматривать как устанавливающую минимальное приемлемое требование в отношении формы, которому должно отвечать сообщение данных, чтобы считаться функциональным эквивалентом подлинника. Было указано, что стороны не должны иметь возможности отступать от положений статьи 7 по тем же причинам, по которым они не будут иметь возможности отступать от действующих императивных норм, которые будут заменены статьей 7.

77. В статье 7 подчеркивается важность целостности информации как условия ее подлинности и устанавливаются критерии, которые необходимо учитывать при оценке целостности и которые касаются систематической записи информации, доказательств того, что информация была записана без пропусков, и защиты данных от изменений. В этой статье увязывается понятие подлинности с методом удостоверения подлинности и основное внимание уделяется методу удостоверения подлинности, который надлежит использовать для выполнения установленного требования. Она основывается на следующих элементах: простой критерий, такой как "целостность" данных; описание элементов, которые необходимо учитывать при оценке целостности; и элемент гибкости, например, ссылка на обстоятельства.

Справочные материалы

A/CN.9/406, пункты 106-110
A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 8
A/CN.9/390, пункты 110-133
A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 8
A/CN.9/387, пункты 91-97
A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 8
A/CN.9/WG.IV/WP.58, приложение

A/CN.9/373, пункты 77-96
A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 64-70
A/CN.9/360, пункты 60-70;
A/CN.9/WG.IV/WP.53, пункты 56-60
A/CN.9/350, пункты 84-85
A/CN.9/265, пункты 43-48

Статья 8. Допустимость и доказательственная сила сообщения данных

78. Цель статьи 8 состоит в том, чтобы установить как допустимость сообщений данных в качестве доказательства при процессуальных действиях, так и их доказательственную силу. Что касается допустимости, то в пункте 1, устанавливающем, что не должно чиниться препятствий для допустимости сообщений данных в качестве доказательств при процессуальных действиях лишь на том основании, что они представлены в электронной форме, сделан упор на общий принцип, изложенный в статье 4, и этот пункт является необходимым, с тем чтобы прямо установить его применение к допустимости доказательств - области, в которой в некоторых государствах могут возникнуть особо сложные проблемы. Выражение "наилучшее доказательство" представляет собой термин, понятный и необходимый в странах общего права. В то же время понятие "наилучшее доказательство" может вызвать большую неопределенность в тех правовых системах, в которых эта норма неизвестна. Те государства, в которых этот термин может рассматриваться как лишенный конкретного значения и потенциально вводящий в заблуждение, могут принять Типовой закон без ссылки на правило о "наилучшем доказательстве", которая содержится в пункте 1.

79. Что касается оценки доказательственной силы сообщения данных, то в пункте 2 содержится полезное руководство относительно того, каким образом оценивать доказательственную ценность сообщений данных (например, в зависимости от того, подготавливаются, хранятся и передают ли они надлежащим способом).

80. В пункте 3 устанавливается функциональный эквивалент "подлинника" для целей доказывания в случае, когда ни соглашение сторон, ни какое-либо положение закона не требуют представления подлинника. Помимо того, что этот пункт касается обычной и практики, он закрепляет диспозитивную норму, дополняющую условия соглашений в случае существования пробелов или упущений в договорных положениях, например, в соглашениях о передаче сообщений или в "системных нормах".

Справочные материалы

A/CN.9/406, пункты 111-113
A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 9
A/CN.9/390, пункты 134-143
A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 9
A/CN.9/387, пункты 98-109
A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 9
A/CN.9/WG.IV/WP.58, приложение

A/CN.9/373, пункты 97-108
A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 71-81
A/CN.9/360, пункты 44-59
A/CN.9/WG.IV/WP.53, пункты 46-55
A/CN.9/350, пункты 79-83 и 90-91
A/CN.9/333, пункты 29-41
A/CN.9/265, пункты 27-48

Статья 9. Хранение сообщений данных

81. В статье 9 устанавливается свод дополнительных норм для действующих требований относительно хранения информации (например, в целях отчетности или налогообложения), которые могут представлять собой препятствия для развития современной торговли.

82. Пункт 1 призван закрепить условия, при которых обязательство хранить сообщения данных, которое может предусматриваться применимым правом, будет считаться выполненным. В подпункте (а) просто воспроизводятся установленные согласно статье 5 условия, при выполнении которых сообщение данных будет считаться удовлетворяющим норме, которая предписывает представление информации в письменной форме. В подпункте (б) указывается на отсутствие необходимости сохранять сообщение в неизменном виде, если хранимая информация точно воспроизводит сообщение данных, которое было передано. Было бы нецелесообразно требовать, чтобы информация хранилась в неизменном виде, поскольку обычно для целей хранения сообщения необходимо расшифровывать, уплотнять или преобразовывать.

83. Цель подпункта (с) состоит в том, чтобы охватить всю информацию, которую, возможно, необходимо хранить и которая включает, помимо самого сообщения, определенную переданную информацию, которая может потребоваться для идентификации сообщения. Подпункт (с), устанавливая обязательство сохранять переданную информацию, связанную с сообщением данных, устанавливает стандарт, который превосходит большинство стандартов, существующих согласно национальным законам в отношении хранения сообщений на бумаге. В то же время, если определенная переданная информация имеет важное значение и подлежит

хранению, другая переданная информация может быть включена без ущерба для целостности сообщения данных. Именно по этой причине в подпункте (с) проводится разграничение между теми элементами переданной информации, которые имеют важное значение для идентификации сообщения, и весьма немногочисленными элементами переданной информации (например, протоколы обмена сообщениями), которые не представляют ценности для сообщения данных и которые, как правило, будут автоматически исключаться из поступающего сообщения ЭДИ принимающим компьютером еще до того, как сообщение данных фактически поступит в информационную систему адресата.

84. На практике хранение информации, и особенно хранение переданной информации, будет осуществляться не составителем или адресатом, а посредниками. Однако даже в том случае, если получить требуемую информацию невозможно вследствие того, что лицо, на которое распространяется это требование о хранении, не контролирует операции системы связи, такое лицо не освобождается от ответственности. Цель этого положения состоит в том, чтобы воспрепятствовать недобросовестной практике или умышленным неправомерным действиям в том смысле, что лицо, которое обязано хранить сообщение данных, не может быть освобождено от выполнения этого обязательства на том основании, что информационная система выбранного посредника функционирует в таком режиме, который не обеспечивает сохранение переданной информации. В то же время в пункте 3 устанавливается, что лицу, на которое возложено обязательство хранить сообщение данных, разрешается обращаться к услугам любой третьей стороны, а не только посредников, как они определены в статье 2.

Справочные материалы:

A/CN.9/406, пункты 59-72

A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 14

A/CN.9/387, пункты 164-168

A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 14

A/CN.9/373, пункты 123-125

A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункт 94

ГЛАВА III. ПЕРЕДАЧА СООБЩЕНИЙ ДАННЫХ

Статья 10. Изменение по договоренности

85. Решение провести работу по подготовке Типового закона основывалось на признании того, что правовые проблемы, связанные с использованием современных средств передачи данных, на практике пытаются урегулировать в первую очередь в тексте контрактов. Цель Типового закона состоит, таким образом, в том, чтобы поддержать принцип автономии сторон. В то же время этот принцип закрепляется лишь в отношении положений Типового закона, которые включены в главу III. Причина такого ограничения состоит в том, что положения, содержащиеся в главе II, в некотором отношении могут рассматриваться как свод исключений из широко признаваемых норм, касающихся формы законных сделок. Подобные широко признаваемые нормы обычно являются императивными, поскольку они в целом отражают решения публичного порядка. Безоговорочное заявление о свободе сторон отходить от Типового закона может быть, таким образом, ошибочно истолковано как разрешающее сторонам посредством достижения договоренности об отходе от Типового закона отходить от императивных норм, принятых в силу соображений публичного порядка. Положения, содержащиеся в главе II, следует рассматривать как устанавливающие минимальные приемлемые требования относительно формы, и по этой причине их следует рассматривать в качестве императивных, если в их тексте прямо не устанавливается иное.

86. Статья 10 предназначена для применения не только в контексте отношений между составителями и адресатами сообщений данных, но и в контексте отношений с участием посредников. В тексте прямо ограничивается автономия сторон правами и обязанностями, возникающими в отношениях между сторонами, с тем чтобы текст статьи не мог пониматься как относящийся к правам и обязанностям третьих сторон.

Справочные материалы:

A/CN.9/406, пункты 88-89

A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 5

A/CN.9/390, пункты 74-78

A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 5

A/CN.9/387, пункты 62-65

A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 5

A/CN.9/373, пункт 37

A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 27-29

Статья 11. Атрибуция сообщений данных

87. Статья 11 основывается на статье 5 Типового закона ЮНСИТРАП о международных кредитовых переводах, в которой определяются обязанности отправителя платежного поручения. Статья 11 предназначена для применения в том случае, если возникают сомнения в том, что сообщение данных было действительно направлено лицом, указанным в качестве составителя. В случае передачи данных в бумажных документах эта проблема может возникнуть в результате возможной фальсификации подписи предполагаемого составителя. В условиях применения электронных средств сообщение может быть отправлено не уполномоченным на то лицом, однако его подлинность может быть точно удостоверена с помощью кода, шифра или аналогичного обозначения.

88. В Типовом законе эта проблема регулируется в три этапа. Первый этап описывается в статье 11(1): "сообщение данных считается сообщением составителя, если оно было передано составителем или иным лицом, которое имело полномочия действовать от имени составителя в отношении этого сообщения данных". Решение вопроса о том, имело ли такое другое лицо фактические и юридические полномочия действовать от имени составителя, оставляется на урегулирование на основании надлежащих правовых норм за пределами Типового закона.

89. Более важное значение имеет второй этап, описанный в статье 11(2): если адресат применил согласованные процедуры удостоверения подлинности и в результате применения этой процедуры было должным образом проверено, что источником сообщения является составитель, это сообщение данных полагается сообщением данных составителя. Пункт 2 охватывает не только ситуацию, когда процедура удостоверения подлинности была согласована составителем и адресатом, но и ситуации, когда составитель в одностороннем порядке или в результате соглашения с посредником определил процедуру и согласился быть связанным сообщением данных, которое отвечает соответствующим требованиям этой процедуры. В пункте 2 отражены следующие две идеи. Во-первых, адресат не имеет возможности провести разграничение между санкционированным использованием процедуры и несанкционированным применением этой процедуры. Во-вторых, если процедура, одобренная составителем, является обоснованной и адресат может доказать, что он ее применил, то, по всей вероятности, именно по вине составителя какое-либо третье не уполномоченное на то лицо смогло выяснить, как надлежит удостоверять подлинность сообщения данных.

90. На основании вышеизложенного можно перейти к третьему этапу оценки подобной ситуации, как это описывается в статье 11(3). Составитель или адресат - в зависимости от случая - будет нести ответственность за любое несанкционированное сообщение данных, если может быть доказано, что оно было направлено в результате ошибки или небрежности такой стороны. Норма, касающаяся возложения бремени доказывания, устанавливается в статье 11(3).

91. Пункт 4 призван не допустить, чтобы составитель дезавуировал сообщение после того, как оно было направлено, если только адресат не знал или не должен был знать, что это сообщение данных не было сообщением составителя. Кроме того, пункт 4 призван учесть возможность наличия ошибок в содержании сообщения, вызванных ошибками в передаче.

92. В пункте 5 устанавливается, что атрибуция авторства сообщения составителю не должна наносить ущерба правовым последствиям данного сообщения, которые должны определяться применимым правом.

Справочные материалы:

A/CN.9/406, пункты 114-131

A/CN.9/WG.IV/WP.62, статья 10

A/CN.9/390, пункты 144-153

A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 10

A/CN.9/387, пункты 110-132

A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 10

A/CN.9/373, пункты 109-115

A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 82-86

Статья 12. Подтверждение получения

93. Использование функциональных подтверждений является относящимся к деловой практике решением, принимаемым пользователями ЭДИ; Типовой закон отнюдь не преследует цели предписать использование какой-либо подобной процедуры. Однако, учитывая коммерческую ценность системы подтверждения получения и широкую распространенность использования таких систем в контексте ЭДИ, было сочтено, что в Типовом законе следует рассмотреть ряд правовых вопросов, возникающих в результате использования процедур подтверждения. Положения статьи 12 исходят из предположения о том, что процедуры подтверждения должны использоваться по усмотрению составителя. Следует отметить, что статья 13 не преследует цели вторжения в сферу действия права, регулирующего составление контрактов.

94. Цель пункта 2 состоит в том, чтобы юридически признать факт подтверждения с помощью любого сообщения или любых действий адресата (например, отгрузки товара в качестве подтверждения получения заказа на поставку) в случае, когда составитель не направил запроса о том, чтобы это подтверждение представлялось в какой-либо конкретной форме. Пункт 3, в котором регулируется ситуация, когда составитель указал, что сообщение данных обусловливается получением подтверждения, применяется независимо от того, оговорил ли составитель, что это подтверждение должно быть получено в течение определенного срока.

95. Цель пункта 4 состоит в том, чтобы урегулировать более общую ситуацию, когда подтверждение запрашивается без какого-либо заявления со стороны составителя о том, что сообщение данных не будет иметь силы до получения подтверждения. Такое положение необходимо для установления момента времени, когда составитель сообщения данных, запросивший подтверждение получения, будет освобождаться от любых правовых последствий направления такого сообщения данных, если запрошенное подтверждение не получено. В качестве примера фактической ситуации, когда положение, аналогичное пункту 3, может оказаться особенно полезным, можно привести случай, когда составителю оферты, который не получил запрошенного подтверждения от адресата оферты, возможно, необходимо будет знать тот момент времени, по истечении которого он будет иметь право направить такую оферту другой стороне. Можно отметить, что это положение не создает связывающего составителя обязательства, а лишь устанавливает те средства, с помощью которых составитель, если он того пожелает, может четко определить свой статус в тех случаях, когда он не получил запрошенного подтверждения. Можно также отметить, что это положение не создает какого-либо обязательства, связывающего адресата сообщения данных, который в большинстве случаев будет по своему выбору полагаться либо не полагаться на любое конкретное сообщение данных, при условии, что он будет нести риск того, что на сообщение данных нельзя полагаться в результате отсутствия подтверждения получения. В то же время адресату обеспечивается определенная защита, поскольку составитель, который не получил запрошенного подтверждения, не может автоматически рассматривать сообщение данных как неполученное без направления нового уведомления адресату.

96. Опровержимая презумпция, устанавливаемая в пункте 5, необходима для создания определенности и будет играть особенно полезную роль в контексте электронной передачи данных между сторонами, которые не связаны соглашением о торговом партнерстве. Ссылка на технические требования, которую в контексте передачи сообщения ЭДИ следует в первую очередь понимать как ссылку на "синтаксис данных", будет, возможно, иметь менее важное значение в контексте использования других средств передачи данных, таких, как телеграмма или телекс.

Справочные материалы:

A/CN.9/406, пункты 15-33
 A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 11
 A/CN.9/387, пункты 133-144
 A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 11
 A/CN.9/373, пункты 116-122
 A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 87-93

A/CN.9/360, пункт 125
 A/CN.9/WG.IV/WP.53, пункты 80-81
 A/CN.9/350, пункт 92
 A/CN.9/333, пункты 48-49

Статья 13. Составление и действительность контрактов

97. Статья 13 не призвана вступать в коллизию с нормами права, касающимися составления контрактов; ее цель скорее состоит в содействии международной торговле путем обеспечения большей правовой определенности в том, что касается заключения контрактов с помощью электронных средств. Она касается не только вопроса о составлении контракта, но и формы, в которой могут быть выражены оферта и акцепт оферты. В некоторых странах положение, аналогичное пункту 1, может быть сочтено содержащим лишь очевидное указание, т.е. то, что оферта и акцепт оферты, как и любое другое волеизъявление, могут передаваться с помощью любых средств, включая сообщения данных. Тем не менее пункт 1 является необходимым с учетом сохраняющейся в ряде стран неопределенности по вопросу о действительности заключения контрактов с помощью электронных средств.

98. Можно также отметить, что в пункте 1 вновь закрепляется, в контексте составления контрактов, принцип, который уже воплощен в других статьях Типового закона, например в статьях 4, 8 и 11, устанавливающих юридическую силу сообщений данных. Пункт 1 является, однако, необходимым, поскольку то обстоятельство, что электронные сообщения могут обладать юридической силой в качестве доказательств и иметь некоторые последствия, в том числе те, которые предусматриваются в статьях 8 и 11, необязательно означает, что они могут использоваться для целей заключения действительных контрактов.

99. Пункт 1 охватывает не только случаи, в которых и оферта и акцепт оферты передаются с помощью электронных средств, но и случаи, когда только оферта или только акцепт оферты передаются с помощью электронных средств. Что касается момента и места составления контрактов в тех случаях, когда оферта и акцепт оферты выражаются с помощью сообщения данных, то в Типовой закон не было включено какой-либо конкретной нормы, с тем чтобы не вступать в коллизию с нормами национального права, применимыми к составлению контрактов. Было сочтено, что такое положение может выйти за пределы цели Типового закона, который должен ограничиваться установлением того, что электронные сообщения позволят достичь той же степени правовой определенности, что и документальные сообщения. Объединение действующих норм, касающихся составления контрактов, с положениями, содержащимися в статье 14, направлено на то, чтобы устранить неопределенность относительно момента и места составления контрактов в случаях, когда направление оферты или акцепта происходит с помощью электронных средств.

100. В ходе разработки пункта 1 было сочтено, что это положение может оказывать неблагоприятное воздействие, поскольку оно может рассматриваться как имеющее преимущественную силу по отношению к применимым в иных случаях положениям внутригосударственного права, которые могут предписывать конкретные формальности, подлежащие соблюдению при составлении определенных контрактов. Такие формальности включают нотариальное засвидетельствование и другие требования в отношении письменной формы и могут учитывать соображения, связанные с публичным порядком, например, необходимостью обеспечивать защиту определенных сторон или предупреждать их о существовании конкретных рисков. По этой причине было решено предусмотреть в пункте 2 для принимающего Типовой закон государства возможность исключить применение пункта 1 в определенных случаях, которые должны быть оговорены в законодательных актах, вводящих в действие Типовой закон.

Справочные материалы:

A/CN.9/406, пункты 34-41
 A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 12
 A/CN.9/387, пункты 145-151
 A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 12
 A/CN.9/373, пункты 126-133
 A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 95-102

A/CN.9/360, пункты 76-86
 A/CN.9/WG.IV/WP.53, пункты 67-73
 A/CN.9/350, пункты 93-96
 A/CN.9/333, пункты 60-68

Статья 14. Время и место отправки и получения сообщений данных

101. В пункте 1 время отправки сообщения данных определяется как момент, когда сообщение данных поступает в находящуюся вне контроля составителя информационную систему, которой может быть информационная система посредника или информационная система адресата. Если отправка имеет место, когда сообщение данных достигает информационной системы адресата, то отправка согласно пункту 1 и получение согласно пункту 2 происходят одновременно за исключением тех случаев, когда сообщение данных направляется в информационную систему адресата, не являющуюся информационной системой, указанной адресатом в соответствии с пунктом 2(а).

102. В пункте 2, цель которого состоит в определении момента получения сообщения данных, рассматривается ситуация, когда адресат в одностороннем порядке указывает конкретную информационную систему для получения сообщения (а в этом случае указанная система может и не быть информационной системой адресата) и сообщение данных достигает информационной системы адресата, которая не была указанной системой. В подобной ситуации приоритет отдается указанной информационной системе.

103. Следует обратить внимание на понятие "поступления" в информационную систему, которое используется в связи с определением как отправки, так и получения сообщения данных. Сообщение данных поступает в информационную систему в момент, когда создаются возможности для его обработки в этой информационной системе. Вопрос о том, имеются ли возможности

для использования адресатом сообщения данных, поступившего в информационную систему, Типовым законом не регулируется. Типовой закон не преследует цели установить преимущественный режим по отношению к положениям внутригосударственного законодательства, в соответствии с которыми получение сообщения происходит в тот момент, когда сообщение попадает в сферу контроля адресата, независимо от того, может ли адресат использовать это сообщение. Типовой закон не преследует и цели создания коллизии с торговыми обычаями, в соответствии с которыми определенные закодированные сообщения считаются полученными даже до возникновения у адресата возможности их использования или прочтения. Было сочтено, что Типовой закон не должен устанавливать более жесткое требование, чем требование, существующее в настоящее время в режиме, основывающемся на использовании бумажной документации, когда какое-либо сообщение может считаться полученным даже в том случае, если оно не может быть прочитано адресатом, или если даже цель создания такой возможности не ставилась лицу или органу, выполняющему функции по хранению информации (например, когда направляются закодированные данные с единственной целью их сохранения в контексте защиты прав на интеллектуальную собственность).

104. Сообщение данных не следует считать отправленным, если оно лишь достигает информационной системы адресата, но не поступает в нее. Можно отметить, что в Типовом законе вопрос о возможных неполадках в функционировании информационных систем не рассматривается. В частности, если информационная система адресата не функционирует или функционирует, но не надлежащим образом, или, хотя она и функционирует надлежащим образом, сообщение данных не может поступить в эту систему (например, в случае, когда постоянно занят телефакс), отправки согласно Типовому закону не происходит. В ходе подготовки Типового закона было сочтено, что не следует включать общего положения, возлагающего на адресата обременительную обязанность обеспечивать постоянное функционирование своей системы. Однако государство, принимающее Типовой закон, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении дополнительных положений, отвечающих принципу соблюдения добросовестности в международной торговле, как он отражен в статье 3, с тем чтобы урегулировать ситуации, когда адресат может преднамеренно или по небрежности вызвать сбой в функционировании своей информационной системы.

105. Цель пункта 4 состоит в том, чтобы урегулировать вопрос о месте получения сообщения данных. Основная причина включения нормы о месте получения сообщения данных заключается в стремлении учесть обстоятельство, которое является характерным для электронной торговли, но которое, возможно, не урегулировано надлежащим образом в действующих нормах права, а именно то обстоятельство, что информационная система адресата, в которой получено сообщение данных или с которой сообщение данных воспроизведено, зачастую расположена за пределами той юрисдикции, которая действует в месте нахождения самого адресата. Поэтому смысл данного положения - обеспечить, чтобы место нахождения информационной системы не являлось определяющим элементом и чтобы, напротив, существовала определенная разумная связь между адресатом и тем местом, которое считается местом получения, а также чтобы составитель мог беспрепятственно установить это место. Можно отметить, что Типовой закон не содержит конкретных положений о том, каким образом следует указывать информационную систему и может ли быть произведено изменение после того, как такая система была указана адресатом.

106. Можно отметить, что пункт 4, который содержит ссылку на "основную сделку", предполагает охват как уже заключенных, так и планируемых основных сделок. Ссылки на "место осуществления предпринимательской деятельности", "основное место осуществления предпринимательской деятельности" и "постоянное местожительство" были включены с целью привести этот текст в соответствие со статьей 10 Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров.

107. В результате действия пункта 4 проводится различие между предполагаемым местом получения и местом, которого сообщение данных фактически достигло в момент его получения согласно пункту 2. Такое различие не следует толковать как предполагающее распределение рисков между составителем и адресатом в случае искажения или утраты сообщения данных в период между моментом его получения согласно пункту 2 и моментом, когда оно достигает своего места получения согласно пункту 4. Пункт 4 всего лишь устанавливает презумпцию, касающуюся правового факта, который должен использоваться в тех случаях, когда нормы, относящиеся к другой отрасли права (например, к составлению контрактов или к коллизионному праву), требуют определения места получения сообщения данных. В ходе подготовки Типового закона было сочтено, однако, что проведение различия между местом получения сообщения данных и местом, которого сообщение данных достигло в момент его получения, было бы нецелесообразным вне контекста компьютеризированной передачи сообщений (например, в контексте телеграммы или телекса). В силу этого сфера действия данного положения была ограничена лишь компьютеризированной передачей сообщений данных. Еще одно ограничение содержится в пункте 5, согласно которому из сферы действия пункта 4 исключаются вопросы, относящиеся к административному законодательству, уголовному законодательству или законодательству о защите данных.

Справочные материалы

A/CN.9/406, пункты 42-58
A/CN.9/WG.IV/WP.60, статья 13
A/CN.9/387, пункты 152-163
A/CN.9/WG.IV/WP.57, статья 13
A/CN.9/373, пункты 134-146
A/CN.9/WG.IV/WP.55, пункты 103-108

A/CN.9/360, пункты 87-89
A/CN.9/WG.IV/WP.53, пункты 74-76
A/CN.9/350, пункты 97-100
A/CN.9/333, пункты 69-75

2. Предложение наблюдателя от Международной торговой палаты: записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.65) [Подлинный текст на английском языке]

1. На двадцать восьмой сессии Рабочей группы было внесено предложение включить в проект типового закона ЮНСИТРАЛ о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных положение, обеспечивающее признание того, что определенные условия, которые могут быть включены в запись данных посредством простой ссылки, будут иметь такую же юридическую силу, как если бы они в полном объеме были изложены в тексте этой записи данных. Было отмечено, что вопрос о включении посредством ссылки определенных условий в сообщение ЭДИ имеет принципиальное значение для пользователей ЭДИ и что поэтому особенно важно обеспечить определенность в отношении порядка использования этого метода. Была высказана мысль о том, что ЭДИ, по всей видимости, представляет собой систему включения посредством ссылки, поскольку сообщения ЭДИ не имеют смысла и весомого значения для заключения контракта без включения посредством ссылки соответствующих стандартов передачи. Было принято решение о том, что Рабочая группа в ходе одной из будущих сессий рассмотрит вопрос о включении условий в запись данных посредством простой ссылки на такие условия (A/CN.9/406, пункты 90 и 178). В отношении планирования будущей работы было высказано мнение о том, что Рабочая группа на своей двадцать девятой сессии после завершения рассмотрения проекта руководства по принятию проекта типового закона, которое должно быть подготовлено секретариатом, могла бы провести общее обсуждение вопросов возможности переуступки или передачи прав на товары. Было высказано мнение о том, что вопрос о включении путем ссылки также можно было бы рассмотреть на двадцать девятой сессии с целью его возможного отражения в проекте типового закона. Ряд делегаций выразили готовность подготовить краткий документ для содействия обсуждению обеих тем. Однако было отмечено, что, хотя Рабочая группа, возможно, будет располагать достаточным временем для проведения общей дискуссии, она не сможет подробно рассмотреть ни одну из этих тем (A/CN.9/406, пункт 179).

2. После двадцать восьмой сессии Рабочей группы секретариат получил от наблюдателя от Международной торговой палаты (МТП), вместе с пояснительными замечаниями, текст предлагаемой статьи по вопросу о включении посредством ссылки. Предложенный МТП проект статьи вместе с пояснительными замечаниями воспроизводится в приложении к настоящей записке в том виде, в котором он был получен секретариатом.

ПРИЛОЖЕНИЕ

A. ПРЕДЛАГАЕМАЯ СТАТЬЯ

Международная торговая палата, Париж, предлагает для рассмотрения Рабочей группой на ее очередной сессии следующий проект по вопросу о включении посредством ссылки в качестве возможного дополнения к проекту типового закона. Основание: Доклад Рабочей группы (Вена, 3-14 октября 1994 года), (A/CN.9/406), пункты 90 и 179.

Статья 15. Включение посредством ссылки

В тех случаях, когда условия, оговорки, договоренности, стандарты, правила или руководящие принципы (общий термин- "условия") [разумно указываются] [оговариваются] в сообщении данных, эти условия [могут быть] [считаются], если не согласовано иное, [включены] [включенными] путем ссылки в сообщение данных. Такие условия имеют юридическую силу и являются юридически обязательными, как если бы они были полностью изложены в сообщении данных, в той степени, в которой это допускается законом, за исключением случаев, когда они своевременно отклоняются какой-либо стороной. Для установления того, считаются ли подобные условия, включенные посредством ссылки, юридически обязательными, следует рассмотреть ряд факторов, включая следующие вопросы:

- a) были ли такие условия ранее оговорены в применимом контракте или в отношениях между сторонами;
- b) имеются ли такие условия в распоряжении адресата сообщения данных;
- c) были ли такие условия ранее предоставлены адресату отправителем;
- d) являются ли такие условия разумно доступными для адресата сообщения данных [при нормальном порядке осуществления деловых сообщений];
- e) передаются ли такие условия незамедлительно адресату отправителем по просьбе адресата; или
- f) зарегистрированы ли, хранятся ли и распространяются ли такие условия каким-либо лицом или организацией, которые широко признаются в соответствующей отрасли для этих целей, и указано ли такое лицо или организация в сообщении данных].

Настоящая статья не затрагивает вопросы включения условий на основании торговых обычаев или деловой практики, установленной между сторонами.

B. ОБСУЖДЕНИЕ

1. Определение понятия "включение посредством ссылки"

Включение посредством ссылки определяется в качестве метода включения одного сообщения или записи данных в состав другого, отличного от него сообщения или записи данных посредством ссылки на первое сообщение или запись в тексте второго

и путем заявления о том, что первое сообщение или запись должны восприниматься или рассматриваться в качестве части второго сообщения или записи, как если бы они были полностью изложены в их тексте. В тех случаях, когда в сообщении или записи данных включена посредством ссылки внешняя информация, предмет ссылки становится частью основного сообщения или записи данных, как если бы он был полностью изложен.

2. Важнейшее значение практики включения посредством ссылки для электронной торговли

Практика включения посредством ссылки постоянно широко используется в рамках ЭДИ и других средств/методов электронной торговли. Это необходимо для эффективности обработки данных. Так, ЭДИ и различные формы электронной торговли являются по сути и в основном системами включения посредством ссылки. Если рассматривать этот вопрос с практической точки зрения, то сообщения ЭДИ потенциально создают меньшую юридическую определенность, если не предусматривается жесткого режима включения посредством ссылки юридических, технических и административных условий, условий контракта, оговорок, договоренностей, стандартов, правил или руководящих принципов. Соответственно для обеспечения того, чтобы такое включение посредством ссылки обеспечивало юридическую определенность в электронной торговле, и для содействия развитию компьютерной торговли необходима норма, прямо регулирующая этот вопрос. Хорошим примером является расширение практики использования стандартизированных форм сообщений, которые не представляют трудностей для понимания и которые в ряде случаев приобретают юридическую силу только в случае ссылки на стандарты ООН/ЭДИФАКТ.

3. Недостаточное регулирование на основании традиционных торговых обычаев и юридических критериев

Традиционное использование практики включения посредством ссылки различных торговых условий, таких, как "Инкотермс" МТП, УПО 500 и аналогичные условия, которые, как это признается, отражают торговые обычаи, иногда считается более надежным с точки зрения создания юридической определенности (в тех случаях, когда они включаются посредством ссылки), чем использование некоторых условий электронной торговли (включая типовые соглашения об ЭДИ/обмене сообщениями, руководящие принципы и принципы обеспечения безопасности) в тех случаях, когда подобные условия также включаются посредством ссылки. Поскольку ЭДИ стал использоваться относительно недавно, практика рассмотрения вопросов о включении посредством ссылки в судах или других органах, возможно, не обеспечивает сопоставимого уровня юридической определенности.

Имеется значительная опасность того, что применение традиционных юридических критериев для определения возможности принудительного исполнения условий, которые предполагалось включить посредством ссылки, будет менее эффективным в случае соответствующих условий электронной торговли в результате принципиальных различий между механизмами традиционной и электронной торговли. Например, в число традиционных юридических критериев включения посредством ссылки входят вопросы о том, являются ли включенные условия "ясными и очевидными", "сформулированы ли ссылки должным образом, чтобы свидетельствовать о ясном намерении включить соответствующие условия" или является ли намерение о включении "ясным и убедительным". Такие критерии могут создавать ненужные препятствия для содействия развитию электронной торговли. Так, предлагаемая новая статья соответствует устанавливаемой Правилами ЮНСИТРАЛ по ЭДИ концепции признания автономии сторон и реализует эту концепцию. Трудности заключаются в том, что в условиях использования компьютеров применяются иные методы уведомления и доступа и что, таким образом, включение посредством ссылки может быть отклонено некоторыми судебными органами в отсутствие вспомогательной формулировки, подобной той, которая предлагается вниманию ЮНСИТРАЛ в настоящей записке.

С. СООТВЕТСТВУЮЩИЕ ТЕКСТЫ ЮНСИТРАЛ

Хотя можно привести доводы о том, что некоторые условия могут быть охвачены нижеуказанными текстами ЮНСИТРАЛ, в условиях электронной торговли соответствующих положений будет недостаточно для урегулирования вопроса о включении посредством ссылки.

Статья 9(2) Венской конвенции о купле-продаже

При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли.

[Редакционное примечание: Цель этого положения состояла в урегулировании вопроса о включении посредством ссылки ИНКОТЕРМС и УПО. Эта конкретная формулировка не в полной мере подходит, однако, для целей электронной торговли посредством ЭДИ.]

Статья 7 Типового закона о международном торговом арбитраже

1. ... Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.
2. ... Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора.

**3. Предложение Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии:
записка Секретариата
(A/CN.9/WG.IV/WP.66) [Подлинный текст на английском языке]**

1. На двадцать восьмой сессии Рабочей группы было внесено предложение включить в проект типового закона ЮНСИТРАЛ о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных положение, обеспечивающее признание того, что определенные условия, которые могут быть включены в запись данных посредством простой ссылки, будут иметь такую же юридическую силу, как если бы они в полном объеме были изложены в тексте этой записи данных. Было принято решение о том, что Рабочая группа в ходе одной из будущих сессий рассмотрит вопрос о включении условий в сообщение данных посредством простой ссылки на такие условия (A/CN.9/406, пункты 90 и 178).
2. Рабочая группа отметила, что ее рекомендация Комиссии о том, что после завершения подготовки проекта типового закона следует провести предварительную работу по вопросу об обрабатываемости или передаваемости прав на товары в условиях применения компьютерной техники (A/CN.9/390, пункт 158), получила общую поддержку в Комиссии*. Было заявлено, что связанные с этим правовые вопросы, касающиеся электронных реестров, представляют собой необходимую часть этой работы (A/CN.9/406, пункт 178).
3. В отношении планирования будущей работы было высказано мнение о том, что Рабочая группа на своей двадцать девятой сессии после завершения рассмотрения проекта руководства по принятию проекта типового закона, которое должно быть подготовлено Секретариатом, могла бы провести общее обсуждение вопроса об обрабатываемости или передаваемости прав на товары. Было высказано мнение о том, что вопрос о включении путем ссылки также можно было бы рассмотреть на двадцать девятой сессии с целью его возможного отражения в проекте типового закона. Ряд делегаций выразили готовность подготовить краткий документ для содействия обсуждению обеих тем. Однако было отмечено, что, хотя Рабочая группа, возможно, будет располагать достаточным временем для проведения общей дискуссии, она не сможет подробно рассмотреть ни одну из этих тем (A/CN.9/406, пункт 179).
4. После двадцать восьмой сессии Рабочей группы Секретариат получил от делегации Соединенного Королевства, вместе с пояснительными замечаниями, текст предлагаемой статьи по вопросу о включении посредством ссылки, а также текст записки, в котором рассматриваются правовые вопросы, связанные с оборотными коносаменентами в контексте ЭДИ. Предложенный Соединенным Королевством проект статьи вместе с пояснительными замечаниями и текст записки воспроизводятся в приложениях I и II к настоящей записке в том виде, в котором они были получены Секретариатом.

ПРИЛОЖЕНИЕ I

ВКЛЮЧЕНИЕ ПОСРЕДСТВОМ ССЫЛКИ

Записка Соединенного Королевства

1. В Соединенном Королевстве в целом допускается включение условий в контракт посредством ссылки на другие документы, в которых эти условия излагаются. Таким образом, может быть обеспечено применение условий в отношениях между сторонами контракта, даже если они не изложены в договорной документации, при условии, что в контракте содержится ясная ссылка на другой документ, в котором эти условия излагаются полностью, или иным образом ясно установлено, что стороны намеревались включить в контракт эти условия¹.
2. В некоторых странах закон - по крайней мере в ряде случаев - требует фактического одобрения условий стороной, которую предполагается ими связать. Кроме того, в некоторых странах может требоваться, чтобы определенные условия были изложены в письменной форме и утверждены с помощью подписи; речь идет, например, об оговорках относительно ограничения ответственности, аннулирования или приостановления контракта, ограничения возможности возражать против исключений, ограничения свободы заключать контракты с третьими сторонами и т.д.
3. Использование ЭДИ не создает в этом контексте никаких новых проблем, однако часто такое использование связано с увеличением числа сообщений, из которых необходимо вывести условия контракта в целом. Даже если контракт составляется с помощью письменных сообщений, его условия, возможно, будет необходимо по отдельности собрать из ряда различных документов. В то же время в контексте ЭДИ большое число кратких сообщений, которыми стороны обмениваются в ходе заключения сделки, означает значительное увеличение опасности раздробления условий контракта. В целях достижения ясности и определенности часто желательно обеспечить возможность объединения согласованных условий в едином тексте, на который может быть сделана ссылка. В замкнутых группах пользователей, в обычном порядке осуществляющих операции друг с другом, достигнуть такой предварительной договоренности относительно легко. Если речь идет об открытом осуществлении операций, то в этом случае более важно четко определить в начале каждого нового обмена сообщениями, какие условия будут применяться и где может содержаться их полное изложение.

*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункт 201.

¹ Даже в тех случаях, когда условия не включаются посредством ссылки, условия могут быть включены в контракт, если сами условия или намерение одной из сторон включить их были достаточно ясно доведены до сведения стороны, которую предполагается связать этими условиями, до заключения контракта или в момент его заключения с помощью документа, который, с точки зрения разумного человека, должен содержать договорные условия, такого, как железнодорожный или авиационный билет. Условия могут также подразумеваться в силу признанного торгового обычая или в силу предыдущих деловых операций между сторонами, или в силу закона.

4. Существуют два основных способа, с помощью которых условия могут передаваться в электронной форме. Если они излагаются полностью и направляются в той части сообщения, которая предназначена для "свободного текста", то отправитель может быть уверен в том, что эти условия поступят в компьютер другой стороны; получатель, однако, не может их использовать, если они не преобразованы в пригодную для считывания человеком форму. Подобный перерыв в осуществлении операций не позволяет производить автоматическую обработку данных, которая и является основной характеристикой и целью ЭДИ. Кроме того, изложение условий в пригодной для считывания человеком форме может быть связано с излишними трудностями и расходами.
5. Второй способ заключается в возможности передачи условий в стандартизированном формате с использованием кодовых обозначений, что создает возможность для непрерывной обработки данных. Это, однако, требует предварительного соглашения между двумя сторонами о том, что закодированные сокращения представляют собой точное и недвусмысленное полное изложение условий, а также, кроме того, о том, что их получение компьютерной системой стороны-получателя представляет собой надлежащее уведомление такой стороны об этих условиях.
6. В тех случаях, когда требуется прямое согласие на условия, это требование также будет необходимо охватить в предварительном соглашении, и, по всей вероятности, о согласии будет сообщено в одном или нескольких сообщениях, обмен которыми будет происходить в момент составления контракта.
7. В случае использования стандартных условий такие условия в индивидуальных сделках могут часто изменяться или обуславливаться исключениями. Некоторые из этих вопросов будут конкретно регулироваться в соответствующих частях сообщений, однако любой касающийся этих моментов текст будет необходимо рассматривать таким же образом, как и такие общие условия, а порядок регулирования должен будет устанавливаться с помощью таких же предварительных соглашений.
8. Если имеется несколько различных версий или вариантов так называемых стандартных условий, каждый из которых может быть сочтен надлежащим в отсутствие ясного указания, стороне, оговаривающей условия, следует до заключения контракта определить применимый свод условий, возможно, используя кодовые обозначения ЭДИ. Умолчание может быть связано с риском, поскольку те условия, которые, возможно, подразумеваются в силу торгового обычая или предыдущих деловых операций, могут и не отвечать намерению стороны.
9. В целом не должно возникать трудностей в связи с включением условий посредством ссылки на внешние источники в том случае, если такие источники были определены заинтересованными сторонами и согласованы ими в качестве применимых, а также если национальным судам в случае необходимости будут предоставлены убедительные доказательства того, что такие определение и согласование действительно имели место.

Третьи стороны

10. Как представляется, реальных проблем в английском праве в том, что касается третьих сторон, практически не возникает. Как общее правило, применяется доктрина договорного согласия и условия контракта имеют силу только для сторон, между которыми он был заключен. Тем не менее третья сторона, которая приобретает права или принимает на себя обязательства по какому-либо контракту, несомненно, пожелает ознакомиться с его условиями. В случае договоров о морской перевозке грузополучателям, или индоссаторам или держателям коносамента, или лицам, которым должен быть сдан груз по морской накладной или судовому деливери-ордеру, будут переданы все искивые права по договору перевозки (Закон о морской перевозке грузов 1992 года). Таким образом, соответствующие условия имеют непосредственное отношение к подобным лицам, которым необходимо предоставить доступ к этим условиям.
11. Если используется ЭДИ и третья сторона принадлежит к тому же "клубу ЭДИ", что и первоначальные стороны (т.е. является стороной основного соглашения об использовании ЭДИ), и используются те же методы связи, стандарты и общие правила ЭДИ, то условия могут быть предоставлены такой третьей стороне с помощью тех же средств, как и одной из первоначальных сторон. Если, однако, третья сторона не принадлежит к тому же "клубу ЭДИ", то пользователям ЭДИ будет необходимо во всех случаях обеспечить, чтобы таким третьим сторонам требующаяся им информация предоставлялась с помощью других средств или чтобы им было по меньшей мере указано, где можно получить такую информацию. В некоторых странах суды занимают весьма жесткие позиции по вопросу о том, была ли третья сторона должным образом поставлена в известность об условиях или были ли ей предоставлены надлежащие возможности ознакомиться с такими условиями.
12. Этот момент необходимо учитывать в системах ЭДИ. В тех случаях, когда контракт заключается в соответствии с ранее заключенным генеральным соглашением, возможно, было бы неразумно полагаться на тот факт, что применимые стандартные условия уже были определены в генеральном соглашении, и не делать на них новой ссылки. Целесообразно сослаться на них в ходе обмена сообщениями между сторонами, заключающими соответствующий контракт. Таким образом, в случае использования систем ЭДИ необходимо сделать адекватную "генеральную" ссылку - хотя бы и с помощью предварительно согласованных кодовых обозначений, если это возможно, - в начале каждой серии обмена сообщениями, которая ведет к заключению контракта или группы взаимосвязанных контрактов. Такая ссылка может быть сделана с помощью отдельного сообщения. С тем чтобы еще раз обеспечить, чтобы ссылки были сочтены адекватными в тех правовых системах, в которых суды будут изучать вопрос о наличии самой тесной связи, возможно, целесообразно включать в другие сообщения серии ссылки собственно на "генеральную" ссылку.
13. В тех случаях, когда контракт заключается не в соответствии с ранее заключенным генеральным соглашением, включение условий, которые можно установить на основании других документов, несомненно, потребует ссылки на них в момент заключения контракта. Это может быть обеспечено за счет использования "генеральной" ссылки, аналогичной той, о которой говорилось в пункте 12 выше. Это позволит ответить на вопросы о том, какие условия устанавливаются и где они излагаются. В отдельных последующих сообщениях также могут быть сделаны дополнительные ссылки.
14. В заключение следует отметить, что, как представляется, имеется ряд моментов, для урегулирования которых полезную роль может сыграть применение критерия добросовестной практики при включении условий посредством ссылки в контракт, составляемый с помощью ЭДИ. В некоторых странах может возникнуть необходимость в том, чтобы содействовать признанию судами в рамках имеющихся у них дискреционных полномочий такого критерия добросовестной практики в качестве достаточного средства уведомления об условиях контракта и их согласования. В то же время, не совсем ясно, имеется ли необходимость в законодательном положении, содержащем требование о соблюдении такой добросовестной практики. С другой стороны, если в праве некоторых

стран имеются положения, ограничивающие способность сторон включать посредством ссылки условия в контракт, составляемый с помощью ЭДИ, такие страны, возможно, пожелают рассмотреть вопрос о возможной целесообразности изменения таких ограничений в целях учета использования ЭДИ при условии, что будет удовлетворен ряд требований. Если будет сочтено, что для содействия модификации национального законодательства в типовой закон следует включить соответствующее положение, то может быть рассмотрен следующий текст:

- "1) В случае, если контракт составляется при использовании сообщения данных или если какие-либо из его условий содержатся в сообщении данных, любые условия, которые не излагаются в этом сообщении данных, но на которые в нем делается ссылка, рассматриваются как составная часть контракта, если в сообщении данных прямо указывается на
 - a) намерение включить в контракт условия, на которые делается ссылка; и
 - b) место, где можно ознакомиться с такими условиями.
- 2) В случаях, если в силу пункта 1 выше какие-либо условия включаются в контракт посредством сообщения данных, включенные таким образом условия рассматриваются также в качестве составной части любого другого контракта, составленного при использовании сообщения данных, в котором прямо указывается, что сообщение данных, содержащее предусматривающую включение ссылки применяется для целей такого другого контракта".

