Статья 3. Международный характер

1. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о вероятной неопределенности в отношении применения проекта конвенции в случае уступки, относящейся к будущей дебиторской задолженности, вследствие того обстоятельства, что международный характер такой задолженности будет определяться согласно проекту статьи 3 только в момент ее возникновения (A/CN.9/455, пункт 162).

2. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о нескольких цедентах, цессионариях или должниках в контексте проекта статьи 3 (A/CN.9/WG.II/WP.98, проект статьи 3, примечания 2-4) на основе следующего положения:

"2) [В случае уступки более чем одной дебиторской задолженности более чем одним цедентом уступка является международной, если какой-либо цедент и цессионарий находятся в разных государствах. В случае уступки более чем одной дебиторской задолженности более чем одному цессионарию уступка является международной, если цедент и какой-либо цессионарий находятся в разных государствах.

3) В случае уступки более чем одной дебиторской задолженности, причитающейся более чем одному кредитору, дебиторская задолженность является международной, если какой-либо цедент и должник находятся в разных государствах.][9] В случае уступки более чем одной дебиторской задолженности, причитающейся с более чем одного должника, только та дебиторская задолженность является международной, в связи с которой цедент и должник находятся в разных государствах.]

3. В ином случае вопрос о месте нахождения нескольких цедентов и цессионариев может быть решен с помощью положения, которое содержало бы ссылку на место нахождения их уполномоченного агента или доверительного собственника и которое касалось бы вопроса о месте нахождения в целом следующим образом (это положение заменило бы только взятые в квадратные скобки формулировки проектов статей 1(7) и 3(2) и (3) выше; оно предварительно сформулировано как подпункт (k) проекта статьи 5):

"k) Для целей статей 1 и 3:

i) цедент находится в государстве, в котором расположено то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с уступкой;

ii) цессионарий находится в государстве, в котором расположено то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с уступкой;

iii) должник находится в государстве, в котором расположено то его коммерческое предприятие, которое имеет наиболее тесную связь с первоначальным договором;

iv) в отсутствие доказательств обратного предполагается, что местом нахождения центрального органа администрации какой-либо стороны является место нахождения ее коммерческого предприятия, которое имеет наиболее тесную связь с соответствующим договором]. Если какая-либо сторона не имеет места нахождения своего коммерческого предприятия, то делается ссылка на ее обычное местожительство;

v) несколько цедентов или цессионариев находятся в том месте, в котором находится их уполномоченный агент или доверительный собственник."

4. Следует отметить, что это положение предназначено для применения в случае уступки более чем одной дебиторской задолженности. В комментарии можно было бы разъяснить, что каждая уступка какой-либо части одной дебиторской задолженности или дебиторской задолженности, принадлежащей совместно и солидарно нескольким лицам, представляет собой отдельную уступку (см. также проект статьи 1, примечания 15 и 16, выше).

5. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не будет ли одно определение термина "место нахождения" предпочтительным одному определению для целей проектов статей 23 и 24 и другому определению для целей проектов статей 1 и 3 (аргументы в пользу одного определения см. в документе A/CN.9/455, пункт 163). Значение термина "место нахождения" потребуется рассмотреть для целей проектов статей 9, 17 бис, 19(2), 20(1), 22, 29-31, а также 46(3). В любом случае Рабочая группа, возможно, пожелает определить, следует ли включать ссылку на "центральный орган управления" (как в проекте статьи 5(j)) или на "место нахождения центрального органа администрации" (как в новом проекте статьи 5(k) ниже).

[9]Формулировку, альтернативную взятой в квадратные скобки формулировке проекта статьи 3(2) и (3), см. в проекте статьи 5(k) ниже.

Статья 4. Исключения

1. В зависимости от решения Рабочей группы в отношении исключения ссылки на встречное удовлетворение из проекта статьи 2 уступки, совершенные "без стоимости, кредита или смежных услуг, предоставленных или обещанных цессионарием", возможно, потребуется добавить в перечень, содержащийся в проекте статьи 4. Кроме того, подпункт (c), возможно, потребуется пересмотреть следующим образом: "путем индоссамента и вручения или путем только вручения оборотного документа - в той мере, в которой уступка совершается таким образом". Такое пересмотренное положение отражало бы то обстоятельство, что, за исключением документов на предъявителя, которые передаются посредством вручения, оборотные документы передаются посредством индоссамента и вручения (а не "или", как упоминается в подпункте (c)).

2. В комментарии можно указать причину этого исключения, т.е. недопущение коллизии с нормами права, применимыми к оборотным документам, таким, как переводные векселя, простые векселя и чеки, и, в частности, недопущение причинения ущерба структуре приоритетов, сложившейся в соответствии с нормами как национального, так и международного права, касающимися оборотных документов. По этой же причине некоторые другие документы, которые могут рассматриваться как платежные документы, возможно, также потребуется исключить (например, облигации или привилегированные акции, в соответствии с которыми установлено обязательство выплачивать регулярные дивиденды). Независимые гарантии и резервные аккредитивы ("независимые обязательства"; см. статью 3 Конвенции Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, в дальнейшем именуемой "Конвенцией о гарантиях и резервных аккредитивах"), возможно, не потребуется исключать полностью, если обеспечивается, что гарант/эмитент, контргарант или подтверждающая сторона не будут вынуждены производить платеж цессионарию, если только он не дал согласия на это. Таким образом, этот вопрос, возможно, более целесообразно решить с помощью нормы, содержащейся в проекте статьи 12, которая касается договорной возможности уступки дебиторской задолженности, позволяя гаранту/эмитенту независимого обязательства исполнить свое обязательство путем платежа бенефициару (цеденту). Такая норма не будет препятствовать статутной невозможности уступки независимого обязательства, поскольку статутная возможность уступки не затрагивается материально-правовыми положениями проекта конвенции. Только проект статьи 30 предусматривает право, применимое к возможности уступки по договору и по закону, при том понимании, что в применении права, регулирующего дебиторскую задолженность, может быть отказано судом, если это право противоречит императивным нормам или нормам, отражающим публичную политику государства суда.

3. Что касается вопроса о том, исключена ли уступка дебиторской задолженности продавцом какого-либо коммерческого предприятия учреждению, финансирующему его продажу (A/CN.9/WG.II/WP.98, проект статьи 4, примечание 3), то, может быть, вполне достаточно разъяснить в комментарии, что в случае продажи какого-либо коммерческого предприятия исключается только уступка предыдущего владельца новому владельцу, а не уступка новым владельцем учреждению, финансирующему продажу. Кроме того, в комментарии можно разъяснить, что охватывается только уступка дебиторской задолженности (например, право на платеж по акции), а не уступка других прав (например, права голоса, основывающегося на наличии акции).

4. В зависимости от решения Рабочей группы в отношении сферы применения проекта конвенции в контексте проекта статьи 2 Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы разрешить государствам исключать или включать дополнительные виды практики (см. проект статьи 1(7) выше и проект статьи 4(2) ниже). Хотя, как уже отмечалось, такой подход может и не быть наиболее подходящим подходом к унификации права, он может превратить проект конвенции в более приемлемый для государств и способствовать принятию Рабочей группой решения охватить только договорную дебиторскую задолженность, упрощая тем самым текст проекта конвенции (ряд положений, например проекты статей 15 и 20, не могут применяться к уступкам деликтной дебиторской задолженности). Можно было бы рассмотреть следующую формулировку:

> "2) Настоящая Конвенция не применяется к уступкам, перечисленным государством в заявлении, сделанном в соответствии с проектом статьи 42 кватер".

Глава II. Общие положения

Статья 5. Определения и правила толкования

1. С учетом расхождений между различными правовыми системами подпункт (b) призван обеспечить единообразную норму в отношении момента возникновения дебиторской задолженности. Момент возникновения дебиторской задолженности является важным, в частности для проектов статей 10 и 11, касающихся последствий уступки и момента передачи дебиторской задолженности. Преимущества, связанные с подпунктом (b), могут быть ограниченными, поскольку в нем не указывается (и не может указываться) момент времени, когда первоначальный договор считается заключенным.

2. Нынешняя формулировка подпункта (c) может непреднамеренно привести к тому, что дебиторская задолженность, существовавшая во время заключения договора уступки (т.е. дебиторская задолженность, которая возникла в соответствии с договорами, существовавшими в то время), будет рассматриваться в качестве будущей дебиторской задолженности. Этого можно избежать, если изменить формулировку подпункта (c) следующим образом: ""Будущая дебиторская задолженность" означает дебиторскую задолженность, которая возникает после момента уступки".

3. Рабочая группа, возможно, пожелает определить, необходим ли подпункт (d) с учетом того обстоятельства, что в нем определяется термин, которого нет в тексте проекта конвенции (он используется только в названии, преамбуле и косвенно в проекте статьи 14(3)).

4. В подпункте (e) термин "письменная форма" определяется посредством объединения определений "письменной формы" и "подписи", содержащихся в статьях 6 и 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. В соответствии с проектом конвенции для уступки и уведомления об уступке требуется подписанный документ в письменной форме.

5. Вопрос о том, может ли уведомление, в котором не указывается получатель платежа, "заморозить" права на зачет должника (проект статьи 19) или же ограничить право должника на изменение первоначального договора без согласия цессионария (проект статьи 21), остается открытым с учетом формулировок проектов статей 19(2) и 21(4), взятых в квадратные скобки. Этот вопрос затрагивается в документе A/CN.9/WG.II/WP.100, в котором он рассматривается в контексте примечаний к проекту статьи 16 ниже. Вместе с тем, если уведомление будет недействительным, за исключением случаев, когда оно удовлетворяет требованиям проекта конвенции (какими бы эти требования ни были), проект статьи 16(3) следует переместить в определение уведомления, содержащееся в подпункте (f). Таким образом, в подпункте (f) будет говориться следующее:

> "f) "уведомление об уступке" означает сообщение в письменной форме, в котором разумно идентифицируется уступленная дебиторская задолженность, цессионарий и лицо, которому или на счет которого или в адрес которого должник должен произвести платеж".

6. Следует отметить, что с учетом проекта статьи 18(5) то обстоятельство, что уведомление является недействительным в соответствии с проектом конвенции, не исключает его действительности в соответствии с иным правом, тем самым позволяя должнику исполнить свое обязательство посредством платежа лицу, указанному в этом уведомлении (при условии, что должник производит платеж надлежащему лицу).

7. Подпункт (g), который взят из пункта (g) статьи 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, охватывает и добровольную, и обязательную реорганизацию или ликвидацию активов цедента. Можно отметить, что в некоторых системах в случае добровольной реорганизации его активов несостоятельный должник может продолжать контролировать эти активы, а управляющий в деле о несостоятельности может и не быть назначен. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о пересмотре проекта статьи 24(2), с тем чтобы охватить ситуации, в которых коллизия приоритетов может возникнуть в контексте производства по делу о несостоятельности, когда управляющий в деле о несостоятельности не назначен (см. проект статьи 24, примечание 1).

8. Ссылку в конце текста подпункта (j) на "любое другое лицо", возможно, потребуется пересмотреть, поскольку ссылка на физических лиц, корпорации и юридических лиц, иных, чем корпорация, охватывает любое возможное лицо. Для охвата юридических лиц, иных, чем корпорация, которые не имеют зарегистрированного учредительного документа (например, коммандитных товариществ), можно рассмотреть следующую формулировку:

> "... юридическое лицо, иное, чем корпорация, находится в государстве, в котором сдан на хранение его учредительный документ, и, в отсутствие сданного на хранение документа, в государстве, в котором находится его центральный орган управления".

9. Как уже упоминалось, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии одного определения термина "место нахождения" для целей всего проекта конвенции (см. проект статьи 3, примечание 4, выше).

10. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий пересмотренный вариант текста подпункта (k), содержащийся в документе A/CN.9/WG.II/WP.96:

> "k) "момент уступки" означает момент, который указан в соглашении между цедентом и цессионарием, а в отсутствие такого соглашения - момент заключения договора уступки".

11. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли ограничить свободу сторон указывать путем соглашения момент уступки (краткое рассмотрение предыдущего варианта текста этого подпункта см. в A/CN.9/447, пункт 30). Термин "момент уступки" используется в проектах статей 1(1), 9(1), 11(1) и 34.

Статья 6. Автономия сторон

1. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующую альтернативную формулировку проекта статьи 6:

> "Цедент, цессионарий и должник могут путем соглашения отходить от положений настоящей Конвенции, касающихся их соответствующих прав и обязательств, или изменять эти положения. Такое соглашение не затрагивает прав любого лица, которое не является участником этого соглашения".

2. В контексте соглашения между цедентом и цессионарием "третьи стороны" - это должник, кредиторы цедента и управляющий в деле о несостоятельности. В контексте соглашения между цедентом и должником "третьи стороны" - это

цессионарий, кредиторы цедента и управляющий в деле о несостоятельности. Соглашения между цессионарием и должником не охватываются данным проектом конвенции.

Статья 7. Защита должника

1. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении в преамбулу общей ссылки на защиту должника и поместить проект статьи 7 в начале раздела II главы III, касающегося защиты должника (см. новый проект статьи 17 тер ниже).

2. Предполагаемое последствие пункта 1 заключается в том, что, за исключением определенных вопросов, касающихся должника, которые прямо урегулированы в проекте конвенции (т.е. в проектах статей 9-12 и 16-22), права и обязательства должника устанавливаются договором между цедентом и должником и правом, регулирующим такой договор.

3. Для согласования пункта 2 с проектом статьи 16(3) и во избежание толкования пункта 2 a contrario, т.е. таким образом, что, помимо страны и валюты платежа, цессионарий может изменить любые другие условия платежа, указанные в первоначальном договоре, Рабочая группа, возможно, пожелает пересмотреть текст пункта 2 (см. новый проект статьи 17 тер ниже).

4. В комментарии можно было бы далее разъяснить, что ни одно из положений проекта конвенции не призвано затронуть вопрос о том, несет ли должник обязательство производить платеж (основная сумма долга или проценты по нему). Например, в комментарии можно было бы упомянуть о том, что уведомление само по себе не создает обязательства должника производить платеж, если срок платежа еще не наступил согласно первоначальному договору. Этот вопрос по-прежнему подлежит урегулированию в первоначальном договоре даже после уведомления об уступке. Должник может согласиться с цессионарием изменить обязательство, касающееся платежа, однако этот момент не охватывается проектом конвенции.

Статья 8. Принципы толкования

1. В пункте 1 содержится ссылка на принцип добросовестности как на один из элементов, которые следует принимать во внимание при толковании проекта конвенции, но не при толковании договорных взаимоотношений сторон, причастных к уступке. Хотя принцип автономии сторон будет надлежащим образом применяться к договорным взаимоотношениям между цедентом и цессионарием или цедентом и должником, он может нанести ущерб определенности, обеспечиваемой проектом конвенции, если его применять к взаимоотношениям между цессионарием и должником или цессионарием и третьей стороной. Например, если принцип добросовестности, превалирующий в государстве суда, применить к взаимоотношениям между цессионарием и должником или между цессионарием и третьей стороной, то должник, который, возможно, произвел платеж цессионарию после уведомления, может быть вынужден платить вновь, если, например, должник знал о предыдущей уступке, а право, применимое согласно проекту статьи 24, может быть проигнорировано, если в нем не обеспечивается соблюдение принципа добросовестности, как он может пониматься в государстве суда.

2. Что касается вопроса о том, относится ли ссылка на общие принципы, лежащие в основе проекта конвенции, к принципам материального права или частного международного права, то Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вероятность того, можно ли урегулировать этот вопрос посредством включения в комментарий соответствующего разъяснения. Например, в комментарии можно было бы пояснить, что проект статьи 8 применяется только к материально-правовым положениям проекта конвенции и, таким образом, ссылка на общие принципы должна пониматься как ссылка на материально-правовые принципы, лежащие в основе проекта конвенции. Во избежание возникновения какой-либо неопределенности можно было бы сделать либо в проекте статьи 8, либо в комментарии ссылку на общие принципы, воплощенные в преамбуле.

3. Если проект статьи 8 будет применяться в целях заполнения пробелов в положениях частного международного права, содержащихся в проекте конвенции, то можно было бы рассмотреть вопрос о дополнении проекта статьи 8 следующей формулировкой:

"2) ...в силу положений частного международного права, содержащихся в настоящей Конвенции.

3) Вопросы, относящиеся к предмету регулирования статей 9, 17 бис, 19(2), 23-24 и 29-33, которые прямо в этих статьях не решены, должны решаться в соответствии с общими принципами, на которых они основываются, а при отсутствии таких принципов - в соответствии с правом, применимым в силу норм частного международного права, действующих в государстве суда".

4. В комментарии можно было бы сослаться на несколько принципов, лежащих в основе положений частного международного права, содержащихся в проекте конвенции, таких, как принцип автономии сторон во взаимоотношениях между цедентом и цессионарием (проект статьи 29), принцип защиты должника во взаимоотношениях между цессионарием и должником (проект статьи 30) и принцип определенности в отношении прав третьих сторон (проект статьи 31).

Глава III. Форма и последствия уступки

Статья 9. Форма уступки

1. В документе A/CN.9/WG.II/WP.96 излагаются три различных варианта текста пункта 1. Вариант A связан с тем преимуществом, что он обеспечивает достаточную защиту третьих сторон от риска действий цедента в сговоре с цессионарием или любым иным лицом, что затрагивало бы порядок очередности. Другим преимуществом варианта A является то, что он требует письменной формы для основного соглашения, а не для самой уступки, что, таким образом, позволяет избежать постановки вопроса о гербовых сборах, которые обычно выплачиваются в отношении уступки, но не основного соглашения.

2. Еще одно преимущество варианта A, а также варианта B заключается в том, что они сформулированы негативным образом, поскольку предполагается, что они касаются только ситуаций, в которых речь идет о меньшем, чем уступка в письменной форме, т.е. об устном соглашении. Если сформулировать их позитивным образом (например, "уступка в письменной форме является действительной..."), то они могли бы обойти национальное право, требующее большего, чем уступка в письменной форме (например, нотариально заверенного соглашения, уведомления должника или регистрации в государственном реестре). В таком случае права третьих сторон согласно национальному праву, требующему большего, чем соглашение в письменной форме, вероятно, потребуется сохранить посредством включения в проект статьи 9 формулировки, аналогичной вступительной части текста проектов статей 10 и 11 (т.е. "с учетом проектов статей 23 и 24"). Единственным возможным недостатком варианта A является то, что он может лишить силы национальную практику, согласно которой письменная форма не является необходимой для действительности уступки. Этот недостаток можно устранить с помощью нормы, аналогичной варианту B.

3. Сфера применения варианта C является иной, поскольку он касается формы в целом (т.е. письменной формы, нотариальной формы, уведомления должника или регистрации), оставляя на усмотрение закона места нахождения цедента вопрос о том, потребуется ли нечто меньшее или большее, чем соглашение в письменной форме, для действительности уступки. В той мере, в какой вариант C охватывает действительность уступки по отношению к третьим сторонам, как представляется, он дублирует проекты статей 23 и 24 (хотя и является совместимым с этими положениями).

4. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующую формулировку проекта статьи 9, которая сочетает варианты A и B:

> "1) Уступка в иной форме, чем письменная, не является действительной [по отношению к третьим сторонам], за исключением случаев, когда:
>
> a) она совершена согласно договору между цедентом и цессионарием, который подтверждается письменным документом, описывающим дебиторскую задолженность, к которой он относится; или
>
> b) право государства, в котором цедент находится в момент уступки, предусматривает иное.
>
> 2) Если не согласовано иное, то уступка одной или нескольких будущих дебиторских задолженностей является действительной без нового письменного документа, который требовался бы в отношении каждой дебиторской задолженности, когда она возникает".

5. Таким образом, уступки в устной форме будут действительными, если они охватываются основным соглашением в письменной форме или, в отсутствие такого соглашения в письменной форме, если они будут действительными в соответствии с законом места нахождения цедента. Включение формулировки, взятой в квадратные скобки, во вступительную часть текста пункта 1 призвано поставить вопрос о цели требований письменной формы. Письменная форма может и не требоваться для цели защиты интересов цедента и цессионария, поскольку им можно предоставить самим заботиться о своих интересах. Письменная форма может и не требоваться для цели также защиты должника, поскольку проект конвенции предусматривает, что в отсутствие письменного уведомления права должника (т.е. способ, с помощью которого должник может выполнить свое обязательство, его возражения и права на зачет, а также его право на изменение первоначального договора) не затрагиваются. Вместе с тем письменная форма будет необходимой для цели защиты интересов третьих сторон в той мере, в какой она будет исключать возникновение ситуаций, в которых цедент, действуя в сговоре с цессионарием или любой другой стороной, может воздействовать на порядок очередности.

6. Варианты B и C, а также вышеупомянутый вариант призваны снять озабоченность в отношении того, что норма, предусмотренная в варианте A, лишит действительности определенные виды практики, в отношении которых не требуется письменная форма согласно национальному праву. В конечном счете способ снятия этой озабоченности может заключаться в принятии нормы, сходной с вариантом A, и в разрешении государствам делать оговорку, с тем чтобы сохранить практику, основывающуюся на уступках в устной форме (см., вместе с тем, проект статьи 1, примечание 13).

Статья 10. Последствия уступки

1. Вступительная часть текста проектов статей 10 и 11 призвана обеспечить, чтобы нормы, касающиеся действительности уступки и момента передачи дебиторской задолженности, не оказывали ненадлежащего воздействия на

права третьих сторон (возможно, потребуется добавить ссылку на положение, касающееся преимущественных прав в поступлениях). Без такой вступительной части проект статьи 10 можно было бы толковать как лишь придающий действительность первой уступке и лишающий действительности любую последующую уступку одной и той же дебиторской задолженности одним и тем же цедентом, а проект статьи 11 можно толковать как устанавливающий норму в отношении действительности уступки против третьих сторон, включая управляющего в деле о несостоятельности цедента (например, дебиторская задолженность, возникающая после начала производства по делу о несостоятельности, может быть изъята из конкурсной массы или же на нее может распространяться обеспечительное право, если уступка имела место до возбуждения производства по делу о несостоятельности).

2. Однако эта вступительная часть может непреднамеренно привести к тому, что вопрос о действительности уступки будущей дебиторской задолженности или оптовых уступок будет полностью решаться на основе права, применимого в соответствии с проектами статей 23 и 24. Во избежание этого непредусмотренного результата Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении в контексте проектов статей 23 и 24 следующего положения: "Ничто в настоящей Конвенции не лишает действительности уступку на том лишь основании, что это уступка будущей дебиторской задолженности или дебиторской задолженности, не указанной индивидуально, или статей или нераздельных интересов в дебиторской задолженности" (по этому вопросу см. также проект статьи 12, примечание 8). В результате проект конвенции будет придавать действительность таким уступкам в качестве вопроса гражданского или торгового права, оставляя в то же время на усмотрение другого права конкретные возражения против их действительности (например, лишение действительности уступки, совершенной в течение "подозрительного" периода до возбуждения производства по делу о несостоятельности в качестве мошеннической или преференциальной передачи). В ином случае слова "с учетом статей 23 и 24" в тексте проектов статей 10 и 11 можно заменить формулировкой, в которой подробно излагались бы их предполагаемые последствия, или же их можно было бы дополнительно разъяснить в комментарии. В частности, в комментарии можно упомянуть о том, что в результате включения этой формулировки действительная первая уступка не лишает действительности любую последующую уступку.

3. При том понимании, что определение "уступки", содержащееся в проекте статьи 2, охватывает только уступку (т.е. не соглашение об уступке), проект статьи 10 не требуется пересматривать с целью обеспечить, чтобы только уступка имела своим последствием передачу имущественных прав в дебиторской задолженности (по этому вопросу см. проект статьи 2, примечание 3). Слово "передачи" было заменено словом "уступки" с целью обеспечить, чтобы, помимо случаев прямой передачи, проект статьи 10 включал случай установления обеспечительных прав в дебиторской задолженности (определение "уступки" включает уступки посредством обеспечения). Однако с учетом того обстоятельства, что использование слова "уступка" имеет тавтологический характер ("уступка ... для уступки"), Рабочая группа, возможно, пожелает исключить выражение "для уступки дебиторской задолженности, с которой она связана" при том понимании, что определение уступки является достаточным для разъяснения правовых последствий действительной уступки (т.е. прямая передача и установление обеспечительных прав в дебиторской задолженности). В комментарии можно сделать прямую ссылку на это понимание.

4. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о перемене местами пунктов 1 и 2, с тем чтобы сначала установить действительность уступок будущей дебиторской задолженности, а затем действительность оптовых уступок.

5. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий пересмотренный вариант текста проекта статьи 10:

> "С учетом статей 23 и 24 уступка существующих или будущих одной или нескольких статей дебиторской задолженности и частей или нераздельных интересов в дебиторской задолженности является действительной, если
>
> a) статьи дебиторской задолженности определены индивидуально в качестве статей дебиторской задолженности, с которой связана эта уступка; или
>
> b) статьи дебиторской задолженности могут быть идентифицированы в качестве дебиторской задолженности, с которой связана уступка, в момент, согласованный цедентом и цессионарием, а в отсутствие такого соглашения - в момент, когда дебиторская задолженность возникает".

Статья 11. Момент передачи дебиторской задолженности

1. С учетом того обстоятельства, что только пункт 1(b) содержит ссылку на автономию сторон, пункт 1(a) может толковаться как исключающий возможность для цедента и цессионария указать момент передачи существующей дебиторской задолженности. Такое толкование было бы несовместимым с проектом статьи 6 и пунктом 1(b). Проект статьи 6, возможно, является достаточным для обеспечения того, чтобы стороны могли установить момент передачи дебиторской задолженности при условии, что она не затрагивает права третьих сторон и что автономию сторон в этом отношении, возможно, и не потребуется ограничивать. Таким образом, возможно, и не будет необходимости ссылаться на автономию сторон в проекте статьи 11.

2. Если новый подпункт 1 проекта статьи 5 (см. проект статьи 5, примечание 10, выше) будет сохранен и сфера применения проекта конвенции будет ограничиваться дебиторской задолженностью по договору, то Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий пересмотренный вариант текста пункта 1 проекта статьи 11:

1) С учетом статей 23 и 24

a) дебиторская задолженность, иная, чем будущая дебиторская задолженность, передается в момент уступки;

b) будущая дебиторская задолженность считается переданной в момент уступки".

3. Если новый подпункт 1 проекта статьи 5 будет исключен, то в проекте статьи 11 необходимо будет сделать ссылку на момент заключения договора уступки.

Статья 12. Договорные ограничения на уступку

1. Проект статьи 12 преодолевает оговорку о недопустимости уступки и дает цессионарию возможность получить платеж непосредственно от должника. Лежащая в основе этого цель заключается в том, что для каждого было бы более выгодным уменьшить расходы, связанные с изучением договоров при их заключении с целью обеспечить, чтобы в них не содержались оговорки о недопустимости уступки, а не для того, чтобы обеспечить защиту должника от производства платежа кому бы то ни было еще.

2. Вместе с тем в определенных случаях могут быть установлены другие цели или практика, которые, возможно, потребуется сохранить, например, линия правительств, направленная на то, чтобы не вести дела с определенными сторонами или не передавать права на зачет, которыми они могут обладать в отношении своих поставщиков товаров или услуг. Общепризнанной также является норма, закрепленная практикой в области независимых гарантий или резервных аккредитивов и заключающаяся в том, что гарант/эмитент независимого обязательства не должен производить вопреки своей воле платеж какому-либо лицу, иному, чем бенефициар (см., например, статьи 10 и 11 Конвенции о гарантиях и резервных аккредитивах). Кроме того, в практике синдикации ссуд уступка является возможной только в том случае, если она допускается условиями соглашения о ссуде. Более того, в случае установления обеспечения займов ипотечным залогом уступка против потребителя-должника может в материальном выражении увеличить бремя риска, возлагаемое на потребителя-должника (если, например, заем под ипотечный залог уступается местным сберегательно-кредитным банком какому-либо иностранному кредитору, который может проявлять большую активность в сборе причитающихся сумм займа или в обработке любых переменных процентных ставок).

3. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении определенных исключений из нормы, содержащейся в проекте статьи 12, в отношении уступок дебиторской задолженности, возникающей из депозитных счетов, независимых гарантий или резервных аккредитивов, сделок, совершенных в личных, домашних или семейных целях, соглашений о займе или контрактов о государственных закупках (см. также A/CN.9/WG.II/WP.98, проект статьи 12, примечание 1).

4. Последствия таких исключений будут заключаться в том, что в случае уступки, совершенной в нарушение оговорки о недопустимости уступки, определенные категории должников могут исполнить свои обязательства путем производства платежа цеденту, тогда как уведомление не будет прекращать их права на зачет и не будет ограничивать их способность вносить изменения в первоначальный договор без согласия цессионария. В соответствии с таким подходом, если цедент является состоятельным, то цессионарий сможет получить от цедента возмещение убытков в случае неисполнения обязательств должником, тогда как в том случае, если цедент становится несостоятельным, цессионарий будет обладать преимущественным правом против управляющего в деле о несостоятельности и кредиторов этого цедента (краткое обсуждение этого подхода в отношении потребителей-должников см. в документах A/CN.9/445, пункт 229, и A/CN.9/432, пункт 125).

5. С другой стороны, хотя подход, основывающийся на какой-либо норме с определенными исключениями, может превратить проект конвенции в более приемлемый для государств, в случае признания подхода, отраженного в проекте статьи 12, в качестве надлежащего подхода, как представляется, не будет каких-либо веских оснований для исключения таких влиятельных должников, как правительства и банки. Альтернатива этому заключалась бы либо в сохранении нормы, установленной в проекте статьи 12, без исключений, по крайней мере в отношении влиятельных должников, либо в признании уступки, совершенной в нарушение оговорки о недопустимости уступок, в качестве недействительной по отношению к любому должнику и действительной только по отношению к цеденту и третьим сторонам, иным, чем должник. Последний подход может установить соответствующий баланс между необходимостью способствовать финансированию под дебиторскую задолженность и необходимостью обеспечивать защиту интересов должника.

6. Однако если придерживаться такого подхода, то цессионарий будет лишен права требования платежа от должника. Такой подход, хотя и является приемлемым для некоторых видов практики финансирования, был бы неприемлемым для других видов практики, таких, как факторинг и кредитование на основе активов, когда кредитор может структурировать все финансирование на основе средств, взыскиваемых с должников. Кроме того, во многих правовых системах если платеж производится цеденту, то цессионарий не всегда будет иметь право на получение платежа до необеспеченных кредиторов. Например, если должник производит платеж цеденту до возбуждения производства по делу о несостоятельности, то цессионарий будет обладать только правом ad personam. Только в том случае, если платеж производится после возбуждения производства по делу о несостоятельности, цессионарий будет обладать правом на платеж до необеспеченных кредиторов.

7. С другой стороны, такой подход может рассматриваться с целью придания действительности уступке, которая по своей сумме может противоречить статутным запрещениям или, по крайней мере, статутным запрещениям, которые не представляют собой императивные нормы права (т.е. loi de police). Разрешение цеденту уступать поступления от платежа, произведенного должником цеденту, не было бы несовместимым с политикой защиты должника. Вместе с тем такой подход может быть несовместимым не со статутными запрещениями, которые призваны обеспечивать защиту должника (например, запрещениями, касающимися дебиторской задолженности, принадлежащей правительству), а со статутными запрещениями, которые призваны защищать цедента (например, запрещением уступки заработной платы или пенсии). Для целей нормы, подлежащей включению в проект конвенции, возможно, и нет способа определить, направлено ли какое-либо статутное запрещение на обеспечение защиты должника или цедента.

8. В отличие от проектов статей 10 и 11 проект статьи 12 не обусловливается проектами статей 23 и 24. В результате уступка, совершенная несмотря на оговорку о недопустимости уступки, является действительной против других цессионариев, кредиторов цедента и управляющего в деле о несостоятельности цедента. То обстоятельство, что право, регулирующее преимущественные права согласно проектам статей 23 и 24, не может лишить действительности уступку, совершенную в нарушение оговорки о недопустимости уступки, возможно, потребуется разъяснить в комментарии или в контексте проектов статей 23 и 24 посредством включения следующего положения: "Ничто в настоящей Конвенции не лишает действительности уступку на том лишь основании, что она совершена вопреки соглашению между цедентом и должником, ограничивающему каким-либо образом право цедента на уступку своей дебиторской задолженности" (в связи с этим вопросом см. также проект статьи 10, примечание 2).

9. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли поместить проект статьи 26, который касается соглашений, ограничивающих уступки в связи с последующими уступками, в контекст проекта статьи 12 (A/CN.9/455, пункт 54).

10. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий пересмотренный вариант текста проекта статьи 12:

"1) Дебиторская задолженность передается цессионарию независимо от какого-либо соглашения между цедентом и должником или - в случае какой-либо последующей уступки - между первоначальным или любым последующим цедентом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающего каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность.

2) Ничто в настоящей статье не затрагивает какого-либо обязательства или ответственности цедента за нарушение такого соглашения. Лицо, которое не является стороной такого соглашения, не несет, согласно этому соглашению, ответственности за его нарушение[10].

3) Настоящая статья не применяется к уступкам дебиторской задолженности, возникающей в связи с соглашениями о ссуде, депозитными счетами, независимыми гарантиями и резервными аккредитивами, договорами, заключенными в личных, домашних или семейных целях, а также контрактами о государственных закупках".

11. В качестве альтернативы пункту 3 Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть отказ от исключений к норме, содержащейся в проекте статьи 12, и разрешение государствам делать такую оговорку. В соответствии с таким подходом каждое государство будет определять, может ли оно - и каким образом -пожелать обеспечивать защиту всех должников или только определенных категорий должников.

12. В любом случае проект статьи 12 в его нынешней формулировке не будет затрагивать: риска аннулирования первоначального договора должником за нарушение оговорки о недопустимости уступки цедентом; риска того, что цессионарий может нести деликтную ответственность; и риска того, что уступка может быть аннулирована, если в соответствии с положениями национального права она "по существу изменит обязательство другой стороны [должника] или по существу увеличит бремя или риск, возлагаемые на эту сторону ее договором, или же по существу устранит его шанс на получение ответного исполнения" (статья 2-210 Единообразного торгового кодекса Соединенных Штатов Америки). Хотя норма, лишающая действительности оговорки о недопустимости уступки, может решить эти проблемы, она может и ограничить автономию сторон в отношении должника до неприемлемой степени.

Статья 13. Передача обеспечительных прав

1. Смысл этого положения заключается в том, что акцессорные обеспечительные права, будь то личные или имущественные, следуют за дебиторской задолженностью, которую они обеспечивают. Этот принцип является общепризнанным и зачастую имеет огромное значение, поскольку стоимость, на которую полагался кредитор, предоставивший кредит цеденту, зачастую может отражаться не в дебиторской задолженности, а в праве, обеспечивающем эту дебиторскую задолженность.

[10]Проект статьи 12(2) был приведен в соответствие с проектом статьи 26(2) (A/CN.9/455, пункт 51).

2. Выражение "если иное не предусмотрено законом или соглашением между цедентом и цессионарием" призвано обеспечить, чтобы, если по закону обеспечительное право является независимым, оно не следовало за уступленной дебиторской задолженностью и чтобы стороны могли достичь соглашения о том, что акцессорное обеспечительное право не будет автоматически следовать за уступленной дебиторской задолженностью и будет погашено (например, сохранение правового титула в товарах или ипотечный залог не будут следовать за дебиторской задолженностью, поскольку цессионарий, возможно, не пожелает нести ответственность за качество продукции, в случае товаров, или за покрытие расходов на страхование и поддержание в надлежащем состоянии здания, в случае ипотечного залога). Вместе с тем это выражение может и не быть достаточным для того, чтобы отразить предполагаемый смысл. Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть формулировку, которая предлагается ниже и которая сопряжена с попыткой дальнейшего уточнения предполагаемого смысла пункта 1.

3. Ссылку на автономию сторон можно было бы исключить при том понимании, что этот вопрос в достаточной мере урегулирован в проекте статьи 6. Однако определенную ссылку на другое право потребуется сохранить, с тем чтобы учесть независимые обязательства. В связи с такими обязательствами проект конвенции может установить обязательство цедента передавать свои поступления цессионарию на основе предположения о том, что такие поступления могут быть переданы без согласия лица, обязанного произвести платеж. Значимость такого рода положения будет заключаться в таком действии, какое цессионарий не может в противном случае совершить против цедента. В комментарии можно было бы разъяснить, что согласно проекту статьи 6 цедент и цессионарий могут согласиться об ином. Такое обязательство нельзя возложить на цедента в отношении права требования платежа согласно независимому обязательству, поскольку обычно передача такого права обусловливается согласием лица, обязанного произвести платеж.

4. В соответствии с проектом статьи 12 пункты 2 и 3 проекта статьи 13 призваны обеспечить, чтобы соглашение, ограничивающее право цедента на передачу любого обеспечительного права, не лишало действительности их передачу. Такое соглашение фактически будет иметь своим результатом в случае акцессорного обеспечительного права погашение этого права, тогда как в случае независимого обеспечительного права оно приведет к невозможности уступки этого права. Пункты 2 и 3 имеют огромное значение, поскольку, как уже упоминалось, в некоторых видах практики кредитор может полагаться в большей мере на обеспеченное право, чем на дебиторскую задолженность.

5. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующую формулировку проекта статьи 13:

"1) Личное или имущественное право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается цессионарию без нового акта передачи, если только по закону оно [не является независимым] [может быть передано только с новым актом передачи]. Если такое право по закону [является независимым] [может быть передано только с новым актом передачи], цедент обязан передать поступления от этого права цессионарию.

2) Право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности, передается согласно пункту 1, невзирая на соглашение между цедентом и должником или другим лицом, предоставляющее это право, ограничивающее каким-либо образом право цедента на уступку дебиторской задолженности или право, обеспечивающее платеж уступленной дебиторской задолженности.

3) Ничто в настоящей статье не затрагивает какое-либо обязательство или ответственность цедента за нарушение соглашения, заключенного согласно пункту 2. Лицо, которое не является стороной такого соглашения, не несет в соответствии с этим соглашением ответственности за его нарушение.

4) Пункт 1 настоящей статьи не затрагивает любого требования на основании иных норм права, чем положения настоящей Конвенции, касающегося формы или регистрации передачи любых прав, обеспечивающих платеж уступленной дебиторской задолженности".

Глава IV. Права, обязательства и возражения

Раздел I. Цедент и цессионарий

Статья 16. Право на уведомление должника

1. Пункт 1 предусматривает, что цедент или цессионарий, или и тот и другой могут направить должнику уведомление и потребовать произвести платеж. Вместе с тем после направления уведомления цедент уже не является собственником дебиторской задолженности, даже если цедент все еще остается получателем платежа. По этой причине после получения уведомления должником только цессионарий должен быть вправе уведомлять должника и изменять или исправлять инструкции, данные должнику в первом уведомлении. Норма такого содержания, включенная в проект статьи 16(1) (см. проект статьи 16 ниже), будет надлежащим образом дополнять норму, предложенную для проекта статьи 18(4) (см. проект статьи 18, примечание 3, ниже), в соответствии с которой в случае направления нескольких уведомлений, касающихся одной и той же уступки, должник освобождается от ответственности в результате производства платежа лицу или в адрес, указанный в последнем уведомлении.

2. На своей двадцать восьмой сессии Рабочая группа одобрила содержание проекта статьи 16 без проведения различия между уведомлением и требованием произвести платеж. Хотя на той сессии была выражена некоторая поддержка проведению такого различия, против этого подхода были высказаны возражения по ряду оснований, включая следующие: этот подход приводит к необоснованному закреплению различия, которое в конечном счете имеет практическую важность лишь в исключительных ситуациях, поскольку цессионарии, направляющие уведомление должникам, не могут допустить сохранения какой-либо неопределенности в отношении того, кому должник должен производить платеж; такой подход может непреднамеренно привести к удорожанию кредита, если его считать побуждающим стороны направлять два "уведомления" - одно уведомление без платежных инструкций, а другое - с платежными инструкциями; подобный подход осложнил бы исполнение обязательства должником, поскольку должнику должны были быть известны правовые последствия направления каждого вида уведомления (A/CN.9/447, пункты 75-78).

3. Вместе с тем этот вопрос вновь возник в контексте проектов статей 18(3) (в контексте обсуждения вопроса о том, может ли цессионарий изменить или исправить платежные инструкции, данные должнику в уведомлении), 19(2) и 21(4) (в контексте обсуждения вопроса о том, должно ли уведомление, в котором не указывается получатель платежа, влечь за собой правовые последствия, описываемые в этих проектах статей). Отсутствие консенсуса в отношении вопроса о том, следует ли проводить различие между разными видами уведомлений (или, другими словами, между уведомлением и требованием произвести платеж) с целью атрибуции различных правовых последствий таким уведомлениям, привело к включению взятых в квадратные скобки формулировок в проекты статей 19(2) и 21(4) (A/CN.9/447, пункты 46, 74-76, 82-83, 99-100 и 135).

4. В "предложении Соединенных Штатов Америки" (A/CN.9/WG.II/WP.100, далее именуемом "предложение США") этот вопрос затрагивается посредством проведения различия между разными видами сообщений (т.е. между уведомлением и требованием произвести платеж) и посредством атрибуции различных правовых последствий каждому из этих сообщений. Согласно предложению США, в отличие от проекта статьи 16(3) (которая сейчас перенесена в проект статьи 5(f)), в уведомлении не требуется указывать получателя платежа. В результате этого уведомление не может повлечь за собой какое-либо изменение таким образом, чтобы должник мог исполнить свое обязательство (проект статьи 18, пересмотренный в предложении США). Вместе с тем оно может повлечь за собой "замораживание" прав на зачет должника и ограничение права должника на изменение первоначального договора (в случае принятия предложения США взятые в квадратные скобки формулировки в проектах статей 19(2) и 21(4) не будут необходимыми для достижения этого результата). В соответствии с подходом, отраженным в предложении США и направленным на то, чтобы предусмотреть различные правовые последствия, проект статьи 16(2), содержащийся в предложении США, предусматривает, что уведомление об уступке или платежная инструкция, направленные должнику в нарушение соглашения между цедентом и цессионарием, "являются недействительными для целей статьи 18 по причине этого нарушения", что a contrario означает его недействительность для целей статей 19 и 21.

5. При решении вопроса о том, следует ли проводить различие между уведомлением и платежной инструкцией с целью атрибуции различных правовых последствий каждому из этих сообщений, Рабочая группа, возможно, пожелает определить, является ли практика, предусматривающая направление чистого уведомления без каких-либо платежных инструкций, достаточно значительной, с тем чтобы устанавливать норму на все случаи. Если Рабочая группа определит, что в большинстве видов практики некоторого рода платежные инструкции должнику (т.е. произвести платеж цессионарию или третьему лицу или же продолжать производить платежи цеденту) являются чрезвычайно важным элементом уведомления, то Рабочая группа, возможно, пожелает определить, следует ли включать в проект конвенции специальную норму (аналогичную в общем и целом взятой в квадратные скобки формулировке проектов статей 19(2) и 21(4)), с тем чтобы принять во внимание определенные исключительные виды практики, когда уведомление не содержит какой-либо платежной инструкции, или же такого рода практику можно оставить за пределами сферы применения проекта конвенции.

6. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает разделить проект статьи 16 на два положения, одно положение: состоящее из пунктов 1 и 2, которые будут касаться права на уведомление должника или как таковые надлежащим образом будут сохранены в разделе I (права и обязательства цедента и цессионария), и другое положение, состоящее из пунктов 4 и 5, которые будут касаться прав должника и которые должны быть помещены в раздел II (права и обязательства должника). Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли поместить проект статьи 28, касающийся уведомления о последующих уступках, в контекст проекта статьи 16 (A/CN.9/455, пункт 54). Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть пересмотренный вариант текста проекта статьи 16 и новой статьи 17 кватер, в которых говорится следующее:

> "1) Если иное не согласовано цедентом и цессионарием, то цедент или цессионарий, или и тот и другой могут направить должнику уведомление об уступке и потребовать, чтобы платеж был произведен лицу или в адрес, которые указаны в уведомлении. Однако после получения уведомления должником только цессионарий может уведомить должника и потребовать, чтобы платеж был произведен другому лицу или в другой адрес.
>
> 2) Уведомление об уступке или требование платежа, направленные цедентом или цессионарием, не является недействительным по той лишь причине, что они нарушают соглашение, указанное в пункте 1 настоящей статьи. Однако ничто в настоящей статье не затрагивает какого-либо обязательства или ответственности стороны, нарушившей такое соглашение, в связи с любыми убытками, понесенными в результате нарушения".

Раздел II. Должник

Статья 17 тер. Принцип защиты должника

Пункт 1 основывается на тексте пункта 1 проекта статьи 7, тогда как пункт 2 является новым положением (см. примечания к преамбуле и проекту статьи 7).

"1) За исключением случаев, когда в настоящей Конвенции предусмотрено иное, уступка не создает никаких последствий для прав и обязательств должника.

2) За исключением изменения идентификационных данных лица, которому или на счет которого, или в адрес которого должник обязан произвести платеж, который может быть совершен посредством направления уведомления об уступке, ничто в настоящей Конвенции не затрагивает условия платежа, содержащиеся в первоначальном договоре, без согласия должника".

Статья 17 кватер. Уведомление должника

С тем чтобы не допустить каких-либо сомнений в отношении момента, в который уведомление становится действительным, в пункте 1 вновь излагается "норма о получении", которая уже воплощена в других положениях проекта конвенции (например, в проекте статьи 18).

"1) Уведомление об уступке является действительным, когда оно получено должником, если оно составлено на любом языке, который разумно предназначен для информирования должника о содержании уведомления. Считается достаточным, если уведомление составляется на языке первоначального договора.

2) Уведомление об уступке может касаться дебиторской задолженности, которая возникает после уведомления.

3) Уведомление о последующей уступке представляет собой уведомление о любой предыдущей уступке".

Статья 18. Освобождение должника от ответственности в результате платежа

1. В пункте 1 слово "цедент" следует заменить словами "в соответствии с первоначальным договором", поскольку первоначальный договор может указывать, что платеж должен быть произведен какой-либо третьей стороне или на банковский счет, или в абонементный почтовый ящик без какой-либо идентификации владельца счета или абонементного почтового ящика.

2. Для согласования пункта 3, касающегося нескольких уведомлений о разных уступках, с проектом статьи 16(3) (перемещен в проект статьи 5(f)) из него следует исключить слова "или на счет". В комментарии можно было бы разъяснить, что слово "адрес" означает почтовый адрес, счет, абонентский почтовый ящик или что-либо подобное (A/CN.9/434, пункты 184-185).

3. Поскольку пункт 3 не касается изменений или исправлений уведомления (т.е. нескольких уведомлений, относящихся к одной и той же уступке), потребуется включить дополнительное положение. При том понимании, что после получения должником первого уведомления только цессионарий может направить второе уведомление (проект статьи 16(1), второе предложение текста), в таком положении должно предусматриваться, что должник освобождается от ответственности только в результате платежа лицу, указанному в последнем уведомлении до платежа (см. проект статьи 18(4) ниже).

4. В отношении вопроса о том, каким образом должник, получающий несколько уведомлений, узнает, следует ли платить лицу, указанному в первом или в последнем уведомлении, следует отметить, что разумные должники в случае возникновения сомнений обычно запрашивают у какого-либо цессионария достаточные доказательства совершения уступки (см. проект статьи 18(6) ниже). Разумные цессионарии предоставляют достаточную информацию должнику в любом случае. Если такие доказательства не предоставлены, то должник освобождается от ответственности в результате платежа цеденту (обсуждение этого вопроса см. в документе A/CN.9/455, пункты 63-66).

5. Как представляется, результат, на который направлено предложение США, будет также достигнут в том случае, если формулировка, добавленная в новый проект статьи 16(1), будет сохранена, новый пункт 4 будет добавлен к проекту статьи 18, а взятая в квадратные скобки формулировка, содержащаяся в проектах статей 19(2) и 21(4), будет также сохранена.

6. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность сохранения пункта 8, который взят в квадратные скобки. Пункт 8 призван разъяснить, что проект конвенции не затрагивает вопроса о том, может ли должник быть освобожден от ответственности в результате платежа лицу, которое получило недействительную уступку (A/CN.9/455, пункты 55-58). Если Рабочая группа примет решение сохранить пункт 8, то, возможно, она пожелает рассмотреть вопрос о том, является ли он достаточным для того, чтобы охватить ситуацию, в которой недействительной является не уступка последнему цессионарию, а предыдущая уступка.

7. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли поместить проект статьи 27, касающийся нескольких уведомлений в ходе последующих уступок, в контекст статьи 18 (см. проект статьи 18(5) ниже). Таким образом, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть проект статьи 18 на основе следующих формулировок:

"1) До тех пор, пока должник не получил уведомления об уступке, он имеет право исполнить свое обязательство путем осуществления платежа в соответствии с первоначальным договором.

2) После получения должником уведомления об уступке, с учетом пунктов 3-8 настоящей статьи, он освобождается от ответственности только путем производства платежа лицу или в адрес, которые указаны в таком уведомлении.

3) В случае, если должник получает уведомление о нескольких уступках одной и той же дебиторской задолженности, совершенных одним и тем же цедентом, должник освобождается от ответственности путем производства платежа лицу или в адрес, которые указаны в первом полученном уведомлении.

4) В случае если должник получает несколько уведомлений, касающихся одной уступки одной и той же дебиторской задолженности, совершенной одним и тем же цедентом, должник освобождается от ответственности путем производства платежа лицу или в адрес, которые указаны в последнем уведомлении, полученном до платежа.

5) В случае, если должник получает уведомление о нескольких последующих уступках, должник освобождается от ответственности только путем производства платежа лицу или в адрес, которые указаны в уведомлении о последней из таких последующих уступок, полученном до платежа.

6) В случае, если должник получает уведомление об уступке от цессионария, должник имеет право обратиться к цессионарию с просьбой представить ему в течение разумного срока надлежащее доказательство того, что уступка была совершена, и, если цессионарий этого не делает, должник освобождается от ответственности путем производства платежа цеденту. Надлежащее доказательство включает любой письменный документ, исходящий от цедента и содержащий указание на то, что уступка была совершена, но не ограничивается этим.

7) Настоящая статья не затрагивает любые другие основания, по которым платеж должника лицу, имеющему право на платеж, компетентному судебному или иному органу или в публичный депозитный фонд освобождает должника от ответственности.

[8) Настоящая статья не затрагивает любые основания, по которым должник может быть освобожден от ответственности в результате производства платежа лицу, которому была совершена недействительная уступка.]"

Статья 19. Возражения и права на зачет со стороны должника

1. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть нормы права, применимые к вопросу о том, когда право на зачет должно считаться "имеющимся" (этот вопрос был оставлен открытым на двух предыдущих сессиях Рабочей группы, см. A/CN.9/447, пункты 97-98, и A/CN.9/455, пункты 98-100). Основная трудность, связанная с определением норм права, применимых к вопросам, которые касаются зачета, заключается в том, что они могут квалифицироваться как процессуальные вопросы и подвергаться действию lex fori. Эту трудность можно было бы в значительной степени устранить в том случае, если сделать ссылку на право государства нахождения должника, поскольку цедент или цессионарий, как правило, возбуждает производство против должника в таком государстве. Однако если спор передается на рассмотрение суда в ином государстве, чем государство нахождения должника (например, в государстве, в котором должник, возможно, располагает активами), то ссылка на нормы права государства нахождения должника не принесет какой-либо пользы, поскольку суд может квалифицировать данный вопрос как процессуальный и применить свое право.

2. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить взятую в квадратные скобки формулировку, содержащуюся в пункте 2. Цель взятой в квадратные скобки формулировки заключается в обеспечении того, чтобы уведомление, в котором не указывается получатель платежа, имело своим результатом "замораживание" прав на зачет со стороны должника (A/CN.9/447, пункт 100). Как уже упоминалось, если Рабочая группа примет предложение США в отношении проекта статьи 16(3), то взятую в квадратные скобки формулировку можно будет исключить, поскольку уведомлением будет "уведомление" согласно проекту конвенции даже в том случае, если в нем не указывается получатель платежа.

Статья 20. Договоренность не ссылаться на возражения и права на зачет

Во избежание возникновения какой-либо неопределенности в результате возможного использования термина "потребитель" в проектах статей 20 и 22 можно сделать ссылку на "право, регулирующее защиту должника при сделках, совершенных в личных, семейных или домашних целях". Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить пункт 2(c), который взят из статьи 30(1) Конвенции Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях и помещен в квадратные скобки (рассмотрение этого вопроса см. в A/CN.9/447, пункты 110-119).

Статья 21. Изменение первоначального договора

Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение о том, следует ли сохранить пункт 4, текст которого взят в квадратные скобки. Взятая в квадратные скобки формулировка призвана обеспечить такое положение, при котором уведомление, не указывающее получателя платежа, может ограничить право должника на изменение первоначального контракта без согласия цессионария. Как и в проекте статьи 19(2), эта взятая в квадратные скобки формулировка не потребуется, если Рабочая группа примет предложение США в отношении минимального содержания уведомления, поскольку в таком случае уведомление, в котором не указывается получатель платежа, будет действительным уведомлением для целей проектов статей 19 и 21.

Раздел III. Другие стороны

Название этого раздела, возможно, потребуется изменить на "другие третьи стороны" или "другие стороны", поскольку должник также является третьей стороной уступки (должник является стороной первоначального договора с цедентом, однако проект конвенции не предназначается для охвата такого договора).

Статья 23. Коллизия прав нескольких цессионариев

Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение о том, следует ли сохранить взятую в квадратные скобки формулировку, содержащуюся в пункте 2. Если исключить взятую в квадратные скобки формулировку, то в комментарии можно разъяснить то обстоятельство, что уступка приоритета может принимать форму одностороннего акта или осуществляться путем соглашения.

Статья 24. Коллизия прав цессионария и управляющего в деле о несостоятельности или кредиторов цедента

1. В пункте 2 речь идет о приоритете в отношениях между цессионарием и управляющим в деле о несостоятельности. Хотя такая формулировка известна в тех правовых системах, в которых управляющий в деле о несостоятельности становится держателем прав кредиторов, она может быть и не столь подходящей в тех правовых системах, в которых управляющий в деле о несостоятельности всего лишь осуществляет права кредиторов. Кроме того, в некоторых производствах, предусматривающих реорганизацию, может и не быть управляющего в деле о несостоятельности. Таким образом, формулировку пункта 2 можно было бы заменить следующей: "В производстве по делу о несостоятельности, касающемся активов цедента, приоритет в отношениях между цессионарием и кредиторами цедента регулируется правом государства, в котором находится цедент". Ссылка на права управляющего в деле о несостоятельности сделана также в пункте 4. Однако в этом контексте управляющий в деле о несостоятельности вполне может считаться обладающим процессуальными правами, отличными от материальных прав кредиторов цедента.

2. Проект статьи 24(3) будет излишним, если проекты статей 32 и 33 будут применимыми к положениям частного международного права, содержащимся в проекте конвенции, которые выходят за пределы главы VI (т.е. к проектам статей 1(2), 9, 17 бис, 19(2) и 23-24; см. также проект статьи 1, примечание 20, глава VI, примечание 2, и проект статьи 42 бис ниже).

3. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, требуется ли включать отдельное положение, аналогичное пункту 5, с целью обеспечить, чтобы проект статьи 24(2) не превалировал над нормами национального права, создающими сверхпреимущественные права, например в пользу государства в целях налогообложения, или же этот вопрос либо уже охватывается пунктами 3 и 4, либо его, возможно, было бы лучше всего рассмотреть в контексте проекта статьи 44.