15. В ряде случаев национальное право предусматривает, что условия, включенные посредством ссылки, являются недействительными в той мере, в которой они противоречат другим условиям контракта. Например, условия чартер-партии, включенные в коносамент, не будут иметь силы в той мере, в которой они противоречат условиям коносамента. Тот факт, что контракт составляется при использовании сообщения данных, не должен наносить ущерба действию любой подобной нормы. Для урегулирования этого момента необходимо добавить следующее положение:

- "3) Пункты 1 и 2 выше применяются с учетом любой нормы права, в силу которой действительность включенных таким образом условий обуславливается любыми другими условиями контракта в той мере, в которой между ними имеется какое-либо несоответствие".

16. В некоторых странах, возможно, существуют нормы, требующие представления уведомления об условиях любой другой стороне или требующие, чтобы у такой другой стороны имелись достаточные возможности доступа к месту, где можно ознакомиться с этими условиями. Если предусматривается такой порядок и если сохранение таких норм будет сочтено целесообразным, то может быть рассмотрено следующее дополнительное положение:

- "4) Пункты 1 и 2 применяются с учетом любой нормы права, которая требует представления надлежащего уведомления об условиях или которая требует, чтобы у другой стороны имелись возможности доступа к месту, где можно ознакомиться с этими условиями".

ПРИЛОЖЕНИЕ II

КОНОСАМЕНТЫ

Записка Соединенного Королевства

1. Настоящая записка посвящена тем аспектам функций коносаментов и их применения, которые могут быть затронуты использованием сообщений ЭДИ вместо применения бумажных документов.

2. Коносамент представляет собой:

- 1) расписку в получении груза перевозчиком;
- 2) надлежащее доказательство договора о перевозке:
 - a) в отношении общих условий - некоторые из них на лицевой, а на большинство - на обратной стороне документа¹;
 - b) в отношении конкретной информации о судне, портах погрузки и назначения и характера, количества и состояния груза - на лицевой стороне документа; и
- 3) документ, дающий держателю право на сдачу ему груза в месте назначения. Поименованный грузополучатель, индоссатор или держатель коносамента имеют право на вступление во владение грузом после выгрузки и могут осуществлять контроль за передачей этого права. Он представляет собой, таким образом, товарораспорядительный документ. Как таковой, он может быть, например, передан на хранение кредитору в качестве обеспечения займа.

Расписка в получении груза

3. Первая функция легко выполнима с помощью ЭДИ. Она представляет собой простую передачу информации от перевозчика грузоотправителю. В настоящее время для этих целей используется сообщение ООН/ЭДИФАКТ IFTMCS ("Статус договора").

¹Кроме того, некоторые условия могут быть включены на основании договора (например, Гагские или Гагско/Висбийские правила или, в случае коносаментов при смешанных перевозках, КДПГ, КЖПГ и Варшавская конвенция) или в силу законодательного акта, вводящего в действие какой-либо договор, или посредством ссылки (например, условия чартер-партии).

(Примечание: раньше грузоотправителю следовало использовать сообщение IFTMIN ("Погрузочная инструкция"), в котором он указывал подробную информацию о предназначенном к отправке грузе, его назначении и грузополучателе.)

Доказательство договора о перевозке

4. Вторая функция также может быть выполнена с помощью ЭДИ. Она также представляет собой лишь простую передачу информации от перевозчика грузоотправителю, и для ее осуществления используется то же самое сообщение IFTMC. Передача информации (права и условия и т.д.) вполне удовлетворительным образом может быть осуществлена посредством использования сообщений ЭДИ при условии, что применяются надлежащие методы обеспечения безопасности и удостоверения подлинности. Даже процесс передачи определенной информации по цепочке сторон может быть осуществлен при обеспечении полной уверенности в том, что такая информация может сохранить - и можно доказать, что она сохранила - свою целостность в течение всего этого процесса и что личность стороны-отправителя и личности последующих сторон в цепочке являются подлинными.

5. Функция, указанная в пункте 2(b) выше, легко выполнима, поскольку структура стандартного сообщения IFTMC предназначена для указания всех этих переменных видов информации (в количественном выражении и, в случае необходимости, в закодированном виде) в соответствующих стандартных разделах. Ни сообщение IFTMCS, ни какое-либо иное стандартное сообщение не могут непосредственно выполнить функцию, указанную в пункте 2(a). Полный текст общих условий в передаваемые при помощи ЭДИ сообщения IFTMCS не включается. Эти условия включаются посредством ссылки на внешний источник, о котором, вероятно, уведомил или должен был уведомить перевозчик грузоотправителя; доказательство этих условий содержится в таком источнике². Таким образом, в результате такого включения сообщения IFTMCS в этом отношении аналогичны ряду накладных, а также аналогичны "краткой форме" коносамента или коносаменту с "пустой оборотной стороной", на которых также не содержится "мелко напечатанного" полного текста условий. Во многих секторах торговли такие коносаменты являются полностью действительными, как и сообщения IFTMCS.

Товарораспорядительный документ

6. Основные трудности, связанные именно с третьей функцией. Обратный коносамент с любым проставленным необходимым индоссаментом может быть передан до доставки груза, и обладание коносаментом дает его держателю контроль над грузом, включая право на сдачу ему груза и распоряжение им до доставки. В контексте сообщений ЭДИ физического "держателя" не может быть как такового. Вопрос об установлении лица, обладающего правом на сдачу ему груза в месте назначения, должен быть урегулирован с помощью других средств.

7. Несомненно, если в инструкции грузоотправителя и в расписке перевозчика (при ЭДИ - сообщения IFTMIN и IFTMCS, соответственно) указывается, что такой документ (или сообщение) должны рассматриваться в качестве накладной (для целей такого указания служит специальное кодовое обозначение), то груз может быть должным образом сдан поименованному грузополучателю, если он удостоверяет свою личность. (Предъявление морской накладной в порту разгрузки в качестве доказательства права на владение не является обязательным.) В случае, если IFTMCS рассматривается в качестве адресного коносамента, то лицом, которому следует передать груз, будет опять-таки поименованный грузополучатель. Ему потребуются доказать с помощью других средств, что он уполномочен грузоотправителем обратиться за сдачей груза. Для этих целей могут использоваться бумажные документы, но также и сообщения ЭДИ при условии, что они используются с применением надлежащих методов удостоверения подлинности и обеспечения безопасности, с тем чтобы не допустить мошеннического или досрочного обращения за сдачей груза. Такой порядок позволит приостановить возникновение права на сдачу (вступление в конструктивное владение; возникновение прав

²Один из возможных путей ссылки на внешний источник заключается в следующем. В руководстве "РОС" ("Руководство по осуществлению сообщений", которое иногда называется также "Справочник пользователя"), подготовленном Ассоциацией ЭДИ Соединенного Королевства, содержатся достаточно всеобъемлющие тексты в каждом разделе сообщения, которые наполняют сообщение в целом и, если это уместно, его отдельные части коммерческим и правовым содержанием. Пользователи РОС обязаны исходить из данных толкований, что подкрепляется - для тех пользователей, которые подписали разработанное Ассоциацией Стандартное соглашение об обмене сообщениями, - одной из оговорок, включенных в это Соглашение.

Ниже приводится один из текстов, применимых к сообщению IFTMCS:

"Стороны признают, что грузы, упомянутые в сообщении о статусе договора перевозки, регулируются в том, что касается их приема и перевозки, условиями и исключениями, которые перевозчик применяет к конкретному используемому торговому маршруту.

Таковыми условиями и исключениями являются те условия и исключения, которые

- a) изложены в собственной накладной перевозчика или в накладной, которая согласно ранее принятому распоряжению перевозчика является для него приемлемой;
- и b) изложены в нынешнем коносаменте перевозчика и посредством включения на основании пункта (a) выше применимы к перевозке груза, как если бы накладная, упомянутая в пункте (a) выше, представляла собой такой коносамент;
- и, если это применимо,
- c) посредством дополнительной оговорки или исключения указаны перевозчиком в письменной форме или в электронном сообщении как применимые к перевозке груза.

Копия условий и исключений, применимых в силу накладной, упомянутой в пункте (a) выше, и изложенных в коносаменте, упомянутом в пункте (b) выше, может быть получена в конторе перевозчика или у любого из его уполномоченных агентов".

владения) до того момента, пока, например, требования грузоотправителя или банков³ в отношении платежа не будут удовлетворены.

8. С применением ЭДИ связана особая проблема, заключающаяся в том, как обеспечить гарантию существования эквивалента обладанию только подлинным (или только одним) оборотным коносаментом, составленным на бумажном документе⁴. Уже упоминалось о возможности удовлетворительной передачи информации посредством ЭДИ по цепочке сторон. Такой же процесс может быть использован любой из сторон для передачи информации о том, что она отказывается от своих прав собственности в пользу другого лица. Он может быть, таким образом, использован для осуществления индоссаментов. Однако в случае, если какое-либо лицо приобретает исключительные права, такие, как права владения, в результате получения какого-либо конкретного сообщения ЭДИ, ему потребуется удостовериться в том, что никаких идентичных сообщений не могло быть послано какому-либо иному лицу или лицам какой-либо стороной, предшествующей ему в цепочке передачи сообщений, что создало бы возможность появления других претендентов на право владения. Несомненно, в условиях ЭДИ ни одно сообщение не может в действительности быть полностью аналогичным другому сообщению; однако поскольку технически осуществимо - без какой-либо возможности обнаружения - точное воспроизведение сообщения или его направление иному адресату, не может быть никаких гарантий существования только одного документа.

9. Без этой гарантии в контексте ЭДИ не может быть обеспечена обращаемость коносаментов. Передача информации как о грузе, так и о лице, которому должны быть переданы права на него, от одной стороны другой при помощи ЭДИ может быть в конкретных случаях действительно безопасной, однако в настоящий момент не существует никаких гарантий такой безопасности.

10. Пока не будет отыскано техническое решение этой проблемы - а некоторые решения, основывающиеся на сочетании метода фиксации времени передачи и других методов обеспечения безопасности, уже близки к этому, - ее необходимо рассматривать под другим углом зрения. Различные организации изучали и изучают возможные методы, позволяющие обойти эту проблему. Они основываются на системе "регистрационного центра", в рамках которой какой-либо центр осуществляет передачу прав владения от одной стороны следующей, аннулируя права первой стороны и создавая новые права для второй стороны и т.д. Такой порядок возможен при использовании сообщений ЭДИ. Основной принцип функционирования таких систем состоит в том, что все лица, использующие их, должны быть в целом уверены в том, что регистрационный центр не допустит дублирования сообщений.

11. Несомненно, некоторые подобные системы могут обеспечивать элегантные решения этой проблемы, если исходить из предположения о том, что коммерческие компании готовы к их использованию. Однако многие компании еще не оценили возможность использования во многих международных сделках простых морских накладных (и их электронных эквивалентов) вместо коносаментов. Время покажет, какая из ныне существующих систем "регистрационных центров", предназначенных для обеспечения обращаемости, получит доверие широкого круга пользователей.

12. Таким образом, имеются два подхода к решению заключительной проблемы обеспечения "гарантии существования лишь одного документа": подход технический и подход, связанный с созданием регистрационного центра. В свое время коммерческий спрос покажет, какой из этих подходов - если они вообще приемлемы - является достаточно привлекательным для мобилизации поддержки, достаточно широкой для обеспечения развития и реализации.

4. Предложение Соединенных Штатов Америки: записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.67) [Подлинный текст на английском языке]

1. На своей двадцать восьмой сессии Рабочая группа отметила, что ее рекомендация Комиссии о том, что после завершения подготовки проекта типового закона следует провести предварительную работу по вопросу о переуступке или передаче прав на товары в условиях применения компьютерной техники, как только проект типового закона будет завершен (A/CN.9/390, пункт 158), получила общую поддержку в Комиссии*. Было заявлено, что связанные с этим правовые вопросы, касающиеся электронных регистров, представляют собой необходимую часть этой работы (A/CN.9/390, пункт 178).

2. В отношении планирования будущей работы было высказано мнение о том, что Рабочая группа на своей двадцать девятой сессии после завершения рассмотрения проекта руководства по принятию проекта типового закона, которое должно быть подготовлено секретариатом, могла бы провести общую дискуссию по вопросу переуступки или передачи прав на товары. Было высказано мнение о том, что вопрос о включении путем ссылки также можно было бы рассмотреть на двадцать девятой сессии с целью его возможного отражения в проекте типового закона. Ряд делегаций выразили готовность подготовить краткий документ для содействия обсуждению обеих тем. Однако было отмечено, что, хотя Рабочая группа, возможно, будет располагать достаточным временем для проведения общей дискуссии, она не сможет подробно рассмотреть ни одну из этих тем (A/CN.9/390, пункт 179).

³Возможно, однако, потребуется внести исправления в УПО 500, которые устанавливают требования банков в отношении операций с документарными аккредитивами.

⁴На практике часто выдаются два или три подлинных коносамента с указанием их номера на лицевой стороне. В этом случае перевозчики защищены, так как сдача груза против представления одного коносамента аннулирует другие экземпляры.

*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункт 201).

3. После двадцать восьмой сессии Рабочей группы секретариат получил от делегации Соединенных Штатов Америки текст записки, в которой рассматриваются вопросы о переуступке или передаче прав в контексте ЭДИ. Текст этой записки воспроизводится в приложении к настоящей записке в том виде, в котором он был получен секретариатом.

ПРИПОЖЕНИЕ

ПЕРЕУСТУПКА И ПЕРЕДАЧА ПРАВ В ЭЛЕКТРОННОЙ ТОРГОВЛЕ И ПРОЕКТЫ ТИПОВЫХ ЗАКОНОВ ЮНСИТРАЛ ДЛЯ ЭДИ

В соответствии с мнениями членов Комиссии, высказанными на ее двадцать седьмой пленарной сессии, а также обсуждениями, ранее состоявшимися в рамках Рабочей группы, было предложено Рабочей группе изучить правовые проблемы, возникающие в связи с вопросами о возможности осуществления с помощью электронного обмена данными (ЭДИ) переуступки или передачи материальных товаров в международной торговле, в целях вынесения рекомендаций двадцать восьмой пленарной сессии относительно целесообразности продолжения этой работы. Подготовка общеприменимых или общепризнанных норм, обеспечивающих переуступку и передачу прав с помощью ЭДИ, могла бы стать важным достижением Комиссии.

На первоначальных этапах обсуждения необходимо рассмотреть проблемы, указанные ниже; все эти проблемы прямо или косвенно связаны с вопросом об электронных регистрах, который также рассматривается ниже. Кроме того, будет необходимо рассмотреть вопрос о том как предлагаемые правила по ЭДИ соотносятся с Конвенцией Организации Объединенных Наций об операторах транспортных терминалов и другими соответствующими международно-правовыми документами. Речь идет о следующих проблемах:

- a) составление предварительного списка областей коммерческой практики, которые следует учесть в предполагаемой работе;
- b) проекты норм по признанию юридической силы соглашений о передаче и переуступке прав на материальные товары с помощью ЭДИ;
- c) критерии - если их возможно установить - для стороны (сторон), которая становится держателем прав на товары в результате надлежащего процесса передачи или которая впоследствии переуступает такие права через посредство ЭДИ;
- d) последствия для третьих сторон при направлении или ненаправлении уведомления;
- e) диспозитивные правила распределения риска;
- f) электронные регистры (см. ниже).

Хотя в проекте типового закона устанавливается необходимое и основополагающее правовое регулирование в целях содействия использованию ЭДИ, Рабочей группе следует дополнить его положения для выполнения более сложных функций, необходимостью в которых, как предполагается, возникнет в связи с электронной торговлей, например, функций, связанных с переуступкой и передачей прав. Для возможного урегулирования этих вопросов было бы целесообразно определить потенциальные виды пользования переуступкой и передачей прав, которые, по всей вероятности, будут включать коносаменты, складские квитанции, аренду и обеспеченные сделки, а также, возможно, продажу и передачу под залог земли. Вопросы, связанные с торговлей товарами, обменом валюты, облигациями и ценными бумагами, следует попытаться урегулировать - если это вообще целесообразно - на более позднем этапе, хотя, возможно, необходимость в рассмотрении правовых проблем, связанных с этими вопросами, возникнет уже в настоящий момент. Могут быть определены также и другие виды пользования.

Затем было бы целесообразно определить те связанные с этими видами применения области, для которых характерна неопределенность правового регулирования. Предположительно, в связи с каждым видом пользования возникнут особые потребности, и, таким образом, наилучшее решение заключается, возможно, в уделении первоочередного внимания конкретному виду пользования, который в наибольшей мере подходит для ЭДИ, т.е. коносаментам.

В рамках ООН/ЭДИФАКТ разрабатывается набор сообщений, необходимых для создания коносамента ЭДИ. ММК разработал факультативные правила для использования таких сообщений. Парижская МТП санкционирует использование электронных коносаментов в ИНКОТЕРМС 1990 и УПО 500. Чего же в этих условиях не хватает для использования таких коносаментов? В первую очередь - инфраструктуры ЭДИ, обеспеченной надлежащими нормами, которые ЮНСИТРАЛ, возможно, удастся разработать.

Даже если морские перевозчики примут к использованию полный набор сообщений ООН/ЭДИФАКТ для морских перевозок, а банковский сектор примет к использованию сообщения и процедуры для документарных аккредитивов, в системе будет по-прежнему не хватать юридических основ, которые способствовали бы применению практики переуступки и передачи прав даже на крупных торговых путях. Факультативные правила, такие, как Правила ММК в отношении электронных коносаментов, утрачивают силу, когда они вступают в коллизию с законами какого-либо государства. По этой причине необходимы типовые законодательные положения, которые будут допускать или облегчать использование ЭДИ при закреплении передачи прав, в том числе использование регистров в целях документирования и подтверждения передачи товаров, поскольку в отсутствие законодательных положений, специально разработанных в этих целях, возникает неопределенность в том, что касается возможности принудительного исполнения соответствующих прав.

Любая уступка или передача прав в отсутствие бумажного документа потребует четкого выяснения вопросов о том, кто будет регистрировать каждую сделку (и, таким образом, будет иметь возможность официально зафиксировать уступку или передачу), какие диспозитивные стандарты распределения рисков действуют в этом случае и подкрепляются ли соответствующие процедуры внутригосударственным законодательством, которое может быть унифицировано в отношении международных сделок, или по

крайней мере не противоречат ли они ему; кроме того, потребуются юридические нормы или стандарты, обеспечивающие урегулирование этих вопросов.

Возможны регистры трех видов: правительственные, центральные и частные. Могут существовать и другие виды регистров, которые также следует рассмотреть, однако для трех вышеуказанных видов регистров можно привести следующие определения:

1. **правительственный регистр** - государственное учреждение регистрирует передачу прав в порядке публичной регистрации и может удостоверяет подлинность подобной передачи или заверять ее. Такие регистры играют важную роль применительно к имуществу большой стоимости, например, судам, самолетам, земельным сделкам и т.д. По причинам публичного порядка государство, как правило, не несет ответственности за любые ошибки, а затраты покрываются за счет сборов с пользователей;
2. **центральный регистр** - в случае, когда коммерческая группа проводит свои операции через частную сеть (например, СВИФТ), доступную только для ее членов. Такой вид регистра необходим в случаях, когда важнейшее значение имеют вопросы надежности и скорости совершения операций. Ограниченный доступ позволяет незамедлительно производить проверку соответствующих сторон, что увеличивает быстроту осуществления операций и повышает их надежность. Доступ к фактическим регистрационным записям о сделках обычно ограничивается пользователями, однако могут представляться публичные отчеты, содержащие резюме сделок (как в случае торговли ценными бумагами). Вопросы ответственности и распределения затрат обычно регулируются правилами сети. Для обеспечения трансграничного применения таких "системных правил" требуются международные нормы или типовое законодательство;
3. **частные регистры** - такие регистры существуют в условиях открытых сетей, в которых эмитент документа (или сторона, несущая ответственность за поставку предмета сделки) осуществляет процесс передачи или уступки (как в случае Правил ММК в отношении электронных коносаментов). Регистрация является частной, и затраты могут быть возложены на каждого пользователя. Режим ответственности соответствует действующей практике в отношении бумажных документов, поскольку лицо, управляющее осуществлением операции, должно выполнить обязательства перед надлежащей стороной, за исключением случая, когда оно освобождается от обязательств в результате ошибки другой стороны, причем в этом случае может применяться местный закон. Этот метод позволяет избежать создания дополнительных сложностей и затрат в отношении операций, которые в настоящее время не проводятся через центральные регистры, однако и в этом случае также необходимы международные правила или унификация посредством выработки типового законодательства, по крайней мере в том, что касается трансграничных операций.

К настоящей записке приложена таблица с указанием характерных черт этих видов регистров.

При уступке или передаче в том виде, в котором они осуществляются в настоящее время, за выдаваемым документом должна стоять определенная сторона или система, которая заверяет его подлинность. Частично такая функция может быть выполнена с помощью электронного регистра в системе ЭДИ. Следует учитывать, что речь идет о "передаче" не бумажного документа или сообщения ЭДИ (они являются лишь носителями информации), а прав и/или правового титула на предмет сделки.

Соответственно цель Рабочей группы должна заключаться в подготовке типового закона, регулирующего вопросы создания и использования регистров и устанавливающего диспозитивные стандарты распределения рисков при использовании регистров, особенно в связи с коносаменами*.

Виды регистров, которые будут рассматриваться в закрепляющих правила их использования нормах, должны соответствовать виду сделки с тем, чтобы избежать излишнего усложнения и/или дополнительных расходов, ибо в противном случае будут созданы препятствия для использования таких процедур. Обеспечение **надежности** должно соответствовать виду сделки и требованиям типовых законов. С учетом торговых обычаев и практики, местного права и типовых международных законов и правил, таких, как те, подготовкой которых в настоящее время занимается Рабочая группа, и с уделением особого внимания необходимости избежать создания препятствий для коммерческого использования ЭДИ, потребуется рассмотреть вопросы **распределения рисков**.

Регистры

	Правительственный	Центральный	Частный
Цель	Регистрация	Передача и регистрация	Передача
Доступ	Публичный	Члены	Частный
Администратор	Правительство	Третья сторона	Эмитент
Издержки	Сборы с пользователей	Членские взносы	Внутреннее покрытие
Страхование	Нет	Сеть	Сторона
Распределение риска	На пользователе	На пользователе	В силу закона, обычая или соглашения
Надежность	Средняя	Самая высокая	В соответствии с необходимостью
Виды пользования	Недвижимость (акты и ипотеки), аренда, обеспечение сделки	Ценные бумаги, товары, облигации, денежные средства, иностранная валюта	Коносаменты, складские квитанции, квитанции на хлопок

*Одной из областей, которая недостаточно хорошо урегулирована Гамбургскими правилами или другими системами ответственности за груз, является область урегулирования споров, возникающих из самого коносамента. Хотя эти предметы, возможно, выходят за пределы компетенции этой Рабочей группы, по мере изучения поставленных вопросов необходимость в более четком урегулировании возникающих в этой области проблем будет, несомненно, проявляться все более четко.

Е. Проект типового закона о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных: компиляция замечаний правительств и международных организаций (A/CN.9/409 и Add.1-4) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Страница</u>
[A/CN.9/409]	
ВВЕДЕНИЕ	216
КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ	216
A. <u>Государства</u>	
Польша	216
Сингапур	217
Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии	219
B. <u>Межправительственные организации</u>	
Азиатский банк развития	223
Европейский союз	223
Продовольственная и сельскохозяйственная организация Объединенных Наций (ФАО)	223
Международное бюро труда (МБТ)	224
Международная морская организация (ИМО)	224
Организация экономического сотрудничества и развития	225
Экономическая комиссия Организации Объединенных Наций для Латинской Америки и Карибского бассейна (ЭКЛАК)	225
C. <u>Неправительственные организации</u>	
Банковская федерация Европейского союза	225
[A/CN.9/409/Add.1]	
КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ	227
A. <u>Государства</u>	
Япония	227
Мексика	229
Намибия	231
B. <u>Межправительственные международные организации</u>	
Банк международных расчетов (БМР)	232
[A/CN.9/409/Add.2]	
КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ	232
A. <u>Государства</u>	
Китай	232
Дания	233
Оман	233
B. <u>Межправительственные международные организации</u>	
Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД)	233
[A/CN.9/409/Add.3]	
КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ	233
Франция	233
Нигерия	234
[A/CN.9/409/Add.4]	
КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ	235
Программа Организации Объединенных Наций по окружающей среде (ЮНЕП)	235

[A/CN.9/409]

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать седьмой сессии в 1994 году Комиссия просила Рабочую группу по электронному обмену данными представить Комиссии на ее двадцать восьмой сессии в 1995 году проект типовых законодательных положений об электронном обмене данными¹. На своей двадцать восьмой сессии (Вена, 3-14 октября 1994 года) Рабочая группа одобрила текст проекта типового закона о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных и представила этот текст на рассмотрение Комиссии (A/CN.9/406, пункты 175-176).

2. Текст проекта типового закона, одобренный Рабочей группой, был направлен всем правительствами заинтересованным международным организациям, с тем чтобы они представили свои замечания. Замечания, полученные к 15 февраля 1995 года от трех правительств, семи межправительственных международных организаций и одной неправительственной международной организации, воспроизводятся ниже.

КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ

А. Государства

ПОЛЬША

[Подлинный текст на английском языке]

Замечания общего характера

Польша поддерживает в целом идею принятия типового нормативного акта о правовых аспектах электронного обмена данными. Положения данного проекта могут быть в значительной мере включены во внутригосударственное право Польши, в частности в нормативные акты, касающиеся как внутренних, так и международных банковских расчетов, в которых участвуют польские банки. Включение таких положений может быть произведено в рамках договорно-обязательственного права посредством надлежащего толкования соответствующих договоров.

Тем не менее в долгосрочной перспективе, возможно, потребуются произвести некоторые изменения в соответствующих правовых положениях, в частности в отношении:

- возможности сделать заявление о составлении завещания путем использования компьютера без собственноручной подписи какого-либо данного лица;
- возможности признания компьютерных распечаток в качестве документа.

Конкретные замечания1. Статья 5. Письменная форма

Отраженная в данной статье тенденция к предоставлению электронным сообщениям данных правовой действительности, эквивалентной действительности таких же бумажных сообщений (документов), заслуживает полной поддержки.

Тем не менее некоторые оговорки можно сделать в отношении предложения, содержащегося в пункте 1 статьи 5, в котором говорится "Если какая-либо норма права требует, чтобы информация была в письменной форме или представлялась в письменной форме, или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, сообщение данных отвечает этой норме, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования в справочных целях". Как представляется, данная формулировка носит слишком общий характер и как таковая может порождать некоторые трудности с точки зрения ее практического осуществления. В связи с этим можно было бы рассмотреть возможность включения дополнительного положения, предусматривающего, что электронные сообщения данных, направленные с использованием процедуры цифровой идентификации (цифровая подпись), имели бы доказательственную силу, эквивалентную силе письменных документов.

2. Статья 6. Подпись

Можно было бы рассмотреть возможность изменения содержания данной статьи, отдавая при этом и в данном случае предпочтение цифровой подписи, которая, как представляется, надлежащим образом выполняет традиционные функции собственноручной подписи (идентификация составителя документа и указание на одобрение составителем содержащейся в нем информации). Такое изменение также позволило бы использовать другие методы замены традиционной собственноручной подписи, если договаривающиеся стороны сочтут это приемлемым.

¹Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункт 200.

3. Статья 12. Подтверждение получения

Положения данной статьи можно было бы дополнить пунктом 6, предусматривающим, что в случае, если направляемое сообщение содержит цифровую подпись, такое подтверждение является излишним.

4. Можно было бы вернуться к рассмотрению предложения о включении в проект типового закона положения, касающегося ответственности сторон договоров, заключенных с помощью системы ЭДИ, в формулировке, которая содержалась в статье 15 предыдущего проекта типового закона.

СИНГАПУР

[Подлинный текст на английском языке]

Название

Выражение "...ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ..." является слишком неопределенным и ничего не добавляет к предыдущим словам "...ТИПОВОЙ ЗАКОН...".

Выражение "...И СООТВЕТСТВУЮЩИЕ СРЕДСТВА ПЕРЕДАЧИ ДАННЫХ..." было принято для того, чтобы типовый закон мог охватывать различные возможные технологии или комбинации технологий. Однако, поскольку на двадцать восьмой сессии Рабочей группы выявились расхождения во мнениях относительно точной формулировки, которую следует использовать, и с учетом того обстоятельства, что группа не сосредоточивала свое внимание на какой-либо конкретной соответствующей технологии, эту фразу, вероятно, следовало бы исключить.

По вышеизложенным причинам, мы предлагаем заменить название типового закона следующим:

"ПРОЕКТ ТИПОВОГО ЗАКОНА ОБ ЭЛЕКТРОННОМ ОБМЕНЕ ДАННЫМИ".

Статья 1. Сфера применения

Выражение "Настоящий Закон является частью торгового права" является излишним. Эта формулировка также не соответствует формулировкам, которые использовались в первых статьях других текстов ЮНСИТРАП. Например, в пункте 1 статьи 1 Типового закона ЮНСИТРАП о международном торговом арбитраже говорится: "Настоящий Закон применяется к международному торговому арбитражу...", а в пункте 1 статьи 1 Конвенции ЮНСИТРАП о международных переводных векселях и международных простых векселях говорится: "Настоящая Конвенция применяется к международному переводному векселю...".

По вышеизложенным причинам мы предлагаем изменить статью 1 следующим образом:

"Настоящий Закон применяется к коммерческим сделкам, в которых используется информация в форме сообщения данных".

По аналогичным причинам мы предлагаем изменить сноску к статье 1, касающуюся сферы применения (для государств, которые, возможно, пожелают ограничить сферу применения), следующим образом:

"Настоящий Закон применяется к международным коммерческим сделкам, в которых используется информация в форме сообщения данных".

Статья 2(а). Определение - "Сообщение данных"

Заключительное выражение "включая электронный обмен данными (ЭДИ)... или телефакс, но не ограничиваясь ими," является излишним и может даже расширить сферу применения типового закона за пределы того, что первоначально предполагалось.

Мы также предлагаем использовать слово "retained" вместо слова "stored", с тем чтобы это соответствовало тексту статьи 9.

В связи с этим мы предлагаем следующее определение:

"Сообщение данных" означает информацию, подготовленную, хранимую или передаваемую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств."

Статья 2(с). Определение - "Составитель"

Подготовка или хранение сообщений данных не порождает правовых проблем. Правовую неопределенность создает именно передача таких сообщений. В связи с этим цель определения данного термина должна ограничиваться определением того, кто является отправителем сообщения данных (помимо посредника), в отличие от того, кто подготовил или хранил это сообщение данных.

В связи с этим мы предлагаем следующее определение:

"Составитель" сообщения данных означает какое-либо лицо, которым или от имени которого сообщение данных, как предполагается, было передано, за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных."

Статья 3. Толкование

Хотя в нынешней формулировке подчеркивается необходимость толковать типовой закон таким образом, чтобы можно было его применять единообразно в различных странах, в ней также должно подчеркиваться то обстоятельство, что типовой закон призван способствовать использованию ЭДИ и аналогичных средств передачи данных в коммерческих сделках.

По этой причине мы предлагаем внести следующее изменение:

"1) При толковании настоящего Закона следует учитывать его международный источник, необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности, а также его цель, заключающуюся в содействии использованию электронного обмена данными и аналогичных средств передачи данных в коммерческих сделках."

Статья 4. Признание юридической силы

Это положение, помимо того, что оно устанавливает принцип признания юридической силы сообщения данных, не служит какой-либо цели, поскольку оно не исключает выдвижение возражения против сообщения данных по любым другим основаниям. По нашему мнению, статьи 6-9 являются более чем достаточными для обеспечения признания юридической силы сообщения данных.

В связи с этим мы рекомендуем исключить статью 4.

Статья 6. Подпись

В отношении пункта 1(b) статьи 6 мы предлагаем включить (сразу же после существующего текста пункта 1(b) следующие соображения, которые касаются определения надежности метода, используемого для идентификации составителя:

"При определении того, является ли данный метод надежным, необходимо учитывать следующее:

- i) относительные позиции составителя и адресата в ходе переговоров по вопросу о выборе ими метода идентификации;
- ii) важность и ценность информации, содержащейся в сообщении данных;
- iii) наличие альтернативных методов идентификации и затраты на их использование;
- iv) степень принятия или непринятия данного метода идентификации в соответствующей отрасли или области как во время достижения договоренности в отношении этого метода, так и во время передачи сообщения данных; и
- v) уровень развития науки и техники во время достижения договоренности в отношении этого метода."

Статья 7. Подлинник

В отношении пункта 1(a) статьи 7 мы можем высказать следующие замечания:

a) мы не считаем целесообразным устанавливать требование о том, чтобы информация демонстрировалась лицу, которому она должна быть представлена;

b) это требование игнорирует реальность того, что во многих системах ЭДИ обработка сообщений данных автоматизирована и осуществляется при незначительном вмешательстве человека или вообще без такого вмешательства. Это означает, что сообщение данных не может быть продемонстрировано какому-либо лицу вообще и что нет какой-либо необходимости делать это; и

c) требование демонстрировать информацию ставит вопрос о том, следует ли демонстрировать "сырую" информацию (обычно в форме неразборчивого машинного текста) или же обработанную и разборчивую информацию в форме окончательного сообщения данных. Такое сообщение данных в его обработанной форме никогда не будет являться "подлинником". Образец сообщения данных ЭДИ ЭДИФАКТ, составленного из неразборчивых буквенно-цифровых знаков, прилагается к настоящим замечаниям, с тем чтобы проиллюстрировать этот аспект.

В отношении пункта 1(b) статьи 7 мы полагаем, что концепция "надежных доказательств" является абсолютно неопределенной и ее трудно применять. Что точно означает понятие "доказательства" по сравнению с термином "метод", который используется в статье 6, и каковой является приемлемая степень надежности?

По этим причинам мы предлагаем исключить пункта 1(a) и сформулировать текст пункта 1 статьи 7 следующим образом:

"Если какая-либо норма права требует, чтобы информация представлялась в ее подлинной форме, или предусматривает наступление в противном случае определенных последствий, сообщение данных отвечает этой норме, если сохранена целостность информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде, до момента ее получения адресатом".

Примечание секретариата: Данный образец не воспроизводится в настоящем документе.

В отношении пункта 2 статьи 7 мы рекомендуем заменить в тексте подпункта (а) пункта 2 слова "в обычном процессе передачи, хранения и демонстрации; и" словами "в обычном процессе передачи и хранения" и исключить пункт 2(b). С учетом нашего предложения в пункте 2 статьи 7 говорилось бы следующее:

"В случае возникновения любых вопросов относительно соблюдения пункта 1 настоящей статьи критериями оценки целостности должны являться сохранение информации в полном и неизменном виде, если не считать добавления любых индоссаментов и любых изменений, происходящих в обычном процессе передачи и хранения".

Статья 8. Допустимость и доказательственная сила сообщений данных

Мы рекомендуем произвести следующие изменения:

- a) в названии статьи слово "сила" заменить словом "вес";
- b) в пункте 1 статьи 8 слово "admission" заменить словом "admissibility";
- c) в пункте 1(a) статьи 8 выражение "на том основании" заменить выражением "лишь на том основании";
- d) в пункте 1(b) статьи 8 после слова "не" включить слова "составлено в письменной форме, не подписано или не";
- e) в пункте 2 статьи 8 исключить слово "представленной";
- f) в пункте 2 статьи 8 слово "stored" заменить словом "retained"; и
- g) в пункте 3 статьи 8 после слов "на том основании, что она не" включить слова "составлена в письменной форме, не подписана или не".

Статья 10. Изменение по договоренности

Мы предлагаем заменить слово "storing" словом "retaining", с тем чтобы обеспечить соответствие со статьей 9.

Статья 12. Подтверждение получения

В пункте 5 статьи 12 желательно четко указать, какой вид подтверждения предусматривается этой статьей. Это объясняется тем, что системы ЭДИ способны направлять два вида сообщений о подтверждении: функциональное подтверждение и системное подтверждение. Последнее подтверждение направляется системой, т.е. возникает тот момент, когда адресат читает или вводит в память это сообщение данных.

Статья 13. Составление и действительность контрактов

Мы предлагаем заменить в конце текста пункта 1 статьи 13 слова "использовалось сообщение данных" словами "использовались одно или более сообщений данных".

Статья 14. Время и место отправки и получения сообщений данных

Нынешняя формулировка данной статьи не предусматривает ситуацию, в которой сообщение данных отправляется и поступает в информационную систему посредника адресата, информационная система которого не была указана адресатом и не принадлежит ему.

СОЕДИНЕННОЕ КОРОЛЕВСТВО ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ

[Подлинный текст на английском языке]

Статья 2(с)

Последствие этого определения в его нынешней формулировке заключается в том, что если сообщение данных передано адресату и хранится этим адресатом, то и лицо, которое направило это сообщение данных, и адресат будут его "составителями". Это может привести к путанице. Например, статья 6 предусматривает, что любая норма права, требующая подписи, может быть соблюдена путем использования надежного метода для идентификации составителя.

Важно признать, что сообщения могут храниться и не будучи переданными; тем не менее, независимо от того, передано сообщение данных или нет, лицо, указанное как "составитель", должно быть лицом, которое подготовило это сообщение данных, и никем иным. Чтобы это обеспечить, слова "сохранено или передано" необходимо заменить словами "независимо от того, будет ли оно храниться или будет ли оно передано".

Такого рода изменение также в значительной степени упростило бы это определение, поскольку тем самым были бы исключены посредники и исчезла бы необходимость в заключительной формулировке ("за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных"). В таком случае эти слова можно было бы исключить.

Статья 2(d)

Цель заключается в том, чтобы это определение охватывало только лицо, которое согласно намерению составителя должно получить сообщение данных. В настоящее время это определение может также охватывать лиц, которым согласно намерению составителя адресат направит копию сообщения и передаст само сообщение. В связи с этим статью 2(d) следует изменить следующим образом:

"d) "адресат" сообщения данных означает какое-либо лицо, с которым составитель намерен установить связь путем отправки сообщения данных".

Это также позволило бы исключить ссылку на "посредника".

Статья 2(e)

Это определение в его нынешней формулировке представляется слишком широким. Оно охватывает любое лицо, которое действует в качестве агента при приеме, передаче или хранении сообщения данных, и не ограничивается профессиональными посредниками в том смысле, в каком этот термин, как правило, понимается. Кроме того, термин "посредник" не используется в материальных положениях типового закона. Он используется только в определениях, содержащихся в пунктах (c) и (d) статьи 2. Как указывалось выше, этой ссылки на "посредника" лучше было бы избежать. По этой причине включение в текст типового закона такого определения и является ненужным, и создает путаницу. Оно должно быть исключено.

Статья 2(f)

Определение "информационной системы" с точки зрения "системы" само нуждается в обосновании. Более того, слово "система" на английском языке имеет целый ряд возможных значений (например, методология) и является слишком неопределенным. По мнению Соединенного Королевства, "информационная система" должны быть определена как означающая:

"оборудование, программное обеспечение и функциональный контроль, которые позволяют подготавливать, передавать, получать или хранить информацию в сообщении данных".

Статья 4

Отраженный в этом положении принцип является приемлемым при условии, что его можно сформулировать удовлетворительным образом. В отношении его формулировки можно высказать два соображения.

Во-первых, цель заключается не в том, чтобы затрагивать требования, касающиеся конкретных формальностей. (Эти требования рассматриваются в статьях 5, 6 и 7). Однако в нынешней формулировке данного положения не разъясняется, что требования в отношении конкретных формальностей (таких, как соблюдение письменной формы или использование подлинника или договора за печатью) не затрагиваются в том случае, когда неизбежным и автоматически возникающим последствием использования сообщения данных является несоблюдение такого требования. В таких случаях появится возможность утверждать: "Информация содержится в сообщении данных; поэтому необходимое требование (например, в отношении письменной формы и т.д.) не было соблюдено". Таким образом, нынешнюю формулировку статьи 4 можно толковать как устанавливающую сомнительное требование. Поскольку цель заключается не в этом, необходимы некоторые разъяснения.

Во-вторых, в этом положении говорится, что информация не признается не имеющей юридической силы и т.д. Однако юридическую силу имеет не информация как таковая. Юридическую силу могут иметь документы, записи и сделки. Информация ее не имеет. Не существует такого понятия, как информация, обладающая юридической силой; информация - это всего лишь разрозненные данные. (По этой причине также не совсем удобно ссылаться на информацию, составленную "в форме сообщения данных".) Информация как таковая не имеет формы, хотя она может быть "записана в форме" или "передана в форме" сообщения данных.)

Для учета этих соображений Соединенное Королевство предлагает изменить формулировку данного положения следующим образом:

"Использование сообщения данных для записи или передачи информации не затрагивает правовые последствия записи или передачи или же того, что записано или передано, при условии, что не применяется какое-либо конкретное требование, которому не удовлетворяет использование сообщения данных".

Статья 5(1)

Если передача какого-либо сообщения данных является действительной только в том случае, когда она составлена в письменной форме, то становится важной дата ее составления в письменной форме.

Если сделка заключена устно и лишь впоследствии фиксируется в сообщении данных или в серии сообщений данных, то существенно важно, чтобы требование в отношении письменной формы соблюдалось только с даты подготовки соответствующего сообщения данных. Нынешняя формулировка статьи 5 имела бы своим последствием то, что в таком случае последующее сообщение данных могло бы отвечать этому требованию ретроспективно.

В тексте статьи 5 всего лишь указывается, что "сообщение данных отвечает этой норме", т.е. любое сообщение данных независимо от времени его подготовки. Это включало бы любое последующее сообщение данных и поэтому данная статья имела бы своим последствием то, что какое-либо последующее сообщение данных отвечало бы этой норме с даты, когда эта норма стала

применимой. И все же, если устную сделку впоследствии облачить в письменную форму, то на такой письменный документ можно полагаться, как на удовлетворяющий требованию о том, что сделка должна быть заключена в письменной форме, только с даты подготовки данного письменного документа. Этот же принцип должен применяться к сообщениям данных.

В связи с этим Соединенное Королевство считает, что после слов "сообщение данных" следует включить слова:

"подготовленное в соответствующее время".

Ссылка на "соответствующее время" здесь означала бы время, к которому данная норма является применимой. Это время имеет существенное значение, т.е. является временем, когда существенно важно знать, выполнена ли данная норма с точки зрения определения какой-либо проблемы.

Статья 11

Пункт 2: Слово "установил" следует заменить словами "предпринял соответствующие шаги для установления". В нынешней формулировке слово "установил" подразумевает, что адресат был в состоянии установить в качестве факта то, что это сообщение данных было сообщением составителя. В этих обстоятельствах данное положение было бы излишним. Цель в этом случае заключается только в том, чтобы это положение применялось тогда, когда адресат выполнил согласованную процедуру.

Пункт 3: Слова "в случае, когда пункты 1 и 2 не применяются", следует заменить словами "В случае, когда не доказано, что пункт 1 применяется". Альтернативой этому было бы исключение данной вступительной формулировки.

Хотя верно то, что пункт 3 не должен применяться тогда, когда известно, что сообщение было санкционировано, он не должен применяться и тогда, когда известно, что сообщение не было санкционировано. В своей нынешней формулировке пункт 3 применяется (и только применяется) тогда, когда сообщение данных не было передано составителем или другим лицом, которое имело полномочия действовать от имени составителя. Вместо этого пункт 3 должен применяться только тогда, когда существует неопределенность в отношении применимости пункта 1.

Для этой цели нет необходимости ссылаться на пункт 2. Необходимо лишь то, что должна быть исключена любая неопределенность в отношении применимости пункта 1.

Что касается выбора слов, взятых в квадратные скобки, то, по мнению Соединенного Королевства, эта презумпция должна быть опровержимой и поэтому следует выбрать слово "полагается".

Пункт 3(b): Слово "установил" следует заменить словами "предпринял соответствующие шаги для установления". Как и в пункте 2, слово "установил" подразумевает, что адресат установил в качестве факта то, что сообщение данных является сообщением составителя. Цель заключается лишь в том, чтобы адресат использовал какой-нибудь разумный метод проверки.

Заключительная формулировка текста пункта 3: Слова "подпункты (a) и (b) не применяются" следует заменить словами "этот пункт не применяется". Постановляющая часть текста данного пункта, применение которой исключается, находится в вводной части текста этого пункта. (Подпункты (a) и (b) всего лишь устанавливают условия применения вводной формулировки.)

Кроме того, после слов "любую согласованную процедуру", содержащихся в заключительной части текста пункта 3, необходимо включить слова "для установления этого". В настоящее время отсутствует связь с предшествующими словами.

Для превращения этого предложения текста в менее громоздкое, вероятно, его можно было бы сформулировать следующим образом:

"Однако данный пункт не применяется, если адресату было известно о том, что сообщение данных не являлось сообщением данных составителя, или если ему должно было быть известно об этом в случае, если бы он проявил разумную осмотрительность или использовал любую согласованную процедуру для установления того, было ли это сообщение сообщением составителя".

Пункт 4: Как минимум, необходимо внести некоторые поправки, с тем чтобы попытаться наполнить смыслом второе предложение текста. Вместе с тем Соединенное Королевство убеждено, что логика требует исключить второе предложение текста, поскольку оно задумывалось на основе того, что презумпция, отраженная в первом предложении текста, должна быть неопровержимой, а дело уже не обстоит таким образом.

Презумпция, отраженная в первом предложении текста, является опровержимой. Однако нынешняя формулировка второго предложения текста применяется в том случае, если фактически имела место ошибка в содержании. Это сочетание опровержимой презумпции с предпосылкой, согласно которой имела место ошибка, носит противоречивый характер, поскольку в случае, если фактически имеет место ошибка в содержании, презумпция, отраженная в первом предложении текста, неизбежно будет опровержимой в любом случае, а второе предложение текста поэтому является излишним.

Кроме того, второе предложение текста является в действительности неправильным, поскольку применяет эту презумпцию косвенным образом в том случае, когда фактически имела место ошибка, о которой адресату не было известно (и когда адресат не проявил небрежности). Не может быть опровержимой презумпции правильности содержания в случае, если известен факт совершения ошибки.

По этим причинам в случае сохранения второго предложения текста его необходимо пересмотреть следующим образом (предлагаемые изменения подчеркнуты):

"Однако в случае, когда составитель утверждает что, передача привела к ошибке в содержании сообщения данных... содержание сообщения данных не полагается содержанием в том виде, в каком оно было получено адресатом, в той мере, в которой это сообщение данных, как утверждается, было ошибочным, ..."

Это позволило бы уточнить, что данная презумпция применяется только в случае возникновения неопределенности в отношении того, был ли составитель прав, утверждая о наличии ошибки.

Кроме того, данная формулировка не будет действовать в ее нынешнем виде в случае ошибочного воспроизведения сообщения данных. В таком случае адресат будет полагать, что имеются два сообщения данных. В связи с этим нет смысла утверждать, что содержание сообщения данных (единственного) не полагается содержанием в том виде, в каком оно было получено адресатом. Чтобы учесть это соображение, формулировку необходимо пересмотреть следующим образом:

"... содержание сообщения или сообщений данных, полученных адресатом, не полагается содержанием в том виде, в каком оно было передано составителем, в той мере, в которой это сообщение или сообщения данных, как утверждается, были ошибочными, ..."

Однако, если можно доказать, что адресат знал о предполагаемой ошибке или что предполагаемая ошибка была бы очевидной, если бы адресат проявил разумную осмотрительность, в целом было бы возможным и в действительности более легким доказать, что предполагаемая ошибка фактически имеет место. В связи с этим было бы излишним устанавливать опровержимую презумпцию того, что ошибка имеет место при этих обстоятельствах.

Поэтому второе предложение текста пункта 4 следует полностью исключить.

По мнению Соединенного Королевства, этот недостаток нынешнего проекта возник следующим образом. Второе предложение текста пункта 4 было разработано на основе предположения о том, что презумпция, отраженная в первом предложении текста, должна быть неопровержимой ("считается"). С учетом этого второе предложение текста имеет смысл. Соединенное Королевство согласно с программным решением о превращении первого предложения текста в опровержимую презумпцию; однако сейчас, когда это уже сделано, логическим последствием превращения этой презумпции в опровержимую является необходимость исключить второе предложение текста.

Статья 12(5)

Первое предложение текста пункта 5 охватывает два случая. Во-первых, случай, когда возникает спор относительно того, направил ли подтверждение получения адресат или какое-либо другое лицо. Во-вторых, случай, когда есть согласие с тем, что подтверждение получения направил адресат, однако, тем не менее, возникает спор относительно того, получил ли адресат соответствующее сообщение данных.

Первый случай уже охвачен статьей 11, и не следует этого делать в данной статье. Более того, это положение несовместимо с пунктами 2 и 3 статьи 11, поскольку согласно этому положению, простое подтверждение получения фактически является достаточным для возникновения презумпции того, что подтверждение было направлено адресатом.

В связи с этим первое предложение текста пункта 5 следует ограничить тем случаем, когда есть согласие с тем, что подтверждение было направлено адресатом, однако, оспаривается то обстоятельство, что адресат получил сообщение данных составителя. Случай, когда возникает спор относительно того, исходит ли подтверждение от адресата, будет затем охватываться статьей 11.

Для достижения этого результата после слов "в случае, когда составитель получает подтверждение получения", необходимо включить следующие слова:

"переданное адресатом или от его имени".

Статья 13

Соединенное Королевство считает, что в отношении этой статьи возникает такой же вопрос, как и в отношении статьи 4. По мнению Соединенного Королевства, заключительную часть второго предложения текста пункта 1 следует изменить путем замены слов "лишь на том основании, что для этой цели использовалось сообщение данных" следующим:

"на том основании, что для этой цели использовалось сообщение данных, при условии, что не применяется какое-либо конкретное требование, которому не удовлетворяет использование сообщения данных для этой цели".

Как понимает Соединенное Королевство, цель данного предложения текста не состоит в том, чтобы затрагивать требования о том, что какой-либо контракт или какой-либо конкретный вид контракта должен быть составлен в письменной форме.

Однако нынешняя формулировка второго предложения текста, как представляется, исключает, чтобы какое-либо статутное требование о том, что какой-либо контракт или какой-либо конкретный вид контракта был составлен в письменной форме, имело своим последствием лишение юридической силы контракта, заключенного с помощью сообщений данных, в том случае, когда договорное согласие сторон или условия, на которых они пришли к согласию, не выражаются в письменной форме.

Если можно сказать, что поскольку контракт был выражен только в сообщениях данных, то требование в отношении формы не было соблюдено, то, как представляется, в данном случае единственным основанием для лишения юридической или исковой силы контракта является то, что сообщение данных использовалось для этой цели. По этой причине пункт 1 статьи 13 лишает

действительности такое статутное требование. Поскольку, как мы понимаем, Рабочая группа не преследовала этой цели при разработке второго предложения текста, необходимы разъяснения, как предлагалось выше.

Ссылка на единственное основание, по всей вероятности, приведет к трудному семантическому спору о том, лишается ли какой-либо контракт юридической или искиковой силы лишь на том основании, что было использовано сообщение данных, в том случае, когда высказано возражение, согласно которому, поскольку контракт был заключен с помощью сообщения данных, он, по этой причине, не имеет требуемой письменной формы. Поэтому слово "лишь" необходимо исключить, а вместо него (как указывалось выше) в конец этого предложения текста следует добавить новое положение о том, что не применяется какое-либо конкретное требование, которому не удовлетворяет использование сообщения данных для этой цели.

Статья 14(4)

В той мере, в какой эта норма касается предполагаемого места отправления сообщения данных, она, возможно, является излишне ограничительной. Если составитель конкретно указывает в сообщении данных место, из которого оно было фактически отправлено, над этим не должна превалировать норма, которая искусственно полагает, что это сообщение было отправлено из какого-либо иного места.

В связи с этим Соединенное Королевство считает, что в первом предложении текста пункта слова "считается отправленным в месте нахождения коммерческого предприятия составителя" необходимо изменить следующим образом:

"считается отправленным в месте, указанном составителем в сообщении данных, или, в отсутствие такого указания, в месте нахождения коммерческого предприятия составителя".

В. Межправительственные международные организации

АЗИАТСКИЙ БАНК РАЗВИТИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

Правовое управление Банка рассмотрело проект текста типового закона и не имеет каких-либо замечаний в отношении данного документа.

ЕВРОПЕЙСКИЙ СОЮЗ

[Подлинный текст на английском языке]

Статья 1. Сфера применения

В первой сноске к главе II упоминается о том, что "настоящий Закон не имеет преимущественной силы по отношению к любым нормам права, предназначенным для защиты потребителей". В пункте 79 соответствующего доклада Рабочей группы указывается, что Рабочая группа сочла содержание этой сноски в целом приемлемым.

Европейская комиссия считает, что термин "потребители", возможно, является слишком узким. Мы полагаем, что данный типовый закон, даже хотя он может (также) быть применимым к физическим лицам, не стремится отвергать какие-либо основные свободы и права физических лиц, признанные в международных договорах, конституциях и других законах. В этой связи можно прямо сослаться на статью Ф(2) Договора о Европейском союзе, в которой говорится:

"2. Союз уважает основные права, гарантируемые Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, подписанной в Риме 4 ноября 1950 года, и вытекающие из конституционных традиций, которые являются общими для государств-членов в качестве общих принципов права сообщества".

В качестве соответствующего примера применения этих прав в рамках Европейского сообщества можно сослаться на предложение о принятии Европейским парламентом и Советом директивы, касающейся защиты прав отдельных лиц в связи с обработкой личных данных и свободного движения таких данных, Com (92) 422 final - SYN 287. Предполагается, что 20 февраля 1995 года Совет министров займет общую позицию с целью принятия этого предложения.

С учетом вышесказанного, Европейская комиссия предлагает изменить вышеупомянутую сноску следующим образом:

"Настоящий Закон не имеет преимущественной силы по отношению к любым нормам права, предназначенным для защиты основных прав и свобод отдельных лиц или для защиты потребителей".

ПРОДОВОЛЬСТВЕННАЯ И СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ (ФАО)

[Подлинный текст на английском языке]

ФАО не имеет каких-либо замечаний.

МЕЖДУНАРОДНОЕ БЮРО ТРУДА (МБТ)

[Подлинный текст на английском языке]

Как представляется, данный типовой закон далеко выходит за пределы сферы компетенции МБТ, и таким образом наши замечания ограничиваются возможным воздействием этого закона в области трудовых отношений.

В статье 1, касающейся сферы применения, указывается, что типовой закон "является частью торгового права". В определении торгового права, содержащемся в сноске к этой статье, указывается, что этот термин следует толковать широко. Хотя типовой закон, по всей вероятности, не призван регулировать трудовые соглашения или другие взаимоотношения между работодателями и служащими, эти сферы все же прямо не исключены. Чтобы избежать возникновения такого представления, возможно, было бы целесообразно прямо исключить такие соглашения и взаимоотношения.

И напротив, можно было бы рассмотреть возможность включения ссылки на трудящихся в первую сноску, в которой в таком случае говорилось бы следующее: "Настоящий Закон не имеет преимущественной силы по отношению к любым нормам права, предназначенным для защиты потребителей или трудящихся".

Если такое понимание, т.е. понимание неприменимости типового закона к взаимоотношениям между работодателями и служащими, является неправильным, то МБТ вполне готово представить дополнительные замечания по тексту типового закона. Эти замечания будут касаться, в частности, озабоченности в отношении конфиденциальности хранимых данных, которую необходимо соблюдать в интересах соблюдения права трудящихся на личную жизнь.

МЕЖДУНАРОДНАЯ МОРСКАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ (ИМО)

[Подлинный текст на английском языке]

Как представляется, проект типового закона не будет иметь непосредственного отношения к деятельности ИМО. Однако он может стать применимым в отношении Международной базы информационных данных о морских судах (ИСИД), которая создается в настоящее время. Хотя и не ясно, в какой степени типовой закон будет применимым, поскольку цели и структура ИСИД (включая круг пользователей, тех, кто будет предоставлять данные, и вопросы доступа к ним) все еще разрабатываются, на рассмотрение предлагаются нижеследующие замечания, касающиеся вопросов, которые имеют общее отношение к ИСИД. Эти замечания относятся к конкретным статьям проекта типового закона, изложенным в приложении к документу A/CN.9/406 от 17 ноября 1994 года.

1) Статья 6. Подпись

В отношении метода, используемого для идентификации составителя сообщения данных, пункт 1(b) статьи 6 предусматривает, что "...этот метод является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, ...". Это положение может считаться недостаточно ясным с точки зрения степени надежности, применимой к методу, который использовался для идентификации составителя. Вероятно, можно было бы рассмотреть вопрос об определении с большей четкостью применимых критериев, касающихся термина "надежный" и предполагаемой степени надежности.

2) Статья 7. Подлинник

В пункте 2(b) статьи 7 содержится ссылка на "требуемую степень надежности" в отношении подлинников. Такая степень может считаться недостаточно ясной, и в связи с этим, вероятно, можно было бы рассмотреть вопрос об установлении объективных критериев, касающихся применимой степени надежности, или же о включении соответствующих пояснений в руководство по принятию типового закона.

Возможно, было бы полезным разъяснить, к чему применяется такая степень надежности; т.е. применяется ли она к "надежным доказательствам целостности информации" согласно пункту 1(b) статьи 7, или же, например, к способу, с помощью которого было подготовлено, сохранено, передано или удостоверено такое сообщение данных.

3) Статья 8. Допустимость и доказательственная сила сообщения данных

Пункт 2 статьи 8 содержит ссылку на надежность в отношении сообщений данных и целостности информации. Степень надежности, которая должна применяться, является неясной, и в связи с этим, вероятно, можно было бы рассмотреть вопрос об установлении объективных критериев, касающихся применимой степени надежности или же о включении соответствующих пояснений в руководство по принятию типового закона.

4) Статья 11. Атрибуция сообщений данных

Заключительная часть текста пункта 3 статьи 11 предусматривает: "Однако подпункты (a) и (b) не применяются, если адресату было известно или должно было быть известно о том, что сообщение данных не являлось сообщением данных составителя, если бы он проявил разумную осмотрительность или использовал любую согласованную процедуру".

Один из вопросов, который может вызвать некоторую озабоченность, заключается в том, следует ли включать в эту статью положения, предусматривающие ситуацию, в которой адресату "должно было быть известно о том, что сообщение данных не являлось сообщением данных составителя, если бы он проявил разумную осмотрительность", поскольку, как представляется, это положение устанавливает субъективный и недостаточно ясный стандарт, касающийся бремени, которое возлагается на

адресата в том случае, если речь может идти о последствиях возникновения ответственности за ущерб. Вероятно, этот вопрос можно было бы учесть при подготовке аналитического комментария.

ОРГАНИЗАЦИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОТРУДНИЧЕСТВА И РАЗВИТИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

ОЭСР, хотя и не имеет конкретных предложений о внесении каких-либо изменений в текст типового закона, хотела бы обратить внимание ЮНСИТРАП на нижеуказанные руководящие принципы, которые были приняты и осуществляются 25 странами - членами ОЭСР, а также сотнями частных предприятий:

- Руководящие принципы ОЭСР, касающиеся безопасности информационных систем, 1992 года, в частности определения понятий "данных", "информации" и "информационных систем", девять руководящих принципов, а также положения об их осуществлении; и
- Руководящие принципы ОЭСР, регулирующие неразглашение и трансграничные потоки личных данных, ОЭСР 1980 года.

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ДЛЯ ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ И КАРИБСКОГО БАССЕЙНА (ЭКЛАК)

[Подлинный текст на английском языке]

ЭКЛАК не имеет замечаний.

С. Неправительственные организации

БАНКОВСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

[Подлинный текст на английском и французском языках]

I. ЗАМЕЧАНИЯ ОБЩЕГО ХАРАКТЕРА

Банковская федерация считает, что проект типового закона должен быть пересмотрен с точки зрения отраженных в нем концепций. Используемый метод, который заключается в определении с точки зрения электронного обмена данными функциональных эквивалентов письменной формы (статья 5), подписи (статья 6) и подлинника (статья 7), не представляется нам наилучшим. Обработка данных и ЭДИ, несомненно, порождают абсолютно новые правовые проблемы, которые, по всей вероятности, нецелесообразно решать с помощью традиционных средств.

Кроме того, мы полагаем, что французский текст этого документа не выдерживает критики вследствие отсутствия ясности в его формулировках.

II. ЗАМЕЧАНИЯ ПО СТАТЬЯМ ПРОЕКТА ТИПОВОГО ЗАКОНА

1. Глава I - Общие положения

Статья 1: Сфера применения

Цель включения заявления о том, что данный закон касается только торгового права, может быть поставлена под сомнение с учетом того, что этот текст подготовлен Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАП).

Статья 3: Толкование

Пункт 2 статьи 3 касается общих принципов, на которых основывается данный закон. Эта ссылка является слишком неточной и сопряжена с риском возникновения различий в толковании и даже споров.

2. Глава II - Применение юридических требований в отношении сообщений данных

Статья 4: Признание юридической силы сообщений данных

Эта статья запрещает лишать какое-либо "сообщение данных" юридической силы, действительности или исковой силы.

Данное положение представляется слишком неопределенным, чтобы быть приемлемым в его нынешней форме.

Статьи 5 и 6: Письменная форма - Подпись

Эти положения (которые придают "сообщению данных" с точки зрения, по всей вероятности, действительности соглашений, равную силу по сравнению с письменным документом, на котором имеется собственноручная подпись) лишают какой-либо конкретной ценности письменный документ, когда последний требуется *ad solemnitatem*. В этой связи следует спросить, не могут ли возникнуть проблемы обеспечения исковой силы в отношении третьих сторон.

В пункте 1 статьи 5 следует сделать ссылку на требование о том, чтобы информация была достоверной. Встает также вопрос о том, будет ли осуществляться "последующее использование в справочных целях" на односторонней или двусторонней основе.

Кроме того, поскольку статья 6 включена в главу II, данное положение нельзя изменить по договоренности. Эта возможность, предусмотренная согласно статье 10, относится только к положениям главы III. Следовало бы обеспечить, чтобы обязательства технического характера, установленные этой статьей, не создавали чрезмерно обременительных трудностей.

В связи с пунктом 1(b) статьи 6 можно спросить: "Кто решает, является ли данный метод надежным?" Кроме того, это положение может вызывать опасения, связанные с тем, что, несмотря на договоренность между составителем и адресатом, касающуюся конкретной процедуры идентификации, подписи в сообщении данных может быть поставлена под сомнение на том основании, что процесс идентификации не был надежным.

Статьи 7 и 8: Подлинник - Допустимость и доказательственная сила сообщения данных

Эти положения придают "сообщениям данных" доказательственную силу, эквивалентную доказательственной силе письменного документа, оставляя при этом на усмотрение судов оценку степени доказательственной силы.

Что означает выражение "надежные доказательства", содержащееся в пункте 1(b) статьи 7?

В пункте 2(a) статьи 7 упоминается необходимость "сохранения информации в полном и неизменном виде". Кто будет определять, обстоит ли дело таким образом?

Пункт 1 статьи 8 (согласно которому "никакие положения норм доказательственного права не применяются таким образом, чтобы воспрепятствовать допустимости сообщения данных в качестве доказательства") и пункт 1(b) статьи 8 (который предусматривает применение какой-либо другой нормы права, "если оно является наилучшим доказательством, которое, как этого можно разумно ожидать, может быть получено представляющим его лицом"), как представляется, противоречат друг другу.

Статья 9: Хранение сообщений данных

Эти положения должны быть разработаны более подробно, в частности, в отношении доказательств того, что переданные и полученные данные являются идентичными и что они могут быть воспроизведены в понятной форме.

Поскольку невозможно изменить положения этой статьи по договоренности, следует обеспечить, чтобы данная статья не создавала чрезмерных трудностей.

Мы также считаем, что выражение "в случае, когда закон требует", содержащееся в первом предложении текста этой статьи, является неясным. В целом можно предположить, что закон всегда требует хранить сообщения данных. Должны храниться и доказательства исполнения или передачи какого-либо распоряжения. Однако если данной фразе придается именно этот смысл, то положения настоящей статьи будут порождать несоразмерные трудности. Было бы более реалистичным ограничить сферу применения этой статьи случаями, в которых закон требует конкретного хранения документов по причине общей заинтересованности в этом.

Нынешнюю формулировку пункта 1(c) статьи 9 трудно понять. Ее необходимо по меньшей мере изменить следующим образом: "... включая информацию, связанную с составителем, адресатом (адресатами), и датой и временем ... , но не ограничиваясь этим".

3. Глава III - Передача сообщений данных

Статья 10: Изменение по договоренности

Эта статья позволяет сторонам отступать от соблюдения положений данной главы по договоренности, за исключением случаев, когда предусмотрено иное.

Вопрос заключается в том, можно ли обоснованно сделать вывод о противоположном, т.е. о том, что положения других глав являются обязательными.

Статья 11: Атрибуция сообщений данных

Пункт 2 статьи 11 является противоречивым, поскольку в нем указывается, что сообщение данных полагается сообщением данных составителя, если адресат установил, что это сообщение данных было передано составителем.

Положения пункта 3(a), (b) и заключительной части текста пункта 3 (которая либо создает возможность атрибуции составителю сообщения данных, которое не может полагаться согласно пунктам 1 и 2 статьи 11 происходящим от него, либо, напротив, исключает эту возможность) содержат ссылку на неточные данные (см., в частности, "... отношение которого с составителем ..."), что, по всей вероятности, затруднит их применение.

Каким образом можно определить, была ли проявлена "разумная осмотрительность", как предусматривается пунктами 3 (заключительная часть текста) и 4 статьи 11?

Пункт 5 статьи 11, согласно которому любые правовые последствия предположения о том, что сообщение данных является сообщением данных составителя, "определяются на основании настоящего Закона и другого применимого права", как представляется, противоречит статье 10.

Статья 12: Подтверждение получения

Смысл и обоснование пункта 4(b) статьи 12 трудно понять. И действительно, если подтверждение получения не является предварительным условием исполнения инструкций, содержащихся в сообщении данных, то каким образом можно предположить (в случае, если подтверждение получения не получено в указанный срок), что сообщение данных не было передано (поскольку оно могло быть получено и исполнено)?

Кроме того, что означает выражение "осуществить любые другие права, которые он может иметь"?

Статья 13: Составление и действительность контрактов

Положения главы III применяются непосредственно к сообщениям данных, полученным за рамками договорных обязательств. Дело будет обстоять таким образом, например, тогда, когда распоряжение получено по факсу, с помощью электронных или иных средств. В соответствии с положениями главы II такое распоряжение не может само по себе всегда рассматриваться как направленное неправомерно. Существенно важно, чтобы адресаты и, в частности, банковские учреждения сохраняли возможность отказаться от исполнения распоряжений, которые лишь предполагаются распоряжениями составителя.

В этой связи было бы целесообразным, если бы Типовой закон установил принцип, согласно которому адресат всегда мог бы потребовать подтверждения сообщения данных в другой форме, а пункт 1 статьи 13 необходимо изменить следующим образом: "В контексте составления контрактов, если иное не согласовано сторонами или если одной из сторон не высказано противоположное мнение, ...".

И наконец, может ли составитель отозвать оферту до момента ее получения адресатом или до момента, когда она становится известной адресату?

Статья 14: Время и место отправки и получения сообщений данных

Выражение "если иное не согласовано", содержащееся в пунктах 1, 2 и 4 статьи 14, не служит какой-либо цели, поскольку в главу III включена статья 10 (см. статью 10).

В связи с пунктом 2(a) статьи 14 можно спросить: "Каковы процедуры или возможности осуществления контроля, которые находятся в распоряжении составителя и с помощью которых он может проверить, действительно ли было получено сообщение данных?"

[A/CN.9/409/Add.1]

КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ**A. Государства****ЯПОНИЯ**

[Подлинный текст на английском языке]

Япония считает, что проект типового закона о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных, одобренный Рабочей группой ЮНСИТРАП по электронному обмену данными на ее двадцать восьмой сессии, имеет огромное значение, поскольку он обеспечивает решение на международном уровне труднейшей проблемы устранения правовых препятствий использованию ЭДИ в коммерческих сделках. Формулировки этого проекта типового закона в целом являются гибкими, какими они и должны быть с учетом разнообразия национальных правовых систем и принципа автономии сторон. Предполагается, что данный типовый закон после его принятия будет служить полезной отправной точкой для любой страны, намеревающейся изменить свое внутригосударственное законодательство в целях удовлетворения потребностей, определяемых эпохой электронной торговли. Тем не менее, по нашему мнению, в своей нынешней форме проект типового закона содержит положения, которые могут быть улучшены. Ниже предлагаются наши замечания без ущерба для нашей окончательной позиции в отношении проекта типового закона.

Статья 2

В соответствии с определением "сообщения данных", содержащимся в пункте (a), причем это понятие является ключевым для типового закона, информация становится сообщением данных тогда, когда она подготовлена, хранится или передается с помощью любых средств, охватываемых данным пунктом. Понятие сообщения данных в этом типовом законе определяется как означающее информацию, обработанную таким образом с помощью электронных средств. С другой стороны, выражение "информация в виде сообщения данных", которое используется в пункте (f), позволяет предположить, что термин "сообщение данных" может означать носитель информации, что несколько отличается от самой информации. В этой связи было бы желательным дать в руководстве по принятию типового закона всеобъемлющее разъяснение понятия "сообщения данных", как оно используется в типовом законе.

Статья 7

Хотя и есть некоторые сомнения в отношении того, должно ли требование, установленное в подпункте (a) пункта 1, быть существенно важным элементом понятия "подлинника", но если цель этого подпункта заключается в уточнении того, что демонстрация информации с помощью электронного устройства может заменить представление информации в бумажных документах, что требуется законом, то тогда целесообразно использовать такую же терминологию, что и в статье 5 ("Письменная форма"), в

которой при рассмотрении вопроса о представлении информации в ходе ЭДИ используется выражение "доступная" вместо выражения "демонстрация".

В связи с подпунктом (b) пункта 1 статьи 7 мы опасаемся, что слова "когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме" могут создать проблемы в применении этого положения. В ходе ЭДИ одна и та же информация может быть зафиксирована в различных формах одновременно или в разное время. Что означает в таком контексте выражение "в ее окончательной форме"? Как должно или можно решать вопрос о том, когда информация была впервые подготовлена в ее окончательной форме? В руководстве по принятию типового закона следует рассмотреть этот вопрос путем указания на примеры того, каким образом данный подпункт будет действовать на практике.

Статья 8

В принципе вопрос об оценке доказательств следует оставить на усмотрение того, кто исследует факты. Любые положения типового закона в этой области должны ограничиваться изложением факторов или руководящих принципов, которые следует принимать во внимание при определении доказательственной силы сообщения данных, с тем чтобы избежать риска создания препятствий свободному осуществлению судьями своих дискреционных полномочий (см. A/CN.9/373, пункт 102). С этой точки зрения первое предложение текста пункта 2 статьи 8 является излишним, поскольку само собой разумеется, что любая информация в какой бы то ни было форме должна обладать надлежащей доказательственной силой, если она принята в качестве доказательства. Для цели данного пункта будет достаточным исключение первого предложения и сохранение второго предложения его текста.

В пункте 3 статьи 8 должна содержаться ссылка на статью 7. Вместе с тем в любом случае пункт 3 следует исключить, поскольку содержание этого пункта в достаточной мере уже отражено в статье 7 и во втором предложении текста пункта 2 статьи 8.

Статья 9

Если подпункт (c) пункта 1 должен устанавливать требование о хранении переданной информации в контексте ЭДИ даже тогда, когда соответствующие положения внутригосударственного права не требуют хранить такую информацию в контексте бумажных документов, данный подпункт, возможно, является слишком ограничительным, поскольку он устанавливает более жесткое требование в отношении хранения информации в форме сообщений данных, чем в форме бумажных документов. В руководстве по принятию типового закона следует прямо указать, что эта статья не призвана обеспечить хранение информации в форме сообщения данных, устанавливая требование, выходящее за пределы того, что требуется внутригосударственным правом в отношении хранения переданной информации.

Статья 11

С точки зрения редакции слово "считается", которое используется в тексте пункта 1, по нашему мнению, является неприемлемым. Само собой разумеется, что сообщение данных, переданное составителем или любым уполномоченным на то лицом, является сообщением данных составителя. Нет необходимости в том, чтобы "считать" такое сообщение данных сообщением данных составителя в силу действия закона. Слова "считается сообщением данных составителя" следует исключить, а в итоге можно сказать, что весь пункт 1 является излишним.

Что касается пункта 3 статьи 11, то, если сохранить вступительную формулировку "в случае, когда пункты 1 и 2 не применяются", логичным выводом будет выбор слова "считается", взятого в квадратные скобки во вступительной части, поскольку в случае сохранения этой вступительной части предварительное условие применения пункта 3, как можно считать, заключается в том, что было установлено, что пункт 1 неприменим, а именно, что сообщение данных не было передано ни самим составителем, ни лицом, уполномоченным на то составителем. Очевидно, что такое предварительное условие служит в качестве встречного доказательства для опровержения презумпции того, что сообщение данных является сообщением данных составителя. Следовательно, выбор слова "полагается", содержащегося во вступительной части, при сохранении в то же время самой вступительной части, носил бы противоречивый характер.

Однако, с другой стороны, если в пункте 3 сохранить выражение "считается", то возникнет крупная проблема, поскольку адресат, который надлежащим образом применяет процедуру, согласованную с составителем, защищается, в соответствии с нынешней формулировкой, только презумпцией, выраженной в пункте 2. Представляется неразумным обеспечивать большую защиту адресату, который не применяет такую процедуру.

Мы полагаем, что для сохранения надлежащей сбалансированности пунктов 2 и 3 пункт 3 должен отражать такую презумпцию и в таком случае будет защищать адресата, который по той или иной причине не применил или был не в состоянии применить надлежащим образом согласованную процедуру, но тем не менее заслуживает защиты с помощью такой презумпции. Если предположить, что содержание нынешних подпунктов (a) и (b) пункта 3 будет сохранено в качестве требований в отношении такой защиты, что может вызывать сомнение (если пункт 3 должен отражать такую презумпцию), то можно предложить с целью разъяснения предмета презумпции следующий новый пункт 3.

Новый пункт 3

"Без ущерба для пунктов 1 и 2

- a) лицо, действия которого привели к получению адресатом сообщения данных, полагается имеющим полномочия действовать от имени составителя в отношении этого сообщения данных, если отношения этого лица с составителем или с любым агентом составителя дали такому лицу возможность получить доступ к методу, используемому составителем для идентификации сообщений данных как своих собственных; или

- b) сообщение данных полагается сообщением данных составителя, если адресат установил, что сообщения данных было сообщением данных составителя при помощи метода, который является обоснованным при данных обстоятельствах.

Однако...[далее без изменений]...".

В связи с этим в руководстве по принятию типового закона следовало бы разъяснить характер и рамки "отношений", о которых упоминается в подпункте (а) пункта 3. Например, следует ли считать, что лицо, которому поручена задача создания информационной системы составителя и которому, таким образом, известен метод идентификации, входит в сферу действия данного подпункта? Более того, с учетом того, что статья 11 настоящего типового закона и статья 5 Типового закона ЮНСИТРАП о международных кредитовых переводах являются аналогичными и между ними возможна коллизия, в руководстве по принятию типового закона следует разъяснить, каким образом данные два типовых закона взаимосвязаны с точки зрения их применения.

Что касается пункта 4, то в силу презумпции, отраженной в первом предложении текста этого пункта, бремя доказывания при установлении факта наличия ошибки в сообщении данных, полученном адресатом, лежит на лице, которое утверждает о существовании такой ошибки. По нашему мнению, установление того, что при передаче была допущена ошибка в содержании сообщения данных или было допущено ошибочное воспроизведение сообщения данных, должно быть достаточным для опровержения этой презумпции, при этом не имеет значения то, установлено ли, что адресат знал или должен был знать о существовании ошибки. Соответственно, слова "если адресату было известно... при передаче" во втором предложении текста данного пункта должны быть исключены.

С другой стороны, мы отмечаем, что бывают случаи, когда составитель и адресат достигли договоренности в отношении метода установления факта сохранения целостности сообщения данных, помимо договоренности в отношении метода идентификации происхождения сообщения данных, как это предусматривается в пункте 2. Можно утверждать, что адресат, который установил факт сохранения целостности сообщения данных в соответствии с такой договоренностью, заслуживает защиты в большем объеме, чем защита, обеспечиваемая только положением, отражающим презумпцию. Если этот аргумент будет принят, то возникнет необходимость во включении в текст этой статьи положения - либо в форме пункта 4 с измененной формулировкой, либо в форме нового пункта, - предусматривающего, что содержание сообщения данных считается содержанием сообщения, полученного адресатом, если адресат устанавливает факт сохранения целостности сообщения данных путем надлежащего применения процедуры, которая ранее была согласована с составителем, если только адресату не было известно или не должно было быть известно о том, что сообщение данных содержит ошибку в случае проявления им разумной осмотрительности.

Пункта 5 является излишним, поскольку он предусматривает очевидное.

Статья 12

Нынешняя формулировка пункта 3 дает адресату возможность направить подтверждение получения в любое время, которое он считает благоприятным для придания юридической силы сообщению составителя, если составитель не указал точно время, в течение которого должно быть получено подтверждение получения сообщения. Во избежание предоставления адресату возможности действовать в ущерб составителю, слова "до получения подтверждения" следует заменить словами "до получения подтверждения в течение указанного или согласованного срока, или если такой срок не был указан или согласован, в течение разумного периода времени".

Кроме того, поскольку, как мы понимаем, вопрос о том, имеет ли какое-либо сообщение данных, обусловленное получением подтверждения, какие-либо правовые последствия, должен регулироваться применимым правом, то выражение "это сообщение данных не имеет юридической силы", содержащееся в данном пункте, является неприемлемым. Следует отдать предпочтение формулировке, используемой в подпункте (b) пункта 4: "составитель может после уведомления об этом адресата рассматривать сообщение данных как неполученное или осуществить любые другие права, которые он может иметь".

В пункте 4 предусматривается случай, когда составитель, указав срок, в течение которого может быть получено подтверждение, не указал, что сообщение данных обуславливается получением подтверждения. Однако трудно представить себе такую ситуацию на практике, поскольку можно вполне обоснованно предположить, что сообщение данных обусловлено получением подтверждения, когда указан или согласован срок для получения такого подтверждения. В связи с этим слова "в течение оговоренного или согласованного срока, либо, ... оговорено или согласовано" должны быть исключены.

МЕКСИКА

[Подлинный текст на испанском языке]

Правительство Мексики представляет нижеизложенные замечания по проекту типового закона о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных.

1. Правительство Мексики приветствует завершение Рабочей группой разработки проекта типового закона о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средств передачи данных и полагает, что Рабочая группа на своей следующей сессии завершит подготовку руководства по принятию типового закона, с тем чтобы оба документа можно было рассмотреть на следующей сессии Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.

Значение использования электронных средств связи возрастает ежедневно как во внутренней, так и в международной торговле. Важными последствиями использования таких электронных средств для передачи и хранения торговой информации будут расширение торгового обмена и сокращения связанных с ним затрат.

Несмотря на то обстоятельство, что использование электронных средств является повседневной практикой, уже образующей часть культуры делового мира, отсутствует конкретное правовое регулирование этих вопросов, поскольку практически нет соответствующих законов, судебных прецедентов или правовых традиций, признающих его ценность и правовые последствия; в результате сохраняется серьезный правовой вакуум.

Разрыв между коммерческой практикой и ее правовым регулированием порождает неопределенность и создает препятствия международной торговле. Эти препятствия необходимо устранять, насколько это возможно, путем разработки правовых норм, направленных на обеспечение таких юридических решений, которые устранили бы какие-либо сомнения и неуверенность, испытываемые участниками торговых операций.

Вполне вероятно, что в будущем практика и судебные решения приведут к разработке положений, которые предлагаются в этом проекте. Электронная торговля является самым последним феноменом, а правовая культура, основывающаяся на накопленном опыте, все еще отсутствует; такая культура может быть создана только длительной практикой. Несмотря на это, совокупность положений типового закона будет служить в качестве отправного пункта для разработки такого рода положений и - что еще более важно - поможет законодателям в разработке минимальных правовых положений для регулирования этого феномена.

Правительство Мексики считает, что предлагаемый Рабочей группой проект является удовлетворительным и может быть принят Комиссией на ее следующей сессии. Тем не менее мы полагаем полезным предложить некоторые моменты для обсуждения с целью улучшения окончательных формулировок проекта закона.

2. Название типового закона должно быть следующим: "Типовой закон о правовых аспектах электронной торговли".

Предложение об этом было внесено почти в конце работы последней сессии Рабочей группы, и из-за его новизны не получило поддержки, необходимой для его принятия (см. документ A/CN.9/406, пункты 75-77).

Мы считаем, что аргументы, высказывавшиеся в пользу изменения названия, являются обоснованными, поскольку использование термина ЭДИ, по меньшей мере, вызывает путаницу; этот термин охватывает только одно из средств передачи сообщений, которые подлежат регулированию. С другой стороны, ссылка на "соответствующие средства передачи данных" является неопределенной и мало что говорит любому человеку, который не знаком в полной мере с содержанием типового закона. Другими словами, это название может привести к путанице и, как было заявлено в Рабочей группе, "не является очень коммерческим".

Выражение "электронная торговля", с другой стороны, становится все более широко используемым и признаваемым на практике. Ссылка в названии закона на "электронную торговлю" даст возможность любому, кто не участвовал в подготовительной работе, быстрее получить более точное представление о содержании и значении типового закона.

Кроме того, то обстоятельство, что сфера применения такого закона четко определена, как можно видеть из статьи 1 и подпунктов (а) и (b) статьи 2, поможет исключить любые сомнения в отношении сферы применения закона, а также отсутствия в нем соответствующего определения концепции "электронной торговли". В нынешнем названии типового закона не очерчивается сфера его применения, и оно представляет собой не более чем краткое указание на содержание документа.

3. Определение термина "посредник" может и должно быть исключено, а любые необходимые разъяснения могут быть даны в руководстве по принятию типового закона. Это определение является излишним. Более того, при первом ознакомлении оно создает впечатление, что типовым законом касаются посредников, а это не так. Рабочая группа решила урегулировать взаимоотношения между составителем и адресатом, а не взаимоотношения между этими сторонами и каким-либо посредником.

В конце работы был проведен обзор этих определений, причем было отмечено, что термин "посредник" используется только в двух определениях и не содержится в тексте какой-либо другой статьи. Речь идет об определениях "составителя" и "адресата", содержащихся в пунктах (с) и (d) статьи 2, в которых можно легко использовать выражение "любая третья сторона". Соответствующие разъяснения можно было бы дать в руководстве по принятию типового закона, если это будет сочтено необходимым (см. A/CN.9/406, пункты 146-148).