4. В любом случае требование к государствам перечислить в заявлении внедоговорные права, которые будут являться приоритетными по отношению к правам цессионария, может уменьшить приемлемость проекта конвенции для государств, поскольку любой недосмотр или ошибка в заявлении приведет к тому, что такие права станут подчиненными правам цессионария. Кроме того, интересы определенности могут быть и не соблюдены, если вопреки ожиданиям, на которых основывается пункт 5, такие заявления не являются достаточно ясными. Таким образом, в случае сохранения пункта 5 Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об исключении слов "но только в той степени, в которой такой приоритет оговорен государством суда в документе, сданном на хранение депозитарию до момента осуществления уступки". В комментарии можно было бы разъяснить, что пункт 5 предназначается для сохранения внедоговорных прав и интересов, являющихся приоритетными согласно праву государства суда.

Глава V. Последующие уступки

Если Рабочая группа примет решение включить проекты статей 25-28 в положения проекта конвенции, касающиеся соответствующих вопросов в контексте первоначальной уступки (т.е. проекты статей 1, 12, 18 и 17-кватер, соответственно), то проекты статей 25-28 можно будет исключить.

Глава VI. Коллизия норм права

1. В случае применения главы VI к сделкам, к которым проект конвенции является применимым согласно главе I, глава VI может лишь служить цели дополнения материальных положений проекта конвенции путем рассмотрения вопросов, которые регулируются проектом конвенции, но прямо в нем не решены. В таком случае потребуется исключить проект статьи 31, поскольку он будет дублировать проекты статей 23 и 24. С другой стороны, если глава VI будет обеспечивать второй уровень унификации в отношении сделок, на которые распространяется действие права, применимого за пределами проекта конвенции, то вступительные формулировки проектов статей 29 и 30 следует исключить, тогда как проект статьи 31 необходимо будет сохранить без вступительной части (см. также проект статьи 1(3), примечания 17-19).

2. В проекты статей 32 и 33 следует включить ссылку на те положения частного международного права, содержащиеся в проекте конвенции, которые находятся за пределами главы VI (т.е. проекты статей 1(2), 9, 17 бис, 19(2) и 23-24; см. проект статьи 1, примечание 20, проект статьи 24, примечание 2, выше, и проект статьи 42 бис ниже).

Глава VII. Альтернативные правила о преимущественных правах

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть содержание, а также вопрос о месте главы VII в проекте конвенции. Если предполагается, что глава VII будет действовать в качестве автономного типового закона, предлагаемого для включения государствами в свое внутреннее законодательство, то, возможно, было бы целесообразным поместить ее в приложение к проекту конвенции. Однако в таком случае главу VII, возможно, потребуется расширить. Если, с другой стороны, предполагается, что глава VII будет дополнять или изменять проект конвенции, то ее лучше поместить в протокол к проекту конвенции. В ином случае, если она будет содержать всего лишь положение, устанавливающее процедуру внесения поправок в проект конвенции, ее можно было бы поместить в главу, содержащую заключительные положения (в отношении цели главы VII см. примечания к проекту статьи 43 ниже).

Глава VIII. Заключительные положения

Статья 42. Коллизии с международными соглашениями

В проекте статьи 42 отражен подход, отличающийся от подхода, используемого в других конвенциях, которые были подготовлены ЮНСИТРАЛ, тем, что вместо предоставления преимущественной силы другим конвенциям, которые касаются вопросов, охватываемых в проекте конвенции, она позволяет государствам решать, какой конвенции отдать преимущество. В отсутствие такого заявления преимущественную силу имеет данный проект конвенции. Этот подход призван учесть негативные ситуации возникновения коллизий, а именно ситуации, в которых различные конвенции, касающиеся одних и тех же вопросов, уступают друг другу, и в результате возникает неопределенность в отношении того, какой из текстов является применимым. Конвенции, которые касаются вопросов, охватываемых данным проектом конвенции, включают Оттавскую конвенцию и Римскую конвенцию.

Статья 42 бис. Применение главы VI

По уже изложенным причинам (см. проект статьи 1, примечание 20; проект статьи 24, примечание 2; и главу VI, примечание 2, выше) проект статьи 42 бис необходимо пересмотреть следующим образом: "Государство может в любой момент заявить, что оно не будет связано статьями 29-31".

Статья 42 тер. Дополнительные уступки, охватываемые Конвенцией

Если Рабочая группа считает, что государства могут пожелать применять данный проект конвенции к дополнительным видам практики или исключать определенные виды практики (см. проекты статей 1(7) и 4(2), а также примечания к этим положениям), то можно было бы рассмотреть следующую формулировку: "Государство может в любой момент заявить, что оно будет применять настоящую Конвенцию к дополнительным видам практики, перечисленным в заявлении".

Статья 42 кватер. Другие исключения

"Государство может в любой момент заявить, что оно не будет применять настоящую Конвенцию к определенным видам практики, перечисленным в заявлении".

Статья 43. Применение главы VII

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о цели главы VII. Можно отметить, что глава VII может использоваться одним из следующих способов: государство могло бы применять свои внутригосударственные правила о приоритете на основе регистрации, однако использовать систему регистрации, предусмотренную проектом конвенции; государство могло бы применять правила о приоритете, содержащиеся в разделе I, однако использовать свою собственную систему регистрации; государство могло бы согласиться с применением как раздела I, так и раздела II, однако только в отношении уступок, попадающих в сферу применения проекта конвенции; и государство могло бы применять

внутренние правила на основе разделов I и II, к которым будут отсылать проекты статей 23 или 24, и применять их в отношении всех уступок независимо от того, попадают ли они в сферу действия проекта конвенции (A/CN.9/455, пункт 122).

Статья 44. Правила или процедуры по вопросам несостоятельности, не затрагиваемые настоящей Конвенцией

1. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность сохранения проекта статьи 44. Проект статьи 24(3) может быть достаточным для закрепления правила по этому вопросу. Согласно проекту статьи 24(3) в применении права, применимого к вопросам приоритетов, может быть отказано судом или иным компетентным органом, если это явно противоречит публичной политике государства суда (A/CN.9/455, пункты 136-140).

2. Кроме того, хотя сформулированное в общих выражениях заявление не будет обеспечивать желаемого уровня определенности в отношении применения проекта конвенции, требование делать конкретное заявление, в котором были бы перечислены материальные или процессуальные нормы национального законодательства, касающегося несостоятельности, которые не затрагиваются проектом конвенции, может негативно воздействовать на приемлемость проекта конвенции для государств (A/CN.9/455, пункт 135).

Статья 46. Применение в отношении территориальных единиц

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о значении термина "место нахождения" в контексте пункта 3. Если термину "место нахождения" придавать то же значение, что и в проектах статей 23 и 24, то проект конвенции может применяться в случае коммерческого предприятия, зарегистрированного на федеральном уровне, независимо от того, имело ли оно какую-либо связь (например, место нахождения коммерческого предприятия) с территориальной единицей, к которой применяется проект конвенции. В связи с этим, возможно, было бы целесообразным сделать ссылку на место нахождения коммерческого предприятия, с тем чтобы проект конвенции применялся к коммерческому предприятию, зарегистрированному на федеральном уровне и имеющему свое место нахождения в территориальной единице, к которой будет применяться проект конвенции.

Статья 47. Вступление заявления в силу

Заявления могут оказывать неблагоприятное воздействие на права третьих сторон, предоставляющих кредит на основе определенного правового режима, особенно в случае уступок будущей дебиторской задолженности. Для защиты разумных интересов третьих сторон можно было бы добавить новый пункт 5, в котором говорится следующее: "Заявление или отказ от него не затрагивает права сторон в отношении уступок, совершенных до даты вступления в силу такого заявления или такого отказа от него".

Статья 48. Оговорки

Проект статьи 48 не взят в квадратные скобки, поскольку его формулировка не изменится даже в том случае, если будут разрешены дополнительные оговорки к проекту конвенции.

Статья 50. Денонсация

По тем же причинам, которые упомянуты в отношении проекта статьи 47 выше, следует добавить новый пункт 3, который был бы аналогичным тексту статьи 90 Конвенции Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях: "Конвенция остается применимой к уступкам, совершенным до даты вступления денонсации в силу".

II. ЭЛЕКТРОННАЯ ТОРГОВЛЯ

A. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 29 июня -10 июля 1998 года) (A/CN.9/454) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
ВВЕДЕНИЕ	1-16
I. ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ	17
II. ПРОЕКТ ЕДИНООБРАЗНЫХ ПРАВИЛ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ	18-172
РАЗДЕЛ I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ И ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	19
РАЗДЕЛ II. ЭЛЕКТРОННЫЕ ПОДПИСИ	20-138
Часть I. Электронные подписи в целом	20-27
Статья 1. Определения	20
Статья 2. Правовые последствия электронной подписи	21-27
Часть II. [Усиленные] [Защищенные] электронные подписи	28-88
Статья 3. Презумпция подписания	28-39
Статья 4. Презумпция атрибуции	40-53
Статья 5. Презумпция целостности	54-63
Статья 6. Предварительное определение [усиленной] [защищенной] электронной подписи	64-75
Статья 7. Ответственность за [усиленную] [защищенную] электронную подпись	76-88
Часть III. Подписи в цифровой форме, подтвержденные сертификатами	89-138
Статья 8. Содержание [усиленного] [защищенного] сертификата	89-116
Статья 9. Правовые последствия подписей в цифровой форме, подтвержденных сертификатами	117-138
РАЗДЕЛ III. СЕРТИФИКАЦИОННЫЕ ОРГАНЫ И СМЕЖНЫЕ ВОПРОСЫ	139-172
Статья 10. Гарантия, предоставляемая при выдаче сертификата	139-144
Статья 11. Договорная ответственность	145-157
Статья 12. Ответственность сертификационного органа перед сторонами, полагающимися на сертификаты	158-163
Статьи 13-15.	164-169
Статья 16. Отношения между сторонами, полагающимися на сертификаты, и сертификационными органами	170-172
РАЗДЕЛ IV. ИНОСТРАННЫЕ ЭЛЕКТРОННЫЕ ПОДПИСИ	173
Статьи 17-19	173
III. ПРЕДЛОЖЕНИЕ О БУДУЩЕЙ РАБОТЕ В ОБЛАСТИ ЭЛЕКТРОННОЙ ТОРГОВЛИ	174-179

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссия решила включить в повестку дня вопросы о подписях в электронной форме и сертификационных органах. Рабочей группе по электронной торговле было предложено рассмотреть целесообразность и возможность подготовки единообразных правил по этим темам. Было выражено согласие с тем, что работа, которая должна быть проведена Рабочей группой на ее тридцать первой сессии, может охватывать подготовку проекта правил по определенным аспектам вышеуказанных тем. Рабочей группе было предложено представить Комиссии достаточные элементы для принятия обоснованного решения в отношении рамок единообразных правил, которые будут разрабатываться. В отношении более четкого мандата для Рабочей группы было достигнуто согласие в отношении того, что единообразные правила, которые следует подготовить, должны охватывать такие вопросы, как: правовая основа, поддерживающая процессы сертификации, включая появляющуюся технологию удостоверения подлинности и сертификации в цифровой форме; применимость процесса сертификации; распределение риска и ответственности пользователей, поставщиков и третьих сторон в контексте использования методов сертификации; конкретные вопросы сертификации через применение регистров; и включение путем ссылки[1].

2. На тридцатой сессии (1997 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать первой сессии (A/CN.9/437). Что касается целесообразности и возможности подготовки единообразных правил по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов, Рабочая группа сообщила Комиссии, что она достигла консенсуса в отношении важного значения и необходимости работы в направлении согласования норм права в этой области. Хотя она не приняла окончательного решения в отношении формы и содержания такой работы, она пришла к предварительному выводу о том, что практически можно подготовить проект единообразных правил по крайней мере по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов и, возможно, по связанным с этими вопросами проблемам. Рабочая группа напомнила о том, что наряду с подписями в цифровой форме и сертификационными органами в рамках будущей работы в области электронной торговли, возможно, также потребуется рассмотреть следующие темы: вопросы технических альтернатив криптографии публичных ключей; общие вопросы о функциях, выполняемых поставщиками услуг, являющимися третьими сторонами; и заключение контрактов в электронной форме (A/CN.9/437, пункты 156-157).

3. Комиссия дала высокую оценку работе, выполненной Рабочей группой на ее тридцать первой сессии, одобрила заключения Рабочей группы и поручила ей подготовить единообразные правила по юридическим вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов (далее в тексте - "единообразные правила").

4. В отношении конкретной сферы применения и формы таких единообразных правил было выражено общее мнение, что на данном начальном этапе принятие решения невозможно. Было сочтено, что, хотя Рабочая группа может надлежащим образом сосредоточить свое внимание на вопросах подписей в цифровой форме с учетом предполагаемой ведущей роли криптографии публичных ключей в зарождающейся практике электронной торговли, подготавливаемые единообразные правила должны соответствовать нейтральному с точки зрения носителей информации подходу, который взят за основу в Типовом законе об электронной торговле. Таким образом, единообразные правила не должны препятствовать использованию других методов удостоверения подлинности. Кроме того, при решении вопроса криптографии публичных ключей в единообразных правилах, возможно, необходимо будет учесть различия в уровнях безопасности и признать различные юридические последствия и уровни ответственности, соответствующие различным видам услуг, оказываемых в контексте подписей в цифровой форме. Что касается сертификационных органов, то Комиссия, хотя она и признала ценность стандартов, определяемых рыночными отношениями, в целом согласилась с тем, что Рабочая группа может надлежащим образом предусмотреть разработку минимального свода стандартов, которые должны будут строго соблюдаться сертификационными органами, особенно в случае необходимости трансграничной сертификации[2].

5. На своей тридцать второй сессии Рабочая группа приступила к разработке единообразных правил на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.73). Секретариату было предложено подготовить на основе обсуждений и выводов Рабочей группы свод пересмотренных положений, с возможными вариантами, для рассмотрения Рабочей группой на одной из будущих сессий.

6. На тридцать первой сессии (1998 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Было отмечено, что на своих тридцать первой и тридцать второй сессиях Рабочая группа столкнулась с очевидными трудностями в достижении общего понимания новых правовых вопросов, которые возникают в связи с расширением использования подписей в цифровой и другой электронной форме. Было отмечено также, что еще предстоит достичь консенсуса насчет того, каким образом эти вопросы можно было бы урегулировать в международно приемлемых правовых рамках. В то же время Комиссия в целом

---

[1] Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 223 и 224.

[2] Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункты 249-251.

сочла, что достигнутый к настоящему моменту прогресс свидетельствует о том, что проект единообразных правил об электронных подписях постепенно превращается в документ, который можно будет применять на практике.

7. Комиссия подтвердила принятое на ее тридцать первой сессии решение относительно возможности разработки единообразных правил и выразила уверенность в том, что на своей тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 29 июня - 10 июля 1998 года) Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на основе пересмотренного проекта, подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). В контексте этого обсуждения Комиссия с удовлетворением отметила, что по общему признанию Рабочая группа стала особо важным международным форумом для обмена мнениями по правовым вопросам электронной торговли и выработки решений по этим вопросам.

8. Комиссия отметила, что при закрытии тридцать второй сессии Рабочей группы было внесено предложение о том, что Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в предварительном порядке вопрос о проведении работы по подготовке международной конвенции, основанной на положениях Типового закона и проекта единообразных правил. Рабочая группа пришла к мнению о том, что этот вопрос, возможно, необходимо будет рассмотреть в рамках отдельного пункта повестки дня на тридцать третьей сессии Рабочей группы на основе более подробных предложений, которые, возможно, будут представлены заинтересованными делегациями. Тем не менее предварительный вывод Рабочей группы состоял в том, что подготовку конвенции следует в любом случае рассматривать в качестве отдельного проекта по отношению к подготовке единообразных правил и любых других возможных дополнений к Типовому закону. До принятия какого-либо окончательного решения относительно формы единообразных правил предложение относительно подготовки конвенции на более позднем этапе не должно отвлекать внимание Рабочей группы от ее текущей задачи, которая состоит в том, чтобы сосредоточить внимание на подготовке проекта единообразных правил о подписях в цифровой форме и других электронных подписях, а также от реализации решения, согласно которому Рабочая группа исходит в рабочем порядке из предположения о том, что единообразные правила будут подготовлены в форме проекта законодательных положений. Было высказано общее мнение о том, что возможность подготовки проекта конвенции не следует использовать в качестве повода для возобновления рассмотрения вопросов, урегулированных в Типовом законе, поскольку это может оказать отрицательное воздействие на процесс расширения использования этого уже весьма успешного документа (A/CN.9/446, пункт 212).

9. Комиссия отметила, что одна делегация представила Рабочей группе для рассмотрения на одной из будущих сессий конкретное и подробное предложение относительно подготовки конвенции (A/CN.9/WG.IV/WP.77). В этой связи были высказаны противоположные мнения. Согласно одной точке зрения, конвенция на основе положений Типового закона необходима, поскольку Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле может оказаться недостаточно для создания универсальных правовых рамок в области электронной торговли. Учитывая характер этого документа, любые национальные законодательные органы, принимающие его, могут вносить изменения в его положения, что идет вразрез с желательной целью согласования правовых норм, применимых к электронной торговле. Противоположное мнение заключалось в том, что ввиду быстро меняющейся технической основы электронной торговли этот вопрос нелегко уместить в жесткие рамки предлагаемой международной конвенции. Было отмечено, что Типовой закон особо ценен как совокупность принципов, которые могут быть инкорпорированы в национальное законодательство с помощью различных формулировок, позволяющих удовлетворять расширяющиеся потребности использования электронной торговли.

10. Большинство членов Комиссии выразило мнение, что на данном этапе было бы преждевременно заниматься подготовкой предлагаемой конвенции. Делегации различных стран сообщили, что в настоящее время в их странах осуществляются проекты правовой реформы на основе положений Типового закона. Было высказано опасение относительно того, что подготовка международной конвенции на основе Типового закона может отрицательно сказаться на широком принятии самого Типового закона, который уже всего два года после его принятия Комиссией применяется в значительном числе стран. К тому же было выражено общее мнение, что Рабочей группе не следует отступать от своей текущей задачи, заключающейся в разработке проекта единообразных правил об электронных подписях, как это было решено Комиссией. После выполнения этой задачи Рабочая группа вполне могла бы - в контексте возложенной на нее общей консультативной функции в отношении вопросов электронной торговли - представить Комиссии предложения о будущей работе в этой области. Сторонники разработки конвенции высказали мнение о том, что этот вопрос, возможно, потребуется вновь обсудить на одной из будущих сессий Комиссии и в Рабочей группе - возможно, в рамках неофициальных консультаций. Было напомнено о том, что, хотя возможная будущая работа может включать подготовку конвенции, предлагались и другие темы, например вопросы юрисдикции, применимого права и урегулирования споров в связи с использованием сети "Интернет"[3].

11. Рабочая группа по электронной торговле, в состав которой входят все государства - члены Комиссии, провела свою тридцать третью сессию в Нью-Йорке 29 июня-10 июля 1998 года. На этой сессии были представлены следующие государства - члены Рабочей группы: Австралия, Австрия, Бразилия, Венгрия, Германия, Гондурас, Египет, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Камерун, Китай, Колумбия, Литва, Мексика, Румыния,

[3]Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункты 209-211.

Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Уганда, Финляндия, Франция и Япония.

12. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Габона, Дании, Демократической Республики Конго, Индонезии, Ирландии, Канады, Мадагаскара, Нидерландов, Панамы, Польши, Португалии, Республики Корея, Саудовской Аравии, Туниса, Турции, Чешской Республики, Швейцарии и Швеции.

13. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций: Программы развития Организации Объединенных Наций (ПРООН), Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), Африканского банка развития, Европейской комиссии, Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Международного морского комитета (ММК), Европейской международной ассоциации студентов-юристов (ЕЛСА), Латиноамериканской группы адвокатов по вопросам международной торговли (ГРУЛАКИ), Иберoамериканского института морского права (ИНИДИЕ), Международной ассоциации портов и гаваней (МАСПОГ), Международной ассоциации адвокатов (МАА), Международной торговой палаты (МТП), Форума по вопросам права и политики в отношении Интернета (ФППИ), Общества по международным межбанковским электронным финансовым расчетам (СВИФТ) и Международного союза адвокатов (МСА).

14. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Мадс Брюде Андерсен (Дания)

Заместитель Председателя: г-н Пан Кан Чау (Сингапур)

Докладчик: г-н Хаир Фернандо Имбачи Серон (Колумбия).

15. Рабочей группе были представлены следующие документы: предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.IV/WP.75); записка Секретариата, содержащая проект единообразных правил о подписях в цифровой форме, других электронных подписях, сертификационных органах и соответствующих правовых вопросах (A/CN.9/WG.IV/WP.76); и записка, воспроизводящая текст предложения Соединенных Штатов Америки по поводу проекта международной конвенции об электронных сделках (A/CN.9/WG.IV/WP.77).

16. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выбор должностных лиц.
2. Утверждение повестки дня.
3. Правовые аспекты электронной торговли: проект единообразных правил об электронных подписях.
4. Прочие вопросы.
5. Утверждение доклада.

I. ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ

17. Рабочая группа обсудила вопрос о подписях в цифровой форме, электронных подписях, сертификационных органах и соответствующие правовые вопросы на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Обсуждения и выводы Рабочей группы по этим вопросам отражены в части II ниже. Секретариату было предложено подготовить на основе этих обсуждений и выводов свод пересмотренных положений, с возможными вариантами, для рассмотрения Рабочей группой на одной из будущих сессий. Одна из делегаций предложила провести в будущем работу по конвенции об электронных сделках. Это предложение было обсуждено в неофициальном порядке, что отражено в части III ниже.

II. ПРОЕКТ ЕДИНООБРАЗНЫХ ПРАВИЛ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ

Общие замечания

18. Прежде всего Рабочая группа достигла общего понимания в отношении того, что нынешняя структура единообразных правил представляет собой приемлемую основу для обсуждения. В то же время было высказано мнение о том, что сочетание, при котором имеется общая часть, посвященная электронным подписям, и специальная часть, содержащая чрезвычайно подробные правила в отношении цифровых подписей, может вызвать трудности в вопросе о взаимосвязи и взаимоотношении между этими двумя частями. Было отмечено, что единообразные правила могли бы в значительной степени учитывать различные виды электронных подписей, которые постепенно появляются на рынке. Единообразные правила могут играть важную роль в содействии

использованию методов электронных подписей в открытой среде, в укреплении доверия к использованию этих методов и в недопущении дискриминации между ними. Вместе с тем было подчеркнуто, что целый ряд вопросов, возможно, необходимо будет уточнить, например: в какой степени единообразные правила признают автономию сторон в контексте закрытых или полузакрытых сетей; возможность учесть в единообразных правилах системы, при которых сертификационные органы функционируют в качестве независимых поставщиков услуг, и системы, когда стороны полагаются на сертификат, выданный одной из сторон; возможность приспособления единообразных правил для конкретных способов помимо подписей в цифровой форме; и совместимость единообразных правил с наличием различных степеней обеспечения защиты.

РАЗДЕЛ I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ И ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

19. Рабочая группа решила отложить рассмотрение главы I до завершения обзора основных положений единообразных правил.

РАЗДЕЛ II. ЭЛЕКТРОННЫЕ ПОДПИСИ

Часть I. Электронные подписи в целом

Статья 1. Определения

20. Рабочая группа решила отложить рассмотрение проекта статьи 1 до завершения обзора основных положений единообразных правил.

Статья 2. Правовые последствия электронной подписи

21. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 2:

"1) В отношении сообщения данных, подлинность которого удостоверяется при помощи электронной подписи [иной, чем защищенная электронная подпись], электронная подпись отвечает любому правовому требованию, предъявляемому к какой-либо подписи, если эта электронная подпись является как надежной, так и соответствующей цели, для которой эта электронная подпись используется, с учетом всех обстоятельств, включая любую соответствующую договоренность.

2) Пункт 1 применяется независимо от того, выражено ли правовое требование, упомянутое в нем, в форме обязательства или же законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

3) Если только это не указано прямо где-либо в [настоящем Законе], на электронные подписи, которые не являются [усиленными] [защищенными] электронными подписями, не распространяется действие положений, стандартов или же процедур лицензирования, установленных ... [указанными государством, органами или ведомствами, упоминаемыми в статье], или презумпций, предусмотренных статьями 4, 5 и 6.

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

Название

22. Было высказано мнение, что ссылка в названии проекта статьи на "правовые последствия электронной подписи" может ввести в заблуждение. Проект статьи 2, как было отмечено, касается не правовых последствий электронных подписей, а обстоятельств, при которых электронная подпись будет соответствовать требованиям законодательства, как об этом говорится в статье 7 Типового закона. После обсуждения было решено заменить название проекта статьи примерно следующим: "Соблюдение требований закона".

Пункт 1

23. Было высказано мнение, что формулировка пункта 1 должна точно следовать формулировке статьи 7 Типового закона. Соответственно, было предложено, чтобы пункт 1 гласил следующее:

"1) В отношении сообщения данных, подлинность которого удостоверяется при помощи электронной подписи [иной, чем защищенная электронная подпись], электронная подпись отвечает любому требованию закона или доказательственному требованию, предъявляемому к какой-либо подписи, если способ, используемый для постановки электронной подписи, является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности".

24. Хотя предложенная формулировка получила поддержку, было отмечено, что упоминание "любого требования закона или доказательственного требования" не согласуется с формулировкой, используемой в Типовом законе. В статье 7 Типового закона используется формулировка "если законодательство требует наличия подписи", которая относится как к требованиям закона, так и к доказательственным требованиям. Любое несоответствие между Типовым законом и единообразными правилами в этом отношении может создать трудности при толковании обоих документов. При условии исключения слов "или доказательственному требованию" Рабочая группа приняла предлагаемую формулировку.

Пункт 2

25. Содержание пункта 2 было признано в целом приемлемым. Для обеспечения соответствия терминологии Типового закона Рабочая группа решила исключить слово "правовое".

Пункт 3

26. Было высказано мнение, что в пункте 3 излагается очевидное и что поэтому его следует исключить. Однако возобладало мнение, согласно которому поскольку подавляющее большинство электронных подписей, как можно ожидать, на практике не будет входить в узкую категорию "усиленных" или "защищенных" электронных подписей (для которых в ряде стран предусматривается специальное регулирование), в единообразных правилах следует предельно четко указать, что режим, применимый к более высокому уровню "усиленных" или "защищенных" электронных подписей, не применяется ко всем видам "электронных подписей" в целом. После обсуждения, в целях обеспечения ясности, пункт 3 было решено сохранить в единообразных правилах.

Пункт 4

27. Рабочая группа сочла содержание пункта 4 в целом приемлемым.

Часть II. [Усиленные] [Защищенные] электронные подписи

Статья 3. Презумпция подписания

28. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 3:

"1) Сообщение данных презюмируется подписанным, [если [усиленная] [защищенная] электронная подпись приложена к этому сообщению данных] [с момента приложения к этому сообщению данных [усиленной] [защищенной] электронной подписи].

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

Пункт 1

29. Было достигнуто общее согласие в отношении того, что было бы целесообразно провести в единообразных правилах различие между узкой группой методов, способных обеспечивать высокую степень надежности, и "электронными подписями" в целом. Однако в редакционном плане были выражены сомнения в отношении приемлемости слов "усиленная" или "защищенная" электронная подпись. Хотя было признано, что слово "защищенная" является термином, хорошо известным в контексте электронных подписей, в отношении его использования были высказаны критические замечания на том основании, что оно привносит субъективный критерий и подразумевает, что подписи, не попадающие в категорию "защищенных", по существу являются ненадежными. Было также выражено мнение, что слово "защищенная" может толковаться как термин, чрезмерно акцентирующий внимание на "защищенности" подписи согласно проекту статьи 3. Было высказано мнение о том, что термин "усиленная" может быть отнесен почти к любому атрибуту подписи и что в целом этот термин является слишком неопределенным, особенно в связи с концепцией надежности подписи. Хотя была высказана точка зрения о том, что слово "усиленная" почти не несет смысловой нагрузки в данном контексте, возобладало мнение, что в отсутствие более подходящего термина - а его поиски должны быть продолжены - следует использовать слово "усиленная". Были высказаны предложения об использовании альтернативного термина, в частности слов "отвечающая требованиям" и "заверенная", однако эти предложения не получили поддержки.

30. Еще одна проблема редакционного характера заключалась в том, что в проекте статьи 3 внимание сосредоточивается на "приложении" подписи, хотя определение электронной подписи, содержащееся в проекте статьи 1(a), содержит более широкую формулировку "логически ассоциируемые с сообщением данных". Было предложено использовать в проекте статьи 3 формулировку, аналогичную той, которая использована в проекте статьи 1.

31. Было выражено мнение о том, что вторую формулировку, заключенную в квадратные скобки, следует исключить. В поддержку этого мнения было отмечено, что момент подписания сообщения данных не является

основным элементом проекта статьи 3 и что включение такой ссылки может привести к возникновению неопределенности. В ответ на это было заявлено, что момент подписания сообщения данных имеет важные правовые последствия, особенно в контексте третьих лиц, и что эту ссылку следует сохранить в тексте проекта статьи. После обсуждения Рабочая группа пришла к общему мнению, что вопрос о моменте подписания сообщения данных в контексте проекта статьи 3 затрагивать не следует, но что, однако, его рассмотрение следует, возможно, продолжить на более позднем этапе подготовки единообразных правил.

32. Была выражена обеспокоенность по поводу того, что проект статьи 3 недостаточно разграничен с проектом статьи 4. Было указано, что в некоторых правовых системах вопрос о том, было ли подписано сообщение данных, не может быть отделен от вопроса об атрибуции подписи. Было выражено мнение о том, что эту проблему можно решить путем объединения проектов статей 3 и 4. В ответ на это было заявлено, что в других правовых системах вопрос о том, подписано сообщение данных или нет, независимо от личности подписывающего, может иметь важное значение в тех случаях, когда закон требует наличия подписи без указания личности подписывающего или когда личность подписывающего не оспаривается.

33. Обсуждение сосредоточилось на вопросе о том, следует ли исключить проект статьи 3, сохранить его в форме презумпции или сформулировать его в виде материально-правовой нормы. Была выражена обеспокоенность по поводу того, что презумпция должна предоставлять возможность оспаривания, тогда как акт подписания оспаривать сложно. В ответ на это было заявлено, что в связи с презумпцией возникают доказательственные вопросы, которые могут быть оспорены на основании доказательства, связанного с намерением подписывающей стороны или с надежностью или приемлемостью метода, использованного для подписания сообщения данных. Цель проекта статьи заключается в том, чтобы с помощью привязывания презумпции к усиленной электронной подписи провести различие между "усиленной" формой электронной подписи и более общей формой электронной подписи, о которой говорится в проекте статьи 2. Было отмечено, что с помощью установления такого особого статуса можно будет считать, что усиленная электронная подпись удовлетворяет определенным критериям и что поэтому она не должна подвергаться проверке на таком же уровне, как и электронная подпись в более общей форме.

34. В качестве альтернативного варианта Рабочей группе было предложено рассмотреть следующий предложенный новый пункт 1:

> "Если законодательство требует наличия подписи, это требование считается выполненным посредством усиленной электронной подписи".

35. Обсуждение было продолжено на основе этого предложения. Было заявлено, что предложенный текст позволяет избежать проблем, которые могут возникнуть в связи с использованием презумпции, и исходит из признания принципа недискриминации, предусмотренного в статье 5 Типового закона. Цель этого предложения заключается в том, чтобы установить норму, предусматривающую, что усиленная электронная подпись отвечает требованию статьи 7 Типового закона в отношении того, что метод идентификации должен быть "как надежным, так и соответствующим".

36. Хотя это предложение получило поддержку, было отмечено, что его можно надлежащим образом рассмотреть только в контексте определения того, что представляет собой "усиленная" электронная подпись. Было предложено оставить это предложение в квадратных скобках до рассмотрения упомянутого определения. Была выражена определенная поддержка предложению о том, что формулировка упомянутого предложения должна быть более тесно увязана со статьей 7 Типового закона. Следует четко указать, что усиленная электронная подпись может считаться подписью, удовлетворяющей требованиям в отношении надежности и соответствия цели, установленным в Типовом законе, и, таким образом, может считаться с функциональным эквивалентом собственноручной подписи.

37. Еще одна проблема заключалась в том, что, подчеркивая соответствие метода цели с учетом обстоятельств, в связи с которыми он используется, в статье 7 Типового закона устанавливается критерий, при котором материальная норма увязывается с гибким параметром. Предложенный текст, напротив, устанавливает жесткий критерий. Было предложено для обеспечения гибкости в конце предложенного текста добавить формулировку примерно следующего содержания: "если не доказано, что усиленная электронная подпись не отвечает требованиям статьи 7 Типового закона". В ответ на это было отмечено, что цель упомянутого предложения заключалась в том, чтобы выйти за рамки критерия статьи 7 Типового закона и установить норму, в соответствии с которой все правовые требования в отношении подписи будут удовлетворяться посредством усиленной электронной подписи без ссылки на обстоятельства каждого конкретного случая. Добавление предложенных слов будет указывать на то, что имеются сомнения в отношении того, удовлетворяет ли усиленная электронная подпись всем требованиям, предъявляемым к подписи, и поэтому их не следует включать.

38. После рассмотрения Рабочая группа, хотя существо предложенного текста получило широкую поддержку, постановила оставить его в квадратных скобках до рассмотрения определения [усиленной] электронной подписи. Было также принято решение о том, что для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий следует добавить в квадратных скобках формулировку примерно следующего содержания: "если не доказано, что усиленная электронная подпись не отвечает требованиям статьи 7 Типового закона".

Пункт 2

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

Статья 4. Презумпция атрибуции

40. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 4:

"1. [Усиленная] [Защищенная] электронная подпись презюмируется подписью лица, которым или от имени которого она, как предполагается, была использована,

Вариант А если только предполагаемый подписавшийся не устанавливает, что эта [усиленная] [защищенная] электронная подпись была проставлена без разрешения.

Вариант В при условии, что доверяющая сторона устанавливает, что процедура защиты или комбинация процедур защиты, использовавшаяся для проверки подписи,

a) была коммерчески обоснованной при данных обстоятельствах;

b) была применена доверяющей стороной заслуживающим доверия образом; и

c) доверяющая сторона полагалась на эту подпись обоснованно и добросовестно.

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

Общие замечания

41. Были высказаны сомнения относительно полезности и целесообразности включения презумпции атрибуции в соответствии с проектом статьи 4 проекта единообразных правил. Было указано, что вопрос, рассматриваемый в проекте статьи 4, касается общего гражданского процесса и что его, как таковой, будет, по-видимому, трудно урегулировать с помощью международного документа. Было предложено оставить вопрос об атрибуции электронных подписей на урегулирование в соответствии с действующими положениями внутреннего права.

42. В то же время возобладала точка зрения о том, что статья, аналогичная проекту статьи 4, является необходимой. Хотя высказывались возражения в отношении альтернативных вариантов проекта статьи 4, широкую поддержку получило мнение о том, что атрибуция может не только быть необходимой для определения правовых последствий подписания, но и что статья об атрибуции имеет важное значение для установления доверия и определенности в практике использования электронных подписей.

Пункт 1

43. Была выражена поддержка сохранению варианта А. Была также выражена поддержка подготовке проекту статьи, которая включала бы оба варианта А и В. Было отмечено, что рассмотрение вариантов в качестве альтернативных текстов представляет собой нелегкую задачу, поскольку они не являются альтернативными вариантами в подлинном смысле этого слова, а касаются различных аспектов презумпции атрибуции. Вариант А непосредственно касается факта подписания и связан с вопросами атрибуции и санкционирования подписи, а в соответствии с вариантом В устанавливаются основания, при которых доверяющая сторона может использовать презумпцию атрибуции, несмотря на то, что такая электронная подпись могла быть проставлена без санкции.

44. Согласно высказанной точке зрения в поддержку сохранения лишь варианта А, бремя доказывания должным образом возлагается на ту сторону, которая может представить наиболее убедительные доказательства, подтверждающие факт подписания, т.е. на подписавшее лицо, в то время как правила в варианте В основываются на ряде субъективных стандартов, которые будет трудно применять на практике. Кроме того, было отмечено, что в соответствии с вариантом В потенциальная ответственность несправедливо возлагается на подписавшего, несмотря на то, что он может в соответствии с условной оговоркой, предусмотренной в варианте А, предоставить доказательства того, что электронная подпись не была санкционирована. В этой связи была высказана твердая убежденность в том, что положение, аналогичное варианту В, не будет пригодным для операций с участием потребителей. Хотя Рабочая группа приняла решение воздержаться на данном этапе от проведения общих прений по вопросу о том, должен ли проект единообразных правил применяться к потребительским сделкам, была достигнута общая договоренность о том, что при подготовке единообразных правил Рабочей группе следует сконцентрировать внимание на сделках между коммерческими пользователями электронных средств связи.

45. В поддержку сохранения элементов варианта В в единообразных правилах было указано, что в контексте определения юридических последствий важно, чтобы сторона, полагающаяся на электронную подпись, проверила соблюдение условий, перечисленных в подпунктах (a)-(c), до того, как эта сторона могла бы сослаться на какую-либо

презумпцию. Было высказано мнение, что требования, предусмотренные вариантом B, не следует включать в положение, устанавливающее презумпцию. В этой связи было предложено предусмотреть возможность повторного рассмотрения вопроса о месте варианта B, не только с учетом того, что этот вариант помещен в статью 4, но и с точки зрения взаимосвязи, существующей между статьей 4 и определениями, содержащимися в проекте статьи 1, и материально-правовыми статьями единообразных правил. Так, например, было отмечено наличие взаимосвязи между подпунктом (c) варианта B и проектом статьи 7, касающимся вопросов ответственности. Этому предложению была выражена определенная поддержка и была достигнута договоренность относительно уместности повторного рассмотрения вопросов, возникающих в связи с вариантом B, в контексте определения [усиленных] электронных подписей и материально-правовых положений, касающихся ответственности. После обсуждения Рабочая группа постановила исключить вариант B.

46. Как и в случае проекта статьи 3, были высказаны сомнения относительно составления проекта статьи 4 в форме презумпции, в частности в связи с вопросами о том, является ли эта презумпция опровержимой, и о способах ее опровержения. Было высказано мнение, что этот вопрос необходимо разъяснить в тексте самой статьи. Было указано, что установление общей презумпции, применимой ко всем видам операций, может вызвать проблемы, поскольку эффективность применения такой презумпции зависит от ряда переменных факторов, таких, как техническая надежность некоторых подписей; ожидания сторон относительно той степени, в которой некоторые методы подписания должны рассматриваться в качестве надежных и характер самой операции. При некоторых видах операций, например финансовых операциях, высокий уровень ответственности за проставление подписи без санкции был бы, по-видимому, уместным. Что касается операций, осуществляемых на низком уровне, устанавливать такой высокий уровень ответственности было бы нецелесообразно.

47. Были высказаны также определенные сомнения по вопросу о том, следует ли устанавливать презумпцию таким образом, чтобы она могла быть опровергнута уже в силу отказа от признания подписи, или же следует предусмотреть, что для ее опровержения требуются доказательства отсутствия санкции.

48. Были высказаны критические замечания в отношении направленности этой статьи, которая требует от сторон совершения определенных действий; было сочтено, что такая направленность носит слишком узкий и конкретный характер. Требование о том, чтобы требования, изложенные в подпунктах (a)-(c) варианта B, устанавливались доверяющей стороной, является слишком узким. Аналогичным образом, содержащееся в подпункте (b) требование о том, чтобы доверяющая сторона применяла определенную процедуру защиты, также носит излишне ограничительный характер. В проекте статьи основное внимание следует уделить вопросу о том, была ли применена процедура защиты разумным образом (независимо от применяющего ее лица), или вопросу о том, какие доказательства необходимо представить. Аналогичные критические замечания были высказаны в отношении варианта A в связи с требованием о том, чтобы предполагаемый подписавший устанавливал, что электронная подпись была проставлена без разрешения. Было высказано общее мнение относительно необходимости составления текста статьи 4 в безличной форме с целью решения этих вопросов.

49. Относительно данного проекта статьи были также высказаны критические замечания на том основании, что в нем одновременно рассматриваются вопросы санкционирования и атрибуции - две различные концепции, которые необходимо рассматривать раздельно. Было предложено, чтобы в центр внимания в проекте статьи 4 был поставлен вопрос о санкционировании, а не об атрибуции. В ответ было указано, что в Типовом законе вопрос о наличии полномочий затрагивается в рамках положений, посвященных атрибуции: в пункте 2 статьи 13.

50. Текст проекта статьи 4 также вызвал ряд проблем. Было высказано мнение, что в проекте единообразных правил необходимо обеспечить соблюдение принципов нейтралитета с точки зрения применяемых технологических средств и методов имплементации и что формулировки варианта B не соответствуют этим принципам. В частности, было указано, что термин "доверяющая сторона" обычно понимается как относящийся только к технологии цифровых подписей. Поскольку в единообразных правилах не дается определения этого словосочетания, в проекте статьи 4 необходимо четко указать, что понятие "доверяющая сторона" не ограничивается только "доверяющей стороной" в случае использования сертифицированной цифровой подписи, а является более широким по своему применению. С учетом решения исключить вариант B это предложение не рассматривалось. В то же время было достигнуто взаимопонимание о том, что на одном из будущих заседаний может быть предложен текст, отражающий содержание исключенного варианта B.

51. Были внесены дополнительные предложения об улучшении текста проекта статьи 4. Одно из них состояло в том, чтобы применительно к подписи вместо слова "использована" употребить слова "создана", "сделана" или "подготовлена". Рабочая группа одобрила это предложение. Другое мнение заключалось в том, что слова "комбинация процедур защиты" в исключенном варианте B были бы излишними, поскольку результатом использования различных процедур будет по-прежнему являться применение "процедуры защиты". Рабочая группа согласилась с необходимостью продолжить рассмотрение этого предложения в контексте других проектов статей, в которых употреблена эта формулировка.

52. С тем чтобы отразить предложение о составлении текста проекта статьи 4 в безличной форме и о расширении категории лиц, которые могли бы совершать необходимые действия, в качестве альтернативы пункту 1 был предложен следующий текст:

"[Усиленная] электронная подпись презюмируется подписью лица, которым или от имени которого она, как предполагается, была подготовлена, если только не установлено, что [усиленная] электронная подпись не была поставлена ни предполагаемым подписавшим, ни лицом, уполномоченным выступать от его имени".

После обсуждения Рабочая группа приняла измененную формулировку пункта 1.

Пункт 2

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

Статья 5. Презумпция целостности

54. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 5:

"1) Если предполагаемый подписавшийся использовал процедуру защиты, которая способна дать [достоверные] доказательства того, что сообщение данных или любая [[усиленная] [защищенная] электронная] [электронная] подпись на нем не была изменена с момента применения этой процедуры защиты к этому сообщению данных или к любой подписи, то тогда презюмируется [в отсутствие доказательств обратного], что это сообщение данных или подпись не были изменены.

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

Пункт 1

55. С самого начала было достигнуто общее согласие с тем, что содержащееся в пункте 1 положение полезно для уточнения того, каким образом могут быть выполнены требования статьи 8 Типового закона. В отношении возможного улучшения пункта 1 были высказаны различные мнения и предложения.

56. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должно ли в статье 5 говориться как о целостности подписи, так и о целостности сообщения данных. Общее мнение заключалось в том, что нынешняя формулировка пункта 1, где говорится о целостности сообщения данных "или любой подписи", неточна и может повлечь ложное толкование, например в отношении того, будет ли проверка целостности одной лишь подписи создавать какую-либо презумпцию в отношении целостности сообщения. Было предложено рассмотреть вопросы о целостности подписи и о целостности сообщения данных в отдельных положениях (проект статьи 5). В качестве альтернативы предлагалось, чтобы статья 5 касалась только тех процедур защиты, которые обеспечивают доказательство целостности как подписи, так и сообщения. Однако после обсуждения было выражено общее мнение о том, что в единообразных правилах речь должна идти только о целостности сообщения.

57. В отношении понятия "процедура защиты" было сделано замечание о том, что для уточнения связи между процедурой защиты и электронной подписью или "усиленной" электронной подписью следует, возможно, дать определение. Отмечалось, что для урегулирования вопроса о целостности сообщения, по всей видимости, необходимо ввести концепции "усиленной процедуры защиты" в отличие от обычных "процедур защиты", которые могут быть уместны для урегулирования вопроса о личности подписавшегося. Общее мнение заключалось в том, что вопросы, касающиеся определения "процедуры защиты" и уровня защиты, которого необходимо достичь для появления презумпции, можно бы было решить с помощью применения проекта статьи 6, согласно которому определение того, что можно представлять считать приемлемой "процедурой защиты", может быть осуществлено путем заявления со стороны компетентного органа или с помощью соглашения сторон.

58. По вопросу о том, должна ли процедура защиты применяться только подписавшимся, большинство высказалось за то, чтобы формулировку пункта 1 сделать безличной. Было решено, что такая измененная формулировка в большей степени будет учитывать ситуации (которые, как сообщалось, имеют большое практическое значение), когда процедура защиты "использоваться" подписавшимся не будет, но будет предполагать совершение определенных действий как подписавшимся, так и полагающейся стороной.

59. В отношении слов "способна дать" было высказано мнение, что в пункте 1 недостаточно отражена необходимость того, что для возникновения презумпции целостности сообщения данных должно быть обеспечено надлежащее и успешное применение любой процедуры защиты. В этой связи было предложено заменить слова "способна дать достоверные доказательства" такими словами, как "обеспечивает" или "предоставляет достоверное доказательство". В отношении этих предложенных формулировок были высказаны возражения на том основании, что бессмысленно требовать представления доказательств целостности для возникновения презумпции целостности. Цель проекта статьи 5 как раз заключается в установлении того, что применение определенных процедур защиты

(которые могут быть признаны на более раннем этапе с помощью проекта статьи 6 или на более позднем этапе судом в соответствии со статьей 8 Типового закона) должно влечь за собой презумпцию целостности на основе признания того обстоятельства, что подобные процедуры "способны" обеспечить проверку целостности сообщения. Однако общее мнение заключалось в том, что в проекте статьи 5 следует уточнить, что презумпция целостности будет возникать только в том случае, если обеспечено успешное и надлежащее применение процедуры защиты.

60. Что касается заключенных в квадратные скобки слов "в отсутствие доказательств обратного", то было высказано опасение относительно того, что такая формулировка ведет к созданию весьма слабой презумпции, поскольку наличие любых доказательств противного в любом случае вызовет опровержения презумпции. По сравнению с проектом статьи 4 презумпция, устанавливаемая в проекте статьи 5, является более слабой и это расхождение следует, вероятно, устранить. Кроме того, было сделано замечание о том, что, хотя проект статьи 5 сформулирован как оспоримая презумпция, он не содержит каких-либо указаний на то, каким образом эту презумпцию можно опровергнуть. Было отмечено, что, по всей видимости, в проект статьи 5 необходимо включить дополнительную формулировку. Однако возобладало мнение, согласно которому, хотя в проекте статьи 5 норма доказательственного права и уместна, более подробно согласовать уровень презумпции и способы ее опровержения может оказаться сложным. Общее мнение заключалось в том, что эти вопросы более уместно регулировать на основании применимого национального права за пределами единообразных правил.

61. С тем чтобы отразить вышеизложенные мнения и замечания, были предложены следующие альтернативные формулировки пункта 1:

"Вариант A В случае, когда [надежная процедура защиты] [усиленная электронная подпись] надлежащим образом применяется к обозначенной части сообщения данных и указывает, что обозначенная часть сообщения данных не подвергалась изменениям с определенного момента, обозначенная часть сообщения данных считается не изменявшейся с этого момента.

Вариант B В случае, когда процедура защиты способна [надежно] [со значительной степенью определенности] продемонстрировать, что обозначенная часть сообщения данных не подвергалась изменениям с определенного момента, и надлежащее применение этой процедуры указывает на то, что сообщение данных не подвергалось изменениям, считается, что [целостность сообщения данных была сохранена] [сообщение данных не подвергалось изменениям] с этого момента".

62. Хотя вариант B получил значительную поддержку, Рабочая группа решила, что в пересмотренном проекте единообразных правил, который должен подготовить Секретариат для продолжения обсуждения этой темы на одной из будущих сессий, следует отразить оба варианта. Было указано, что в зависимости от окончательного решения относительно содержания пункта 1 потребуется пересмотреть место проекта статьи 5 в тексте единообразных правил. Если в тексте пункта 1 не будет упоминаться понятие "усиленная электронная подпись", то сфера проекта статьи 5 будет шире и тогда это положение более уместно было бы поместить в часть I, которая касается электронных подписей в целом, или же в отдельный раздел единообразных правил.

Пункт 2

63. Содержание пункта 2 было сочтено в целом приемлемым.

Статья 6. Предварительное определение [усиленной] [защищенной] электронной подписи

64. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 6:

"1) Процедура защиты или комбинация процедур защиты удовлетворяет требованиям [усиленной] [защищенной] электронной подписи, если об этом заявляет ... [орган или ведомство, указанное принимающим государством как компетентное сделать такое заявление ...].

2) Во взаимоотношениях лица, подписывающего сообщение данных, и любого лица, доверяющего подписанному сообщению, процедура защиты или комбинация процедур защиты считается отвечающей требованиям [усиленной] [защищенной] электронной подписи, если стороны прямо согласились с этим.

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

Общие замечания

65. Идея включения статьи, аналогичной проекту статьи 6, пользовалась общей поддержкой по той причине, что предварительное определение отвечающих соответствующим требованиям процедур защиты будет способствовать повышению надежности и доверия к электронным подписям и электронной торговле в целом. Что касается вопроса

об автономии сторон, как это предусмотрено в пункте 2, то, хотя принцип свободы договора пользовался широкой поддержкой, по общему мнению этот вопрос необходимо было бы обсудить в контексте документа в целом для определения того, какие положения могут (и какие не могут) быть изменены по соглашению. Было отмечено, что в случае принятия Рабочей группой решения о том, что единообразные правила должны являться частью Типового закона, необходимо будет рассмотреть взаимосвязь между этими правилами и статьей 4 Типового закона и внести в статью 4 требующиеся изменения. Рабочая группа согласилась отложить обсуждение вопроса об императивных и неимперативных положениях до тех пор, пока она не завершит обзор материально-правовых положений единообразных правил.

Пункт 1

66. Пункт 1 был в целом сочтен приемлемым механизмом содействия предварительному определению того, что является [усиленной] электронной подписью. Был высказан ряд предложений для уточнения и улучшения текста проекта.

67. Рабочая группа напомнила о том, что в контексте обсуждения проекта статьи 4 она согласилась с тем, чтобы слова "процедура защиты" были заменены словами "процедура защиты или комбинация процедур защиты".

68. Было отмечено, что заявление, предусмотренное в пункте 1, в отсутствие ограничений может снизить доверие к электронной торговле, и поэтому было бы целесообразно предусмотреть требование о соответствии международным стандартам в тех случаях, когда они существуют и относятся к данному вопросу. После обсуждения указанного предложения Секретариату была обращена просьба подготовить для добавления к пункту 1 соответствующий текст следующего примерно содержания: "заявление должно отвечать признанным международным техническим стандартам в тех случаях, когда они существуют".

69. Широкую поддержку получило мнение о том, что с учетом далеко идущих потенциальных последствий предварительного определения статуса [усиленной] электронной подписи любое заявление, предусмотренное в пункте 1, должно делаться только органом или ведомством, которое явно в состоянии или уполномочено делать такое заявление, будь то государственное ведомство или назначенная государством частная организация. С тем чтобы более четко поставить в центр внимания проекта статьи вопрос о том, как может происходить предварительное определение [усиленного] статуса, было предложено изменить редакцию пункта 1 в соответствии с формулировкой названия статьи, заменив слово "заявление" словом "определение" и сделав в начале подпункта примерно следующую ссылку на ведомство, выносящее определение: "[Орган или ведомство, указанные принимающим государством как компетентные], может определить, что процедура защиты отвечает требованиям [усиленной] [защищенной] электронной подписи". Это предложение получило широкую поддержку.

Пункт 2

70. Включение предусматривающего автономию сторон положения, аналогичного пункту 2, получило широкую поддержку. Было отмечено, что пункт 2 обеспечивает гибкий подход к вопросу о предварительном определении [усиленных] электронных подписей, а также отражает важность принципа автономии сторон в контексте закрытых систем. В то же время была высказана определенная обеспокоенность в отношении того, что пункт 2 может позволить сторонам договариваться об отходе от императивных требований в отношении формы и что это положение следует ограничить, предусмотрев автономию сторон в пределах, разрешенных национальным правом. В этой связи было предложено добавить в конце пункта слова "в пределах, разрешенных законом" и исключить пункт 3. В поддержку этого предложения было указано, что пункт 3 требует от принимающего государства тщательного изучения возможных исключений, в то время как предлагаемая формулировка отражает существующие ограничения и может включать ограничения, которые, возможно, будут установлены в будущем согласно общеправовым нормам. После обсуждения Рабочая группа приняла это предложение.

71. Что касается редакции проекта, то была высказана обеспокоенность в связи с тем, что слова "доверяющая сторона" в пункте 2 могут неправильно толковаться как относящиеся к стороне, не являющейся стороной закрепленного в договоре соглашения, которое затрагивает определение статуса [усиленной] подписи. Нежелательный результат такого неверного толкования состоит в том, что такое соглашение может нанести ущерб третьим сторонам. По общему мнению, в отношениях между собой и для своего собственного использования стороны могут договориться о последствиях применяемой ими процедуры защиты, в том числе и о том, что такая процедура является [усиленной] электронной подписью, однако формулировку этого пункта необходимо уточнить, с тем чтобы подобное соглашение не затрагивало лиц, которые не являются его сторонами. Было отмечено, что данное положение не преследует цели допустить возможность создания последствий для третьей стороны в результате соглашения между подписавшим лицом и адресатом подписанного сообщения данных. Согласно другому мнению, необходимо более четко указать, что это положение применяется лишь в коммерческом контексте и что упор должен делаться на соглашающиеся стороны, а не просто на договаривающиеся стороны.

72. В связи с этим была высказана обеспокоенность в отношении взаимосвязи между статьей 7 Типового закона, которая не подлежит изменению по договоренности, и проектом статьи 6. Было высказано мнение о том, что на

основании пунктов 1 и 2 стороны могут предположить, что, соглашаясь в отношении того, что является [усиленной] электронной подписью, они могут избежать выполнения требований статьи 7, касающихся того, что является функциональным эквивалентом подписи. Было указано, что из пункта 2 должно следовать, что стороны могут договариваться о том, что является [усиленной] электронной подписью, после того, как процедура защиты будет сочтена удовлетворяющей требованиям к подписи, предусмотренным статьей 7 Типового закона. Кроме того, было отмечено, что помимо ситуаций, предусмотренных пунктами 1 и 2, возможен третий вариант, а именно, что процедура, не предусмотренная ни пунктом 1, ни пунктом 2, может тем не менее отвечать определению [усиленной] подписи, например, в тех случаях, когда она признана в качестве таковой судом. Этот вопрос далее не обсуждался.

Предложенная новая редакция проекта статьи 6

73. Было предложено пересмотреть проект статьи 6 с учетом тех измененных формулировок, которые были обсуждены и согласованы в отношении пункта 1. В соответствии с этим предложением пункт 1 следует разделить на две части, первая из которых касается определений того, что процедуры защиты отвечают требованиям к электронным подписям, и вторая - процедур защиты, которые отвечают требованиям в отношении целостности, предусмотренным в статье 5. Новый пункт 2 позволит сторонам определять правовые последствия своих подписей. Была предложена примерно следующая формулировка:

"1) [Орган или ведомство, указанное принимающим государством как компетентное], может определять:

a) что электронная подпись отвечает [требованиям] статьи 1(b);

b) что процедура защиты отвечает требованиям статьи 5.

2) Во взаимоотношениях лица, подписывающего сообщение данных, и любого лица, доверяющего подписанному сообщению, стороны могут определять последствия подписи или процедуры защиты, если стороны прямо согласились с этим, при условии соблюдения настоящих Правил и применимых правовых норм".