4. Следует также рассмотреть возможность исключения статьи 7, касающейся "подлинника". Если только речь не идет об оборотных документах, фактически в торговле, и особенно в международной торговле нет оснований принимать какую-либо норму права, требующую представлять информацию в ее подлинной форме. Типовой закон не касается "оборотных документов"; обсуждение вопроса об их обратимости планируется в качестве части будущей работы Группы.

Если требование в отношении подлинника вытекает из соглашения между сторонами, то именно эти стороны в своем соглашении должны конкретно указать случаи, когда сообщение данных, переданное с помощью электронных средств, будет удовлетворять требуемым условиям.

Если какая-либо установившаяся процедура требует представления подлинников, то эта процедура сама по себе постепенно будет изменяться естественным путем, с тем чтобы адаптироваться к практике данного вида торговли или региона, в котором эта процедура соблюдается.

Таким образом, полезность статьи 7 весьма ограничена. С другой стороны, ее текст является двусмысленным и допускает различное толкование, когда речь идет о таких выражениях, как "требуемая степень надежности... с учетом цели, для которой информация была подготовлена, и всех соответствующих обстоятельств" и "критериями оценки целостности должны являться сохранение информации в полном и неизменном виде". Установлены также условия, которые трудно выполнить, например "имеются надежные доказательства целостности информации...".

Было бы предпочтительно исключить эту статью и заменить ее следующим:

"Настоящий Закон не касается оборотных документов [или случаев, в которых какая-либо норма права требует, чтобы информация представлялась в ее подлинной форме]".

5. Статья 10, касающаяся изменения по договоренности и содержащаяся в главе III, озаглавленной "Передача сообщений данных", должна быть перенесена туда, где она находилась в течение первого периода разработки проекта, поскольку она применима ко всем положениям закона, а не только к передаче сообщений данных.

Эта статья была перенесена в другое место, с тем чтобы не разрешать сторонам при использовании свободы заключения договоров отступать от соблюдения императивных норм, причем было решено ограничить такую свободу заключения договоров сообщениями между сторонами. Эти аргументы являются ошибочными и привели к таким результатам, которые не преследуются и которые являются даже более ограничительными, чем случаи, когда стороны осуществляют свои операции или фиксируют их с помощью средств, связанных с бумажными документами.

В любом случае необходимо проводить различие между правоотношениями сторон и последствиями их действий для третьих сторон. Когда речь идет о частных взаимоотношениях коммерческого характера между субъектами частного права, то ограничение свободы заключения договоров за небольшими исключениями представляет собой препятствие торговле, которое должно быть устранено.

Например, ничто не должно препятствовать сторонам приходить к соглашению об ином по сравнению с положениями статьи 8, касающейся допустимости и доказательственной силы сообщений данных, когда речь идет об урегулировании спора между этими сторонами посредством арбитража или даже в судах государства. То же самое относится к положениям, предусматривающим хранение сообщений данных и включенным в статью 9, поскольку соглашение между сторонами затрагивает только взаимоотношения между данными сторонами.

Дело будет обстоять иным образом, если соглашение призвано оказать воздействие на права и обязанности третьих сторон за пределами таких взаимоотношений. Если будет сочтено необходимым разъяснить этот момент при условии возвращения этой статьи в главу I, содержащую общие положения, то можно было бы добавить к ней следующий пункт:

"Соглашение между сторонами не затрагивает права и обязанности третьих сторон".

6. Было бы полезным расширить сферу применения статьи 13, с тем чтобы она охватывала не только случаи составления контрактов, но и все случаи составления завещания, поскольку нет основания для ограничения заявления о действительности только офертой или ее акцептом в контексте какого-либо контракта. В связи с этим предлагается сформулировать пункт 1 статьи 13 следующим образом:

"1. Если иное не согласовано сторонами, любое завещание, составленное с помощью сообщения данных, имеет юридическую силу. Контракт или любой другой юридический акт не признаются недействительными или не имеющими исковой силы лишь на том основании, что для этой цели использовалось сообщение данных, если это так".

НАМИБИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

В целом мы поддерживаем предложенные изменения и аналитические комментарии Рабочей группы ЮНСИТРАП по типовому закону о правовых аспектах электронного обмена данными и сообщаем, что у нас нет на данном этапе каких-либо конкретных замечаний.

В. Межправительственные международные организации

БАНК МЕЖДУНАРОДНЫХ РАСЧЕТОВ (БМР)

[Подлинный текст на английском языке]

Мы высоко оцениваем усилия, предпринимаемые ЮНСИТРАП для согласования определенных правовых аспектов, возникающих в связи с электронным обменом данными. Однако в настоящее время Банк не участвует непосредственно в компьютеризированном обмене стандартными торговыми данными, помимо сообщений в системе СВИФТ. Вследствие особого характера Банка, как банка для центральных банков, мы также не имеем непосредственного отношения к "торговым партнерам", которые используют ЭДИ.

В связи с этим, несмотря на нашу большую заинтересованность в урегулировании правовых вопросов ЭДИ, вследствие чего мы внимательно следим за происходящими событиями, мы не в состоянии на данном этапе представить конкретные замечания по проекту типового закона.

[A/CN.9/409/Add.2]

КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ

А. Государства

КИТАЙ

[Подлинный текст на английском языке]

Китай высоко оценивает усилия ЮНСИТРАП по подготовке проекта вышеупомянутого типового закона и считает, что типовой закон, на основе которого будет унифицировано национальное законодательство по этому вопросу, послужит делу ликвидации правовых барьеров, препятствующих развитию ЭДИ и соответствующих средств передачи данных в области международной торговли.

В целом Китай считает, что нынешний текст типового закона отражает обсуждения, проведенные на сессиях Рабочей группы ЮНСИТРАП по ЭДИ, и отвечает, в частности, все более острой необходимости в обеспечении юридической определенности в области электронной торговли. Кроме того, Китай хотел бы сделать ряд замечаний к типовому закону.

1. Название типового закона

В целом нынешнее название определяет сферу технических вопросов, регулируемых типовым законом, однако, возможно, в нем по-прежнему присутствует некоторая неопределенность и двусмысленность, что создало бы трудности для принимающих государств при формулировании названий их национальных законов, строящихся на основе типового закона. На одной из прошлых сессий Рабочей группы было высказано предложение о том, что, возможно, целесообразно изменить его название на "Типовой закон об электронной торговле", и это предложение заслуживает того, чтобы его рассмотреть еще раз.

2. Статья 2. Определения

Что касается понятия ЭДИ, то следует должным образом учесть работу других организаций (например, UN/ECE/WP.4) по этим вопросам, т.е. техническое определение ЭДИ должно соответствовать международно признанной концепции, с тем чтобы заложить прочную техническую основу для применения типового закона.

3. Статья 8. Допустимость и доказательственная сила сообщений данных

Китай испытывает определенные трудности в связи с использованием термина "наилучшее доказательство" в пункте 1(b), поскольку подобная концепция не является достаточно признанной в контексте используемой в Китае юридической терминологии.

4. По остальным положениям типового закона у Китая не имеется никаких конкретных замечаний.

ДАНИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

Дания приветствует завершение работы над проектом типового закона о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных Рабочей группой ЮНСИТРАП по ЭДИ в октябре 1994 года, а также над подготовленным в начале нынешнего года проектом руководства по принятию типового закона. Дания предлагает рассмотреть на следующей сессии ЮНСИТРАП следующие изменения в типовом законе:

1. О статье 2: Определения

В этой статье "сообщение данных" определяется как "информация, подготовленная, хранимая или передаваемая с помощью электронных, оптических или аналогичных средств". Использование слов "аналогичных средств" может привести к созданию у многих читателей впечатления, что английское слово "analogous" относится к понятию "аналоговый" (в отличие от понятия "цифровой"). В силу этого определение будет относиться к любой группе данных, включая устно высказанные слова. Поскольку этот момент имеет важнейшее значение для определения сферы действия типового закона, Дания предлагает изменить это положение следующим образом:

"Сообщение данных" означает цифровую информацию, подготовленную, хранимую или передаваемую с помощью электронных, оптических или подобных средств, включая ... (и т.д.)."

В этом определении на цифровую форму указывается как на важнейшую характеристику компьютеризированной информации, а эта характеристика, среди прочего, позволяет программировать и воспроизводить информацию.

В противном случае Дания предлагает включить в руководство к типовому закону четкое разъяснение значения понятия "аналогичный".

2. О статье 14: Время и место отправки и получения сообщения данных

Подпункт 2(b) статьи 14 предполагает обязательство любого лица получать сообщения данных в свою "информационную систему". В рамках проведенных в Рабочей группе обсуждений различные делегации уже указывали, что подобный результат может иметь далеко идущие последствия для передающих сообщения сторон с несколькими информационными системами (например, несколькими адресами для электронной почты).

Дания предлагает исключить это положение из типового закона. В результате этого передающая сообщение сторона должна будет связаться с другой стороной с помощью других средств.

В противном случае Дания предлагает установить применимость подпункта 2(b) только к информационным системам, которые адресат уже использовал при обмене сообщениями с составителем. Согласно этому предложению, это положение будет гласить следующее:

"2(b) если адресат не указал информационной системы, получение происходит в момент, когда сообщение данных поступает в какую-либо информационную систему адресата, с помощью которой адресат уже обменивался сообщениями с составителем".

ОМАН

[Подлинный текст на английском языке]

Правительство Султаната Оман в настоящий момент не может представить свои замечания по проекту типового закона о правовых аспектах электронного обмена данными.

В. Межправительственные международные организации

**КОНФЕРЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ТРГОВЛЕ И РАЗВИТИЮ (ЮНКТАД)**

[Подлинный текст на английском языке]

Секретариат ЮНКТАД не имеет замечаний по проекту типового закона.

[A/CN.9/409/Add.3]

КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ

А. Государства

ФРАНЦИЯ

[Подлинный текст на французском языке]

Статья 1. Сфера применения

В первом предложении статьи 1 концепцию "торговое право" следует заменить на "право международной торговли", а в примечании соответственно предусмотреть возможность расширения сферы действия Типового закона на сообщения данных внутреннего характера. Эта поправка призвана обеспечить большее соответствие целям работы ЮНСИТРАП, которая, как на это уже указывает само название Комиссии, занимается вопросами права международной торговли.

Статья 2. Определения

b) Согласованное определение понятия "электронный обмен данными" (ЭДИ) - "передача с одного компьютера на другой ..." - в руководстве по принятию следует дополнить разъяснением по вопросу о том, охватывается ли физическая передача дисков.

c) Термин "составитель" ("initiateur") следует заменить термином "отправитель" ("expéditeur"), поскольку использование слова "initiateur" в тексте на французском языке не имеет смысловой нагрузки. Кроме того, определение "expéditeur" отвечает намерениям некоторых делегаций, а именно учитывает возможность подготовки информации без ее передачи; таким образом, с точки зрения существа, препятствий для внесения предлагаемого изменения не имеется.

e) Термин "посредник" следует сохранить с тем же определением, которое содержится в проекте типового закона; ссылку на посредника в определениях терминов "отправитель" и "адресат" также следует сохранить. В руководстве следует оговорить ту роль и те полномочия, которыми может наделяться посредник, поскольку в типовом законе все эти вопросы не рассматриваются, хотя, по мнению французской делегации, они и являются очень важными (случаи, когда стороны обходятся без услуг посредника, встречаются весьма редко; так, только немногие очень крупные предприятия могут организовать прямую связь между двумя пунктами без использования услуг третьих сторон или телекоммуникационных систем).

f) слова "систему для" следует заменить словами "совокупность технических средств", как это предлагалось в качестве мнения Рабочей группы на ее предыдущих сессиях. По нашему мнению, формулировка "информационная система означает систему..." является неуместной как с точки зрения редакции, так и с точки зрения существа, поскольку информационная система в действительности характеризуется совокупностью технических средств.

Статья 3. Толкование

В этой статье содержится ссылка на международный источник типового закона, что оправдывает предложенное смещение акцентов в статье 1, т.е. предложение установить принцип, согласно которому сферой применения типового закона является международная торговля. Примечание позволит государствам, которые этого пожелают, применять типовой закон ко всему торговому праву.

Статья 5. Письменная форма

Было бы желательно заменить существующий текст пункта 1 статьи 5 текстом второго пункта статьи 6 в предложенной Францией формулировке (документ A/CN.9/WG.IV/XXVII/CRP.2 от 1 марта 1994 года); этот пункт гласит следующее:

"В случаях, когда закон или обычай предписывает направление документа в письменной форме или в виде подлинника, (торговое) сообщение, обмен которым осуществляется средствами передачи данных, регулируемые настоящими правилами, считается имеющим юридическую силу при условии, что оно достоверно отражает информацию, которой обменялись стороны, и записано в удобочитаемой форме и может быть воспроизведено".

В руководстве следует дополнительно указать, что письменная форма представляет собой носитель (бумажный или электронный), информационную единицу и средство (чернила в случае бумажного документа), с тем чтобы более четко разъяснить функциональный подход, принятый в типовом законе.

В пункте 63 руководства следует указать, что сообщение должно сохраняться в той форме, в которой оно было получено, с тем чтобы охватить понятие целостности сообщения.

Статья 6. Подпись

Согласно проекту текста функция подписи состоит в идентификации отправителя, а также в выражении его согласия с содержанием информации, при условии, что использованный метод является надежным с учетом как самого сообщения, так и любой договоренности между сторонами. В руководстве следует указать, что термин "обстоятельства", использованный в пункте 1(b), охватывает также коммерческую практику и торговые обычаи.

Статья 7. Подлинник

Формулировку "информация ... впервые подготовлена в ее окончательной форме" можно рассматривать в качестве эквивалента французских терминов "information d'origine" или "information originaire" ("первоначальная информация"). Тем не менее, с учетом возможного включения этой статьи во французскую правовую систему, в руководстве следует провести параллель между этими понятиями.

В пункте 1(b) вместо термина "intégrité" ("целостность") было бы предпочтительно использовать термин "fidélité" ("достоверность").

В пункте 2(a) содержится слово "индоссаменты" ("endorsement"). Было бы более уместно сослаться на "marque" ["пометки"] или "marquage" ["пометы"], поскольку понятие "endossement" имеет во французском праве весьма конкретное значение; если это понятие будет использовано, то толковаться оно будет однозначно, даже если в руководстве и будет разъяснено, что в типовом законе этот термин не имеет того смысла, который придается ему во французском праве.

Статья 8. Допустимость и доказательственная сила сообщения данных

Следует исправить редакционную ошибку во французском тексте: сноску на статью 8 следует заменить сноской на статью 7.

Статья 9. Хранение сообщений данных

В пункте 3 следует сделать прямую ссылку на посредников, предоставляющих услуги для целей хранения сообщений данных. Больше конкретности в этом вопросе послужит улучшению текста.

Статья 11. Атрибуция сообщений данных

Поскольку речь идет о простой презумпции, в пункте 4 было бы предпочтительно использовать слово "полагается", а не слово "считается". Так, в случае, если какое-либо сообщение является сообщением составителя, его содержание полагается (и это может быть оспорено) содержанием в таком виде, в каком оно было получено адресатом. В том случае, когда имеет место ошибка или ошибочное воспроизведение сообщения, содержание не полагается содержанием в том виде, в каком оно было получено, в той мере, в которой адресату было известно об этой ошибке, или в том случае, если адресат проявил разумную осмотрительность или использовал какую-либо согласованную процедуру. Поправок в эту статью вносить не следует.

Статья 14. Время и место отправки и получения сообщений данных

В этой статье не устанавливается никакой коллизийной нормы.

НИГЕРИЯ

[Подлинный текст на английском языке]

Рабочая группа, возможно, пожелает учесть при выработке текста правовых положений о проведении электронного обмена данными тот факт, что компьютеры и телефаксы могут подтвердить получение информации. Например, электронное сообщение может быть направлено с помощью факса или компьютера в наше бюро, наш факс или компьютер, в который получено сообщение, может подтвердить получение сообщения, причем никто из находящихся в этом бюро должностных или иных лиц не будет давать такого подтверждения, а оно будет направлено в результате введения соответствующих программ в электронное устройство. Здесь следует задать вопрос о том, следует ли лицу, отправившему электронное сообщение и получившему подтверждение, которое было

сделано автоматически электронным приемным устройством, исходить из предположения о том, что это электронное сообщение было получено или принято другим лицом, которому оно было фактически направлено.

Мы изучили определение термина "составитель" и позволим себе высказать мнение, что было бы намного проще сослаться в определении на "лицо", а затем охватить в нем "составителя" электронного сообщения. В результате развития компьютерных банков какое-либо лицо может выбрать заранее запрограммированное сообщение и ввести в компьютер команду передать или отправить это сообщение. Это лицо не является составителем заранее запрограммированного электронного сообщения, однако является отправителем конкретного электронного сообщения.

На основе вышеизложенных замечаний мы попытались изменить редакцию некоторых положений. Пересмотренная нами редакция проекта статьи 12 гласит, приблизительно, следующее:

- "1. Лицо, отправляющее какое-либо сообщение данных, может до отправления этого сообщения данных или в тексте сообщения данных запросить получающее сообщение данных лицо подтвердить получение этого сообщения данных.
2. Лицо, отправляющее сообщение данных, может запросить представление подтверждения получения сообщения данных в какой-либо конкретной форме.
3. Лицо, получающее сообщение данных, может:
 - a) подтвердить получение сообщения данных в конкретной форме, указанной лицом, отправившим сообщение данных;
 - b) подтвердить получение сообщения данных - в случае, когда лицо, отправившее сообщение данных, не указало какой-либо конкретной формы подтверждения получения - с помощью любого сообщения или любых действий, достаточных для того, чтобы указать лицу, отправившему сообщение данных, что это сообщение данных было получено.
4. Лицо, получившее какое-либо сообщение данных - в случае, когда лицо, отправившее это сообщение данных, запросило подтверждение получения сообщения данных, - не полагается на сообщение данных для любых целей до получения подтверждения лицом, отправившим сообщение данных.
5. Лицо, отправившее сообщение данных и не получившее подтверждения получения этого сообщения данных в течение срока, когда должно было быть сделано подтверждение, или в течение разумного срока, может направить уведомление лицу, которому было отправлено это сообщение данных, о том, что оно считает это сообщение данных неполученным".

[A/CN.9/409/Add.4]

КОМПИЛЯЦИЯ ЗАМЕЧАНИЙ

Программа Организации Объединенных Наций по окружающей среде (ЮНЕП)

[Подлинный текст на английском языке]

Нижеследующая информация была подготовлена на основе материалов, присланных ЮНЕП ЦПД/ПОСПР (Центр программной деятельности по праву окружающей среды и природоохранным механизмам), ЮНЕП/СЭОД (Сектор электронной обработки данных) и ЮНИСЕФ:

Общие замечания

1. Проект представляет собой важную инициативу в данной области и работу над ним следует продолжить.
2. Текст проекта в его нынешней форме является достаточно ясным и сжатым.
3. Содержащиеся в проекте положения указывают на необходимость доработки технических вопросов, особенно в том, что касается систем электронной почты и других средств электронного обмена данными.
4. Хотя проект охватывает ряд важных вопросов в этой области, некоторые его положения важно было бы усилить/уточнить, а ряд дополнительных важных вопросов, рассматриваемых рабочей группой, следует решить/включить.
5. Вопрос о том, как предупредить или свести к минимуму использование систем электронного обмена данными с целью мошенничества, не получил адекватного рассмотрения и его следует доработать.

Конкретные замечания

Название - Ссылка на "типовой закон по правовым аспектам" представляется лишней. Документ на самом деле не является полным типовым законом, а скорее представляет собой неполный свод типовых положений.

Статья 1 (сфера применения) - И хотя вполне понятно, почему текст проекта ограничивается торговым правом, следовало бы признать необходимость его распространения на другие области.

Статья 2 (определения) - В определение "сообщение данных" следует включить понятие "телефакс". Определение "составитель" нуждается в большей защите (т.е. чтобы исключить плагиат). В определение "посредник" можно было бы включить ссылку на положение о "чистых услугах". Целесообразно было бы использовать определение слова "запись" как "длительную форму представления информации, превращаемую или могущую быть превращенной в читабельную".

Статья 3 (толкование) - Насколько необходим раздел "толкование" для типового закона? Представляется разумным, что тот или иной раздел должен а) преследовать цель или задачу типового закона и б) давать объяснение принципа автономии сторон по отношению к обязательному характеру типового закона как декларации минимальных требований. Эти идеи можно было бы охватить в предусматриваемом руководстве по применению.

Статья 4 (признание юридической силы) - Было бы целесообразно рассмотреть вопрос о включении терминов и условий в понятие "запись данных" путем простой ссылки на них.

Статья 6 (подпись) - Настоящий раздел нуждается в дальнейшем укреплении и в доработке, поскольку рассматриваемый в нем вопрос, касающийся использования систем электронного обмена данными, является одним из важнейших. Ссылка на "метод" фактически оставляет нерешенным вопрос установления подлинности.

Статья 7 (подлинник) - Для того чтобы определить, когда возникает сообщение, было бы лучше сосредоточить внимание не на моменте появления или создания, а на моменте отправления сообщения. В этом смысле сообщение не является сообщением до тех пор, пока оно не отправлено. Определение понятия "подлинник" должно включать ссылку на те изменения, которые могут возникнуть (например, дополнительные колон-титуты, адресаты или команды), которые не меняют содержания сообщения. Другими словами, изменения могут происходить при условии, что они не меняют содержание оригинала.

Статья 9 (хранение) - В тексте статьи не принимаются во внимание ограничения системы в отношении хранения (например, сроки хранения или объем данных) и не учитываются последствия аварийной остановки компьютера.

Статья 11 (атрибуция) - В настоящем разделе, как представляется, должным образом не рассматриваются случаи мошеннической деятельности со стороны различных источников, например, "хэкеров".

Статья 12 (подтверждение получения) - Последние версии компьютерных программ для электронной почты могут уменьшить число проблем, связанных с подтверждением получения и получением сообщения (т.е. через автоматическое подтверждение получения). С другой стороны, некоторые версии компьютерных программ для электронной почты, позволяющие производить операцию стирания до получения сообщения, могут свести на нет средства защиты, предлагаемые в настоящей статье. Может ли аварийная остановка компьютерной системы во время процесса передачи сообщения затронуть и юридические обязательства?

Статья 14 (время/место) - Следует совершенно четко провести разграничение между моментом создания сообщения и передачи сообщения. В системе электронной почты не представляется возможным определить фактический момент времени, когда сообщение поступает в информационную систему. Точным признаком получения является момент, когда сообщение вскрывается получателем. Используемые в тексте формулировки указывают на то, что авторы ориентируются не на электронную почту, а на телефакс и телекс. Вопросы относительно того а) способна ли система передать сообщение и передает ли она сообщение, б) является ли сообщение "нечитабельным", когда оно направляется зашифрованным, в сжатой форме и с) нарушил ли адресат функционирование информационной системы преднамеренно или по халатности требует своего рассмотрения в самом ближайшем будущем. Определение "место получения" в действительности не учитывает фактор мобильности системы электронной почты (т.е. способность иметь доступ к электронной почте из нескольких мест).

Статья 15 (ответственность) - Настоящую статью следует пересмотреть с учетом озабоченности, высказанной техническими специалистами в отношении мошенничества.

III. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТОРГОВЫЙ АРБИТРАЖ

Проект комментариев по организации арбитражного разбирательства:
доклад Генерального секретаря
(A/CN.9/410) [Подлинный текст на английском языке]

Решение начать работу по этой теме было принято Комиссией на ее двадцать шестой сессии в 1993 году¹. В соответствии с этим решением Секретариат подготовил "Проект руководящих принципов для подготовительных совещаний входе арбитражного разбирательства" (документ A/CN.9/396/Add.1), который Комиссия обсудила на своей двадцать седьмой сессии в 1994 году (документ A/49/17, пункты 111-195). Этот проект обсуждался также на ряде национальных и международных совещаний практических работников в области арбитража, наиболее значительным из которых явился XII Международный конгресс по арбитражу, организованный Международным советом по торговому арбитражу (МСТА) в Вене с 3 по 6 ноября 1994 года². На основе этих обсуждений в Комиссии и на других форумах секретариат подготовил пересмотренный проект, который приводится в приложении.

Приложение

ПРОЕКТ КОММЕНТАРИЕВ ПО ОРГАНИЗАЦИИ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
I. ЦЕЛЬ И ИСТОРИЯ ПОДГОТОВКИ КОММЕНТАРИЕВ	1-11
II. ВОПРОСЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ХАРАКТЕРА ДЛЯ ВОЗМОЖНОГО РАССМОТРЕНИЯ	12-92
1. <u>Внесение авансов арбитражных издержек</u>	12-14
a) Сумма аванса	12
b) Управление авансами	13
c) Дополнительные суммы	14
2. <u>Арбитражный регламент</u>	15
Желают ли стороны согласовать арбитражный регламент	15
3. <u>Язык разбирательства</u>	16-19
a) Потребуется ли полный или частичный перевод документов	17
b) Потребуется ли перевод устных заявлений	18
c) Издержки на письменный и устный перевод	19
4. <u>Место арбитражного разбирательства</u>	20-22
a) Определение места арбитражного разбирательства	20-21
b) Возможность проведения заседаний за пределами места арбитражного разбирательства	22

¹Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункты 291-296.

²Проект ЮНСИТРАП был рассмотрен Рабочей группой I Конгресса. Доклады о работе Конгресса будут опубликованы в издании "International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 7".

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	Пункты
5. <u>Административные услуги</u>	23-27
a) Какие административные услуги должны быть обеспечены	23
b) Источники административных услуг	24-27
6. <u>Конфиденциальность</u>	28-31
a) Конфиденциальность, обеспечиваемая электронными средствами связи	29
b) Конфиденциальность документов, передаваемых одной стороной другой стороне	30
c) Конфиденциальный характер слушаний	31
7. <u>Обмен документами между сторонами и арбитрами</u>	32
8. <u>Телефакс и другие электронные средства передачи документов</u>	33-36
a) Телефакс	33
b) Другие электронные средства связи (например, электронная почта, магнитные или оптические диски)	34-36
9. <u>Сроки представления письменных сообщений</u>	37-39
Предельные сроки представления письменных документов; последовательное или одновременное представление документов	38-39
10. <u>Практические детали, связанные с представлением документов и доказательств в письменной форме (например, количество экземпляров, нумерация доказательственных единиц, ссылки на документы, нумерация пунктов)</u>	40
11. <u>Определение спорных вопросов</u>	41-43
a) Следует ли готовить перечень спорных вопросов	41
b) В каком порядке следует рассматривать спорные вопросы	42-43
12. <u>Переговоры о возможном мировом соглашении и их последствия для планирования разбирательства</u>	44
13. <u>Документальные доказательства</u>	45-54
a) Предельные сроки представления документальных доказательств; последствия позднего представления	45-46
b) Следует ли считать обоснованными предположения относительно происхождения и получения документов и относительно правильности фотокопий	47
c) Желают ли стороны совместно представлять единый комплект документальных доказательств	48
d) Следует ли представлять объемную и сложную документацию в форме резюме, таблиц, диаграмм, выдержек или образцов	49
e) Каким образом арбитражный суд намеревается рассматривать запрос одной из сторон относительно представления другой стороной документальных доказательств	50-54
14. <u>Другие вещественные доказательства, помимо документов</u>	55-58
a) Какие меры следует принять в случае представления вещественных доказательств	56
b) Какие меры следует принять, если необходимо провести осмотр на месте	57-58
15. <u>Свидетели</u>	59-69
a) Заблаговременное уведомление о свидетеле, которого сторона намеревается представить; письменные заявления свидетелей	60-63
b) Порядок снятия устных показаний свидетелей	64-66
i) Порядок, в котором будут задаваться вопросы, и порядок заслушивания свидетелей	64

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<u>Пункты</u>
ii) Будут ли устные показания даваться под присягой или после торжественного заявления и в какой форме в таком случае следует давать присягу или делать торжественное заявление . . .	65
iii) Могут ли свидетели находиться в зале заседаний в тот момент, когда они не дают свидетельских показаний	66
c) В каком порядке будут вызываться свидетели	67
d) Опрос свидетелей до их заслушивания	68
e) Заслушивание представителей стороны	69
16. <u>Свидетели-эксперты</u>	70-74
a) Эксперт, назначенный арбитражным судом	71
i) Поручение, возлагаемое на эксперта	72
ii) Возможность представления сторонами мнений по докладу эксперта, в том числе на основе представления показаний эксперта	73
b) Мнение эксперта, представляемое стороной (свидетель-эксперт)	74
17. <u>Слушания</u>	75-86
a) Решение о необходимости проведения слушаний	75-76
b) Следует ли устанавливать один срок слушаний или несколько сроков слушаний	77
c) Установление даты слушаний	78
d) Следует ли устанавливать какие-либо ограничения на совокупный период времени, в течение которого стороны могут выступать с устными заявлениями и задавать вопросы свидетелям	79-80
e) Порядок, в котором стороны будут представлять свои доводы и доказательства	81
f) Продолжительность слушаний	82
g) Меры, касающиеся протоколирования слушаний	83-84
h) Следует ли и в каких случаях разрешать сторонам представлять письменное резюме доводов, изложенных в устной форме	85-86
18. <u>Многосторонний арбитраж</u>	87-90
Категории процессуальных решений, позволяющих облегчить многостороннее разбирательство	89-90
i) Порядок рассмотрения вопросов	89
ii) Другие процедурные решения	90
19. <u>Возможные требования в отношении регистрации или сдачи на хранение решения</u>	91-92
Кто должен принимать меры для выполнения такого требования	92

I. ЦЕЛЬ И ИСТОРИЯ ПОДГОТОВКИ КОММЕНТАРИЕВ

1. Цель Комментариев по организации арбитражного разбирательства, подготовленных Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАП)¹, состоит в оказании помощи участникам

¹Комиссия завершила разработку комментариев на своей двадцать восьмой сессии, состоявшейся в Вене 2-26 мая 1995 года. Помимо 36 государств - членов Комиссии в обсуждениях принимали участие представители многих других государств, а также ряда международных организаций. В процессе подготовки проектов текстов Секретариат проводил консультации с экспертами из стран с различными правовыми системами, представителями национальных арбитражных органов и международных профессиональных ассоциаций.

Первый проект, озаглавленный "Проект руководящих принципов для подготовительных совещаний в ходе арбитражного разбирательства" (A/CN.9/396/Add.1), был рассмотрен Комиссией на ее двадцать седьмой сессии в 1994 году. Этот проект обсуждался также на ряде совещаний практических работников в области арбитража, включая XII Международный конгресс по арбитражу, который был организован Международным советом по торговому арбитражу (МСТА) в Вене 3-6 ноября 1994 года.

арбитражного разбирательства на основе выявления и краткой характеристики вопросов, по которым целесообразно своевременно принимать соответствующие решения процессуального характера.

Диспозитивный характер комментариев

2. Комментарии содержат лишь предложения, которые могут быть приняты во внимание и которые не затрагивают процессуальных прерогатив арбитражного суда при проведении арбитражного разбирательства. Арбитражный суд обладает полной свободой действий в отношении реализации этих предложений по собственному усмотрению и не обязан обосновывать причины их несоблюдения.

3. Комментарии не могут быть использованы в качестве арбитражного регламента, поскольку в них не устанавливается каких-либо обязательств арбитражного суда или сторон арбитражного разбирательства в отношении какого-либо конкретного образа действий. Соответственно применение комментариев не означает какое-либо изменение того арбитражного регламента, который стороны, возможно, договорились применять.

Свобода действий при проведении разбирательства и целесообразность своевременных решений процессуального характера

4. Арбитражный регламент, согласованный сторонами, как правило, допускает широкую свободу и гибкость действий арбитражного суда при проведении арбитражного разбирательства². Такой подход представляется весьма полезным, поскольку он позволяет арбитражному суду принимать такие решения процессуального характера, которые в наибольшей степени соответствуют обстоятельствам конкретного дела, например, характеру и сложности фактических и правовых вопросов, ожидания сторон и членов арбитражного суда в отношении наилучшего образа действий, а также необходимости эффективного урегулирования спора с точки зрения затрат.

5. С учетом такой свободы действий желательно, чтобы арбитражный суд своевременно информировал стороны о том, в каком порядке суд намеревается проводить разбирательство. Это особенно желательно при международном арбитраже, когда стороны могут иметь различное представление о порядке ведения разбирательства. Без такой информации стороны, возможно, сочтут отдельные аспекты разбирательства непредсказуемыми и столкнутся с проблемами в процессе подготовки. Это может привести к разногласиям, задержкам и повышению издержек разбирательства.

Процесс принятия решений процессуального характера

6. Если некоторые решения принимаются самостоятельно арбитрам-председателем или единоличным арбитром, то другие решения принимаются на основе консультаций; консультации же могут проводиться либо только между членами арбитражного суда, либо также с участием сторон. Консультации, в которых участвуют только арбитры, как правило, требуют меньших затрат времени и организационных усилий, чем консультации с участием сторон. Тем не менее проведение консультаций со сторонами может быть сопряжено с определенными преимуществами, поскольку в данном случае арбитражный суд может, в частности, лучше изучить ожидания сторон и оценить целесообразность предложения сторонам согласовать процедурные вопросы и поскольку решения, сформулированные с учетом позиций сторон, как правило, способствуют большей предсказуемости процесса и более благоприятной атмосфере в ходе разбирательства.

7. Подобные консультации, будь то консультации только с участием арбитров или также с участием сторон, могут быть организованы в ходе совещаний в месте арбитражного разбирательства или в каком-либо другом соответствующем месте или же могут проводиться на основе переписки или с использованием таких средств телесвязи, как телефакс или телефонные переговоры.

8. Если для проведения консультаций организуется совещание, то оно может быть посвящено рассмотрению лишь процедурных вопросов; в противном случае такое совещание может быть организовано в рамках слушаний по существу спора. Для характеристики специальных совещаний арбитров и сторон по процедурным вопросам, проводимым отдельно от слушаний, в практике используются такие названия, как "предварительные совещания", "совещания, предшествующие слушаниям", "подготовительные совещания", "предшествующие слушаниям обзорные заседания" или термины аналогичного значения. Выбор того или иного термина частично зависит от того, на каком этапе разбирательства проводится подобное совещание.

Ход обсуждения в Комиссии отражен в докладах о работе ее двадцать шестой, двадцать седьмой и двадцать восьмой сессий (Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункты 291-296; Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункты 111-195; и Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/50/17), пункты 315-369.

²Характерным примером таких регламентов является Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, статья 15(1) которого предусматривает следующее: "С соблюдением настоящего Регламента арбитражный суд может вести арбитражное разбирательство таким образом, какой он считает надлежащим, при условии равного отношения к сторонам и предоставления каждой из них на любой стадии процесса всех возможностей для изложения своей позиции".

Перечень процедурных вопросов в Комментариях

9. В Комментариях рассматриваются вопросы, по которым арбитражный суд, возможно, пожелает сформулировать решения процессуального характера. Предлагаемый текст не содержит всеобъемлющих указаний относительно возможных решений процессуального характера, поскольку практика международного арбитража является настолько разнообразной, что отразить все ее аспекты не представляется возможным.

10. Перечень процедурных вопросов является достаточно полным, с тем чтобы учесть широкий круг различных обстоятельств; однако для многих арбитражных разбирательств необходимо будет рассмотреть лишь ограниченное число упомянутых вопросов. Вместе с тем этот перечень отнюдь не является исчерпывающим.

11. Если до принятия решений по процедурным вопросам арбитражный суд решит собраться и провести консультации со сторонами, то целесообразно заблаговременно уведомить стороны о тех вопросах, которые предполагается обсудить. Это будет способствовать их эффективному участию в консультациях. При подготовке такого перечня тем в качестве контрольного списка можно использовать следующий перечень вопросов.

II. ВОПРОСЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ХАРАКТЕРА ДЛЯ ВОЗМОЖНОГО РАССМОТРЕНИЯ

1. Внесение авансов арбитражных издержек

a) Сумма аванса

12. Арбитражный суд после его формирования обычно оценивает арбитражные издержки и просит внести авансы для покрытия таких издержек. Такая оцениваемая сумма, как правило, включает путевые и прочие расходы арбитров, расходы по административной поддержке, требующейся арбитражному суду, а также гонорары арбитров. Многие арбитражные регламенты содержат соответствующие положения по этому вопросу, в том числе положения о том, следует ли обращаться с таким запросом о внесении аванса к обеим сторонам или же только к истцу.

b) Управление авансами

13. Если арбитражное разбирательство проводится под эгидой какого-либо административного органа, то ответственность за оценку суммы авансов, а также за выполнение смежных административных задач, как правило, несет соответствующее арбитражное учреждение. Если арбитражное разбирательство проводится не под эгидой какого-либо органа, целесообразно разъяснить такие вопросы, как вид и местонахождение счета, на котором будут храниться денежные средства, а также порядок управления полученными суммами.

c) Дополнительные суммы

14. Если в ходе разбирательства обнаруживается, что фактические издержки выше ожидавшихся (например, из-за решения арбитражного суда назначить эксперта), арбитражный суд может потребовать внесения дополнительных сумм.

2. Арбитражный регламент

Желают ли стороны согласовать арбитражный регламент

15. В некоторых случаях стороны не включают в арбитражное соглашение положения о том, что арбитражное разбирательство будет регулироваться определенным арбитражным регламентом (например, Арбитражным регламентом ЮНСИТРАП или каким-либо другим арбитражным регламентом). В таком случае арбитражный суд, возможно, сочтет целесообразным запросить стороны о том, не желают ли они в данный момент согласовать такое положение. Тем не менее при постановке такого вопроса рекомендуется проявлять осмотрительность, поскольку обсуждение вопроса об арбитражном регламенте может чрезмерно затянуть разбирательство или же послужить причиной неоправданных разногласий.

3. Язык разбирательства

16. Многие правила и законы, касающиеся процедуры арбитражного разбирательства, уполномочивают арбитражный суд определять язык или языки, которые будут использоваться в ходе разбирательства, если стороны не достигли соглашения по этому вопросу.

a) Потребуется ли полный или частичный перевод документов

17. Если документы, прилагаемые к исковому заявлению и возражению по иску или представляемые позднее, составлены не на языке разбирательства, то можно рассмотреть вопрос о целесообразности отказа в интересах экономии от перевода некоторых таких документов или их отдельных частей на язык разбирательства. К числу таких документов могут относиться, например, коммерческие документы (в частности, счета-фактуры, транспортные документы, строительная документация) или

тексты, касающиеся права, применимого к существу рассматриваемого спора (например, законодательные акты, решения судов или комментарии).

b) Потребуется ли перевод устных заявлений

18. Если в ходе устного разбирательства потребуется перевод, то целесообразно рассмотреть вопрос о том, должна ли ответственность за его обеспечение возлагаться на какую-либо из сторон или на арбитражный суд. При арбитражном разбирательстве под эгидой административного органа услуги по устному, а также по письменному переводу, как правило, обеспечиваются соответствующим арбитражным учреждением.

c) Издержки на письменный и устный перевод

19. При принятии решения о письменном или устном переводе рекомендуется решить также вопрос о том, будут ли соответствующие издержки оплачиваться из внесенных сторонами сумм и распределяться между сторонами наряду с другими арбитражными издержками или же они должны оплачиваться непосредственно одной из сторон.

4. Место арбитражного разбирательства

a) Определение места арбитражного разбирательства

20. Арбитражные регламенты, как правило, разрешают сторонам договариваться о месте арбитражного разбирательства с учетом возможных ограничений в отношении арбитражного разбирательства, проводимого под эгидой определенного арбитражного учреждения. Если место разбирательства не согласовано таким образом, то место арбитражного разбирательства, как правило, может определять арбитражный суд.

21. К числу более существенных факторов, которые влияют на выбор места арбитражного разбирательства и относительное значение которых зависит от конкретных обстоятельств, относятся следующие: а) удобство для сторон и арбитров, включая отдаленность такого места; б) наличие и стоимость необходимых вспомогательных услуг; в) приемлемость норм права, касающихся арбитражной процедуры, в месте арбитражного разбирательства; г) наличие многостороннего или двустороннего договора о приведении в исполнение арбитражных решений между государством, в котором проводится арбитражное разбирательство, и государством или государствами, где, возможно, потребуется обеспечить приведение в исполнение арбитражного решения; д) местонахождение предмета спора и степень отдаленности местонахождения доказательств; е) представление о нейтральности данного места.

b) Возможность проведения заседаний за пределами места арбитражного разбирательства

22. Многие арбитражные регламенты и законы о процедуре арбитражного разбирательства допускают проведение арбитражным судом заседаний в других местах, помимо места арбитражного разбирательства. Так, например, арбитражный суд может с соблюдением любого соглашения сторон принимать решение о проведении заседаний в любом месте, которое он считает надлежащим, для консультаций между арбитрами, для заслушивания свидетелей, экспертов или сторон или для осмотра товаров, другого имущества или документов. Цель такого дискреционного права состоит в том, чтобы обеспечить возможности для проведения арбитражного разбирательства на максимально эффективной и экономичной основе.

5. Административные услуги

a) Какие административные услуги должны быть обеспечены

23. В зависимости от обстоятельств может возникнуть потребность в следующем: организация служебных командировок и резервирование мест в гостиницах; обеспечение зала для проведения слушаний и, возможно, вспомогательных помещений (например, для заседаний арбитражного трибунала и для лиц, выступающих от имени соответствующих сторон, в целях проведения закрытых консультаций или подготовки документов); обеспечение средств для фотокопирования, обработки текстов, телесвязи, магнитофонных записей или воспроизведения изображений; выделение места для хранения документов.

b) Источники административных услуг

24. Если стороны представляют дело на рассмотрение какого-либо арбитражного учреждения, то такое учреждение, как правило, будет обеспечивать в полном объеме или в значительной части необходимую административную поддержку. Когда арбитражное разбирательство под эгидой какого-либо арбитражного учреждения проводится за пределами штаб-квартиры такого учреждения, такое учреждение, возможно, будет в состоянии обеспечить получение административных услуг из другого источника, которым обычно является определенное арбитражное учреждение; некоторые арбитражные учреждения заключили соглашения о сотрудничестве в целях оказания взаимной помощи в области обслуживания арбитражного разбирательства.

25. Когда разбирательство проводится не под эгидой какого-либо учреждения или участие такого учреждения не предполагает обеспечения административной поддержки, административные мероприятия, связанные с разбирательством, обычно осуществляются арбитражным судом или арбитром-председателем; некоторые из таких мероприятий вполне могут осуществляться также самими сторонами или одной из сторон с согласия другой стороны. Даже в таких случаях вполне

приемлемым источником административной поддержки могут оказаться арбитражные учреждения, зачастую предлагающие свои услуги для проведения арбитражных разбирательств, которые не регулируются регламентами таких учреждений. В противном случае определенные услуги могут предоставить такие организации, как торговые палаты, гостиницы или специализированные фирмы, обеспечивающие секретариатское обслуживание.