74. Рабочая группа в целом согласилась с предложенным текстом при условии внесения некоторых редакционных изменений. Одно из предложений заключалось в том, что слова "настоящих Правил и" следует поместить в квадратные скобки до последующего обсуждения вопроса о соблюдении императивных положений единообразных правил. Это предложение было принято, и Рабочая группа согласилась отложить обсуждение вопроса о том, какие положения единообразных правил должны носить императивный характер, а также вопросов, касающихся потребительского права.

75. Определенная обеспокоенность была выражена в отношении того, что будет означать ссылка на стороны, определяющие "последствия" подписи. Одно из возражений заключалось в том, что стороны не могут договориться о юридической силе, которую будут иметь их подписи, а могут договориться лишь в отношении того, как они должны подписывать сообщения данных. Другое мнение заключалось в том, что стороны могут договариваться в отношении юридической силы конкретной формы подписи, но не могут договориться о наделении какой-либо конкретной формы подписи юридическим статусом. Еще одно мнение заключалось в том, что это положение пункта 2 следует ограничить отдельным случаем использования конкретной подписи. После обсуждения было решено поместить слово "последствия" в квадратные скобки до дальнейшего обсуждения вопроса о возможном содержании этого понятия. Секретариату было предложено подготовить пересмотренный вариант проекта статьи 6 для отражения вышеизложенного обсуждения.

Статья 7. Ответственность за [усиленную][защищенную] электронную подпись

76. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 7:

"Вариант A

Если [усиленная][защищенная] электронная подпись использовалась без разрешения и предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности во избежание неразрешенного использования его подписи и для предотвращения того, чтобы адресат доверял такой подписи, предполагаемый подписавший обязан [возместить ущерб для компенсации доверяющей стороне причиненного вреда] возместить причиненный вред, за исключением случаев, когда доверяющая сторона знала или должна была знать, что данная подпись не является подписью предполагаемого подписавшегося.

Вариант B

Если [усиленная][защищенная] электронная подпись использовалась без разрешения и предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности во избежание неразрешенного использования его подписи и для предотвращения того, чтобы адресат доверял такой подписи, эта подпись тем не менее считается

подписью предполагаемого подписавшегося, за исключением случаев, когда доверяющая сторона знала или должна была знать, что данная подпись не является подписью предполагаемого подписавшегося".

77. Было высказано предложение о том, что название этого проекта статьи, видимо, необходимо изменить, с тем чтобы уточнить, что в центре внимания этого положения стоит вопрос о несанкционированном использовании подписи. Была предложена следующая примерная формулировка: "Ответственность за несанкционированное использование [усиленной] [защищенной] электронной подписи".

78. Что касается объема этого проекта статьи, то было высказано предложение о том, что правило об ответственности за несанкционированное использование усиленной подписи следует расширить и на обычные электронные подписи. Другое предложение заключалось в том, что структуру проекта статьи 7 следует изменить, с тем чтобы провести различие между случаями, когда: a) несанкционированное использование подписи является результатом преступного вмешательства хакера; b) подпись была использована не уполномоченным на то служащим или бывшим служащим предполагаемого подписавшегося; или c) подпись была использована уполномоченным служащим, однако в превышение предоставленных ему полномочий.

79. Некоторые делегации указали, что с тем, чтобы избежать возможной коллизии с внутренним договорным и агентским правом, вопросы, рассматриваемые в проекте статьи 7, следует оставить на урегулирование на основании применимого внутреннего права, а проект статьи 7 - исключить. Это предложение не получило, однако, достаточной поддержки. В центре дальнейшего обсуждения стояли варианты A и B.

Вариант A

80. Вариант A получил широкую поддержку. Было отмечено, что положение, аналогичное варианту A, необходимо для уточнения того, что предполагаемый подписавшийся не может отказаться от своей подписи, просто указав в соответствии с проектом статьи 4, что подпись была использована несанкционированно. Помимо отсутствия санкции, о котором говорится в проекте статьи 4, в соответствии с проектом статьи 7 предполагаемый подписавшийся должен доказать, что им не было проявлено небрежности в вопросах защиты своей подписи от несанкционированного использования. В этом контексте была высказана обеспокоенность в отношении того, что в варианте A, возможно, предусматривается ненадлежащее распределение бремени доказывания. Было отмечено, что в соответствии с вариантом A на доверяющую сторону будет возложено бремя необходимости доказывания того, что предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности во избежание несанкционированного использования своей подписи. Было высказано предложение о том, что формулировку указанного положения, видимо, необходимо изменить, с тем чтобы переложить бремя доказывания таким образом, чтобы предполагаемый подписавшийся должен был доказывать, что им была проявлена разумная осмотрительность для защиты своей электронной подписи.

81. В поддержку варианта A было также указано, что это положение должным образом сфокусировано на вопросах ответственности, в отличие от варианта B, при котором на предполагаемого подписавшегося может возлагаться чрезмерное бремя, если этот вариант будет толковаться как жестко связывающий предполагаемого подписавшегося содержанием послания, удостоверенного с помощью несанкционированной подписи.

82. Однако в отношении варианта A высказывались и возражения. Одно возражение заключалось в том, что, возможно, нецелесообразно устанавливать стандарт разумной осмотрительности в отношении складывающейся практики, каковой является использование электронных подписей и которая развивается в быстро изменяющейся технической обстановке, когда не имеется устоявшихся обычаев или практики. В этом контексте положение, аналогичное варианту A, в котором устанавливается слишком жесткий стандарт, может создать препятствие применению электронных подписей. Уже простая ссылка на понятие "ответственности" в положении, касающемся предполагаемых подписавшихся и доверяющих сторон, может удержать потенциальных пользователей от перехода к практике электронных подписей. В этом отношении вариант B, в котором отсутствует какая-либо ссылка на понятие ответственности, может оказаться более приемлемым (см. ниже, пункт 84).

83. В ответ было отмечено, что во многих странах стандарт разумной осмотрительности, устанавливаемый в варианте A, уже применяется к электронной торговле в качестве общепринятой нормы поведения в соответствии с внутренним правом. Хотя в этих странах положения варианта A не являются, возможно, необходимыми, было подчеркнуто, что международное согласование норм права по данному вопросу может оказаться полезным. Хотя было бы нецелесообразным пытаться унифицировать в единообразных правилах нормы, применимые к компенсации за чисто экономический ущерб, или иным образом вторгаться в сферу права, регулирующего договорную или деликтную ответственность, Рабочая группа не должна уклоняться от точного определения базовых норм поведения, которых должны придерживаться стороны при использовании электронных подписей. Было также отмечено, что содержащийся в варианте A стандарт разумной осмотрительности является достаточно гибким, чтобы учесть новую складывающуюся в электронной торговле практику. Кроме того, стандарт поведения, устанавливаемый в варианте A, может быть менее жестким, чем стандарты поведения, применимые в конкретных областях внутреннего права. Кроме того, было отмечено, что наличие известных единообразных стандартов поведения вовсе не сдерживает

использование электронных подписей, а, скорее, ведет к укреплению доверия к электронной торговле в целом, при условии, что указанные стандарты поведения в достаточной степени отражают отраслевую практику.

Вариант B

84. Вариант B получил ограниченную поддержку. Было отмечено, что в варианте B правильно делается упор на атрибуции усиленных электронных подписей в случаях, когда электронная подпись является несанкционированной, а решение вопроса об ответственности оставляется на усмотрение судов на основе внутреннего права. В этом контексте было предложено изменить текст варианта B таким образом, чтобы ограничить его применение во времени, включить элемент предсказуемости размера ущерба, который может быть вызван несанкционированным использованием подписи, и уточнить, что потеря ожидаемой прибыли не подпадает под действие проекта статьи 7. В качестве альтернативного варианта было предложено изменить редакцию варианта B следующим образом:

"Если использование [усиленной] электронной подписи являлось несанкционированным и предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности для избежания несанкционированного использования его подписи и для предотвращения того, чтобы адресат доверил такой подписи, такая подпись тем не менее считается санкционированной, за исключением случаев, когда доверяющая сторона знала или должна была знать, что данная подпись является несанкционированной".

85. В целом было решено, что проект статьи 7 можно было бы оставить в единообразных правилах в квадратных скобках для продолжения обсуждения на одной из последующих сессий. По общему мнению, вопрос об ответственности предполагаемого подписавшегося за небрежность в вопросах защиты своей электронной подписи потребуется, возможно, вновь обсудить в контексте проекта статьи 13(2), в котором устанавливается обязательство аннулировать сертификат, если частный ключ был скомпрометирован.

86. С целью отражения различных мнений и с учетом обеспокоенности, выраженной в отношении вариантов A и B, в качестве возможного пересмотренного варианта проекта статьи 7 был предложен следующий текст:

"Если 1) использование [усиленной] электронной подписи являлось несанкционированным; 2) адресат, действуя разумно и добросовестно, доверился такой подписи себе в ущерб; и 3) предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности для избежания несанкционированного использования его подписи и для предотвращения того, чтобы адресат доверил такой подписи, подпись считается подписью предполагаемого подписавшегося для целей распределения ответственности за покрытие расходов по восстановлению положения сторон, существовавшего до несанкционированного использования подписи. Вышеуказанное не применяется в той мере, в которой адресат знал или должен был знать, что данная подпись была несанкционированной".

87. В качестве альтернативного варианта был предложен следующий текст проекта статьи 7:

"Если использование [усиленной] [защищенной] электронной подписи являлось несанкционированным и предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности для избежания несанкционированного использования его подписи и для предотвращения того, чтобы адресат доверил такой подписи, предполагаемый подписавшийся может нести ответственность лишь за покрытие расходов по восстановлению положения сторон, существовавшего до несанкционированного использования подписи, за исключением случаев, когда доверяющая сторона знала или должна была знать, что данная подпись не является подписью предполагаемого подписавшегося".

88. После обсуждения Рабочая группа постановила включить различные тексты, предложенные в качестве возможных альтернатив проекту статьи 7, наряду с текстом варианта A, который содержится в записке Секретариата, в качестве возможных вариантов в пересмотренный проект единообразных правил, который будет подготовлен для рассмотрения на одной из будущих сессий.

Часть III. Подписи в цифровой форме, подтвержденные сертификатами

Статья 8. Содержание [усиленного] [защищенного] сертификата

89. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 8:

"Для целей настоящих Правил в [усиленном] [защищенном] сертификате, по меньшей мере:

a) идентифицируется выдавший его сертификационный орган;

b) называются или идентифицируются [подписавшийся] [субъект сертификата] либо соответствующее устройство или электронный агент, находящиеся под контролем [подписавшегося] [субъекта сертификата] [данного лица];

c) содержится публичный ключ, соответствующий частному ключу, находящемуся под контролем [подписавшегося] [субъекта сертификата];

d) указывается срок действия сертификата;

e) имеется подпись в цифровой форме или же обеспечена как-либо иначе его защита выдавшим его сертификационным органом;

[f) указываются ограничения, если таковые установлены, в отношении сферы использования публичного ключа;]

[g) идентифицируется алгоритм, подлежащий применению]".

Общие замечания

90. В начале обсуждения проекта статьи 8 был поднят вопрос о связи данной статьи с определением усиленной электронной подписи в проекте статьи 1(b). Хотя Рабочая группа указала, что определения, содержащиеся в проекте статьи 1 единообразных правил, будет необходимо рассмотреть на одной из будущих сессий после завершения разработки материально-правовых статей, было решено, что при рассмотрении возможных необходимых элементов материально-правовых положений следует учитывать и возможное содержание определений.

91. Другая затронутая проблема касалась технологии, лежащей в основе включения проекта статьи 8 в единообразные правила. Было указано, что в основе проекта статьи лежит технология трехсторонней сертификации, предусматривающая наличие - помимо подписавшегося и адресата сообщения данных -независимого сертификационного органа. На деле же в коммерческой практике в настоящее время все чаще используется технология двухсторонней сертификации, и было высказано мнение, что в этом контексте включение данного проекта статьи может оказаться нецелесообразным. В этой связи был задан ряд вопросов в отношении того, не может ли включение статьи, сформулированной по типу проекта статьи 8, отрицательно сказаться на двухсторонней сертификации, не возникнет ли необходимости в разработке аналогичной нормы в отношении двухсторонней сертификации и не следует ли конкретно исключить двухстороннюю сертификацию из сферы применения проекта статьи 8. В ответ на это было указано, что, хотя двухсторонняя сертификация носит в основном договорный характер, существуют ситуации, когда третье лицо может полагаться на подлинность подписи, и что может оказаться важным защитить интересы этой полагающейся стороны. Было высказано мнение о том, что, несмотря на любое кажущееся сходство этой ситуации с положением полагающейся стороны при трехсторонней сертификации, сформулировать норму, которая действовала бы в различных условиях двух- и трехсторонней сертификации, будет весьма сложно. Широкую поддержку получило мнение о том, что вопросы о применении проекта статьи 8 к двусторонней сертификации о необходимости конкретных изъятий Рабочей группе следует рассмотреть на более позднем этапе.

92. Другая проблема, затронутая в связи с технологией, заключалась в том, что, хотя включение в проект статьи перечня требований, которые должны соблюдаться органом, выдающим сертификат, может повысить определенность в вопросе использования подписей в цифровой форме, высокие темпы технического развития, вероятно, приведут к тому, что такой подробный перечень быстро устареет.

93. Было высказано мнение о том, что из текста проекта статьи 8 неясно, какими будут последствия в случаях, если сертификат не содержит всей информации, предусмотренной в подпунктах (a)-(g), какова цель проекта статьи 8 и как она связана с проектами статей 9 и 10. Были высказаны сомнения вообще в необходимости проекта статьи 8. Было указано, что обязательства, устанавливаемые статьями 9 и 10, которые объединяют публичный и частный ключи и устанавливают связь между этими двумя ключами и личностью подписавшегося, занимают центральное место в концепции усиленного сертификата, подтверждающего усиленную подпись, и не могут рассматриваться отдельно от проекта статьи 8. В целом было признано, что эти вопросы имеют важнейшее значение для принятия решений о включении проекта статьи 8 в текст и о том, как эта статья должна быть сформулирована. Был также поднят смежный вопрос о связи проекта статьи 8 со статьей 7 Типового закона. В этом контексте было отмечено, что не следует полагать, будто выполнение требований проекта статьи 8 означает автоматическое выполнение требований статьи 7. Было также указано на то, что некоторые из требований, предусматриваемых проектом статьи 8, включая подпункты (d)-(g), не имеют отношения к вопросу об установлении надежности подписи, как это требуется в соответствии с критерием, установленным в статье 7 Типового закона. В ходе обсуждения проекта статьи 8 вопрос о взаимосвязи между этими статьями не был окончательно решен, однако Рабочая группа договорилась вернуться к его рассмотрению в контексте обсуждения проектов статей 9 и 10.

94. Был высказан ряд различных мнений в отношении возможных последствий несоответствия сертификата требованиям проекта статьи 8. Одно мнение заключалось в том, что, как представляется, невыполнение требований проекта статьи 8 ведет к тому, что использование такого сертификата может быть запрещено на основании единообразных правил и что остальные нормы части III единообразных правил применяться не будут. Было указано, что это является серьезной санкцией, несоразмерной с требованиями подпунктов (a)-(g). Другая точка зрения

заключалась в том, что несоответствие сертификата требованиям, установленным в подпунктах (a)-(g), не означает, что подтвержденная данным сертификатом подпись перестает быть подписью в цифровой форме, хотя она и может утратить свой усиленный статус. Согласно этому мнению, подпись по-прежнему будет считаться подписью в цифровой форме и к ней будут применяться нормы, действующие в отношении подписей в цифровой форме, не подтвержденных сертификатом. Противоположная точка зрения состояла в том, что, хотя сертификат не будет квалифицироваться согласно части III единообразных правил как сертификат, который может подтверждать усиленную подпись, сама подпись все равно может квалифицироваться как усиленная на основании проекта статьи 1(b) единообразных правил; единственное отличие будет заключаться в невозможности использования упрощенной процедуры, предусмотренной в части III единообразных правил, и в необходимости представить доказательства элементов определения, содержащегося в проекте статьи 1(b). Еще одна точка зрения заключалась в том, что последствия несоответствия требованиям могли бы заключаться, в частности, в том, что данный сертификат не является сертификатом для целей единообразных правил или, как вариант, что он по-прежнему может быть сертификатом, однако выдавший его орган может нести ответственность за неправильное представление информации, если он указывает, что данный сертификат подтверждает усиленную подпись. В связи с этим было высказано мнение, что сертификационный орган не должен иметь возможности освобождаться от ответственности согласно правилам на том основании, что он не выдавал сертификата, отвечающего требованиям к усиленному сертификату. В такой ситуации сертификационный орган должен рассматриваться как выдавший усиленный сертификат. Хотя Рабочая группа не пришла к единому мнению в вопросе о том, какими должны быть последствия несоблюдения положений проекта статьи 8, было решено, что на нынешнем этапе в этом нет необходимости, однако важно будет рассмотреть этот вопрос в связи с оставшимися положениями части III.

95. Было высказано мнение, что поскольку проект статьи 5, пересмотренный Рабочей группой, содержит положения в отношении сертификатов и подписей, которые должны использоваться для защиты целостности сообщения данных (в отличие от идентификации), такое отличие должно найти отражение в проекте статьи 8. Это предложение получило ограниченную поддержку.

96. В редакционном плане определенную поддержку получило предложение об использовании термина "подписавшийся". В порядке возражения было указано, что данный термин является неуместным в контексте выдачи сертификата, когда речь идет об отношениях между органом, выдающим сертификат, и субъектом этого сертификата. Говорить о наличии "подписавшегося" можно лишь в том случае, когда сертификат уже выдан и когда субъект сертификата фактически подписывает что-то. Другая точка зрения заключалась в том, что использование слова "подписавшийся" может привести к исключению электронных агентов. Было также указано, что в случаях подделки подписи фактически подписавшееся лицо не является "подписавшимся" в смысле субъекта сертификата. Было высказано мнение, что использование слов "субъект сертификата" позволило бы устранить неясность, связанную с термином "подписавшийся". Было решено, что на одной из будущих сессий придется, возможно, вернуться к обсуждению терминологии на основе подготовленного Секретариатом пересмотренного проекта.

97. Было высказано предложение добавить после подпункта (b) дополнительное требование, охватывающее другие атрибуты подписавшегося, помимо его личности. Было предложено добавить в новый подпункт (c) слова "идентифицируется конкретный атрибут [подписавшегося], такой, как адрес, полномочия действовать от имени компании или наличие конкретных разрешений или лицензий". Это предложение получило ограниченную поддержку.

Вводная часть

98. В редакционном плане было предложено после слова "Правил" добавить "и в контексте подписей в цифровой форме", с тем чтобы разъяснить сферу применения данного положения. Другое предложение заключалось в том, что вводная часть должна устанавливать позитивное обязательство, связывающее выдающий сертификат орган, а не стандарт, устанавливающий минимальные критерии, которым должен удовлетворять сертификат, чтобы считаться усиленным. Кроме того, было высказано мнение, что проект статьи 8 должен допускать отход от установленных в нем правил по договоренности сторон. Был предложен следующий текст:

> "Для целей настоящих Правил и в контексте цифровых подписей орган, выдающий [усиленный] сертификат, включает в этот сертификат - в отсутствие договоренности об ином - по меньшей мере следующую информацию:"

99. Хотя предложение изменить проект статьи 8 и предусмотреть не безличный стандарт, а обязательство, связывающее выдающий сертификат орган, было в целом поддержано, были высказаны замечания в отношении ссылки на автономию сторон на тех же основаниях, что и рассмотренные в контексте проекта статьи 6 замечания в отношении возможных последствий любой такой договоренности для третьих лиц. Было высказано также мнение, что если в проекте статьи 8 будет разрешено отходить от его положений по договоренности сторон, то эта статья приобретет характер субсидиарной нормы, а не минимального стандарта. В этой связи было указано, что первоначальная цель этого проекта статьи заключалась в установлении минимального стандарта в отношении информации, подлежащей включению в текст сертификата, и что это способствовало бы унификации практики сертификации и укреплению доверия к электронной торговле. В ответ на эти критические замечания было

предложено заключить слова "в отсутствие договоренности об ином" в квадратные скобки до дальнейшего рассмотрения вопроса об автономии сторон.

100. Другое предложение в связи со сферой применения проекта статьи 8 заключалось в том, что данная статья должна применяться в отношении всех сертификатов и что ссылку на усиленные сертификаты следует исключить. В порядке возражения на это предложение было указано, что единственная цель проекта статьи 8 заключается в подтверждении усиленных подписей, и для отражения этой сферы применения был предложен следующий текст:

> "Для целей настоящих Правил сертификат, выданный в подтверждение усиленной подписи, включает, по меньшей мере:"

Хотя это предложение не получило поддержки, данная формулировка была использована в одном из предложенных впоследствии новых текстов проекта статьи 8 (см. пункт 112 ниже).

101. В связи со сферой применения проекта статьи 8 было высказано еще одно мнение, заключавшееся в том, что использование слова "выдача" может охватывать лишь передачу сертификата субъекту сертификата, предусматривающую наличие договорных отношений между сертификационным органом и субъектом сертификата, в отличие от раскрытия сертификационным органом изложенной в сертификате информации любому полагающемуся на подлинность подписи третьему лицу. Подобное положение может быть применимо ко всем видам сертификатов вне зависимости от того, являются ли они усиленными. Для реализации этого предложения на практике был предложен следующий текст:

> "Сертификационный орган обеспечивает, что при раскрытии любой стороне информации, содержащейся в сертификате, раскрывается по меньшей мере информация, указанная в пункте 2. Вышеизложенное применяется во всех случаях, кроме тех, когда сертификационный орган и такая сторона прямо договорились об ином".

102. В рамках этого предложения было указано, что пункт 2 должен включать подпункты (a)-(g) проекта статьи 8. Это предложение получило определенную поддержку, и указанная формулировка была использована в одном из предложенных впоследствии новых текстов проекта статьи 8 (см. пункт 114 ниже).

Подпункт (a)

103. Рабочая группа сочла содержание требования, изложенного в подпункте (a), в целом приемлемым.

Подпункт (b)

104. Было указано, что формулировка "устройство или электронный агент" привносит в правила новую концепцию и что может потребоваться соответствующее определение. В поддержку включения этих слов было высказано мнение, что в единообразных правилах должна четко регулироваться ситуация, когда система может быть запущена пользователем, а далее функционировать самостоятельно, в том числе подписывать сообщения данных и обеспечивать выдачу сертификата.

Подпункт (c)

105. В связи с подпунктом (c) было высказано опасение, что в сертификате нет необходимости указывать публичный ключ, поскольку доступ к соответствующей информации может быть обеспечен и иными средствами. Было предложено изменить формулировку этого требования, предусмотрев, что в сертификате не "содержится", а "идентифицируется" публичный ключ.

Подпункт (d)

106. В отношении подпункта (d) были высказаны критические замечания по причине отсутствия ясности в понятии "срок действия". Было предложено вместо этого использовать слова "указывается период, в течение которого сертификат может использоваться для проверки цифровой подписи". В ответ на это предложение было отмечено, что срок действия сертификата означает период, в течение которого постановка цифровой подписи является действительной. После того, как подпись становится недействительной, сертификат по-прежнему может использоваться для удостоверения подписи, поставленной до момента, когда она стала недействительной. В целом было решено сохранить подпункт (d) в его нынешнем виде.

Подпункт (e)

107. Было достигнуто общее согласие о необходимости включения подпункта (e) в проект статьи 8. Для разъяснения его положений и в силу того, что подпись сертификата выдавшим его органом имеет центральное значение для действительности этого сертификата, было предложено поместить данный подпункт сразу же за проектом подпункта (a).

Подпункт (f)

108. Основное внимание в ходе обсуждения подпункта (f) было сосредоточено на вопросе включения путем ссылки. Предложение сохранить данный подпункт и снять квадратные скобки получило поддержку на том основании, что цель проекта статьи 8 заключается в предоставлении информации договаривающимся и доверяющим сторонам. Было высказано мнение, что по этой причине важно, чтобы при наличии любых ограничений в отношении сертификата эти ограничения четко оговаривались в самом сертификате. В поддержку исключения подпункта (f) было указано, что он может потенциально охватывать весьма широкий круг ограничений, излагающихся в различных других документах, таких, как заявление о сертификационной практике. Поскольку информация о таких ограничениях должна излагаться в удобочитаемой для человека форме, чтобы быть доступной пользователям, а не включаться путем ссылки на идентифицирующие коды, то в некоторых случаях может оказаться технически нецелесообразно включать в сертификат достаточно большой объем информации для выполнения этого требования.

109. В ответ на эти замечания было высказано мнение, что если в отношении сертификата действуют ограничения, то - в порядке минимального подхода - будет достаточно не перечислять конкретные ограничения, а просто "указать" в сертификате на их существование.

110. Еще одно предложение заключалось в том, чтобы добавить в подпункт (f) дополнительный подпункт, предусматривающий, что "в условиях, когда ограничения не указываются в сертификате, этот сертификат не может использоваться в ущерб третьим сторонам". Это предложение не получило поддержки. В еще одном предложении предусматривалась возможность признания "упрощенного сертификата" при условии, что в самом сертификате указывается, что он является упрощенным, что сертификат содержит указание на место, где содержится не включенная в него информация и что эта информация доступна для любой запрашивающей ее стороны. Это предложение получило определенную поддержку. После дальнейшего обсуждения Рабочая группа признала, что вопрос о включении путем ссылки связан с рядом сложных проблем, которые уже обсуждались в контексте формулировки статьи 5 бис Типового закона. Было высказано мнение, что, как было признано в статье 5 бис, вопрос включения путем ссылки не может быть решен в контексте электронной торговли до тех пор, пока он не будет решен в общем праве, и что в ходе нынешнего обсуждения решить его не удастся. В ответ на это было высказано мнение, что статья 5 бис не обеспечила решения всех вопросов, связанных с включением путем ссылки, поскольку она была сформулирована лишь как негативная норма, и что этот вопрос должен быть урегулирован в единообразных правилах. После обсуждения Рабочая группа постановила, что вопрос о включении путем ссылки должен решаться в соответствии с нормами национального законодательства.

Подпункт (g)

111. Хотя предложение сохранить подпункт (g) получило определенную поддержку, в целом было решено, что этот подпункт является не столь важным, как подпункты (a)-(f).

Предложения о новой статье 8

112. В ответ на критические замечания о том, что проект статьи 8 слишком детализирован и в результате развития технологии может устареть, было предложено заменить проект статьи 8 следующим текстом:

> "Для целей настоящих Правил усиленный сертификат содержит или [если это технически нецелесообразно] резюмирует и включает путем ссылки по меньшей мере информацию, разумно достаточную для удовлетворения [применимых требований соответствующей процедуры защиты] [его предполагаемой цели]".

Это предложение получило ограниченную поддержку.

113. В основе другого предложения о новом проекте статьи 8 лежало мнение, что подпункты данного проекта статьи имеют неодинаковое значение и что существует две категории элементов, а именно элементы, которые должны быть обязательными, и элементы, несоблюдение которых не обязательно влечет за собой утрату усиленного статуса, а, скорее, приводит к утрате возможности ссылаться на усиленный статус в отношении третьих сторон. В поддержку этого мнения было указано, что в подпунктах (d)-(g) не предусматривается ни идентификация публичного и частного ключей и их функциональной зависимости как пары ключей, ни идентификация владельца пары ключей, как это требуют проекты статей 9 и 10. Было указано, что при использовании некоторых определенных методов сертификации могут возникнуть проблемы с удовлетворением этих требований. Поэтому выполнение подпунктов (d)-(g) не является необходимым для удовлетворения требований, установленных для усиленного сертификата. С другой стороны, было указано, что подпункты (a)-(c) являются необходимыми элементами с точки зрения цели проекта статьи 8, составляют существо проектов статей 9 и 10 единообразных правил и указывают на связь проекта статьи 8 с проектами статей 9 и 10.

114. Кроме того, исходя из мнения о том, что не все подпункты проекта статьи 8 имеют равное значение, был предложен следующий текст:

"1) При раскрытии какой-либо стороне содержащейся в сертификате информации сертификационный орган [или субъект сертификата] обеспечивает включение в такую информацию по меньшей мере сведений, указанных в пункте 2, за исключением случаев, когда сертификационный орган [или, в соответствующих случаях, субъект] и такая сторона прямо договорились об ином.

Вариант А 2) Указанная в пункте 1 информация включает:

i) для всех сертификатов - [(a)-(c) и (e) проекта статьи 8] и

ii) для [...] сертификатов - [(d), (f), (g) проекта статьи 8].

Вариант В 2) Указанная в пункте 1 информация включает [(a)-(c) и (e) проекта статьи 8].

3) Сертификаты могут также содержать другую информацию, включая [(d), (f) и (g)]".

115. По вопросу о виде сертификата, указанных в подпункте (ii) варианта А, прийти к единому мнению не удалось. Широкую поддержку получила точка зрения, что данное положение не должно ни распространяться на усиленные сертификаты, ни содержать описания сертификата путем ссылки на подтверждаемую им подпись. Было подчеркнуто, что в формулировки подпунктов (a)-(g) потребуется внести определенные изменения. Было предложено исключить слова "сертификационный орган" и вместо этого использовать слова "орган, выдавший сертификат".

116. Предложенный пересмотренный текст проекта статьи 8, содержащийся в пункте 114 выше, получил широкую поддержку, причем вариант В был сочтен несколько более предпочтительным. После обсуждения Рабочая группа постановила для целей будущего обсуждения включить в пересмотренный текст проекта статьи 8 приведенное выше предложение (включая варианты А и В) и текст, содержащийся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.76.

Статья 9. Правовые последствия подписей в цифровой форме, подтвержденных сертификатами

117. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 9:

"1) В отношении всего сообщения данных или какой-либо его части в случае, когда составитель идентифицирован подписью в цифровой форме, эта подпись в цифровой форме [является [усиленной] [защищенной] электронной подписью] [удовлетворяет условиям, установленным в статье 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле], если:

a) подпись в цифровой форме была надежно проставлена в течение срока действия имеющего юридическую силу сертификата и надежно проверена путем ссылки на публичный ключ, указанный в сертификате; и

b) сертификат устанавливает связь между публичным ключом и личностью [подписавшегося] [соответствующего лица] в силу того факта, что:

i) сертификат был выдан сертификационным органом, получившим лицензию от ... [принимающее государство указывает орган или ведомство, компетентное выдавать лицензии сертификационным органам и принимать правила, регулирующие функционирование получивших лицензию сертификационных органов]; или

ii) сертификат был выдан сертификационным органом, аккредитованным ответственным аккредитационным органом, применяющим коммерчески обоснованные и международно признанные стандарты, относящиеся к вопросам надежности технологии, практики и других соответствующих характеристик функционирования сертификационного органа. Неисчерпывающий перечень таких аккредитационных органов или стандартов, удовлетворяющих условиям настоящего пункта, может быть опубликован ... [принимающее государство указывает орган или ведомство, компетентное устанавливать признанные стандарты функционирования получивших лицензию сертификационных органов]; или

iii) сертификат был иным образом выдан в соответствии с коммерчески обоснованными и международно признанными стандартами[.] [; или]

[iv) достаточные доказательства показывают, что сертификат устанавливает [четкую] связь между публичным ключом и личностью [подписавшегося] [субъекта].]

[2) В случае, когда сообщение данных подписано с использованием подписи в цифровой форме [проставленной в течение срока действия сертификата], не удовлетворяющей требованиям, изложенным

в пункте 1, эта подпись в цифровой форме считается [усиленной] [защищенной] электронной подписью, если имеются достаточные доказательства того, что [данный сертификат] устанавливает четкую связь между публичным ключом и личностью [подписавшегося] [субъекта сертификата].]

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

Общие замечания

118. Были высказаны сомнения относительно того, насколько эта статья уместна в части III, а также внесено предложение поменять местами проекты статей 8 и 9, с тем чтобы последствия цифровой подписи, подтвержденной сертификатом, рассматривались до указания содержания такого сертификата.

Пункт 1

Вступительная формулировка

119. Прежде всего было признано, что смысл и цель проекта статьи 9 зависят от того, какой из вариантов, заключенных в квадратные скобки во вступительной формулировке, будет сохранен. Было высказано мнение, что слова, содержащие ссылку на статью 7 Типового закона, будут устанавливать правовые последствия, а слова, касающиеся [усиленной] электронной подписи будут указывать, какие цифровые подписи можно рассматривать как [усиленные] электронные подписи, при условии выполнения установленных требований. Большинство высказалось за то, чтобы снять квадратные скобки со слов "[является [усиленной] электронной подписью]", которым было отдано предпочтение перед альтернативным вариантом, касающимся статьи 7 Типового закона.

Подпункт (a)

120. Был обсужден вопрос о том, уместно ли в подпункте (a) слово "надежно". В пользу сохранения этого слова было отмечено, что оно было включено в единообразные правила, чтобы лучше отразить необходимую надежность процесса постановки подписи в цифровой форме, что имеет первостепенное значение для концепции [усиленной] электронной подписи. Было отмечено, что слово "надежно" из подпункта (a) можно бы было исключить, если бы во вступительной формулировке содержалась ссылка на статью 7 Типового закона, потому что такая ссылка предполагала бы необходимый уровень надежности. Поскольку Рабочая группа решила, что вступительная формулировка пункта 1 не должна содержать ссылки на статью 7 Типового закона, слово "надежно" в подпункте (a) следует сохранить, с тем чтобы обеспечить защищенность цифровой подписи, поскольку вовсе не обязательно, что все подписи в цифровой форме, проверяемые с помощью сертификата, являются защищенными, особенно когда нет уверенности в точности идентификации подписавшегося или публичного ключа. Одно предложение заключалось в том, чтобы не только сохранить в подпункте (a) это слово, но и уточнить его, добавив следующий текст:

"Подпись в цифровой форме надежно проставлена и надежно проверена, если она была составлена с использованием:

a) технических компонентов для составления и проверки подписи в цифровой форме, которые обеспечивают надежное выявление случаев подделки подписи в цифровой форме и манипулирования подписанными данными, а также обеспечивают защиту от несанкционированного использования частных ключей для постановки подписи;

b) технических компонентов для представления подлежащих подписанию данных, которые заблаговременно четко предупреждают о составлении подписей в цифровой форме и позволяют идентифицировать данные, к которым относится подпись в цифровой форме; и

c) таких технических компонентов, которые были надлежащим образом проверены на соответствие современным техническим стандартам".

121. В ответ на это предложение было высказано получившее широкую поддержку мнение о том, что для текста единообразных правил это предложение является излишне детализированным. Вместе с тем содержащиеся в предложенном тексте пояснения могут быть весьма полезны в контексте руководства по принятию единообразных правил.

122. Предложение исключить из подпункта (a) слово "надежно" получило решительную поддержку. Было указано, что употребление этого слова привносит новую размытую и двусмысленную концепцию как в отношении простановки, так и в отношении проверки подписи в цифровой форме.

123. В редакционном плане было предложено уточнить в тексте подпункта (a), что простановка подписи и ее проверка должны быть осуществлены в течение срока действия сертификата. Противоположное мнение заключалось в том, что срок действия сертификата относится только к проверке подписи в цифровой форме и что следует

изменить формулировку подпункта (a), исключив слово "надежно" в отношении проверки и добавив в конце этого подпункта слова "и в пределах срока, в течение которого разрешается произвести проверку".

124. После обсуждения Рабочая группа не смогла достичь консенсуса в отношении использования слова "надежно" в подпункте (a). Было решено, что в различных вариантах проекта статьи 9, которые будут подготовлены для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий, сохранение и исключение слова "надежно" должно быть отражено в качестве возможных альтернатив (см. пункт 133 ниже).

Подпункт (b)

Вступительная формулировка

125. Вступительная формулировка подпункта (b) была сочтена в целом приемлемой.

Подпункты (i) и (ii)

126. Содержание подпунктов (i) и (ii) было сочтено в целом приемлемым, хотя было предложено уточнить вопрос об императивном или ином характере слов "получивший лицензию" и "аккредитованный". Было отмечено, что, хотя слова "получивший лицензию" предполагают наличие обязательного государственного механизма регулирования деятельности сертификационных органов, а слово "аккредитованный" предполагает необязательный, добровольный механизм, применительно к простановке защищенной подписи в цифровой форме, такие механизмы решающей роли не играют. Защищенность следует отразить путем ссылки на объективные качественные критерии, а не путем акцентирования внимания на процессе простановки защищенной подписи. Это мнение не получило поддержки, и подпункты (i) и (ii) решено было сохранить.

Подпункт (iii)

127. Было высказано опасение, что смысл используемых в проекте подпункта (iii) слов "иным образом" может быть недостаточно ясен, и было предложено воспроизвести формулировку подпункта (iii) в начале каждого из подпунктов (i) и (ii) примерно следующим образом: "сертификат был выдан в соответствии с коммерчески обоснованными и международно признанными стандартами сертификационным органом, получившим лицензию от ...".

128. В поддержку сохранения подпункта (iii) в его нынешней форме было высказано мнение о том, что данный подпункт вместе с подпунктом (iv) устанавливает процедуру доказывания по так называемой "полной форме", которая позволяет удовлетворить требование об установлении связи между публичным ключом и личностью соответствующего лица в случае, когда выдача сертификата производилась не в соответствии с положениями пункта 1(b)(i) и 1(b)(ii) проекта статьи 9. В ответ на предложение изложить содержание подпункта (iii) в начале подпунктов (i) и (ii) было указано, что это предложение приведет к ликвидации предусмотренной подпунктами (i) и (ii) упрощенной процедуры установления связи между публичным ключом и личностью подписавшегося, поскольку будет требоваться предъявление доказательств соблюдения установленных стандартов. Если будет четко установлено, что процесс лицензирования или аккредитации сертификационного органа должен производиться в соответствии с надлежащими стандартами надежности, то нет необходимости повторять это требование в отношении выдачи сертификатов этими надлежащим образом лицензированными или аккредитованными органами.

129. Было высказано замечание редакционного характера, согласно которому представляется неправильным включать ссылку на "коммерчески обоснованные и международно признанные стандарты", поскольку она может вызвать проблемы при толковании на некоторых языках. Одно из предложений заключалось в том, чтобы использовать формулировку "коммерчески разумные" и включить также определенное указание на природу стандартов, добавив слова "определяемые рыночными отношениями". Другое предложение заключалось в том, чтобы заменить слово "стандарты" словами "обычаи и практика". В ответ на это предложение было указано, что, поскольку слово "обычай" имеет техническое значение в ряде правовых систем, которые требуют, чтобы обычай складывался в течение длительного времени в результате широкого применения и поддержки, представляется неправильным использовать его в контексте электронной торговли, где ни единообразные правила, ни какие-либо другие обычаи не являются достаточно устоявшимися, чтобы можно было предусмотреть их непосредственное применение. Для решения этой проблемы было также предложено включить ссылки как на "международные технические стандарты", так и на "практику и обычаи" и описать последние как "коммерческие обычаи и практику".

130. Для согласования вышеупомянутых предложений было предложено включить в подпункт (iii) ссылку на сертификат, выданный "в соответствии с международными стандартами и коммерческой практикой или обычаями, широко известными и регулярно соблюдаемыми в той области, с которой связана сделка". Широкую поддержку получило мнение о том, что предлагаемая формулировка может представлять собой приемлемую основу для продолжения обсуждения. Вместе с тем были высказаны сомнения в том, что предложенная формулировка полностью соответствует другим ссылкам на обычаи и практику (или технических стандартов), которые могут иметься в международных документах в области права международной торговли. После обсуждения было решено

включить предлагаемую формулировку в квадратных скобках в варианты проекта статьи 9, которые должны быть подготовлены для рассмотрения Рабочей группой на более позднем этапе.

Подпункт (iv)

131. Предложение исключить подпункт (iv) было поддержано на том основании, что в указании на то, что сертификат устанавливает связь между публичным ключом и личностью подписавшегося, нет необходимости, если для подтверждения этого могут быть приведены доказательства, что обычно и будет происходить на практике вне зависимости от любой нормы, которая может быть включена в проект статьи 9. В поддержку сохранения подпункта (iv) было отмечено, что в том случае, когда установление связи между публичным ключом и личностью подписавшегося не обеспечивается в результате применения подпунктов (i) или (ii), которые предусматривают лишь весьма ограниченные методы и могут быть не очень широко применимы, или подпункта (iii), который может в начале иметь ограниченную сферу применения в области электронной торговли, необходимо указать, как такая связь может быть доказана иным образом. Соответственно, цель подпункта (iv) заключается в том, чтобы сбалансировать подпункты (i), (ii) и (iii) и обеспечить гибкость применения проекта статьи 9.

Пункт 2

132. Предложение сохранить пункт 2 на тех же основаниях, что и указанные в отношении подпункта (iv), получило поддержку. Вместе с тем было высказано понимание, что в сохранении как пункта 1(b)(iv), так и пункта 2, возможно, нет необходимости, поскольку оба эти пункта по сути выполняют одну и ту же задачу.

Предложение о новом проекте статьи 9

133. С тем чтобы учесть различные предложения и рекомендации в отношении проекта статьи 9, был предложен следующий пересмотренный проект:

"1) Вариант A

В отношении всего сообщения данных или какой-либо его части в случае, когда составитель идентифицирован цифровой подписью, эта цифровая подпись является [усиленной] электронной подписью, если:

a) цифровая подпись была поставлена в течение срока действия действительного сертификата и [надлежащим образом] проверена с помощью публичного ключа, указанного в сертификате;

b) сертификат имеет целью установление связи между публичным ключом и личностью [подписавшегося] [соответствующего лица];

c) сертификат был выдан для целей удостоверения подписей в цифровой форме, которые являются [усиленными] [защищенными] электронными подписями; и

d) сертификат был выдан:

i) сертификационным органом, получившим лицензию от ... [принимающее государство указывает орган или ведомство, компетентное выдавать лицензии сертификационным органам и принимать правила, регулирующие функционирование получивших лицензию сертификационных органов]; или

ii) сертификационным органом, аккредитованным ответственным аккреди-тационным органом, применяющим коммерчески обоснованные и международно признанные стандарты, относящиеся к вопросам надежности технологии, практики и других соответствующих характеристик функционирования сертификационного органа. Неисчерпывающий перечень органов и стандартов, отвечающих положениям настоящего пункта, может быть опубликован ... [принимающее государство указывает орган или ведомство, компетентное устанавливать признанные стандарты функционирования получивших лицензию сертификационных органов]; или

[iii) в соответствии с коммерчески обоснованными и международно признанными стандартами.]

Вариант B

В отношении всего сообщения данных или какой-либо его части в случае, когда составитель идентифицирован цифровой подписью, эта цифровая подпись является [усиленной] электронной подписью, если:

a) цифровая подпись была [надежно] проставлена в течение срока действия действительного сертификата и [надлежащим образом] проверена с помощью публичного ключа, указанного в сертификате; и

b) сертификат устанавливает связь между публичным ключом и личностью соответствующего лица согласно процедурам, установленным:

i) [принимающее государство указывает орган или ведомство, компетентное выдавать лицензии сертификационным органам и принимать правила, регулирующие функционирование получивших лицензию сертификационных органов]; или

ii) ответственным аккредитационным органом, применяющим коммерчески обоснованные и международно признанные стандарты, относящиеся к вопросам надежности технологии, практики и других соответствующих характеристик функционирования сертификационного органа; или

iii) [международными стандартами и коммерческой практикой или обычаями, широко известными и регулярно применяемыми в области, с которой связана сделка].

2) Цифровая подпись, не удовлетворяющая требованиям, изложенным в пункте 1, считается [усиленной] электронной подписью, если:

a) имеются достаточные доказательства того, что:

i) сертификат устанавливает четкую связь между публичным ключом и личностью субъекта сертификата; и

ii) цифровая подпись надлежащим образом проставлена и проверена с применением защищенной и надежной процедуры; или

b) она квалифицируется в качестве [усиленной] электронной подписи согласно другим положениям настоящих Правил".

134. В разъяснении этого предложения было указано, что использование в подпункте (a) варианта A термина "надлежащим образом" преследовало цель отразить концепцию, согласно которой подпись должна быть проставлена в течение срока действия сертификата. В подпункте (b) не требуется доказательства того, что сертификат фактически устанавливает связь между публичным ключом и личностью подписавшегося; сертификат должен лишь преследовать цель устанавливать такую связь. Подпункт (d)(iii) был заключен в квадратные скобки, с тем чтобы отразить результаты проведенного ранее обсуждения вопроса о включении в подпункты (i) и (ii) ссылки на стандарты, практику и обычаи.

135. Было высказано опасение в связи с тем, что использование слов "надлежащим образом" в пункте 1(a) предложения не обеспечивает достаточно четкого понимания того, что проверка должна производиться в течение срока действия сертификата. Секретариату было предложено включить надлежащую формулировку для отражения этого момента.

136. После обсуждения Рабочая группа постановила, что Секретариат должен включить приведенные выше варианты A и B в пересмотренный текст единообразных правил, который должен быть подготовлен для будущего обсуждения.

137. После того как Рабочая группа завершила рассмотрение раздела II и до начала рассмотрения раздела III единообразных правил, одна из делегаций предложила Рабочей группе вернуться к рассмотрению вопроса о цели единообразных правил. Было указано, что цель единообразных правил должна заключаться в закреплении ряда самых базовых юридических принципов для создания общей платформы, унифицированной на международном уровне. Поскольку нельзя ожидать, что в такой носящий международный характер документ, как единообразные правила, можно будет часто вносить изменения, при подготовке этих правил не следует ориентироваться на установление стандартов и разработку подробных норм в отношении цифровых подписей. Столь подробно разработанные нормативные положения не будут обладать достаточной гибкостью для адаптации к быстро развивающимся методам электронной торговли. Хотя представляется целесообразным, чтобы ЮНСИТРАЛ кодифицировала определенные обычаи и практику международной торговли, при подготовке единообразных правил следует учитывать, что в области электронных подписей таких обычаев и практики в настоящее время не существует и что попытка урегулировать в единообразных правилах широкий круг технических и коммерческих вопросов, которые могут возникать в связи с формирующейся практикой использования цифровых подписей, нереальна. Указанные вопросы лучше, по всей видимости, рассматривать в таких органах, как ИСО или МТП. Следует пересмотреть сферу применения единообразных правил и сосредоточиться на разработке базовой

юридической основы, в рамках которой будет, предположительно, развиваться практика использования всех видов электронных подписей. Для этого следует, возможно, попытаться избежать проведения в рамках единообразных правил какого-либо разграничения между различными уровнями подписей (т.е. разграничения между обычными электронными подписями и [усиленными] электронными подписями) и пересмотреть структуру этих правил, разбив их на три части следующим образом: a) введение, в котором будет признаваться принцип автономии сторон; b) свод норм, регулирующих отношения между сторонами, обменивающимися сообщениями (на основе презумпций и положений об ответственности, которые в настоящее время содержатся в единообразных правилах); и c) свод положений, регулирующих ответственность поставщиков услуг, которые обязуются оказывать помощь в идентификации сторон в электронной среде (также на основе положений об ответственности, содержащихся в единообразных правилах). В единообразных правилах не следует затрагивать вопросы о сертификационных органах или других поставщиках услуг по идентификации сверх того, что необходимо для установления базовых руководящих принципов в вопросе о том, как указанные организации должны выполнять функцию идентификации. Следует избегать рассмотрения в рамках единообразных правил технических аспектов (например, применения криптографических методов, использования инфраструктуры публичного ключа (ИПК), алгоритма подписи или других биометрических устройств). Вместо этого единообразные правила должны устанавливать самую общую норму, предусматривающую, что поставщики услуг по идентификации должны нести ответственность перед лицами, которые полагаются на идентификацию, в той мере, в какой такое доверие является разумным.

138. Хотя идея о том, что единообразные правила следует, возможно, несколько упростить и что основной упор в них по-прежнему должен делаться на положениях общего применения вне зависимости от носителя информации, и получила поддержку, в целом Рабочая группа пришла к выводу, что общая структура единообразных правил является целесообразной и что на нынешней стадии пересматривать ее нет необходимости. В частности, была признана уместность проведения разграничения между различными уровнями электронных подписей. Было подчеркнуто, что в своем нынешнем виде единообразные правила уже отражают намерение обеспечить регулирование сложных реалий электронного удостоверения подлинности посредством простых и общих положений. В целом было высказано мнение, что необходимо и далее придерживаться подхода, лежащего в основе единообразных правил.

Раздел III. Сертификационные органы и смежные вопросы

Статья 10. Гарантия, предоставляемая при выдаче сертификата

139. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 10:

"1) Выдавая сертификат, сертификационный орган гарантирует [любому лицу, разумно полагающемуся на сертификат], что:

a) сертификационный орган выполнил все применимые требования [настоящих Правил];

b) вся содержащаяся в сертификате информация является точной на момент его выдачи, [если только сертификационный орган не указал в сертификате, что точность определенной информации не подтверждена];

c) насколько известно сертификационному органу, в сертификате не упущены никакие существенные факты, которые могли бы отрицательно сказаться на достоверности информации, содержащейся в сертификате; и

[d) если сертификационный орган опубликовал заявление о практике сертификации, сертификат был выдан сертификационным органом в соответствии с этим заявлением о практике сертификации].

2) Выдавая [усиленный] [защищенный] сертификат, сертификационный орган предоставляет в отношении [подписавшегося] [субъекта], идентифицируемого в сертификате, [любому лицу, разумно полагающемуся на сертификат,] следующие дополнительные гарантии:

a) что публичный и частный ключи [подписавшегося] [субъекта], идентифицируемого в сертификате, составляют действующую пару ключей; и

b) что во время выдачи сертификата частный ключ:

i) является ключом [подписавшегося] [субъекта], идентифицируемого в сертификате; и

ii) соответствуют публичному ключу, указанному в сертификате".

Пункт 1

140. Были высказаны различные мнения в отношении необходимости сохранения пункта 1 проекта статьи 10 и сферы его применения. Одна точка зрения заключалась в том, что пункт 1 (и, возможно, вообще весь проект статьи 10) следует исключить, поскольку в нем нет необходимости и он составлен слишком подробно. Было указано, в частности, что установленный в пункте 1 стандарт осмотрительности, который действует в отношении всех сертификатов, необоснованно сложен и что его можно было бы резюмировать как возложенную на сертификационный орган обязанность действовать разумно и добросовестно. Таким образом, в пункте 1 просто утверждаются очевидные вещи, и поэтому его можно либо исключить, либо отразить в других положениях единообразных правил. В ответ на это было указано, что вне зависимости от содержания и места положения о стандарте поведения, оно необходимо как логическая ступень для обеспечения применения положений единообразных правил, касающихся ответственности сертификационного органа. Было указано на то, что, возможно, необходимо будет разъяснить связь между проектом статьи 10 и проектами статей 11 и 12, с тем чтобы четко показать, что несоблюдение требований проекта статьи 10 приведет к возникновению ответственности сертификационного органа. Было предложено объединить содержание проекта статьи 10 и проекта статьи 12. В ходе этого обсуждения было высказано еще одно предположение, заключающееся в том, что помимо положений, регулирующих ответственность сертификационных органов, единообразные правила должны, возможно, содержать более подробные положения в отношении стандарта осмотрительности, которому должны соответствовать действия доверяющих сторон. Другое предложение заключалось в том, что необходимо, возможно, изменить - на основе обязательства действовать разумно - формулировку стандарта осмотрительности, распространяющегося как на сертификационные органы, так и на доверяющие стороны.

141. Другое мнение заключалось в том, что перечисленные в рамках пункта 1 конкретные элементы необходимы для всех видов сертификатов. Соответственно, пункт 1 следует сохранить при условии возможного исключения подпунктов (b) и (d), а рассматриваемые в этих подпунктах вопросы можно было бы урегулировать на основании принципа автономии сторон. В редакционном плане было высказано мнение, что если единообразные правила будут содержать требования в отношении всех сертификатов, то эти требования должны применяться с учетом международной практики и сложившихся обычаев. Наряду с этим было предложено изменить формулировку "выдавая сертификат", с тем чтобы разъяснить, что устанавливаемый этим положением стандарт поведения распространяется как на "выдачу" сертификационным органом сертификата своему клиенту, так и на "раскрытие" сертификационным органом информации об этом сертификате любой доверяющей стороне. В ходе этого обсуждения выявилось, что вопрос о том, должен ли подписавшийся или субъект сертификата считаться доверяющей стороной, по-прежнему не решен. В отношении подпункта (c) было высказано мнение, что в данном положении, возможно, следует четче перечислить факты, которые нельзя упускать в сертификате. Альтернативное предложение заключалось в том, что ответственность органа, выдающего сертификат, должна ограничиваться гарантированием достоверности информации, имеющей непосредственное отношение к цели, для которой выдается данный сертификат, и не распространяться на другую информацию, которая может содержаться в сертификате. В этих целях было предложено добавить в конце подпункта (c) слова "для его предполагаемого использования".

142. Широкую поддержку получило мнение о том, что сфера применения проекта статьи 10 должна ограничиваться охватом ограниченного круга сертификатов и, возможно, лишь тех сертификатов, которые выданы для целей [усиленных] электронных подписей. Было указано, что устанавливать обязательный стандарт поведения в отношении всех сертификатов, по-видимому, нецелесообразно ввиду многочисленности видов (и видов использования) сертификатов, которые в процессе дальнейшего развития этой отрасли могут выйти за рамки группы сертификатов, необходимых для усиленных электронных подписей, и за рамки сферы действия единообразных правил. Было предложено пересмотреть содержание пункта 2, с тем чтобы включить в вводную часть общую ссылку на обязанность сертификационного органа действовать разумно.

Пункт 2

143. В редакционном плане было предложено сформулировать подпункт (b)(i) примерно следующим образом: "соответствует [подписавшемуся] [субъекту], идентифицируемому в сертификате". Такая формулировка избавит сертификационный орган от опасности оказаться непредумышленно вовлеченным в рассмотрение вопросов, связанных с правом собственности на ключ.

144. После обсуждения Рабочая группа постановила отложить принятие решения по проекту статьи 10 до тех пор, пока она не завершит рассмотрение проекта статьи 12. Было решено, что для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий Секретариат должен подготовить пересмотренный вариант проекта статьи 10, сфера применения которого была бы ограничена в соответствии с изложенными выше предложениями.

Статья 11. Договорная ответственность

145. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 11:

"Вариант A

1) Во взаимоотношениях между сертификационным органом, выдавшим сертификат, и держателем этого сертификата [или какой-либо иной доверяющей стороной, находящейся в договорных отношениях с сертификационным органом], права и обязательства сторон [и их любое ограничение] определяются достигнутым между ними соглашением [при условии соблюдения применимого права].

[2) При условии соблюдения статьи 10 сертификационный орган может, по соглашению между сторонами, снять с себя ответственность за любой ущерб [, возникший в результате доверия к сертификату] [, вызванный дефектами информации, указанной в сертификате, техническими ошибками или аналогичными обстоятельствами. Однако на оговорку, ограничивающую или снимающую ответственность сертификационного органа, нельзя ссылаться, если такое снятие или ограничение договорной ответственности будут, учитывая цель договора, в высшей степени несправедливыми].]

[3) Сертификационный орган не имеет права ограничивать свою ответственность, если будет доказано, что убытки последовали в результате действия или бездействия сертификационного органа, совершенных с намерением причинить ущерб или по грубой неосторожности и при понимании того, что ущерб может быть причинен.]

Вариант B

В соответствии с применимым правом права и обязательства сертификационного органа, [подписавшегося] [субъекта], идентифицированного в сертификате, и любой другой стороны регулируются соглашением или соглашениями, заключенными между этими сторонами, в той мере, в какой такое соглашение или соглашения касаются таких прав и обязательств, а также их любых ограничений.

Вариант C

В случае, когда соглашения заключаются сертификационным органом, [подписавшимся] [субъектом], идентифицированным в сертификате, и любой другой стороной, права и обязательства этих сторон и их любое ограничение, которые предусмотрены этими соглашениями, регулируются этими соглашениями в соответствии с применимым правом и в той мере, в какой это допускается применимым правом".