26. Административные услуги могут быть также обеспечены за счет найма секретаря арбитражного суда (именуемого также судебным распорядителем, помощником, администратором или докладчиком), который будет выполнять все упомянутые функции под руководством арбитражного суда. Некоторые арбитражные учреждения практикуют назначение таких лиц для курирования разбирательства, проводимого под их эгидой. Если разбирательство проводится не под эгидой какого-либо учреждения, некоторые арбитры довольно часто сами нанимают таких лиц, по меньшей мере для определенных категорий разбирательств, в то время как многие другие обычно проводят разбирательства без привлечения таких лиц.

27. Если задачи такого секретаря носят чисто организационный характер (предусматривая, например, функции, упомянутые в пункте 23 выше), то это обычно не вызывает каких-либо разногласий. Тем не менее различия в позициях могут возникнуть в том случае, если к числу таких задач относится проведение правового анализа или оказание других профессиональных услуг арбитражному суду (например, сбор материалов прецедентного права или опубликованных комментариев по правовым вопросам, определенным арбитражным судом, подготовка резюме прецедентного права и публикации, а иногда также подготовка проектов решений по процессуальным вопросам или проектов некоторых разделов арбитражного решения, особенно касающихся изложения фактов по делу). Мнения или позиции могут различаться особенно в том случае, когда какая-либо задача секретаря невозможно разграничить с задачами, возлагаемыми на арбитров, или если задачи секретаря предполагают присутствие секретаря на заседаниях арбитражного трибунала. По мнению некоторых правоведов, подобная роль секретарей абсолютно неприемлема или же приемлема лишь при условии определенных ограничений, например наличия согласия обеих сторон.

6. Конфиденциальность

28. Несмотря на то, что арбитражные регламенты редко содержат подробные положения о конфиденциальности, стороны могут иметь аналогичные ожидания в этом отношении. Поэтому арбитражному трибуналу, возможно, целесообразно зафиксировать любые согласованные принципы в отношении конфиденциальности информации, касающейся разбирательства (например, факта проведения арбитражного разбирательства, личности арбитров, использования в ходе других разбирательств тех доказательств, которые были представлены в ходе данного арбитражного разбирательства, содержания арбитражного решения).

a) Конфиденциальность, обеспечиваемая электронными средствами связи

29. Обеспечение конфиденциальности может явиться одним из существенных факторов при рассмотрении вопроса о приемлемости использования таких электронных средств связи, как телефакс и электронная почта. Так, например, оборудование, с которого или на которое передаются сообщения, может эксплуатироваться различными пользователями, или же сообщения, отправляемые электронной почтой по публичным сетям, могут быть недостаточно защищены с точки зрения доступа к таким сообщениям других пользователей данной сети. (Общие замечания относительно электронных средств связи см. ниже в пунктах 33-36.)

b) Конфиденциальность документов, передаваемых одной стороной другой стороне

30. Когда одна из сторон имеет право обращаться к другой стороне с просьбой передать какой-либо документ, сторона, получающая такой запрос, может быть особенно заинтересована в сохранении конфиденциального характера данного документа. В таком случае арбитражный суд может постановить, что соответствующая сторона обязана представлять документ лишь в том случае, если получатель документа прямо обязуется обеспечить конфиденциальный характер документа или же открыть доступ к такому документу лишь для конкретных лиц или категорий лиц. (Право одной из сторон запрашивать документ у другой стороны рассматривается ниже в пунктах 50-54.)

c) Конфиденциальный характер слушаний

31. Многие арбитражные регламенты предусматривают или же стороны и арбитры, как правило, исходят из того, что слушания должны носить конфиденциальный характер. Арбитражный суд, возможно, пожелает обсудить со сторонами те меры, которые надлежит принять для обеспечения конфиденциального характера слушаний. (О слушаниях в целом см. пункты 75-86 ниже.)

7. Обмен документами между сторонами и арбитрами

32. Поскольку вопрос о том, каким образом следует организовывать обмен документами между сторонами и арбитрами, не регламентируется в применимых арбитражных регламентах, арбитражный суд, возможно, пожелает принять соответствующее решение по этому вопросу достаточно заблаговременно, с тем чтобы избежать недопонимания и задержек. Один из возможных подходов заключается в том, чтобы стороны непосредственно обменивались документами и направляли экземпляры таких документов арбитрам. Другой возможный подход предусматривает передачу одной стороной соответствующего количества экземпляров документа арбитражному суду или арбитражному учреждению, если таковое существует, который затем препровождает их надлежащим адресатам.

8. Телефакс и другие электронные средства передачи документов

а) Телефакс

33. Несмотря на преимущества факсимильной связи, в некоторых случаях в зависимости от характера используемого оборудования и защитных устройств могут, тем не менее, возникать определенные проблемы, связанные с возможностью проверки источника сообщений или с искажением сообщений; поэтому, возможно, целесообразно принять решение о том, что некоторые категории документов не подлежат пересылке телефаксом (например, исковые заявления и возражения по иску, а также документальные элементы доказательства). Тем не менее во избежание чрезмерно строгого режима арбитражному суду, возможно, целесообразно сохранить за собой право принимать предварительные экземпляры документа в форме факсимильных сообщений для целей соблюдения предельных сроков при условии, что соответствующий документ представляется впоследствии в течение разумного периода времени.

б) Другие электронные средства связи (например, электронная почта, магнитные или оптические диски)

34. Стороны могут договориться об обмене документами не только в бумажной форме, но также в электронной форме (например, в виде электронной почты или на магнитных или оптических дисках), или только в электронной форме. Цель применения электронных средств может заключаться, например, в том, чтобы сократить объем бумажной документации, позволить одной из сторон использовать текстовые файлы, подготовленные другой стороной при подготовке ответа, или же облегчить поиск какой-либо конкретной информации. Если предполагается использовать и бумажные документы, и электронные средства, то целесообразно принять решение о том, какая форма будет иметь преимущественное значение и, если будет установлен предельный срок представления документов, какое действие будет рассматриваться в качестве представления.

35. Даже если стороны договорятся об обмене документами, касающимися арбитражного разбирательства, в электронной форме, арбитражный суд может постановить принимать такие документы лишь в бумажной форме; в противном случае он может принять решение о том, что информация, которой обмениваются стороны в электронной форме, должна представляться в такой же форме и арбитражному суду либо в дополнение к бумажным документам, либо вместо таких документов.

36. Когда планируется организовать обмен документами в электронной форме, по-видимому, целесообразно рассмотреть следующие вопросы: виды документов, которые будут передаваться при помощи таких средств (например, исковые заявления и возражения по иску, а также последующие представления); носители информации, которые предполагается использовать (например, компьютерные дискеты или электронная почта) и их технические характеристики; виды электронных файлов, которые будут передаваться (например, текстовые файлы или базы данных); программное обеспечение, используемое для подготовки файлов, и любые другие параметры, имеющие значение для их извлечения; процедуры, подлежащие применению в случае утраты сообщения или любых других неполадок в системе связи; меры, позволяющие избежать проблем (например, реестры и резервные копии отправленных и полученных сообщений; указание на этикетках дискет такой информации, как автор сообщения, получатель сообщения, компьютерная программа и названия файлов; направление вместе с дискетами распечаток директорий-перечней файлов; указание методов, используемых для резервирования информации и определения тех лиц, к которым можно обратиться в случае возникновения проблем).

9. Сроки представления письменных сообщений

37. После первоначального представления сторонами своих исковых заявлений и возражений по искам они, возможно, пожелают или арбитражный суд может обратиться к ним с просьбой представить в письменной форме дополнительную информацию, которая позволит подготовить слушания или обеспечит основу для принятия решения без слушаний. В таких сообщениях стороны могут, например, предъявить иски, представить заявления или доказательства или комментарии по ним, сослаться на нормы права или разъяснить такие нормы, или же выдвинуть или ответить на определенные предложения. Такие сообщения, как правило, заранее не планируются, однако являются следствием определенных событий, происходящих в ходе разбирательства. На практике они именуются различным образом, например, заявлениями, меморандумами, встречными меморандумами, записками, ответами, *replique*, *duplique*, опровержениями, вторичными возражениями; используемая терминология зависит от языковых традиций, а также содержания или последовательности представления документов.

Предельные сроки представления письменных документов: последовательное или одновременное представление документов

38. Желательно, чтобы арбитражный суд установил предельные сроки представления письменных документов. Для обеспечения соблюдения таких предельных сроков арбитражный суд, возможно, пожелает, с одной стороны, убедиться в том, что не имеет место необоснованное затягивание дела; с другой стороны, он, возможно, пожелает в определенной степени сохранить свободу действий и допускать задержки в представлении документов, если того требуют конкретные обстоятельства. Арбитражный суд может принять решение о том, что позднее представление будет допустимо лишь в том случае, если даются надлежащие разъяснения причин задержки.

39. Письменные документы по любому конкретному вопросу могут представляться последовательно, т.е. стороне, которая получает тот или иной документ, дается определенный срок для подготовки ответа и представления встречного документа.

Другой подход состоит в том, чтобы установить для сторон одинаковый предельный срок представления арбитражному суду того или иного документа по данному вопросу; после этого документ, представленный каждой из сторон, одновременно препровождается соответствующей другой стороне. Применяемый подход может зависеть от характера вопросов, по которым надлежит представить замечания, и от сроков, в течение которых необходимо прояснить позиции сторон. Для получения представления о позиции сторон по данному вопросу на основе последовательного представления документов может потребоваться больше времени, чем при одновременном представлении. Тем не менее последовательное представление позволяет отвечающей стороне высказать свои замечания по всем вопросам, поднятым другой стороной, что невозможно при одновременном представлении документов; таким образом, при одновременном представлении документов может возникнуть потребность в представлении дополнительных документов.

10. Практические детали, связанные с представлением документов и доказательств в письменной форме (например, количество экземпляров, нумерация доказательственных единиц, ссылки на документы, нумерация пунктов)

40. Представляется целесообразным согласовать следующие практические детали:

- количество экземпляров, в котором будет представляться каждый документ в письменной форме;
- система нумерации доказательственных единиц и методы их маркировки, включая ярлыки;
- форма ссылки на документы (например, по названию и присвоенному документу номеру или по его дате);
- нумерация пунктов в документах в письменной форме, для облегчения точной ссылки на отдельные части текста;
- включение переводов текстов в те же тома, в которых содержатся оригинальные тексты, или в отдельные тома;
- желательный формат бумаги для документов в письменной форме для облегчения упорядоченной обработки досье.

11. Определение спорных вопросов

a) Следует ли готовить перечень спорных вопросов

41. В процессе выявления спорных заявлений и доводов сторон в отличие от заявлений и доводов, по которым не возникает спора, представляется целесообразным подготовить перечень спорных вопросов. Такой перечень, который может быть составлен арбитражным судом или сторонами, может содействовать сосредоточению внимания на вопросах существа, сокращению по договоренности сторон количества спорных вопросов и выбору наилучшего и наиболее экономичного порядка урегулирования спорных вопросов.

b) В каком порядке следует рассматривать спорные вопросы

42. Хотя зачастую целесообразно рассматривать все спорные вопросы вместе, арбитражный суд может постановить рассматривать эти вопросы в том или ином определенном порядке. Такой порядок может определяться предварительным характером данного вопроса по отношению к другому вопросу (например, решение по вопросу о юрисдикции арбитражного суда должно предшествовать рассмотрению вопросов существа или же вопрос об ответственности за нарушение договора предшествует вопросу о наносимом в результате этого ущербе). Решение о рассмотрении вопросов в определенном порядке может быть принято также в том случае, если спор возникает в связи с нарушением различных договоров или если предъявляется иск о возмещении ущерба, причиненного в результате различных событий.

43. Если арбитражный суд утвердил определенный порядок рассмотрения спорных вопросов, то он может счесть целесообразным принять решение по одному из таких вопросов раньше, чем по другим. Это может быть сделано, например, когда по определенному элементу иска может быть принято решение, в то время как другие элементы еще нуждаются в тщательном рассмотрении или когда ожидается, что после принятия решения по определенным вопросам сторонам может быть легче урегулировать остальные вопросы. Такие ранее принятые решения именуются "частичными", "предварительными" или "промежуточными" постановлениями или решениями в зависимости от характера рассматриваемого вопроса и от того, является ли данное решение окончательным решением по данному вопросу. К числу вопросов, по которым могут приниматься такие решения, относятся, например, вопросы, касающиеся ответственности ответчика, объема заявленного ущерба, юрисдикции арбитражного суда или обеспечительных мер.

12. Переговоры о возможном мировом соглашении и их последствия для планирования разбирательства

44. Существуют различные мнения в отношении целесообразности использования арбитражным судом возможностей мирового соглашения. С учетом различий в практике в этой области арбитражному суду следует проявлять особую осмотрительность, предлагая провести переговоры для достижения мирового соглашения или участвуя в таких переговорах. Тем не менее арбитражному суду, по-видимому, целесообразно таким образом спланировать разбирательство, чтобы это способствовало продолжению или началу переговоров о мировом соглашении.

13. Документальные доказательства

а) Предельные сроки представления документальных доказательств: последствия позднего представления

45. Представляемые сторонами письменные документы зачастую содержат достаточную информацию, позволяющую арбитражному суду установить предельные сроки для представления доказательств. В противном случае для установления реалистичных сроков арбитражный суд, возможно, пожелает запросить стороны о том, какой срок им потребуется.

46. Арбитражный суд, возможно, пожелает разъяснить, что доказательство, представленное с опозданием, как правило, не будет приниматься во внимание. Суд, возможно, пожелает не лишать себя возможности принимать доказательства, представленные с опозданием, если у соответствующей стороны были достаточные основания для такой задержки.

б) Следует ли считать обоснованными предположения относительно происхождения и получения документов и относительно правильности фотокопий

47. По-видимому, целесообразно проводить разбирательство, исходя из того, что если сторона не заявляет протест в течение какого-либо определенного периода времени: а) документ принимается в качестве документа, отправленного из источника, указанного в документе, б) экземпляр отправленного сообщения (например письмо, телекс, телефакс) принимается без дополнительного подтверждения того, что оно было получено адресатом, и с) фотокопия принимается в качестве правильной. Определенная договоренность или решение по этому вопросу может упростить процесс представления документальных доказательств и устранить стимулы для выдвижения на более позднем этапе разбирательства необоснованных и отсрочивающих возражений в отношении доказательной силы документов. Целесообразно предусмотреть, чтобы предельные сроки представления возражений не принимались во внимание, если арбитражный суд сочтет соответствующую задержку обоснованной.

с) Желают ли стороны совместно представлять единый комплект документальных доказательств

48. Стороны могут рассмотреть возможность совместного представления единого комплекта документальных доказательств, аутентичность которых не подлежит сомнению. Цель такого представления могла бы состоять в том, чтобы избежать дублирования при представлении доказательств и ненужных обсуждений, касающихся аутентичности документов, не нанося при этом ущерба позициям сторон в отношении содержания таких документов. По согласованию сторон на более позднем этапе в этот комплект могут быть включены дополнительные документы. Если единый комплект документов окажется чрезмерно объемным и с ним будет трудно обращаться, то, возможно, удобнее будет выбрать несколько часто используемых документов и создать определенный комплект "рабочих" документов. Документы, возможно, удобнее подшить в хронологическом порядке. Целесообразно подготовить перечень таких документов, включив в него, например, их краткие названия и даты, а также договориться о том, что стороны будут ссылаться на документы по таким названиям и датам.

д) Следует ли представлять объемную и сложную документацию в форме резюме, таблиц, диаграмм, выдержек или образцов

49. Если документальные доказательства являются объемными и сложными, экономии времени и затрат может способствовать представление таких доказательств в форме доклада общественного бухгалтера. В таком докладе можно изложить выводы в форме резюме, таблиц, диаграмм, выдержек или образцов. Такое представление доказательств должно дополняться договоренностями, позволяющими заинтересованной стороне оценить использованные данные и методологию подготовки доклада.

е) Каким образом арбитражный суд намеревается рассматривать запрос одной из сторон относительно представления другой стороной документальных доказательств

50. Существуют значительные различия в процедуре, практике и позициях относительно условий, при которых одна из сторон получает право запрашивать какой-либо документ, которым обладает другая сторона. Если в согласованном арбитражном регламенте не предусмотрено конкретных условий и арбитражный суд устанавливает, что стороны придерживаются различных позиций в отношении права запрашивать документы, арбитражный суд может счесть целесообразным разъяснить сторонам до направления запросов о представлении документов тот порядок, в котором он намеревается рассматривать такие запросы.

51. При рассмотрении вопроса о порядке удовлетворения запросов о представлении документов арбитражный суд, возможно, пожелает принять во внимание такие обстоятельства, как характер документов, которые могут запрашиваться, характер взаимоотношений между сторонами и ожидания сторон относительно пределов права запрашивать документы.

52. Если целесообразно сформулировать определенный комплекс условий, то это можно сделать, предусмотрев, например, следующие условия: описание соответствующего документа должно быть достаточно подробным; документ в силу своего характера должен способствовать прояснению дела; документ должен находиться в распоряжении стороны, у которой он запрашивается; и запрашивающая сторона предприняла разумные, однако безуспешные усилия получить такой документ. Кроме того, можно предусмотреть определенные дополнительные условия о том, что запрашиваемый документ должен быть связан с отношениями между запрашиваемой стороной и определенной третьей стороной, которая не является стороной

арбитражного разбирательства, поскольку такое условие позволит исключить запросы в отношении чисто внутренних документов; если же, тем не менее, будет сочтено, что могут возникнуть ситуации, при которых арбитражный суд должен обладать правом предписывать одной из сторон представлять какой-либо внутренний документ, арбитражному суду можно предоставить дискреционное право не принимать во внимание это последнее условие.

53. В противном случае, вместо того, чтобы заранее определять конкретные условия, арбитражный суд, возможно, предпочтет дать лишь общие указания в отношении критериев, которые он будет использовать при рассмотрении любых запросов о представлении документов.

54. Может быть, целесообразно установить определенный предельный срок для направления запроса в отношении документов и для их представления. Сторонам, возможно, следует напомнить о том, что если запрашиваемая сторона не удовлетворит обоснованный запрос, то вопрос об обоснованности отказа будет решаться арбитражным судом, и что арбитражный суд вправе сделать собственное заключение в отношении такого неудовлетворения запроса.

14. Другие вещественные доказательства, помимо документов

55. Для понимания фактов, возможно, необходимо будет оценить другие вещественные доказательства помимо документов, например, на основе анализа образцов товара, просмотра видеозаписей или демонстрации функционирования оборудования.

a) Какие меры следует принять в случае представления вещественных доказательств

56. В случае представления вещественных доказательств арбитражный суд, возможно, пожелает определить график представления доказательств, принять соответствующие меры, позволяющие другой стороне подготовиться к представлению доказательств, а также, возможно, принять меры для надлежащего хранения доказательственных единиц.

b) Какие меры следует принять, если необходимо провести осмотр на месте

57. Если предполагается провести осмотр имущества или товара на месте, арбитражный суд, возможно, пожелает рассмотреть такие вопросы, как сроки, места встречи и необходимость избегать обмена сообщениями между арбитрами и определенной стороной относительно спорных вопросов в отсутствие другой стороны.

58. Объект осмотра зачастую находится под контролем одной из сторон, а это обычно означает, что служащие или представители этой стороны могут оказать соответствующую помощь и дать разъяснения. Необходимо учитывать, что заявления таких представителей или служащих не являются свидетельскими показаниями и не должны рассматриваться в качестве доказательств в ходе разбирательства.

15. Свидетели

59. Хотя законы и правила по процедуре арбитражного разбирательства, как правило, предусматривают широкую свободу действий в отношении опроса свидетелей, практика по процедурным вопросам существенно различается. Для облегчения процесса подготовки сторон к слушаниям арбитражный суд, возможно, сочтет целесообразным разъяснить до начала слушаний некоторые или все из указанных ниже вопросов.

a) Заблаговременное уведомление о свидетеле, которого сторона намеревается представить: письменные заявления свидетелей

60. Если данный вопрос не рассматривается в применимом арбитражном регламенте, арбитражный суд, возможно, пожелает обязать каждую из сторон заблаговременно уведомлять арбитражный суд и другую сторону о любых свидетелях, которых она намеревается представить. Что касается содержания такого уведомления, то в нем помимо имен и адресов свидетелей можно было бы, например, указать следующее: а) вопрос, по которому свидетель будет давать показания; б) язык, на котором свидетель будет давать показания; в) конкретные данные об отношениях с любой из сторон, квалификационные данные и опыт свидетелей, а также каким образом свидетели узнали о фактах, по которым они намереваются дать показания.

61. Стороны можно обязать не просто указывать вопрос, по которому будут даваться показания, а представлять либо резюме заявлений свидетелей, либо полный текст заявлений, заверенный подписью. Если заверенное подписью заявление свидетеля должно даваться под присягой или с аналогичным подтверждением правдивости, то, возможно, необходимо пояснить, кто должен давать присягу или обеспечивать подтверждение.

62. Указание предмета свидетельских показаний в заблаговременном уведомлении или представление письменного заявления свидетеля может ускорить разбирательство благодаря облегчению для противной стороны процесса подготовки к слушаниям или для обеих сторон процесса выявления вопросов, по которым не возникает спора. Тем не менее такого указания или письменного заявления, возможно, не потребуются, особенно если круг вопросов, по которым будут даваться свидетельские показания, прямо вытекает из обвинений соответствующей стороны; кроме того, такие недостатки письменного заявления свидетеля, как затраты времени и средств в связи с получением письменного заявления, могут перевешивать его преимущества.

63. Арбитражный суд, возможно, пожелает прямо указать, что он оставляет за собой право отказаться заслушивать свидетеля, если не было своевременно представлено необходимое уведомление.

b) Порядок снятия устных показаний свидетелей

i) Порядок, в котором будут задаваться вопросы, и порядок заслушивания свидетелей

64. Один из возможных подходов состоит в том, что первоначально свидетеля опрашивает арбитражный суд, после чего свои вопросы задают стороны, причем первой получает слово сторона, пригласившая свидетеля. В соответствии с другим подходом свидетеля в соответствующем порядке опрашивают стороны, а после сторон вопросы задает арбитражный суд по тем аспектам, которые, по мнению суда, не удалось надлежащим образом разъяснить. Определенные различия существуют также и в том, в какой степени арбитражный суд может контролировать опрос свидетелей. Некоторые арбитры, например, предпочитают разрешать сторонам без ограничений и непосредственно задавать вопросы свидетелям, однако могут отклонять вопросы, если другая сторона выступает с возражением; другие арбитры, как правило, более жестко контролируют опрос свидетелей и могут не только посредничать в этом процессе, задавая собственные вопросы, но также отводить вопросы по собственной инициативе или даже потребовать, чтобы стороны задавали свои вопросы через арбитражный суд.

ii) Будут ли устные показания даваться под присягой или после торжественного заявления и в какой форме в таком случае следует давать присягу или делать торжественное заявление

65. Практика и законы могут различаться в вопросе о том, должны ли устные показания даваться под присягой или после торжественного заявления. В некоторых правовых системах арбитр имеет право потребовать, чтобы свидетельские показания давались под присягой, однако, как правило, они могут применять подобный порядок по собственному усмотрению. В других системах дача устных показаний под присягой либо не практикуется, либо даже считается неприемлемой, поскольку правом требовать дачи свидетельских показаний под присягой могут обладать лишь такие должностные лица, как судьи или нотариусы.

iii) Могут ли свидетели находиться в зале заседаний в тот момент, когда они не дают свидетельских показаний

66. Некоторые арбитры придерживаются правила о том, что, если того не требуют обстоятельства, свидетель может находиться в зале заседаний лишь во время дачи свидетельских показаний; это делается для того, чтобы заявления, которые делаются в зале заседаний, не повлияли на свидетеля, или для того, чтобы присутствие данного свидетеля не повлияло на других свидетелей. Другие арбитры считают, что присутствие свидетеля, когда показания дают другие свидетели, может быть полезным, поскольку это позволяет сразу же прояснить возможные противоречия или поскольку их присутствие может послужить определенным сдерживающим фактором против ложных заявлений. В соответствии с другим возможным подходом свидетели не присутствуют в зале заседаний до дачи показаний, однако остаются в зале после того, как их свидетельские показания заслушаны. Арбитражный суд, возможно, пожелает решать этот вопрос на специальной основе в ходе слушаний или же дать руководящие указания по этому вопросу до начала слушаний.

c) В каком порядке будут вызываться свидетели

67. Когда предстоит заслушать несколько свидетелей и ожидается, что заслушивание свидетельских показаний займет много времени, соответствующие расходы можно сократить, если порядок, в котором будут вызываться свидетели, будет известен заранее и их присутствие можно будет соответствующим образом запланировать. Каждой из сторон можно предложить представить свои соображения относительно того порядка, в котором они намереваются приглашать свидетелей, оставив за арбитражным судом право утверждать соответствующий график и вносить в него необходимые изменения.

d) Опрос свидетелей до их заслушивания

68. В некоторых правовых системах сторонам или их представителям разрешается опрашивать свидетелей до их заслушивания в суде на предмет их воспоминаний о соответствующих событиях. В других системах такие контакты со свидетелями считаются недопустимыми. Для избежания недопонимания арбитражный суд, возможно, сочтет полезным разъяснить, в какого рода контакты со свидетелями разрешается вступать сторонам в процессе подготовки к слушаниям.

e) Заслушивание представителей стороны

69. В соответствии с некоторыми правовыми системами определенные категории лиц, связанных с данной стороной в споре, могут заслушиваться лишь в качестве представителей данной стороны, но не в качестве свидетелей. В таком случае, возможно, потребуются рассмотреть основополагающие принципы для определения того, какие лица не могут давать показания в качестве свидетелей (например, некоторые категории должностных лиц, служащих или представителей), и для заслушивания заявлений таких лиц.

16. Свидетели-эксперты

70. Многие арбитражные регламенты и соответствующие законы регламентируют участие экспертов в арбитражном разбирательстве. Довольно часто арбитражные суды могут назначать экспертов для представления докладов по вопросам, указанным судом; кроме того, сторонам может быть разрешено представлять свидетелей-экспертов для дачи показаний по спорным вопросам. В других случаях показания экспертов представляют сами стороны, а арбитражный суд обладает лишь ограниченным правом в отношении назначения экспертов.

а) Эксперт, назначенный арбитражным судом

71. Если арбитражный суд уполномочен назначать эксперта, то в соответствии с одним из возможных подходов суд может непосредственно осуществлять выбор такого эксперта. Другая возможность состоит в проведении консультаций со сторонами в отношении кандидатуры эксперта; такие консультации могут проводиться без упоминания конкретного кандидата, на основе представления сторонам списка кандидатов или путем запрашивания предложений сторон. Для целей такого выбора арбитражный суд, возможно, пожелает определить "профиль" эксперта, т.е. квалификационные данные, опыт и возможности, которыми должен обладать такой эксперт.

i) Поручение, возлагаемое на эксперта

72. Цель документа о поручении, возлагаемом на эксперта, состоит в том, чтобы указать вопросы, по которым эксперт обязан представить разъяснение, избежать представления мнений по вопросам, которые эксперт не обязан оценивать, и определить для эксперта соответствующие сроки. Хотя дискреционное право назначать эксперта, как правило, предполагает определение поручения для эксперта, арбитражный суд может решить провести консультации со сторонами, прежде чем окончательно сформулировать такое поручение. Для облегчения процесса анализа доклада эксперта желательно обязать эксперта включить в свой доклад информацию о методе, применяемом для формулирования заключений, а также о доказательствах и информации, которые были использованы при подготовке доклада.

ii) Возможность представления сторонами мнений по докладу эксперта, в том числе на основе представления показаний эксперта

73. Арбитражные регламенты, содержащие положения об экспертах, как правило, содержат также положения, касающиеся права каждой стороны выразить свои мнения по докладу эксперта, назначенного арбитражным судом. С учетом таких положений арбитражный суд, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности определения, например, сроков представления письменных замечаний сторонами, если для целей опрашивания экспертов проводятся слушания, процедуры опроса эксперта сторонами или порядка участия любого свидетеля-эксперта, представленного сторонами.

б) Мнение эксперта, представляемое стороной (свидетель-эксперт)

74. Если сторонам разрешено представлять мнение эксперта, арбитражный суд, возможно, сочтет целесообразным потребовать, например, чтобы такое мнение представлялось в письменном виде, чтобы эксперт мог ответить на вопросы в ходе слушаний и чтобы, если какая-либо сторона намеревается представить свидетеля-эксперта в ходе слушаний, заблаговременно направлялось соответствующее уведомление, как и в случае других свидетелей (см. выше, пункты 60-63).

17. Слушания

а) Решение о необходимости проведения слушаний

75. Национальные законы, как правило, содержат положения, касающиеся вопроса о необходимости проведения устного разбирательства, а также случаев, когда арбитражный суд обладает дискреционным правом принимать решение по вопросу о необходимости проведения слушаний. Право стороны обращаться с просьбой провести слушания, как правило, рассматривается в качестве основополагающего права, которое арбитражный суд обязан уважать.

76. Если решение по вопросу о необходимости проведения устного разбирательства должно быть принято арбитражным судом, то это решение определяется такими факторами, как возможность быстрее и легче разъяснить спорные вопросы в ходе устного разбирательства, чем посредством переписки, путевые и другие расходы, связанные с проведением слушаний, а также возможность затягивания разбирательства вследствие необходимости выбора приемлемых сроков для проведения слушаний.

б) Следует ли устанавливать один срок слушаний или несколько сроков слушаний

77. Существуют различные мнения по вопросу о том, следует ли проводить слушания в течение одного срока или же нескольких сроков, особенно когда для завершения слушаний требуется несколько дней. По мнению некоторых арбитров, все слушания обычно следует проводить в течение одного срока, даже если такие слушания будут продолжаться более недели. Другие арбитры в таких случаях, как правило, устанавливают несколько отдельных сроков слушаний. Преимущество одного срока слушаний состоит в том, что они сопряжены с меньшими путевыми расходами, участники хорошо помнят соответствующие события, и смена лиц, представляющих ту или иную сторону, маловероятна. С другой стороны, чем продолжительнее слушание, тем труднее определить ближайшие даты, приемлемые для всех участников. Отдельные сроки

слушаний легче установить, и при этом остается время для анализа протоколов и проведения переговоров между сторонами для сближения позиций сторон по спорным вопросам на основе мирового соглашения.

c) Установление даты слушаний

78. Как правило, для слушаний устанавливаются конкретные даты. В исключительных случаях арбитражный суд, возможно, пожелает установить лишь "целевые даты" в отличие от конкретных дат. Это может быть сделано на том этапе разбирательства, когда еще не имеется всей необходимой информации для определения даты слушаний, при том понимании, что целевые даты будут либо подтверждены, либо пересмотрены в течение разумного непродолжительного срока. Такое предварительное планирование может оказаться весьма удобным для участников, которые, как правило, не в состоянии прибыть после получения уведомления за короткий срок.

d) Следует ли устанавливать какие-либо ограничения на совокупный период времени, в течение которого стороны могут выступать с устными заявлениями и задавать вопросы свидетелям

79. По мнению некоторых арбитров, целесообразно ограничивать общее время, предоставляемое каждой стороне для любого из следующих действий: а) устные заявления, б) вопросы свидетелями с) опрашивание свидетелей другой стороны. Как правило, считается целесообразным предоставлять каждой стороне равное время, если арбитражный суд не сочтет обоснованным какое-либо иное распределение времени. Перед принятием решения арбитражный суд, возможно, пожелает провести консультации со сторонами по вопросу о том, какое время может им потребоваться.

80. Такое планирование сроков при условии его реалистичности, справедливости, а также разумно твердого контроля со стороны арбитражного суда облегчит для сторон планирование процесса представления различных доказательств и доводов, снизит вероятность возникновения в конце слушаний нехватки времени и не позволит какой-либо одной стороне неправомерно использовать слишком большое время.

e) Порядок, в котором стороны будут представлять свои доводы и доказательства

81. Арбитражные регламенты и национальные законы о процедуре арбитражного разбирательства, как правило, предусматривают широкую свободу действий арбитражного суда в вопросах определения порядка изложения позиций в ходе слушаний. Существуют, например, различные процедурные подходы к вопросам необходимости заслушивания вступительных и заключительных заявлений и степени их детализации; последовательности, в которой истец и ответчик должны представлять свои вступительные заявления, доводы, свидетелей и другие доказательства, а также необходимости предоставления ответчику или истцу последнего слова. С учетом таких различий более высокую эффективность разбирательства можно было бы обеспечить в том случае, если бы арбитражный суд разъяснял сторонам до начала слушаний порядок проведения устного разбирательства, по меньшей мере в общем плане.

f) Продолжительность слушаний

82. Продолжительность слушаний прежде всего зависит от сложности обсуждаемых вопросов. Продолжительность зависит также от процессуальной практики конкретного арбитражного разбирательства. Некоторые практики предпочитают максимально прояснить соответствующие вопросы в ходе переписки прежде чем начинать слушания, в ходе которых, таким образом, остается рассмотреть лишь те вопросы, которые не удалось прояснить. Такие практики, как правило, планируют менее продолжительные слушания, чем их коллеги, которые предпочитают, чтобы большая часть или вообще все доказательства и доводы представлялись арбитражному суду в устной форме и с полной детализацией. Для оказания содействия сторонам в процессе подготовки и во избежание недопонимания арбитражный суд, возможно, пожелает разъяснить сторонам до начала слушаний предполагаемый порядок использования времени и порядок работы в ходе слушаний.

g) Меры, касающиеся протоколирования слушаний

83. Арбитражному суду, по возможности с учетом мнений сторон, следует принять решение в отношении методов подготовки протокола устных заявлений и показаний в ходе слушаний. Один из возможных подходов состоит в том, чтобы члены протокола суда вели личные записи. В соответствии с другим подходом председательствующий арбитр диктует машинистке в ходе слушаний резюме устных заявлений и показаний. Весьма удобным, хотя и дорогостоящим, методом является привлечение профессиональных стенографисток для подготовки стенографических отчетов, как правило, в течение следующего дня или аналогичного непродолжительного периода времени. Письменный протокол может дополняться магнитофонной записью, что позволяет делать ссылки на такую запись в случае возникновения разногласий по тексту письменного протокола.

84. Если предполагается составлять стенограммы заседаний, то можно рассмотреть вопрос о том, каким образом лицу, сделавшему данное заявление, будет предоставлена возможность проверить стенограмму. Можно, например, согласовать такой порядок, в соответствии с которым изменения к протоколу будут подлежать утверждению сторонами или, если им не удастся достичь договоренности, будут передаваться одному из арбитров или же арбитражному суду.

h) Следует ли и в каких случаях разрешать сторонам представлять письменное резюме доводов, изложенных в устной форме

85. Некоторые юрисконсульты обычно представляют арбитражному суду и другой стороне резюме своих доводов, изложенных в устной форме. Если такие резюме представляются, то это обычно делается в ходе слушаний или сразу же после их завершения; в некоторых случаях такие резюме рассылаются еще до начала слушаний. Для избежания неожиданностей, обеспечения равного режима для сторон и облегчения подготовки к слушаниям желательно заранее уточнить, будет ли представление таких резюме приемлемым и в какие сроки оно должно осуществляться.

86. Арбитражный суд обычно принимает решение о завершении слушаний по делу после получения от сторон заявления о том, что у них нет каких-либо дополнительных доказательств или заявлений. Поэтому когда резюме передаются для ознакомления после завершения слушаний по делу, арбитражный суд может счесть целесообразным особо указать, что в таких резюме следует излагать лишь то, что было заявлено устно, и, в частности, не следует указывать каких-либо новых доказательств или новых доводов.

18. Многосторонний арбитраж

87. Одно арбитражное разбирательство, в котором участвуют более двух сторон ("многосторонний арбитраж"), может явиться следствием различных ситуаций. Одним из многочисленных примеров многостороннего арбитражного разбирательства является случай, при котором в результате определенного события возникает спор между различными парами сторон. Так, например, при строительстве здания один строительный дефект может явиться причиной двух споров, один из которых возникнет между покупателем и проектировщиком, а другой - между покупателем и подрядчиком; хотя оба спора возникают в результате одного события и некоторые элементы доказательства могут оказаться аналогичными, эти споры имеют самостоятельный характер в том смысле, что результат урегулирования одного спора отнюдь не обязательно определяет результат урегулирования другого. Еще одним примером является арбитражное разбирательство, возникающее в результате многостороннего договора, например совместного предприятия или консорциума.

88. Для многостороннего арбитражного разбирательства, как правило, необходимо, чтобы все участвующие стороны согласились провести арбитраж в рамках одного арбитражного разбирательства. Тем не менее при соблюдении определенных условий в соответствии с некоторыми национальными законами можно провести многостороннее арбитражное разбирательство по предписанию суда даже в том случае, если не все стороны согласились на единое арбитражное разбирательство. Некоторые национальные законы разрешают судам оказывать помощь сторонам в организации многостороннего арбитражного разбирательства и в определении исходного регламента такого разбирательства, если все стороны обратятся с соответствующим запросом.

Категории процессуальных решений, позволяющих облегчить многостороннее разбирательство

i) Порядок рассмотрения вопросов

89. При многосторонних спорах зачастую можно определить вопросы, которые являются взаимосвязанными в том смысле, что решение по одному из таких вопросов влияет на результаты рассмотрения других вопросов. Так, например, установление ответственности той или иной стороны перед одним истцом может повлиять на решение по другому спору в рамках многостороннего разбирательства. При наличии такой взаимозависимости, возможно, целесообразно разделить многостороннее разбирательство на несколько этапов, в ходе которых соответствующие вопросы будут рассматриваться в определенном порядке. При этом, однако, важно учитывать, что, поскольку решение по одному вопросу может повлиять на позицию данной стороны по другому вопросу, каждая заинтересованная сторона должна иметь возможность представить свои доводы по тем вопросам, которые затрагивают ее интересы.

ii) Другие процедурные решения

90. Поскольку необходимо иметь дело с более чем двумя сторонами, организовать многостороннее разбирательство может оказаться сложнее, чем двустороннее разбирательство. В целях избежания необоснованных задержек и затрат желательно проанализировать предполагаемый ход разбирательства и принять надлежащее решение по таким вопросам, как планирование заседаний; обмен сообщениями между сторонами и арбитражным судом; порядок участия сторон в снятии свидетельских показаний; назначение экспертов и участие сторон в рассмотрении их докладов; порядок представления сторонами своих заявлений и распределение авансов арбитражных издержек.

19. Возможные требования в отношении регистрации или сдачи на хранение решения

91. Некоторые национальные законы содержат требование о том, чтобы арбитражное решение регистрировалось или сдавалось на хранение в суд или аналогичный орган или чтобы они выносились определенным образом или через определенный орган. В подобных законах различным образом регламентируются, например, такие вопросы, как характер решения, на которое распространяется данное требование (например, на все решения или лишь на те решения, которые вынесены не под эгидой определенного арбитражного органа); сроки сдачи на хранение, регистрации или вынесения решения (в некоторых случаях такие сроки могут быть довольно непродолжительными); или последствия невыполнения

такого требования (которые могут предусматривать, например, недействительность арбитражного решения или неспособность обеспечить его выполнение каким-либо определенным образом).

Кто должен принимать меры для выполнения такого требования

92. Если такое требование существует, то за определенное время до вынесения решения целесообразно определить, кто должен предпринять необходимые шаги для выполнения этого требования и каким образом будут оплачиваться расходы.

IV. ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА

А. Трансграничная неплатежеспособность: доклад о Коллоквиуме ЮНСИТРАП/ИНСОП по проблемам трансграничной неплатежеспособности для представителей судебных органов: записка Секретариата (A/CN.9/413) [Подлинный текст на английском языке]

ВВЕДЕНИЕ

1. В настоящей записке излагаются представленная информация и выводы, сделанные на Коллоквиуме по проблемам трансграничной неплатежеспособности, который был проведен 22 и 23 марта 1995 года в Торонто Секретариатом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли и Международной ассоциацией консультантов по вопросам неплатежеспособности (ИНСОП) для представителей судебных органов. Цель Коллоквиума состояла в выявлении в интересах работы Комиссии мнений судей и сотрудников правительственных органов, занимающихся вопросами законодательства в области неплатежеспособности, относительно сотрудничества судебных органов по делам о трансграничной неплатежеспособности (ниже именуемого "сотрудничество судебных органов"), а также связанных с этим вопросов о доступе к судам иностранных администраторов по неплатежеспособности и признания производства по делам о неплатежеспособности в иностранных государствах (ниже именуемых "доступ и признание"). Коллоквиум был организован с целью оказания помощи Комиссии в ее первых шагах по разработке вышеупомянутых аспектов проблемы трансграничной неплатежеспособности.

2. В Коллоквиуме приняли участие свыше 60 судей и должностных лиц правительственных органов из 36 государств, что дало возможность ознакомиться с широким практическим опытом и концепциями, применяемыми в различных правовых системах. Коллоквиум позволил на организационном этапе работы Комиссии выявить мнения кругов, которым предстоит в своей деятельности руководствоваться правовым документом, подлежащим разработке Комиссией для урегулирования вопросов трансграничной неплатежеспособности. Коллоквиум также предоставил судьям уникальную возможность для общения друг с другом и углубления своего понимания различных национальных подходов к урегулированию дел о трансграничной неплатежеспособности, что само по себе способствует дальнейшему развитию сотрудничества судебных органов.

3. В соответствии со своим решением о разработке упомянутых аспектов проблемы трансграничной неплатежеспособности Комиссия на своей двадцать седьмой сессии постановила провести вышеупомянутый Коллоквиум. В свою очередь это решение было принято в свете мнений, выраженных на первом Коллоквиуме ЮНСИТРАП/ИНСОП (Вена, 17-19 апреля 1994 года), в котором участвовали практические работники различного профиля, занимающиеся вопросами неплатежеспособности, судьи, должностные лица правительственных органов и представители других заинтересованных кругов, включая заимодателей. В докладе данного Коллоквиума говорилось о трудностях, возникающих при рассмотрении дел о трансграничной неплатежеспособности, и о связанных с ними неблагоприятных экономических и других последствиях, как для стоимости активов, подлежащих передаче кредиторам, так и для возможности сохранения коммерческих предприятий и рабочих мест. В соответствии с выработанной рекомендацией Комиссия могла бы в относительно короткий период времени внести полезный вклад в эту работу путем осуществления проекта, направленного непосредственно на облегчение сотрудничества судебных органов, а также доступа и признания. В качестве первого конструктивного шага было также предложено организовать заслушивание мнений судей не только с целью дальнейшего определения целесообразности и возможности проведения такой работы, но и для сбора информации, необходимой для ее начала¹.