Общие замечания

146. С самого начала обсуждения было высказано сомнение в необходимости включения в единообразные правила статьи о договорной ответственности. В непосредственной связи с проектом статьи 11 было обращено внимание на то, что в пункте 1 варианта A, а также в вариантах B и C просто указывается на применение норм внутреннего законодательства - результат, который был бы достигнут и без включения в единообразные правила положения по типу проекта статьи 11. Эти положения были названы "закладками", поскольку их задача - просто напомнить читателям единообразных правил о том, что в связи с урегулированием вопросов договорной ответственности необходимо обратиться к применимому праву. Рассматриваемые положения не преследуют цели установить какую-либо материально-правовую норму или обязательство в отношении этих вопросов. Было указано, что для пунктов 2 и 3 варианта A такая характеристика не подходит и что в них устанавливаются материально-правовые нормы по вопросам несправедливого характера и намеренного неправомерного поведения. В целом ни на внутреннем, ни на международном уровне единого мнения по этим вопросам не имеется, поскольку они затрагивают проблемы защиты потребителей.

147. Противоположная точка зрения заключалась в том, что проект статьи 11 является полезным как введение к проекту статьи 12. Проект статьи 12, в котором устанавливаются нормы, касающиеся иной ответственности, чем договорная, не предусматривает автономии сторон или иных ограничений ответственности по соглашению. Было высказано мнение, что для разъяснения того, что в единообразных правилах не ставится задачи исключить возможность сторон согласовать ограничения ответственности в своем договоре, может потребоваться положение, сформулированное по типу статьи 11.

148. Другая точка зрения заключалась в том, что, поскольку цель ЮНСИТРАЛ заключается в согласовании и унификации норм права международной торговли, важно попытаться договориться об основных принципах ответственности для включения в единообразные правила. В этой же связи было указано, что в некоторых правовых системах изменение режима ответственности по соглашению может не признаваться, в результате чего этот вопрос будет решаться в соответствии с нормами национального законодательства, а это, возможно, не будет отвечать интересам облегчения электронной торговли.

149. Большинство членов Рабочей группы сочли, что в единообразных правилах следует сохранить положение, аналогичное проекту статьи 11. Обсуждение было посвящено рассмотрению вариантов A, B и C проекта статьи 11. Был затронут вопрос об уместности формулировки "при условии соблюдения применимого права" в каждом из этих вариантов. Одна точка зрения заключалась в том, что в правовых системах, которые не признают права сторон изменять ответственность по соглашению, включение слов "при условии соблюдения применимого права" приведет к чрезмерно узкому применению единообразных правил. И напротив, исключение этих слов приведет к неограниченной способности ограничивать или исключать ответственность. Было высказано мнение, что по этим причинам Рабочей группе следует внимательно изучить вопрос об использовании этих слов в проекте статьи 11. Было высказано предположение, что вопрос договорной ответственности - в той мере, в какой соответствующее положение необходимо - можно было бы рассмотреть в контексте статьи 12, включив в нее положение об автономии сторон.

Вариант A

150. С учетом высказанных общих замечаний в отношении содержания, в частности пункта 2, вариант A получил широкую поддержку.

Пункт 1

151. Одно из замечаний, высказанных в отношении пункта 1, заключалось в том, что сфера его применения ограничивается конкретными взаимоотношениями между оговоренными сторонами конкретного договора, а не охватывает все договаривающиеся стороны. С учетом высказанной обеспокоенности содержание пункта 1 было сочтено в целом приемлемым, и было решено взять его за основу для дальнейшего обсуждения.

Пункт 2

152. Было высказано мнение, что в результате включения в пункт 2 нормы о явно несправедливом поведении оказался затронут вопрос, который в контексте ряда правовых систем может оказаться сложным для понимания. Рабочей группе было напомнено о том, что пункт 2 построен на основе Принципов международных коммерческих контрактов МИУЧП (статья 7.1.6) и представляет собой попытку установить единообразный стандарт для оценки общей приемлемости оговорок об освобождении от ответственности. Ссылка на "явно несправедливый" характер ограничения или исключения ответственности свидетельствует о гибком подходе к оговоркам об освобождении от ответственности и преследует цель содействовать более широкому признанию оговорок об ограничении и исключении ответственности, чем это было бы возможно, если бы в единообразных правилах упоминался лишь закон, применимый в случаях, не регулируемых этими правилами (A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 64). Хотя предложение включить в правила стандарт, разработанный на базе положений МИУЧП, которые известны в ряде правовых систем и не вызывают там непонимания, получило определенную поддержку, был высказан ряд предложений по улучшению формулировки и обеспечению более четкого отражения указанного принципа. Одно из предложений заключалось в том, чтобы заменить слова "в высшей степени несправедливыми" формулировкой, описывающей суть этого принципа. Согласно другому предложению, этот принцип должен толковаться в единообразных правилах точно так же, как и в положениях МИУЧП, а в руководство по принятию следует включить пояснительный материал. Секретариату было предложено рассмотреть возможность изменения текста пункта 2 с учетом предложений, высказанных в связи со стандартом "явно несправедливых" ограничений и исключений.

153. Второй вопрос касался использования в начале пункта 2 формулировки "при условии соблюдения статьи 10". Было указано, что, поскольку Рабочая группа не достигла согласия в отношении проекта статьи 10, трудно понять, что должно означать использование этой формулировки в пункте 2 проекта статьи 11. Было решено заключить эти слова в квадратные скобки до проведения дальнейшего обсуждения статьи 10.

154. Что касается слов, заключенных в квадратные скобки в пункте 2, то было высказано общее мнение в пользу того, чтобы сохранить слова "возникшие в результате доверия к сертификату", сняв квадратные скобки, и исключить слова "вызванный дефектами информации, указанной в сертификате, техническими ошибками или аналогичными обстоятельствами". Рабочая группа также пришла к общему выводу о необходимости сохранения последнего предложения пункта 2 со следующими изменениями: "Однако на оговорку, ограничивающую или исключающую ответственность сертификационного органа, нельзя ссылаться в той мере, в которой это исключение или ограничение договорной ответственности будет, учитывая цель договора и другие соответствующие обстоятельства, явно несправедливым". В основе предложения добавить слова "и другие соответствующие обстоятельства" лежало мнение, согласно которому вопрос оценки того, что представляет собой явно несправедливое ограничение или исключение ответственности, всегда должен будет решаться с учетом всех сопутствующих обстоятельств, а не только договора, содержащего такую оговорку об ограничении или исключении ответственности.

155. Рабочая группа постановила сохранить пункты 1 и 2 варианта A при условии их пересмотра для учета предложенных изменений, которые были изложены выше.

Пункт 3

156. Было высказано предложение исключить пункт 3 ввиду того, что стандарт, предусматривающий намерение причинить ущерб и умышленное или неосторожное поведение, будет охвачен пунктом 2. Рабочая группа в целом согласилась с этим предложением.

Варианты B и C

157. Предложение сохранить вариант C как возможную альтернативу варианту A получило определенную поддержку. Было указано, что, поскольку в основе варианта C лежит простая ссылка на применимое право, можно не опасаться, что его положения войдут в коллизию с какой-либо применимой нормой о договорной ответственности. После обсуждения было высказано общее мнение, что по вышеупомянутым причинам вариант A является предпочтительным. Ни один из членов Рабочей группы не высказался в поддержку варианта B. После обсуждения Рабочая группа постановила исключить варианты B и C.

Статья 12. Ответственность сертификационного органа перед сторонами, полагающимися на сертификат

158. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 12:

"1) При условии соблюдения пункта 2, если сертификационный орган выдает сертификат, он несет ответственность перед любым лицом, разумно полагающимся на этот сертификат, за:

a) ошибки в сертификате, если только сертификационный орган не докажет, что он или его агенты приняли [все разумные] [коммерчески обоснованные] меры [, которые соответствовали цели, для которой был выдан сертификат, с учетом всех обстоятельств,] для избежания ошибок в сертификате;

b) непринятие мер по регистрации аннулирования сертификата, если только сертификационный орган не докажет, что он или его агенты приняли [все разумные] [коммерчески обоснованные] меры [, которые соответствовали цели, для которой был выдан сертификат, с учетом всех обстоятельств,] для регистрации аннулирования сразу же после получения уведомления о его аннулировании [; и

c) последствия неприменения следующего:

i) любой процедуры, указанной в заявлении о практике сертификации, опубликованном сертификационным органом; или

ii) любой процедуры, предусмотренной применимым правом].

2) Доверие к сертификату не является разумным в той мере, в которой оно противоречит информации, содержащейся в сертификате [или включенной в него путем ссылки] [или в перечне аннулирования] [или в информации об аннулировании]. [Доверие не является разумным, в частности, если:

a) оно противоречит цели, для которой выдан сертификат;

b) оно оказано в превышение стоимости, в отношении которой сертификат является действительным; или

c) [...]".

Общие замечания

159. Хотя содержание проекта статьи 12 было сочтено в целом приемлемым, некоторые делегации выразили мнение, что было бы предпочтительно не устанавливать конкретные нормы об ответственности сертификационного органа перед доверяющими сторонами. Рабочая группа решила, что проекты статей 10, 11 и 12 необходимо будет вместе рассмотреть на одном из будущих заседаний для обеспечения того, чтобы обязательства, возлагаемые на сертификационные органы, соответствовали нормам об ответственности, устанавливаемым единообразными правилами, а также для обеспечения надлежащего урегулирования вопросов автономии сторон. Было также отмечено, что между этими тремя проектами статей необходимо обеспечить последовательность в подходе, особенно в вопросе о том, на чем должен быть сделан акцент в этих положениях - на достижении определенного результата или же соблюдении установленной процедуры.

Пункт 1

Подпункт (a)

160. Был высказан ряд предложений редакционного характера. Было решено сохранить заключенные в квадратные скобки слова "все разумные", сняв скобки, а остальной текст, заключенный в квадратные скобки, исключить. Было предложено в дополнение к указанию на ошибки включить в подпункт (a) ссылку на "пропуски" в сертификате и исключить ссылку на требование доказательства сертификационным органом, что он принял разумные меры для избежания ошибок и пропусков. Был предложен следующий текст: "a) ошибки или пропуски в сертификате, обусловленные тем, что сертификационный орган не принял всех разумных мер для избежания ошибок и пропусков в сертификате". Другое предложение заключалось в изменении порядка изложения в данном пункте, с тем чтобы сделать акцент на том, что сертификационный орган не проявил разумной осторожности, и предусмотреть предоставление сертификационному органу возможности принять меры по исправлению ошибок и неточностей в сертификате. Был предложен следующий текст: "a) за непринятие всех разумных мер по недопущению или исправлению ошибок или неточностей в сертификате". Одна из проблем, возникших в связи с этим предложением, заключалась в том, что ссылка на пропуски имела бы смысл лишь в контексте обязанности указывать в сертификате оговоренную информацию, когда непредставление этой информации приводит к возникновению ответственности за ее пропуск. Это имело бы значение в контексте проектов статей 8 и 10, и поэтому необходимо согласовать это положение с текстом указанных проектов статей. Вторая проблема заключалась в том, что предложение изменить место подпункта (a) в тексте и исключить слова, относящиеся к возложенной на сертификационный орган обязанности доказывания, что он принял все разумные меры, на практике перенесет предусматриваемое в этом подпункте бремя доказывания на другую сторону. Хотя Рабочая группа согласилась с добавлением ссылки на пропуски, в целом было сочтено, что не следует допускать подобного переноса бремени доказывания.

Подпункт (b)

161. Было предложено исключить подпункт (b) на том основании, что он сформулирован слишком подробно. Однако в целом было решено, что исключение подпункта (b) будет приемлемым лишь в том случае, если его содержание будет включено в пересмотренный и более широкий вариант подпункта (a). Было решено сохранить подпункт (b) в единообразных правилах до проведения будущего обсуждения по вопросу о согласовании текстов проектов статей 8, 10 и 12. В редакционном плане было решено сохранить слова "все разумные", сняв квадратные скобки, а остальной текст, заключенный в квадратные скобки, - исключить.

Подпункт (c)

162. В связи с включением положения, сформулированного по типу подпункта (ii) подпункта (c), была выражена обеспокоенность на том основании, что сертификационный орган может столкнуться с трудностями при установлении, какое право может считаться применимым в каждом конкретном случае. В поддержку исключения подпункта (c)(ii) было отмечено, что ссылка на "любую процедуру", предусмотренную в заявлении о практике сертификации или в применимом праве, может оказаться слишком широкой, поскольку не все такие процедуры направлены на защиту доверяющих сторон и что сфера применения проекта статьи 12 должна ограничиваться ответственностью сертификационного органа перед такими сторонами. Было достигнуто общее мнение о необходимости исключить подпункт (ii). Было решено сохранить подпункт (i), который касается вопроса об ответственности сертификационного органа за невыполнение положений его собственного заявления о практике сертификации.

Пункт 2

163. Был выдвинут ряд предложений с целью разъяснить содержание формулировки пункта 2. Поступило предложение изменить текст подпункта (a) следующим образом: "оно оказано с целью, противоречащей цели, для которой выдан сертификат". Аналогично, следует изменить подпункт (b) следующим образом: "оно оказано в связи с операцией, стоимостной объем которой превышает стоимость, в отношении которой сертификат является действительным". Другое предложение заключалось в том, чтобы четко указать в тексте, что доверие к сертификату не является разумным согласно пункту 2 "в той мере", в которой оно не основано на цели, для которой выдан сертификат, или на стоимости, в отношении которой сертификат является действительным. Было достигнуто общее мнение о необходимости изменить формулировку пункта 2, с тем чтобы отразить в ней эти предложения.

Статьи 13-15

164. Ввиду отсутствия времени Рабочая группа провела лишь предварительное обсуждение проектов статей 13, 14 и 15. Она рассмотрела следующие тексты этих проектов статей 13, 14 и 15:

Статья 13. Аннулирование сертификата

1) В течение срока действия сертификата выдавший его сертификационный орган должен аннулировать сертификат в соответствии с политикой и процедурами, регулирующими порядок аннулирования и предусмотренными применимым заявлением о практике сертификации, либо, в отсутствие такой политики и процедур, незамедлительно по получении:

a) требования об аннулировании от [подписавшегося] [субъекта], идентифицированного в сертификате, и подтверждении того, что лицо, требующее аннулирования, является [правомерным] [подписавшимся] [субъектом] сертификата либо его агентом, обладающим полномочиями требовать такого аннулирования;

b) достоверных доказательств наступления смерти [подписавшегося] [субъекта], если таковым является физическое лицо; или

c) достоверных доказательств ликвидации или прекращения существования [подписавшегося] [субъекта], если таковым является юридическое лицо.

2) [Подписавшийся] [субъект] в отношении сертифицированной пары ключей обязан аннулировать соответствующий сертификат или потребовать его аннулирования, если [подписавшийся] [субъект] узнает, что частный ключ был утерян или скомпрометирован или подвергается опасности неправильного использования в других отношениях. Если [подписавшийся] [субъект] не аннулирует сертификат или не потребует его аннулирования в такой ситуации, то этот [подписавшийся] [субъект] несет ответственность перед любой стороной, полагавшейся на содержание сообщения, за ущерб в результате того, что этот [подписавшийся] [субъект] не произвел такого аннулирования.

3) Независимо от того, дает ли свое согласие на аннулирование [подписавшийся] [субъект], идентифицированный в сертификате, сертификационный орган, выдавший сертификат, должен аннулировать сертификат сразу же после того, как ему станет известно, что:

a) изложенные в сертификате существенные факты не соответствуют действительности;

b) частный ключ или информационная система сертификационного органа были скомпрометированы таким образом, что это влияет на надежность сертификата; или

c) были скомпрометированы частный ключ или информационная система [подписавшегося] [субъекта] сертификата.

4) После аннулирования сертификата согласно пункту 3 сертификационный орган должен уведомить [подписавшегося] [субъекта] сертификата и полагающиеся на сертификат стороны в соответствии с политикой и процедурами, регулирующими порядок уведомления об аннулировании сертификата и предусмотренными применимым заявлением о практике сертификации, либо в отсутствие такой политики и процедур, незамедлительно уведомить [подписавшегося] [субъекта] сертификата и незамедлительно опубликовать уведомление об аннулировании сертификата, если последний был опубликован, и каким-либо иным путем раскрыть факт аннулирования после получения запроса от какой-либо стороны, полагавшейся на сертификат.

5) [Во взаимоотношениях между [подписавшимся] [субъектом] сертификата и сертификационным органом] аннулирование вступает в силу с момента его [получения] [регистрации] сертификационным органом.

[6) Во взаимоотношениях между сертификационным органом и любой третьей стороной, полагающейся на сертификат, аннулирование вступает в силу с момента его [регистрации] [опубликования] сертификационным органом.]

Статья 14. Приостановление действия сертификата

В течение срока действия сертификата выдавший его сертификационный орган должен приостановить действие сертификата в соответствии с политикой и процедурами, регулирующими порядок приостановления действия и предусмотренными применимым заявлением о практике сертификации, либо, в отсутствие такой политики и процедур, незамедлительно по получении требования об этом от лица, которого сертификационный орган разумно считает [подписавшимся] [субъектом], идентифицированным в сертификате, либо лицом, уполномоченным действовать от имени такого [подписавшегося] [субъекта].

Статья 15. Регистр сертификатов

1) Сертификационные органы ведут общедоступный электронный регистр выданных сертификатов, указывающий, когда истекает срок действия отдельного сертификата либо когда его действие было приостановлено или он был аннулирован.

2) Регистр хранится сертификационным органом

Вариант A в течение по меньшей мере [30] [10] [5] лет

Вариант B в течение ... [принимающее государство указывает срок хранения в регистре соответствующей информации]

после даты аннулирования или истечения срока действия любого сертификата, выданного этим сертификационным органом.

Вариант C в соответствии с политикой и процедурами, установленными сертификационным органом в применимом заявлении о практике сертификации".

Общие замечания

165. Был высказан ряд замечаний по поводу необходимости включения в единообразные правила проектов статей 13-15. Было указано, что все эти три статьи можно исключить по следующим причинам: они чересчур конкретны, подробны и имеют ограниченное применение; в их основу положены весьма общие гипотезы в отношении того, каким образом отдельные модели могут или не могут работать на практике; и они вряд ли получат широкое признание. Однако большинство членов Рабочей группы поддержало мнение о том, что исключать эти проекты статей без дальнейшего обсуждения было бы преждевременным.

166. Ряд делегаций выразил мнение, что проекты статей 13 и 14 посвящены вопросам, которые, по всей вероятности, важно было бы включить в единообразные правила, в зависимости от того, каким образом в единообразных правилах в конечном счете будет отражен ряд вопросов, обсуждение которых Рабочая группа на текущей сессии не закончила. Было высказано общее мнение о том, что эти проекты статей следует упростить и, возможно, свести в одну статью или объединить с другими статьями части III раздела II. Поскольку необходимость сертификационных органов для практики использования цифровых подписей очевидна, было предложено ограничить применение этих трех статей цифровыми подписями и изменить структуру единообразных правил, с тем чтобы отразить это ограничение. В связи с этим было также сделано предложение о том, что было бы важно изучить развитие коммерческой практики в отношении иных подписей, чем подписи в цифровой форме, с тем чтобы выяснить, какую структуру следует придать единообразным правилам.

167. Что касается содержания этих проектов статей, то было высказано мнение, что проекты статей 13 и 14 касаются основных обязательств сертификационного органа и что решить вопрос о содержании этих обязательств необходимо до урегулирования вопросов об ответственности. Что касается проекта статьи 13, то было высказано мнение о том, что эта статья предоставляет возможность обеспечить, чтобы в единообразных правилах был достигнут баланс между обязательствами, возлагаемыми на сертификационный орган, и обязательствами, применимыми к подписавшемуся или субъекту сертификата.

168. Было высказано мнение, что проект статьи 15 затрагивает сложные вопросы конфиденциальности данных и что его можно было бы исключить. Было упомянуто о другой трудности, заключающейся в том, что в некоторых системах сертификации проект статьи 15 может не работать. В пользу сохранения было отмечено, что проект статьи 15 касается ответственности сертификационного органа согласно проекту статьи 12 и что его рассмотрение необходимо продолжить в контексте рассмотрения проекта статьи 12.

169. Рабочая группа решила сохранить для будущего рассмотрения проекты статей 13, 14 и 15, заключив их в квадратные скобки. Секретариату было предложено пересмотреть формулировки, с тем чтобы отразить высказанные мнения, и изучить возможность упрощения этих проектов статей.

Статья 16. Отношения между сторонами, полагающимися на сертификаты, и сертификационными органами

170. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи 16:

"[1) Сертификационному органу разрешено запрашивать только такую информацию, которая является необходимой для идентификации [подписавшегося] [субъекта сертификата].

2) Сертификационный орган предоставляет по запросу информацию о следующем:

a) условиях, на которых сертификат может использоваться;

b) условиях, связанных с использованием подписей в цифровой форме;

c) расходах, связанных с использованием услуг сертификационного органа;

d) политике или практике сертификационного органа в отношении использования, хранения и передачи информации личного характера;

e) технических требованиях сертификационного органа в отношении оборудования связи, которое будет использоваться полагающимися на сертификаты сторонами;

f) условиях, на которых сертификационный орган может направлять полагающимся на сертификаты сторонам предупреждения в случае сбоев или неисправностей в функционировании оборудования связи;

g) любом ограничении ответственности сертификационного органа;

h) любых ограничениях, налагаемых сертификационным органом на использование сертификата;

i) условиях, на которых [подписавшийся] [субъект] имеет право устанавливать ограничения в отношении использования сертификата.

3) Информация, указанная в пункте 1, предоставляется [потенциальному] [подписавшемуся] [субъекту] до заключения окончательного соглашения о сертификации. Такая информация может быть предоставлена сертификационным органом в виде заявления о практике сертификации.

4) При условии направления уведомления [за один месяц] [подписавшийся] [субъект] может расторгнуть соглашение о связи с сертификационным органом. Такое уведомление о расторжении вступает в силу в момент его получения сертификационным органом.

5) При условии направления уведомления [за три месяца] сертификационный орган может расторгнуть соглашение о связи с сертификационным органом. Такое уведомление о расторжении вступает в силу в момент его получения.]"

171. Было высказано общее мнение о том, что статью 16 следует исключить на том основании, что она касается преддоговорных вопросов, решение которых можно оставить на усмотрение самих сторон сертификационного договора. Хотя некоторые из указанных вопросов могут быть полезны как изложение оптимальной практики для сертификационных органов, было высказано мнение, что такие вопросы неуместно включать в единообразные правила, но можно рассмотреть в пояснительном руководстве.

172. Одно замечание касалось вопроса о заявлениях о практике сертификации, упомянутых в пункте 3. Было высказано мнение, что такие заявления представляют собой важный элемент отношений между сертификационными органами, подписавшимися и полагающимися на сертификаты сторонами и что все сертификационные органы следует обязать составлять заявление о практике сертификации. Было решено, что Рабочей группе необходимо продолжить обсуждение этого вопроса на одной из будущих сессий в контексте проектов статей 10, 11 и 12.

Раздел IV. Иностранные электронные подписи

Статьи 17-19

173. Ввиду отсутствия времени Рабочая группа отложила рассмотрение проектов статей 17-19 до одной из будущих сессий.

III. ПРЕДЛОЖЕНИЕ О БУДУЩЕЙ РАБОТЕ В ОБЛАСТИ ЭЛЕКТРОННОЙ ТОРГОВЛИ

174. В ходе нынешней сессии Рабочей группы были проведены неофициальные консультации по предложению о подготовке проекта международной конвенции об электронных сделках (см. A/CN.9/WG.IV/WP.77)[4]. Одна из делегаций рассказала о цели этого предложения. Было пояснено, что оно преследует двойную цель: a) устранить

[4]Предварительное обсуждение Комиссией этого предложения см. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункты 209-211.

связанные с необходимостью использовать бумажные документы препятствия для электронных сделок путем принятия положений Типового закона; и b) урегулировать некоторые вопросы электронного удостоверения подлинности (в той степени, в какой эти вопросы еще не охвачены текущей работой по проекту единообразных правил). Таким образом, чтобы, учитывая различные подходы, которые могут использоваться во внутреннем праве, обеспечить одновременно широкое признание и исковую силу частных договорных положений, касающихся удостоверения подлинности в рамках электронных сделок. Было отмечено, что с редакционной точки зрения это предложение составлено как документ для обсуждения, а не как конвенция.

175. Что касается связанных с необходимостью использования бумажными документами препятствий, то в предложении регулируются вопросы, касающиеся электронных сделок в целом. Оно предполагает принятие основных элементов Типового закона: например, контракт, заключенный в электронной форме, не может быть лишен юридической или исковой силы на том лишь основании, что он был заключен в электронной форме. Эта часть конвенции будет также содержать определения характеристик действительной электронной записи и подлинного документа и допускать представление электронных доказательств. В ней также будет признаваться приемлемость электронных подписей для юридических и коммерческих целей. Согласно мнению сторонников принятия конвенции, на международном уровне в значительной мере достигнут консенсус в отношении этих положений, хотя и было сообщено о том, что в контексте неофициальных консультаций некоторые делегации высказали заинтересованность в сохранении гибкости при реализации этих положений в законодательстве своих стран.

176. Одна из делегаций представила Рабочей группе устный доклад о различных дополнительных вопросах, в неофициальном порядке обсужденных рядом делегаций. Было сообщено, что было выражено неофициальное мнение о том, что возможная подготовка конвенции не должна служить поводом для возобновления обсуждения содержания Типового закона. Напротив, предложение в отношении подготовки конвенции должно рассматриваться как приглашение к тому, чтобы поощрять расширение использования Типового закона. Было также сообщено, что в определенной мере был обсужден вопрос о том, в каком объеме положения Типового закона должны быть включены в предлагаемую конвенцию. Кроме того, было указано, что одна из точек зрения сводилась к тому, чтобы Типовой закон был целиком включен в приложение к конвенции. Другая точка зрения заключалась в том, что отдельные положения Типового закона могут оказаться не совсем уместны в контексте конвенции. Было сообщено, что согласно одной из идей формулировки проекта конвенции следует составить таким образом, чтобы государства-участники принимали на себя обязательства по реализации принципов, содержащихся в соответствующих положениях Типового закона.

177. В неофициальном порядке был обсужден ряд вопросов в отношении той части конвенции, которая касается электронного удостоверения подлинности. Одна из делегаций подчеркнула, что при урегулировании вопросов электронного удостоверения подлинности предлагаемая конвенция должна сохранять за странами возможность по своему выбору использовать в национальном законодательстве различные подходы. В конвенции также необходимо четко указать, что независимо от точного характера любых законодательных рамок, регулирующих электронное удостоверение подлинности, исполнение положений соглашения (в том числе соглашений в замкнутых системах) между сторонами должно обеспечиваться в максимально возможной степени. Было сообщено о выраженном мнении, которое состояло в том, что одним из важнейших вопросов, которые предстоит решить, является, возможно, необходимость установления баланса между, с одной стороны, широким признанием автономии сторон и, с другой стороны, стремлением государств обеспечить целостность своего внутреннего законодательного и нормативного регулирования.

178. В связи с остальными положениями, касающимися удостоверения подлинности, в неофициальном порядке были обсуждены и другие вопросы. Помимо нейтрального подхода в плане используемой технологии и способов осуществления предполагаемая конвенция будет предусматривать, что сторонам должна быть предоставлена возможность попытаться доказать, что их сделки являются действительными, независимо от того, урегулированы ли конкретно в законодательных или иных нормативных актах использованные ими технические способы удостоверения подлинности или методы осуществления коммерческих операций. И наконец, предлагаемая конвенция будет призывать государства принять недискриминационный подход в отношении механизмов удостоверения подлинности, применяемых в других странах. Было сообщено о том, что состоялся обмен мнениями по поводу этого положения как принципа торгового права и его связи с принципами международной торговой политики.

179. Было решено, что неофициальное обсуждение предлагаемой конвенции может быть продолжено как в ходе следующей сессии Рабочей группы, так и до нее.

B. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее тридцать третьей сессии: проект единообразных правил об электронных подписях: записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.76) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
ВВЕДЕНИЕ	1-8
I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ	9-11
II. ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЙ О ПОДПИСЯХ В ЦИФРОВОЙ ФОРМЕ, ДРУГИХ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ, СЕРТИФИКАЦИОННЫХ ОРГАНАХ И СООТВЕТСТВУЮЩИХ ПРАВОВЫХ ВОПРОСАХ	12-50
ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ И ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	12-15
ГЛАВА II. ЭЛЕКТРОННЫЕ ПОДПИСИ	16-38
Раздел I. Электронные подписи в целом	16-21
Статья 1. Определения	16-20
Статья 2. Правовые последствия электронной подписи	21
Раздел II. [Усиленные] [Защищенные] электронные подписи	22-30
Статья 3. Презумпция подписания	22-23
Статья 4. Презумпция атрибуции	24
Статья 5. Презумпция целостности	25-26
Статья 6. Предварительное определение [усиленной] [защищенной] электронной подписи	27
Статья 7. Ответственность за [усиленную] [защищенную] электронную подпись	28-30
Раздел III. Подписи в цифровой форме, подтвержденные сертификатами	31-38
Статья 8. Содержание [усиленного] [защищенного] сертификата	31
Статья 9. Правовые последствия подписей в цифровой форме, подтвержденных сертификатами	32-38
ГЛАВА III. СЕРТИФИКАЦИОННЫЕ ОРГАНЫ И СМЕЖНЫЕ ВОПРОСЫ	39-47
Статья 10. Гарантия, предоставляемая при выдаче сертификата	39
Статья 11. Договорная ответственность	40
Статья 12. Ответственность сертификационного органа перед сторонами, полагающимися на сертификат	41
Общее замечание в отношении проектов статей 13-16	42
Статья 13. Аннулирование сертификата	43
Статья 14. Приостановление действия сертификата	44
Статья 15. Регистр сертификатов	45-46
Статья 16. Отношения между сторонами, полагающимися на сертификаты, и сертификационными органами	47
ГЛАВА IV. ИНОСТРАННЫЕ ЭЛЕКТРОННЫЕ ПОДПИСИ	48-50
Статья 17. Предоставление услуг иностранными сертификационными органами	48
Статья 18. Подтверждение иностранных сертификатов местными сертификационными органами	49
Статья 19. Признание иностранных сертификатов	50

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссия приняла решение включить в свою повестку дня вопросы о подписях в цифровой форме и сертификационных органах. Рабочей группе по электронной торговле было предложено рассмотреть целесообразность и возможность подготовки единообразных правил по этим темам. Было выражено согласие с тем, что работа, которая должна быть проведена Рабочей группой на ее тридцать первой сессии, может охватывать подготовку проектов правил по определенным аспектам вышеуказанных тем. Рабочей группе было предложено представить Комиссии достаточные элементы для принятия обоснованного решения в отношении рамок единообразных правил, которые будут разрабатываться. В отношении более четкого мандата для Рабочей группы было достигнуто согласие в том, что единообразные правила, которые следует подготовить, должны охватывать такие вопросы, как: правовая основа, поддерживающая процессы сертификации, включая появляющуюся технологию удостоверения подлинности и сертификации в цифровой форме; применимость процесса сертификации; распределение риска и ответственности пользователей, поставщиков и третьих сторон в контексте использования методов сертификации; конкретные вопросы сертификации через применение регистров; и включение путем ссылки[1].

2. На тридцатой сессии (1997 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать первой сессии(A/CN.9/437). Что касается целесообразности и возможности подготовки единообразных правил по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов, Рабочая группа сообщила Комиссии, что она достигла консенсуса в отношении важного значения и необходимости работы в направлении согласования норм права в этой области. Хотя она не приняла окончательного решения в отношении формы и содержания такой работы, она пришла к предварительному выводу о том, что практически можно подготовить проект единообразных правил, по крайней мере, по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов и, возможно, по связанным с этими вопросами проблемам. Рабочая группа напомнила о том, что, наряду с подписями в цифровой форме и сертификационными органами, в рамках будущей работы в области электронной торговли, возможно, также потребуется рассмотреть следующие темы: вопросы технических альтернатив криптографии публичных ключей; общие вопросы о функциях, выполняемых поставщиками услуг, являющимися третьими сторонами; и заключение контрактов в электронной форме (A/CN.9/437, пункты 156—157). В отношении вопроса включения путем ссылки Рабочая группа пришла к выводу о том, что необходимость в проведении Секретариатом дальнейшего исследования отпала, поскольку основополагающие вопросы хорошо известны и поскольку ясно, что многие аспекты "войны форм" и договоров присоединения необходимо будет оставить на урегулирование на основе применимых национальных законов в силу причин, связанных, например, с защитой потребителей и другими соображениями публичного порядка. Рабочая группа решила, что этот вопрос должен быть рассмотрен в качестве первого основного пункта ее повестки дня в начале следующей сессии (A/CN.9/437, пункт 155).

3. Комиссия дала высокую оценку работе, выполненной Рабочей группой на ее тридцать первой сессии, одобрила заключения Рабочей группы и поручила ей подготовить единообразные правила по правовым вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов (далее именуемые "единообразными правилами").

4. В отношении конкретной сферы применения и формы таких единообразных правил Комиссия в целом согласилась с тем, что на данном начальном этапе принятие решения невозможно. Было сочтено, что, хотя Рабочая группа может надлежащим образом сосредоточить свое внимание на вопросах подписей в цифровой форме с учетом очевидной ведущей роли криптографии публичных ключей в зарождающейся практике электронной торговли, подготавливаемые единообразные правила должны соответствовать нейтральному с точки зрения носителей информации подходу, который взят за основу в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Таким образом, единообразные правила не должны препятствовать использованию других методов удостоверения подлинности. Кроме того, при решении вопросов, связанных с криптографией публичных ключей, в этих единообразных правилах, возможно, необходимо будет учесть различия в уровнях обеспечения надежности и признать различные правовые последствия и уровни ответственности, соответствующие различным видам услуг, оказываемых в контексте подписей в цифровой форме. Что касается сертификационных органов, то Комиссия, хотя она и признала ценность стандартов, определяемых рыночными отношениями, в целом согласилась с тем, что Рабочая группа может надлежащим образом предусмотреть разработку минимального свода стандартов, которые должны будут строго соблюдаться сертификационными органами, особенно в случае необходимости трансграничной сертификации[2].

5. Рабочая группа приступила к разработке единообразных правил на своей тридцать второй сессии на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.73). Секретариату было поручено подготовить на основе этих обсуждений и заключений свод пересмотренных положений, с возможными вариантами, для рассмотрения Рабочей группой на одной из будущих сессий (доклад о работе этой сессии см. в A/CN.9/446). Что касается

---

[1] Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 223—224.

[2] Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункты 249—251.

включения путем ссылки, то Рабочая группа приняла текст проекта положения, постановила представить его Комиссии для рассмотрения и возможного включения в качестве статьи 5бис в Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и просила Секретариат подготовить пояснительную записку для добавления в Руководство по принятию Типового закона (A/CN.9/446, пункт 24).

6. В настоящей записке содержатся пересмотренные проекты положений, подготовленные с учетом обсуждений и решений Рабочей группы, а также обсуждений и решений Комиссии на ее тридцатой сессии, воспроизведенных выше. В частности, эти проекты положений основываются на принятой Рабочей группой рабочей гипотезе, согласно которой ее работа в области подписей в цифровой форме будет вестись в виде подготовки проекта законодательных положений (A/CN.9/437, пункт 27). Они также призваны отразить принятое Рабочей группой на ее тридцать первой сессии решение о том, что возможные единообразные правила должны вытекать из статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (далее именуемого "Типовым законом") и должны считаться устанавливающими порядок возможного использования надежного метода "с целью идентификации лица" и "указания на то, что это лицо согласно" с информацией, содержащейся в сообщении данных.

7. В ходе подготовки настоящей записки Секретариату оказывала содействие группа экспертов, состоящая как из экспертов, приглашенных Секретариатом, так и из экспертов, назначенных заинтересованными правительствами и международными организациями.

8. В соответствии с применимыми инструкциями, касающимися более строгого контроля за документами Организации Объединенных Наций и ограничения их объема, пояснительные замечания к проектам положений являются настолько краткими, насколько это возможно. Дополнительные разъяснения будут даны устно в ходе сессии.

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ

9. Цель единообразных правил, отраженная в проектах положений, которые изложены в части II настоящей записки, заключается в содействии более широкому использованию электронных подписей в международных коммерческих сделках. Опираясь на многие законодательные документы, которые действуют или в настоящее время разрабатываются в ряде стран, данные проекты положений направлены на предупреждение несогласованности правовых норм, применимых к электронной торговле, путем установления совокупности стандартов, на основе которых могут быть признаны правовые последствия подписей в цифровой форме и других электронных подписей, с возможной помощью сертификационных органов, для чего также предусматривается ряд основных правил.

10. Сосредоточиваясь на частноправовых аспектах торговых сделок, единообразные правила не пытаются решить все вопросы, которые могут возникать в контексте более широкого использования электронных подписей. В частности, единообразные правила не касаются аспектов публичного порядка, административного права, потребительского права или уголовного права, которые, возможно, необходимо принять во внимание национальным законодателям при создании всеобъемлющей правовой основы для электронных подписей.

11. Единообразные правила основываются на Типовом законе и призваны, в частности, отразить: принцип нейтралитета с точки зрения носителей информации, подход, согласно которому не следует игнорировать функциональные эквиваленты традиционных понятий и практики, основанных на использовании бумажных документов, и широкое признание автономии сторон. Они предназначаются для использования в качестве как минимальных стандартов в "открытой" среде (т. е. когда стороны сносятся друг с другом с помощью электронных средств без предварительного согласия), так и субсидиарных правил в "закрытой" среде (т. е. когда стороны связаны существующими договорными нормами и процедурами, подлежащими соблюдению при передаче сообщений с помощью электронных средств).

II. ПРОЕКТЫ ПОЛОЖЕНИЙ О ПОДПИСЯХ В ЦИФРОВОЙ ФОРМЕ, ДРУГИХ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ, СЕРТИФИКАЦИОННЫХ ОРГАНАХ И СООТВЕТСТВУЮЩИХ ПРАВОВЫХ ВОПРОСАХ

Глава I. Сфера применения и общие положения

12. При рассмотрении проектов положений, предлагаемых для включения в единообразные правила, Рабочая группа может пожелать рассмотреть в более общем плане взаимосвязь между единообразными правилами и Типовым законом. В частности, Рабочая группа может пожелать представить Комиссии предложения в отношении того, должны ли единообразные правила о подписях в цифровой форме являться отдельным правовым документом или же их следует включить в расширенный вариант Типового закона, например, в качестве новой Части третьей Типового закона.

13. Если единообразные правила будут подготовлены в качестве отдельного документа, то, как представляется, они должны будут включать положения, аналогичные статьям 1 (Сфера применения), 2 (a), (c) и (d) (Определения терминов "сообщение данных", "составитель" и "адресат"), 3 (Толкование), 7 (Подпись) и 13 (Атрибуция сообщения данных) Типового закона. Хотя эти статьи не воспроизводятся в настоящей записке, следует отметить, что проекты положений единообразных правил разрабатывались Секретариатом на основе предположения о том, что эти положения станут частью единообразных правил. В отношении сферы применения единообразных правил следует иметь в виду, что согласно статье 1 Типового закона сделки, касающиеся потребителей, хотя и не будут в центре внимания единообразных правил, не исключаются из сферы их применения, если только законодательство, применимое к потребительским сделкам в принимающем государстве, не противоречит единообразным правилам.

14. Что касается вопроса об автономии сторон, то простая ссылка на статью 4 (Изменение по договоренности) может и не быть достаточной для удовлетворительного решения с учетом того факта, что статья 4 проводит различие между теми положениями Типового закона, которые можно свободно изменить по договору, и теми положениями, которые должны считаться обязательными, если только изменение по договоренности не разрешено законодательством, применимым за пределами сферы действия Типового закона. Что касается электронных подписей, то практическое значение "закрытых" сетей обусловливает необходимость обеспечить широкое признание автономии сторон. В то же время, возможно, потребуется принять во внимание и основывающиеся на публичном порядке ограничения свободы договора, включая законы, направленные на защиту потребителей от уловок, связанных с договорами присоединения. Таким образом, Рабочая группа может пожелать включить в единообразные правила положение, аналогичное статье 4(1) Типового закона и устанавливающее, что, если иное не предусмотрено единообразными правилами или другим применимым законом, за электронными подписями и сертификатами, которые были выданы или получены или на которые стороны сделки полагаются в соответствии с согласованными ими процедурами, будут признаваться последствия, указанные в соглашении сторон. Кроме того, Рабочая группа может рассмотреть возможность установления правила толкования, предусматривающего, что при определении того, является ли сертификат, электронная подпись или сообщение данных, проверенное путем ссылки на сертификат, достаточно надежным для той или иной конкретной цели, во внимание должны приниматься все соответствующие соглашения, в которых участвуют стороны, любая установившаяся в их отношениях практика и любое применимое торговое обыкновение.

15. Помимо вышеупомянутых положений, Рабочая группа может пожелать рассмотреть вопрос о том, следует ли в преамбуле разъяснить цель единообразных правил, а именно содействие эффективному использованию цифровых сообщений путем создания основы для обеспечения неприкосновенности сообщений и придания письменным и цифровым сообщениям равного статуса с точки зрения их правовых последствий.

Глава II. Электронные подписи

Раздел I. Электронные подписи в целом

Статья 1. Определения

Для целей настоящих Правил:

a) "Электронная подпись" означает данные, исполненные в электронной форме и внесенные в текст либо приложенные к тексту, либо логически ассоциируемые с текстом сообщения и [они могут использоваться] используемые с целью [идентификации подписавшего это сообщение данных и указания на то, что подписавшийся согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных] [выполнения условий, установленных в статье 7(1)(a) Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле];

b) "[Усиленная] [Защищенная] электронная подпись" означает электронную подпись, которая [проставлена и] [со времени ее проставления] может быть проверена с помощью применения какой-либо процедуры защиты или комбинации процедур защиты, которое обеспечивает, что такая электронная подпись:

i) присуща исключительно подписавшемуся [для цели, с которой] [в контексте, в котором] она используется;

ii) может использоваться для объективной идентификации подписавшего сообщение данных;

iii) была проставлена и добавлена к сообщению данных подписавшимся или с использованием средства, находящегося под исключительным контролем подписавшегося; [или]

[iv) была проставлена и связана с сообщением данных, к которому она относится, таким образом, что любое изменение в сообщении данных было бы выявлено].

c) Вариант A

"Подпись в цифровой форме" означает такую электронную подпись, проставленную путем преобразования сообщения данных с использованием резюмирующей функции сообщения и кодирования полученного преобразования с помощью асимметрической криптосистемы с использованием частного ключа подписавшегося, что любое лицо, располагающее первоначальным, не подвергшимся преобразованию, сообщением данных, закодированным преобразованием и соответствующим публичным ключом подписавшегося, может [точно] определить:

i) было ли такое преобразование осуществлено с использованием частного ключа, соответствующего публичному ключу подписавшегося; и

ii) было ли первоначальное сообщение данных изменено после произведенного преобразования.

Вариант B

"Подпись в цифровой форме" представляет собой такое криптографическое преобразование (с использованием асимметрического криптографического метода) цифровой формы сообщения данных, что любое лицо, располагающее сообщением данных и надлежащим публичным ключом, может определить:

i) что такое преобразование осуществлено с использованием частного ключа, соответствующего надлежащему публичному ключу; и

ii) что сообщение данных не было изменено после криптографического преобразования.

d) "Сертификационный орган" означает любое лицо или организацию, которые в рамках своих деловых операций занимаются выдачей сертификатов [личности] в отношении криптографических ключей, используемых для целей подписей в цифровой форме. [Настоящее определение применяется с учетом любого применимого закона, который требует, чтобы сертификационный орган получил лицензию, был аккредитован или функционировал таким образом, который указан в этом законе.]

e) "Сертификат [личности]" означает сообщение данных или иную запись, которые выдаются сертификационным органом и которые предназначены для подтверждения личности [или другой существенной характеристики] лица или организации, которые являются держателем определенной пары ключей.

f) "[Усиленный] [Защищенный] сертификат" означает сертификат [личности], выданный с целью поддержки [усиленных] [защищенных] электронных подписей.

g) "Заявление о практике сертификации" означает заявление, опубликованное сертификационным органом, указавшим те виды практики, которые этот орган применяет при выдаче или каком-либо ином использовании сертификатов.

h) "Подписавшийся" означает лицо, которое или от имени которого [использует электронную подпись] [используется электронная подпись] [использует данные в качестве электронной подписи] [данные используются в качестве электронной подписи].

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 27—46 (проект статьи 1), 62—70 (проект статьи 4), 113—131 (проект статьи 8), 132—133 (проект статьи 9);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 16—27, 37—38, 50—57 и 58—60;
A/CN.9/437, пункты 29—50 и 90—113 (проекты статей A, B и C); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 52—60.

Замечания

Определения "электронной подписи" и "[усиленной] [защищенной] электронной подписи

16. В соответствии с решением, принятым Рабочей группой на ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446, пункт 30), определение "электронной подписи" содержит ссылку на статью 7 Типового закона. В зависимости от решения, которое будет принято в отношении взаимосвязи между единообразными правилами и Типовым законом, положения статьи 7(1)(a) Типового закона, возможно, потребуется изложить полностью.

17. Различие между широким понятием "электронной подписи" и более узкой категорией (предварительно названной "усиленной" или "защищенной" электронной подписью) было сохранено с целью подчеркнуть расхождения в правовом статусе этих двух видов процедур. С одной стороны, широкий спектр неконкретизированных способов удостоверения подлинности (называемых "электронными подписями") может получить правовое признание как юридически значимая подпись при условии, что они отвечают критерию надежности, установленному в статье 7(1)(a) Типового закона, которую потребуется определить после использования электронной подписи и которая, как правило, требует вмешательства судьи, арбитра или иного лица, решающего вопрос факта. С другой стороны, определенное число способов удостоверения подлинности, указываемых с помощью административных процедур, которые должны определяться каждым принимающим государством, или же в результате прямого соглашения между сторонами, может получить заблаговременное признание в качестве функциональных эквивалентов собственноручных подписей.

Определение "подписи в цифровой форме"

18. Категория "подписей в цифровой форме" не определяется как подраздел "усиленных" электронных подписей. Это призвано отразить то обстоятельство, что хотя в большинстве ситуаций "цифровые" способы (с опорой или без опоры на сертификационные органы) будут использоваться для обеспечения правовых последствий, предусматриваемых для более "защищенной" категории электронных подписей, такие способы могут также использоваться в менее конкретном контексте. Таким образом, определение "подписи в цифровой форме" призвано подчеркнуть нейтральный с точки зрения носителей информации характер единообразных правил.

Определение "сертификационного органа"

19. Единообразные правила не устанавливают какое-либо требование в отношении стандартов, которым должны удовлетворять сертификационные органы прежде, чем им будет разрешено функционировать. Этот вопрос обсуждался Рабочей группой на предыдущих сессиях, а также затрагивается в проекте статьи 19. Если будет сочтено необходимым дать ориентиры принимающим государствам либо в тексте единообразных правил, либо в руководстве по принятию, то вниманию можно предложить следующий пример возможного положения:

Сертификационные органы должны:

a) обладать надежностью, необходимой для предоставления услуг по сертификации;

b) задействовать персонал, обладающий специальными познаниями, опытом и квалификацией, необходимыми для предоставления таких услуг;

c) использовать надежные системы и общепризнанное аппаратное и программное обеспечение, подходящее для предлагаемого вида услуг и степени защиты;

d) располагать достаточными финансовыми ресурсами в целях функционирования в соответствии с [настоящими Правилами];

e) хранить всю соответствующую информацию, касающуюся [усиленного] [защищенного] сертификата, в течение надлежащего периода времени, в частности для того, чтобы быть в состоянии представить доказательства сертификации в контексте какого-либо судебного иска. Такое хранение может обеспечиваться с помощью электронных средств;

f) публиковать всю соответствующую информацию, касающуюся надлежащего и защищенного использования услуг по сертификации и устанавливать процедуры рассмотрения жалоб и урегулирования споров; и

g) публиковать в отношении услуг, которыми может воспользоваться публика, всю соответствующую информацию, касающуюся используемых процедур и применяемой практики, положений и условий договоров, в частности принимаемых ими на себя обязательств относительно ответственности, а также применяемых ими процедур рассмотрения жалоб и урегулирования споров; соответственно, такие публикации должны быть легкодоступными.

Определения "сертификата [личности]" и "[усиленного] [защищенного] сертификата"

20. Содержащиеся в подпунктах (e) и (f) определения основываются на высказанном на тридцать второй сессии Рабочей группы предложении отличать случаи, когда подписи в цифровой форме используются в целях международных торговых операций с намерением поставить подпись (т. е. идентифицировать подписавшегося и установить связь между подписавшимся и подписанной информацией), от других видов использования подписей в цифровой форме, например для определения уровня полномочий того или иного лица ("сертификаты полномочий") (см. A/CN.9/446, пункт 72). Хотя положения, содержащиеся в разделе III единообразных правил, касаются главным образом способов проставления подписи в цифровой форме в качестве средства установления

заранее определенной эквивалентности собственноручным подписям, Рабочая группа может пожелать обсудить степень, в которой способы проставления подписи в цифровой форме следует рассматривать в других контекстах. Если единообразные правила будут сосредоточиваться на подписях в цифровой форме как эквиваленте собственноручных подписей, то, возможно, и не будет необходимости проводить различие между "сертификатами", "сертификатами личности" и "[усиленными] [защищенными] сертификатами". Можно напомнить о том, что любое менее защищенное использование подписей в цифровой форме может также охватываться общими положениями проекта статьи 2.

Статья 2. Правовые последствия электронной подписи

1) В отношении сообщения данных, подлинность которого удостоверяется при помощи электронной подписи [иной, чем защищенная электронная подпись], электронная подпись отвечает любому правовому требованию, предъявляемому к какой-либо подписи, если эта электронная подпись является как надежной, так и соответствующей цели, для которой эта электронная подпись используется, с учетом всех обстоятельств, включая любую соответствующую договоренность.

2) Пункт 1 применяется независимо от того, выражено ли правовое требование, упомянутое в нем, в форме обязательства или же законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

3) Если только это не указано прямо где-либо в [настоящем Законе], на электронные подписи, которые не являются [усиленными] [защищенными] электронными подписями, не распространяется действие положений, стандартов или же процедур лицензирования, установленных ... [указанными государством органами или ведомствами, упоминаемыми в статье], или презумпций, предусмотренных статьями 4, 5 и 6.

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

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 27—46 (проект статьи 1).

Замечания

21. Проект статьи 2 призван учесть правовые последствия электронных подписей, которые не отвечают требованиям, установленным для признания "усиленного" или "защищенного" статуса. Согласно мандату, полученному от Комиссии, и с учетом мнений, высказанных на тридцать второй сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/446, пункты 4 и 45), цель этого проекта статьи заключается в обеспечении нейтральности единообразных правил с точки зрения носителей информации, разъяснении того, что использование менее защищенных способов удостоверения подлинности не запрещается, и обеспечении надлежащего признания автономии сторон, не разрешая им отходить от обязательных норм права, касающихся подписей. В пунктах 1, 2 и 4 всего лишь вновь излагаются положения, содержащиеся в статье 7 Типового закона. В пункте 3 упоминается различие, которое следует проводить между правовыми последствиями электронных подписей в целом в противопоставлении "усиленным" или "защищенным" способам удостоверения подлинности.

Раздел II. [Усиленные] [Защищенные] электронные подписи

Статья 3. Презумпция подписания

1) Сообщение данных презюмируется подписанным, [если] [[усиленная] [защищенная] электронная подпись приложена к этому сообщению данных] [[с момента] приложения к этому сообщению данных [усиленной] [защищенной] электронной подписи].

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

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 47—48 (проект статьи 2) и 49—61 (проект статьи 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 28—36; и
A/CN.9/437, пункты 43, 48 и 92.

Замечания

22. Формулировка этого проекта статьи, устанавливающего презумпцию того, что какое-либо сообщение данных должно считаться "подписанным", если его подлинность удостоверена защищенной электронной подписью, была изменена с учетом высказанного на тридцать второй сессии мнения о необходимости разъяснения взаимосвязи между определением защищенной электронной подписи и презумпциями, вытекающими из использования такой защищенной электронной подписи (см. A/CN.9/446, пункт 34).

23. Единообразные правила не содержат определения "подписи" и указания на какие-либо конкретные правовые последствия, которыми наделяется какая-либо "подпись" такого рода. Согласно проекту статьи 3 правовые последствия подписи должны определяться ссылкой на внутреннее право, находящееся за пределами сферы действия единообразных правил.

Статья 4. Презумпция атрибуции

1) [Усиленная] [Защищенная] электронная подпись презюмируется подписью лица, которым или от имени которого она, как предполагается, была использована,

Вариант A если только предполагаемый подписавшийся не устанавливает, что эта [усиленная] [защищенная] электронная подпись была проставлена без разрешения.

Вариант B при условии, что доверяющая сторона устанавливает, что процедура защиты или комбинация процедур защиты, использовавшаяся для проверки подписи,

a) была коммерчески обоснованной при данных обстоятельствах;

b) была применена доверяющей стороной заслуживающим доверия образом; и

c) доверяющая сторона полагалась на эту подпись обоснованно и добросовестно.

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

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 49—61 (проект статьи 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 33—36;
A/CN.9/437, пункты 118—124 (проект статьи E); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 64—65.

Замечания

24. Вариант A касается атрибуции электронной подписи путем возложения бремени доказывания согласно предложениям, высказанным на тридцать второй сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/446, пункт 60). Вариант B возлагает бремя доказывания на доверяющую сторону.

Статья 5. Презумпция целостности

1) Если предполагаемый подписавшийся использовал процедуру защиты, которая способна дать [достоверные] доказательства того, что сообщение данных или любая [[усиленная] [защищенная] электронная] [электронная] подпись на нем не была изменена с момента применения этой процедуры защиты к этому сообщению данных или к любой подписи, то тогда презюмируется [в отсутствие доказательств обратного], что это сообщение данных или подпись не были изменены.

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

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 47—48 (проект статьи 2);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 28—32; и
A/CN.9/437, пункты 43, 48 и 92.

Замечания

25. В предыдущем проекте единообразных правил содержалась ссылка на проверку целостности сообщения данных как на один из элементов "защищенной электронной подписи". До сведения Секретариата было доведено, что

проверка целостности сообщения данных может быть произведена с помощью отдельных процедур. Более того, вполне понятно, что определенные способы удостоверения подлинности могут достигнуть высокой степени защиты, требуемой согласно определению "усиленных" электронных подписей без проверки целостности сообщения данных.

26. Если Рабочая группа сочтет это более приемлемым, то формулировки положений проектов статей 3, 4 и 5 можно будет изменить для установления правовых последствий вместо презумпций.

Статья 6. Предварительное определение [усиленной] [защищенной] электронной подписи

1) Процедура защиты или комбинация процедур защиты удовлетворяет требованиям [усиленной] [защищенной] электронной подписи, если об этом заявляет ...[орган или ведомство, указанное принимающим государством как компетентное сделать такое заявление...].

2) Во взаимоотношениях лица, подписывающего сообщение данных, и любого лица, доверяющего подписанному сообщению, процедура защиты или комбинация процедур защиты считается отвечающей требованиям [усиленной] [защищенной] электронной подписи, если стороны прямо согласились с этим.

3) Положения пункта (2) не применяются в следующих случаях: [...].

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 37—45 (проект статьи 1); и
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 27.