¹Стимулом к проведению Комиссией работы по проблеме трансграничной неплатежеспособности стало предложение, внесенное на Конгрессе ЮНСИТРАП "Унифицированное торговое право в XXI веке", решение о дальнейшей работе по реализации которого Комиссия приняла на своей двадцать шестой сессии. Информация об обсуждениях и решениях Комиссии, послуживших основой для ее текущей работы в области трансграничной неплатежеспособности, содержится в докладах Комиссии о работе ее двадцать шестой сессии (Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункты 302-306) и о работе ее двадцать седьмой сессии (Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункты 215-222). На рассмотрение Комиссии среди прочего были представлены документы A/CN.9/378/Add.4 и A/CN.9/398 (доклад о работе Коллоквиума ЮНСИТРАП/ИНСОП, Вена, 17-19 апреля 1994 года).

КОЛПОКВИУМ ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ ПО ПРОБЛЕМАМ ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕПЛАТЕЖЕСПОСОБНОСТИ ДЛЯ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ СУДЕБНЫХ ОРГАНОВ

А. Доклад по истории вопроса, подготовленный группой экспертов

4. При обсуждении данной темы участники Колпоквиума основывались на документе по истории проблемы трансграничной задолженности, который был подготовлен группой экспертов, созданной ИНСОЛ. Этот документ будет окончательно отработан с учетом выраженных на Колпоквиуме мнений и будет использоваться Комиссией в ее работе по проблеме трансграничной неплатежеспособности.
5. В упомянутом документе обобщаются действующие правовые режимы, в рамках которых должны урегулироваться дела о трансграничной неплатежеспособности. Такие режимы характеризуются разнообразием и зачастую несовместимостью юридических подходов к проблеме трансграничной неплатежеспособности, в частности, в отношении сферы дискреционных полномочий, которыми могут располагать суды в условиях отсутствия нормативных положений по данному вопросу. При рассмотрении любого конкретного дела это может ставить под угрозу возможность выполнения ликвидационного или реорганизационного плана, направленного на максимализацию стоимости активов должника и сохранения как можно большего числа рабочих мест. Так, например, некоторые государства придерживаются принципа "территориальности", в соответствии с которым производства по делам о неплатежеспособности, проводимые в иностранных государствах, могут не признаваться, и может устанавливаться контроль над активами, в то время как в рамках двусторонней или многосторонней договоренности на государство может возлагаться обязанность применять такие подходы, которые предполагают урегулирование неплатежеспособности на индивидуальной или коллективной основе (например, Договоры Монтевидео 1889 и 1940 годов; Конвенция Скандинавских государств о банкротстве), или согласование любых параллельных производств.
6. В докладе описываются законы, действующие в ограниченном количестве государств и непосредственно касающиеся сотрудничества судебных органов, доступа и признания в контексте неплатежеспособности. К числу характерных особенностей или последствий таких законов относятся: предоставление участнику иностранного производства по делу о неплатежеспособности возможности возбудить вспомогательное или "дополнительное" производство; полномочия суда приостанавливать по распоряжению участника иностранного производства возбуждение дела или осуществление мер в отношении должника или его собственности либо обеспечивать принудительное выполнение решения в отношении должника; а также передача участнику иностранного производства права собственности на активы или поступления от такой собственности.
7. Вопрос о том, являются ли сотрудничество и помощь обязательными и в какой степени, или же они регулируются в рамках дискреционных полномочий запрашиваемого суда, трактуется в упомянутых законах по-разному, причем это касается как доступа и признания, так и масштабов предполагаемого сотрудничества. Например, в одной из стран принят двуединый подход, предусматривающий признание и оказание помощи на обязательной основе в отношении производств, проводимых в четко определенных странах, и основывающийся на оценке характера производств, осуществляемых в этих странах, или, возможно, других аспектов совместимости правовых систем. В отношении других стран применяется дискреционный подход.
8. Другой подход предполагает санкционирование сотрудничества и помощи в отношении всех стран, оставляя, однако, фактические масштабы сотрудничества и помощи, оказываемой в любом конкретном случае, на усмотрение суда, и допуская при этом возможность включения в законодательство таких положений, которые регулировали бы осуществление дискреционных полномочий. К ним, в частности, относятся положения, касающиеся обеспечения справедливого режима для всех кредиторов и сопоставимости основных элементов правовых систем в отношении распределения средств.
9. Еще один подход предусматривает обязательное оказание помощи производствам, проводимым в четко определенных странах, при условии удостоверения со стороны должностных лиц государственных органов; дискреционные же полномочия в отношении типа сотрудничества, осуществляемого в конкретных случаях, должны реализовываться с особым учетом норм частного международного права.
10. В докладе также приводится информация о различных методах и концепциях, применяемых в целях облегчения сотрудничества судебных органов, а также доступа и признания, в особенности при отсутствии конкретной законодательной или договорной основы. К таким методам относятся: применение доктрины вежливости судами в государствах, правовая система которых основана на общем праве; предоставление в аналогичных целях разрешения на исполнение судебных решений (*exequatur*), принятых в странах с системами гражданского права; заключение специальных протоколов в интересах налаживания сотрудничества между государствами, являющимися сторонами в деле о трансграничной неплатежеспособности, и содействие трансграничному урегулированию неплатежеспособности; обеспечение исполнения решений иностранных судов по делам о неплатежеспособности на основе общего законодательства о признании решений и процедур иностранных судов, в частности, запросов (*letters rogatory*), поступающих от судебных органов зарубежных стран. В приложениях к докладу содержится более подробное описание и сравнение подходов, принятых в различных странах в отношении сотрудничества судебных органов, а также доступа и признания.
11. В докладе приводится ряд предварительных выводов и рекомендаций, а именно: а) следует поощрять государства к включению в законодательство некоторых основополагающих норм, применимых в случаях трансграничной неплатежеспособности; б) признание, как правило, должно осуществляться незамедлительно после установления основных элементов: возбуждение эффективного производства по делу о неплатежеспособности, установление контроля за коммерческими операциями и активами должника, наличие в иностранном государстве коммерческих интересов или активов должника или лиц, либо информации, имеющих отношение к коммерческим операциям и активам должника; в) нормативные положения, регулирующие порядок признания и его последствия, должны способствовать повышению предсказуемости; г) ходатайства о признании и применении принудительных мер должны подаваться в рамках судебных процедур; е) лицо, подающее ходатайство о признании, не должно рассматриваться как полностью подпадающее под юрисдикцию зарубежного государства во время выступления в суде по делу о неплатежеспособности; ф) после принятия решения о признании сотрудничества и оказание помощи следует осуществлять в такой

форме, которая не противоречит законодательству иностранного государства, предоставляя при этом соответствующему суду дискреционные полномочия по оказанию такой помощи и содействия, которые могут потребоваться в сложившихся обстоятельствах.

В. Программа Коллоквиума для представителей судебных органов

12. Первая часть Коллоквиума для представителей судебных органов была посвящена сообщениям о шести крупных делах в области трансграничной неплатежеспособности, которые сделали лица, участвовавшие в их разбирательстве. С ними выступили судьи, представляющие различные страны и разные правовые системы, которые председательствовали на слушаниях при рассмотрении некоторых упомянутых дел, а также администраторы по неплатежеспособности и другие назначенные судом должностные лица по урегулированию неплатежеспособности. Далее были представлены доклад, замечания ведущих правоведов в области неплатежеспособности и окончательное заключение, подготовленное многосторонней группой судей. Программа также предусматривала выступления на свободно избранную тему, которые во многом расширили круг освещаемых проблем и точек зрения.

13. Затронутые на Коллоквиуме для представителей судебных органов вопросы и высказанные мнения обобщаются ниже со ссылкой на основные элементы работы, проводимой Комиссией: сотрудничество судебных органов, а также доступ и признание.

1. Сотрудничество судебных органов

14. Произошедший на Коллоквиуме для представителей судебных органов обмен опытом и мнениями свидетельствовал об общей готовности и интересе судей к сотрудничеству по делам о трансграничной неплатежеспособности. В то же время такое сотрудничество осложняется расхождениями и несоответствиями в законах, регулирующих сотрудничество судебных органов. По общему мнению, подготовка в ЮНСИТРАП какого-либо документа, например, в форме типовых нормативных положений, во многом способствовала бы развитию сотрудничества и оказанию помощи со стороны судей, представляющих такие правовые системы, в рамках которых подобная деятельность судебных органов требует законодательного основания. Кроме того, было указано, что даже в правовых системах, предоставляющих судьям широкие дискреционные полномочия, законодательная основа может обеспечить более эффективную предсказуемость в отношении урегулирования случаев трансграничной неплатежеспособности.

15. Получило поддержку предложение об исключении неплатежеспособности потребителей из сферы применения документа, который предстоит подготовить Комиссии. При этом, однако, не преследовалась цель тем самым ограничить сферу его применения исключительно неплатежеспособностью юридических лиц, поскольку возможны случаи, при которых отдельные лица могут руководить деятельностью предприятий коммерческого характера, не обладающих формальными признаками корпоративного образования. Не удалось достичь полного согласия в отношении целесообразности попыток согласования в рамках правового документа, который будет разработан Комиссией, таких понятий, как "claim", "future claimants" и "discharge". При этом выражалась обеспокоенность по поводу того, что такие попытки могут выйти за пределы мер, необходимых для содействия сотрудничеству судебных органов и обеспечения доступа и признания, а также негативно сказаться на возможности подготовки документа и его приемлемости.

16. Высказывались мнения о целесообразности включения в законы о сотрудничестве положения об автоматическом приостановлении исполнения исков. Это позволит обеспечить по крайней мере какой-либо минимальный период времени для изучения заявления иностранного участника производства о платежеспособности до ликвидации или расчленения активов должника. Участники Коллоквиума положительно оценили потенциальные преимущества назначения судей какой-либо нейтральной третьей стороны, например, для содействия согласованию параллельных производств, достижения соглашений, осуществления посредничества в спорах и ограничения резких расхождений во мнениях различных сторон, а также для устранения препятствий на пути выполнения реорганизационных планов.

17. Было отмечено, что обмен информацией между судьями, ведущими производство по делам о трансграничной неплатежеспособности, может быть особенно полезным для уточнения противоречивых данных, отслеживания производств в иностранном государстве, получения разъяснений по вопросам законодательства зарубежных стран и разработки планов урегулирования дел о неплатежеспособности, приемлемых для сторон с точки зрения обеих правовых систем. По поводу такого информационного обмена были высказаны различные мнения, при этом некоторые участники склонялись в пользу относительно неограниченного права судей на прямое общение друг с другом, в то время как другие высказывались за установление тех или иных ограничений и требований процедурного характера. Предложенные ограничения на обмен информацией между судебными органами объясняются обеспокоенностью по поводу обоснованности и объективности осуществления такого обмена при отсутствии участвующих сторон. Упомянутые выше требования процедурного характера предусматривают регистрацию информационного обмена, уведомление сторон в таком обмене либо возможность присутствия сторон.

18. Было внесено также предложение, которое непосредственно не связано с работой ЮНСИТРАП, однако направлено на облегчение сотрудничества между судебными органами и которое предполагало введение того или иного порядка аккредитации представителей производств по делам о неплатежеспособности, с тем чтобы судьи, к которым представители производств по делам о неплатежеспособности иностранных государств обращаются с просьбой о разбирательстве, могли действовать более уверенно.

2. Доступ и признание

19. Участники Коллоквиума выразили общее мнение в поддержку включения в документ, который будет подготовлен ЮНСИТРАП, положений о доступе и признании. В отношении типа подлежащих признанию производств было предложено ограничить такие положения производствами, в рамках которых задолжник действительно является неплатежеспособным. Предложение об исключении из сферы действия таких положений производств о добровольном банкротстве и производств, в рамках которых задолжник сохраняет право собственности на активы в ходе производства о неплатежеспособности или может рассматриваться как "осуществляющий коммерческие операции будучи неплатежеспособным", было сделано с учетом того, что такие дела либо не имеют универсального признания, либо рассматриваются по-разному в разных государствах.

20. Отмечалось, что в документе по истории вопроса содержится предложение о преодолении трудностей в связи с упомянутыми различиями между правовыми системами, в соответствии с которым предполагается исходить из характера производства, а не из платежеспособности должника. Основные элементы производства, подпадающего под действие этого предложения, включают: возбуждение иска в соответствии с законодательством о неплатежеспособности, обеспечение коллективного удовлетворения всей массы требований кредиторов; и эффективный внешний контроль за управлением коммерческой деятельностью и активами должника со стороны администратора (при этом такой администратор может быть независимым администратором либо самим должником).

21. В законодательных положениях о доступе и признании предлагалось также учесть следующие вопросы: придание в той или иной мере принудительного характера решению о признании иностранных производств; обеспечение ограниченного участия в слушаниях представителей по делам о неплатежеспособности в зарубежных странах, не распространяя при этом на них в полном объеме юрисдикцию суда; предоставление равного доступа кредиторам и отказ от автоматического приоритета местных кредиторов; введение правила о выделении основного производства, в результате чего все остальные производства будут являться вспомогательными, либо дополнительными. Было отмечено, что решение о том, какие из этих вопросов требуют разработки, будет приниматься с учетом преимуществ с точки зрения возможности и приемлемости подготовки такого документа, который был бы не слишком широк по сфере охвата проблем, на решение которых он направлен.

ВЫВОДЫ

22. Коллоквиум для представителей судебных органов отражает общее мнение о том, что разработка в ЮНСИТРАП какого-либо законодательного документа с ограниченной сферой применения (например, в форме типовых законодательных положений, направленных на облегчение сотрудничества судебных органов, а также доступа и признания) является желательной и возможной. Постоянный рост числа дел о трансграничной неплатежеспособности подчеркивает настоятельную необходимость рассмотрения этого вопроса.

23. На данном этапе Комиссии предлагается рассмотреть вопрос об образовании рабочей группы для обстоятельного изучения мнений и сведений, представленных на Коллоквиуме. На период, предшествующий двадцать девятой сессии, можно было бы назначить две сессии рабочей группы, которая могла бы использовать в этих целях информацию, обобщенную в докладе группы экспертов и полученную в ходе состоявшихся коллоквиумов.

24. Такая рабочая группа могла бы также рассмотреть внесенные предложения относительно возможной формы и содержания работы Комиссии (например, подготовка типовых законодательных положений, содержащих "комплекс возможных вариантов действий" для законодателей, составленный, возможно, на основе альтернативных подходов, которые применяются в действующем законодательстве о сотрудничестве судебных органов, а также о доступе и признании; см. пункты 6-9).

25. Применение такого метода позволило бы ознакомить государства с различными возможными подходами, которые они могли бы принять в отношении двух основополагающих вопросов: а) обеспечение доступа и признания участника производства по делу о неплатежеспособности в иностранном государстве; и б) определение степени сотрудничества, которое необходимо осуществлять при рассмотрении каждого конкретного дела. Например, один из подходов к проблеме доступа мог бы состоять в обеспечении обязательного доступа для участников производств, проводимых в четко определенных странах, на базе оценки таких факторов, как совместимость правовых систем, при одновременном решении вопроса о доступе участников производств в других странах на дискреционной основе. Другой подход предполагает решение такого вопроса на основе дискреционных полномочий по отношению ко всем странам в целом. Еще один комплекс альтернативных подходов, который будет представлен государствам, будет касаться сферы применения тех видов мер, которые могут быть приняты в поддержку производств в зарубежных странах, а также условий, которые необходимо выполнять для обеспечения принятия таких мер.

В. Проекты "Строительство-эксплуатация-передача": записка Секретариата (A/CN.9/414) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
ВВЕДЕНИЕ	1-2
I. КОНЦЕПЦИЯ "СТРОИТЕЛЬСТВО-ЭКСПЛУАТАЦИЯ-ПЕРЕДАЧА"	3-10
II. ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ, СВЯЗАННЫЕ С РЕАЛИЗАЦИЕЙ ПРОЕКТОВ "СТРОИТЕЛЬСТВО-ЭКСПЛУАТАЦИЯ-ПЕРЕДАЧА"	11-13
A. Недостаточная развитость правовой базы	14-23
B. Связанные с закупками аспекты	24-35
C. Сложность составления контрактов	36-46
III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ	47-51

ВВЕДЕНИЕ

1. На Конгрессе по праву международной торговли, проходившем в мае 1992 года в Нью-Йорке в рамках двадцать пятой сессии Комиссии, было высказано предложение, чтобы Комиссия рассмотрела возможность приступить к работе над концепцией финансирования проектов "строительство-эксплуатация-передача" (далее именуемых "СЭП"). Впоследствии на своей двадцать шестой сессии Комиссия рассмотрела записку о возможной будущей работе (A/CN.9/378), в которой Секретариат информировал Комиссию о том, что он следит за работой Организации Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО) по подготовке "Руководящих принципов разработки проектов СЭП, ведения по ним переговоров и заключения соответствующих контрактов". На двадцать седьмой сессии Комиссии Секретариат представил записку, цель которой заключалась в том, чтобы ознакомить Комиссию с ходом работы по подготовке руководящих принципов ЮНИДО и предложить возможные области для рассмотрения Комиссией с точки зрения будущей работы. Комиссия подчеркнула актуальность СЭП и просила Секретариат представить Комиссии на ее двадцать восьмой сессии записку о возможной будущей работе по проектам СЭП.

2. Уже проделана большая работа по подготовке руководящих принципов ЮНИДО. Ожидается, что окончательный текст руководящих принципов будет выпущен к апрелю 1995 года. Секретариат ЮНСИТРАП пристально следит за работой по подготовке руководящих принципов, в частности, по тем аспектам, которые связаны с возможной будущей работой Комиссии. Структурно руководящие принципы строятся как описание основных программных аспектов, которые государствам следует рассмотреть при принятии решений об осуществлении проектов СЭП и о путях их осуществления. В первой главе раскрывается концепция СЭП, а также рассматриваются различные соображения, которые правительствам следует принять во внимание до вынесения решения об осуществлении какого-либо проекта на основе СЭП; в последующих главах рассматриваются основные вопросы, возникающие в связи с проектами СЭП, такие, как роль правительства, финансовый анализ, эксплуатация и техническое обслуживание и передача прав собственности. Поскольку в руководящих принципах тема СЭП излагается в целом, в них подробно не рассматриваются проблемы, которые обсуждены в настоящей записке (см. также пункт 51 ниже).

I. КОНЦЕПЦИЯ "СТРОИТЕЛЬСТВО-ЭКСПЛУАТАЦИЯ-ПЕРЕДАЧА"

3. В самых общих чертах СЭП представляет собой одну из форм проектного финансирования, при которой правительство предоставляет частному консорциуму (в дальнейшем именуемому "реализующая проект компания") на определенный срок концессию на разработку проекта; затем реализующая проект компания обеспечивает строительство, эксплуатацию и руководство проектом в течение ряда лет, возвращает свои затраты на строительство и получает прибыль от доходов, поступающих в связи с эксплуатацией и коммерческим использованием проекта. По окончании срока концессии проект передается правительству. Хотя для обозначения такого вида проектов используется общий термин "строительство-эксплуатация-передача", в целях описания этой формы проектного финансирования применяются и другие термины, такие, в частности, как "строительство-владение-эксплуатация-передача" (СВЭП), "строительство- владение-аренда-передача" (СВАП) и "строительство-аренда-передача" (САП). Хотя эти термины отражают различия в структурном оформлении некоторых проектов, все такие проекты содержат базовые элементы схемы, при которой правительство предоставляет концессии на проекты, которые должны быть реализованы и которые должны эксплуатироваться посредством финансирования частным сектором.

4. В рамках этой схемы возмещение любых займов, взятых на реализацию проекта, обычно не гарантируется правительством страны-получателя, а зависит от доходов, поступающих от эксплуатации проекта. В отличие от традиционной структуры финансирования проектов, при которой владелец (правительство) гарантирует возмещение заемных средств, при СЭП реализующая проект компания сама принимает меры к представлению кредиторам проекта гарантий, покрывающих возмещение заемных средств. Займы берутся под запланированный приток наличных средств в результате эксплуатации проекта. Это создает ряд выгод для принимающего правительства. Одна из них состоит в том, что, поскольку не требуется прямого финансирования из государственного бюджета, правительство освобождается от необходимости дополнительно увеличивать государственные займы. Финансирование частным сектором обычно позволяет возлагать на этот сектор бремя финансовых, производственных и иных рисков. Кроме того, поскольку проект сооружается и в течение срока концессии эксплуатируется реализующей проект компанией, правительство выигрывает от использования опыта частного сектора в эксплуатации таких объектов и управлении ими.

5. Традиционно в контрактах на строительство инфраструктуры или других сооружений оговаривается, что объект переходит под контроль владельца после завершения строительства в соответствии с контрактом на строительство. Финансирование обеспечивается владельцем, который платит подрядчикам либо из заемных средств, либо из своих собственных ресурсов. В таких контрактах основное обязательство подрядчика состоит в возведении и оснащении объекта, в отношении которого был заключен контракт, а вопросы экономической эффективности и рентабельности проекта относятся к компетенции владельца. В то же время в проектах СЭП реализующая проект компания должна не только организовать финансирование, но и обеспечить рентабельность проекта. Реализующая проект компания заинтересована, таким образом, в технико-экономическом обосновании проекта и технико-конструкторских особенностях объекта и в обеспечении наличия юридических и коммерческих условий, необходимых для строительства и эксплуатации объекта рентабельным образом, а также в том, чтобы такие условия существенно не изменились в течение срока концессии.

6. Продолжительность и часто сложность переговоров может обуславливаться действием двух факторов: финансовыми договоренностями и положениями контрактов. Что касается финансирования, то основные проблемы связаны с тем, что в результате отсутствия государственных гарантий реализующей проект компании и кредиторам необходимо отыскать возможности покрытия сопутствующих рисков, в том числе с помощью страхования и различных других форм гарантий. Схемы распределения рисков при СЭП могут быть, таким образом, весьма сложными.

7. Что касается составления контрактов, то некоторые возникающие проблемы обуславливаются тем фактом, что проект СЭП обычно связан с большим числом сторон, находящихся друг с другом во взаимосвязанных договорных отношениях. Помимо правительства принимающей страны и реализующей проект компании в число других сторон обычно входят кредиторы, строительная компания и поставщики оборудования, независимые инвесторы капитала и покупатели или конечные пользователи продукции, которая будет выпускаться по проекту. Во многих случаях сама реализующая проект компания будет представлять собой консорциум строительных компаний, поставщиков инженерного оборудования и других частных инвесторов, а также оператора проекта. В проекте могут также участвовать с помощью вложений капитала инвестиционные организации и многосторонние учреждения, занимающиеся вопросами развития.

8. В силу того, что для успешной реализации проекта СЭП необходимо урегулирование многих новаторских аспектов, важную роль играет поддержка принимающего правительства. Принимающее правительство не только дает разрешение на проект, но и будет являться конечным собственником объекта. Правительству необходимо контролировать исполнение концессионного соглашения, и оно может в ряде случаев участвовать в привлечении заемных средств или в акционерном капитале. С тем чтобы обеспечить долгосрочное участие частного сектора, правительству необходимо создать стабильную политическую базу и установить юридические условия, способствующие долгосрочным частным инвестициям. Такая деятельность будет охватывать как создание правовой базы для частных инвестиций, так и создание необходимого административного механизма для оперативной, беспристрастной и объективной выдачи любых требуемых утверждений, разрешений или лицензий.

9. По целому ряду причин, включая те преимущества, которые были упомянуты выше (пункт 4), во многих государствах отмечено значительное увеличение числа осуществляемых проектов СЭП. К главным факторам, вызвавшим заинтересованность в проектах СЭП, относятся потенциальные возможности для мобилизации ресурсов частного сектора в целях развития инфраструктуры без необходимости увеличения государственной задолженности. Это имеет особое значение в то время, когда во всем мире расширяется приватизация различных секторов, которые ранее были закреплены за государственными предприятиями, причем это происходит в условиях сокращения средств государственного сектора, выделяемых на развитие инфраструктуры. В число других преимуществ входят расширение участия частного сектора в управлении государственной инфраструктурой, расширение возможностей для прямых иностранных инвестиций и появляющаяся у правительства возможность использовать функционирующие на основе СЭП объекты в качестве критерия для оценки функционирования аналогичных проектов в государственном секторе.

10. Многие осуществленные к настоящему времени проекты СЭП представляли собой крупные проекты в области инфраструктуры, в частности в таких секторах, как производство электроэнергии и транспорт (платные автодороги, мосты и железные дороги). Однако, по мере все более широкого сознания возможностей СЭП, стали поступать предложения о реализации с помощью этого механизма также и мелких и средних проектов, например, по созданию систем обработки сточных вод, по сооружению гостиниц и медицинских объектов.

II. ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ, СВЯЗАННЫЕ С РЕАЛИЗАЦИЕЙ ПРОЕКТОВ "СТРОИТЕЛЬСТВО-ЭКСПЛУАТАЦИЯ-ПЕРЕДАЧА"

11. Несмотря на упомянутые выше преимущества и потенциальные возможности, связанные с реализацией проектов СЭП, различные препятствия юридического и практического плана могут затруднить осуществление таких проектов. Препятствия юридического характера могут быть обусловлены отсутствием надлежащей правовой и нормативной базы для обеспечения долгосрочного участия частного сектора в реализации таких проектов. Поскольку риск рентабельности проекта лежит в основном на частных инвесторах и кредиторах, они в огромной степени заинтересованы в наличии правовой инфраструктуры, которая обеспечит им справедливую прибыль на капиталовложения, а также возможность добиться принудительного исполнения договорных обязательств, принятых на себя другими сторонами.

12. Дополнительные препятствия могут возникнуть, например, в области закупок. В отличие от обычной практики закупок на нужды традиционных проектов, когда правительство привлекает тендерные заявки на основе четко сформулированного проекта с заранее установленными спецификациями, при СЭП запрос тендерных заявок может быть произведен до любых проектно-конструкторских работ. В той мере, в которой могут отсутствовать четкие руководящие положения, на основе которых должны быть оценены тендерные заявки или предложения, которые, по всей вероятности, будут содержать самые разнообразные решения поставленных проблем, процесс проведения торгов может быть весьма длительным и, в силу этого, дорогостоящим, что связано с риском нанесения ущерба беспристрастности процесса закупок. Правительству также необходимо четко определить порядок рассмотрения незапрошенных предложений, поскольку во многих случаях частный сектор поощряется к проявлению инициативы в деле выявления возможных проектов.

13. Еще одно препятствие осуществлению проектов СЭП связано с ограниченным опытом, в частности правительственной стороны, в ведении одновременных переговоров с многочисленными сторонами, многие из которых будут находиться в договорных отношениях. Хотя большинство контрактов, заключаемых в целях реализации проектов СЭП, сами по себе не

будут, вероятно, связаны с необходимостью урегулирования каких-либо новых вопросов, механизм СЭП обуславливает наличие ряда проблем, поскольку различные заключенные контракты должны быть объединены в сводный договорный пакет.

А. Недостаточная развитость правовой базы

14. Как уже отмечалось ранее (пункт 10), концепция СЭП до сих пор в основном использовалась при осуществлении крупных проектов в области инфраструктуры, которые были связаны с привлечением значительных средств частных инвесторов. Основная часть средств, используемых для реализации подобных проектов, обычно мобилизуется посредством заимствования в коммерческих банках или других финансовых учреждениях. Однако возмещение заемных средств и выплата прибыли акционерам-инвесторам происходят в течение длительного срока. Поэтому кредиторы проекта и акционеры-инвесторы будут добиваться того, чтобы принимающее правительство четко проявило свое намерение содействовать долгосрочным частным инвестициям и чтобы такие инвестиции были защищены от экспроприации или национализации без справедливой компенсации.

15. Одно из средств, с помощью которого принимающие правительства могут проявить такое намерение, состоит в обеспечении надежной правовой базы, способствующей развитию частных инвестиций и обеспечивающей получение прибыли на капиталовложения. Такая база будет состоять в основном из законодательных актов, в целом регулирующих вопросы инвестиций и другие коммерческие вопросы, причем такие акты не обязательно должны быть специально приспособлены к проектам СЭП. Наличие такого общего законодательства не только придает уверенность частным инвесторам, готовым принять участие в проектах СЭП, но также облегчает процесс переговоров по конкретным проектам. Это обусловлено тем, что в отсутствие такого законодательства стороны контрактов СЭП будут обычно настаивать на урегулировании в различных контрактах определенных вопросов и на закреплении в них определенных гарантий - что в противном случае было бы охвачено законодательством, - а это может затруднить процесс переговоров.

16. Такие общие законодательные акты, в той или иной степени имеющие отношение к проектам СЭП, можно разделить на две категории. К первой категории относятся законодательные акты, направленные в первую очередь на содействие частным иностранным инвестициям. Положения таких законодательных актов, которые будут представлять особый интерес для сторон, финансирующих проекты СЭП, и их кредиторов, будут включать нормы, касающиеся частной собственности на землю и иные активы, репатриации доходов и конвертируемости в иностранную валюту. Ко второй категории относятся акты общего коммерческого законодательства принимающей страны, в частности, законодательные акты, касающиеся создания или образования коммерческих предприятий, законодательство о механизмах обеспечения, а также либеральные положения, регулирующие вопросы заключения коммерческих контрактов, и процедуры урегулирования споров. Наличие такого законодательства дает участникам проектов СЭП надежную правовую базу для инвестирования и способствует, таким образом, сокращению риска инвестирования, что, в свою очередь, снижает стоимость проектов.

17. В некоторых вышеупомянутых областях правового регулирования существуют унифицированные правовые тексты, в том числе тексты, подготовленные Комиссией, которые государствам рекомендуется рассмотреть в целях принятия. В число таких текстов входят Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров, Типовой закон ЮНСИТРАП о международном торговом арбитраже, Типовой закон ЮНСИТРАП о международных кредитовых переводах и Типовой закон ЮНСИТРАП о закупках товаров (работ) и услуг.

18. Помимо необходимости в таком общем законодательстве во многих случаях также потребуется принять законодательные акты, регулирующие реализацию некоторых аспектов проектов СЭП. Законодательные акты, специально направленные на регулирование осуществления проектов СЭП, будут не только служить для потенциальных инвесторов ясным доказательством заинтересованности правительства в реализации таких проектов, но также и будут создавать условия для участия частного сектора в проектах государственного сектора и способствовать такому участию. Например, в большинстве стран государственная инфраструктура традиционно финансировалась и в значительной степени управлялась предприятиями государственного сектора, которые обычно функционировали в качестве монополий. В большинстве подобных случаев может существовать необходимость в создании законодательной базы для привлечения частного сектора и, в частности, в установлении права взимать с населения плату за использование сооружаемого объекта или за его продукцию. В ряде государств для подобных концессий, возможно, потребуется создать нормативную базу.

19. Подходы к законодательному регулированию в государствах, которые приняли законодательство, касающееся проектов СЭП, различаются. В некоторых странах законодательство СЭП регулирует только осуществление таких проектов в каком-либо конкретном секторе, например, в производстве электроэнергии. Обычно такое законодательство содержит положения по следующим вопросам: какие аспекты деятельности в регулируемом секторе могут осуществляться на основе СЭП; масштабы правительственного участия, включая льготы, которые правительство может предоставить реализующей проект компании (например, земельные права); выдача разрешений; и разрешение на проведение соответствующей деятельности на коммерческой основе, возможно, включая подробные калькуляции тарифов и сборов, которые могут взиматься реализующей проект компанией при продаже конечной продукции, произведенной в рамках проекта. В подобное законодательство иногда включаются специальные положения, касающиеся порядка производства закупок для проектов.

20. В других государствах принято законодательство, направленное на регулирование осуществления проектов СЭП в целом. Такие законодательные акты обычно являются не столь подробными, как законодательство, принятое в целях регулирования какого-либо конкретного сектора, и они различаются в зависимости от государства. Можно, однако, определить два основных подхода, использованные при принятии таких законодательных актов. При одном из этих подходов в законодательном порядке устанавливаются лишь общие параметры, в рамках которых правительственные учреждения могут

заключать контракты СЭП. Преимущество такого порядка заключается в создании возможностей для гибкого ведения переговоров по контрактам таким образом, который отвечает конкретным условиям каждого проекта. К типичным законодательным положениям этой группы относятся, например, следующие: разрешение на выдачу концессий частному сектору в связи с проектами СЭП; указание тех секторов, в которых могут осуществляться проекты СЭП; и общие нормы о порядке мобилизации финансирования и о льготах, которые могут быть предоставлены предприятиям, готовым реализовать проекты СЭП, включая любые налоговые льготы. В подобные законодательные акты также иногда включаются положения о закупках, в том числе о методах привлечения и оценки тендерных заявок или предложений.

21. Другой подход к законодательному регулированию проектов СЭП в целом состоит в принятии достаточно всеобъемлющих положений о возможном порядке осуществления проектов СЭП, и, таким образом, сторонам остается лишь провести переговоры по конкретным условиям каждого проекта. Обычно в такие законодательные акты включаются положения, в которых определяется основное содержание договорных обязательств по осуществлению проекта, включая положения по таким вопросам, как возможный срок, на который может быть выдана концессия, объем возможной правительственной поддержки, подробные нормы о закупках, средства погашения задолженности и репатриация доходов, а также условия эксплуатации и передачи объекта.

22. Различие в подходах к законодательному регулированию и в его объеме могут указывать на то, что в целом усилия по законодательному регулированию были в первую очередь направлены на решение соответствующих проблем по мере их возникновения, а не предпринимались в рамках всеобъемлющего подхода, направленного на решение всех проблем, в связи с которыми возникает необходимость в законодательном регулировании для надлежащего осуществления проектов СЭП. Это особенно относится к законодательству, направленному на регулирование проектов СЭП только в каком-либо одном конкретном секторе. Хотя, возможно, применение такого законодательства облегчено в отношении сектора, в котором предполагается или планируется осуществление проектов СЭП и проблемы которого легко можно определить, такой подход также означает, что в случае, если потребность в проектах СЭП возникнет также в других секторах, необходимо будет рассмотреть вопрос о дальнейшем законодательном регулировании. В этом смысле, возможно, предпочтительно принять общий законодательный акт, разрешающий практику СЭП, а в тех случаях, когда какие-либо особенности в том или ином секторе могут потребовать законодательного регулирования для осуществления в этом секторе проектов СЭП, то такие особые условия могут быть учтены путем принятия подзаконных актов.

23. В законодательстве, направленном на регулирование проектов СЭП в целом, было бы, возможно, целесообразно предусмотреть решения для как можно большего числа проблем, возникающих в связи с осуществлением этих проектов, если такие проблемы могут быть урегулированы в законодательном порядке. Это имеет особое значение в тех случаях, когда подобные вопросы не урегулированы во всеобъемлющем порядке в основополагающих правовых нормах. В результате применения этого подхода сторонам будут предоставлены общие параметры, в рамках которых они должны будут согласовать в контракте конкретные условия для каждого проекта. Такой подход следует, однако, сочетать с необходимостью предоставления сторонам, ведущим переговоры по контрактам, определенной гибкости с тем, чтобы у них имелась возможность учесть особые обстоятельства, которые могут возникнуть в связи с конкретными проектами.

В. Связанные с закупками аспекты

24. Расходы, связанные с закупкой товаров (работ) и услуг для крупных объектов инфраструктуры, могут быть весьма значительными. Кроме того, большинство проектов являются, как правило, достаточно сложными в техническом отношении и с точки зрения механизма их финансирования. В силу этого порядок осуществления закупок имеет огромное значение для обеспечения того, чтобы проект был экономически эффективным, обеспечивал хорошее качество и был завершен при разумных затратах. Однако по причине ряда особых факторов, связанных с проектами СЭП, возрастает риск того, что закупки будут, возможно, произведены недостаточно эффективно с экономической точки зрения, что может нанести ущерб успешному осуществлению проектов.

25. По причине масштабов большинства проектов подготовка торгов в связи с проектами СЭП может быть трудным и дорогостоящим мероприятием. Поэтому большинство сторон, которые могут потенциально принять участие в финансировании проекта, предпочтут не участвовать в процессе закупок, если они не будут уверены в том, что этот процесс будет проходить на беспристрастной и транспарентной основе. В то же время правительство обычно стремится - причем сила этого стремления пропорциональна важности проекта - обеспечить его наибольшую экономическую рентабельность на наилучших условиях, а вероятность достижения этих целей наиболее высока при проведении открытых, беспристрастных и конкурентных закупок, способствующих тому, чтобы потенциальные участники финансирования предлагали наилучшие возможные условия.

26. При обычных закупках в связи со строительными проектами правительство обычно указывает проект, объявляет о привлечении тендерных заявок на основе достаточно точно составленных спецификаций и проводит оценку тендерных заявок на основе заранее установленных и предварительно объявленных критериев. Однако при проектах СЭП правительство будет обычно стремиться к тому, чтобы максимально задействовать новаторские возможности частного сектора в деле разработки проекта и управления им, и, таким образом, во многих случаях не сможет составить единый комплект спецификаций, который являлся бы общей основой для оценки тендерных заявок или предложений. Кроме того, даже в тех случаях, когда можно будет определить параметры проекта, потенциальные участники торгов, возможно, предложат иные технические решения, чем те, которые предусматривались правительством. Более того, поскольку реализующая проект компания организует его финансирование, она также будет заинтересована в таком проекте, который являлся бы эффективным с точки зрения затрат, и поэтому будет стремиться внести свой вклад в проектно-конструкторское обеспечение. В силу этого могут возникнуть сложности с проведением открытых конкурентных торгов на основе аналогичных и заранее определенных спецификаций.

27. Правительства могут, таким образом, счесть проведение переговоров с подрядчиками хорошей альтернативой организации конкурентных торгов, которая позволит добиться наилучших условий. В то же время правительство не всегда имеет возможность подготовить надлежащие руководящие принципы, на основе которых могли бы вестись такие переговоры. В результате эти переговоры могут быть весьма длительными, а также предусматривать иногда одновременное участие многочисленных подрядчиков, что повышает вероятность злоупотреблений и необъективности в процессе закупок. Поэтому правительству важно установить четкие и транспарентные руководящие принципы для закупок, основывающиеся на конкурентных, транспарентных и объективных методах закупок, а также избежать проведения не организованных должным образом переговоров. Закупающей организации также следует разработать четкую систему, на основе которой будут сопоставляться и оцениваться тендерные заявки или предложения, конструкторские решения и технические спецификации которых могут существенно различаться.

28. Еще один фактор, затрудняющий процесс закупок, связан с тем, что не во всех случаях ясно, в какой степени стоимость проекта должна являться критерием, на основе которого правительствам следует оценивать заявки, поскольку в данном случае финансирование предоставляется не правительством. Стороны, участвующие в финансировании и эксплуатации проекта, в определенном отношении более сильно заинтересованы в том, чтобы осуществление проекта было связано с разумными затратами. Однако в качестве конечного собственника объекта и поскольку затраты на проект будут влиять на ставки или тарифы, взимаемые с конечных пользователей произведенной в рамках проекта продукции, правительство будет стремиться обеспечить, чтобы проектно-конструкторские работы были произведены надлежащим образом и чтобы затраты были разумными. Все это в сочетании с тем фактом, чтокупающая организация будет, возможно, не способна составить единый комплект спецификаций, будет обычно означать необходимость в проведении переговоров в той или иной форме в качестве части процесса закупок.

29. Другой областью, в которой закупки в связи с проектами СЭП существенно отличаются от закупок в связи с обычными строительными проектами, является компонент финансирования. Надлежащая организация пакета финансирования представляет собой, как правило, наиболее сложный - и обычно наиболее важный - аспект проектов СЭП. Потенциальных кредиторов проекта будет необходимо заверить в создании надежного источника поступлений для покрытия задолженности и затрат на эксплуатацию проекта, а также для обеспечения справедливой прибыли акционерам-инвесторам. Помимо условий, направленных на обеспечение экономической рентабельности проекта, частью финансового пакета являются механизмы обеспечения, направленные на покрытие и распределение различных связанных с проектом рисков.

30. Независимо от того, что организация финансирования является обязанностью реализующей проект компании, правительство будет заинтересовано в обеспечении привлекательного финансового пакета, поскольку условия финансирования окажут влияние на общую экономическую рентабельность проекта. Таким образом, в большинстве случаев правительство будет стремиться к тому, чтобы привлекательность финансового пакета входила в критерии оценки. В то же время с точки зрения закупок не всегда ясно, какое значение имеет структура финансового пакета в качестве критерия оценки для правительства, поскольку правительство не предоставляет никаких суверенных гарантий по выплате заемных средств. Кроме того, в силу частых изменений в действующих на финансовых рынках условиях большинство кредиторов не может в отсутствие юридически обязательного контракта принять на себя долгосрочные обязательства относительно каких-либо конкретных условий финансирования. В то же время правительство в качестве конечного собственника проекта должно защитить свои интересы посредством обеспечения долгосрочной финансовой рентабельности проекта.

31. Что касается этапа эксплуатации проекта, то в большинстве случаев оператор объекта будет входить в реализующую проект компанию. В ряде случаев, однако, реализующая проект компания может заключить контракт на эксплуатацию с независимым оператором. С точки зрения закупок такой порядок не обязательно должен создавать какие-либо сложности для правительства. Однако по причине заинтересованности правительства в обеспечении того, чтобы условия этапа эксплуатации, например, связанные с передачей технологии и техническим обслуживанием, были для него максимально выгодны, подобные условия могут быть заранее четко определены и выражены в количественной форме, а также включены в критерии оценки. В то же время стремление обеспечить наиболее выгодные условия обычно требует проведения переговоров по условиям этапа эксплуатации, что не только увеличивает продолжительность процесса закупок, но и может стать источником злоупотреблений.

32. Еще одна проблема, возникающая в связи с закупками в рамках СЭП, касается незапрошенных предложений. В отличие от практики, применяемой при обычных строительных проектах, когда правительство определяет и устанавливает параметры по проектам, практика в контексте СЭП обычно заключается в том, что частный сектор поощряется к представлению предложений о самых возможных проектах. Это отвечает интересам правительства, поскольку содействует новаторским инициативам частного сектора и привлечению его финансовых средств в тех областях, в которых у правительства может не иметься возможностей для проведения работы при опоре лишь на свои собственные ресурсы. Возможность внесения незапрошенных предложений выгодна также и для частного сектора, который в этом случае не должен постоянно ожидать, пока правительство сформулирует возможные проекты. Однако, с точки зрения закупок, подача незапрошенных предложений лишает правительство возможности использовать преимущества, обусловленные конкуренцией в процессе закупок, поскольку основным стимулом для компаний, представляющих предложения, является возможность получения заказа на проект. В силу этого правительства сталкиваются с дилеммой: как обеспечить надлежащие стимулы, содействующие представлению незапрошенных предложений, при одновременном обеспечении надлежащей степени конкуренции в процессе закупок?

33. Один из путей урегулирования многих проблем, возникающих в связи с закупками при СЭП, состоит в принятии современного законодательства о закупках, способствующего достижению целей конкуренции, объективности и

беспристрастности при одновременном обеспечении максимальной экономичности и эффективности процесса закупок. Типовой закон ЮНСИТРАП о закупках товаров (работ) и услуг представляет собой международно признанную модель такого современного законодательства о закупках. В Типовом законе устанавливаются процедуры для ряда методов закупок, которые предоставляют закупающим организациям возможность проводить отбор поставщиков (подрядчиков) в самых различных обстоятельствах в целях удовлетворения различных закупочных потребностей. Применение некоторых из этих методов и процедур закупок может иметь особое значение в контексте СЭП. Например, такие методы, как двухэтапные торги и запрос предложений, позволяют привлекать отличающиеся друг от друга тендерные заявки или предложения.

34. При двухэтапных торгах закупающая организация на первом этапе привлекает участников торгов лишь для разработки технических и качественных спецификаций по какому-либо конкретному проекту. В соответствии с этим методом закупающая организация может затем проводить переговоры с подрядчиками, представившими тендерные заявки, в целях составления единого комплекта спецификаций. Затем на втором этапе закупающая организация предлагает представить тендерные заявки на основе единого комплекта спецификаций, выработанного в результате проведения первого этапа. Другим предусматриваемым в Типовом законе методом, пригодным для использования в связи с закупками при СЭП, является метод запроса предложений, который также обеспечивает механизм привлечения различных технических предложений и одновременно создает базу для их объективного сопоставления и оценки. Согласно этому методу закупающая организация привлекает предложения о наилучших путях удовлетворения ее потребностей и проводит переговоры с представившими предложения подрядчиками, причем после этих переговоров они могут представить свои наилучшие и окончательные оферты. Затем закупающая организация оценивает предложения на основе заранее объявленных критериев и заключает договор с подрядчиком, представившим предложение, которое наиболее полно удовлетворяет потребности закупающей организации.

35. Однако применительно к урегулированию некоторых особых проблем, возникающих в связи с закупками при СЭП, правительствам было бы целесообразно изучить рекомендации относительно проведения закупок при СЭП таким образом, который будет способствовать конкуренции, беспристрастности и объективности в процессе закупок. Такие рекомендации могли бы учитывать некоторые из особенностей проектов СЭП, такие, как трудности, с которыми закупающая организация может столкнуться в установлении общей основы для сопоставления определенных аспектов тендерных заявок или предложений, при одновременной необходимости в поощрении новаторских инициатив частного сектора. Особенно целесообразными будут предложения определенных практических решений, помогающих избежать проведения неорганизованных переговоров с несколькими сторонами, поскольку эта трудность может вызвать злоупотребления и утрату доверия поставщиков к процессу закупок. Что касается незапрошенных предложений, то будет полезно разработать определенные рекомендации относительно возможных путей обеспечения сочетания преимуществ, создаваемых за счет представления частным сектором проектных предложений, с преимуществами, обусловленными конкурентными закупками.

С. Сложность составления контрактов

36. Проекты СЭП существенно отличаются от традиционных строительных проектов также и в том, что касается договорной структуры. В обычных строительных проектах, в которых участвует правительство, основной стороной контрактов на реализацию проекта с точки зрения принимающей страны является правительство. Договоры о финансировании, заключаемые с кредиторами, и контракт на строительство, заключаемый с подрядчиком, являются основными договорами. Поэтому, как правило, основными сторонами контрактов по реализации такого проекта являются правительство, кредиторы и подрядчик. В большинстве случаев любые договоренности о финансировании, которые заключает правительство, юридически не связаны с контрактом на строительство, который прекращается завершением проекта. Возмещение заемных финансовых средств может происходить в течение длительного срока, однако обычно оно не будет зависеть от возможной рентабельности объекта.

37. Основная характерная черта проектов СЭП в отличие от традиционного подряда на строительство обусловлена широким кругом сторон, участвующих в реализации проекта, и договорными взаимосвязями между многими из этих сторон. Кроме того, эти договорные взаимосвязи являются в большинстве случаев долгосрочными. Основными договорами в обычном проекте СЭП являются проектное соглашение, соглашение о совместном предприятии или консорциуме, контракт на строительство, контракт на поставку оборудования, контракт на эксплуатацию и техническое обслуживание и договоры, составляющие финансовый пакет, в том числе договоры страхования и иные обеспечительные договоренности. В силу этого переговоры по выработке договорного пакета могут быть сложными и длительными, что повышает стоимость проекта и риск его неудачного завершения.

38. Хотя конкретные особенности договорной структуры различаются в зависимости от проекта, центральным договором при проекте СЭП является концессионное или проектное соглашение, заключаемое между правительством и реализующей проект компанией. В этом соглашении закрепляются основные условия концессии, такие, как продолжительность срока концессии; сумма и метод платежа за произведенную в рамках проекта конечную продукцию; любые условия, связанные с характеристиками производительности; объем монопольных прав, предоставленных реализующей проект компании; а также условия эксплуатации и технического обслуживания объекта и его передачи правительству по истечении срока концессии. В тех случаях, когда в основной правовой базе недостаточно урегулированы определенные вопросы, например, о репатриации доходов или некоторых налоговых льготах, эти проблемы могут быть решены в проектном соглашении. Хотя это соглашение заключается между правительством и реализующей проект компанией, некоторые из других сторон, участвующих в проекте, будут заинтересованы в условиях договора. Например, кредиторы и эксплуатационная компания будут заинтересованы в сроке и точных условиях концессии, поскольку они будут оказывать воздействие на выплаты в погашение займов и на условия, связанные с эксплуатационным периодом.

39. Поскольку кредиторы не имеют права оборота требований на правительство в случае неудачи проектов (нерегрессное финансирование), это обуславливает возникновение ряда факторов, которые обычно затрудняют переговоры по контрактам, составляющим финансовый пакет. Нерегрессное финансирование возлагает на кредиторов и реализующую проект компанию более значительные риски, чем в случае традиционных строительных проектов. Таким образом, большая часть вызывающих трудности факторов связана, в различной степени, вопросом о порядке распределения различных рисков между сторонами. Один из важнейших факторов состоит в том, что кредиторы будут требовать от реализующей проект компании, а также от правительства обязательств, касающихся долгосрочной финансовой рентабельности проекта, что позволит обеспечить возмещение заемных средств.

40. В зависимости от вида проекта эти обязательства могут быть структурированы различными способами. Например, поступления от платы за пользование дорогами и мостами могут быть гарантированы правительством, взявшим на себя обязательство обеспечить минимальный уровень перевозок, причем если этот уровень не будет достигнут, то реализующая проект компания будет освобождена от некоторых обязательств. Такой порядок может быть связан, например, с возможностью продления срока концессии или с предоставлением в той или иной форме рефинансирования для компенсации любых сокращений в поступлениях, которые в противном случае могли бы оказать негативное воздействие на обслуживание задолженности. В случае электростанций СЭП надлежащие поступления обычно гарантируются с помощью долгосрочного контракта с каким-либо правительственным объектом на закупку электроэнергии. Таким образом, хотя договоры этого вида могут и не быть связаны с договорами о финансировании, заключенными между кредиторами и реализующей проект компанией, они играют важнейшую роль в обеспечении успешного составления финансового пакета и в силу этого кредиторы и акционеры-инвесторы будут заинтересованы в положениях этих договоров.

41. Другие средства, с помощью которых кредиторы обычно обеспечивают свою защиту, связаны с проведением переговоров по пакету обеспечения, который будет гарантировать преимущественный порядок возмещения заемных средств по отношению к другим требованиям на обусловленные проектом поступления, в том числе в случае незавершения или неудачи проекта. Такой порядок обычно оформляется с помощью различных механизмов, включая открытие оффшорных счетов поступлений, на которые перечисляются поступления и с которых кредиторы СЭП могут изымать средства в первоочередном порядке; передачу прав по некоторым контрактам траст-компаниям, которые удерживают эти права от имени кредиторов; и установление права кредиторов вступить во владение проектом в случае серьезного неисполнения обязательств со стороны реализующей проект компании. Составление пакета, который будет вызывать уверенность у кредиторов, может представлять собой трудную задачу особенно в тех государствах, в которых отсутствует высокоразвитый рынок капитала и ценных бумаг.

42. По причине нерегрессного характера финансирования кредиторы и реализующая проект компания должны отыскивать способы учета и других связанных с проектом рисков, важнейшими из которых являются страновой риск (политический риск) и валютный риск (зависящий в первую очередь от инфляции и обесценения валюты). Поскольку эти вопросы выходят за сферу влияния реализующей проект компании или кредиторов, один из возможных путей, с помощью которых они попытаются смягчить некоторые из этих рисков, состоит в привлечении учреждений по кредитованию экспорта для оказания помощи в привлечении финансовых средств за счет гарантирования платежей по экспорту, связанному с реализацией проекта. Многосторонние учреждения по вопросам развития, такие, как Всемирный банк и региональные банки развития, участвовали в обеспечении покрытия инвестиционных рисков, например, через Многостороннее агентство по гарантированию инвестиций Всемирного банка или аналогичные учреждения. Кроме того, участие многосторонних учреждений может способствовать укреплению доверия потенциальных кредиторов.

43. Некоторые из рисков, связанные с проектами СЭП, аналогичны тем, которые возникают в связи с обычными строительными проектами. Например, в том, что касается этапа строительства, риск, связанный с завершением строительства, обычно покрывается с помощью заключения предусматривающего предельный срок сдачи контракта на строительство "под ключ", который заключается между реализующей проект компанией и подрядчиком, причем такой контракт обычно обеспечивается гарантиями исполнения. Кроме того, страховые компании предоставляют покрытие некоторых более общих рисков (например, ответственности за ущерб третьим лицам). На некоторых развитых рынках страхования покрытие может также предоставляться в отношении некоторых особых рисков, присущих СЭП, таких, как риск сокращения наличных поступлений.

44. Независимо от вышеупомянутых методов регулирования финансовых рисков, ряд практических факторов может в значительной степени затруднить переговоры по регулированию рисков в связи с проектами СЭП. Один из таких факторов состоит в том, что все основные стороны заинтересованы в порядке распределения различных рисков и будут стремиться, таким образом, принять участие во всех переговорах. Во многих случаях дополнительные сложности создаются в результате недостаточного опыта по ведению переговоров с несколькими сторонами по таким аспектам проектов СЭП. Это может привести к тому, что стороны займут нереалистические позиции относительно распределения рисков, причем частный сектор и в особенности кредиторы будут стремиться к сокращению лежащих на них рисков до весьма низких уровней, а правительство будет стремиться переложить все риски на частный сектор.

45. Помимо договоров, составляющих финансовый пакет, заключаются другие разнообразные контракты, в которых заинтересованы все три основные стороны: правительство, кредиторы и реализующая проект компания. В качестве примера можно привести контракт на эксплуатацию и техническое обслуживание. В ряде случаев реализующая проект компания будет заключать договор с независимым оператором на управление эксплуатационным этапом проекта. Однако даже несмотря на то, что сторонами этого договора будут реализующая проект компания и оператор, кредиторы будут стремиться к тому, чтобы удостовериться, что условия контракта составлены удовлетворительным образом, что позволит обеспечить

управление проектом на рентабельной основе и, таким образом, надлежащую прибыль. Правительству будет также необходимо обеспечить должный учет своих интересов в контракте в том, что касается, например, вопросов передачи технологии и надлежащего технического обслуживания объекта, что будет гарантировать передачу объекта в хорошем техническом состоянии по истечении срока концессии. Заинтересованность таких других сторон в контракте, непосредственными сторонами которого они могут и не являться, может еще больше затруднить процесс ведения переговоров по его заключению.

46. Представляется, что основные проблемы, возникающие при составлении контрактов на условиях СЭП, не имеют отношения к особому характеру отдельных составных контрактов как таковых, поскольку большинство контрактов подобных видов уже использовались при осуществлении обычных проектов, не предусматривающих условий СЭП. Рекомендации относительно договорных проблем, которые следует рассмотреть в контексте таких традиционных проектов, содержатся, например, в Правовом руководстве ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов. В то же время условия СЭП, при которых большое число взаимосвязанных контрактов составляют всеобъемлющий договорный пакет, обуславливают возникновение практических проблем в процессе согласования контрактов. Для своевременного и успешного завершения этого процесса необходимо, таким образом, очень хорошо урегулировать вопросы о сроке, приоритетах и способе ведения переговоров.

III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

47. На основе выше проведенного обсуждения может быть сделан вывод о том, что правительствам и другим договаривающимся сторонам, участвующим в осуществлении проектов СЭП, может потребоваться помощь по вопросам урегулирования некоторых правовых проблем, которые могут воспрепятствовать надлежащему и рентабельному осуществлению проектов. В силу этого Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о проведении работы по проектам СЭП, в частности, в том, что касается правовой базы, методов закупок и составления контрактов. Одной из форм проведения такой работы может быть подготовка руководящих принципов для оказания помощи государствам в создании правовой базы, способствующей реализации проектов СЭП, включая рекомендации относительно методов проведения закупок в связи с СЭП экономичным и эффективным образом. Дополнительная работа в связи с вопросами составления контрактов, которая будет проведена в другой форме, могла бы быть начата с помощью подготовки секретариатом исследования по проблемам, возникающим при составлении контрактов на условиях СЭП, причем это исследование могло бы включать рассмотрение возможных средств проведения Комиссией работы по этим проблемам.

48. Что касается руководящих положений для создания благоприятной правовой базы, то могут быть рассмотрены те виды общего законодательства, регулирующего предпринимательскую, инвестиционную и коммерческую деятельность, которые позволят создать прочную правовую основу для осуществления проектов СЭП, а также могут быть рассмотрены типовые законодательные положения, которые могут быть использованы государствами, желающими подготовить специальные законодательные акты для регулирования реализации подобных проектов. Типовые законодательные положения для специальных актов, регулирующих СЭП, могут касаться таких вопросов, как правовые основы для предоставления концессий, объем возможной правительственной поддержки, нормативная база для управления проектами СЭП и их эксплуатации, а также возможные льготы, которые правительство может пожелать предоставить.

49. Что касается закупок, то работа в этой области может охватывать подготовку рекомендаций для правительств относительно методов проведения закупок таким способом, который будет в наибольшей мере содействовать конкуренции и транспарентности и который позволит избежать такого проведения переговоров, которое может обусловить утрату доверия к процессу закупок. Это может включать выработку рекомендаций относительно подготовки тендерной документации, относительно выработки критериев для оценки и относительно методов проведения оценки в различных условиях. Способы оформления таких рекомендаций могут включать подготовку типовых подзаконных актов о закупках или типовой тендерной документации для СЭП. Такая работа может также охватывать подготовку рекомендаций относительно порядка рассмотрения незапрошенных тендерных заявок или предложений таким образом, который будет сочетать учет интересов лиц и компаний, представивших такие тендерные заявки или предложения, с учетом заинтересованности правительства в обеспечении конкуренции в процессе закупок.

50. Что касается составления контрактов, то на настоящем этапе было бы, возможно, более целесообразно, чтобы секретариат продолжал следить за развитием практики составления контрактов в связи с СЭП и изучать такую практику в целях рассмотрения вопроса о том, каким образом Комиссия может провести работу в этой области. Такая деятельность могла бы включать подготовку дополнения по вопросам составления контрактов на условиях СЭП к Правовому руководству ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов, в котором могли бы быть рассмотрены механизмы составления контрактов на условиях СЭП, в том числе обсуждены вопросы о возможной структуре положений основных контрактов в контексте СЭП.

51. Предполагается, что в трех вышеупомянутых возможных областях работы деятельность Комиссии будет организована таким образом, чтобы не дублировать работу, уже проведенную ЮНИДО по проектам СЭП. Например, в руководящих принципах ЮНИДО вопросы, связанные с законодательной базой, рассматриваются в главе, посвященной правительственной поддержке в целях реализации проектов СЭП. Хотя в этой главе рассматриваются основные особенности такого законодательства и проблемы, которые могут возникнуть в результате отсутствия надлежащей законодательной базы, в ней не содержится комплексного руководства по законодательным вопросам, в частности, относительно различных аспектов, которые следует урегулировать в правовой базе в особенности в том, что касается возможных типовых положений для

включения в специальные законодательные акты, регулирующие вопросы СЭП. В этих руководящих принципах также затрагиваются некоторые проблемы, встречающиеся в области закупок. В этой связи, как об этом говорится в настоящей записке, государствам будет целесообразно использовать практические рекомендации относительно средств, с помощью которых можно избежать возникновения некоторых из рассмотренных проблем. Что касается составления контрактов, то в руководящих принципах описывается содержание некоторых контрактов, причем более подробно рассматриваются основные контракты, такие, как проектное соглашение. И по этим вопросам более всеобъемлющие рекомендации относительно порядка составления контрактов на условиях СЭП и относительно тех видов положений, которые имеют важнейшее значение для составления сбалансированного договорного пакета, могут принести пользу государствам.

**С. Уступка при финансировании дебиторской задолженности: обсуждение
и предварительный проект унифицированных правил:
доклад Генерального секретаря
(A/CN.9/412) [Подлинный текст на английском языке]**

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-6
I. ОБЪЕМ РАБОТЫ	7-30
A. Общие замечания	7-13
B. Различные виды уступок и аналогичная практика	14-21
C. Коммерческие формы финансирования дебиторской задолженности	22-30
1. Факторинг	22-24
2. Форфейтинг	25
3. Рефинансирование и секьюритизация	26-28
4. Проектное финансирование	29
II. ВОЗМОЖНЫЕ ВОПРОСЫ	31-82
A. Оптовая уступка	31-33
B. Будущая дебиторская задолженность	34
C. Оговорки о недопустимости уступки	36-38
D. Передача обеспечительных прав	39-40
E. Форма уступки	41-44
F. Отношения между цедентом и цессионарием	45-53
G. Последствия уступки для должника	54-72
1. Обязанность должника произвести платеж	54-60
2. Возражения ответчика должника и взаимный зачет требований	61-63
3. Отказ от возражений ответчика	64-66
4. Возмещение авансов	67-69
5. Право, применимое к отношениям между цессионарием и должником	70-72
H. Последствия уступки для третьих сторон	73-80
I. Последующие уступки	81-82
III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ	83-85

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тринадцатой сессии (Нью-Йорк, 14-25 июля 1980 года) Комиссия рассмотрела доклад Секретариата об обеспечительных интересах в различных видах активов, включая дебиторскую задолженность¹. На этой сессии был сделан вывод о том, что "всемирная унификация правовых норм, касающихся обеспечительных интересов, ... вряд ли является достижимой", поскольку этот вопрос является слишком сложным. Было отмечено, что, прежде чем Комиссия будет проводить какую-либо дальнейшую самостоятельную работу, ей целесообразно дождаться результатов работы Совета Европы по вопросу о сохранении правового титула и Международного института по унификации частного права (МИУЧП) по вопросу о факторинге². Затем на Конгрессе по праву международной торговли, проведенном Комиссией в рамках ее двадцать пятой сессии в мае 1992 года в Нью-Йорке, Комиссии было предложено провести работу по вопросу об уступке требований, который остался за пределами сферы действия Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год) ("Конвенция о купле-продаже").
2. В соответствии с этим предложением Комиссия на своей двадцать шестой сессии (Вена, 5-23 июля 1993 года) рассмотрела записку секретариата о правовых проблемах при уступке требований и о прошлой и текущей работе в области уступки и смежных тем (A/CN.9/378/Add.3). Затем Комиссия обратилась к Секретариату с просьбой подготовить исследование о возможности проведения работы по унификации в области уступки требований³. В ответ на эту просьбу Секретариат представил Комиссии на ее двадцать седьмой сессии (Нью-Йорк, 31 мая - 17 июня 1994 года) доклад о правовых аспектах финансирования дебиторской задолженности (A/CN.9/397). В этом докладе основное внимание уделяется уступке требований с целью финансирования (например, с целью увеличения доходов или получения кредита) и высказывается предположение о том, что ряд проблем, связанных с уступкой, можно было бы урегулировать с помощью унифицированных правил. На этой сессии Комиссия просила Секретариат подготовить дополнительное исследование, в котором более подробно рассматривались бы поставленные вопросы и к которому был бы приложен первый проект унифицированных правил⁴.
3. Настоящий доклад был подготовлен в ответ на эту просьбу. В первой части рассматриваются вопросы, по которым можно было бы провести работу; во второй части обсуждается ряд связанных с уступкой проблем и предлагаются некоторые возможные решения вопросов, возникающих при финансировании дебиторской задолженности. В разные разделы доклада включены первые, предварительные проекты унифицированных правил по некоторым вопросам ("проекты унифицированных правил").
4. Цель этих правил будет состоять в том, чтобы установить порядок, учитывающий существующую в практической коммерческой деятельности потребность в использовании дебиторской задолженности для получения финансирования. В настоящее время ввиду расхождений между правовыми системами трансграничные уступки (при которых цедент, цессионарий и должник находятся в разных странах) могут не обеспечиваться возможностью принудительного исполнения в отношении должника или могут оспариваться кредиторами цедента в другой стране. Это особенно касается признания действительности оптовых уступок будущей дебиторской задолженности, что представляет собой обычную форму финансирования дебиторской задолженности. Особенно велика вероятность столкнуться с такими трудностями, например, в случае неплатежеспособности цедента или в случае, когда в отношении дебиторской задолженности выдвигаются несколько самостоятельных требований. На практике это означает, что использование коммерческой дебиторской задолженности для получения необходимого финансирования затрудняется или становится более дорогостоящим.
5. Как это предусматривается в настоящем докладе, унифицированные правила будут строиться на нормах, содержащихся в таких действующих международных документах, как Конвенция о купле-продаже и Конвенция МИУЧП о международном факторинге (Оттава, 1988 год) ("Конвенция о факторинге"), которая вступает в силу 1 мая 1995 года для Италии, Нигерии и Франции. В целях дальнейшего согласования норм права в них также предполагается учесть решения, отраженные в Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим, 1980 год) ("Римская конвенция").
6. В контексте своего сотрудничества с заинтересованными международными и национальными организациями Секретариат направил - с просьбой представить комментарии - предварительный проект настоящего доклада МИУЧП, Гаагской конференции по международному частному праву, Европейскому банку реконструкции и развития (ЕБРР), Международному банку реконструкции и развития (МБРР) и - в Соединенных Штатах - Национальной конференции уполномоченных по унификации законов штатов.

¹ A/CN.9/186, воспроизведен в Ежегоднике ЮНСИТРАП, том XI: 1980 год (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.81.V.8), часть вторая, глава III, раздел D; полный список соответствующих докладов о работе Комиссии по этому вопросу см. документ A/CN.9/378/Add.3, сноска 2.

² Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать пятая сессия, Дополнение № 17 (A/35/17), пункты 26-28 (Ежегодник ЮНСИТРАП, том XI: 1980 год, часть первая, глава II, раздел A).

³ Там же, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункт 301.

⁴ Там же, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункт 210.

I. ОБЪЕМ РАБОТЫ

A. Общие замечания

7. Настоящий доклад строится на предположении, что основное внимание в работе Комиссии будет уделяться уступкам при финансировании дебиторской задолженности, т.е. уступкам, осуществляемым в целях увеличения доходов или получения кредита на основе дебиторской задолженности. Как описывается в разделе С главы I настоящего доклада, такое финансирование под дебиторскую задолженность принимает различные коммерческие формы, такие, как факторинг, форфейтинг, рефинансирование, "гарантирование"/"секьюритизация" ("securitization") или проектное финансирование. В каждом из этих случаев "уступка" связана с передачей первоначальным кредитором (цедентом) новому кредитору (цессионарию) дебиторской задолженности по какому-либо договору ("первоначальный договор"; например, договор купли-продажи) между цедентом и третьей стороной (должником); эта передача может осуществляться как продажа, как предоставление обеспечения или в иных формах.

8. При финансировании дебиторской задолженности уступка осуществляется в связи с договором между цедентом и цессионарием о передаче дебиторской задолженности, на основании которого цессионарий предоставляет финансирование цеденту. Важная характерная черта такой уступки состоит в том, что она устанавливает "отношения треугольника" между цедентом, цессионарием и должником, поскольку, хотя и происходит передача платежного требования, сохраняется обязательство исполнения первоначального контракта перед цедентом. Уступка может создавать последствия для других третьих сторон, например для кредиторов или доверительного собственника цедента в случае банкротства последнего.

9. С точки зрения договорной структуры элемент уступки в рамках сделки о финансировании дебиторской задолженности может, в зависимости от конкретного случая, быть оформлен как отдельное условие договора о финансировании (например, при факторинговой сделке) или как отдельный договор в системе договоров (например, уступка будущих доходов при проектном финансировании).

10. Хотя предполагается, что работа Комиссии будет ограничена уступкой при финансировании дебиторской задолженности, возможно, недостаточно ограничить ее дебиторской задолженностью, возникающей на основании сделок, совершаемых в иных целях, чем личное, семейное или домашнее использование (Конвенция о купле-продаже, статья 2(a); Конвенции о факторинге, статья 1.2(a)). В данном контексте, возможно, было бы более целесообразно исходить из коммерческой цели самой уступки, поскольку в большинстве случаев уступка при финансировании дебиторской задолженности осуществляется в коммерческих целях, даже если сама дебиторская задолженность, возможно, возникла в результате потребительских сделок. Такой подход охватывал бы, например, рефинансирование или секьюритизацию потребительской дебиторской задолженности по кредитным карточкам, займов на оборудование жилья и ипотек. Вопросы защиты потребителей могли бы регулироваться в связи с вопросом защиты должника.

11. Хотя можно исходить из того, что применимость унифицированных правил будет основываться на международном характере соответствующих сделок, возникает несколько конкретных вопросов относительно объема требования о наличии международного характера. К ним относятся не только вопрос о том, должны ли коммерческие предприятия цедента и должника находиться в различных государствах или следует ли использовать в качестве критерия местонахождение коммерческих предприятий цедента и цессионария, но и вопросы о том, будет ли оптовая уступка охватываться только в том случае, если все должники расположены в другой стране или же будет достаточно того факта, что в другой стране находится лишь один должник, и какие последствия повлечет за собой переезд должника в другую страну после осуществления уступки.

12. К соображениям, которые могут повлиять на принимаемые решения, относятся, например, следующие: должны ли изменяться правовое регулирование дебиторской задолженности лишь в силу трансграничного характера уступки; опасность создания различий в порядке регулирования уступок внутренней дебиторской задолженности в отношении национального цессионария и иностранного цессионария, которые к тому же могут на практике входить в единый ссудный синдикат; и желательность обеспечения совместимости с Конвенцией о факторинге, которая охватывает как внутренние, так и международные уступки международной дебиторской задолженности.

13. Что касается территориальной сферы применения, то целесообразность требования о том, чтобы местонахождением цессионария было государство, принявшее унифицированные правила, может быть поставлена под сомнение, поскольку требование платежа обычно предъявляется в месте расположения коммерческого предприятия цедента или должника.

B. Различные виды уступок и аналогичная практика

14. Уступка может быть осуществлена как продажа, как предоставление обеспечения или как платеж ранее существовавшего долга. Помимо правовых систем, рассматривающих уступку торговой дебиторской задолженности с точки зрения этих трех основных категорий, в некоторых правовых системах используются функциональные эквиваленты уступки дебиторской задолженности, в том числе такие концепции, как суброгация, залог или перевод долга (см. пункты 22-29 ниже). Можно было бы рассмотреть вопрос о подготовке свода унифицированных правил, которые охватывали бы все подобные формы передачи дебиторской задолженности таким образом, чтобы не возникало необходимости в точном определении различных форм уступки.

15. Некоторые правовые системы предусматривают конкретные условия действительности уступки как предоставления обеспечения, которые могут быть не применимы к уступке как продаже и которые включают, например, следующее: письменную форму и уведомление должника или регистрацию как условие действительности уступки в отношениях между цедентом и цессионарием или в отношении должника и других третьих сторон; инкассация дебиторской задолженности цессионарием лишь в случае неисполнения цедентом обязательств по договору о финансировании дебиторской задолженности; возврат цеденту любых сумм, остающихся после платежа цессионарию.

16. Другие аспекты, по которым может различаться режим указанных двух видов уступки, могут включать налогообложение поступлений от уступки как продажи, но не кредита, полученного при уступке как предоставлении обеспечения, хотя в отношении последней сделки может быть установлено требование об уплате гербового сбора. Кроме того, проданная дебиторская задолженность может быть исключена из баланса цедента, что может улучшить расчет доходности активов и соотношения "капитал-активы" цедента и тем самым повысить его кредитоспособность.

17. Уступка в уплату ранее существовавшего долга представляет собой либо уступку как продажу, либо уступку как предоставление обеспечения, либо способ платежа (например, если она осуществляется в возмещение аванса, выплаченного в рамках ссуды или овердрафта, когда основным соображением может быть аванс, а не цена покупки, и уступка может быть осуществлена как возмещение аванса, а не как обеспечение его возмещения).

18. В некоторых правовых системах залог является основным предусмотренным законом методом передачи дебиторской задолженности в качестве обеспечения и, чтобы уступка была признана, она должна отвечать требованиям, касающимся ручного залога (например, в отношении письменной формы, передачи предмета залога и регистрации). Залогодержатель дебиторской задолженности обычно приобретает лишь право на платеж из поступлений по дебиторской задолженности в приоритетном порядке по отношению к другим кредиторам залогодателя, в случае если залогодатель не совершает платежа в соответствии с заключенным с залогодержателем договором о финансировании дебиторской задолженности.

19. Другим функциональным эквивалентом является практика суброгации, которая, как и уступка, связана с "отношениями треугольника" между кредитором (лицом, переуступающим права в порядке суброгации), осуществляющей платеж третьей стороной, которая занимает место кредитора (лица, к которому переходят права в порядке суброгации), и должником. Обычно требуется, чтобы суброгация была прямо оговорена и совершалась одновременно с предоставлением средств в обмен на дебиторскую задолженность. В некоторых странах, чтобы обойти формальные требования, установленные в отношении уступки (нотариальное оформление и уведомление или согласие должника), факторинг осуществляется путем суброгации.

20. Еще одним аналогичным уступке методом является новация, связанная с изменением кредитора. Эта практика, при которой, как и в случае уступки, требуется соглашение между первоначальным и новым кредитором, используется в некоторых странах, где для уступки требуется нотариальное уведомление должника или его согласие. Важное отличие от уступки состоит в том, что новация не приводит к передаче старой дебиторской задолженности, а создает новую задолженность (в результате чего прекращается действие прав, обеспечивавших старую дебиторскую задолженность).

21. Несмотря на вышеупомянутые различия между методами передачи дебиторской задолженности, на практике стороны часто договариваются о ряде экономических решений, которые могут снизить практическое значение таких концептуальных различий. Например, хотя по определению при продаже дебиторской задолженности цессионарий имеет право сохранить за собой любые суммы, превышающие сумму, уплаченную за дебиторскую задолженность, при оформлении продажи дебиторской задолженности часто включаются положения об "удержании", предусматривающие возвращение цеденту любых инкассированных сумм, превышающих согласованную. Это, возможно, указывает на практическую осуществимость идеи о подготовке правового текста, содействующего трансграничному признанию уступки дебиторской задолженности для целей финансирования, и различных функциональных эквивалентов такой уступки, несмотря на отдельные концептуальные и технические расхождения, существующие между различными правовыми системами.

С. Коммерческие формы финансирования дебиторской задолженности

1. Факторинг

22. При факторинге торговая дебиторская задолженность продается цедентом ("поставщиком") цессионарию ("фактору") в возмещение авансов или кредита и предоставленных фактором услуг в таких областях, как бухгалтерский учет, инкассация дебиторской задолженности и защита от неисправности должников. В случае "оборотного факторинга" цессионарий имеет право требования к цеденту в случае неплатежеспособности должника или его нежелания платить.

23. Во избежание коллизии или дублирования с Конвенцией о факторинге Комиссия в своей работе могла бы ориентироваться на факторинговые контракты, не регулируемые Конвенцией о факторинге, т.е. факторинговые контракты, предусматривающие лишь финансирование или лишь одну из вышеупомянутых услуг; факторинг без уведомления; факторинг дебиторской задолженности, возникающей не только из договоров о купле-продаже и предоставлении услуг, но и из договоров аренды и контрактов, на основе которых предоставляется оборудование или помещения (и, возможно, других видов дебиторской задолженности). Кроме того, в отношении факторинговых контрактов, подпадающих под действие Конвенции о факторинге, такая работа могла бы затрагивать вопросы, не рассматриваемые в Конвенции о факторинге (например, коллизии, связанные с очередностью удовлетворения требований нескольких кредиторов в отношении уступленной

дебиторской задолженности). Тем самым можно было бы - вместе с Конвенцией о факторинге - создать более всеобъемлющий международно-правовой режим уступки при финансировании дебиторской задолженности.

24. Помимо Конвенции, которая еще не вступила в силу на широкой основе, в рамках практики факторинга была сделана попытка решить проблему признания и обеспечения исполнения трансграничных уступок путем применения так называемого подхода "двух факторов". Такой порядок предусматривает две последовательные уступки: экспортером - фактору в своей собственной стране и первым фактором - второму фактору в стране должника. В то же время проблема признания и обеспечения исполнения трансграничных оптовых уступок будущей дебиторской задолженности может сохраниться, если законодательство страны должника не признает действительности таких уступок. Кроме того, функционирование системы "двух факторов" может быть затруднено, сопряжено с большими затратами времени и расходами в ситуациях, когда имеются несколько должников в нескольких странах.

2. Форфейтинг

25. Аналогично факторингу, форфейтинг связан с дисконтированием (покупкой) документарной или недокumentарной дебиторской задолженности без оборота на сторону, у которой дебиторская задолженность была куплена. Возможно, нецелесообразно рассматривать форфейтинг дебиторской задолженности в форме оборотных документов, например, простых или переводных векселей, которые выдаются в уплату долга. Их передача порождает различные проблемы и в известной степени регулируется другими международно правовыми документами (более подробно см. документ A/CN.9/397, пункт 13).

3. Рефинансирование и секьюритизация

26. "Вторичное финансирование" или "рефинансирование" предполагает сделку между первым и последующим цессионариями (например, уступку одного банка другому) с возможностью дальнейших переуступок. В связи с рефинансированием дебиторской задолженности возникает та же проблема возможной недействительности трансграничных уступок или непризнания их юридической силы. Может, однако, возникнуть вопрос о том, следует ли исключать более сложные сделки по рефинансированию, при которых, например, части общей массы дебиторской задолженности уступаются различным сторонам или же основная сумма займа уступается одному финансовому учреждению, а проценты по этому же займу - другому финансовому учреждению.

27. При секьюритизации рыночные активы (например, торговая дебиторская задолженность) или нерыночные активы (например, потребительская дебиторская задолженность по кредитным карточкам, дебиторская задолженность по медицинскому страхованию, займы на оборудование жилья, ипотеки) объединяются кредитором в массу дебиторской задолженности и передаются контролируемой кредитором компании с единственной целью выпуска ценных бумаг, их продажи и использования поступлений для покупки дебиторской задолженности. Это позволяет исключить дебиторскую задолженность из баланса кредитора и обратить ее в наличность, что может привести к налоговым льготам и улучшить состояние счетов. Это также позволяет кредитору получать прибыль на разнице между процентами, выплачиваемыми держателям ценных бумаг, и процентами, выплачиваемыми должниками по уступленной дебиторской задолженности.

28. В международном масштабе широко распространена практика секьюритизации как продажи участия в займах, предоставленных консорциуму, хотя здесь могут возникнуть проблемы, вызванные расхождениями в действующих нормах в отношении уступок посредством продажи. Другая потенциальная трудность, связанная странсграничной секьюритизацией, касается непризнания юридической силы оптовых уступок всей текущей и будущей дебиторской задолженности, хотя такие уступки составляют основу секьюритизации.

4. Проектное финансирование

29. При проектном финансировании осуществляется финансирование подрядчика проекта на основе предоставления займа, а возвращение заемных средств осуществляется или обеспечивается за счет будущих доходов по проекту. К числу компонентов типичной договорной структуры проектного финансирования относятся соглашения о купле-продаже между подрядчиком или оператором проекта и будущими покупателями продукции, которая будет создана в результате осуществления проекта, и уступка поступлений от такой продажи кредиторам, которые финансируют строительство. Характерной отличительной чертой такой уступки является то, что она представляет собой оптовую уступку будущей дебиторской задолженности, которая обычно оформляется как предоставление обеспечения и основывается на предполагаемой способности возратить заемные средства за счет доходов, полученных в результате осуществления проекта.

30. "Проект статьи 1. Сфера применения

1) Настоящие правила применяются к осуществляемой в [коммерческих] [финансовых] целях уступке дебиторской задолженности цеденту одного или нескольких должников, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах:

- a) когда эти государства [являются Договаривающимися государствами] [приняли настоящие правила]; или
- b) когда согласно нормам частного международного права применимо право [Договаривающегося государства] [этого государства].

2) Для целей настоящей [Конвенции] [закона]:

- a) если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, коммерческим предприятием считается то, которое, с учетом обстоятельств, известных сторонам или предполагавшихся ими в любой момент до или во время [заключения договора] [уступки], имеет наиболее тесную связь с [договором, приведшим к дебиторской задолженности] [уступкой] и [его] [ее] исполнением;
- b) если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее постоянное местожительство.

Проект статьи 2. Определения

- 1) "Дебиторская задолженность" означает любое право кредитора получать или требовать платеж денежной суммы, если только такая задолженность не существует в форме переводного или простого векселя.
- 2) "Уступка дебиторской задолженности" означает передачу посредством продажи, в качестве обеспечения исполнения обязательства или иным образом одной стороной ("цедентом") другой стороне ("цессионарию"), которая предоставляет цеденту финансирование дебиторской задолженности, возникающей из договора ("первоначального договора"), заключенного между цедентом и третьей стороной ("должником").
- 3) "Договор о финансировании" означает договор, на основании которого цессионарий предоставляет цеденту финансирование."

II. ВОЗМОЖНЫЕ ВОПРОСЫ

A. Оптовая уступка

31. Одна из важных целей унифицированных правил будет состоять в преодолении существующей в различных правовых системах неопределенности в отношении действительности уступки нескольких статей дебиторской задолженности, например, уступок, при которых статьи дебиторской задолженности не указываются по отдельности; такие уступки иногда называются "оптовыми".

32. Этой цели можно было бы достичь с помощью сбалансированного решения, с тем чтобы не способствовать ненамеренному созданию неоправданных ограничений для будущей экономической деятельности цедента, в случае если допускается уступка массы дебиторской задолженности, при том условии, что во время уступки или при образовании этой массы, она будет увязана с конкретными договорами, из которых может вытекать задолженность (выявление дебиторской задолженности; проект статьи 3(1) и (2)). Однако требование о том, чтобы точные суммы дебиторской задолженности указывались по отдельности по каждому должнику, сделало бы оптовые уступки будущей дебиторской задолженности практически нецелесообразными.

33. С этим связаны вопросы о том, "возникает" ли дебиторская задолженность в момент наступления срока платежа или в момент заключения договора, из которого она может вытекать; будет ли уступка всей массы дебиторской задолженности недействительной, если не может быть установлен договор, из которого часть дебиторской задолженности, входящей в эту массу, возможно, вытекает; и как установить действительность таких уступок по отношению к должнику и третьим сторонам без ущемления их прав. Что касается должника, то это может быть достигнуто с помощью такого порядка, при котором его обязательство платежа цессионарию будет обусловлено получением письменного уведомления об уступке, а что касается интересов третьих сторон - с помощью надлежащей системы обеспечения гласности.

B. Будущая дебиторская задолженность

34. В различных правовых системах существует некоторая неопределенность относительно действительности уступки будущей дебиторской задолженности (включая дебиторскую задолженность, которая еще должна возникнуть по контрактам, существующим во время уступки, и дебиторскую задолженность, которая может возникнуть по контрактам, не существующим в это время). К вопросам, связанным с признанием уступки будущей дебиторской задолженности, относятся следующие: следует ли предусматривать требование о новом акте передачи при возникновении дебиторской задолженности; следует ли прямо урегулировать уступку условной дебиторской задолженности в качестве уступки будущей дебиторской задолженности; и можно ли считать, что дебиторская задолженность автоматически приобретает цессионарием во время ее возникновения, причем, если следовать этому подходу, могут возникнуть последствия в отношении того, считать ли, что дебиторская задолженность когда-либо была собственностью неплатежеспособного цедента.

35. "Проект статьи 3. Уступка дебиторской задолженности

- 1) Уступка одной или нескольких дебиторских задолженностей действительна, если во время осуществления уступки или возникновения дебиторской задолженности она может быть определена в качестве дебиторской задолженности, с которой связана уступка.

2) Последствия уступки будущей [или условной] дебиторской задолженности состоят в передаче дебиторской задолженности непосредственно цессионарию при ее возникновении [или при выполнении соответствующего условия] без необходимости новой уступки".

С. Оговорки о недопустимости уступки

36. Договоры обычно содержат положения о запрещении или ограничении уступки. Цель таких положений может заключаться, в частности, в защите должника от неопределенности в отношении того, кому причитается платеж. Однако та же самая цель может быть достигнута путем установления правила, требующего, чтобы должник осуществлял платеж цессионарию лишь по представлении надлежащего уведомления (проект статьи 9).

37. С этим связан вопрос о том, следует ли разрешать должнику зачитывать в отношении цессионария требования за убытки, причиненные должнику цедентом, нарушившим оговорку о недопустимости уступки (проект статьи 10 (2)). Такое правило, как можно предположить, может иметь своим последствием воссоздание проблемы, порождаемой прежде всего оговорками о недопустимости уступки. Кроме того, может быть установлена ответственность цедента перед цессионарием за нарушение гарантий в той мере, в какой была не признана стоимость уступленной дебиторской задолженности (см. пункт 46 ниже). Другой вопрос состоит в том, будет ли необходимость в выделении случая текущих счетов, когда в силу применимых норм права отдельные требования не считаются самостоятельными и предметом уступки может быть, таким образом, лишь сальдо текущего счета.

38. "Проект статьи 4. Оговорки о недопустимости уступки

1) При условии соблюдения статьи 9 уступка дебиторской задолженности имеет силу независимо от какого-либо соглашения между цедентом и должником о запрещении или ограничении такой уступки.

2) При условии соблюдения статьи 10 (2) ничто в пункте 1 настоящей статьи не затрагивает какого-либо обязательства или ответственности цедента перед должником в связи с уступкой, сделанной в нарушение первоначального договора".