Замечания

27. В отличие от не отвечающих требованиям "электронных подписей", которые рассматриваются в проекте статьи 2, [усиленные] [защищенные] электронные подписи согласно проекту статьи 6 дают преимущество в том, что либо посредством соблюдения применимых положений, либо непосредственно путем заключения договора коммерческие стороны могут достичь определенности в отношении правовых последствий любого данного способа подписания до использования этого способа. Рабочая группа может пожелать обсудить вопрос о том, следует ли предусмотреть ограничения автономии сторон в этом отношении в самих единообразных правилах или же просто оставить это на усмотрение внутреннего права согласно пункту 3 (см. выше, пункт 14).

Статья 7. Ответственность за [усиленную] [защищенную] электронную подпись

Вариант А

Если [усиленная] [защищенная] электронная подпись использовалась без разрешения и предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности во избежание неразрешенного использования его подписи и для предотвращения того, чтобы адресат доверял такой подписи, предполагаемый подписавшийся обязан [возместить ущерб для компенсации доверяющей стороне причиненного вреда] возместить причиненный вред, за исключением случаев, когда доверяющая сторона знала или должна была знать, что данная подпись не является подписью предполагаемого подписавшегося.

Вариант В

Если [усиленная] [защищенная] электронная подпись использовалась без разрешения и предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности во избежание неразрешенного использования его подписи и для предотвращения того, чтобы адресат доверял такой подписи, эта подпись, тем не менее, считается подписью предполагаемого подписавшегося, за исключением случаев, когда доверяющая сторона знала или должна была знать, что данная подпись не является подписью предполагаемого подписавшегося.

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 49—61 (проект статьи 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 33—36;
A/CN.9/437, пункты 118—124 (проект статьи E); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 64—65.

Замечания

28. На своей тридцать второй сессии Рабочая группа обсудила вопрос о том, следует ли в единообразных правилах предусмотреть только атрибуцию защищенных электронных подписей (или подписей в цифровой форме) или же

следует также затронуть вопрос об ответственности предполагаемого подписавшегося перед доверяющими сторонами. Было подчеркнуто, что при установлении связи между электронной подписью и предполагаемым подписавшимся единообразные правила должны также создавать стимул для использования подписей в цифровой форме за счет надлежащего распределения ответственности за убытки, причиненные доверяющей стороне в результате неспособности предполагаемого подписавшегося проявить разумную осмотрительность и не допустить неразрешенного использования его подписи (см. A/CN.9/446, пункт 51).

29. Рабочая группа может пожелать обсудить связь между единообразными правилами и статьей 13 Типового закона. Хотя статья 13 Типового закона касается атрибуции сообщения данных, вопрос об атрибуции электронной подписи рассматривается в определении "[усиленной] [защищенной] электронной подписи" и в проекте статьи 4.

30. Вариант A ограничивает ответственность предполагаемого подписавшегося ущербом, доказанным доверяющей стороной, который может быть исчислен на деликтной или договорной основе, в зависимости от обстоятельств. Вариант B устанавливает ответственность предполагаемого подписавшегося за содержание сообщения данных.

Раздел III. Подписи в цифровой форме, подтвержденные сертификатами

Статья 8. Содержание [усиленного] [защищенного] сертификата

Для целей настоящих Правил в [усиленном] [защищенном] сертификате, по меньшей мере:

a) идентифицируется выдавший его сертификационный орган;

b) называются или идентифицируются [подписавшийся] [субъект сертификата] либо соответствующее устройство или электронный агент, находящиеся под контролем [подписавшегося] [субъекта сертификата] [данного лица];

c) содержится публичный ключ, соответствующий частному ключу, находящемуся под контролем [подписавшегося] [субъекта сертификата];

d) указывается срок действия сертификата;

e) имеется подпись в цифровой форме или же обеспечена как-либо иначе его защита выдавшим его сертификационным органом;

[f) указываются ограничения, если таковые установлены, в отношении сферы использования публичного ключа;] [и]

[g) идентифицируется алгоритм, подлежащий применению].

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 113—131 (проект статьи 8);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 50—57;
A/CN.9/437, пункты 98—113 (проект статьи C); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 18—45 и 59—60.

Замечания

31. На своей тридцать второй сессии Рабочая группа не решила вопрос о том, должны ли единообразные правила содержать в порядке редактирования ссылку на "субъект сертификата" или же конкретно указывать, что таким субъектом должно быть какое-либо "лицо". Для облегчения работы с текстом единообразных правил неизменно использовался термин "подписавшийся", тогда как термин "субъект" был также сохранен для сопоставления. Хотя единообразные правила вполне могут включать ссылку на понятие "лица", в таком случае потребовалось бы существенное изменение формулировок во избежание двусмысленности в том, какое лицо предполагается охватить. В определении "подписавшегося" согласно проекту статьи 1(h) указывается, что подписавшийся должен быть "лицом".

Статья 9. Правовые последствия подписей в цифровой форме, подтвержденных сертификатами

1) В отношении всего сообщения данных или какой-либо его части в случае, когда составитель идентифицирован подписью в цифровой форме, эта подпись в цифровой форме [является [усиленной] [защищенной] электронной подписью] [удовлетворяет условиям, установленным в статье 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле], если:

a) подпись в цифровой форме была надежно проставлена в течение срока действия имеющего юридическую силу сертификата и надежно проверена путем ссылки на публичный ключ, указанный в сертификате; и

b) сертификат устанавливает связь между публичным ключом и личностью [подписавшегося] [соответствующего лица] в силу того факта, что:

i) сертификат был выдан сертификационным органом, получившим лицензию от ... [принимающее государство указывает орган или ведомство, компетентное выдавать лицензии сертификационным органам и принимать правила, регулирующие функционирование получивших лицензию сертификационных органов]; или

ii) сертификат был выдан сертификационным органом, аккредитованным ответственным аккредитационным органом, применяющим коммерчески обоснованные и международно признанные стандарты, относящиеся к вопросам надежности технологии, практики и других соответствующих характеристик функционирования сертификационного органа. Неисчерпывающий перечень таких аккредитационных органов или стандартов, удовлетворяющих условиям настоящего пункта, может быть опубликован ... [принимающее государство указывает орган или ведомство, компетентное устанавливать признанные стандарты функционирования получивших лицензию сертификационных органов]; или

iii) сертификат был иным образом выдан в соответствии с коммерчески обоснованными и международно признанными стандартами [.] [; или]

[iv) достаточные доказательства показывают, что сертификат устанавливает [четкую] связь между публичным ключом и личностью [подписавшегося] [субъекта].]

[2) В случае, когда сообщение данных подписано с использованием подписи в цифровой форме [проставленной в течение срока действия сертификата], не удовлетворяющей требованиям, изложенным в пункте (1), эта подпись в цифровой форме считается [усиленной] [защищенной] электронной подписью , если имеются достаточные доказательства того, что [данный сертификат] устанавливает четкую связь между публичным ключом и личностью [подписавшегося] [субъекта сертификата].]

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

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 71—84 (проект статьи 5);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 39—44; и
A/CN.9/437, пункты 43, 48 и 92.

Замечания

32. Вступительная формулировка пункта 1 отражает решение, принятое Рабочей группой на ее тридцать второй сессии (см. A/CN.9/446, пункт 76).

33. При надлежащем применении подписи в цифровой форме должны являться защищенными электронными подписями. Однако необходимо еще решить вопрос о том, когда применение подписи в цифровой форме осуществляется таким образом, что она приобретает защищенный статус. Не все подписи в цифровой форме, поддающиеся проверке путем ссылки на сертификат, являются защищенными, особенно если нет уверенности в точности идентификации подписавшегося или удостоверения подлинности публичного ключа. К числу важнейших факторов, определяющих защищенность подписи в цифровой форме, относятся следующие: 1) должным ли образом сертификационный орган идентифицировал подписавшегося; 2) должным ли образом сертификационный орган удостоверил подлинность публичного ключа подписавшегося; 3) не скомпрометирован ли частный ключ подписавшегося; и 4) заслуживает ли доверия процесс проверки (например, отвечают ли необходимым требованиям алгоритм публичного ключа и длина ключа).

34. В пункте 1 устанавливаются два базовых критерия для определения того, в каких случаях подпись в цифровой форме может считаться защищенной электронной подписью. В соответствии с первым критерием такая подпись должна быть проставлена в течение срока действия имеющего юридическую силу сертификата и проверяться путем сверки с публичным ключом, указанным в сертификате. Срок действия сертификата обычно начинается в момент его выдачи и заканчивается в момент истечения этого срока либо в момент аннулировния или приостановления действия сертификата.

35. Ко второму этапу относится установление гарантий того, что сам сертификат точно идентифицирует соответствующее лицо в качестве подписавшегося по отношению к частному ключу, соответствующему публичному ключу, указанному в сертификате. Степень достоверности сертификата может быть оценена путем ссылки на

стандарты, процедуры и прочие требования, устанавливаемые признанными органами принимающего государства. Такие стандарты могут устанавливаться посредством аккредитации сертификационных органов третьими сторонами, добровольного лицензирования сертификационных органов, в иных же случаях требуется соответствие нормам, введенным в принимающем государстве.

36. И наоборот, согласно пункту 2, если суд или какой-либо иной орган, занимающийся установлением фактов, определит в качестве доказательства, что содержащаяся в сертификате информация соответствует действительности, то достоверность сертификата становится очевидной. Однако на этом этапе от органа, занимающегося установлением фактов, требуется в каждом конкретном случае установить, был ли сертификат выдан сертификационным органом, надлежащим образом идентифицировавшим подписавшегося и удостоверившим подлинность публичного ключа подписавшегося.

37. В соответствии с "двойственным подходом", принятым Рабочей группой, проект статьи 9 призван обеспечить максимально широкие возможности в плане установления достоверности сертификата, выданного сертификационным органом. Такая гибкость имеет особое значение в свете того факта, что использование подписи в цифровой форме является делом новым и модели ее использования, равно как и варианты регулирования, еще не до конца разработаны. Поэтому важно облегчить процесс расширения использования подписей в цифровой форме в электронной торговле, установив при этом стандарты, необходимые для предположительного определения, в том что касается надежности сообщения данных, на котором проставлена подпись в цифровой форме.

38. Важно также отметить, что в то время как один из вариантов поекта статьи 9 содержит установление точности сертификатов судебными органами, другой предполагает точность сертификата в случае его выдачи сертификационным органом, аккредитованным принимающим государством, или если этот сертификат иным образом удовлетворяет определенным стандартам, установленным этим государством. В таком случае для придания подписи статуса защищенной электронной подписи решения судебного органа о точности сертификата не требуется. Второй вариант может оказаться полезным для занимающихся электронной торговлей лиц, которые будут заранее знать, может ли любой их акт, совершаемый с доверием к соответствующему сообщению, быть исполнен в принудительном порядке. Однако презумпция точности сертификата может быть опровергнута доказательством того, что сертификат, выданный таким аккредитованным сертификационным органом, на самом деле не является точным или надежным (см. A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 39—44).

Глава III. Сертификационные органы и смежные вопросы

Статья 10. Гарантия, предоставляемая при выдаче сертификата

1) Выдавая сертификат, сертификационный орган гарантирует [любому лицу, разумно полагающемуся на сертификат], что:

a) сертификационный орган выполнил все применимые требования [настоящих Правил];

b) вся содержащаяся в сертификате информация является точной на момент его выдачи, [если только сертификационный орган не указал в сертификате, что точность определенной информации не подтверждена];

c) насколько известно сертификационному органу, в сертификате не упущены никакие существенные факты, которые могли бы отрицательно сказаться на достоверности информации, содержащейся в сертификате; и

[d) если сертификационный орган опубликовал заявление о практике сертификации, сертификат был выдан сертификационным органом в соответствии с этим заявлением о практике сертификации.]

2) Выдавая [усиленный] [защищенный] сертификат, сертификационный орган предоставляет в отношении [подписавшегося] [субъекта], идентифицируемого в сертификате, [любому лицу, разумно полагающемуся на сертификат,] следующие дополнительные гарантии:

a) что публичный и частный ключи [подписавшегося] [субъекта], идентифицируемого в сертификате, составляют действующую пару ключей; и

b) что во время выдачи сертификата частный ключ:

i) является ключом [подписавшегося] [субъекта], идентифицируемого в сертификате; и

ii) соответствует публичному ключу, указанному в сертификате.

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 134—145 (проект статьи 10);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 61—63;
A/CN.9/437, пункты 51—73 (проект статьи H); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 70—72.

Замечания

39. Проект статьи 10 основывается на различии между [усиленными] [защищенными] сертификатами и более широкой категорией сертификатов. В зависимости от решения, которое будет принято Рабочей группой в отношении степени, в которой единообразные правила должны затрагивать подписи в цифровой форме, используемые в иных целях, чем для установления заранее определенной эквивалентности собственноручным подписям, это различие, возможно, и не потребуется проводить (см. выше, пункт 20).

Статья 11. Договорная ответственность

Вариант A

1) Во взаимоотношениях между сертификационным органом, выдавшим сертификат, и держателем этого сертификата [или какой-либо иной доверяющей стороной, находящейся в договорных отношениях с сертификационным органом] права и обязательства сторон [и их любое ограничение] определяются достигнутым между ними соглашением [при условии соблюдения применимого права].

[2) При условии соблюдения статьи 10 сертификационный орган может, по соглашению между сторонами, снять с себя ответственность за любой ущерб, [возникший в результате доверия к сертификату], [вызванный дефектами информации, указанный в сертификате, техническими ошибками или аналогичными обстоятельствами. Однако на оговорку, ограничивающую или снимающую ответственность сертификационного органа, нельзя ссылаться, если такие снятие или ограничение договорной ответственности будут, учитывая цель договора, в высшей степени несправедливыми].]

[3) Сертификационный орган не имеет права ограничивать свою ответственность, если будет доказано, что убытки последовали в результате действия или бездействия сертификационного органа, совершенных с намерением причинить ущерб или по грубой неосторожности и при понимании того, что ущерб может быть причинен.]

Вариант B

В соответствии с применимым правом права и обязательства сертификационного органа, [подписавшегося] [субъекта], идентифицированного в сертификате, и любой другой стороны регулируются соглашением или соглашениями, заключенными между этими сторонами, в той мере, в какой такое соглашение или соглашения касаются таких прав и обязательств, а также их любых ограничений.

Вариант C

В случае, когда соглашения заключаются сертификационным органом, [подписавшимся] [субъектом], идентифицированным в сертификате, и любой другой стороной, права и обязательства этих сторон и их любое ограничение, которые предусмотрены этими соглашениями, регулируются этими соглашениями в соответствии с применимым правом и в той мере, в какой это допускается применимым правом.

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 146—154 (проект статьи 11);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 64—65;
A/CN.9/437, пункты 51—73 (проект статьи H); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 70—72.

Замечания

40. До рассмотрения предлагаемых вариантов проекта статьи 11 Рабочая группа может пожелать обсудить вопрос о том, следует ли сохранить проект статьи 11 в качестве части единообразных правил. На тридцать второй сессии Рабочей группы было указано, что данный проект статьи касается вопросов, которые целесообразно решать на основе договора и применимого права. В частности, было отмечено, что, возможно, и нет необходимости вновь излагать принцип автономии сторон, который охватывается статьей 4 Типового закона, и что другие положения этого проекта статьи вступают в коллизию с национальным правом по вопросам, возможность унификации которых

проблематична. Хотя решение оставить вопросы договорной ответственности на урегулирование на основе договора и права, применимого за пределами сферы действия единообразных правил, было признано приемлемой альтернативой, возобладало мнение о том, что имеет смысл попытаться достигнуть определенной степени единообразия в урегулировании этого важного предмета (см. A/CN.9/446, пункт 148).

Статья 12. Ответственность сертификационного органа перед сторонами, полагающимися на сертификат

1) При условии соблюдения пункта 2, если сертификационный орган выдает сертификат, он несет ответственность перед любым лицом, разумно полагающимся на этот сертификат, за:

a) ошибки в сертификате, если только сертификационный орган не докажет, что он или его агенты приняли [все разумные] [коммерчески обоснованные] меры [, которые соответствовали цели, для которой был выдан сертификат, с учетом всех обстоятельств] для избежания ошибок в сертификате;

b) непринятие мер по регистрации аннулирования сертификата, если только сертификационный орган не докажет, что он или его агенты приняли [все разумные] [коммерчески обоснованные] меры [, которые соответствовали цели, для которой был выдан сертификат, с учетом всех обстоятельств] для регистрации аннулирования сразу же после получения уведомления о его аннулировании [; и

c) последствия неприменения следующего:

i) любой процедуры, указанной в заявлении о практике сертификации, опубликованном сертификационным органом; или

ii) любой процедуры, предусмотренной применимым правом].

2) Доверие к сертификату не является разумным в той мере, в которой оно противоречит информации, содержащейся в сертификате [или включенной в него путем ссылки] [или в перечне аннулирования] [или в информации об аннулировании]. [Доверие не является разумным, в частности, если:

a) оно противоречит цели, для которой выдан сертификат;

b) оно оказано в превышение стоимости, в отношении которой сертификат является действительным; или

c) [...].]

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 155—173 (проект статьи 12);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 66—67;
A/CN.9/437, пункты 51—73 (проект статьи H); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 70—72.

Замечания

41. Проект статьи 12 отражает решение, принятое Рабочей группой на ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446, пункт 173). На той же сессии было высказано мнение о том, что проект статьи 12 должен применяться только в отношении сертификационных органов, выдающих сертификаты личности.

Общее замечание относительно проектов статей 13—16

42. На своей предыдущей сессии по причине нехватки времени Рабочая группа отложила рассмотрение проектов статей 13—16 до своей будущей сессии (см. A/CN.9/446, пункт 174). За исключением редакционной правки, направленной в основном на обеспечение согласованности различных положений, включенных в пересмотренный текст единообразных правил, тексты проектов статей 13—16, содержащиеся в настоящей записке, в целом идентичны текстам этих статей, изложенным в документе A/CN.9/WG.IV/WP.73.

Статья 13. Аннулирование сертификата

1) В течение срока действия сертификата выдавший его сертификационный орган должен аннулировать сертификат в соответствии с политикой и процедурами, регулирующими порядок аннулирования и предусмотренными применимым заявлением о практике сертификации, либо, в отсутствие такой политики и процедур, незамедлительно по получении:

a) требования об аннулировании от [подписавшегося][субъекта], идентифицированного в сертификате, и подтверждении того, что лицо, требующее аннулирования, является [правомерным][подписавшимся][субъектом] сертификата либо его агентом, обладающим полномочиями требовать такого аннулирования;

b) достоверных доказательств наступления смерти [подписавшегося][субъекта], если таковым является физическое лицо; или

c) достоверных доказательств ликвидации или прекращения существования [подписавшегося][субъекта], если таковым является юридическое лицо.

2) [Подписавшийся][субъект] в отношении сертифицированной пары ключей обязан аннулировать соответствующий сертификат или потребовать его аннулирования, если [подписавшийся][субъект] узнает, что частный ключ был утерян или скомпрометирован или подвергается опасности неправильного использования в других отношениях. Если [подписавшийся][субъект] не аннулирует сертификат или не потребует его аннулирования в такой ситуации, то этот [подписавшийся][субъект] несет ответственность перед любой стороной, полагавшейся на содержание сообщения, за ущерб в результате того, что этот [подписавшийся][субъект] не произвел такого аннулирования.

3) Независимо от того, дает ли свое согласие на аннулирование [подписавшийся][субъект], идентифицированный в сертификате, сертификационный орган, выдавший сертификат, должен аннулировать сертификат сразу же после того, как ему станет известно, что:

a) изложенные в сертификате существенные факты не соответствуют действительности;

b) частный ключ или информационная система сертификационного органа были скомпрометированы таким образом, что это влияет на надежность сертификата; или

c) были скомпрометированы частный ключ или информационная система [подписавшегося[[субъекта] сертификата.

3) После аннулирования сертификата согласно пункту 3 сертификационный орган должен уведомить [подписавшегося[[субъекта] сертификата и полагающиеся на сертификат стороны в соответствии с политикой и процедурами, регулирующими порядок уведомления об аннулировании сертификата и предусмотренными применимым заявлением о практике сертификации, либо в отсутствие такой политики и процедур, незамедлительно уведомить [подписавшегося[[субъекта] сертификата и незамедлительно опубликовать уведомление об аннулировании сертификата, если последний был опубликован, и каким-либо иным путем раскрыть факт аннулирования после получения запроса от какой-либо стороны, полагавшейся на сертификат.

4) [Во взаимоотношениях между [подписавшимся[[субъектом] сертификата и сертификационным органом] аннулирование вступает в силу с момента его [получения][регистрации] сертификационным органом.

[5) Во взаимоотношениях между сертификационным органом и любой третьей стороной, полагающейся на сертификат, аннулирование вступает в силу с момента его [регистрации][опубликования] сертификационным органом.]

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункт 174 (проект статьи 13);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 68;
A/CN.9/437, пункты 125—139 (проект статьи F); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 66—67.

Замечания

43. Проект статьи 13 призван отразить различные точки зрения, высказанные на тридцать первой сессии Рабочей группы, путем установления субсидиарного стандарта, регулирующего порядок аннулирования сертификатов. Однако сертификационный орган может всегда избежать этого субсидиарного стандарта, если сам установит в своем заявлении о практике сертификации процедуры, регулирующие порядок аннулирования сертификатов, и будет этим процедурам следовать. Что касается момента вступления аннулирования в силу, то Рабочая группа может пожелать принять решение о том, следует ли проводить различие между положением подписавшего сертификат и положением какой-либо иной стороны, полагающейся на сертификат (см. A/CN.9/437, пункт 130).

Статья 14. Приостановление действия сертификата

В течение срока действия сертификата выдавший его сертификационный орган должен приостановить действие сертификата в соответствии с политикой и процедурами, регулирующими порядок приостановления действия и предусмотренными применимым заявлением о практике сертификации, либо, в отсутствие такой политики и процедур, незамедлительно по получении требования об этом от лица, которого сертификационный орган разумно считает [подписавшимся][субъектом], идентифицированным в сертификате, либо лицом, уполномоченным действовать от имени такого [подписавшегося][субъекта].

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункт 174 (проект статьи 14);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 69; и
A/CN.9/437, пункты 133—135 (проект статьи F).

Замечания

44. На своей тридцать первой сессии Рабочая группа приняла решение о том, что единообразные правила должны содержать положение о приостановлении действия сертификатов (A/CN.9/437, пункты 133—134). Что касается момента вступления в силу приостановления действия, то Рабочая группа может пожелать принять решение о том, следует ли добавлять к правилам положения, аналогичные принципам, изложеннным в пунктах 4 и 5 проекта статьи 13.

Статья 15. Регистр сертификатов

1) Сертификационные органы ведут общедоступный электронный регистр выданных сертификатов, указывающий, когда истекает срок действия отдельного сертификата либо когда его действие было приостановлено или он был аннулирован.

2) Регистр хранится сертификационным органом

Вариант A в течение по меньшей мере [30] [10] [5] лет

Вариант B в течение ... [принимающее государство указывает срок хранения в регистре соответствующей информации]

после даты аннулирования или истечения срока действия любого сертификата, выданного этим сертификационным органом.

Вариант C в соответствии с политикой и процедурами, установленными сертификационным органом в применимом заявлении о практике сертификации.

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункт 174 (проект статьи 15);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 70—71;
A/CN.9/437, пункты 140—148 (проект статьи G); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 68—69.

Замечания

45. На тридцать первой сессии Рабочей группы принципиальных возражений по поводу включения в единообразные правила положения о регистрации сертификатов не прозвучало (см. A/CN.9/437, пункт 142). Надлежащее ведение общедоступного регистра (именуемого иногда "хранилищем данных"), в состав которого входил бы, в частности, перечень аннулированных сертификатов (ПАС), можно считать важным элементом в деле установления достоверности подписей в цифровой форме. Занимаясь вопросом о порядке ведения сертификационными органами подобных регистров и ПАС, Рабочая группа может пожелать рассмотреть и вопрос о том, стоит ли обязать полагающиеся на сертификат стороны проверять его статус через соответствующий регистр или ПАС до того, как они будут полагаться на действительность сертификата.

46. В более широком плане Рабочая группа может пожелать обсудить вопрос о том, должны ли единообразные правила, устанавливающие минимальные стандарты функционирования сертификационных органов, регулировать также права и обязанности сторон, полагающихся на сертификаты.

Статья 16. Отношения между сторонами, полагающимися на сертификаты, и сертификационными органами

[1) Сертификационному органу разрешено запрашивать только такую информацию, которая является необходимой для идентификации [подписавшегося][субъекта сертификата].

2) Сертификационный орган предоставляет по запросу информацию о следующем:

a) условиях, на которых сертификат может использоваться;

b) условиях, связанных с использованием подписей в цифровой форме;

c) расходах, связанных с использованием услуг сертификационного органа;

d) политике или практике сертификационного органа в отношении использования, хранения и передачи информации личного характера;

e) технических требованиях сертификационного органа в отношении оборудования связи, которое будет использоваться полагающимися на сертификаты сторонами;

f) условиях, на которых сертификационный орган может направлять полагающимся на сертификаты сторонам предупреждения в случае сбоев или неисправностей в функционировании оборудования связи;

g) любом ограничении ответственности сертификационного органа;

h) любых ограничениях, налагаемых сертификационным органом на использование сертификата;

i) условиях, на которых [подписавшийся][субъект] имеет право устанавливать ограничения в отношении использования сертификата.

3) Информация, указанная в пункте 1, предоставляется [потенциальному] [подписавшемуся][субъекту] до заключения окончательного соглашения о сертификации. Такая информация может быть предоставлена сертификационным органом в виде заявления о практике сертификации.

4) При условии направления уведомления [за один месяц] [подписавшийся][субъект] может расторгнуть соглашение о связи с сертификационным органом. Такое уведомление о расторжении вступает в силу в момент его получения сертификационным органом.

5) При условии направления уведомления [за три месяца] сертификационный орган может расторгнуть соглашение о связи с сертификационным органом. Такое уведомление о расторжении вступает в силу в момент его получения.]

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункт 174 (проект статьи 16);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 72;
A/CN.9/437, пункты 149—150 (проект статьи J); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункт 76.

Замечания

47. На своей тридцать первой сессии Рабочая группа отметила, что различные элементы, перечисленные в проекте статьи 15, следует заключить в квадратные скобки, с тем чтобы Рабочая группа рассмотрела их на более позднем этапе (см. A/CN.9/437, пункт 150).

Глава IV. Иностранные электронные подписи

Статья 17. Предоставление услуг иностранными сертификационными органами

1) Вариант A Иностранные [лица] [организации] могут получить местную регистрацию в качестве сертификационных органов либо могут предоставлять сертификационные услуги, находясь в другой стране и не получая местную регистрацию, если они удовлетворяют тем же объективным стандартам и следуют тем же процедурам, что и местные организации и лица, имеющие право стать сертификационными органами.

Вариант B В соответствии с законодательством принимающего государства иностранное [лицо] [организация] может:

a) получить местную регистрацию в качестве сертификационного органа; или

b) предоставлять сертификационные услуги без получения местной регистрации, если [оно] [она] удовлетворяет тем же объективным стандартам и следует тем же процедурам, что и местные организации и лица, имеющие право стать сертификационными органами.

Вариант C Иностранным [лицам] [организациям] не может быть отказано в праве на получение местной регистрации или на предоставление сертификационных услуг лишь на том основании, что они являются иностранными, если они удовлетворяют тем же объективным стандартам и следуют тем же процедурам, что и местные организации и лица, имеющие право стать сертификационными органами.

[2] Вариант X Правило, изложенное в пункте 1, не применяется в следующих случаях:

Вариант Y Исключения из правила, изложенного в пункте 1, могут быть сделаны в пределах, которые диктуются соображениями национальной безопасности.]

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 175—188 (проект статьи 17);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 73;
A/CN.9/437, пункты 74—89 (проект статьи I); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 73—75.

Замечания

48. Разрешая иностранным организациям получать регистрацию в качестве сертификационных органов, проект статьи 17 всего лишь излагает принцип, согласно которому иностранные организации не должны подвергаться дискриминации при условии, что они удовлетворяют стандартам, установленным для местных сертификационных органов. Хотя этот принцип, возможно, является общепризнанным, особенно важно изложить его в отношении сертификационных органов, поскольку сертификационные органы, как предполагается, могут функционировать, не создавая при этом физических отделений или другого коммерческого предприятия в той стране, в которой они действуют.

Статья 18. Подтверждение иностранных сертификатов местными сертификационными органами

Вариант A Сертификаты, выданные иностранными сертификационными органами, могут использоваться для подписей в цифровой форме на тех же условиях, что и сертификаты, подпадающие под действие настоящих Правил, если они признаются сертификационным органом, функционирующим на основании ... [закон принимающего государства], и этот сертификационный орган гарантирует — в той же мере, что и в отношении своих собственных сертификатов — правильность содержащейся в сертификате информации, а также его действительность и законную силу.

Вариант B Сертификаты, выданные иностранными сертификационными органами, могут использоваться для подписей в цифровой форме на тех же условиях, что и сертификаты, подпадающие под действие настоящих Правил, если в их отношении сертификационным органом, функционирующим на основании ... [закон принимающего государства], выдана соответствующая гарантия.

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункт 189—195 (проект статьи 18);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 74;
A/CN.9/437, пункты 74—89 (проект статьи I); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункт 73—75.

Замечания

49. Проект статьи 18 позволяет внутреннему сертификационному органу гарантировать — в той же мере, что и в отношении своих собственных сертификатов — правильность содержащейся в иностранном сертификате

информации, а также его действительность и законную силу. Он касается вопросов, которые были названы вопросами "перекрестной сертификации" на тридцать первой сессии Рабочей группы. Проект статьи 18 по существу содержит положение о возложении ответственности на внутренний сертификационный орган в случае, если иностранный сертификат оказывается порочным (см. A/CN.9/437, пункты 77—78).

Статья 19. Признание иностранных сертификатов

Вариант A

1) Вариант X Сертификаты, выданные иностранными сертификационными органами, не могут быть лишены такого же признания, как и сертификаты, выданные внутренними сертификационными органами, на том основании, что они были выданы иностранными сертификационными органами.

Вариант Y Сертификаты, выданные иностранным сертификационным органом, признаются юридически эквивалентными сертификатам, выданным сертификационными органами, функционирующими на основании ... [закон принимающего государства], если практика иностранного сертификационного органа обеспечивает степень надежности, по меньшей мере эквивалентную той, которая требуется от сертификационных органов в соответствии с настоящими Правилами. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения между заинтересованными государствами.]

2) Подписи и записи, соответствующие законам другого государства, касающимся подписей в цифровой форме или других электронных подписей, признаются юридически эквивалентными подписям и записям, соответствующим настоящим Правилам, если законы этого другого государства требуют степени надежности, по меньшей мере эквивалентной той, которая требуется от подобных записей и подписей согласно ... [закон принимающего государства]. [Такое признание может быть осуществлено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения с другими государствами.]

2)[3] Подписи в цифровой форме, проверяемые путем ссылки на сертификат, выданный иностранным сертификационным органом, [не могут быть лишены юридической силы] [наделяются юридической силой] [судами и другими органами, занимающимися установлением фактов,], если этот сертификат является как надежным, так и соответствующим цели, для которой он был выдан, с учетом всех обстоятельств.

3)[4] Независимо от положений предыдущего пункта правительственные ведомства и стороны коммерческих и иных сделок могут указать, что в оформлении представляемых им сообщений или подписей должны участвовать какой-либо конкретный сертификационный орган, определенная категория сертификационных органов или категория сертификатов.

Вариант B

1) Сертификаты, выданные иностранным сертификационным органом, признаются юридически эквивалентными сертификатам, выданным сертификационными органами, функционирующими на основании ... [закон принимающего государства], если практика иностранного сертификационного органа обеспечивает степень надежности, по меньшей мере эквивалентную той, которая требуется от сертификационных органов в соответствии с настоящими Правилами.

[2) Определение эквивалентности, упоминаемое в пункте 1, может быть произведено путем опубликования соответствующего государственного решения либо путем заключения двустороннего или многостороннего соглашения с другими государствами.]

3) При определении эквивалентности необходимо учитывать следующие факторы:

a) финансовые и людские ресурсы, включая наличие активов в пределах юрисдикции;

b) надежность систем аппаратного и программного обеспечения;

c) процедуры оформления сертификатов и рассмотрения заявок на сертификаты, а также хранения записей;

d) наличие информации для [подписавшихся] [субъектов], идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных сторон, полагающихся на сертификаты;

e) регулярность и масштабы аудита, проводимого каким-либо независимым органом;

f) наличие заявления государства, аккредитационного органа или сертификационного органа относительно соблюдения или наличия вышеизложенного;

g) подсудность судам принимающего государства; и

h) степень расхождений между законодательством, применимым к ответственности сертификационного органа, и законодательством принимающего государства.

Вариант C

Иностранный сертификационный орган считается надежным [в принимающем государстве] для цели сертификата, выдаваемого им в подтверждение подписей в отношении сообщений данных, если при выдаче такого сертификата этот сертификационный орган соблюдает или, по меньшей мере, несет такие же обязательства, как обязательства, возлагаемые настоящими Правилами и любым внутренним режимом лицензирования, применимым к сертификату такого типа.

Вариант D

1) Иностранный сертификационный орган считается надежным [в принимающем государстве] для цели сертификата, выдаваемого им в подтверждение подписей в отношении сообщений данных, если при выдаче такого сертификата этот сертификационный орган обеспечивает степень надежности, [по меньшей мере] эквивалентную той, [которая требуется от] которой обладают внутренние сертификационные органы, выдающие такие сертификаты.

2) При оценке степени надежности сертификационного органа необходимо учитывать следующие факторы:

a) финансовые и людские ресурсы, включая наличие активов в пределах юрисдикции;

b) надежность систем аппаратного и программного обеспечения;

c) процедуры оформления сертификатов и рассмотрения заявок на сертификаты, а также хранения записей;

d) наличие информации для [подписавшихся] [субъектов], идентифицированных в сертификатах, и для потенциальных сторон, полагающихся на сертификаты;

e) регулярность и масштабы аудита, проводимого каким-либо независимым органом;

f) наличие заявления государства, аккредитационного органа или сертификационного органа относительно соблюдения или наличия вышеизложенного;

g) подсудность судам принимающего государства; и

h) степень расхождений между законодательством, применимым к ответственности сертификационного органа, и законодательством принимающего государства.

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункты 196—207 (проект статьи 19);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 75;
A/CN.9/437, пункты 74—89 (проект статьи I); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 73—75.

Замечания

50. Проект статьи 19 касается вопросов, которые были названы вопросами "трансграничного признания" на тридцать первой сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/437, пункты 77—78). Вариант A основывается на предложении об объединении пунктов 1 и 2, внесенном на тридцать второй сессии Рабочей группы (см. A/CN.9/446, пункты 197—204). Вариант B содержит примерный перечень критериев, которые следует учитывать при оценке надежности иностранных сертификатов. Варианты C и D сосредоточиваются на признании иностранных сертификационных органов. Можно отметить, что если Рабочая группа решит включить в единообразные правила критерии, которым должны отвечать внутренние сертификационные органы (см. выше, пункт 19), то, возможно, и не будет необходимости устанавливать такие критерии в проекте статьи 19.

C. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее тридцать третьей сессии: предложение Соединенных Штатов Америки: записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.77) [Подлинный текст на английском языке]

1. При закрытии тридцать второй сессии Рабочей группы было внесено предложение о том, что Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в предварительном порядке вопрос о проведении работы по подготовке международной конвенции, основанной на положениях Типового закона и единообразных правил. Было решено, что этот вопрос, возможно, необходимо будет рассмотреть в рамках отдельного пункта повестки дня на следующей сессии Рабочей группы на основе более подробных предложений, которые, возможно, будут представлены заинтересованными делегациями. Тем не менее предварительный вывод Рабочей группы состоял в том, что подготовку конвенции следует в любом случае рассматривать в качестве отдельного проекта по отношению к подготовке единообразных правил и любых других возможных дополнений к Типовому закону. До принятия какого-либо окончательного решения относительно формы единообразных правил предложение относительно подготовки конвенции на более позднем этапе не должно отвлекать внимание Рабочей группы от ее текущей задачи, которая состоит в том, чтобы сосредоточить внимание на подготовке проекта единообразных правил о подписях в цифровой форме и других электронных подписях, а также от реализации решения, согласно которому Рабочая группа исходит в рабочем порядке из предположения о том, что единообразные правила будут подготовлены в форме проекта законодательных положений. Было высказано общее мнение о том, что возможность подготовки проекта конвенции не следует использовать в качестве повода для возобновления рассмотрения вопросов, урегулированных в Типовом законе, поскольку это может оказать отрицательное воздействие на процесс расширения использования этого уже весьма успешного документа (A/CN.9/446, пункт 212).

2. После тридцать второй сессии Рабочей группы Секретариат получил от делегации Соединенных Штатов Америки предложение в отношении проекта международной конвенции об электронных сделках наряду с текстом, озаглавленным "Неофициальный документ правительства Соединенных Штатов об электронных сделках", в котором разъясняются доводы в пользу подготовки предлагаемой конвенции и ее цели. Текст этого предложения и соответствующий "неофициальный документ" воспроизводятся в приложении к настоящей записке в том виде, в каком они были получены Секретариатом.

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПРОЕКТ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНВЕНЦИИ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ СДЕЛКАХ

Глава I

Предлагаемая цель главы I: изложить все необходимые определения. Подлежит разработке после глав II и III.

Глава II

Предлагаемая цель главы II: для осуществления правовых норм, изложенных в приводимом ниже втором разделе, государствам, возможно, потребуется провести обзор действующего и предлагаемого законодательства, чтобы удостовериться в том, что оно надлежащим образом учитывает электронные сделки. Для того чтобы облегчить проведение такого обзора и принятие унифицированной основы, в качестве правовых рамок, которые государствам следует использовать для поддержки электронных сделок на глобальной основе, предлагается рассмотреть изложенные ниже общие обязательства.

Возможные формулировки:

II. Общие обязательства

Для стимулирования свободного осуществления электронных сделок и для того чтобы не допустить создания препятствий для таких сделок, договаривающиеся государства с учетом основополагающей публичной политики соглашаются о нижеследующем:

Модификация действующих норм и принятие минимального числа новых норм - Государства вносят только такие изменения в свои законы, которые необходимы для поддержки использования электронных сделок. Действующие нормы подлежат изменению, а новые нормы подлежат принятию только в сотрудничестве с частным сектором и только в случае необходимости.

Договаривающиеся государства признают, что стороны сделок могут определять метод удостоверения подлинности для своей сделки. Признавая, что стороны могут делать такое определение, и признавая, что такое определение должно иметь предполагаемую сторонами юридическую силу, договаривающиеся государства соглашаются о нижеследующем:

Автономия сторон - Сторонам сделки должно быть разрешено в максимально возможной степени определять на основе договора соответствующие технические и коммерческие методы удостоверения подлинности с гарантией того, что такие средства будут признаваться в качестве юридически обязательных, независимо от того, рассматриваются ли такие технические и коммерческие средства конкретно в законодательстве или нормативных актах. Исполнение условий любого соглашения (включая закрытые системы) между сторонами, регулирующих их сделку, должно обеспечиваться без учета каких-либо статутных правовых рамок, регулирующих удостоверение подлинности электронным способом.

Кроме того, договаривающиеся государства признают, что криптография не является единственным средством доказательства источника или существования сообщения. Признавая, что стороны могут устанавливать источник или существование сообщения различными путями, договаривающиеся государства соглашаются о нижеследующем:

Все технические и коммерческие методы удостоверения подлинности могут являться средством удостоверения подлинности - Если законодательство содержит требования об удостоверении подлинности или подтверждении целостности сообщения, каждой стороне разрешается использовать любой технический или коммерческий метод удостоверения подлинности, независимо от того, рассматривается ли такой технический или коммерческий метод удостоверения подлинности конкретно в законодательстве или нормативных актах.

Электронные методы удостоверения подлинности не должны быть "не поддающимися изменениям" вследствие законодательных ограничений, а скорее должны предусматривать возможность изменения прикладных программ для существующих и будущих технологий. Поэтому договаривающиеся государства соглашаются о нижеследующем:

Техническая нейтральность - Никакие нормы не должны требовать применения или разработки технических методов удостоверения подлинности или же препятствовать такому применению или разработке. Государствам следует предусматривать возможность изменения со временем методов удостоверения подлинности и избегать принятия законодательства, которое может препятствовать нововведениям или новым прикладным разработкам. Государствам следует избегать принятия законов, которые преднамеренно или непреднамеренно вынуждают частный сектор применять только одну конкретную технологию удостоверения подлинности электронным способом в ущерб другим приемлемым методам удостоверения подлинности.

Технические методы удостоверения подлинности могут применяться и использоваться коммерческими предприятиями иными способами, помимо первоначально предусмотренных в момент принятия законодательства. Признавая, что данная технология может использоваться для таких целей, как определение возраста или полномочий, что может выходить за рамки установления личности и исключения возможности отрицать авторство, а также признавая, что коммерческие модели удостоверения подлинности могут не предусматривать обращения к третьим сторонам, договаривающиеся государства соглашаются о нижеследующем:

Нейтральность применения - Никакие нормы не должны требовать использования или разработки новых или нетрадиционных коммерческих прикладных программ или моделей применения или же препятствовать такому использованию или разработке.

В целях устранения препятствий для свободного осуществления электронных сделок и в целях исключения возможности создания новых препятствий договаривающиеся государства с учетом основополагающей публичной политики соглашаются о нижеследующем:

Недискриминация - Государства предоставляют поставщикам и пользователям технических и коммерческих методов удостоверения подлинности другого государства не менее благоприятный режим, чем они предоставляют при аналогичных обстоятельствах своим собственным поставщикам и пользователям технических и коммерческих методов удостоверения подлинности.

Исключение необоснованных препятствий для торговли - Государства способствуют развитию трансграничных электронных сделок и не создают необоснованных препятствий для торговли.

Глава III

Предлагаемая цель главы III: признать приемлемость электронных подписей для юридических и коммерческих целей, определить характеристики действительных электронных документов и подлинного документа, предусмотреть приемлемость электронных доказательств и сохранения записей в электронной форме. Эти положения будут основываться на разрешающих положениях Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле.

Возможные формулировки:

III. Конкретные обязательства

Договаривающиеся государства признают работу Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли и важность обеспечения применения разработанных ею положений на единообразной международной основе. Договаривающиеся государства признают также, что информация все больше создается, хранится, отправляется и получается или же иным образом обрабатывается электронным способом, а не в бумажной форме. Признавая эти важные виды коммерческой практики, договаривающиеся государства соглашаются о нижеследующем:

Признание юридической силы сообщения данных

Информация не может быть лишена юридической силы, действительности или исковой силы на том лишь основании, что она составлена в форме сообщения данных. [Источник: Типовой закон об электронной торговле, статья 5.]

Заключение и действительность контрактов

1) В контексте заключения контрактов, если стороны не договорились об ином, оферта и акцепт оферты могут производиться с помощью сообщений данных. В случае, когда при заключении контракта используются сообщения данных, этот контракт не может быть лишен действительности или исковой силы на том лишь основании, что для этой цели использовалось сообщение данных.

2) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: ... [ограниченное исключение]. [Источник: Типовой закон об электронной торговле, статья 11.]

Договаривающиеся государства признают, что формальные требования, которые в настоящее время предъявляются в рамках многих правовых систем, могут оказаться непреодолимыми препятствиями для осуществления электронных сделок на международной основе. Исходя из этого, принципиально важно обеспечить, чтобы сообщения, передаваемые электронным способом, рассматривались в качестве удовлетворяющих таким формальным требованиям с учетом основополагающей публичной политики. Поэтому договаривающиеся государства соглашаются о нижеследующем:

Письменная форма

1) Когда законодательство требует, чтобы информация была представлена в письменной форме, это требование считается выполненным путем представления сообщения данных, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования.

2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда содержащееся в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если информация представлена не в письменной форме.

3) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: ... [ограниченное исключение]. [Источник: Типовой закон об электронной торговле, статья 6.]

Подпись

1) Если законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если:

   a) использован какой-либо способ для идентификации этого лица и указания на то, что это лицо согласно с информацией, содержащейся в сообщении данных; и

   b) этот способ является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда содержащееся в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

3) Положения настоящей статьи не применяются в тех случаях: ...[ограниченное исключение]. [Источник: Типовой закон об электронной торговле, статья 7.]

Подлинник

1) Если законодательство требует, чтобы информация представлялась или сохранялась в ее подлинной форме, это требование считается выполненным с помощью сообщения данных, если:

   a) 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

b) при необходимости предъявления информации эта информация может быть продемонстрирована лицу, которому она должна быть предъявлена.

2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда содержащееся в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если информация не была представлена или сохранена в ее подлинной форме.

3) Для целей подпункта (a) пункта 1:

a) критерием оценки целостности является сохранение информации в полном и неизменном виде, без учета добавления любых индоссаментов и любых изменений, происходящих в обычном процессе передачи, хранения и демонстрации; и

b) требуемая степень надежности оценивается с учетом цели, для которой информация была подготовлена, и всех соответствующих обстоятельств.

4) Положения настоящей статьи не применяются в следующих случаях: ... [ограниченное исключение]. [Источник: Типовой закон об электронной торговле, статья 8.]

Договаривающиеся государства признают, что неспособность сторон доказать существование электронных сделок в случае возникновения спора и проведения официального судебного разбирательства может само по себе являться препятствием для осуществления электронных сделок. Для обеспечения юридической тождественности электронных документов и бумажных документов договаривающиеся государства соглашаются о нижеследующем:

Допустимость и доказательственная сила сообщения данных

1) При любых процессуальных действиях никакие положения норм доказательственного права не применяются таким образом, чтобы отрицать допустимость сообщения данных в качестве доказательства:

a) на том лишь 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 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. [Источник: Типовой закон об электронной торговле, статья 9.]

Договаривающиеся государства признают далее, что требования в отношении сохранения записи, которые предъявляются как в правовом порядке, так и в деловой практике, могут оказаться препятствиями для осуществления электронных сделок. Поэтому договаривающиеся государства соглашаются о нижеследующем:

Сохранение сообщений данных

1) Если законодательство требует сохранения определенных документов, записей или информации, это требование выполняется путем сохранения сообщений данных при соблюдении следующих условий:

a) информация, содержащаяся в сообщении данных, является доступной для ее последующего использования; и

b) сообщение данных сохраняется в том формате, в котором оно было подготовлено, отправлено или получено, либо в таком формате, в котором можно показать, что подготовленная, отправленная или полученная информация представлена точно; и

c) сохраняется такая информация, если таковая существует, которая позволяет установить происхождение и назначение сообщения данных, а также дату и время его отправления или получения.

2) Обязательство сохранять документы, записи или информацию в соответствии с пунктом 1 не распространяется на любую информацию, единственная цель которой состоит в том, чтобы сделать возможным отправление или получение данного сообщения.

3) Лицо может выполнить требование, указанное в пункте 1, посредством использования услуг любого другого лица при соблюдении условий, изложенных в подпунктах (a), (b) и (c) пункта 1. [Источник: Типовой закон об электронной торговле, статья 10.]

Неофициальный документ правительства Соединенных Штатов об электронных сделках

Для содействия осуществлению электронных сделок Соединенные Штаты выступают за принятие как внутренних, так и глобальных единообразных правовых рамок, которые признают, облегчают и обеспечивают осуществление электронных сделок во всем мире.

I.

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) завершила работу над Типовым законом об электронной торговле, который обеспечивает коммерческое использование международных контрактов в электронной торговле. В Типовом законе устанавливаются правила и нормы, которые определяют характеристики действительных электронных документов и подлинного документа, предусматривают приемлемость электронных подписей для юридических и коммерческих целей, а также предусматривают допустимость компьютерных доказательств. В нем также признаются действительность и юридическая сила контрактов, заключенных электронным способом, устанавливаются исходные нормы в отношении заключения контрактов и условий исполнения электронных контрактов.

Хотя многие страны, включая Соединенные Штаты, используют этот Типовой закон в качестве основы для обновления своего торгового законодательства, многие другие страны этого не делают. Правительство Соединенных Штатов выступает за принятие правовых принципов, содержащихся в Типовом законе, в форме имеющего обязательную силу международного соглашения, что позволит приступить к определению международного свода единообразных коммерческих принципов для электронной торговли.

II.

На международном уровне ряд стран в настоящее время рассматривают возможность принятия или уже приняли законодательство о цифровых подписях, с тем чтобы конкретно определить методы удостоверения подлинности, включая цифровые подписи. Недавно ЮНСИТРАЛ приступила к работе в области удостоверения подлинности, в рамках которой конкретно рассматриваются цифровые подписи, и в настоящее время рассматривает типовые законодательные положения.

После того как в прошлом году ЮНСИТРАЛ приступила к этой работе, уже появились новые модели применения и использования технологии цифровых подписей. Постоянное расширение набора методов удостоверения подлинности и сложность процедур их коммерческого использования ставят под сомнение целесообразность разработки на данном этапе подробных правовых норм в таких областях, как сертификационные органы и режим ответственности. В Соединенных Штатах при рассмотрении законодательства о цифровых подписях многие штаты в последнее время отказались от принятия в законодательном порядке конкретных норм в отношении цифровых подписей и вместо этого решили принять более общее разрешающее и поддерживающее законодательство, которое предусматривает использование цифровых подписей и других технологий удостоверения подлинности, однако не предусматривает помимо этого какого-либо режима ответственности или систем лицензирования.

Такой новый законодательный подход является отражением существенных эволюционных изменений, происходящих на рынке. Так, например, в ближайшем будущем на рынке вряд ли будет принят какой-либо один универсальный механизм удостоверения подлинности или же модель применения. Стороны, по-видимому, стремятся обеспечить определенный выбор между различными видами режимов удостоверения подлинности в зависимости от характера сделки и в зависимости от предшествующих отношений, если таковые имели место, между сторонами сделки. Крупная компания может, например, выбрать один метод удостоверения подлинности для электронной системы, используемый при закупке товаров у поставщиков, однако применять совершенно другой метод в отношении закупок ее клиентов в режиме он-лайн.

Подобно другим аспектам электронной торговли, методы и технологии удостоверения подлинности быстро развиваются. В области цифровых подписей способы применения соответствующих технологий отличаются от инфраструктур публичных ключей, которые предусматривались в момент принятия первого законодательства о цифровых подписях. Так, например, цифровые подписи могут быть использованы для таких целей, как определение возраста или полномочий, что может выходить за рамки установления личности и исключения возможности отрицать авторство. Кроме того, цифровые подписи в основном используются не в открытых, а в закрытых системах. Признается также, что цифровые подписи используются для широкого круга других коммерческих целей помимо тех целей, которые первоначально предусматривались; широкое распространение, например, уже получили сертификаты на минимальную стоимость.

Правительство Соединенных Штатов выступает за создание структур, которые позволят использовать разнообразные методы и технологии удостоверения подлинности, а также разнообразные модели применения. Разработка норм, которые будут регулировать применение технологии цифровых подписей или любой другой отдельной технологии удостоверения подлинности, не охватывая при этом другие подходы в области удостоверения подлинности, скорее будет препятствовать, а не содействовать росту электронной торговли. Тем не менее правительство Соединенных Штатов признает ценный диалог, поддерживаемый ЮНСИТРАЛ по этим вопросам.

Правительство Соединенных Штатов считает, что ЮНСИТРАЛ следует в первоочередном порядке уделить внимание разработке международной конвенции об электронных сделках. Такая конвенция позволит устранить препятствия для

электронных сделок, связанные с использованием бумажных документов, а также рассмотреть вопросы, касающиеся удостоверения подлинности электронным способом.

III.

ЮНСИТРАЛ необходимо приступить к разработке конвенции об электронных сделках, которая будет иметь обязательную силу и которая будет состоять из следующих двух элементов:

Часть А: Общие обязательства - В этой части необходимо рассмотреть следующие вопросы: минимальные поправки к действующим правовым нормам и принятие в минимальном объеме новых норм; техническая нейтральность и нейтральность применения; недискриминационный подход к технологиям удостоверения подлинности и коммерческим прикладным программам, применяемым в других странах; исключение необоснованных препятствий для торговли. Кроме того, необходимо рассмотреть следующие вопросы:

Автономия сторон - Сторонам сделки должно быть разрешено в максимально возможной степени определять на основе договора соответствующие технические и коммерческие методы удостоверения подлинности с гарантией того, что такие средства будут признаваться в качестве юридически обязательных, независимо от того, рассматриваются ли такие технические и коммерческие средства конкретно в законодательстве или нормативных актах. Исполнение условий любого соглашения (включая закрытые системы) между сторонами, регулирующих их сделку, должно обеспечиваться без учета каких-либо статутных правовых рамок, регулирующих удостоверение подлинности электронным способом.

Все технические и коммерческие методы удостоверения подлинности могут являться средством удостоверения подлинности - Если законодательство содержит требование об удостоверении подлинности или подтверждении целостности сообщения, каждой стороне разрешается использовать любой технический или коммерческий метод удостоверения подлинности, независимо от того, рассматривается ли такой технический или коммерческий метод удостоверения подлинности конкретно в законодательстве или нормативных актах. (Как и в случае удостоверения подлинности физических документов, любая сторона, отрицающая соглашение, может представить доказательства, оспаривающие его подлинность или целостность, и данный вопрос может быть урегулирован лицом, исследующим факты по делу.)

Часть В: Принятие ключевых элементов Типового закона об электронной торговле - Разрешающие положения, основанные на положениях Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, будут определять международный свод единообразных коммерческих принципов для электронной торговли. Конвенция будет признавать приемлемость электронных подписей для юридических и коммерческих целей, определять характеристики действительных электронных документов и подлинных документов и предусматривать допустимость электронных доказательств и сохранения записей в электронной форме.

D. Доклад Рабочей группы по электронной торговле о работе ее тридцать четвертой сессии (Вена, 8-19 февраля 1999 года) (A/CN.9/457) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
	ВВЕДЕНИЕ	1-14
I.	ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ	15
II.	ПРОЕКТ ЕДИНООБРАЗНЫХ ПРАВИЛ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ	16-122
A.	ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ	16-21
B.	РАССМОТРЕНИЕ ПРОЕКТОВ СТАТЕЙ	22-119
	Статья A. Определения	22-52
	Статья E. Свобода договора	53-64
	Статья F. Обязательства обладателя подписи	65-98
	Статья G. Доверие к усиленным электронным подписям	99-107
	Статья H. Обязательства сертификатора информации	108-119
C.	ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ДЛЯ РАССМОТРЕНИЯ	120-122

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссия постановила включить в свою повестку дня вопросы о подписях в цифровой форме и сертификационных органах. Рабочей группе по электронной торговле было предложено рассмотреть целесообразность и возможность подготовки единообразных правил по этим темам. Было достигнуто согласие в отношении того, что единообразные правила, которые следует подготовить, должны охватывать такие вопросы, как: правовая основа, поддерживающая процессы сертификации, включая появляющуюся технологию удостоверения подлинности и сертификации в цифровой форме; применимость процесса сертификации; распределение риска и ответственности пользователей, поставщиков и третьих сторон в контексте использования методов сертификации; конкретные вопросы сертификации через применение регистров; и включение путем ссылки[1].

2. На тридцатой сессии (1997 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать первой сессии (A/CN.9/437). Рабочая группа сообщила Комиссии, что она достигла консенсуса в отношении важного значения и необходимости работы в направлении согласования норм права в этой области. Хотя она не приняла окончательного решения в отношении формы и содержания такой работы, Рабочая группа пришла к предварительному выводу о том, что практически можно подготовить проект единообразных правил по крайней мере по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов и, возможно, по связанным с этими вопросами проблемам. Рабочая группа напомнила о том, что наряду с подписями в цифровой форме и сертификационными органами в рамках будущей работы в области электронной торговли, возможно, также потребуется рассмотреть следующие темы: вопросы технических альтернатив криптографии публичных ключей; общие вопросы о функциях, выполняемых поставщиками услуг, являющимися третьими сторонами; и заключение контрактов в электронной форме (A/CN.9/437, пункты 156-157).