Д. Передача обеспечительных прав

39. Может возникнуть вопрос о целесообразности включения в унифицированные правила положения о том, могут ли, в зависимости от характера соответствующих прав обеспечения, автоматически передаваться в силу уступки права цедента, обеспечивающие уплату дебиторской задолженности. В некоторых правовых системах "акцессорные права", т.е. те права, которые не могут существовать или передаваться независимо от дебиторской задолженности, уплату которой они призваны обеспечить, считаются передающимися автоматически; неакцессорные права на обеспечение, т.е. права, которые могут существовать и передаваться независимо, требуют отдельного акта передачи. Следует отметить, что этот вопрос затрагивается в Конвенции о факторинге, которая признает договорную автономию в вопросе передачи смежных прав.

40. Следует отметить, что вопрос о том, следует ли урегулировать в проекте унифицированных правил передачу смежных прав или же такую передачу следует, возможно, оставить для урегулирования на основании применимых местных норм, может быть поднят, в частности, в связи со смежными правами имущественного характера (например, неакцессорная ипотека, которая подлежит регистрации). К числу других вопросов, которые могут быть подняты, относится связь между положением о признании договорной автономии и передачей смежных прав в силу закона.

Е. Форма уступки

41. При рассмотрении вопроса о том, должны ли унифицированные правила устанавливать какие-либо требования к форме для признания действительности уступки, целесообразно отметить, что на практике уступки осуществляются на основании письменного или устного соглашения, которое может сопровождаться таким дополнительным актом, как уведомление или согласие должника или регистрация.

42. Хотя письменная форма предпочтительна с точки зрения обеспечения определенности и целей доказывания и в качестве предостережения сторонам, в частности, в случае оптовых уступок будущей дебиторской задолженности, установление обязательного требования к форме может сделать уступки излишне затруднительными и дорогостоящими. Кроме того, защита должника, обеспечиваемая требованием об уведомлении, может быть достигнута более простым способом путем наделения должника правом отказывать цессионарию в платеже, если такое уведомление представлено не будет.

43. Аналогичным образом, требование согласия должника в качестве условия действительности уступки можно рассматривать как затрудняющее использование дебиторской задолженности в целях кредита, причем такое требование не обеспечит существенного усиления необходимой защиты должника. Более того, регистрация, хотя потенциально она и полезна для уведомления третьих сторон об уступке, может, если она будет требоваться для действительности уступки, воспрепятствовать весьма распространенной коммерческой практике уступки "без уведомления", т.е. уступки, которая не сопровождается уведомлением должника или какой-либо другой третьей стороны.

44. "Проект статьи 5. Форма

Не требуется, чтобы уступка осуществлялась или подтверждалась в письменной форме или подчинялась иному требованию в отношении формы. Она может доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания".

F. Отношения между цедентом и цессионарием

45. Можно было бы рассмотреть некоторые договорные вопросы, которые могут иметь последствия для передачи дебиторской задолженности (такие, как нарушение договора о финансировании дебиторской задолженности или нарушение гарантий, взятых на себя цедентом в договоре об уступке).

46. Общепризнано, что цедент гарантирует, что уступленная дебиторская задолженность существует, что цедент является законным кредитором и его право на дебиторскую задолженность не имеет каких-либо "скрытых юридических пороков", например, в связи с возможным возражением должника или требованием третьей стороны, которые могли бы отрицательно сказаться на стоимости дебиторской задолженности (проект статьи 6).

47. Может быть рассмотрен вопрос о том, будет ли целесообразным включать в проект унифицированных правил норму о последствиях нарушения гарантии, в том числе приведет ли такое нарушение к прекращению каких-либо обязательств, должно ли такое прекращение основываться на понятии "существенного нарушения" и будет ли - в случае такого прекращения - какая-либо дебиторская задолженность, действительно существовавшая в связи с прекращенными уступками, рассматриваться переданной обратно без дополнительного акта "переуступки". Последний вопрос может не иметь особого значения в случае наступившей неплатежеспособности цессионария, поскольку цессионарий может не рассматриваться в качестве обладающего правом переуступки дебиторской задолженности.

48. Другой вопрос, который также будет иметь последствия в случае неплатежеспособности цессионария, связан с тем моментом, когда в контексте уступок будущей дебиторской задолженности она может считаться перешедшей во владение цессионария, причем с этого момента начинают действовать все сопутствующие гарантии.

49. В случае нарушения договора о финансировании дебиторской задолженности со стороны цедента (например, невозмещения цедентом полученных от цессионария заемных средств) цессионарий обычно будет заинтересован в инкассации у должников уступленной дебиторской задолженности (проект статьи 7(2)). Конкретный характер возможностей, которыми располагает цессионарий, может зависеть от характера уступки. В случае уступки как предоставления обеспечения цессионарий обычно должен вернуть цеденту все средства, полученные сверх соответствующей суммы, или же требовать возмещения любых недополученных средств. В случае продажи дебиторской задолженности цессионарий обычно может инкассировать уступленную дебиторскую задолженность при наступлении срока платежа и сохранить любые превышения соответствующих сумм, однако при этом на нем лежит риск, что будет инкассировано меньше средств, чем он уплатил цеденту (проекты статей 7(3) и 7(4)).

50. Другие вопросы, возникающие в отношениях между цедентом и цессионарием в результате договора об уступке или передачи дебиторской задолженности, могут быть оставлены для урегулирования на основании других норм применимого права, в отношении определения которого можно было бы предусмотреть соответствующее правило. Одна из возможностей могла бы состоять в том, что при отсутствии выбора сторон договор об уступке мог бы регулироваться правом страны местонахождения коммерческого предприятия цедента. Правило, основанное на местонахождении коммерческого предприятия цедента, имело бы то преимущество, что создавало бы простой и предсказуемый порядок.

51. Альтернативным решением могло бы стать правило, основанное на концепции "наиболее тесной связи" и аналогичное тому, которое было принято в Римской конвенции. Такой подход, который изначально является более гибким, позволил бы применять право местонахождения коммерческого предприятия цедента (например, при уступке как продаже), или право местонахождения коммерческого предприятия цессионария (например, при оборотном факторинге, при котором фактор может выполнять функции по бухгалтерскому учету и инкассо). Тем не менее недостатком такого правила является меньшая предсказуемость (проект статьи 8(1)).

52. Важным вопросом, особенно в случае неплатежеспособности цедента или цессионария, является вопрос о том, кто из них является законным кредитором. Этот вопрос, который скорее связан с самой передачей, а не с лежащим в ее основе договором уступки, по-видимому, не должен регулироваться в соответствии с правом, выбираемым цедентом и цессионарием, поскольку их выбор может существенно повлиять на интересы должника и третьих сторон. Более соответствующим, в частности по причинам простоты и предсказуемости, могло бы быть право страны, в которой находится коммерческое предприятие цедента. В отличие от этого, правило, предусматривающее применение права, регулирующего вопросы дебиторской задолженности, могло бы повлечь за собой применение права первоначального договора, которым может оказаться право, выбранное цедентом и должником. Кроме того, в том случае, если в момент уступки еще не существует первоначального договора, что происходит довольно часто, цессионарий не может знать, какое право будет регулировать вопрос о том, когда цессионарий приобретает дебиторскую задолженность (проект статьи 8(2); см. также статью 12.2 Римской конвенции).

53. "Проект статьи 6. Гарантии

- 1) Если иное не согласовано cedentом и цессионарием [в договоре уступки], cedent гарантирует цессионарию, что уступленная дебиторская задолженность существует.
- 2) Для целей пункта 1 настоящей статьи считается, что дебиторская задолженность существует, если cedent является кредитором, имеет право передавать дебиторскую задолженность и ему не известно в момент уступки о каком-либо факте, который может лишить дебиторскую задолженность стоимости.
- 3) Если иное прямо не согласовано cedentом и цессионарием [в договоре уступки], cedent не гарантирует цессионарию, что должник произведет платеж.

Проект статьи 7. Нарушение cedentом договора о финансировании

- 1) Когда это согласовано и в любом случае, если cedent не исполняет свое обязательство платежа в соответствии с договором о финансировании, цессионарий имеет право уведомить должника в соответствии со статьей 9 о том, что платеж осуществляется в пользу цессионария.
- 2) При уступке как продаже, если иное не согласовано cedentом и цессионарием, цессионарий может удержать любые средства, инкассированные в превышение оговоренной суммы, и cedent не несет ответственности за любые недополученные средства.
- 3) При уступке как предоставлении обеспечения, если иное не согласовано cedentом и цессионарием, цессионарий должен отчитаться перед cedentом и вернуть любые средства, инкассированные в превышение оговоренной суммы, а cedent несет ответственность за любые недополученные средства".

"Проект статьи 8. Право, применимое к взаимоотношениям между cedentом и цессионарием

- 1) [За исключением вопросов, которые прямо урегулированы в настоящих правилах,] права и обязательства cedenta и цессионария [, включая вопрос о моменте, в который цессионарий становится законным кредитором по дебиторской задолженности,] регулируются правом, выбор которого:
 - a) оговаривается в уступке; или
 - b) согласовывается иным образом cedentом и цессионарием.
- 2) a) В отсутствие выбора сторон права и обязательства cedenta и цессионария [, включая вопрос о моменте, в который цессионарий становится законным кредитором по дебиторской задолженности,], за исключением вопросов, которые прямо урегулированы в настоящих правилах, регулируются правом государства, в котором находится коммерческое предприятие cedenta.
 - b) Для целей подпункта (a) в том случае, если cedent имеет более одного коммерческого предприятия, коммерческим предприятием считается то, которое, с учетом обстоятельств, известных cedentu и цессионарию или предполагавшихся ими в любое время до или в момент заключения или при заключении договора уступки, имеет наиболее тесную связь с уступкой".

G. Последствия уступки для должника

1. Обязанность должника произвести платеж

54. Принципиально важный вопрос применительно к обязанности должника уплатить уступленную сумму касается условий, которые должны быть соблюдены для того, чтобы в результате платежа цессионарию исполнялось платежное обязательство должника. Если обязательным условием является уведомление об уступке, то осуществление платежа цессионарию до такого уведомления не освобождает должника от его обязательства. Любой другой подход можно расценить как неоправданно обременяющий должника практически неосуществимой задачей по поиску возможных уступок до совершения платежа.

55. Если исходить из того, что будет принят подход, основанный на уведомлении, то возникает целый ряд вопросов. Для обеспечения определенности в рамках соответствующей сделки представляется целесообразным предусмотреть требование о том, что уведомление должно быть безусловным, поскольку в противном случае риск, связанный с недействительностью уведомления, будет лежать на цессионарии. Одной из обязательных мер для защиты должника, по-видимому, является также требование относительно письменной формы уведомления, которое может быть сформулировано в общей форме (см. проект типового закона ЮНСИТРАП о правовых аспектах электронного обмена данными (ЭДИ) и соответствующих средствах передачи данных, статьи 2(a) и 5 (A/CN.9/406, приложение)). Для обеспечения дополнительной базовой защиты необходимо, чтобы уведомление выдавалось cedentом или, если оно выдается цессионарием, с разрешения cedenta. Такой подход позволит учесть различные виды практики, например, возможность получения цессионарием в момент уступки

незаполненных уведомлений, подписанных цедентом (и отправления их должнику в необходимый момент) или возможность выдачи цедентом цессионарию безотзывной доверенности, разрешающей цессионарию направлять уведомление по своему усмотрению.

56. К числу других вопросов, связанных с уведомлением, относятся следующие: обязан ли должник игнорировать уведомление, выданное после даты наступления неплатежеспособности цедента или цессионария, особенно если производство по делу о банкротстве происходит в стране должника; может ли уведомление быть действительным в отношении оговоренной будущей дебиторской задолженности, что необходимо подтвердить одновременно с признанием действительности уступки будущей дебиторской задолженности; может ли должник, если у него возникают сомнения относительно некоторых аспектов уступки, потребовать дополнительную информацию к той информации, которая содержится в уведомлении; может ли быть выполнено требование о письменном уведомлении в тех случаях, когда уступка осуществляется в письменной форме, на основе представления должнику самого документа; и кому должен платить должник в том случае, если он получает несколько уведомлений (например, от нескольких цессионариев, или от цессионария и кредиторов цедента, получивших судебное решение, или от цессионария или конкурсного управляющего при банкротстве цедента).

57. Одним из методов решения проблемы нескольких уведомлений является требование о том, что должник может осуществлять платеж первому лицу, представившему уведомление, однако при этом следует учитывать, что такое требование не исключает возможности представления последующих уведомлений о "переуступке" предшествующими цессионариями в соответствующей цепи. В связи с этим, по всей вероятности, будут высказываться возражения против такого порядка, при котором подход, основанный на принципе "первого уведомления", будет обусловлен тем, что должник не должен знать о "преимущественном праве на получение платежа" какого-либо другого лица, как это предусматривается в статье 8.1 Конвенции о факторинге, поскольку такой подход, как представляется, может возложить на должника чрезмерное бремя расследования и потенциально может снизить практическую целесообразность уступки дебиторской задолженности ввиду недостаточно высокой степени ясности и простоты.

58. Другой связанный с правилом "первого уведомления" вопрос, который, возможно, заслуживает внимания, состоит в том, что в некоторых правовых системах конкурсный управляющий не обязан уведомлять должника, поскольку предполагается конструктивная осведомленность должника об уступке в пользу неплатежеспособного субъекта с фактической даты неплатежеспособности. В связи с этим возникает вопрос о том, должно ли такое правило "конструктивной осведомленности" действовать лишь в отношении конкурсных управляющих в стране должника, где, возможно, применяется правило "конструктивной осведомленности".

59. Можно также рассмотреть вопрос о взаимосвязи между унифицированными правилами и возможностью освобождения от ответственности должника, который производит платеж цессионарию в соответствии с уведомлением согласно требованиям внутреннего права, но необязательно согласно положениям проекта унифицированных правил. Можно привести довод о том, что признание такого освобождения от ответственности соответствовало бы необходимости обеспечения защиты должника без нанесения при этом ущерба интересам цессионария или цедента, в частности потому, что цедент передавал бы при этом свою дебиторскую задолженность и получал бы соответствующие выгоды, а цессионарий получал бы соответствующий платеж.

60. Проект статьи 9. Обязанность должника произвести платеж

1) Должник имеет право, до тех пор, пока должник не получает уведомления в письменной форме об уступке в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, произвести платеж цеденту и освободиться от ответственности.

2) Должник обязан произвести платеж цессионарию, если должник не получил уведомления в письменной форме о предшествующей уступке, о решении суда наложить арест на уступленную дебиторскую задолженность [или о неплатежеспособности цедента] и:

a) должник получает [безусловное] в письменной форме уведомление об уступке от цедента или цессионария с разрешения цедента; и

b) в уведомлении разумно определяется уступленная дебиторская задолженность и цессионарий, которому или на счет которого должник должен произвести платеж.

3) Если должник обратится с соответствующим запросом, цессионарий должен представить в течение разумного периода времени надлежащее доказательство того, что уступка была осуществлена, и, если цессионарий этого не делает, должник может произвести платеж цеденту и освободиться от ответственности.

4) "Уведомление в письменной форме" означает уведомление, представленное в такой форме, в которой содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования в справочных целях, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими.

5) Независимо от того, осуществляется ли уступка в письменной форме, краткое заявление в письменной форме об уступке в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи представляет собой уведомление в письменной форме в соответствии с пунктом 4 настоящей статьи.

6) Платеж должника цессионарию освобождает должника от ответственности, если он осуществляется в соответствии с настоящей статьей или другими нормами применимого права".

2. Возражения ответчика должника и взаимный зачет требований

61. Основной вопрос в этой области состоит в том, в какой степени проект унифицированных правил должен допускать выдвижение должником возражений ответчика и использование права на взаимный зачет требований при расчетах с цессионарием. Как правило, признается, что должник имеет право ссылаться в отношении цессионария на те возражения ответчика, на которые должник мог бы сослаться в отношении cedenta на основании договора, по которому уступается дебиторская задолженность, независимо от того, появляются ли такие возражения до или после уступки или направления уведомления о ней.

62. Во многих правовых системах допускается также зачет требований к цессионарию, возникающих из отдельного договора между должником и цессионарием, при условии, что должник имеет такие требования в тот момент, когда дается надлежащее уведомление об уступке. Права, которые "имеет" должник, могут быть требованиями, срок платежа по которым наступил, или просто представлять собой любые существующие требования⁵.

63. "Проект статьи 10. Возражения ответчика должника

1) Если цессионарий предъявляет должнику требование в отношении уплаты уступленной дебиторской задолженности, должник может использовать в отношении цессионария все вытекающие из первоначального договора возражения ответчика, которыми должник мог бы воспользоваться, если бы такое требование предъявил cedent.

2) Несмотря на положения пункта 1, возражения ответчика, которые должник мог бы использовать в отношении cedenta в связи с нарушением оговорки о недопустимости уступки, не могут быть использованы должником в отношении цессионария.

3) Должник может использовать в отношении цессионария любое право на зачет требований, которые существуют в отношении cedenta, в пользу которого возникает дебиторская задолженность, и которые должник имеет в момент направления должнику уведомления об уступке в соответствии со статьей 9".

3. Отказ от возражений ответчика

64. Возражения ответчика должника повышают степень неопределенности в отношении того, сможет ли цессионарий взыскать платеж с должника, и таким образом создают потенциальные препятствия для финансирования дебиторской задолженности. На практике для решения проблемы такой неопределенности положение об отказе должника от определенных возражений ответчика в некоторых случаях либо включается в первоначальный договор с cedentом, либо согласовывается с цессионарием в момент уведомления или приведения в исполнение. Такой отказ от некоторых возражений ответчика широко признается, причем в некоторых правовых системах считается, что должник отказывается от возражений ответчика, если он не возражает против уступки или соглашается на нее при получении уведомления.

65. С тем чтобы избежать злоупотребления такими отказами, можно было бы рассмотреть вопрос об ограничении признания отказа лишь отказом от тех возражений ответчика, о наличии которых должнику было известно или должно было быть известно в момент отказа. Один из доводов против создания такого порядка может состоять в том, что для ограничения подобным образом свободы договора может не существовать надлежащих оснований и что в проект унифицированных правил можно было бы просто включить отсылку к ограничениям в отношении таких отказов, предусмотренным императивными нормами другого применимого права.

66. "Проект статьи 11. Отказ от возражений ответчика

Отказ должника от возражений ответчика, которые должник может использовать в отношении цессионария согласно статье 10, будет являться действительным [в отношении возражений ответчика, о наличии которых должнику было известно или должно было быть известно в момент отказа]".

4. Возмещение авансов

67. На практике должник иногда осуществляет платеж цессионарию до того, как cedent выполняет свои обязательства перед должником в соответствии с первоначальным договором. В некоторых правовых системах такая практика может

⁵В статьях 9 и 10 Конвенции о факторинге закрепляются лишь некоторые основополагающие принципы, касающиеся возражений ответчика должника, а такие вопросы, как точное значение "имеющихся" у должника прав на зачет требований и отказ от возражений, оставлены для урегулирования на основании внутреннего права; см. UNIDROIT 1987, Study LVIII-Doc.33, para. 44.

привести к возникновению неопределенности - в частности, в случае неисполнения обязательства или наступления неплатежеспособности до исполнения cedentом своих обязательств - в отношении права должника на зачет авансового платежа или получение соответствующего возмещения от цессионария. Частичному устранению такой неопределенности могло бы способствовать включение в проект унифицированных правил положения о том, что должник не должен иметь права на получение от цессионария возмещения таких авансов. В соответствии с подобным правилом должник будет нести риск, связанный с возможной неплатежеспособностью своего партнера по договору (цедента), и не будет обладать дополнительным правом обращения требования на цессионария.

68. Если в проект будет включено такое правило, то возникнет вопрос о том, следует ли предусмотреть исключение для случая, когда цессионарий не осуществил платежа или не предоставил займа cedенту в соответствии с условиями договора о финансировании. Такое исключение может, однако, поставить под сомнение независимость уступки и фактически создать преимущественное право для должника в случае банкротства цессионария. Исключение для случая, когда цессионарию известно о неисполнении cedентом его обязательств, также сопряжено с такими потенциальными проблемами, как необходимость определения цессионарием того, исполнил ли cedент надлежащим образом свои обязательства перед должником, или необходимость доказывания должником осведомленности цессионария.

69. "Проект статьи 12. Возмещение авансов

Без ущерба для прав должника согласно статье 10 неисполнение или ненадлежащее исполнение или просрочка исполнения первоначального договора cedентом сами по себе не дают должнику права на возмещение суммы, уплаченной должником цессионарию, при условии, что должник имеет право требовать возмещения такой суммы cedентом".

5. Право, применимое к отношениям между цессионарием и должником

70. Что касается не рассматриваемых в проекте унифицированных правил вопросов, связанных с отношениями между цессионарием и должником, то можно предусмотреть правило о применении норм частного международного права. Для этого существуют две основные возможности: ссылка на право, регулирующее дебиторскую задолженность, в отношении которой была осуществлена уступка (право первоначального договора), или на право той страны, в которой находится коммерческое предприятие должника. Первый вариант, по-видимому, не обеспечивает достаточной степени определенности, поскольку в некоторых случаях первоначальный договор может еще не существовать в момент уступки или же правило или выбор права, в соответствии с которыми применимым правом должно быть право, регулирующее данный договор, могут не признаваться в месте, в котором будет испрашиваться принудительное исполнение. Такое непризнание может быть обусловлено тем, что проблемы, возникающие в отношениях между цессионарием и должником, могут квалифицироваться в некоторых правовых системах в качестве процессуальных вопросов, подпадающих, таким образом, под действие права страны, в которой испрашивается принудительное исполнение. Тем не менее основным доводом в пользу первого варианта является то, что правовая природа передаваемой дебиторской задолженности не должна изменяться в результате ее уступки.

71. В отношении второго подхода можно привести довод о том, что ввиду недостатков первого подхода, а также с учетом того факта, что цессионарий обычно будет добиваться принудительного исполнения в стране должника⁶, большую степень определенности, возможно, будет обеспечивать подход, предусматривающий ссылку на право местонахождения коммерческого предприятия должника. В то же время применение такого правила также сопряжено с определенными проблемами: личность должника может быть неизвестна в момент уступки; в отношении оптовых уступок необходимо будет обеспечить соблюдение норм права нескольких стран, в которых могут находиться предприятия различных должников; и при этом не охватывается ситуация, связанная с принудительным исполнением в стране, в которой размещены активы должника. В любом случае в этом правиле можно было бы отразить общепризнанный принцип, согласно которому уступка может изменять статус должника лишь в той степени, в какой это допускается правом, в соответствии с которым должник первоначально взял на себя обязательство перед cedентом (см. статью 12.2 Римской конвенции).

72. "Проект статьи 13. Право, применимое к отношениям между цессионарием и должником

За исключением вопросов, которые прямо урегулированы в настоящих правилах, любой вопрос, возникающий в отношениях между цессионарием и должником, регулируется правом [, регулирующим дебиторскую задолженность, с которой связана уступка.] [государства, в котором находится коммерческое предприятие должника. В том случае, если должник имеет более одного коммерческого предприятия, коммерческим предприятием считается то, которое, с учетом обстоятельств, известных cedенту и цессионарию или предполагавшихся ими в любое время до или в момент заключения договора, имеет наиболее тесную связь с передачей дебиторской задолженности.]"

⁶Dalhuisen, The assignment of claims in Dutch private international law, in: Comparability and Evaluation, Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration in honour of Dimitra Kokkini-Iatridou, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1994, pp. 183 et sequ.

Н. Последствия уступки для третьих сторон

73. Коллизии в отношении порядка очередности удовлетворения требований двух или более сторон в отношении дебиторской задолженности могут возникать, например, в следующих ситуациях: между несколькими цессионариями вследствие множественной уступки одной и той же дебиторской задолженности по причине мошенничества или противоправного действия со стороны cedenta; между цессионарием и кредиторами cedenta, получившими судебное решение об аресте дебиторской задолженности; и между цессионарием и управляющим конкурсной массой cedenta. Поэтому ключевой вопрос в данном случае состоит в том, какие из этих сторон будут пользоваться преимущественным по сравнению с другими кредиторами правом на удовлетворении своего требования в первоочередном порядке.

74. Можно рассмотреть различные подходы в отношении правила об очередности. Преимущество правила, в соответствии с которым приоритет отдается первому цессионарию (по фактическому времени), состоит в простоте (проект статьи 14(1), вариант А). При использовании такого подхода третьи стороны, как правило, пользуются защитой в результате общей осведомленности о договорах по финансированию дебиторской задолженности на соответствующем рынке. В целом ряде правовых систем используется правило "первого уведомления должника" (проект статьи 14(1), вариант В). Недостаток такого подхода состоит в том, что в данном случае должник фактически используется в качестве регистратора уведомлений. Кроме того, в связи с таким подходом возникают проблемы при оптовых уступках, когда может быть несколько должников в различных странах.

75. Преимущество правила, основанного на регистрации, состоит в том, что оно обеспечивает определенную систему уведомления третьих сторон, в результате чего первый зарегистрированный цессионарий получает преимущественное право. При условии соблюдения применимых норм права, регулирующих вопросы банкротства, цессионарий будет пользоваться преимущественным правом по сравнению с кредиторами cedenta, если регистрация произведена до ареста имущества, и по сравнению с конкурсным управляющим, если регистрация произведена до начала или возбуждения производства по делу о банкротстве (проект статьи 15(1), вариант С). Регистрация может производиться в существующих национальных регистрах, например, в регистрах страховых сделок или в регистрах компаний, а доступ к такой информации может обеспечиваться на международной основе. В противном случае регистрацию можно было бы производить в каком-либо международном регистре.

76. Процесс регистрации можно упростить, если регистрироваться будут краткие стандартные заявления об уступке (в отличие от самой уступки, что было бы сопряжено с проблемой получения необходимых разрешений); в заявлениях могли бы указываться личность cedenta и цессионария, а также содержаться определенное разумное описание дебиторской задолженности (например, уступка А в пользу В всей дебиторской задолженности X, Y, X перед А); регистрация могла бы распространяться на будущую дебиторскую задолженность и производиться до заключения договора о финансировании, с тем чтобы учесть ситуацию, при которой любая третья сторона может зарегистрировать свое требование по дебиторской задолженности в течение срока между заключением договора и регистрацией цессионарием и, таким образом, приобрести преимущественное право; цессионарий мог бы иметь возможность зарегистрировать уступку без обязательного согласия cedenta (что, опять-таки, позволяет избежать проблемы получения необходимых разрешений и связанных с этим затрат времени и средств).

77. Одним из возможных недостатков решения, основанного на регистрации, является то, что существующие регистры могут оказаться непригодными и в таком случае придется создавать новый регистр. Другой возможный недостаток может состоять в том, что по мере расширения практики оптовых уступок, которые можно описать лишь в общем виде, а также практики уступок без уведомления, эффективность регистрации может снижаться. Может быть, однако, сочтено, что, несмотря на эти возможные недостатки, система регистрации все-таки будет обеспечивать большую степень определенности и предсказуемости, чем любой другой из вышеупомянутых подходов.

78. Еще одна альтернативная возможность состоит во включении правила о применении норм частного международного права на основе местонахождения коммерческого предприятия cedenta (проект статьи 14(1), вариант D)⁷. Преимущество такой нормы будет состоять в том, что ее можно будет применять в отношении конкурсного управляющего при производстве по делу о банкротстве cedenta, которое возбуждается в местонахождении коммерческого предприятия cedenta. Если производство по делу о неплатежеспособности происходит в другом государстве, это правило также будет применимо при условии, что данное государство приняло проект унифицированных правил. Кроме того, подобное правило обеспечит единую исходную точку, которая может быть определена даже при оптовой уступке будущей дебиторской задолженности и которая будет приемлема для правовых систем, в которых практикуется регистрация, поскольку в таких правовых системах при установлении статуса дебиторской задолженности цессионарии будут обычно исходить из местонахождения коммерческого предприятия cedenta. В то же время очередность удовлетворения требований может характеризоваться по-разному в качестве вопросов, относящихся к сфере действия договорного, деликтного, имущественного или процессуального права, либо законодательства о банкротстве и, таким образом, может подпадать под действие других применимых норм права.

⁷Применение такой нормы не будет сопряжено с недостатками использования правила, предложенного на дипломатической конференции, в ходе которой была принята Конвенция о факторинге. Никакого положения о "преимущественном праве" не потребуется; не будет возникать вопроса о том, является ли цессионарий фактором; и будет обеспечен охват всех национальных систем, в соответствии с которыми может определяться порядок очередности (см. CONF.7/6/Add.2, article Z; Priorities, and UNIDROIT 1988 CONF.7/C.1/S.R.19).

Такую проблему характеристики можно частично решить, если применимым правом будет право страны, в которой находится коммерческое предприятие должника (см. пункт 73 выше).

79. Независимо от того, какое конкретное правило об очередности удовлетворения требований будет сформулировано, можно предусмотреть ряд исключений, с тем чтобы учесть такие особые случаи, как права продавца, который сохраняет право собственности на проданное имущество до полной оплаты его цены и который одновременно выступает цессионарием будущих поступлений, которые могут быть связаны с будущей продажей имущества покупателем в ходе его коммерческой деятельности (проект статьи 14(2)).

80. "Проект статьи 14. Очередность удовлетворения требований

1) Вариант А

Первый цессионарий имеет преимущественное право по отношению к последующим цессионариям, кредиторам цедента [и, с учетом применимого законодательства о банкротстве, по отношению к конкурсному управляющему при неплатежеспособности цедента] в том, что касается уступленной дебиторской задолженности.

Вариант В

Первый цессионарий, уведомивший должника в соответствии со статьей 9, имеет преимущественное право по отношению к последующим цессионариям, по отношению к предыдущим цессионариям, которые не предоставили уведомлений или представили уведомления позднее, по отношению к кредиторам цедента [и, с учетом применимого законодательства о банкротстве, по отношению к конкурсному управляющему при неплатежеспособности цедента] в том, что касается уступленной дебиторской задолженности.

Вариант С

Первый цессионарий, зарегистрировавший в публичном регистре, расположенном в месте нахождения коммерческого предприятия цедента краткое заявление, в котором разумно определяется цедент, цессионарий и уступленная дебиторская задолженность, имеет преимущественное право по отношению к последующим цессионариям и предыдущим цессионариям, которые не осуществили регистрацию или осуществили регистрацию позднее, кредиторам цедента [и, с учетом применимого законодательства о банкротстве, по отношению к конкурсному управляющему при неплатежеспособности цедента] в том, что касается уступленной дебиторской задолженности.

Вариант D

Первый цессионарий или первый цессионарий, уведомивший должника об уступке, или первый цессионарий, зарегистрировавший краткое заявление об уступке в публичном регистре, имеет преимущественное право по отношению к последующим цессионариям и кредиторам цедента в зависимости от норм права государства, в котором находится коммерческое предприятие [цедента] [должника].

2) Правило, изложенное в пункте 1, не применяется в следующих случаях: ..."

I. Последующие уступки

81. Последующими уступками являются уступки той же дебиторской задолженности, осуществленные цедентом после первой уступки или же первым или любым другим последующим цессионарием. В связи с этим можно рассмотреть целый ряд вопросов, включая следующие: следует ли рассматривать любого последующего цессионария в качестве первого цессионария (например, может ли последующий цессионарий осуществлять действительные оптовые уступки будущей дебиторской задолженности, несмотря на оговорку о недопустимости уступки); будут ли охватываться все последующие уступки при условии, что они подпадают под действие правил, или лишь те из них, по которым охватывалась первоначальная уступка (проект статьи 15(1); см. также статью 11 Конвенции о факторинге); может ли должник осуществлять в отношении какого-либо последующего или же конечного цессионария зачет требований, которые он может иметь на какого-либо предыдущего цессионария, независимо от того, возникают ли они из договора, деликта или действия каких-либо правовых норм (проект статьи 15(3); может ли цедент или какой-либо цессионарий запретить или ограничить последующие уступки (особенно в случае уступки как предоставления обеспечения или уступки одной дебиторской задолженности; проект статьи 15(4)); и будет ли какая-либо последующая уступка являться недействительной вследствие недействительности какой-либо промежуточной уступки (предположительно, будут сохранены средства правовой защиты цессионария в отношении цедента в случае нарушения гарантии существования дебиторской задолженности, а также право должника произвести платеж конечному цессионарию и освободиться от ответственности; проект статьи 15(5)).

82. "Проект статьи 15. Последующие уступки

1) Настоящие правила применяются в отношении любой уступки цедентом той же дебиторской задолженности нескольким цессионариям или же первым или любым другим цессионарием последующим цессионариям при условии, что [первая] [такая] уступка регулируется настоящими правилами.

- 2) В случае последующих уступок cedentом должник освобождается от ответственности в результате платежа первому цессионарию, представившему уведомление в соответствии со статьей 9, и обладает в отношении такого цессионария возражениями ответчика, предусмотренными в статье 10.
- 3) В случае последующих уступок первым или любым последующим цессионарием положения статей 9-12 применяются, как если бы такой последующий цессионарий был первым цессионарием. В то же время должник не может использовать против последующего цессионария права на зачет в отношении требований, существующих на какого-либо предыдущего цессионария.
- 4) Любая последующая уступка первым цессионарием или любым последующим цессионарием является действительной независимо от любого соглашения между первым cedентом и первым цессионарием или между любыми последующими цессионариями, которое запрещает или ограничивает такую уступку.
- 5) При условии соблюдения положений статьи 9 недействительность какой-либо промежуточной уступки делает недействительной конечную уступку".

III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

83. Приведенный выше анализ обусловленных различиями в правовом регулировании препятствий использованию уступки дебиторской задолженности в целях обеспечения финансирования, а также первая попытка разработать проект унифицированных правил для преодоления таких препятствий, по-видимому, свидетельствуют не только о желательности работы Комиссии в этой области, но также и о потенциальной осуществимости такой работы. Комиссия, возможно, пожелает на данном этапе поручить дальнейшую работу по этой теме и разработку проекта унифицированных правил соответствующей рабочей группе.

84. Как указывается в настоящем докладе, в широком смысле цель работы Комиссии будет состоять в устранении препятствий финансированию дебиторской задолженности в результате существующей в различных правовых системах неопределенности относительно действительности трансграничных оптовых уступок будущей дебиторской задолженности между cedентом и цессионарием и относительно последствий таких уступок для должника и других третьих сторон. В связи с этим будет необходимо урегулировать в унифицированных правилах целый комплекс вопросов, включая право цессионария требовать платежа, обязанность должника произвести платеж и соответствующую защиту должника, а также очередность удовлетворения требований различных кредиторов.

85. Что касается той формы, в которой можно было бы проводить работу Комиссии, то в конечном счете следует рассмотреть вопрос о том, следует ли в целях наилучшего содействия признанию и обеспечению исполнения трансграничных уступок направить усилия Комиссии на разработку конвенции, которая создавала бы сеть стран, в которых можно было бы обеспечить исполнение трансграничных уступок. В связи с этим возникает также вопрос о том, должен ли такой документ в основном носить императивный характер, поскольку, возможно, нецелесообразно разрешать cedенту и цессионарию изменять правовой режим передачи дебиторской задолженности по отношению к должнику и другим третьим сторонам. В то же время, особенно при определении объема работы, необходимо также учесть ту важную роль, которую играет автономия сторон в процессе развития финансирования дебиторской задолженности.

V. СТАТУС КОНВЕНЦИЙ ЮНСИТРАП

Статус конвенций: записка Секретариата (A/CN.9/416) [Подлинный текст на английском языке]

1. На своей тринадцатой сессии Комиссия постановила рассматривать на каждой своей сессии вопрос о статусе конвенций, являющихся результатом ее работы.

2. В настоящей записке содержится информация о статусе конвенций и типовых законов, являющихся результатом работы Комиссии. В ней также сообщается о статусе Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год), которая была принята до учреждения Комиссии, поскольку эта Конвенция тесно связана с работой Комиссии в области международного торгового арбитража.

3. В записке указываются изменения, произошедшие после 25 мая 1994 года, когда был издан последний доклад из настоящей серии (A/CN.9/401). Приведенные в приложенном списке названия государств, которые присоединились к какой-либо конвенции или приняли законодательство, основывающееся на каком-либо типовом законе, с момента подготовки последнего доклада, подчеркнуты.

4. Настоящая записка охватывает следующие тексты: Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, 1974 год) (новые государства-участники - Куба; количество государств-участников - 18); Протокол с поправками к Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Вена,

1980 год) (новые государства-участники - Куба); Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов, 1978 год ("Гамбургские правила") (количество государств-участников - 22); Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год) (новые государства-участники - Грузия, Куба, Литва, Новая Зеландия, Республика Молдова, Сингапур; количество государств-участников - 44); Конвенция Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях (Нью-Йорк, 1988 год) (участниками этой Конвенции являются два государства; для ее вступления в силу требуется присоединение еще восьми государств); Конвенция Организации Объединенных Наций об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле (Вена, 1991 год) (эта Конвенция была подписана пятью государствами; для вступления Конвенции в силу требуется присоединение к Конвенции пяти государств); Типовой закон ЮНСИТРАП о международном арбитраже, 1985 год (новые государства, принявшие законодательство на основе Типового закона - Бахрейн, Венгрия, Сингапур, Украина; общее количество государств и территорий, принявших такое законодательство, - 31); Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) (новые государства-участники - Боливия, Венесуэла, Грузия, Зимбабве, Литва, Мали, Монголия, Португалия, Сенегал; общее количество государств-участников - 105).

1. Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, 1974 год)*

Государство ^a	Подписание	Ратификация Присоединение Одобрение Правопреемство(*)	Вступление в силу
Аргентина		9 октября 1981 года	1 августа 1988 года
Беларусь	14 июня 1974 года		
Бразилия	14 июня 1974 года		
Болгария	24 февраля 1975 года		
Беларусь	14 июня 1974 года		
Босния и Герцеговина		12 января 1994 года*	6 марта 1992 года
Коста-Рика	30 августа 1974 года		
Куба		2 ноября 1994 года	1 июня 1995 года
Чешская Республика ^b		30 сентября 1993 года*	1 января 1993 года
Доминиканская Республика		23 декабря 1977 года	1 августа 1988 года
Египет		6 декабря 1982 года	1 августа 1988 года
Гана	5 декабря 1974 года	7 октября 1975 года	1 августа 1988 года
Гвинея		23 января 1991 года	1 августа 1991 года
Венгрия	14 июня 1974 года	16 июня 1983 года	1 августа 1988 года
Мексика		21 января 1988 года	1 августа 1988 года
Монголия	14 июня 1974 года		
Никарагуа	13 мая 1975 года		
Норвегия ^c	11 декабря 1975 года	20 марта 1980 года	1 августа 1988 года
Польша	14 июня 1974 года		

*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать пятая сессия, Дополнение 17 (A/35/17), пункт 163.

Государство ^a	Подписание	Ратификация Присоединение Одобрение	Вступление в силу
		Правопреемство(*)	
Румыния		23 апреля 1992 года	1 ноября 1992
Российская Федерация ^c	14 июня 1974 года		
Словакия ^b	28 мая 1993 года*	1 января 1993 года	
Уганда		12 февраля 1992 года	1 сентября 1992 года
Украина	14 июня 1974 года	13 сентября 1993 года	1 апреля 1994 года
Соединенные Штаты Америки		5 мая 1994 года	1 декабря 1994 года
Югославия		27 ноября 1978 года	1 августа 1988 года
Замбия		6 июня 1986 года	1 августа 1988 года

Подписали только - 8 государств; ратифицировали, присоединились и заявили о правопреемстве - 18.

*Конвенция была заключена на английском, испанском, китайском, русском и французском языках, тексты на которых являются аутентичными. 11 августа 1992 года Генеральный секретарь в соответствии с просьбой Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли распространил предложение о принятии аутентичного текста Конвенции на арабском языке. Поскольку никаких возражений не поступило, текст на арабском языке считается принятым 9 ноября 1992 года и обладающим тем же статусом, что и иные аутентичные тексты, указанные в Конвенции.

^aКонвенция была подписана бывшей Германской Демократической Республикой 14 июня 1974 года, ратифицирована ею 31 августа 1989 года, и она вступила в силу 1 марта 1990 года.

^bКонвенция была подписана бывшей Чехословакией 29 августа 1975 года, ратификационная грамота была сдана на хранение 26 мая 1977 года, и Конвенция вступила в силу для бывшей Чехословакии 1 августа 1988 года. 28 мая 1993 года Словакия и 30 сентября 1993 года Чешская Республика сдали на хранение документы о правопреемстве, вступившие в силу с 1 января 1993 года - даты разделения бывшей Чехословакии.

^cС 24 декабря 1991 года Российская Федерация продолжает членство бывшего Союза Советских Социалистических Республик (СССР) в Организации Объединенных Наций и начиная с этой даты несет в полном объеме ответственность по всем правам и обязательствам СССР согласно Уставу Организации Объединенных Наций и многосторонним договорам, депозитарием которых является Генеральный секретарь.

Заявления и оговорки

¹При подписании Конвенции Норвегия заявила и подтвердила при ратификации, что в соответствии со статьей 34 Конвенция не будет регулировать договоры купли-продажи в случае, если соответствующие места коммерческих предприятий как продавца, так и покупателя находятся на территории Северных государств (т.е. Дании, Исландии, Норвегии, Финляндии и Швеции).

2. Протокол с поправками к Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Вена, 1980 год)

Государство ^a	Правопреемство	Присоединение
		Вступление в силу
Аргентина	19 июля 1983 года	1 августа 1988 года
Куба	2 ноября 1994 года	1 июня 1995 года
Чешская Республика ^b	30 сентября 1993 года*	1 января 1993 года
Египет	6 декабря 1982 года	1 августа 1988 года
Гвинея	23 января 1991 года	1 августа 1991 года
Венгрия	16 июня 1983 года	1 августа 1988 года
Мексика	21 января 1988 года	1 августа 1988 года
Румыния	23 апреля 1992 года	1 ноября 1992 года
Словакия ^b	28 мая 1993 года*	1 января 1993 года
Уганда	12 февраля 1992 года	1 сентября 1992 года
Соединенные Штаты Америки ¹	5 мая 1994 года	1 декабря 1994 года
Замбия	6 июня 1986 года	1 августа 1988 года

В соответствии со статьями XI и XIV Протокола Договаривающиеся государства Протокола считаются Договаривающимися участниками Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров с поправками, внесенными в нее в соответствии с Протоколом, в отношении друг друга и Договаривающимися участниками Конвенции без поправок в отношении любого Договаривающегося участника Конвенции, который еще не стал Договаривающейся стороной данного Протокола.

^aБывшая Германская Демократическая Республика присоединилась к Протоколу 31 августа 1989 года, и он вступил в силу 1 марта 1990 года.