3. Комиссия одобрила заключения Рабочей группы и поручила ей подготовить единообразные правила по юридическим вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов (далее в тексте -"единообразные правила").

4. В отношении конкретной сферы применения и формы таких единообразных правил было выражено общее мнение, что на данном начальном этапе принятие решения невозможно. Было сочтено, что, хотя Рабочая группа может надлежащим образом сосредоточить свое внимание на вопросах подписей в цифровой форме с учетом очевидной ведущей роли криптографии публичных ключей в зарождающейся практике электронной торговли, подготавливаемые единообразные правила должны соответствовать нейтральному с точки зрения носителей информации подходу, который взят за основу в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (далее в тексте - "Типовой закон"). Таким образом, единообразные правила не должны препятствовать использованию других методов удостоверения подлинности. Кроме того, при решении вопросов криптографии публичных ключей в единообразных правилах, возможно, необходимо будет учесть различия в уровнях защиты и признать различные юридические последствия и уровни ответственности, соответствующие различным видам услуг, оказываемых в контексте подписей в цифровой форме. Что касается сертификационных органов, то Комиссия, хотя она и признала ценность стандартов, определяемых рыночными отношениями, в целом согласилась с тем, что Рабочая группа может надлежащим образом предусмотреть разработку минимального свода стандартов, которые должны будут строго соблюдаться сертификационными органами, особенно в случае необходимости трансграничной сертификации[2].

5. Рабочая группа приступила к разработке единообразных правил на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.73) на своей тридцать второй сессии.

6. На тридцать первой сессии (1998 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Было отмечено, что на своих тридцать первой и тридцать второй сессиях Рабочая группа столкнулась с очевидными трудностями в достижении общего понимания новых правовых вопросов, которые возникают в связи с расширением использования подписей в цифровой и другой электронной форме. Было отмечено также, что еще предстоит достичь консенсуса в отношении того, каким образом эти вопросы можно было бы урегулировать в международно приемлемых правовых рамках. В то же время Комиссия в целом сочла, что достигнутый к настоящему моменту прогресс свидетельствует о том, что проект единообразных правил об электронных подписях постепенно превращается в документ, который можно будет применять на практике.

7. Комиссия подтвердила принятое на ее тридцать первой сессии решение относительно возможности разработки единообразных правил и выразила уверенность в том, что на своей тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 29 июня - 10 июля 1998 года) Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на основе пересмотренного проекта, подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). В контексте этого обсуждения Комиссия с удовлетворением

---

[1] Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 223-224.

[2] Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункты 249-251.

отметила, что по общему признанию Рабочая группа стала особо важным международным форумом для обмена мнениями по правовым вопросам электронной торговли и выработки решений по этим вопросам[3].

8. На своей тридцать третьей сессии (июль 1998 года) Рабочая группа продолжила рассмотрение единообразных правил на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Доклад о работе этой сессии содержится в документе A/CN.9/454.

9. Рабочая группа по электронной торговле, в состав которой входят все государства - члены Комиссии, провела свою тридцать четвертую сессию в Вене 8-19 февраля 1999 года. На этой сессии были представлены следующие государства - члены Рабочей группы: Австралия, Австрия, Аргентина, Бразилия, Буркина-Фасо, Венгрия, Германия, Гондурас, Египет, Индия, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Камерун, Китай, Колумбия, Мексика, Нигерия, Парагвай, Российская Федерация, Румыния, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Финляндия, Франция и Япония.

10. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих государств: Анголы, Беларуси, Бельгии, Боливии, Гватемалы, Грузии, Индонезии, Ирландии, Канады, Кубы, Кувейта, Ливана, Марокко, Нидерландов, Новой Зеландии, Польши, Португалии, Республики Корея, Саудовской Аравии, Словакии, Турции, Уругвая, Хорватии, Чешской Республики, Швейцарии, Швеции и Южной Африки.

11. На сессии присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций: Конференции по торговле и развитию Организации Объединенных Наций (ЮНКТАД), Европейской экономической комиссии Организации Объединенных Наций (ООН/ЕЭК), Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО), Организации Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО), Африканского банка развития, Европейской комиссии, Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Азиатского клирингового союза, Европейской международной ассоциации студентов-юристов (ЕСЛА), Международной ассоциации портов и гаваней (МАСПОГ), Международной ассоциации адвокатов (МАА), Международной торговой палаты (МТП), Международной группы пользователей телекоммуникаций (МГПТ), Форума по вопросам права и политики в отношении сети "Интернет" (ФППИ), Общества по международным межбанковским электронным финансовым расчетам (СВИФТ) и Международного союза адвокатов (МСА).

12. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Жак ГОТЬЕ (Канада, избран в личном качестве);

Заместитель Председателя: г-н ПАН Кан Чау (Сингапур);

Докладчик: г-н Луи-Поль ЕНУГА (Камерун).

13. Рабочей группе были представлены следующие документы: предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.IV/WP.78); две записки Секретариата, содержащие пересмотренные проекты единообразных правил об электронных подписях (A/CN.9/WG.IV/WP.79 и 80); и подготовленная Секретариатом для тридцать третьей сессии Рабочей группы записка (A/CN.9/WG.IV/WP.76), представленная в целях продолжения обсуждения вопросов, касающихся признания иностранных электронных подписей (проекты статей 17-19).

14. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Выборы должностных лиц
2. Утверждение повестки дня
3. Правовые аспекты электронной торговли: проект единообразных правил об электронных подписях
4. Прочие вопросы
5. Утверждение доклада.

I. ХОД РАБОТЫ И РЕШЕНИЯ

15. Рабочая группа обсудила вопрос об электронных подписях на основе записок, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76, 79 и 80). Обсуждения и выводы Рабочей группы по этим вопросам отражены в части II ниже.

---

[3]Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункты 207-211.

Секретариату было предложено подготовить на основе этих обсуждений и выводов свод пересмотренных положений, с возможными вариантами, для рассмотрения Рабочей группой на одной из будущих сессий.

II. ПРОЕКТ ЕДИНООБРАЗНЫХ ПРАВИЛ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ

A. Общие замечания

16. Прежде всего Рабочая группа провела обмен мнениями о нынешнем состоянии связанных с электронной торговлей вопросов регулирования, включая такой новый момент, как принятие Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, а также вопросов об электронных подписях и инфраструктуре публичных ключей (далее в тексте - "ИПК") в контексте цифровых подписей. Сообщения, касающиеся новых моментов на правительственном, межправительственном и неправительственном уровнях, еще раз подтвердили, что рассмотрение правовых вопросов в области электронной торговли все более широко признается в качестве важного элемента содействия развитию электронной торговли и практическим операциям в этой области, а также ликвидации барьеров для торговли. Было сообщено, что ряд стран недавно приняли - или находятся на пороге принятия - законодательство, либо направленное на введение в действие положений Типового закона, либо рассматривающее аналогичные вопросы содействия электронной торговле. В некоторых из этих законопроектов также регулируются вопросы, связанные с электронными (или в некоторых случаях именно с цифровыми) подписями. Другие страны учредили рабочие группы по выработке политики в данной области - причем некоторые из них действуют в тесной связи с представителями частного сектора, - которые проводят работу по необходимым законодательным изменениям, направленным на содействие электронной торговле, активно рассматривают вопрос о принятии Типового закона и подготовке необходимых законопроектов, работают над вопросами электронных подписей, включая проблемы создания инфраструктур публичных ключей, или над другими проектами по тесно связанным с этой областью вопросам.

17. Рабочая группа начала рассмотрение единообразных правил с напоминания о целесообразности и практической возможности подготовки правил об электронных подписях и о необходимости в работе по согласованию правового регулирования в этой области (см. выше пункт 7). Было указано, что в ряде выступлений говорилось о работе, проводимой непосредственно по вопросу о цифровых подписях, и что разнообразие законодательных актов, касающихся этого конкретного способа подписания, подчеркивает важность согласования правового регулирования. Было также указано, что, хотя принципы нейтральности с точки зрения технологии и с точки зрения носителей информации лежат в основе Типового закона, применительно к проекту единообразных правил, в котором рассматривается ряд различных способов подписания, следование этим принципам создает трудности. Хотя было отмечено общее согласие с необходимостью обеспечить последовательность между положениями Типового закона и единообразными правилами, было признано, что разработка положений, устанавливающих конкретные юридические последствия для таких различных способов подписания, требует сбалансированности, достичь которой, возможно, нелегко. Было предложено, чтобы внимание в единообразных правилах было сконцентрировано на следующих вопросах: виды использования подписей, что может охватывать конкретную проработку вопросов функциональной эквивалентности для "усиленных" подписей или подписей высокого уровня; последствия использования различных способов подписания для участвующих сторон, включая поведение этих сторон (а не попытка установить связь между какими-либо конкретными юридическими последствиями и использованием какого-либо конкретного способа электронного подписания); и вопросы трансграничного признания.

18. Было выражено мнение, что следует более четко разъяснить взаимосвязь между статьей 7 Типового закона и проектом единообразных правил. Была поставлена под сомнение необходимость и целесообразность использования в качестве основы статьи 7, и было указано на то, что могут возникнуть трудности в связи с попыткой установить единую привязку для удовлетворения установленного в статье 7(1)(b) весьма гибкого требования, состоящего в том, что использованный способ идентификации должен быть "как надежным, так и соответствующим цели, для которой он использовался". Разнообразные вопросы, перечисленные в Руководстве по принятию (см. пункт 58 Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле), были упомянуты в качестве имеющих отношение к любому рассмотрению цели, для которой такой метод использовался. Было напомнено о том, что Рабочая группа неоднократно в ходе своих предыдущих обсуждений рассматривала этот вопрос и что в нынешнем проекте единообразных правил он не урегулирован. Кроме того, обеспокоенность была высказана в связи с тем, что рассмотрение нормы о том, какие виды способов подписания могут удовлетворять требование статьи 7, приведет, возможно, к выработке правила, которое может толковаться как имеющее очень узкую сферу применения в отношении коммерческих сделок (применительно к которым обычно не требуется соблюдение каких-либо конкретных норм права в том, что касается формы сделок).

19. Был поднят вопрос о том, в какой форме может быть принят проект единообразных правил, и было указано на важность рассмотрения взаимосвязи между формой и содержанием. По вопросу о возможной форме были выдвинуты различные предложения, в том числе о подготовке договорных правил, законодательных положений или руководящих принципов для государств, рассматривающих вопрос о принятии законодательства по электронным подписям. В контексте рассмотрения формы единообразных правил был также поднят вопрос об их взаимосвязи в качестве законодательных положений с Типовым законом. Было признано, что обсуждение использования

различных способов подписания в рамках Рабочей группы сыграло весьма полезную роль в содействии пониманию соответствующих вопросов и что в документах Рабочей группы содержится хорошее схематичное изложение базовых концепций. До принятия окончательного решения относительно взаимосвязи между единообразными правилами и Типовым законом предпочтение в рамках Рабочей группы было в целом отдано разработке этих правил в качестве отдельного документа.

20. Что касается сферы действия единообразных правил, то было в целом сочтено, что вопрос о потребителях специально рассматривать в единообразных правилах не следует. Тем не менее, поскольку могут существовать случаи, когда единообразные правила окажутся полезными для потребителей, было выдвинуто предложение о возможной целесообразности принятия формулировки, содержащейся в сноске ** к статье 1 Типового закона. Еще одно предложение заключалось в том, что сферу потребительских сделок, охваченных единообразными правилами, следует в любом случае ограничить торговыми сделками, как это делается в сноске *** к статье 1 Типового закона (продолжение обсуждения этого вопроса см. ниже пункты 56 и 70).

21. Рабочая группа пришла к мнению, что проект единообразных правил, содержащийся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.80 (в настоящем докладе - WP.80), представляет собой более приемлемую основу для обсуждения, чем проект, содержащийся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.79 (в настоящем докладе - WP.79). Было указано, что Рабочей группе будет, возможно, целесообразно изучить документ WP.79 после завершения рассмотрения документа WP.80, с тем чтобы оценить возможную необходимость в урегулировании еще каких-либо дополнительных вопросов.

B. Рассмотрение проектов статей

Статья A. Определения

22. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи A:

"Для целей настоящих Правил:

a) "Электронная подпись" означает данные в электронной форме, содержащиеся в сообщении данных, приложенные к нему или логически ассоциируемые с ним и [которые могут использоваться] [используемые] с целью [идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных и указания на то, что обладатель подписи согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных].

b) "Усиленная электронная подпись" означает электронную подпись, которая [создана и] может быть проверена с помощью применения какой-либо процедуры защиты или комбинации процедур защиты, которая обеспечивает, что такая электронная подпись:

i) присуща исключительно обладателю подписи [для цели, с которой] [в контексте, в котором] она используется;

ii) может использоваться для объективной идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных;

iii) была создана и приложена к сообщению данных обладателем подписи или с использованием средства, находящегося под исключительным контролем обладателя подписи.

c) "Обладатель подписи" означает лицо, которым или от имени которого усиленная электронная подпись может быть создана и приложена к сообщению данных.

d) "Сертификатор информации" означает лицо или организацию, которые в рамках своей деятельности занимаются [предоставлением идентификационных услуг, которые используются] [сертификацией информации, которая используется] для поддержки использования усиленных электронных подписей".

Подпункт (a) - Определение "электронной подписи"

23. Исходя из широкого взгляда на вопрос об определении электронной подписи, было высказано мнение о том, что такое определение является излишним, так как концепция электронной подписи широко известна и ее понимание не вызывает трудностей. Другая точка зрения состояла в том, что термин "подпись" вообще не следует использовать, поскольку в этом случае возникает впечатление, будто бы дается определение юридической концепции подписи, в то время как единообразные правила направлены только на установление режима регулирования использования некоторых видов технологии. Понятие электронной подписи, так же как и цифровой подписи, представляет собой техническую концепцию и его не следует использовать в качестве юридического термина, предполагающего юридические последствия. Еще одна точка зрения состояла в том, что необходимости в

определении не имеется, поскольку понятие "электронной подписи" достаточно разъясняется в статье 7 Типового закона.

24. В ответ было указано, что формулировка "электронная подпись" не может представлять собой чисто технического понятия, поскольку она не подразумевает какого-либо конкретного метода подписания, а преследует цель установления связи между различными методами и юридической концепцией подписи. Что касается вопроса о том, достаточно ли охватывает статья 7 Типового закона определение "подписи" в электронной среде, то было указано, что никакого определения в статье 7 не содержится. Статья 7 преследует цель установления правила о функциональной эквивалентности для целого ряда ситуаций, когда взамен традиционных собственноручных подписей используются различные технические устройства. Широкую поддержку получило мнение о необходимости подготовки определения "электронной подписи" при использовании структуры этого определения в документе WP.80. Было указано, что необходимость в определении обуславливается как тем фактом, что в проекте статьи B устанавливается юридическая сила электронной подписи, так и тем, что подобное определение необходимо для выработки определения концепции усиленной электронной подписи. После обсуждения было достигнуто общее согласие о целесообразности включения определения "электронной подписи". В то же время было высказано мнение, что необходимости в определении не имеется, поскольку с ним не будет связываться никаких правовых последствий (см. ниже пункт 48).

25. Были сделаны различные предложения о путях возможного улучшения определения "электронной подписи". Одно из них, получившее широкую поддержку, состояло в том, что следует снять квадратные скобки, в которые заключены слова "которые могут использоваться". В целом было сочтено, что это определение не только должно охватывать случаи фактического использования электронной подписи, а должно указывать на возможность ее использования в качестве технического способа подписания.

26. Согласно другому мнению использованный термин "согласие" носит слишком субъективный характер и может привести к созданию неопределенности, поскольку он связан с вопросом о намерении подписавшегося в момент подписания. Было высказано мнение о необходимости использования более объективной формулировки, и в качестве альтернативного варианта был предложен следующий текст, основывающийся на проекте директивы Европейского парламента и Европейского совета об общих рамках для электронных подписей:

> ""Электронные подписи" означают данные в электронной форме, которые приложены к другим электронным данным или логически ассоциируются с ними и которые служат методом удостоверения подлинности".

27. В ответ на это предложение было указано, что использование слова "согласие" отнюдь не обязательно предполагает какую-либо оценку субъективного намерения подписавшегося в отношении, например, договорных или иных правовых последствий сообщения. Оно ограничивается установлением связи между подписавшимся и сообщением, которая является необходимым элементом большинства действующих определений любых видов подписей, как об этом свидетельствует, в частности, использование понятия "согласие" в статье 7 Типового закона. Предложенный альтернативный вариант не был принят Рабочей группой.

28. С тем чтобы отразить некоторые мнения и вызвавшие обеспокоенность вопросы, которые были подняты в ходе обсуждения, было выдвинуто предложение о том, что элементы, необходимые для определения электронной подписи, будут, возможно, более четко выражены в примерно следующей формулировке:

> ""Электронная подпись" означает данные в электронной форме, которые:
>
> a) включены в сообщение данных, приложенных к нему или логически ассоциируются с ним;
>
> b) представляются подписавшимся в качестве средства идентификации своей личности;
>
> c) используются подписавшимся для указания на его согласие с информацией в сообщении данных; и
>
> d) могут быть использованы для проверки такой идентификации".

29. Было указано, что предложенные изменения направлены на разъяснение следующих моментов: во-первых, хотя данные, образующие электронную подпись, должны представляться в качестве средства идентификации подписавшегося, фактическое использование таких данных с этой целью может иметь место лишь по истечении определенного времени после создания подписи; и, во-вторых, хотя такая проверка может быть проведена получателем, подписавшимся или третьей стороной, важно, чтобы имелась возможность проверки способа идентификации. В то же время с учетом ранее сделанных замечаний относительно использования слова "согласие" подпункт (c) было предложено исключить.

30. Хотя предложенный текст получил определенную поддержку, были высказаны сомнения относительно необходимости в подпункте (d). Подпункт (d) предполагает возможное участие третьих сторон в проверке подписи и, таким образом, выходит за рамки концепции собственно подписи. Кроме того, в контексте общей категории

электронных подписей необходимости в подпункте (d), как представляется, не ощущается, поскольку в эту категорию могут входить различные виды подписей, в связи с которыми проведение проверки не имеет большого смысла.

31. С тем чтобы согласовать определение в документе WP.80 со статьей 7 Типового закона, было предложено заменить слова "в электронной форме, содержащиеся в сообщении данных, приложенные к нему или логически ассоциируемые с ним и" формулировкой "любой способ ... в отношении сообщения данных" следующим образом:

> ""Электронная подпись" означает любой способ, который может быть использован в отношении сообщения данных для [идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных и указания на то, что обладатель подписи согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных]".

32. После обсуждения Рабочая группа постановила сохранить определение, содержащееся в подпункте (a), и снять все квадратные скобки. Она также приняла решение о том, что в целях содействия продолжению обсуждения на более позднем этапе следует подготовить альтернативный проект, основывающийся на вышепредложенной формулировке (см. выше пункт 31), в которой по аналогии со статьей 7 Типового закона говорится об использовании какого-либо "способа".

Подпункт (b) - Определение "усиленной электронной подписи"

33. Было предложено заменить понятие "усиленная электронная подпись" понятием "заверенная электронная подпись", которое, как было указано, более соответствует практике цифровых подписей. Хотя это предложение получило поддержку, в целом было сочтено, что понятие "усиленной" подписи является предпочтительным, поскольку не все случаи будут обязательно связаны с участием третьей стороны, заверяющей подпись.

34. С тем чтобы лучше отразить идею о том, что усиленная электронная подпись должна быть уникальной подписью и присущей исключительно подписавшемуся, было предложено заменить подпункт (b) следующим текстом:

> ""Усиленная электронная подпись" означает электронную подпись, в отношении которой может быть продемонстрировано с помощью процедуры защиты, что:
>
> i) она является уникальной в контексте, в котором она использована; и
>
> ii) она не использовалась каким-либо иным лицом, чем подписавшийся".

35. Это предложение получило определенную поддержку. В то же время были высказаны сомнения, заключавшиеся в том, что элементы определения, содержащиеся как в новом предложении, так и в первоначальных подпунктах (i)-(iii), не создают, по всей видимости, каких-либо существенных различий между понятиями "электронная подпись" и "усиленная электронная подпись". С тем чтобы отразить особый характер "усиленной электронной подписи", было предложено добавить в подпункт (b) следующую дополнительную формулировку, как она содержится в подпункте (b)(iv) в документе WP.79:

> "iv) была создана и связана с сообщением данных, к которому она относится, таким образом, что любое изменение в сообщении данных было бы выявлено".

36. Предложение о включении этого добавления, которое, как было указано, обеспечивает необходимую связь (которая, к тому же, без подобного положения будет отсутствовать) между усиленной подписью и информацией, содержащейся в сообщении данных, получило решительную поддержку. Было отмечено, что применение "усиленной электронной подписи" должно затруднить какое-либо последующее изменение сообщения, аналогично тому, как использование собственноручной подписи затрудняет изменение содержания бумажного документа. Кроме того, было указано, что, хотя функция, описанная в подпункте (iv), аналогична функции "хеширования", выполняемой цифровыми подписями, любой другой метод подписания (например, методы удостоверения подлинности, основывающиеся на динамике подписи) должен обеспечивать такой же уровень надежности применительно к целостности сообщения. Гарантия относительно целостности сообщения является особенно необходимой с учетом той простоты, с которой в документы в электронной форме могут быть внесены изменения, обнаружить которые невозможно.

37. В то же время в порядке возражения было указано, что не все электронные подписи, обеспечивающие высокую степень защиты, будут выполнять функцию, которая упомянута в подпункте (iv) и которая, как было отмечено, является типичной только для некоторых видов цифровых подписей. Что касается возможной параллели между функцией хеширования и собственноручной подписью, то было указано, что собственноручная подпись, как таковая, практически не способна обеспечить уверенность в том, что документ не изменен. Что касается разницы между "электронной подписью", как она определяется в подпункте (a), и "усиленной" подписью, как она определяется в подпункте (b)(i)-(iii), то было указано, что только "усиленная" подпись неразрывно связана с использованием

процедур защиты, которые могут обеспечить весьма объективные доказательства личности подписавшегося. Было высказано мнение, что такую функцию идентификации следует рассматривать отдельно от функции проверки целостности сообщения, необходимость в которой может возникнуть только в том случае, когда законодательство требует наличия подлинного документа. В редакционном плане было указано, что формулировка подпункта (iv) может привести к неверному толкованию, особенно если положение о том, что любое изменение в сообщении данных должно быть "выявлено", толковать как подразумевающее, что будет конкретно устанавливаться точный характер изменения. В том случае, если подпункт (iv) будет сохранен, было предложено использовать формулировку, основывающуюся на тексте статьи 8(1)(a) Типового закона (например, следующую формулировку: "обеспечивает надежные доказательства целостности сообщения").

38. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что включение подпункта (iv) в определение "усиленной электронной подписи" может вызвать сомнения относительно соответствия единообразных правил статье 8 Типового закона. В то время как статья 8 предусматривает, что целостность будет гарантироваться "с момента, когда [информация] была впервые подготовлена в ее окончательной форме", в соответствии с подпунктом (iv) целостность будет требоваться только с момента проставления подписи. В ответ было указано, что определение "усиленной электронной подписи" отнюдь не преследует цели урегулирования вопроса о функциональной эквивалентности между сообщением данных и подлинным документом для всех юридических целей. Напротив, это определение направлено на то, чтобы обеспечить такой порядок, при котором усиленная электронная подпись может достоверно идентифицировать то или иное конкретное сообщение в качестве того сообщения, которое было отправлено.

39. После обсуждения Рабочая группа постановила добавить в текст подпункта (b) или - в качестве альтернативы - в текст, предложенный в пункте 34 выше, аналогичную предложенному подпункту (iv) формулировку в квадратных скобках, с тем чтобы Рабочая группа могла продолжить обсуждение после того, как она рассмотрит основные положения проекта единообразных правил. Было сочтено, что определение "усиленной электронной подписи", возможно, потребуется еще раз рассмотреть вместе с вопросом об общей структуре единообразных правил после того, как будет разъяснена цель создания соответствующих режимов для двух категорий электронных подписей, особенно в том, что касается юридических последствий обоих видов электронных подписей. Было высказано предположение о том, что рассмотрение электронных подписей, обеспечивающих высокую степень надежности, будет оправданным только в том случае, если единообразные правила будут устанавливать функциональный эквивалент конкретным видам использования собственноручных подписей (например, документам за печатью, подписям, заверенным свидетелями, и другим видам заверенных подписей). В то же время было также высказано мнение о том, что международная унификация или согласование таких специальных видов использования собственноручных подписей могут быть особенно трудными и что, к тому же, эти вопросы практически не имеют значения для огромного большинства международных коммерческих сделок. Если с учетом вышеизложенных причин такие специальные требования к форме останутся за пределами сферы действия единообразных правил, то потребуется более подробно разъяснить - возможно, в контексте проекта статьи B - те дополнительные выгоды, которые можно ожидать от использования не просто "электронной подписи", а "усиленной электронной подписи". Рабочая группа пришла к согласию о том, что обсуждение этого вопроса, возможно, потребуется возобновить на более позднем этапе.

Подпункт (c) - Определение "обладателя подписи"

40. Хотя содержание подпункта (c) получило общую поддержку, был задан вопрос о том, не следует ли использовать определение "обладателя подписи" просто как замену определения "подписавшегося", содержащегося в документе WP.79. Было высказано мнение о том, что, хотя обладатель подписи и подписавшийся в большинстве случаев будут одним и тем же лицом, для проведения разграничения между актом подписания и фактом простого обладания устройством, позволяющим ставить подпись, возможно, потребуется использовать две концепции. Хотя в центре внимания обсуждения стояло определение "обладателя подписи", широкую поддержку получило мнение о том, что обсуждение, возможно, потребуется возобновить на более позднем этапе в связи с возможным определением понятия "подписавшийся".

41. В отношении конкретной формулировки подпункта (c) были высказаны различные мнения. Одно из них состояло в том, что это определение должно охватывать не только ситуации, когда используется "усиленная электронная подпись", но должно распространяться на случаи, когда устройства для простановки подписи используются в контексте простых электронных подписей. В той мере, в которой в силу проектов статей E, F и G могут предусматриваться права и обязательства для "обладателя подписи", нет никаких причин для того, чтобы такие же права и обязательства не устанавливались в отношении лиц, использующих "электронные подписи" в целом. В то же время было высказано предостережение против возложения на всех лиц, использующих электронные подписи, бремени обязательств, устанавливаемых в соответствии с этими статьями для обладателя подписи. Например, согласно законодательству ряда стран, уже просто имени подписавшегося, напечатанного внизу сообщения, отправляемого по электронной почте, может быть достаточно для того, чтобы оно рассматривалось в качестве "подписи". В то же время устанавливать, что подписавшийся должен защищать такие "подписи" в такой же степени, как и "обладатель подписи", который должен в условиях использования инфраструктуры публичных ключей (ИПК) защищать содержащее частный ключ "подписывающее устройство", было бы, по всей видимости,

неуместно. Было достигнуто общее мнение о том, что этот вопрос потребуется более подробно рассмотреть в контексте проектов статей E-G.

42. Широкую поддержку получило мнение о том, что подпункт (c) должен применяться только к "правомерному" владельцу подписывающего устройства в качестве лица, права и обязательства которого регулируются последующими статьями единообразных правил. Единообразные правила не должны предусматривать защиты для какого-либо лица, мошенническим образом вступившего во владение устройством, позволяющим проставлять подписи.

43. Была высказана обеспокоенность, заключавшаяся в том, что в связи со словами "от имени которого" могут возникнуть относящиеся к области права агентских услуг и представительства юридических лиц вопросы, которые не должны затрагиваться единообразными правилами. В ответ было отмечено, что аналогичная формулировка была включена в определение "составителя" в Типовом законе, исходя из той посылки, что любые последствия, связанные с агентскими услугами, должны быть урегулированы с помощью отсылки к праву, применимому за пределами Типового закона. В целом было сочтено, что аналогичную посылку следует применить и в связи с единообразными правилами (см. ниже пункт 90).

44. Другой момент, вызвавший обеспокоенность, был связан с тем, что концепция "обладателя подписи" может не соответствовать концепции "составителя", как она использована в Типовом законе. В ответ было указано, что, хотя обладатель подписи и составитель могут являться одним и тем же лицом, сохранение двух определений с учетом различия в их целях по-прежнему оправдано. Концепция составителя используется для определения лица, которому, согласно правилам атрибуции, приписывается сообщение, в то время как обладатель подписи должен быть идентифицирован для определения обязательств лица, контролирующего подписывающее устройство.

45. В редакционном плане было высказано мнение о том, что более уместным является использование концепции "обладатель подписывающего устройства", хотя эта формулировка является и более громоздкой, чем концепция "обладатель подписи".

46. С целью учета некоторых высказанных мнений и моментов, вызвавших обеспокоенность, было выдвинуто предложение о том, что может быть рассмотрена альтернативная формулировка подпункта (c) примерно следующего содержания:

> ""Подписавшийся" означает лицо, которое правомерно владеет устройством для создания подписи и действует либо от своего имени, либо от имени учреждения, которое оно представляет".

47. Рабочая группа не завершила рассмотрения подпункта (c). В контексте обсуждения определения "обладателя подписи" было высказано мнение, что объем этого определения (так же, как и сфера действия проекта единообразных правил в целом) является слишком широким и что, как следствие, отдельные устанавливаемые правила являются слишком общими по своему характеру для того, чтобы эффективно разрешать трудности, возникающие на практике в связи с использованием цифровых подписей в контексте инфраструктур публичных ключей (ИПК) (продолжение обсуждения см. ниже пункт 66).

48. Рабочая группа провела общее обсуждение сферы действия единообразных правил. Учитывая различные замечания и моменты, которые в ходе предыдущего обсуждения вызвали обеспокоенность, было высказано мнение о том, что в единообразных правилах не следует использовать ни концепцию электронной подписи, ни концепцию усиленной электронной подписи, поскольку они фактически не являются "подписями", а скорее представляют собой технические способы, позволяющие идентифицировать отправителя сообщения данных и идентифицировать посланные сообщения. Соответственно, не имеется разумных оснований для использования термина "подпись" применительно к таким техническим способам, причем такое использование может на практике привести к путанице, поскольку понимание термина "подпись" тесно связано с его использованием в среде бумажных документов и с правовыми последствиями его использования в этих условиях (см. выше пункты 23-24). Было высказано мнение о том, что в статье 7 Типового закона содержится норма, достаточным образом регулирующая вопрос о функциональном эквиваленте подписей в среде бумажных документов и в электронной среде, в той мере, в которой имеется потребность в подобной норме. Разработка правила, указывающего, что технические способы подписания будут удовлетворять критерию, устанавливаемому в статье 7, является неуместной с учетом вышеуказанных факторов и с учетом тех трудностей, которые связаны с попыткой обеспечить включение в сферу действия подобного положения тех технологий, которые даже еще не разработаны. Кроме того, было высказано мнение, что принятие единого правила, указывающего, какой технический способ подписания будет удовлетворять требованиям статьи 7 Типового закона, было бы неуместным с учетом использования в различных правовых традициях самых разнообразных концепций "подписи".

49. Другое предложение заключалось в том, что Рабочей группе следует рассматривать те технологии, которые уже созданы и которые используются в коммерческих сделках, такие как технические способы использования цифровых подписей в рамках инфраструктуры публичных ключей (ИПК). После согласования применимых к ИПК норм можно будет рассмотреть вопрос о том, какие из этих правил могут применяться более широко. Исходя из этого

было предложено, чтобы Рабочая группа не переходила к рассмотрению проектов статей A-D в документе WP.80, а сконцентрировала свое внимание на проектах статей F-H из того же документа в контексте использования ИПК (см. выше пункт 4).

50. Это предложение получило широкую поддержку, хотя и была выражена определенная обеспокоенность в связи с тем, что подход, предусматривающий концентрацию внимания на ИПК, может быть слишком узким и может носить дискриминационный характер по отношению к иным, чем ИПК технологиям. Было высказано мнение о том, что не следует исключать проекты статей A-D без дальнейшего рассмотрения, но что их обсуждение следует отложить до завершения рассмотрения проектов статей F-H. Было указано, что, в частности, проект статьи B может выполнять важную функцию в том, что касается определения сферы применения статей F-H. Кроме того, было высказано мнение о том, что статья E, которая касается принципа автономии сторон, имеет важное значение для рассмотрения любых обязательств сторон в статьях F-H. Еще одно предложение состояло в том, чтобы рассмотреть в контексте норм, касающихся ИПК, также и вопрос о трансграничном признании иностранных цифровых подписей и сертификатов, который затрагивается в проектах статей 17-19 документа A/CN.9/WG.IV/WP.76. Кроме того, было указано, что при определении того, какие другие вопросы (помимо проектов статей E-H и проблем трансграничного признания) могут быть рассмотрены в контексте правил, касающихся ИПК, полезным справочным документом может послужить документ WP.79.

51. Рабочая группа в целом согласилась продолжить обсуждение этих вопросов на той основе, что она в первую очередь сконцентрирует свое внимание на касающихся ИПК правилах, как они содержатся в проектах статьей E-H в документе WP.80, с учетом возможности рассмотрения вопроса о расширении действия этих правил, после того как они будут согласованы; что на этом этапе дальнейшей работы по вопросам о нейтральности с точки зрения носителя информации и о юридических последствиях ИПК проводиться не будет, при учете, однако, возможности продолжения их обсуждения на более позднем этапе; и что в число рассматриваемых тем будут добавлены вопросы трансграничного признания. Было признано, что, поскольку подобная целенаправленность работы при составлении документа WP.80 не учитывалась, этот документ может рассматриваться лишь в качестве исходной точки для обсуждения. Что касается формы единообразных правил, то поскольку на данном этапе никакого окончательного решения быть принято не может, Рабочая группа в качестве рабочей предпосылки решила исходить из того, что подготавливаемые положения будут составлены не просто в форме руководящих принципов, а в форме юридических норм, сопровождаемых комментарием (продолжение обсуждения см. ниже пункт 72).

52. Затем Рабочая группа перешла к обсуждению содержания проектов статей E-G.

Статья E. Свобода договора

53. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи E:

> "Обладатель подписи и любое лицо, которое может полагаться на электронную подпись обладателя подписи, могут установить в отношениях между собой, что такая электронная подпись должна считаться усиленной электронной подписью".

54. Поскольку Рабочая группа предполагала рассматривать вопрос об автономии сторон в контексте ИПК, было сочтено, что направленность проекта статьи E является, возможно, излишне узкой и что этот вопрос необходимо рассматривать более широко. Хотя в целом было достигнуто согласие с тем, что коммерческие стороны должны располагать свободой договора и должны сами распределять риски в отношениях между собой, установление определенных ограничений является, по всей видимости, необходимым, например, в связи с вопросами защиты потребителей или другими вопросами публичного порядка.

55. В целях содействия обсуждению более широкой концепции автономии сторон был предложен следующий текст:

> "1) Настоящие Правила предназначены для регулирования только коммерческих отношений и не должны применяться таким образом, чтобы создавать коллизию с любым законодательным актом, касающимся защиты потребителей.
>
> 2) Коммерческие стороны по договоренности - будь то прямой или подразумеваемой - свободны отходить от настоящих Правил или изменить любые их аспекты.
>
> (В комментарии будет указано, что "ни одно из положений настоящих Правил не носит императивного характера".)
> (В комментарии будет указано, что данное положение об автономии касается только единообразных правил и не затрагивает публичного порядка или императивных положений законодательства, применимых к контрактам, таких как положений, касающихся несправедливых контрактов.)

3) Ни одно из положений настоящих Правил не применяется таким образом, чтобы исключать, ограничивать или устанавливать дискриминационный режим в отношении любой альтернативной формы электронной подписи [, которая отвечает требованиям статьи 7 Типового закона об электронной торговле] [, которая приложена к сообщению данных и является настолько надежной, насколько это соответствует цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности]".

56. Включение статьи, аналогичной предложенной, получило всеобщую поддержку. В редакционном плане было предложено согласовать текст ссылки на потребителей в пункте 1 проекта статьи с формулировкой сноски** к статье 1 Типового закона следующим образом: "Настоящий Закон не имеет преимущественной силы по отношению к любым нормам права, предназначенным для защиты потребителей" (см. выше пункт 20 и ниже пункт 70). Другое предложение редакционного характера состояло в том, чтобы исключить вторую заключенную в квадратные скобки формулировку в предложенном пункте 3, поскольку ссылка на статью 7 Типового закона представляет собой более уместную альтернативу, а для согласования редакции текста со статьей 7 было предложено исключить слова "электронная подпись" и заменить их словом "способ". Были также сделаны предложения о том, чтобы заменить название проекта статьи E на "Автономия сторон". Эти редакционные предложения получили общую поддержку.

57. Было высказано мнение о том, что ссылка на договоренность между сторонами не регулирует достаточно четко вопроса о возможном ущербе для третьих сторон, не участвующих в такой договоренности. С тем чтобы обеспечить, чтобы любая договоренность между сторонами не создавала последствий для третьих сторон, было предложено использовать содержащуюся в проекте статьи E формулировку о том, что стороны свободны согласовывать определенные последствия "в отношениях между собой". Это предложение получило широкую поддержку.

58. Определенная обеспокоенность была выражена в связи с вопросами о смысле пункта 3 и его взаимосвязи с пунктами 1 и 2. Было указано, что в то время как пункты 1 и 2 очевидно касаются вопроса об автономии сторон, в пункте 3 вводится иной принцип - принцип недискриминации. Было предложено, чтобы пункт 3 - без дальнейшего рассмотрения содержания этого положения на настоящем этапе - был включен в отдельную статью. Это положение получило широкую поддержку. Что касается смысла пункта 3, то было высказано мнение об отсутствии необходимости в подобном положении, поскольку проект правил, несмотря на то, что основное внимание в нем уделяется ИПК, не преследует цели создать преимущества для какого-либо конкретного способа. В то же время широкое распространение получило мнение, что до принятия Рабочей группой окончательного решения о том, будут ли в единообразных правилах рассматриваться какие-либо конкретные юридические последствия использования цифровых и других электронных подписей, положение, аналогичное предложенному пункту 3, будет полезным.

59. Кроме того, относительно предложенной статьи была высказана обеспокоенность в связи с тем, что если ее рассматривать в контексте проекта статьи F, которая касается обязательств как из контракта, так и из деликта, то предложенная статья об автономии сторон может разрешить сторонам договариваться об изменении положений деликтного права. В ответ было указано, что в коммерческих отношениях стороны должны быть свободны изменять подобные обязательства и, например, соглашаться на более высокие или более низкие уровни ответственности, чем те, которые в ином случае устанавливались бы в соответствии с общим деликтным правом.

60. С тем чтобы отразить высказанные в ходе обсуждения различные мнения и моменты, вызвавшие обеспокоенность, было внесено следующее исправленное предложение:

"1) Настоящие Правила применяются только к коммерческим отношениям и не применяются таким образом, чтобы иметь преимущественную силу по отношению к любым правовым нормам, предназначенным для защиты потребителей.

2) Коммерческие стороны в отношениях между собой по договоренности - будь то прямой или подразумеваемой - свободны отходить от настоящих Правил или изменять любые их аспекты.

(В комментарии будет указано, что "ни одно из положений настоящих Правил не носит императивного характера".)
(В комментарии будет указано, что данное положение об автономии касается только единообразующих правил и не затрагивает публичного порядка или императивных положений законодательства, применимых к контрактам [, таких как положений, касающихся несправедливых контрактов].)
(В комментарии может быть обращено внимание на важность формулировки "в отношениях между собой".)

3) Ни одно из положений настоящих Правил не применяется таким образом, чтобы исключать, ограничивать или устанавливать дискриминационный режим в отношении любого альтернативного способа [подписания], который отвечает требованиям статьи 7 Типового закона об электронной торговле".

61. Содержание пересмотренного предложения получило широкую поддержку. В то же время было высказано предложение, что принцип автономии сторон может быть выражен в более сжатой форме. Определенные сомнения были также выражены в связи с вопросом о том, следует ли ограничивать действие правил коммерческими отношениями, как это указывается в пункте 1 предложения, или же проекты статей F-H могут также сыграть полезную роль в контексте потребителей. Одно из предложений заключалось в том, что правила должны в равной мере применяться в отношении потребителей и коммерческих сторон, при условии, что не затрагивается действие императивных положений законодательства о защите потребителей. Было высказано мнение, что ссылка на императивные нормы или публичный порядок должна быть перенесена из комментария и включена непосредственно в текст предлагаемого правила.

62. С целью учета некоторых моментов, вызвавших обеспокоенность в связи с предложенными пунктами 1 и 2, была предложена формулировка примерно следующего содержания:

> "Настоящие Правила применяются только в той мере, в которой стороны не согласовали иного, и они не имеют преимущественной силы по отношению к любым императивным законодательным нормам или публичному порядку".

Содержание этого предложения получило определенную поддержку.

63. Было отмечено, что, с тем чтобы достичь надлежащего понимания сферы применения статьи об автономии сторон, будет, возможно, важно рассмотреть характер проектов статей F-H. Одно из высказанных мнений состояло в том, что проекты статей предполагается сформулировать в качестве субсидиарных или комплементарных норм, которые будут применяться в тех случаях, когда между сторонами не имеется какой-либо договоренности по охватываемым вопросам. Другая точка зрения состояла в том, что проекты статей будут применяться в том случае, если стороны не договорились об ином. Мнение о том, что проекты статей F-H должны выполнять функции субсидиарных правил, получило широкую поддержку.

64. После обсуждения Рабочая группа пришла к выводу о том, что и подробное предложение, и сжатое предложение по новой статье об автономии сторон касаются одного и того же принципа. Рабочая группа согласилась с тем, что для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий пересмотренная статья об автономии сторон должна: оговаривать сохранение действия законодательства о защите потребителей; касаться в первую очередь торговых отношений, как они определены в сноске **** к статье 1 Типового закона; гарантировать свободу договоренности сторон в отношениях между собой; и сохранять действие императивных законодательных норм. Рабочая группа пришла к согласию о том, что эти принципы автономии сторон создадут приемлемую основу для рассмотрения проектов статей F-H и что обсуждение вопроса об автономии сторон может быть возобновлено на более позднем этапе в свете рассмотрения этих проектов статей. Что касается необходимости в положении о недискриминации, вопрос о котором был затронут в предложении о более подробной статье об автономии сторон, то никакого решения принято не было. Было достигнуто согласие о том, что дальнейшее рассмотрение этого принципа следует отложить до завершения обзора проектов статей F-H.

Статья F. Обязательства обладателя подписи

65. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи F:

> "1) Обладатель подписи обязан:
>
> a) проявлять надлежащую осмотрительность с тем, чтобы не допустить несанкционированного использования своей подписи;
>
> b) уведомлять [соответствующих лиц] [в кратчайшие возможные сроки] в случае, если его подпись скомпрометирована и может быть использована для создания несанкционированных усиленных электронных подписей;
>
> c) обеспечивать, чтобы все материальные заверения или заявления, сделанные обладателем подписи сертификаторам информации и полагающимся сторонам, являлись наиболее точными и полными, как это может быть известно обладателю подписи или как он это может предполагать.
>
> 2) Обладатель подписи несет ответственность за последствия неисполнения им обязательств, установленных в пункте 1".

Общие замечания

66. В целях предварительного завершения своей работы над определением термина "обладатель подписи" в проекте статьи A (см. выше пункты 40-47) Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, следует ли возлагать обязательства, устанавливаемые в проекте статьи F, на "обладателя подписи". Было напомнено о том, что, поскольку понятие

"подпись" используется в качестве указания на какое-либо техническое устройство, а не на юридическую концепцию подписи, использование термина "обладатель подписи" может быть истолковано неверно. Было высказано мнение, что предпочтение следует отдать термину "обладатель устройства". Было также напомнено, что с учетом решения Рабочей группы о том, что до возможного расширения сферы действия единообразных правил также и на другие способы электронного подписания следует в первую очередь рассмотреть вопросы ИПК, было бы, возможно, более целесообразно использовать устоявшуюся терминологию ИПК. В силу этого было высказано мнение о том, что было бы предпочтительно использовать такие термины, как "абонент" или "обладатель ключа". Хотя было достигнуто общее согласие о замене термина "обладатель подписи" более подходящей формулировкой, окончательного решения о такой возможной более подходящей формулировке принято не было. Рабочая группа постановила, что на более позднем этапе может потребоваться вновь рассмотреть вопрос об использовании таких терминов, как "обладатель устройства", "обладатель подписывающего устройства", "обладатель ключа" и "абонент", - которые в ходе обсуждения использовались в качестве синонимов, - а также дать им соответствующие определения.

67. В контексте этого обсуждения было указано на то, что понятия "обладатель ключа" и "абонент" могут соответствовать различным периодам "жизненного цикла" пары ключей. Было высказано мнение о том, что хотя пара ключей обычно будет создаваться до подачи заявки на выдачу сертификата, единообразные правила должны применяться к ключам и обладателям ключей только с момента выдачи (или запроса о выдаче) идентификационного сертификата, позволяющего практическое использование ключей. Это мнение получило определенную поддержку. В то же время возобладала точка зрения о том, что, хотя обязанности обладателя ключа должны возникать только в отношении тех пар ключей, которые фактически защищены сертификатом (т.е. они должны возникать только с момента выдачи сертификата), обязанность обладателя ключа защищать такие сертифицированные ключи от неправомерного использования должна восходить к моменту создания пары ключей.

68. Что касается общих ссылок на ИПК и использования терминологии ИПК, то было высказано мнение, что комплекс взаимоотношений между тремя отдельными категориями сторон (т.е. обладателями ключей, сертификационными органами и полагающимися сторонами) отвечает одной возможной модели ИПК, но что можно предположить и существование других моделей, например, в тех случаях, когда независимый сертификационный орган не является участником таких отношений. Рабочая группа в целом согласилась с этой точкой зрения. В то же время в целом было сочтено, что одно из основных преимуществ, которое можно извлечь из концентрации внимания на вопросах ИПК, состоит в том, что это позволит облегчить составление единообразных правил за счет ссылок на три функции (или роли) применительно к парам ключей, а именно на функцию выдачи ключа (или функцию абонирования), сертификационную функцию и полагающуюся функцию. Было достигнуто общее согласие с тем, что эти три функции являются общими для всех моделей ИПК. Было также принято решение о том, что вопросы, связанные с этими тремя функциями, должны регулироваться независимо от того, выполняют ли их на практике три раздельных субъекта или же одно и то же лицо выполняет две из этих функций (например, в случаях, когда сертификационный орган также является полагающейся стороной). Кроме того, согласно широко распространенному мнению, уделение первоочередного внимания функциям, типичным для ИПК, а не какой-либо конкретной модели, может на более позднем этапе облегчить разработку такой нормы, которая являлась бы полностью нейтральной с точки зрения носителя информации (продолжение обсуждения см. ниже пункт 109).

69. Затем Рабочая группа обсудила вопрос о возможном субъекте обязательств, установленных в проекте статьи F. Согласно широко распространенному мнению, во внимание следует принимать только "правомерного" обладателя ключа. Кроме того, было достигнуто общее согласие с тем, что обязательства следует распространить только на такого обладателя ключа, которому известно, что он обладает парой ключей, и который проявил намерение использовать ключ. Была проведена аналогия между обладанием парой ключей и обладанием кредитной карточкой. В то же время было достигнуто понимание о том, что требуется также рассмотреть и другие виды ситуаций. Например, потенциальный покупатель может получить от торговца пару ключей для использования в целях защиты возможных сделок с таким торговцем. Такая пара ключей может быть направлена посредством электронного сообщения, причем получателю сообщения может и не быть известно о выдаче и атрибуции такой пары ключей. Согласно общему мнению, в подобной ситуации получатель пары ключей ни в коем случае не должен подпадать под определение понятия "обладатель ключа" и на него не должны распространяться какие-либо обязательства по единообразным правилам. Было указано, что эта ситуация могла быть в достаточной степени урегулирована с помощью концепции "разумной осмотрительности", поскольку от неосведомленного обладателя нельзя ожидать какой-либо "разумной осмотрительности" в отношении пары ключей.

70. В контексте обсуждения вопроса о возможном субъекте обязательств, установленных в проекте статьи F, Рабочая группа изучила последствия ранее принятого ею решения о том, что вопросы, связанные с законодательством о защите потребителей, следует урегулировать с помощью положения, аналогичного сноске** к статье 1 Типового закона. Было высказано мнение о том, что (по крайней мере согласно законодательству ограниченного числа стран) даже в том случае, если обладатель ключа выразил намерение использовать пару ключей, обязательства, устанавливаемые в проекте статьи F, могут быть сочтены слишком жесткими, если обладатель ключа будет рассматриваться в качестве потребителя. Хотя было достигнуто общее согласие с тем, что в большом числе стран общая обязанность проявлять осмотрительность, закрепленная в проекте статьи F, будет

также применяться и к потребителям, Рабочая группа подтвердила свое решение не заниматься подготовкой конкретных правовых положений о защите потребителей в контексте электронной торговли. Было напомнено о том, что в соответствии с этим решением потребители не будут, однако, исключаться из сферы действия единообразных правил и что принятие решения о необходимости исключения конкретных категорий пользователей ключей из сферы применения правил будет являться прерогативой каждого принимающего государства (предыдущее обсуждение см. выше пункты 20 и 56).

71. Затем Рабочая группа перешла к обсуждению вопроса о лице или лицах, перед которыми обладатель ключа несет различные обязательства, установленные в проекте статьи F. Было высказано мнение о том, что обладатель ключа несет такие обязательства перед либо сертификационным органом, либо любой другой стороной, которая может положиться на цифровую подпись в контексте договорных отношений с обладателем ключа. Возобладала, однако, точка зрения о том, что обладатель ключа несет обязательства перед любой стороной, которая может разумно положиться на цифровую подпись, независимо от того, связана ли такая сторона с обладателем ключа договорными отношениями. Хотя отношения между обладателем ключа и либо сертификационным органом, либо независимым эмитентом ключа будут обычно договорными по своему характеру, отношения между обладателем ключа и полагающимися сторонами либо могут быть договорными - в контексте коммерческой сделки, - либо основываться на деликте. Было высказано мнение о том, что "обязательства", оговоренные в проекте статьи F, было бы - с учетом их общего характера - более уместно охарактеризовать в качестве "обязанностей" обладателя ключа. Рабочая группа приняла к сведению это предложение. Было достигнуто общее согласие с тем, что в тексте единообразных правил следует четко указать, что обладатель ключа несет обязательства перед любой стороной, которая разумно полагается на использование ключа и несет убытки в результате неисполнения обладателем ключа своих обязательств. Было также достигнуто согласие с тем, что для цели проекта статьи F понятие "сторона, которая разумно полагается" на использование ключа, должно включать сертификационные органы.

72. В контексте общего обсуждения проекта статьи F было высказано мнение о том, что нынешняя направленность единообразных правил на установление свода предписательных положений законодательного характера является чрезмерно смелой (см. выше пункты 19 и 51). Соответственно, было высказано предположение о том, что вопросы, рассматриваемые в настоящее время в единообразных правилах, будет, возможно, более легко урегулировать, если пересмотреть цель и характер всего проекта. Были предложены две возможные альтернативы нынешнему проекту. Один из альтернативных вариантов заключается в том, чтобы ограничить содержание правил общим типовым законодательным положением, направленным на обеспечение как можно более широкого признания автономии сторон. Остальные вопросы, которые в настоящее время рассматриваются в единообразных правилах, можно было бы затем урегулировать в правовом руководстве, направленном на оказание помощи сторонам в составлении контрактов, связанных с вопросами электронных подписей. Другой альтернативный вариант состоит в рассмотрении всего комплекса вопросов, являющихся предметом единообразных правил, в законодательном руководстве, возможно, с приведением в качестве иллюстрации соответствующих положений. Хотя было указано, что нынешняя рабочая предпосылка, предусматривающая подготовку типовых законодательных положений, сопровождающихся законодательным руководством, может на практике лишь весьма незначительно отличаться от второго предложенного альтернативного варианта, в Рабочей группе широко возобладало мнение о том, что ей следует продолжить свою работу (важность которой была вновь подтверждена, хотя некоторые делегации и поставили под сомнение практическую возможность ее осуществления) на основе нынешней рабочей предпосылки (см. выше пункт 51). Было отмечено, что в тех случаях, когда это уместно, Рабочая группа может рассмотреть вопрос о включении в текст единообразных правил факультативных формулировок.

Пункт 1

Подпункт (a)

73. Широкое распространение получило мнение о том, что формулировка "не допустить несанкционированного использования ключа" должна быть дополнена дополнительными элементами. Было предложено установить следующие обязательства обладателя ключа: не допускать неправомерного использования ключа и проявлять надлежащую осмотрительность в деле сохранения контроля над ключом и контроля над информацией, содержащейся в подписывающем устройстве или используемой в связи с подписывающим устройством для создания цифровой подписи. Было выражено общее согласие с тем, что концепция "контроля" над ключом и информацией, содержащейся в нем, имеет важнейшее значение, особенно для определения момента, с которого на обладателя ключа должны распространяться обязательства, оговоренные в проекте статьи F. В проекте статьи F следует четко установить - особенно применительно к тем ситуациям, когда контроль над ключом передается между несколькими последовательными обладателями ключа, - что только то лицо, которое осуществляет контроль над ключом, несет обязательство защищать этот ключ.

74. В контексте обсуждения вопроса о том, кто обладает контролем над ключом, был поднят вопрос о том, может ли в какой-либо конкретный момент существовать более одного обладателя одного и того же ключа. Было предложено добавить в пункт 1 формулировку примерно следующего содержания: "Если [имеются совместные

обладатели] [имеется более одного лица, осуществляющего контроль над ключом], обязанности по пункту 1 являются солидарными". Рабочая группа приняла к сведению это предложение и постановила, что его следует отразить в пересмотренном проекте единообразных правил, который будет подготовлен для продолжения обсуждения на одной из последующих сессий.

75. Что касается слов "проявлять надлежащую осмотрительность", то было отмечено, что проект статьи F исходит из той посылки, что ответственность обладателя ключа основывается на стандарте надлежащей осмотрительности (что также называется "ответственностью за небрежность"), а не на концепции строгой ответственности.

Подпункт (b)

76. Общая поддержка была выражена включению правила, аналогичного подпункту (b). Было отмечено, что заключенные в квадратные скобки слова указывают на два важных вопроса, которые следует разъяснить: каких лиц следует уведомлять и в какой момент должно происходить уведомление.

77. Что касается первого вопроса, то было высказано мнение о том, что какой-либо ссылки на стороны, которых надлежит уведомлять, включать вообще не следует или что, по крайней мере, такие стороны не следует указывать конкретно, поскольку в тех случаях, когда функции сертификационного органа распределены между рядом различных органов, должны будут уведомляться все такие органы. Было предложено продолжить рассмотрение этого вопроса на более позднем этапе, когда будет достигнута ясность относительно объема предусматриваемых правилами обязанностей и относительно лиц, к которым они применяются. В настоящий момент в данную статью может быть включена конкретная ссылка на надлежащих лиц. По этим же причинам было предложено сохранить термин "соответствующие лица".

78. Что касается вопроса о моменте, когда требуется представлять уведомление, то было предложено использовать формулировку "без ненадлежащей задержки", поскольку этот термин должным образом понимается и широко используется в ряде правовых систем и обеспечивает достаточно гибкий стандарт.

79. В этой же связи был задан вопрос о моменте, на который возникает обязанность представить уведомление. Было упомянуто об одной возможности, состоящей в том, что эта обязанность возникает по меньшей мере уже в момент, когда стало фактически известно о том, что ключ скомпрометирован, однако было также высказано предположение о том, что она может возникать и до этого момента, если может быть установлено, что обладатель ключа должен был или обязан был знать, что ключ скомпрометирован. Другая точка зрения заключалась в том, что обязанность представить уведомление возникает в момент, когда у обладателя ключа появляются "достаточные основания для подозрения" или "возникают разумные подозрения" о том, что ключ скомпрометирован или что ключ был или мог быть скомпрометирован. Были высказаны сомнения в том, что существуют какие-либо различия между критерием осведомленности в первом предложении и вопросом о факте компрометации во втором предложении. Различные мнения были выражены относительно того, являются эти стандарты аналогичными или приводят ли они к одному и тому же результату, а также относительно желательности результата в каждом соответствующем случае. Что касается второго вопроса, то, согласно одному из высказанных мнений, распределение ответственности на основе критерия, заключающегося в том, что ключ "мог быть скомпрометирован", накладывает слишком тяжелое бремя на обладателя ключа и может препятствовать использованию соответствующей технологии. После обсуждения Рабочая группа в целом согласилась с тем, что оба этих стандарта следует включить в пересмотренный проект подпункта (b) для будущего рассмотрения.

80. Было высказано мнение о том, что содержащееся в подпункте (b) правило, если оно по существу регулирует вопрос о небрежности, следует дополнить нормой, касающейся распределения риска. Если будет рассматриваться вопрос о риске, то будет необходимо принять решение о моменте перехода риска с обладателя ключа: происходит ли это в момент направления уведомления, в момент получения уведомления или в момент принятия мер на основе уведомления. В ответ было указано, что вопросы о переходе риска отличаются от правил о надлежащем и разумном поведении, которые основываются на концепции вины. Концепция риска играет важную роль в тех случаях, когда вопроса о вине не возникает. Эти два свода правил должны существовать отдельно друг от друга, поскольку знак равенства между ответственностью и риском поставить нельзя. Было отмечено, что в подпункте (a) устанавливается обязанность проявлять осмотрительность в отношении ключа и что в случае, если такая осмотрительность не проявляется, может возникнуть ответственность согласно пункту 2. Подпункт (b) играет в этой связи важную роль, поскольку в нем предусматривается средство, с помощью которого обладатель ключа может ослабить последствия непроявления осмотрительности, направив уведомление о компрометации ключа. В контексте проблемы ответственности было также указано, что было бы важно рассмотреть основу любых взаимоотношений между сторонами, будь то договорных или нет, а также содержание соответствующего контракта. Была выражена общая поддержка выработке правила, основывающегося на вине.

81. Был задан вопрос о том, не желает ли Рабочая группа рассмотреть урегулирование юридических последствий непроявления осмотрительности в отношении ключа. Одно из мнений заключалось в том, что этот вопрос

рассматривать не следует, поскольку прошлая практика показывает, что достичь консенсуса по нему весьма сложно. Другая точка зрения состояла в том, что в документе WP.79 вопросы о последствиях регулируются более подробно и что этот документ представляет собой полезный отправной пункт для дальнейшего рассмотрения этих вопросов. Еще одно мнение заключалось в том, что детально вопрос об ответственности за пределами содержания пункта 2 - а этот пункт еще только предстоит обсудить - рассматривать не следует.

82. В редакционном плане было отмечено, что слова "и может быть использована для создания несанкционированных усиленных электронных подписей" не являются необходимыми, поскольку и так ясно, для каких целей может быть использовано подписывающее устройство, и это отнюдь не обязательно указывать.

83. Рабочая группа согласилась с тем, что в будущей редакции подпункта (b) следует отразить обсужденные изменения: уведомление должно подаваться "без ненадлежащей задержки"; в альтернативные тексты в квадратных скобках должны быть включены два стандарта "знал или должен был знать" и "является или мог являться скомпрометированным"; и слова "и может быть использована для создания несанкционированных усиленных электронных подписей" должны быть исключены.

Подпункт (c)

84. Было предложено исключить слова "сертификаторам информации и полагающимся сторонам" на том основании, что, хотя заверения этим сторонам, по всей вероятности, и следует охватить, можно предположить ситуации, когда заверения также даны и другим соответствующим сторонам. В центре внимания этой статьи должно стоять обязательство обеспечения точности и полноты информации, независимо от лица, которому информация предоставляется. В ответ на это предложение было указано, что исключение формулировки, содержащей ссылку на сертификаторов информации и полагающиеся стороны, может привести к установлению неограниченного обязательства, хотя в действительности в центре внимания должны стоять заверения, связанные с процессом идентификации. Было предложено добавить после слов "заверения или заявления" слова "и имеющие существенное значение для выдачи сертификата".

85. Еще одно мнение, высказанное в связи с вопросом об объективном критерии, состояло в том, что после слов "заверения или заявления" следует добавить слова "которые имеют отношение к процессу выдачи сертификата или которые включены в сертификат". Было указано, что такой критерий ограничивает действие подпункта (c) заявлениями, сделанными обладателями ключа или лицом, обратившимся за выдачей сертификата, и что такой критерий выведет за сферу действия этого пункта случаи, когда обладатель ключа не обращался за выдачей сертификата. В то же время было отмечено, что эта формулировка не должна толковаться таким образом, чтобы устанавливать ответственность лица, обращающегося за выдачей сертификата, за заверения, которые могут быть неправильно указаны в сертификате или которые иным образом не основываются на информации, сообщенной лицом, обратившимся за выдачей сертификата. В подобных случаях сертификатор информации будет, согласно проекту статьи H, нести соответствующее обязательство в отношении содержания сертификата. В то же время, при узком толковании этого обязательства, обладатель ключа будет нести ответственность перед полагающейся стороной в тех случаях, когда полагающаяся сторона понесла убытки или ущерб в результате вводящей в заблуждение или ложной информации, сообщенной обладателем ключа и включенной в сертификат. В порядке возражения против ограничения действия этого подпункта процессом сертификации было высказано мнение, что обязательство, устанавливаемое в подпункте (c), должно быть общим по своему характеру и охватывать представление информации согласно подпункту (b).

86. Еще одно предложение относительно сферы действия подпункта (c) состояло в том, что этот подпункт следует разделить на две части. Заверения, сделанные полагающейся стороне, могли бы быть охвачены общим обязательством, касающимся полноты и точности, в то время как заверения, которые сделаны сертификатору информации для целей получения сертификата, могли бы быть рассмотрены в отдельном подпункте. Применительно к информации, предоставляемой сертификатору информации, была подчеркнута связь между обязательством, устанавливаемым в данном проекте статьи, и обязательством в проекте статьи H(1)(b) (где устанавливается обязательство в отношении информации, подлежащей сертификации).

87. Определенные сомнения были выражены по вопросу о лицах, к которым должны применяться обязательства, предусматриваемые в пункте 1. Было указано, что, по всей вероятности, рассматривать статью F в целом в качестве устанавливающей обязанности для одного и того же лица было бы нецелесообразно, поскольку подпункты нынешнего проекта отражают различные концепции. Например, в подпункте (a) подразумевается как информация, так и устройство, в котором хранится информация, и способ его использования. Вполне возможно, что это обязательство применяется к более широкому кругу лиц, а не только к обладателю ключа. С другой стороны, в подпункте (c) говорится об информации в форме заверения, сделанного определенным лицам для цели получения сертификата. Эти различия необходимо рассмотреть отдельно при любом пересмотре вопроса об обязательствах, закрепленных в пункте 1 проекта статьи F.

88. В связи с вопросом о том, что известно обладателю ключа или что он может предполагать в момент представления заверений, было указано, что подобный критерий является излишне субъективным и мягким и может привести, например, к снижению уровня ответственности в тех случаях, когда обладатель ключа действует небрежно или неразумно. Здесь требуется объективная формулировка, которая бы точно указывала, что данный подпункт не предполагает создания подобных последствий. Одно из предложений состояло в том, чтобы заменить слова "как это может быть известно обладателю подписи или как он это может предполагать" ссылкой на стандарт должной осмотрительности; вступительная формулировка этого подпункта могла бы гласить следующее: "проявлять должную осмотрительность при обеспечении того, чтобы ...". Что касается слов "точными и полными", было высказано мнение, что ссылка на "полное" заявление является излишней, поскольку в некоторых правовых системах концепция "полноты" уже охватывается концепцией "точности". Рабочая группа приняла это мнение к сведению.

89. Что касается вопроса о терминологии, то Рабочая группа вновь провела обсуждение значения ряда различных терминов, включая такие термины, как обладатель подписи, обладатель устройства, обладатель ключа и подписывающее устройство, устройство для создания подписи, устройство для проверки подписи (см. выше пункты 40-47). В порядке разработки соответствующего определения было предложено, чтобы термин "обладатель ключа" указывал на лицо, которым или от имени которого подпись прилагается к сообщению данных, т.е. было предложено принять редакцию подпункта (c) статьи A в документе WP.80, поскольку в подобном определении признается концепция агентских отношений. Что касается используемого устройства или подписи, то Рабочая группа в целом согласилась с тем, что в данном случае обсуждается вопрос не об устройстве, которое было использовано для создания ключа, а об устройстве, которое было применено для создания подписи.

90. Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности включения агентских услуг в концепцию обладателя ключа (предыдущее обсуждение см. выше пункт 43). Общее мнение состояло в том, что агентские отношения не следует охватывать в единообразных правилах, поскольку достичь согласия о принципах агентских отношений будет весьма сложно и поскольку включение этой концепции излишне расширит сферу действия проекта статьи F. В возможных ситуациях, связанных с агентскими отношениями, например в случаях, когда служащий использует подписывающее устройство от имени фирмы, согласно этой статье - без ущерба для действия корпоративного права - подпись служащего будет рассматриваться как подпись фирмы, которая фактически и является "обладателем ключа". Рабочая группа подтвердила свое ранее принятое решение о том, что вопросы агентских отношений должны разрешаться на основании применимого права.

91. Одно из предложений редакционного характера заключалось в том, что использование термина "материальные" является неуместным с точки зрения некоторых правовых систем и что в силу этого его использовать не следует. Другое предложение редакционного характера заключалось в том, что, поскольку обязательство по подпункту (c) предшествует обязательству по подпункту (a) во времени, порядок расположения этих двух подпунктов в тексте следует изменить.

92. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что: сфера действия подпункта (c) должна быть ограничена рассмотрением обязательств обладателя ключа в контексте процесса сертификации; обладатель ключа должен обеспечить точность и полноту заверений; слова "знать или предполагать" должны быть заменены вступительной формулировкой "проявлять надлежащую осмотрительность при обеспечении того, чтобы"; в качестве критерия, ограничивающего "заверения и заявления", должны быть включены слова "которые имеют отношение к процессу выдачи сертификата или которые включены в сертификат", но в то же время должно быть четко указано, что обладатель ключа будет нести ответственность за такие заявления только в том случае, если они фактически включены в сертификат, а не за ошибки или неточности, внесенные сертификатором информации; ссылка на "сертификаторов информации и полагающиеся стороны" должна быть исключена; порядок следования подпунктов (a) и (c) в тексте должен быть изменен; концепция агентских услуг не должна затрагиваться данной статьей.

Пункт 2

93. Определенная поддержка была выражена сохранению проекта пункта 2 в его нынешнем виде без каких-либо изменений. В то же время была высказана обеспокоенность в связи с тем, что в единообразных правилах следует упомянуть о юридических последствиях неисполнения обязательств, установленных в проекте пункта 1. Один из способов рассмотрения вопроса о таких последствиях состоит в том, чтобы включить конкретную ссылку на национальное или применимое право; второе решение, направленное на содействие согласованию правового регулирования, заключается в том, чтобы изучить возможные последствия и разработать унифицированное правило, которое будет регулировать вопрос об убытках, но не привязывать обладателя ключа к последствиям использования подписывающего устройства, поскольку в этом случае могут возникнуть вопросы, связанные с концепциями полномочий и намерения. В то же время другая точка зрения состояла в том, что следует предусмотреть атрибуцию сообщения данных обладателю ключа (см. ниже пункты 97 и 104). С тем чтобы поставить в центр внимания пункта 2 вопрос об убытках, а не о последствиях, было предложено принять следующую формулировку: "Обладатель ключа несет ответственность за убытки и ущерб, причиненные неисполнением обязательств,

установленных в пункте 1". В качестве еще одного возможного пути рассмотрения вопроса о юридических последствиях неисполнения обязательств, установленных в проекте пункта 1, было предложено изучить проект статьи 7 в документе WP.79 или, возможно, статью, аналогичную статье 74 Конвенции Организации Объединенных Наций о международной купле-продаже товаров. В целях содействия дальнейшему рассмотрению этого предложения была предложена следующая формулировка, основывающаяся на статье 74:

> "Ответственность обладателя ключа не может превышать ущерба, который обладатель ключа предвидел или должен был предвидеть в момент неисполнения как возможное последствие нарушения обладателем ключа обязательств, установленных в пункте 1, учитывая обстоятельства, о которых обладатель ключа в то время знал или должен был знать".

94. В ответ на предложение, основывающееся на статье 74 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, была выражена обеспокоенность в связи с тем, что ответственность, которая может возникнуть в контексте договора купли-продажи товаров, неравнозначна ответственности, которая может возникнуть из использования подписи, и что эти виды ответственности в количественном отношении не могут быть выражены одинаково. Хотя, по всей видимости, можно предвидеть убытки, которые могут возникнуть из нарушения договора купли-продажи товаров, этот критерий не может быть применен к случаю использования какого-либо конкретного способа подписания. В этой связи было указано, что, согласно единообразным правилам, использование какого-либо конкретного способа подписания не должно приводить к установлению какого-либо особого ограничения ответственности (или к созданию какого-либо иного конкурентного преимущества по сравнению с лицами, использующими традиционные собственноручные подписи) в интересах лиц, использующих электронную технологию. Другая точка зрения состояла в том, что критерий предсказуемости убытков представляет собой международно признанный стандарт, который может сыграть полезную роль в контексте подписей и который может облегчить разработку унифицированного правила. Еще одна точка зрения состояла в том, что если будет проводиться работа над подготовкой статьи об убытках, то может возникнуть необходимость в проведении разграничения между убытками, возникшими в результате действий обладателя ключа, не отвечающих стандарту, требуемому по проекту пункта 1, и убытками, которые возникли в результате бездействия обладателя ключа, т.е. в проведении различия между прямыми и косвенными убытками.

95. Было высказано предположение о том, что обязанности обладателя ключа по статье F следует проанализировать с точки зрения сторон или категорий сторон, перед которыми он несет такие обязанности, т.е. с точки зрения сертификатора информации, с одной стороны, и группой потенциальных полагающихся сторон, с другой. Очевидно, что отношения между обладателем ключа и сертификатором информации будут договорными отношениями, которые будут регулироваться применимым правом. Определенные сомнения были выражены относительно уместности применения правила о предсказуемости или отдаленности убытков к подобным договорным отношениям. Что касается группы полагающихся сторон, то было высказано предположение о возможной уместности установления правила, которое определяло бы, какие полагающиеся стороны могут понести предвидимые убытки и за какой вид убытков будет нести ответственность обладатель ключа. Были высказаны сомнения относительно того, что обе эти концепции охватываются статьей 74 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, а также - в любом случае - относительно уместности разработки единой основывающейся на предвидении нормы, которая охватывала бы обязательства, установленные в подпунктах (a)-(c) проекта пункта 1. Кроме того, было указано, что вопросы, связанные с полагающейся стороной, рассматриваются в проекте статьи G и что этот проект статьи должен учитываться в любой статье, касающейся неисполнения обладателем ключа обязательств, установленных в проекте статьи F.

96. В целях разъяснения сферы действия пункта 2 было предложено исключить ссылку на "последствия неисполнения обязательств, установленных в пункте 1", с тем чтобы избежать создания любой неопределенности в вопросе о том, что может означать включение этой формулировки, и с тем чтобы избежать изучения вопроса о том, являлось ли нарушенное обязательство договорным по своему характеру. Было также указано, что слово "последствия", которому в тексте на английском языке предшествует определенный артикль, может предположительно означать, что имеются в виду все возможные последствия и что использование формулировки с определенным артиклем в тексте на английском языке никоим образом не передает идеи об отдаленности таких возможных последствий. Предложение об исключении этой формулировки получило широкую поддержку.

97. Еще один момент, вызвавший обеспокоенность, состоял в том, что проекты статей F и G при совместном прочтении могут привести - помимо ответственности - к возникновению еще одного юридического последствия, а именно атрибуции. Было высказано мнение о том, что в целях снятия неопределенности требуется, по меньшей мере, установление правила или опровержимой презумпции относительно атрибуции подписи. Хотя было выражено определенное согласие с тем, что подобная статья может быть полезной и что она укрепит доверие к электронной торговле, было указано, что она неизбежно вызовет трудности в контексте статьи 13 Типового закона, касающейся атрибуции сообщения данных. Было достигнуто общее согласие с тем, что вопрос об атрибуции в контексте проекта статьи F рассматривать не следует (см. ниже пункт 104).

98. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что, поскольку была выражена поддержка как сохранению пункта 2 в его нынешнем виде с предложенными поправками, так и изучению вопроса о подготовке правила о последствиях, основывающегося, возможно, на статье 74 Конвенции Организации Объединенных Наций о купле-продаже, то в будущие рабочие документы для рассмотрения Рабочей группой должны быть включены пересмотренные варианты проекта пункта 2, учитывающие обе эти возможности. Сфера применения такого положения должна ограничиваться обязанностями, которые будут предусмотрены в пересмотренном варианте пункта 1 проекта статьи F.

Статья G. Доверие к усиленным электронным подписям

99. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи G:

"Лицо имеет право полагаться на усиленную электронную подпись при условии, что оно предпринимает разумные шаги к установлению того, что эта усиленная электронная подпись является действительной и не была скомпрометирована или аннулирована".

100. Определенные сомнения были выражены в связи с тем, что форма, в которую облечена редакция этой статьи, является неуместной. Было указано, что подлежащий урегулированию вопрос заключается не в том, имеет ли полагающаяся сторона право полагаться на подпись, а в том, какие действия должно будет предпринять любое лицо, намеревающееся положиться на подпись, для того, чтобы доверие к подписи рассматривалось в качестве разумного. В этой связи было бы важно указать те ситуации, при которых доверие к подписи будет считаться неразумным. С тем чтобы отразить это изменение в направленности, была предложена следующая формулировка:

"1) Лицо не имеет права полагаться на сертификат или подпись, подтвержденную сертификатом, в той мере, в которой такое поведение является неразумным.

2) При определении того, является ли доверие разумным, учитывается следующее:

a) любые ограничения, установленные для сертификата;

b) характер основной сделки, которую предполагается подтвердить с помощью сертификата или подписи;

c) приняла ли полагающаяся сторона надлежащие шаги для определения надежности подписи или сертификата;

d) любое соглашение или торговый обычай или практика в отношениях между полагающейся стороной и сертификатором информации или абонентом".

101. Это предложение получило поддержку. Для разъяснения цели ссылки на основную сделку в подпункте (b) было указано на возможность возникновения ситуации, когда полагаться только на использование метода идентификации было бы недостаточно и когда может потребоваться какая-либо иная форма идентификации или проверки. В качестве примера была приведена ситуация, когда банк - в дополнение к использованию соответствующего метода идентификации - может пожелать получить еще одно подтверждение того, что сделка, которая может быть сочтена необычной для того или иного конкретного клиента, действительно является сделкой этого клиента. Определенная обеспокоенность была выражена в связи с тем, что факторы, указанные в подпунктах (a)-(d), могут быть слишком общими по своему характеру и что в контексте используемой Рабочей группой предпосылки, связанной с рассмотрением вопросов ИПК, может быть полезным включение конкретной ссылки на необходимость проверять действительность или надежность сертификата. В этих целях было предложено добавить в подпункт (c) слова "включая ознакомление с перечнем аннулированных сертификатов, когда это уместно".

102. Было высказано мнение о том, что в дополнение к факторам, указанным в подпунктах (a)-(d) предложения, следует упомянуть о том, знала ли или должна была знать полагающаяся сторона, что ключ скомпрометирован или аннулирован или - как вариант - что полагаться на подпись или сертификат было неразумно. Кроме того, для придания предложенному тексту дополнительной гибкости после слов "учитывается следующее" было предложено добавить слова "если это уместно". Оба этих предложения получили поддержку.

103. Определенная поддержка была также выражена сохранению проекта статьи G в его нынешней редакции или исключению этой статьи полностью. Было указано, что составление статьи, аналогичной предложенному тексту, будет предполагать установление требований или условий для доверия к усиленным подписям. Последствия таких требований, если их рассматривать в контексте статьи 13 Типового закона, могут привести к созданию ситуации, когда будет легче положиться на относительно ненадежную электронную подпись, чем на более надежную усиленную подпись. Как результат, использование более надежных форм подписей может быть затруднено. Другая

точка зрения заключалась в том, что следует установить определенную связь между доверием к подписи и статьей 13 Типового закона, в частности ее пунктами 3 и 4. Еще одно мнение состояло в том, что в нынешней формулировке проекта статьи G закрепляется более позитивный принципиальный подход к вопросу о том, имеют ли полагающиеся стороны право с уверенностью использовать этот вид подписи. Тем не менее было сочтено, что полагающимся сторонам, возможно, следует принимать определенные меры предосторожности, и было внесено еще одно предложение об использовании формулировки примерно следующего содержания:

"Лицо имеет право полагаться на усиленную электронную подпись при условии, что оно предпринимает разумные меры для проверки действительности подписи в соответствии со стандартами, согласованными с обладателем ключа, или для проверки информации, предоставленной сертификатором информации".

Это предложение поддержки не получило.

104. Была выражена обеспокоенность в связи с тем, что Рабочая группа, возможно, пытается охватить в проекте статьи G юридические последствия, которые включены в проекты статей B и C, но которые она решила не рассматривать на настоящем этапе. Формулировка проекта статьи G в качестве положения, устанавливающего право полагаться на подпись, может предполагать определенные юридические последствия, в то время как положение, устанавливающее те действия, которые должны быть предприняты с тем, чтобы можно было положиться на подпись, позволяет избежать рассмотрения вопроса о возможных юридических последствиях подписи. Было указано, что, поскольку в центре внимания проектов статей F, G и H стоят правила поведения сторон в рамках ИПК, включение юридических последствий является неуместным. Что касается вопроса об атрибуции, как он поднимается в связи со статьей 13 Типового закона (см. выше пункт 97), то было отмечено, что, в то время как сфера действия статьи 13 в целом ограничена ситуацией, когда имеются договорные отношения между составителем и адресатом сообщения данных, предполагается, что сфера применения рассматриваемых единообразных правил будет более широкой. Было также указано, что редакция проекта статьи G, предполагающая перечисление ряда шагов, которые будут приниматься во внимание для определения того, являлось ли доверие разумным, не противоречит ли предусмотренному в статье 13 требованию разумной осмотрительности, а также не устанавливает ли юридических последствий с точки зрения действительности подписи. Что касается этого последнего момента, то было отмечено, что проект статьи F, как он пересмотрен Рабочей группой, также не регулирует вопроса о юридических последствиях действительности подписи, и что, таким образом, эти два проекта статей являются последовательными с точки зрения формы.

105. Одно из высказанных в порядке возражения мнений состояло в том, что редакция проекта статьи G в качестве положения, устанавливающего право, создает дополнительное преимущество, не предусмотренное в Типовом законе, независимо от того, оговариваются ли в других статьях конкретные правовые последствия. Было предложено совместить подход, предусматривающий установление права полагаться на подпись, с теми шагами, которые будут приниматься во внимание при определении того, являлось ли доверие разумным, с помощью следующей формулировки: "1) Лицо имеет право полагаться на сертификат или подпись, подтвержденную сертификатом, в той мере, в которой такое поведение является разумным". Затем во втором пункте, как это уже предлагалось, могут быть оговорены вопросы, которые следует принимать во внимание, при включении дополнительной категории, охватывающей "все другие соответствующие факторы".

106. В редакционном плане было отмечено, что использование слов "доверие" и "усиленная" не является обычным для некоторых языков или правовых систем и что, возможно, следует попытаться отыскать более приемлемые формулировки.

107. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что в пересмотренный вариант статьи G для будущего рассмотрения должны быть включены обе формулировки проекта статьи G (см. выше пункты 100 и 105); что следует включить ссылки на "все другие соответствующие факторы" и на тот момент, было ли полагающейся стороне известно или должно было быть известно, что ключ был скомпрометирован или аннулирован или - в качестве варианта - что полагаться на подпись или сертификат было неразумно; и что в пункт 2, в том виде, в котором он обсуждался, должны быть добавлены слова "если это уместно".

Статья H. Обязательства сертификатора информации

108. Рабочая группа рассмотрела следующий текст проекта статьи H:

"1) Сертификатор информации обязан:

a) действовать в соответствии с заверениями, сделанными им в отношении его практики;

b) предпринимать разумные шаги для точного определения личности обладателя подписи и любых других фактов или информации, которые сертифицирует сертификатор информации;

c) обеспечивать разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить:

i) личность сертификатора информации;

ii) способ, использованный для идентификации обладателя подписи;

iii) любые ограничения в отношении целей, в которых может использоваться подпись; и

iv) является ли подпись действительной и не была ли она скомпрометирована;

d) обеспечивать обладателей подписей средствами для направления уведомлений о том, что усиленная электронная подпись была скомпрометирована;

e) обеспечивать, чтобы все материальные заверения или заявления, сделанные сертификатором информации, являлись наиболее точными и полными, как это может быть известно сертификатору информации или как он это может предполагать;

f) использовать надежные системы и процедуры при предоставлении своих услуг.

2) Сертификатор информации несет ответственность за последствия неисполнения им обязательств, установленных в пункте 1".

Общие замечания

109. Была высказана точка зрения, заключающаяся в том, что мнения относительно обязанностей и ответственности сертификационного органа будут в значительной степени зависеть от определения этого органа. В частности, потребуется принять решение о том, могут ли функции сертификационного органа выполняться физическим или юридическим лицом, которое также является стороной основной сделки, для цели которой может использоваться сертификат (рабочая предпосылка, принятая в настоящее время Рабочей группой), или же сертификационный орган должен во всех случаях быть независимым от сторон (ситуация, аналогичная положению нотариуса в ряде стран гражданского права). После обсуждения Рабочая группа постановила продолжить рассмотрение этого вопроса на основе рабочей предпосылки, принятой на текущей сессии (см. выше пункт 68). Хотя Рабочая группа не проводила обсуждения определения термина "сертификационный орган" как такового, было в целом достигнуто согласие о том, что слова "в рамках своей деятельности", содержащиеся в определении термина "сертификатор информации" в проекте статьи A, не должны толковаться как подразумевающие, что деятельность, связанная с сертификацией, должна быть единственным видом деловых операций сертификационного органа. Было высказано мнение о возможной необходимости проведения разграничения между учреждением, выдающим сертификаты лишь в качестве второстепенной части своей деятельности, и учреждением, занимающимся именно выдачей сертификатов (будь то исключительно или в дополнение к другим видам деятельности, которую может проводить это учреждение). Еще одно мнение состояло в том, что с учетом важной роли, которую играют сертификационные органы, и обязанностей, которые могут вытекать из этой важной роли, как применительно к сертификационным органам, так и к полагающимся сторонам, в единообразных правилах следует разъяснить статус сертификационных органов. После обсуждения было выражено согласие с тем, что вопросы определения, роли и статуса сертификационных органов потребуется более подробно обсудить на одной из будущих сессий.

Пункт 1

110. В центре внимания обсуждения стоял вопрос о том, должен ли перечень обязанностей, содержащийся в пункте 1 - независимо от включения в него возможных конкретных обязанностей, -являться исчерпывающим. Широкую поддержку получило мнение о том, что пункт 1 должен быть сформулирован таким образом, чтобы представлять собой открытый иллюстративный перечень обязанностей. В качестве вступительных слов пункта 1 была предложена формулировка примерно следующего содержания: "Без ограничения общего характера обязательства сертификационного органа проявлять надлежащую осмотрительность, сертификационный орган обязан, в том числе: ...". Было указано, что хотя такая формулировка может показаться обременительной для сертификационного органа, на практике она будет соответствовать общему правилу, которое в настоящее время будет применяться в отношении сертификационных органов во многих правовых системах. Было также отмечено, что широкое указание на обязанности сертификационного органа в пункте 1 может быть компенсировано исключениями из ответственности, которые будут установлены согласно пункту 2 или согласно проекту статьи E. В этой связи было высказано мнение о том, что Рабочей группе было бы целесообразно сконцентрировать свое внимание на возможных путях расширения действия договорных положений, касающихся освобождения сертификационного органа от ответственности, за пределы договорной сферы. В ответ было указано, что даже в пределах договорной сферы следует установить ограничения на возможность сертификационных органов ограничивать свою ответственность, например, применительно к ситуациям, когда такое ограничение ответственности будет явно несправедливым. Рабочая группа согласилась с тем, что вопрос о договорных и иных

ограничениях ответственности сертификационного органа потребуется более подробно обсудить на одной из будущих сессий.

111. Другая точка зрения состояла в том, что пункт 1 следует составить в форме исчерпывающего перечня обязанностей. Было указано, что, согласно законодательству ряда стран, общая обязанность сертификационного органа проявлять надлежащую осмотрительность может и не предусматриваться. В силу этого для определения точного объема ответственности сертификационного органа следует детально оговорить различные возлагаемые на него обязательства. Другое обоснование этой точки зрения заключалось в том, что в единообразных правилах следует только урегулировать вопрос о выполнении сертификационными органами своих функций и не следует воспроизводить общие принципы деликтного права, которые могут применяться в отношении всех лиц, участвующих в каких бы то ни было видах деятельности. Согласно этому мнению, поскольку "функции сертификационных органов" могут быть определены концептуально, в единообразных правилах следует рассматривать только эти функции, а не предусматривать открытый порядок применения. Было достигнуто согласие о том, что в пересмотренном тексте, который будет подготовлен для продолжения обсуждения на одной из будущих сессий, должны быть отражены обе эти точки зрения.

112. Общая поддержка была выражена содержанию конкретных обязанностей, перечисленных в подпунктах (a)-(f). По вопросу о возможных путях улучшения изложения таких обязанностей были сделаны различные предложения. Одно из них состояло в том, что обязанность идентифицировать обладателя подписи, предусматриваемая согласно подпункту (b), является, возможно, излишней и представляет собой лишь один из примеров, иллюстрирующих более общую обязанность обеспечивать точность материальных заверений, устанавливаемую согласно подпункту (e). В целом было, однако, сочтено, что подпункт (b) играет полезную роль для обеспечения дополнительной ясности. Другое мнение состояло в том, что в подпункт (b) следует включить дополнительное обязательство указывать в сертификате личность обладателя ключа.

113. Еще одно предложение состояло в том, чтобы в числе основополагающих обязанностей возложить на сертификационный орган обязательство вести перечень аннулированных сертификатов (ПАС). Было предложено добавить в подпункт (d) следующую формулировку: "и обеспечивать функционирование службы оперативного и немедленного аннулирования сертификатов". Это предложение получило поддержку. В то же время было указано, что обязательство вести ПАС может быть уместным применительно к дорогостоящим сделкам и сертификатам (т.е. применительно к тем "усиленным электронным подписям", которые используются с целью создания юридических последствий), но может быть чрезмерно обременительным (и противоречащим нынешней практике), если оно будет наложено в отношении всех сертификатов (включая "дешевые сертификаты", используемые в контексте значительного числа цифровых подписей). В этой связи было напомнено о том, что одна из основных трудностей нынешнего проекта заключается в установлении эффективного критерия для проведения разграничения между сделками высокого уровня (в связи с которыми предполагается обеспечить высокий уровень защиты с помощью жестких требований к сертификатам и к сертификационным органам, возможно, с целью создания конкретных заранее определенных юридических последствий) и основной массой видов использования цифровых подписей и сертификатов, относящихся к более низкому уровню (применительно к которым создание юридических последствий в отношении "подписи" по сути не имеет смысла, поскольку основное принципиальное требование состоит в том, чтобы не создавать помех для автономии сторон). Было высказано мнение, что, поскольку такого эффективного критерия, возможно, отыскать не удастся, приемлемое решение может заключаться в ограничении сферы действия единообразных правил коммерческими отношениями (т.е. при исключении потребительских сделок).

114. Были внесены следующие предложения о включении дополнительных элементов в перечень обязанностей, устанавливаемых согласно пункту 1: обязательство представлять информацию относительно аннулирования и приостановления действия сертификатов; включение в подпункт (e) формулировки, воспроизводящей аналогичное положение в проекте статьи F; и включение в подпункт (f) формулировки, устанавливающей обязательство сертификационного органа использовать при оказании услуг заслуживающий доверия персонал. Для включения в подпункт 1(c) был предложен следующий текст: "что лицо, которое именуется в сертификате, обладает [обладало в соответствующий момент] частным ключом, соответствующим публичному ключу"; и "что ключи представляют собой функционирующую пару ключей".

Пункт 2

115. В связи с общим положением, касающимся ответственности сертификационного органа за неисполнение обязательств, установленных в пункте 1, широкое распространение получило мнение о том, что было бы целесообразно подготовить унифицированное правило, выходящее за рамки простой ссылки на применимое право. Что касается возможного содержания подобного правила, то было предложено установить общую ответственность за небрежность при условии возможных договорных исключений и при условии возможности для сертификационного органа освободиться от ответственности, если он докажет, что исполнил обязательства по пункту 1. В качестве замены пункта 2 был предложен следующий текст:

"2) С учетом положений пункта 3, сертификационный орган несет ответственность за убытки, понесенные либо:

a) стороной, вступившей в договорные отношения с сертификационным органом для цели выдачи сертификата; либо

b) любым лицом, которое полагается на сертификат, выданный сертификационным органом, если убытки были причинены в результате неверного или порочного сертификата.

3) Сертификационный орган не несет ответственности согласно пункту 2

a) если - и в той мере, в которой - он включил в информацию о сертификате заявление, ограничивающее объем или пределы своей ответственности перед любым лицом; или

b) если он докажет, что он [не проявил небрежности] [принял все разумные меры для недопущения убытков]".

116. Хотя это предложение получило поддержку, были высказаны серьезные возражения на том основании, что принятие предложенной формулировки будет равнозначно установлению строгого стандарта ответственности за "любые убытки", а наложение на сертификационные органы строгого стандарта ответственности может создать существенные препятствия для расширения использования электронной торговли. Что касается текста предложенного подпункта 3 (a), то были высказаны сомнения по вопросу о том, может ли критерий информации, включенной в сертификат для цели ограничения ответственности сертификационного органа в отношении такого сертификата, в равной мере применяться к вопросам договорной ответственности и ответственности из деликта. В этой связи к Рабочей группе был обращен настоятельный призыв не предпринимать попытки провести в единообразных правилах какие-либо значительные различия на основе концепций договорной и деликтной ответственности, поскольку содержание таких концепций может значительно различаться в зависимости от конкретных стран. Кроме того, было высказано мнение, что следует установить запрещение ссылаться на оговорку об ограничении ответственности сертификационного органа в той мере, в которой такое исключение или ограничение ответственности будут явно несправедливыми. Это мнение получило поддержки ряда делегаций.

117. Кроме того, была выражена поддержка сохранению нынешней структуры пункта 2 с учетом исчерпывающего перечня обязанностей, устанавливаемого в пункте 1.

118. В связи с обсуждением обязанностей сертификационного органа был задан вопрос о том, на ком будет лежать риск ущерба в результате доверия к ненадежному (например, скомпрометированному или аннулированному) сертификату в случае, если все стороны проявили осмотрительность согласно проектам статей F, G и H единообразных правил. Одно из мнений состояло в том, что с учетом предложенного проекта статьи G, сформулированного с использованием отрицания, этот остаточный риск будет лежать на полагающейся стороне. Было указано, что на практике доверие к таким средствам связи, как телефон или телефакс, уже накладывает остаточный риск на полагающуюся сторону. Другое мнение состояло в том, что в проект статьи H следует включить положения, устанавливающие, что остаточный риск должен лежать на сертификационном органе. Еще одно предложение состояло в том, чтобы не затрагивать этот момент в единообразных правилах и оставить решение вопроса об определении стороны, на которой должен лежать такой риск, на усмотрение судов с учетом всех соответствующих обстоятельств.

119. После обсуждения Рабочая группа не приняла окончательного решения по содержанию проекта статьи H. К Секретариату была обращена просьба подготовить варианты, отражающие различные высказанные мнения, для продолжения обсуждения на одной из последующих сессий.

C. Дополнительные вопросы для рассмотрения

120. Рабочая группа провела изучение списка вопросов, которые из-за недостатка времени не были рассмотрены на нынешней сессии, но которые должны быть обсуждены в будущем в контексте возможных добавлений к единообразным правилам. Было высказано мнение о том, что в ходе своей будущей работы над единообразными правилами Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении статьи, устанавливающей запрещение дискриминации в отношении сертификатов на основе места их выдачи. Был предложен следующий текст: "При определении того, обладает ли - и в какой мере обладает -сертификат юридической силой, не учитываются ни место выдачи сертификата, ни государство, в котором находится коммерческое предприятие эмитента". Рабочая группа приняла это предложение к сведению.

121. В число тем для дальнейшего обсуждения были включены следующие вопросы: трансграничное признание сертификатов; юридическая сила электронных подписей; атрибуция электронных подписей; взаимосвязь между единообразными правилами и Типовым законом; определение и минимальные квалификационные требования для сертификационных органов; возможная несовместимость функций сертификационного органа с выполнением какой-либо иной функции в рамках той же сделки; и аннулирование и приостановление действия сертификатов.

122. Было отмечено, что следующую сессию Рабочей группы планируется провести в Вене 6-17 сентября 1999 года и что эти сроки должны быть подтверждены Комиссией на ее тридцать второй сессии, которая будет проведена в Вене 17 мая - 4 июня 1999 года. От имени ряда делегаций было предложено ограничить продолжительность будущих сессий Рабочей группы одной неделей и обсудить этот вопрос в полном объеме на тридцать второй сессии Комиссии. Рабочая группа приняла к сведению это предложение и отметила, что решение по этому вопросу может быть принято только Комиссией.

E. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее тридцать четвертой сессии: проект единообразных правил об электронных подписях: записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.79) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
ВВЕДЕНИЕ	1-11
I. ОБЩИЕ ПРИМЕЧАНИЯ	12-14
II. ПРОЕКТЫ ПОЛОЖЕНИЙ О ЦИФРОВЫХ ПОДПИСЯХ, ДРУГИХ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ, СЕРТИФИКАЦИОННЫХ ОРГАНАХ И СООТВЕТСТВУЮЩИХ ПРАВОВЫХ ВОПРОСАХ	15-53
ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ И ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	15-20
ГЛАВА II. ЭЛЕКТРОННЫЕ ПОДПИСИ	21-48
Раздел I. Электронные подписи в целом	21-23
Статья 1. Определения	21
Статья 2. Соблюдение требований законодательства	22-23
Раздел II. [Усиленные] электронные подписи	24-44
Статья 3. [ ]	24-30
Статья 4. Презумпция атрибуции [усиленной] электронной подписи	31-33
Статья 5. Презумпция целостности	34-37
Статья 6. Предварительное определение [усиленной] электронной подписи	38-41
Статья 7. Ответственность за несанкционированное использование [усиленной] электронной подписи	42-44
Раздел III. Цифровые подписи, подтвержденные сертификатами	45-48
Статья 8. Содержание [усиленных] сертификатов	45-46
Статья 9. Последствия цифровых подписей, подтвержденных сертификатами	47-48
ГЛАВА III. СЕРТИФИКАЦИОННЫЕ ОРГАНЫ И СМЕЖНЫЕ ВОПРОСЫ	49-53
Статья 10. Гарантия при выдаче [усиленного] сертификата	49-50
Статья 11. Договорная ответственность	51
Статья 12. Ответственность сертификационного органа перед сторонами, полагающимися на сертификаты	52
Общие примечания в отношении проектов статей 13-15	53
Статья 13. Аннулирование сертификата	--
Статья 14. Приостановление действия сертификата	--
Статья 15. Регистр сертификатов	--

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии (1996 год) Комиссия постановила включить в повестку дня вопросы о подписях в цифровой форме и сертификационных органах. Рабочей группе по электронной торговле было предложено рассмотреть целесообразность и возможность подготовки единообразных правил по этим темам. Было достигнуто согласие в отношении того, что единообразные правила, которые следует подготовить, должны охватывать такие вопросы, как: правовая основа, поддерживающая процессы сертификации, включая появляющуюся технологию удостоверения подлинности и сертификации в цифровой форме; применимость процесса сертификации; распределение риска и ответственности пользователей, поставщиков и третьих сторон в контексте использования методов сертификации; конкретные вопросы сертификации через применение регистров; и включение путем ссылки[1].

2. На тридцатой сессии (1997 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать первой сессии (A/CN.9/437). Рабочая группа сообщила Комиссии, что она достигла консенсуса в отношении важного значения и необходимости работы в направлении согласования норм права в этой области. Хотя она не приняла окончательного решения в отношении формы и содержания такой работы, Рабочая группа пришла к предварительному выводу о том, что практически можно подготовить проект единообразных правил по крайней мере по вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов и, возможно, по связанным с этими вопросами проблемам. Рабочая группа напомнила о том, что наряду с подписями в цифровой форме и сертификационными органами в рамках будущей работы в области электронной торговли, возможно, также потребуется рассмотреть следующие темы: вопросы технических альтернатив криптографии публичных ключей; общие вопросы о функциях, выполняемых поставщиками услуг, являющимися третьими сторонами; и заключение контрактов в электронной форме (A/CN.9/437, пункты 156-157).

3. Комиссия одобрила заключения Рабочей группы и поручила ей подготовить единообразные правила по юридическим вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов (далее в тексте -"единообразные правила").

4. В отношении конкретной сферы применения и формы таких единообразных правил было выражено общее мнение, что на данном начальном этапе принятие решения невозможно. Было сочтено, что, хотя Рабочая группа может надлежащим образом сосредоточить свое внимание на вопросах подписей в цифровой форме с учетом очевидной ведущей роли криптографии публичных ключей в зарождающейся практике электронной торговли, подготавливаемые единообразные правила должны соответствовать нейтральному с точки зрения носителей информации подходу, который взят за основу в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (Типовой закон). Таким образом, единообразные правила не должны препятствовать использованию других методов удостоверения подлинности. Кроме того, при решении вопроса криптографии публичных ключей в единообразных правилах, возможно, необходимо будет учесть различия в уровнях защиты и признать различные юридические последствия и уровни ответственности, соответствующие различным видам услуг, оказываемых в контексте подписей в цифровой форме. Что касается сертификационных органов, то Комиссия, хотя она и признала ценность стандартов, определяемых рыночными отношениями, в целом согласилась с тем, что Рабочая группа может надлежащим образом предусмотреть разработку минимального свода стандартов, которые должны будут строго соблюдаться сертификационными органами, особенно в случае необходимости трансграничной сертификации[2].

5. Рабочая группа приступила к разработке единообразных правил на основе записки Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.73) на своей тридцать второй сессии.

6. На тридцать первой сессии (1998 год) Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Было отмечено, что на своих тридцать первой и тридцать второй сессиях Рабочая группа столкнулась с очевидными трудностями в достижении общего понимания новых правовых вопросов, которые возникают в связи с расширением использования подписей в цифровой и другой электронной форме. Было отмечено также, что еще предстоит достичь консенсуса в отношении того, каким образом эти вопросы можно было бы урегулировать в международно приемлемых правовых рамках. В то же время Комиссия в целом сочла, что достигнутый к настоящему моменту прогресс свидетельствует о том, что проект единообразных правил об электронных подписях постепенно превращается в документ, который можно будет применять на практике.

7. Комиссия подтвердила принятое на ее тридцать первой сессии решение относительно возможности разработки единообразных правил и выразила уверенность в том, что на своей тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 29 июня - 10 июля 1998 года) Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на основе пересмотренного проекта,

---

[1]Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 223-224.

[2]Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/52/17), пункты 249-251.

подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). В контексте этого обсуждения Комиссия с удовлетворением отметила, что по общему признанию Рабочая группа стала особо важным международным форумом для обмена мнениями по правовым вопросам электронной торговли и выработки решений по этим вопросам.

8. На своей тридцать третьей сессии (1998 год) Рабочая группа продолжила рассмотрение единообразных правил на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Доклад о работе этой сессии содержится в документе A/CN.9/454.

9. В настоящей записке содержатся пересмотренные проекты положений, подготовленные с учетом обсуждений и решений Рабочей группы, а также обсуждений и решений Комиссии на ее тридцать первой сессии, воспроизведенных выше. Они призваны отразить решения, принятые Рабочей группой на ее тридцать третьей сессии.

10. В ходе подготовки настоящей записки Секретариату оказывала содействие группа экспертов, состоящая как из экспертов, приглашенных Секретариатом, так и из экспертов, назначенных заинтересованными правительствами и международными организациями.

11. В соответствии с применимыми инструкциями, касающимися более строгого контроля за документами Организации Объединенных Наций и ограничения их объема, пояснительные примечания к проектам положений являются настолько краткими, насколько это возможно. Дополнительные разъяснения будут даны устно в ходе сессии.

I. ОБЩИЕ ПРИМЕЧАНИЯ

12. Цель единообразных правил, отраженная в проектах положений, которые изложены в части II настоящей записки, заключается в содействии более широкому использованию электронных подписей в международных коммерческих сделках. Опираясь на многие законодательные документы, которые действуют или в настоящее время разрабатываются в ряде стран, эти проекты положений направлены на предупреждение несогласованности правовых норм, применимых к электронной торговле, путем установления совокупности стандартов, на основе которых могут быть признаны правовые последствия цифровых и других электронных подписей, с возможной помощью сертификационных органов, для которых также предусматривается ряд основных правил.

13. В единообразных правилах, в которых основное внимание сосредоточено на частноправовых аспектах торговых сделок, не предпринимается попытки решить все вопросы, которые могут возникать в контексте более широкого использования электронных подписей. В частности, единообразные правила не касаются аспектов публичного порядка, административного права, потребительского права или уголовного права, которые, возможно, необходимо принять во внимание национальным законодателям при создании всеобъемлющей правовой основы для электронных подписей.

14. Единообразные правила основываются на Типовом законе и призваны, в частности, отразить: принцип нейтральности с точки зрения носителей информации; недискриминационный подход в отношении функциональных эквивалентов традиционных понятий и практики, основанных на использовании бумажных документов, и широкое признание автономии сторон. Они предназначаются для использования в качестве как минимальных стандартов в "открытой" среде (т. е. когда стороны сносятся друг с другом с помощью электронных средств без предварительного согласия), так и субсидиарных правил в "закрытой" среде (т. е. когда стороны связаны существующими договорными нормами и процедурами, подлежащими соблюдению при передаче сообщений с помощью электронных средств).

II. ПРОЕКТЫ ПОЛОЖЕНИЙ О ЦИФРОВЫХ ПОДПИСЯХ, ДРУГИХ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ, СЕРТИФИКАЦИОННЫХ ОРГАНАХ И СООТВЕТСТВУЮЩИХ ПРАВОВЫХ ВОПРОСАХ

ГЛАВА I. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ И ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

15. При рассмотрении проектов положений, предлагаемых для включения в единообразные правила, Рабочая группа может пожелать рассмотреть в более общем плане взаимосвязь между единообразными правилами и Типовым законом. В частности, Рабочая группа может пожелать представить Комиссии предложения в отношении того, должны ли единообразные правила о цифровых подписях быть приняты в качестве отдельного правового документа или же их следует включить в расширенный вариант Типового закона, например, в качестве новой части III Типового закона.

16. Если единообразные правила будут подготовлены в качестве отдельного документа, то, как представляется, они должны будут включать положения, аналогичные статье 1 (Сфера применения), статье 2 (необходимые определения),

статье 3 (Толкование) и статье 4 (Изменение по договоренности) Типового закона. Хотя эти статьи не воспроизводятся в настоящей записке, следует отметить, что проекты положений единообразных правил разрабатывались Секретариатом на основе предположения о том, что эти положения будут включены в единообразные правила. В отношении сферы применения единообразных правил следует иметь в виду, что если будет включена статья, аналогичная статье 1 Типового закона, то сделки, касающиеся потребителей, не будут исключаться из сферы применения, если только законодательство, применимое к потребительским сделкам в принимающем государстве, не противоречит единообразным правилам.

17. Что касается вопроса об автономии сторон, то простой ссылки на статью 4 (Изменение по договоренности) может быть недостаточно для удовлетворительного решения. В статье 4 проводится различие между теми положениями Типового закона, которые можно свободно изменить по договоренности, и теми положениями, которые должны считаться императивными, если только изменение по договоренности не разрешено законодательством, применимым за пределами сферы действия Типового закона. Что касается электронных подписей, то практическое значение "закрытых" сетей обусловливает необходимость обеспечить широкое признание автономии сторон. В то же время, возможно, потребуется принять во внимание и основывающиеся на публичном порядке ограничения свободы договора, включая законы, направленные на защиту потребителей от уловок, связанных с договорами присоединения. Таким образом, Рабочая группа может пожелать включить в единообразные правила положение, аналогичное статье 4(1) Типового закона и устанавливающее, что, если иное не предусмотрено единообразными правилами или другим применимым законодательством, за электронными подписями и сертификатами, которые были выданы или получены или на которые стороны сделки полагаются в соответствии с согласованными ими процедурами, будут признаваться последствия, указанные в соглашении сторон. Кроме того, Рабочая группа может рассмотреть возможность установления правила толкования, предусматривающего, что при определении того, является ли сертификат, электронная подпись или сообщение данных, проверенные путем ссылки на сертификат, достаточно надежными для той или иной конкретной цели, во внимание должны приниматься все соответствующие соглашения, в которых участвуют стороны, любая установившаяся в их отношениях практика и любой соответствующий торговый обычай.

18. Помимо вышеупомянутых положений, Рабочая группа может пожелать рассмотреть вопрос о том, следует ли в преамбуле разъяснить цель единообразных правил, а именно содействие эффективному использованию электронных сообщений путем создания основы для обеспечения неприкосновенности сообщений и придания письменным и электронным сообщениям равного статуса с точки зрения их правовых последствий.

19. На своей тридцать третьей сессии Рабочая группа выразила сомнения в отношении приемлемости использования слов "усиленная" или "защищенная" для указания на методы подписания, которые могут обеспечить более высокую степень надежности, чем "электронные подписи" в целом (A/CN.9/454, пункт 29). Рабочая группа сделала вывод о том, что в отсутствие более подходящего термина следует сохранить слово "усиленная". Исходя из этих причин, в настоящем пересмотренном варианте единообразных правил в квадратных скобках используется слово "усиленная".

20. При обсуждении взаимосвязи между рассматриваемыми единообразными правилами и статьей 7 Типового закона Рабочая группа, возможно, пожелает изучить вопрос о том, следует ли ограничить применение рассматриваемых правил теми ситуациями, когда существуют юридические требования к форме или когда законодательство предусматривает определенные последствия, если какие-либо условия, такие как письменная форма или наличие подписи, не соблюдены. Следует напомнить о том, что в ходе подготовки Типового закона вопрос о содержании понятия требований в отношении формы уже рассматривался. В пункте 68 Руководства по принятию Типового закона отмечается, что слово "законодательство" ("the law"), использованное в Типовом законе, следует понимать как охватывающее не только статутное право или подзаконные акты, но также и нормы, создаваемые судами, и другие процессуальные нормы. Таким образом, слово "законодательство" охватывает также и правила доказывания. В тех случаях, когда в законодательстве не оговорено требование о соблюдении какого-либо конкретного условия, но предусмотрены последствия для случая несоблюдения условия, например для отсутствия письменной формы или наличия подписи, такие случаи также охватываются концепцией "законодательство", как она использована в Типовом законе.

ГЛАВА II. ЭЛЕКТРОННЫЕ ПОДПИСИ

Раздел I. Электронные подписи в целом

Статья 1. Определения

Для целей настоящих Правил:

а) "Электронная подпись" означает данные в электронной форме, содержащиеся в сообщении данных, приложенные к нему или логически ассоциируемые с ним и [которые могут использоваться] используемые

с целью [идентификации лица, подписавшего сообщение данных, и указания на то, что подписавшийся согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных] [выполнения условий, установленных в статье 7(1)(a) Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле];

b) "[Усиленная] электронная подпись" означает электронную подпись, которая [создана и] [со времени ее создания] может быть проверена с помощью применения какой-либо процедуры защиты или комбинации процедур защиты, которая обеспечивает, что такая электронная подпись:

i) присуща исключительно подписавшемуся [для цели, с которой] [в контексте, в котором] она используется;

ii) может использоваться для объективной идентификации подписавшего сообщение данных;

iii) была создана и проставлена на сообщении данных подписавшимся или с использованием средства, находящегося под исключительным контролем подписавшегося; [или]

[iv) была создана и связана с сообщением данных, к которому она относится, таким образом, что любое изменение в сообщении данных было бы выявлено].

c) Вариант A

"Цифровая подпись" означает такую электронную подпись, созданную путем преобразования сообщения данных с использованием резюмирующей функции сообщения и кодирования полученного преобразования при помощи асимметрической криптосистемы с использованием частного ключа подписавшегося, что любое лицо, располагающее первоначальным не подвергшимся преобразованию сообщением данных, закодированным преобразованием и соответствующим публичным ключом подписавшегося, может [точно] определить:

i) было ли такое преобразование осуществлено с использованием частного ключа, соответствующего публичному ключу подписавшегося; и

ii) было ли первоначальное сообщение данных изменено после произведенного преобразования.

Вариант B

"Цифровая подпись" представляет собой такое криптографическое преобразование (с использованием асимметрического криптографического метода) цифровой формы сообщения данных, что любое лицо, располагающее сообщением данных и надлежащим публичным ключом, может определить:

i) что такое преобразование осуществлено с использованием частного ключа, соответствующего надлежащему публичному ключу; и

ii) что сообщение данных не было изменено после криптографического преобразования.

d) "Сертификационный орган" означает любое лицо или организацию, которые в рамках своих деловых операций занимаются выдачей сертификатов [личности] в отношении криптографических ключей, используемых для целей цифровых подписей. [Настоящее определение применяется с учетом любого применимого закона, который требует, чтобы сертификационный орган получил лицензию, был аккредитован или функционировал таким образом, который указан в этом законе.]

e) "Сертификат [личности]" означает сообщение данных или иную запись, которые выдаются сертификационным органом и которые предназначены для подтверждения личности [или другой существенной характеристики] лица или организации, которые являются держателем определенной пары ключей.

f) "[Усиленный] сертификат" означает сертификат [личности], выданный с целью поддержки [усиленных] [защищенных] электронных подписей.

g) "Заявление о практике сертификации" означает заявление, опубликованное сертификационным органом, указавшим те виды практики, которые этот орган применяет при выдаче или каком-либо ином использовании сертификатов.

h) "Подписавшийся" означает лицо, которое или от имени которого [использует электронную подпись] [используется электронная подпись] [использует данные в качестве электронной подписи] [данные используются в качестве электронной подписи].

Справочные материалы

A/CN.9/446, пункт 20;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункты 16—20;
A/CN.9/446, пункты 27—46 (проект статьи 1), 62—70 (проект статьи 4), 113—131 (проект статьи 8), 132—133 (проект статьи 9);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 16—27, 37—38, 50—57 и 58—60;
A/CN.9/437, пункты 29—50 и 90—113 (проекты статей A, B и C); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 52—60.

Примечания

21. На предыдущей сессии по причине нехватки времени Рабочая группа отложила рассмотрение проекта статьи 1 до одной из будущих сессий (см. A/CN.9/454, пункт 19). Если не считать исключения слова "защищенная", использовавшегося в связи с электронными подписями, текст проекта статьи 1 в настоящей записке идентичен тексту этого проекта статьи, содержащемуся в документе A/CN.9/WG.IV/WP.76.

Статья 2. Соблюдение требований законодательства

1) Применительно к сообщению данных, подлинность которого удостоверяется при помощи электронной подписи [иной, чем [усиленная] электронная подпись], электронная подпись отвечает любому требованию законодательства в отношении подписи, если способ, использованный для проставления электронной подписи, является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда упомянутое в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

3) Если это прямо не предусматривается другими положениями [настоящего Закона], на электронные подписи, которые не являются [усиленными] электронными подписями, не распространяется действие положений, стандартов или же процедур лицензирования, установленных ... [указанными государством органами или ведомствами, упомянутыми в проекте статьи 6], или презумпций, созданных в силу статей 3, 4 и 5.

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

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 21-27;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункт 21; и
A/CN.9/446, пункты 27-46 (проект статьи 1).

Примечания

22. Цель проекта статьи 2 состоит в том, чтобы подтвердить связь между статьей 7 Типового закона и единообразными правилами. В проекте статьи 2(1) должным образом признается автономия сторон. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить в проекте статьи 2(1) заключенные в квадратные скобки слова ["иной, чем усиленная электронная почта"], поскольку они предполагают, что усиленная электронная подпись не отвечает требованиям статьи 7 Типового закона. Как представляется, это противоречит последствиям, создаваемым в силу варианта B проекта статьи 3.

23. Проект статьи 2(2) включен для обеспечения соответствия со статьей 7 Типового закона и по причинам, упомянутым выше в связи со значением слова "законодательство". В проекте статьи 2(3) четко устанавливается, что правила, применяемые к более высоким уровням "усиленных" или "защищенных" электронных подписей, например, правила, касающиеся возможных систем лицензирования сертификационных органов, или другие возможные нормы, регулирующие, в частности, цифровые подписи, в отношении всех видов "электронных подписей" в целом не применяются.

Раздел II. [Усиленные] электронные подписи

Статья 3.

Вариант A

Статья 3. Выполнение [усиленной] электронной подписью требований законодательства

1) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи, это требование считается выполненным с помощью [усиленной] электронной подписи [, если не доказано, что [усиленная] электронная подпись не отвечает требованиям статьи 7 Типового закона].

2) Пункт 1 применяется как в тех случаях, когда упомянутое в нем требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

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

Вариант B

Статья 3. Презумпция подписания

1) Сообщение данных презюмируется подписанным, если [усиленная] электронная подпись проставлена на сообщении данных или логически связана с ним.

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

Вариант C

Статья 3. Последствия, возникающие из использования [усиленной] электронной подписи

1) В случаях, когда в результате [использования] подписи возникли бы предусмотренные законом последствия, эти последствия возникают из [усиленной] электронной подписи.

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

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 28-39;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункты 22-23;
A/CN.9/446, пункты 47-48 (проект статьи 2) и 49-61 (проект статьи 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 28-36; и
A/CN.9/437, пункты 43, 48 и 92.

Примечания

Вариант A

24. В варианте A применительно к усиленным электронным подписям устанавливается содержащее привязку правило, позволяющее обеспечить выполнение требований статьи 7 Типового закона. Этот вариант проекта статьи 3 и проект статьи 2 закладывают основу единообразных правил. Во-первых, в проекте статьи 2 еще раз закрепляется принцип статьи 7 Типового закона, состоящий в том, что электронная подпись может удовлетворять установленному законодательством требованию в отношении наличия подписи в том случае, если она отвечает определенным условиям. Во-вторых, вариант A проекта статьи 3 предусматривает, что [усиленная] электронная подпись удовлетворяет этим условиям, и устанавливается привязка, обеспечивающая соблюдение требований статьи 7.

25. Положение, подтверждающее, что слово "законодательство" применяется независимо от того, выражено ли соответствующее требование в форме обязательства или же законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если какое-либо конкретное условие не соблюдено, было повторено в пункте 2 варианта A, с тем чтобы обеспечить единообразное значение слова "законодательство" в проекте единообразных правил и Типовом законе.

26. Если формулировка, заключенная в проекте варианта A в квадратные скобки, будет сохранена, то проект варианта A будет устанавливать привязку, обеспечивающую удовлетворение требований статьи 7 Типового закона; ее действие может быть приостановлено в случаях, когда представляются доказательства, свидетельствующие о том,

что требования статьи 7 не удовлетворены. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить эту формулировку в проекте статьи 3.

Вариант B

27. Цель варианта B состоит в создании презумпции того, что сообщение данных может рассматриваться в качестве "подписанного", если его подлинность удостоверена усиленной электронной подписью. Собственно в рамках этой презумпции "подписание" сообщения рассматривается отдельно от вопроса об идентификации подписавшегося. Такая презумпция может быть важной в тех случаях, когда формальных требований в отношении подписи, как это предусматривается в статье 7 Типового закона, не имеется, однако наличие подписи на сообщении данных может быть важным для какой-либо другой цели, или в случаях, когда законодательство требует, чтобы сообщение было подписанным, не оговаривая вопрос о личности подписавшегося, или в случаях, когда вопрос о личности подписавшегося значения не имеет.

28. Вариант B в его настоящей редакции может применяться в ситуациях, являющихся дополнительными к случаям, предусмотренным в статье 7. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, охватывает ли двойной подход, используемый в статье 7 (т.е. случаи, когда законодательство требует наличия подписи, и случаи, когда устанавливаются последствия, если подпись отсутствует), все ситуации, когда может использоваться подпись и когда она может повлечь за собой юридические последствия. Если все такие ситуации не охватываются, то включение положения, аналогичного варианту B, может быть целесообразным. В подобных обстоятельствах могут быть одновременно сохранены вариант B и вариант A, поскольку вариант B будет касаться дополнительных обстоятельств.

29. Содержавшаяся в предыдущем проекте статьи 3 ссылка на момент проставления подписи была исключена, однако Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о возможной необходимости включения этой концепции в какое-либо другое положение проекта единообразных правил.

Вариант C

30. Цель этого варианта состоит в том, чтобы четко установить в единообразных правилах принцип недискриминации, как он отражен в статье 5 Типового закона. Это положение направлено на обеспечение того, чтобы в случаях, когда использование подписи ведет к возникновению юридических последствий, эти последствия - независимо от формального требования к наличию подписи - были бы одинаковыми как для собственноручных, так и для электронных подписей. Действие этого варианта в значительной степени аналогично действию варианта B, поскольку для определения последствий в случаях, когда сообщение подписано (вариант B) или когда использована подпись (вариант C), они оба отсылают к внутреннему праву.

Статья 4. Презумпция атрибуции [усиленной] электронной подписи

1) [Усиленная] электронная подпись презюмируется подписью лица, которым или от имени которого она, как предполагается, была подготовлена, если только не установлено, что [усиленная] электронная подпись не была поставлена ни предполагаемым подписавшимся, ни лицом, уполномоченным действовать от его имени.

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

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 40-53;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункт 24;
A/CN.9/446, пункты 49-61 (проект статьи 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 33-36;
A/CN.9/437, пункты 118-124 (проект статьи E); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 64-65.

Примечания

31. В проекте статьи 4 устанавливается презумпция атрибуции применительно к [усиленным] электронным подписям, а также оговариваются два случая, когда эта презумпция не применяется. Собственно, в этом проекте статьи регулируются вопросы, рассматриваемые в статье 13 Типового закона, хотя в редакционном плане имеются определенные различия. Например, проект статьи 4 составлен в форме опровержимой презумпции атрибуции. С другой стороны, статья 13(2) Типового закона представляет собой положение, устанавливающее предположение, а в статье 13(3) закрепляется правило, которое предоставляет адресату право действовать исходя из атрибуции сообщения данных. Проект статьи 4 регулирует вопрос об атрибуции подписи, в то время как статья 13 Типового

закона касается атрибуции сообщения данных. Критерии атрибуции подписи в проекте статьи 4 несколько отличаются от критериев, использованных в статье 13 Типового закона применительно к атрибуции сообщения данных.

32. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть взаимосвязь между проектом статьи 4 и статьей 13 Типового закона и, в частности, вопрос о том, имеется ли какая-либо юридическая необходимость в проведении разграничения между атрибуцией сообщения и атрибуцией подписи на этом сообщении. Здесь следует учитывать тот факт, что в силу технических причин проведение такого разграничения может быть невозможным. Можно предположить, что атрибуция подписи должна вытекать из атрибуции сообщения данных - или наоборот, - и в этом случае необходимо только одно правило об атрибуции.

33. Другой аспект проекта статьи 4 состоит в том, что в нем затрагивается вопрос о несанкционированном использовании электронной подписи. В этом отношении имеет место частичное дублирование вопросов, охваченных статьей 13 Типового закона. Например, в проекте статьи 4 предусматривается, что презумпция атрибуции не применяется в двух случаях: когда подпись не была поставлена ни предполагаемым подписавшимся, ни лицом, уполномоченным предполагаемым подписавшимся. С другой стороны, в статье 13 предусматривается, что независимо от того, являлось ли сообщение санкционированным, адресат может рассматривать сообщение данных как сообщение предполагаемого составителя. Рабочая группа, возможно, пожелает изучить вопрос о необходимости включения в рассматриваемые единообразные правила новой нормы о несанкционированном использовании подписей и о взаимосвязи такой нормы и проекта статьи 7 об ответственности.

Статья 5. Презумпция целостности

1) Вариант A

В случае, когда [надежная процедура защиты] [усиленная электронная подпись] надлежащим образом применяется к обозначенной части сообщения данных и указывает, что обозначенная часть сообщения данных не подвергалась изменениям с определенного момента, обозначенная часть сообщения данных презюмируется не изменявшейся с этого момента.

Вариант B

В случае, когда процедура защиты способна [надежно] [со значительной степенью определенности] продемонстрировать, что обозначенная часть сообщения данных не подвергалась изменениям с определенного момента, и надлежащее применение этой процедуры указывает на то, что сообщение данных не подвергалось изменениям, презюмируется, что [целостность сообщения данных была сохранена] [сообщение данных не подвергалось изменениям] с этого момента.

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

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 54-63;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункт 25-26;
A/CN.9/446, пункты 47-48 (проект статьи 2);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 28-32; и
A/CN.9/437, пункты 43, 48 и 92.

Примечания

34. Проект статьи 5 был пересмотрен в соответствии с решением Рабочей группы, принятым на ее тридцать третьей сессии (A/CN.9/454, пункты 54-63). Цель пересмотренного проекта состоит в том, чтобы установить презумпцию относительно целостности сообщения данных. Как представляется, оба варианта этого проекта статьи для создания такой презумпции требуют, чтобы процедуры защиты или подпись были фактически применены с результатом, показывающим, что сообщение не подвергалось изменениям. При наличии подобных доказательств презумпция, приводящая к тому же результату, не будет иметь практического значения. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сформулировать этот проект статьи в качестве презумпции или в качестве материально-правовой нормы.

35. Одна из альтернатив, предусматриваемая в варианте A, основывается на том, что постановка подписи указывает на целостность. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить как постановку, так и проверку такой подписи (и использование функции хеширования или резюме сообщения), или же следует отдать предпочтение формулировке, предусматривающей применение процедуры защиты.

36. Как вариант A, так и вариант B проекта статьи 5(1) устанавливают прямую связь между подписанием сообщения и целостностью этого сообщения, однако условие наличия такой связи может быть не всегда полезным или необходимым. В ряде случаев функция целостности является неотъемлемой составной частью использованного вида технологии электронной подписи (как это может иметь место применительно к некоторым конкретным видам [усиленных] электронных подписей), и презумпция относительно целостности просто описывает прямой результат использования такой технологии. В других случаях использованная технология подписи может и не удовлетворять требованию о целостности, несмотря на то, что во всех других отношениях такая подпись может рассматриваться в качестве [усиленной] электронной подписи. Кроме того, имеются случаи, когда может возникнуть необходимость в доказывании целостности неподписанного сообщения. В подобных случаях правило, устанавливающее прямую связь между целостностью и подписью, может оказаться нецелесообразным.

37. В тех случаях, когда целостность требуется для того, чтобы продемонстрировать, что сообщение является подлинником, применяется статья 8 Типового закона. Рабочая группа, возможно, пожелает изучить вопрос о том, следует ли включить в рассматриваемые правила презумпцию относительно целостности в качестве материально-правовой нормы, следует ли включить функцию целостности в определение [усиленной] электронной подписи, а также вопрос о взаимосвязи между этим проектом статьи и статьей 8 Типового закона.

Статья 6. Предварительное определение [усиленной] электронной подписи

1) [Орган или ведомство, указанное принимающим государством в качестве компетентного,] может определять:

a) что электронная подпись [является [усиленной] электронной подписью] [удовлетворяет требованиям статьи 7 Типового закона];

[b) что процедура защиты удовлетворяет требованиям статьи 5].

2) Любое определение, вынесенное в силу пункта 1, должно соответствовать признанным международным техническим стандартам.

3) [С учетом [настоящих Правил и] применимого законодательства] стороны могут договориться о том, что электронная подпись в отношениях между ними должна рассматриваться:
[a) в качестве [усиленной] электронной подписи];
[b) в качестве удовлетворяющей требованиям статьи 7 Типового закона].

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 64-75;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункт 27;
A/CN.9/446, пункты 37-45 (проект статьи 1); и
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 27.

Примечания

38. В предыдущем варианте проекта статьи 6(1) говорилось о подписи, удовлетворяющей требованиям проекта статьи 1(b) (определение [усиленной] электронной подписи). Изменение формулировки статьи 6 позволяет выносить определения о том, что электронная подпись является [усиленной] электронной подписью или - альтернативная возможность - что электронная подпись удовлетворяет требованиям статьи 7, т.е. этот вопрос решается с помощью непосредственной привязки. Если электронная подпись является [усиленной] электронной подписью в соответствии с вариантом A проекта статьи 3, то необходимости указывать, что она удовлетворяет требованиям статьи 7, не имеется, поскольку это ясно вытекает из ее [усиленного] статуса.

39. Пересмотренный вариант проекта статьи 6(1)(b), согласованный на тридцать третьей сессии Рабочей группы (A/CN.9/454, пункт 73), содержит ссылку на "требования статьи 5". Проект статьи 5, как он был пересмотрен на этой же сессии (A/CN.9/454, пункт 61), более не устанавливает требований в отношении целостности. Рабочая группа, возможно, пожелает вернуться к вопросу о включении в проект статьи 6(1)(b) ссылки на проект статьи 5.

40. В проекте статьи 6(2) слова "в тех случаях, когда они существуют" были исключены на том основании, что в контексте типового закона они не являются необходимыми. В тех случаях, когда подобные стандарты существуют, государства, принимающие единообразные правила, должны поощряться к их соблюдению, и соответствующее примечание могло бы быть включено, например, в руководство по принятию.

41. Формулировка проекта статьи 6(3) была пересмотрена, с тем чтобы отразить обеспокоенность, высказанную на тридцать третьей сессии Рабочей группы (A/CN.9/454, пункт 71) и состоящую в том, что, хотя необходимо

обеспечить уважение автономии сторон, любое соглашение между сторонами в отношении использования электронной подписи не должно иметь последствий для третьих сторон. В пересмотренном варианте также учтена обеспокоенность (A/CN.9/454, пункт 75) относительно использования формулировки "определять последствия подписи" (подчеркивание добавлено) и относительно возможного толкования этой формулировки в различных правовых системах. В проекте пункта 3 воспроизводятся формулировки пункта 1 и предусматривается определение [усиленного] статуса в качестве альтернативы определению того, что подпись отвечает требованиям статьи 7 Типового закона.

Статья 7. Ответственность за несанкционированное использование [усиленной] электронной подписи

Вариант A

В случае, когда использование [усиленной] электронной подписи являлось несанкционированным и предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности для избежания несанкционированного использования его подписи и для предотвращения того, чтобы адресат положился на такую подпись,

Вариант X эта подпись тем не менее считается санкционированной, за исключением случая, когда полагающейся стороне стало известно или должно было стать известно, что данная подпись является несанкционированной.

Вариант Y предполагаемый подписавшийся может нести ответственность лишь за покрытие расходов по восстановлению положения сторон, существовавшего до несанкционированного использования подписи, за исключением случая, когда полагающейся стороне стало известно или должно было стать известно, что данная подпись не является подписью предполагаемого подписавшегося.

Вариант Z предполагаемый подписавшийся несет ответственность [за уплату убытков для компенсации полагающейся стороне] за нанесенный ущерб, за исключением случая, когда полагающейся стороне стало известно или должно было стать известно, что данная подпись не является подписью предполагаемого подписавшегося.

Вариант B

1) В случае, когда:

a) использование [усиленной] электронной подписи являлось несанкционированным;

b) предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности для избежания несанкционированного использования его подписи и для предотвращения того, чтобы адресат положился на такую подпись; и

c) адресат добросовестно разумно положился на подпись себе в ущерб

[производится] [может быть произведена] атрибуция подписи предполагаемому подписавшемуся для целей распределения ответственности за покрытие расходов по восстановлению положения сторон, существовавшего до несанкционированного использования подписи.

2) Пункт 1 не применяется в той мере, в которой адресату стало известно или должно было стать известно, что использование подписи являлось несанкционированным.

Вариант C

1) В случае, когда [усиленная] электронная подпись проставляется на сообщении данных и:

a) использование [усиленной] электронной подписи являлось несанкционированным;

b) предполагаемый подписавшийся не проявил разумной осмотрительности для избежания несанкционированного использования его подписи; и

c) адресат добросовестно разумно положился на подпись себе в ущерб,

производится атрибуция сообщения данных предполагаемому подписавшемуся, за исключением случаев, когда это [является необоснованным и несправедливым] [будет явно несправедливым] с учетом целей, для которых было использовано сообщение данных, и других соответствующих обстоятельств.

2) [В случае, когда применяются подпункты (a), (b) и (c) пункта 1 и атрибуции сообщения данных предполагаемому подписавшемуся согласно пункту 1 не производится] [В случае, когда атрибуции сообщения данных предполагаемому подписавшемуся согласно пункту 1 не производится на основании явной несправедливости], предполагаемый подписавшийся тем не менее несет ответственность за покрытие расходов по восстановлению положения адресата, существовавшего до использования несанкционированной подписи.

3) Пункт 1 не применяется:

a) в той мере, в которой адресату стало известно или должно было стать известно, если бы он проявил разумную осмотрительность, что данная подпись не является подписью предполагаемого подписавшегося;

b) в случае, когда адресат получил от предполагаемого подписавшегося уведомление о том, что данная подпись не является подписью предполагаемого подписавшегося, и в распоряжении адресата имелось разумное время для принятия соответствующих мер.

4) Атрибуция несанкционированной подписи предполагаемому подписавшемуся согласно пункту 1 будет явно несправедливой, если:

a) это возложит на предполагаемого подписавшегося бремя, не пропорциональное убыткам, понесенным адресатом,

b) [...]

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 76-88;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункты 28-30;
A/CN.9/446, пункты 49-61 (проект статьи 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 33-36;
A/CN.9/437, пункты 118-124 (проект статьи E); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 64-65.

Примечания

42. Проект статьи 7 был пересмотрен с тем, чтобы учесть ряд различных вариантов, обсужденных Рабочей группой на ее тридцать третьей сессии (A/CN.9/454, пункты 76-88). И вариант A, и вариант B в их нынешней редакции поднимут вопросы, которые уже охвачены статьей 13 Типового закона, в частности статьей 13(3). Следует, однако, отметить, что статья 13 Типового закона касается атрибуции сообщения данных, в то время как в проекте статьи 7 рассматривается несанкционированное использование подписи.

43. Вопрос об атрибуции в проекте статьи 7 рассматривается несколько по-иному, чем это делается согласно статье 13. Например, согласно статье 13(4)(a) и (b) в тех случаях, когда имеется несанкционированное сообщение по смыслу статьи 13(3)(b), получающая сторона может полагаться на сообщение при условии, что она не получила уведомления об отсутствии санкций, или за исключением случаев, когда ей должно было стать известно о том, что сообщение является несанкционированным. В статье 13 не оговаривается, что предполагаемый подписавшийся может выдвинуть возражение о том, что он принял разумные меры для защиты подписи (например, путем предотвращения доступа к методу, используемому подписавшимся для идентификации сообщения данных в качестве его собственного), а согласно варианту B(1)(b) проекта статьи 7 такая возможность предусматривается. Кроме того, в статье 13 не рассматривается вопрос о полагающейся стороне, действующей добросовестно себе в ущерб; в отличие от этого вариант B(1)(c) проекта статьи 7 единообразных правил четко исходит из ущерба, понесенного адресатом, и идеи реституции.

44. В центре внимания статьи 13 Типового закона и проекта статьи 7 единообразных правил стоят различные вопросы. Статья 13 посвящена атрибуции сообщений, а в проекте статьи 7 устанавливается правило ответственности в связи с атрибуцией подписи. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание решение, которое предстоит принять применительно к статье 4 и которое связано с юридической необходимостью в проведении разграничения между атрибуцией сообщения и атрибуцией подписи (см. пункт 32 выше). Возможно, потребуется рассмотреть взаимосвязь между этими двумя проектами статей, с тем чтобы не было недопониманий в вопросе о том, какое из положений следует применять для атрибуции сообщения данных в случае подписанного сообщения данных. Один из путей, позволяющих избежать возможных недоразумений, состоит в принятии специального правила, применимого к случаям, когда сообщение данных подписано [усиленной] электронной подписью. Именно эту цель преследует включение варианта C в проект статьи 7. В проекте пункта 3 варианта C, помимо оснований явной несправедливости, повторяются два предусмотренных статьей 13 случая, когда атрибуция сообщения предполагаемому подписавшемуся не может быть произведена, а в проекте пункта 4 варианта C содержатся определенные указания на то, что можно считать явной несправедливостью. Рабочая группа, возможно,

пожелает рассмотреть другие ситуации, которые могут представлять собой явную несправедливость в контексте атрибуции.

Раздел III. Цифровые подписи, подтвержденные сертификатами

Статья 8.. Содержание [усиленных] сертификатов

Вариант A

1) Для целей настоящих Правил в [усиленном] сертификате, по меньшей мере:

a) идентифицируется выдавший его сертификационный орган;

b) именуется или идентифицируется [подписавшийся] [субъект сертификата] либо устройство или электронный агент, находящийся под контролем [подписавшегося] [субъекта сертификата] [этого лица];

c) содержится публичный ключ, который отвечает частному ключу, находящемуся под контролем [подписавшегося] [субъекта сертификата];

d) указывается срок действия сертификата;

e) имеется цифровая подпись или же обеспечена иная защита выдавшим его сертификационным органом;

[f) указываются ограничения, если таковые имеются, в отношении сферы использования публичного ключа;]

[g) идентифицируется алгоритм, подлежащий применению].

Вариант B

1) При раскрытии какой-либо стороне содержащейся в сертификате информации сертификационный орган [или субъект сертификата] обеспечивает включение в такую информацию по меньшей мере сведений, указанных в пункте 2, за исключением случаев, когда сертификационный орган [или, в соответствующих случаях, субъект] и такая сторона прямо договорились об ином.

Вариант X 2) Указанная в пункте 1 информация включает:

a) для всех сертификатов

i) идентификацию выдавшего сертификационного органа;

ii) публичный ключ, соответствующий частному ключу, находящемуся под контролем [подписавшегося] [субъекта сертификата];

iii) цифровую или иную подпись сертификационного органа, выдавшего сертификат [информацию];

b) для [...] сертификатов

i) срок действия сертификата;

[ii) ограничения, если таковые имеются, применимые в отношении сферы использования публичного ключа;]

[iii) идентификацию алгоритма, подлежащего применению].

Вариант Y 2) Указанная в пункте 1 информация включает:

a) идентификацию сертификационного органа, выдавшего [сертификат] [информацию];

b) наименование или идентификацию [подписавшегося] [субъекта сертификата] или устройства или электронного агента, находящегося под контролем [подписавшегося] [субъекта сертификата] [этого лица];

c) публичный ключ, соответствующий частному ключу, находящемуся под контролем [подписавшегося] [субъекта сертификата];

d) цифровая или иная подпись сертификационного органа, выдавшего сертификат [информацию].

3) Сертификаты могут также включать другую информацию, в том числе следующую:

a) срок действия сертификата;

[b) ограничения, если таковые имеются, применимые в отношении сферы использования публичного ключа;]

[c) идентификацию алгоритма, подлежащего применению].

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 89-116;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункт 31;
A/CN.9/446, пункты 113-131 (проект статьи 8);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 50-57;
A/CN.9/437, пункты 98-113 (проект статьи C); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 18-45 и 59-60.

Примечания

45. С учетом быстрого изменения соответствующих технологий и развития новых форм сертификации, не основывающихся на трехсторонней модели (подписавшийся, полагающаяся сторона и сертификационный орган), на тридцать третьей сессии Рабочей группы было высказано сомнение относительно уместности включения в рассматриваемые правила единого положения, касающегося содержания сертификатов (A/CN.9/454, пункты 90-97). Данная пересмотренная редакция проекта статьи 8, которая включает два согласованных Рабочей группой варианта (A/CN.9/454, пункт 116), будет являться основой для дальнейшего обсуждения.

46. В варианте B отражена обеспокоенность тем, что понятие выдачи сертификата может охватывать только физическую выдачу сертификата субъекту сертификата, связанную с договорными отношениями, в отличие от раскрытия содержащейся в сертификате информации любой полагающейся третьей стороне. В варианте B устанавливается обязательство раскрывать определенную содержащуюся в сертификате информацию, однако оно не связывается с каким-либо обязательством включать эту информацию в сертификат в качестве предварительного условия раскрытия. В тех случаях, когда какая-либо информация в сертификат не включена, могут возникнуть проблемы в вопросе о том, существует ли, тем не менее, обязательство раскрывать такую информацию. Рабочая группа, возможно, пожелает изучить вопрос о возможной предпочтительности выработки положения, которое будет устанавливать минимальную информацию, подлежащую включению в сертификат, и отдельного положения, касающегося обязательства раскрывать информацию.

Статья 9. Последствия цифровых подписей, подтвержденных сертификатами

1) В отношении всего сообщения данных или какой-либо его части в случае, когда составитель идентифицирован цифровой подписью, эта цифровая подпись является [усиленной] электронной подписью, если:

Вариант A a) цифровая подпись была создана в течение срока действия действительного сертификата и [надлежащим образом] проверена [в течение срока действия действительного сертификата] с помощью публичного ключа, указанного в сертификате;

b) сертификат имеет целью установление связи между публичным ключом и личностью [подписавшегося] [соответствующего лица] [составителя];

c) сертификат был выдан для целей удостоверения цифровых подписей, которые являются [усиленными] электронными подписями; и

d) сертификат был выдан:

i) сертификационным органом, получившим лицензию от ... [принимающее государство указывает орган или ведомство, компетентное выдавать лицензии сертификационным органам и принимать правила, регулирующие функционирование получивших лицензию сертификационных органов]; или

ii) сертификационным органом, аккредитованным ответственным аккреди-тационным органом, применяющим коммерчески обоснованные и международно признанные стандарты, относящиеся к вопросам надежности технологии, практики и других соответствующих характеристик функционирования сертификационного органа. Неисчерпывающий перечень органов и стандартов, отвечающих положениям настоящего пункта, может быть опубликован ... [принимающее государство

указывает орган или ведомство, компетентное устанавливать признанные стандарты функционирования получивших лицензию сертификационных органов]; или

[iii) в соответствии с коммерчески обоснованными и международно признанными стандартами.]

Вариант B

a) цифровая подпись была [надежно] создана в течение срока действия действительного сертификата и [надлежащим образом] проверена [в течение срока действия действительного сертификата] с помощью публичного ключа, указанного в сертификате; и

b) сертификат устанавливает связь между публичным ключом и личностью [соответствующего лица] [составителя] [...] согласно процедурам, установленным:

i) [принимающее государство указывает орган или ведомство, компетентное выдавать лицензии сертификационным органам и принимать правила, регулирующие функционирование получивших лицензию сертификационных органов]; или

ii) ответственным аккредитационным органом, применяющим коммерчески обоснованные и международно признанные стандарты, относящиеся к вопросам надежности технологии, практики и других соответствующих характеристик функционирования сертификационного органа; или

iii) [международными стандартами и коммерческой практикой или обычаями, широко известными и регулярно применяемыми в области, с которой связана сделка].

2) Цифровая подпись, не удовлетворяющая требованиям, изложенным в пункте 1, считается [усиленной] электронной подписью, если:

a) имеются достаточные доказательства того, что:

i) сертификат устанавливает четкую связь между публичным ключом и личностью [субъекта сертификата] [...]; и

ii) цифровая подпись надлежащим образом создана и [в течение срока действия сертификата] проверена с применением надежной защищенной процедуры; или

b) она квалифицируется в качестве [усиленной] электронной подписи согласно другим положениям настоящих Правил.

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 117-138;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункты 32-38;
A/CN.9/446, пункты 71-84 (проект статьи 5);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 39-44; и
A/CN.9/437, пункты 43, 48 и 92.

Примечания

47. Редакция проекта статьи 9 была пересмотрена с тем, чтобы отразить принятое Рабочей группой на ее тридцать третьей сессии (A/CN.9/454, пункт 136) решение включить в текст варианты A и B для будущего обсуждения. В проекте статьи 9 устанавливаются условия, которые должны быть соблюдены для того, чтобы цифровая подпись рассматривалась в качестве [усиленной] электронной подписи. [Усиленная] электронная подпись в общем виде определяется в проекте статьи 1(b) в качестве подписи, удовлетворяющей определенным условиям. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, являются ли условия, содержащиеся в проекте статьи 9, дополнительными по отношению к общим условиям определения или же их цель состоит в разъяснении и развитии этих условий. В то же время проект статьи 9(2)(b) в его нынешней редакции устанавливает, что цифровая подпись может рассматриваться в качестве [усиленной] электронной подписи, даже если она не отвечает требованиям проекта статьи 9(1), при условии, что она квалифицируется в качестве [усиленной] электронной подписи согласно другим положениям правил. Это включает соответствующую квалификацию согласно определению в проекте статьи 1. Если проект статьи 9 не будет четко сформулирован в качестве развития условий, оговоренных в проекте статьи 1, то правила будут устанавливать два различных стандарта для определения того, что следует рассматривать в качестве [усиленной] электронной подписи.

48. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть проект статьи 9 в контексте проекта статьи 1 при уделении особого внимания технологии цифровых подписей. Этот проект статьи может, например, специально регулировать вопрос о том, как цифровая подпись может удовлетворить требования проекта статьи 1(b)(i)-(iii).

Глава III. Сертификационные органы и смежные вопросы

Статья 10. Гарантия при выдаче [усиленного] сертификата

1) Выдавая [усиленный] сертификат, сертификационный орган гарантирует [любому лицу, разумно полагающемуся на [усиленный] сертификат], что:

a) сертификационный орган выполнил все применимые требования [настоящих Правил];

b) вся содержащаяся в [усиленном] сертификате информация является точной на момент его выдачи, [если только сертификационный орган не указал в [усиленном] сертификате, что точность определенной информации не подтверждается];

c) насколько известно сертификационному органу, в [усиленном] сертификате не упущены никакие известные существенные факты, которые могли бы отрицательно сказаться на достоверности информации, содержащейся в [усиленном] сертификате; и

[d) если сертификационный орган опубликовал заявление о практике сертификации, [усиленный] сертификат был выдан сертификационным органом в соответствии с этим заявлением о практике сертификации].

2) Выдавая [усиленный] сертификат, сертификационный орган предоставляет в отношении [подписавшегося] [субъекта], идентифицированного в [усиленном] сертификате, [любому лицу, разумно полагающемуся на [усиленный] сертификат,] следующие дополнительные гарантии:

a) что публичный и частный ключи [подписавшегося] [субъекта], идентифицированного в [усиленном] сертификате, составляют действующую пару ключей; и

b) что в момент выдачи [усиленного] сертификата частный ключ:

i) соответствует [подписавшемуся] [субъекту], идентифицированному в [усиленном] сертификате; и

ii) соответствуют публичному ключу, указанному в [усиленном] сертификате".

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 139-144;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункт 39;
A/CN.9/446, пункты 134-145 (проект статьи 10);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 61-63;
A/CN.9/437, пункты 51-73 (проект статьи H); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 70-72.

Примечания

49. Проект статьи 10 отражает решение, принятое Рабочей группой на ее тридцать третьей сессии (A/CN.9/454, пункты 140-144), хотя Рабочая группа согласилась с тем, что эту статью, возможно, потребуется рассмотреть в будущем с учетом проектов статей 11 и 12.

50. Применение пересмотренного проекта статьи 10 ограничено [усиленными] электронными подписями по той причине, что установление обязательного стандарта для всех видов сертификатов может быть нецелесообразным с учетом разнообразных типов сертификатов и видов их использования, которые могут появиться в будущем.

Статья 11. Договорная ответственность

1) В отношениях между сертификационным органом, выдавшим сертификат, и держателем этого сертификата [или какой-либо иной полагающейся стороной, находящейся в договорных отношениях с сертификационным органом] права и обязательства сторон [и их любое ограничение] определяются их соглашением [с учетом положений применимого законодательства].

2) [С учетом положений статьи 10] сертификационный орган может, по соглашению, исключить свою ответственность за любые убытки, понесенные в результате доверия к сертификату. Однако на оговорку, ограничивающую или исключающую ответственность сертификационного органа, нельзя ссылаться в той мере, в которой такое исключение или ограничение договорной ответственности [будет явно несправедливым] [будет по своей сути несправедливым и приведет к очевидной несбалансированности в положении сторон] [неоправданно предоставит одной стороне чрезмерное преимущество] с учетом цели договора и других соответствующих обстоятельств.

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 145-157;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункт 40;
A/CN.9/446, пункты 146-154 (проект статьи 11);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 64-65;
A/CN.9/437, пункты 51-73 (проект статьи H); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 70-72.

Примечания

51. Проект статьи 11 отражает принятое Рабочей группой на ее тридцать третьей сессии решение (A/CN.9/154, пункт 149) сохранить в единообразных правилах статью, аналогичную проекту статьи 11. На этой сессии была высказана обеспокоенность в связи с тем, что термин "явно несправедливый" может и не быть понятным для всех правовых систем (A/CN.9/454, пункт 152). Рабочей группе было напомнено о том, что пункт 2 построен на основе Принципов международных коммерческих контрактов МИУЧП (статья 7.1.6) и представляет собой попытку установить единообразный стандарт для оценки общей приемлемости оговорок об исключении ответственности. Ссылка на "явно несправедливые" ограничения или исключения ответственности предполагает гибкий подход к оговоркам об исключении ответственности и преследует цель содействовать более широкому признанию оговорок об ограничении и исключении ответственности, чем это было бы возможно, если бы в единообразных правилах упоминался лишь закон, применимый за пределами единообразных правил (A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункт 64). Для лучшего разъяснения термина "явно несправедливый" были включены дополнительные формулировки в квадратных скобках. Эти формулировки заимствованы из разъяснительных материалов к статье 7.1.6 Принципов МИУЧП.

Статья 12. Ответственность сертификационного органа перед сторонами, полагающимися на сертификаты

1) С учетом положений пункта 2 в случае, когда сертификационный орган выдает сертификат, он несет ответственность перед любым лицом, разумно полагающимся на этот сертификат, за:

a) ошибки или упущения в сертификате, если только сертификационный орган не докажет, что он или его агенты приняли все разумные меры для избежания ошибок или упущений в сертификате;

b) непринятие мер по регистрации аннулирования сертификата, если только сертификационный орган не докажет, что он или его агенты приняли все разумные меры для регистрации аннулирования сразу же после получения уведомления о его аннулировании; и

c) последствия несоблюдения любой процедуры, указанной в заявлении о практике сертификации, опубликованном сертификационным органом.

2) Доверие к сертификату не является разумным в той мере, в которой оно противоречит информации, содержащейся в сертификате [или включенной в него путем ссылки] [или в перечне аннулирования] [или в информации об аннулировании]. [Доверие не является разумным, в частности, [если] [в той мере, в которой]:

a) оно оказано с целью, противоречащей цели, для которой выдан сертификат;

b) оно оказано в связи с операцией, стоимостной объем которой превышает стоимость, в отношении которой сертификат является действительным; или

c) [...]].

Справочные материалы

A/CN.9/454, пункты 158-163;
A/CN.9/WG.IV/WP.76, пункт 41;
A/CN.9/446, пункты 155-173 (проект статьи 12);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, пункты 66-67;
A/CN.9/437, пункты 51-73 (проект статьи H); и
A/CN.9/WG.IV/WP.71, пункты 70-72.

Примечания

52. На своей тридцать третьей сессии Рабочая группа согласилась с тем, что проекты статей 10, 11 и 12 необходимо совместно рассмотреть на одном из будущих заседаний для обеспечения того, чтобы обязательства, налагаемые на сертификационные органы, соответствовали нормам об ответственности, устанавливаемым единообразными правилами (A/CN.9/454, пункт 159), но что, однако, проект статьи 12 следует сохранить и пересмотреть на предмет внесения ряда редакционных изменений. Эти редакционные изменения были внесены в данный пересмотренный вариант проекта статьи 12.

Общие примечания в отношении проектов статей 13-15

53. Ввиду отсутствия времени Рабочая группа провела лишь предварительное обсуждение проектов статей 13, 14 и 15 (A/CN.9/454, пункты 164-169). Был высказан ряд замечаний по поводу подробности этих проектов статей и технических предпосылок, на которых они основываются. Рабочей группе было предложено, чтобы применение этих проектов статей ограничивалось только цифровыми подписями и чтобы, поскольку они касаются основных обязательств сертификационного органа, вопрос о существе этих обязательств был решен до возможного рассмотрения вопросов об ответственности. Эти проекты статей было решено сохранить в квадратных скобках для будущего рассмотрения.

[Статья 13. Аннулирование сертификата

1) В течение срока действия сертификата выдавший его сертификационный орган должен аннулировать сертификат в соответствии с политикой и процедурами, регулирующими порядок аннулирования и предусмотренными в применимом заявлении о практике сертификации, либо, в отсутствие такой политики и процедур, незамедлительно по получении:

a) требования об аннулировании от [подписавшегося] [субъекта], идентифицированного в сертификате, и подтверждении того, что лицо, требующее аннулирования, является [правомерным] [подписавшимся] [субъектом] либо агентом [подписавшегося] [субъекта], обладающим полномочиями требовать такого аннулирования;

b) достоверных доказательств наступления смерти [подписавшегося] [субъекта] сертификата, если [подписавшимся] [субъектом] является физическое лицо; или

c) достоверных доказательств ликвидации или прекращения существования [подписавшегося] [субъекта], если [подписавшимся] [субъектом] является юридическое лицо.

2) [Подписавшийся] [субъект] в отношении сертифицированной пары ключей обязан аннулировать соответствующий сертификат или потребовать его аннулирования в случае, когда [подписавшемуся] [субъекту] стало известно, что частный ключ был утерян или скомпрометирован или подвергается опасности неправомерного использования в других отношениях. Если [подписавшийся] [субъект] не аннулирует сертификат или не потребует его аннулирования в такой ситуации, то этот [подписавшийся] [субъект] несет ответственность перед любой стороной, полагающейся на сообщение, за ущерб в результате того, что этот [подписавшийся] [субъект] не произвел такого аннулирования.

3) Независимо от того, дает ли свое согласие на аннулирование [подписавшийся] [субъект], идентифицированный в сертификате, сертификационный орган, выдавший сертификат, должен аннулировать сертификат сразу же после того, как ему станет известно, что:

a) изложенные в сертификате существенные факты не соответствуют действительности;

b) частный ключ или информационная система сертификационного органа были скомпрометированы таким образом, что это влияет на надежность сертификата; или

c) были скомпрометированы частный ключ или информационная система [подписавшегося] [субъекта].

4) После аннулирования сертификата согласно пункту 3 сертификационный орган должен уведомить [подписавшегося] [субъекта] и полагающиеся стороны в соответствии с политикой и процедурами, регулирующими порядок уведомления об аннулировании и предусмотренными в применимом заявлении о практике сертификации, либо в отсутствие такой политики и процедур, незамедлительно уведомить [подписавшегося] [субъекта] и незамедлительно опубликовать уведомление об аннулировании сертификата, если последний был опубликован, и каким-либо иным путем раскрыть факт аннулирования после получения запроса от какой-либо полагающейся стороны.

5) [В отношениях между [подписавшимся] [субъектом] и сертификационным органом] аннулирование вступает в силу с момента его [получения] [регистрации] сертификационным органом.

[6) В отношениях между сертификационным органом и любой другой полагающейся стороной, аннулирование вступает в силу с момента его [регистрации] [опубликования] сертификационным органом]].

[Статья 14. Приостановление действия сертификата

В течение срока действия сертификата выдавший его сертификационный орган должен приостановить действие сертификата в соответствии с политикой и процедурами, регулирующими порядок приостановления действия и предусмотренными в применимом заявлении о практике сертификации, либо, в отсутствие такой политики и процедур, незамедлительно по получении требования об этом от лица, которого сертификационный орган разумно считает [подписавшимся] [субъектом], идентифицированным в сертификате, либо от лица, уполномоченного действовать от имени такого [подписавшегося] [субъекта]].

[Статья 15. Регистр сертификатов

1) Сертификационные органы ведут общедоступный электронный реестр выданных сертификатов, содержащий указания на то, когда истекает срок действия того или иного сертификата либо когда его действие было приостановлено или он был аннулирован.

2) Записи в реестре хранятся сертификационным органом

Вариант A в течение по меньшей мере [30] [10] [5] лет

Вариант B в течение ... [принимающее государство указывает срок хранения в регистре соответствующей информации] после даты аннулирования или истечения срока действия любого сертификата, выданного этим сертификационным органом.

Вариант C в соответствии с политикой и процедурами, установленными сертификационным органом в применимом заявлении о практике сертификации.]

F. Рабочий документ, представленный Рабочей группе по электронной торговле на ее тридцать четвертой сессии: электронные подписи записка Секретариата (A/CN.9/WG.IV/WP.80) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
ВВЕДЕНИЕ	1-6
ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ	7-24
Статья A. Определения	7-10
Статья B. Выполнение требований о наличии подписи	11-12
Статья C. Выполнение требований о наличии подлинника	13-14
Статья D. Определение усиленной электронной подписи	15
Статья E. Свобода договора	16-17
Статья F. Обязательства обладателя подписи	18-19
Статья G. Доверие к усиленным электронным подписям	20-21
Статья H. Обязательства сертификатора информации	22-24

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тридцатой сессии в мае 1997 года Комиссия поручила Рабочей группе по электронной торговле подготовить единообразные правила по правовым вопросам подписей в цифровой форме и сертификационных органов. В отношении конкретной сферы применения и формы таких единообразных правил на этой сессии было выражено общее мнение, что на данном начальном этапе принятие решения невозможно. Кроме того, было сочтено, что, хотя Рабочая группа может надлежащим образом сосредоточить свое внимание на вопросах подписей в цифровой форме с учетом очевидной ведущей роли криптографии публичных ключей в зарождающейся практике электронной торговли, подготавливаемые единообразные правила должны соответствовать нейтральному с точки зрения носителей информации подходу, который взят за основу в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (далее в тексте -"Типовой закон"). Таким образом, единообразные правила не должны препятствовать использованию других методов удостоверения подлинности. Кроме того, при решении вопроса криптографии публичных ключей в этих единообразных правилах, возможно, необходимо будет учесть различия в уровнях защиты и признать различные правовые последствия и уровни ответственности, соответствующие различным видам услуг, оказываемых в контексте подписей в цифровой форме. Что касается сертификационных органов, то Комиссия, хотя она и признала ценность стандартов, определяемых рыночными отношениями, в целом согласилась с тем, что Рабочая группа может надлежащим образом предусмотреть разработку минимального свода стандартов, которые должны будут строго соблюдаться сертификационными органами, особенно в случае необходимости трансграничной сертификации[1].

2. На ее тридцать первой сессии в июне 1998 года Комиссии был представлен доклад Рабочей группы о работе ее тридцать второй сессии (A/CN.9/446). Комиссия выразила признательность Рабочей группе за усилия по подготовке проекта единообразных правил об электронных подписях. Было отмечено, что на своих тридцать первой и тридцать второй сессиях Рабочая группа столкнулась с очевидными трудностями в достижении общего понимания новых правовых вопросов, которые возникают в связи с расширением использования подписей в цифровой и другой электронной форме. Было также отмечено, что еще предстоит достичь консенсуса в отношении того, каким образом эти вопросы можно было бы урегулировать в международно приемлемых правовых рамках. В то же время Комиссия в целом сочла, что достигнутый к настоящему моменту прогресс свидетельствует о том, что проект единообразных правил об электронных подписях постепенно превращается в документ, который можно будет применять на практике. Комиссия подтвердила принятое на ее тридцать первой сессии решение относительно возможности разработки таких единообразных правил[2] и выразила уверенность в том, что на своей тридцать третьей сессии (Нью-Йорк, 29 июня - 10 июля 1998 года) Рабочая группа сможет добиться дальнейшего прогресса на основе пересмотренного проекта, подготовленного Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). В контексте этого обсуждения Комиссия с удовлетворением отметила, что, по общему признанию, Рабочая группа стала особо важным международным форумом для обмена мнениями по правовым вопросам электронной торговли и выработки решений по этим вопросам[3].

3. На своей тридцать третьей сессии (июль 1998 года) Рабочая группа продолжила рассмотрение единообразных правил на основе записки, подготовленной Секретариатом (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Доклад о работе этой сессии содержится в документе A/CN.9/454. На основе обсуждений и решений Рабочей группы Секретариат подготовил записку, содержащую пересмотренные проекты положений (A/CN.9/WG.IV/WP.79).

4. В настоящей записке содержатся проекты статей, ряд которых основывается на положениях, включенных в документ A/CN.9/WG.IV/WP.79, и которые могут быть рассмотрены Рабочей группой в сочетании с проектами статей 1-15 пересмотренного проекта единообразных правил или в качестве альтернативы этим проектам статей.

5. Цель настоящей записки состоит в том, чтобы содействовать обсуждениям в Рабочей группе путем представления на ее рассмотрение проектов статей, основывающихся на ключевых элементах глав II и III пересмотренного проекта единообразных правил, содержащегося в документе A/CN.9/WG.IV/WP.79, а также трех проектов статей, в которых предпринимается попытка урегулировать трудности, с которыми столкнулась Рабочая группа при обсуждении вопросов ответственности. Таким образом, эти три статьи затрагивают ряд обязательств сторон, связанных с подписанием сделок, которые уже оговорены в главах II и III пересмотренного проекта единообразных правил. Терминология и определения проекта единообразных правил, содержащегося в документе A/CN.9/WG.IV/WP.79, были в соответствующих случаях пересмотрены.

---

[1]Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 и исправление (A/52/17 и Corr.1), пункт 250.

[2]Там же, пункты 249 и 250.

[3]Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункты 207 и 208.

6. В ходе подготовки настоящей записки Секретариату оказывала содействие группа экспертов, состоящая как из экспертов, приглашенных Секретариатом, так и из экспертов, назначенных заинтересованными правительствами и международными организациями.

ПРОЕКТЫ СТАТЕЙ ОБ ЭЛЕКТРОННЫХ ПОДПИСЯХ

Статья A. Определения

Для целей настоящих Правил:

a) "Электронная подпись" означает данные в электронной форме, содержащиеся в сообщении данных, приложенные к нему или логически ассоциируемые с ним и [которые могут использоваться] используемые с целью [идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных и указания на то, что обладатель подписи согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных].

b) "[Усиленная] электронная подпись" означает электронную подпись, которая [создана и] может быть проверена с помощью применения какой-либо процедуры защиты или комбинации процедур защиты, которая обеспечивает, что такая электронная подпись:

i) присуща исключительно обладателю подписи [для цели, с которой] [в контексте, в котором] она используется;

ii) может использоваться для объективной идентификации обладателя подписи в связи с сообщением данных;

iii) была создана и приложена к сообщению данных обладателем подписи или с использованием средства, находящегося под исключительным контролем обладателя подписи.

c) "Обладатель подписи" означает лицо, которым или от имени которого усиленная электронная подпись может быть создана и приложена к сообщению данных.

d) "Сертификатор информации" означает лицо или организацию, которые в рамках своей деятельности занимаются [предоставлением идентификационных услуг, которые используются] [сертификацией информации, которая используется] для поддержки использования усиленных электронных подписей.

Примечания

7. Отражая принятые Рабочей группой на ее тридцатой сессии решения о том, что в соответствии с нейтральным с точки зрения носителей информации подходом, использованным в Типовом законе, единообразные правила не должны препятствовать использованию любых методов, которые согласно статье 7 Типового закона будут являться "как надежными, так и соответствующими", в качестве альтернативы собственноручным и другим подписям, проставляемым на бумажных документах, настоящая записка исходит в то же время из широкого определения электронных подписей с тем, чтобы уделить более конкретное внимание подписям, обеспечивающим более высокий уровень надежности, за счет ссылки на совокупность критериев, выполнение которых будет влечь за собой правовые последствия.

8. Цель определений "электронная подпись" и "усиленная электронная подпись" состоит в том, чтобы охватить все методы, которые могут применяться для создания функционального эквивалента собственноручной подписи, как это понимается в статье 7 Типового закона.

9. Целью использования в настоящем проекте термина "обладатель подписи" является преодоление проблем, которые, как было установлено, вызывает использование слова "подписавшийся", так как естественное значение этого слова предполагает, что подпись уже была создана, в то время как в настоящих проектах статей, например, обладатель подписи несет определенные обязательства по защите своей усиленной электронной подписи, независимо от того, прикладывает ли он ее фактически к сообщению данных. Данная ситуация аналогична ситуации с обладателем кредитной или дебетовой карточки, личный идентификационный номер (PIN) которой должен быть защищен, независимо от того, используется ли когда-либо сама такая карточка.

10. Слова "сертификатор информации" используются вместо более конкретного термина "сертификационный орган", который имеет общее понимание только в контексте подписей в цифровой форме, с тем чтобы четко указать, что проект единообразных правил должен применяться к тем технологиям проставления подписей, которые могут и не являться собственно подписями в цифровой форме, но которые могут, тем не менее, использовать функции, аналогичные характеристикам подписей в цифровой форме.

Статья B. Выполнение требований о наличии подписи

1) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована электронная подпись, которая является как надежной, так и соответствующей цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности.

2) В тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована усиленная электронная подпись.

3) Пункты 1 и 2 применяются как в тех случаях, когда упомянутое в них требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если подпись отсутствует.

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

Примечания

11. Цель проекта статьи B состоит в том, чтобы подтвердить связь со статьей 7 Типового закона. В пункте 1 вновь закрепляется принцип статьи 7 Типового закона, состоящий в том, что электронная подпись может выполнять требование законодательства о наличии подписи при условии, что она удовлетворяет определенным критериям. В пункте 2 предусматривается, что усиленная электронная подпись удовлетворяет этим условиям, и устанавливается сжатое правило, позволяющее обеспечить выполнение требования статьи 7.

12. Цель включения пунктов 3 и 4 состоит в обеспечении соответствия статье 7 Типового закона.

Статья C. Выполнение требований о наличии подлинника

1) В тех случаях, когда законодательство требует, чтобы информация представлялась или сохранялась в ее подлинной форме, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована электронная подпись, которая обеспечивает 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.

2) В тех случаях, когда законодательство требует, чтобы информация представлялась или сохранялась в ее подлинной форме, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована усиленная электронная подпись.

3) Пункты 1 и 2 применяются как в тех случаях, когда упомянутое в них требование выражено в форме обязательства, так и в тех случаях, когда законодательство просто предусматривает наступление определенных последствий, если информация не была представлена или сохранена в ее подлинной форме.

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

Примечания

13. Цель проекта статьи B состоит в том, чтобы подтвердить связь со статьей 8 Типового закона. В пункте 1 вновь закрепляется принцип статьи 8 Типового закона, состоящий в том, что электронная подпись может выполнять требования законодательства о наличии подлинника при условии, что она удовлетворяет некоторым условиям. В пункте 2 предусматривается, что усиленная электронная подпись удовлетворяет этим условиям, и устанавливается сжатое правило, позволяющее обеспечить выполнение требования статьи 8.

14. Цель включения пунктов 3 и 4 состоит в обеспечении соответствия статье 8 Типового закона.

Статья D. Определение усиленной электронной подписи

1) [Орган или ведомство, указанное принимающим государством в качестве компетентного] может определить, что электронная подпись является усиленной электронной подписью.

2) Любое определение, вынесенное в силу пункта 1, должно соответствовать признанным международным стандартам.

Примечания

15. Цель проекта статьи D состоит в том, чтобы четко установить, что принимающее государство может назначить орган или ведомство, которые будут обладать полномочиями выносить определения относительно того, какие конкретные технологии могут отвечать квалификационным требованиям к усиленной электронной подписи. Цель пункта 2 состоит в том, чтобы побудить государства к обеспечению того, чтобы определения, выносимые в силу пункта 1, отвечали применимым международным стандартам, что будет способствовать унификации практики в отношении усиленных электронных подписей и трансграничному использованию и признанию подписей.

Статья E. Свобода договора

Обладатель подписи и любое лицо, которое может полагаться на электронную подпись обладателя подписи, могут установить в отношениях между собой, что такая электронная подпись должна считаться усиленной электронной подписью.

Примечания

16. В проекте статьи D признается важность автономии сторон в практике использования усиленных электронных подписей и одновременно обеспечивается, что любое соглашение относительно того, что может считаться усиленной электронной подписью, не будет иметь последствий для каких-либо лиц, не являющихся стороной этого соглашения (т.е. третьих сторон).

17. Цель этого проекта статьи состоит в обеспечении соответствия подходу к автономии сторон, использованному в Типовом законе, в частности в статье 4. В Типовом законе предусматривается, что, хотя некоторые статьи (включенные в главу II) должны рассматриваться в качестве императивных, они тем не менее могут быть изменены по договоренности в той мере, в которой это будет допускаться национальным законодательством. Аналогичным образом, в проекте статьи E не преследуется цель разрешить сторонам изменять требования к форме в тех случаях, когда это не допускается национальным законодательством.

Статья F. Обязательства обладателя подписи

1) Обладатель подписи обязан:

a) проявлять надлежащую осмотрительность с тем, чтобы не допустить несанкционированного использования своей подписи;

b) уведомлять [соответствующих лиц] [в кратчайшие возможные сроки] в случае, если его подпись скомпрометирована и может быть использована для создания несанкционированных усиленных электронных подписей;

c) обеспечивать, чтобы все материальные заверения или заявления, сделанные обладателем подписи сертификатору информации и полагающимся сторонам, являлись наиболее точными и полными, как это может быть известно обладателю подписи или как он это может предполагать.

2) Обладатель подписи несет ответственность за последствия невыполнения им обязательств, установленных в пункте 1.

Примечания

18. В проекте статьи F устанавливаются минимальные стандарты, которые обязан соблюдать обладатель подписи при хранении и использовании своей подписи, включая обязательство уведомления в тех случаях, когда подпись скомпрометирована, а также при поддержании отношений с сертификаторами информации и полагающимися сторонами. В этом проекте статьи устанавливаются ключевые обязательства, которые, как можно полагать, в целом применимы к любому лицу, использующему усиленную электронную подпись.

19. В этом проекте статьи устанавливается, что обладатель подписи несет ответственность за последствия невыполнения этих обязательств, однако определение содержания таких последствий оставляется на усмотрение национального законодательства. Несомненно, статья, которая оставляет на усмотрение национального законодательства определение последствий несоблюдения этих обязательств, вряд ли будет способствовать установлению унифицированных правил об электронных подписях. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о правиле, аналогичном проекту статьи 7 единообразных правил (см. A/CN.9/WG.IV/WP.79), в котором эти возможные последствия устанавливаются более конкретно.

Статья G. Доверие к усиленным электронным подписям

Лицо имеет право полагаться на усиленную электронную подпись при условии, что оно предпринимает разумные шаги к установлению того, что эта усиленная электронная подпись является действительной и не была скомпрометирована или аннулирована.

Примечания

20. Проект статьи G исходит из закрепленного в статье 13(3) Типового закона принципа, состоящего в том, что сторона, полагающаяся на сообщение данных или, в настоящем случае, на усиленную электронную подпись, имеет право действовать таким образом только при определенных обстоятельствах. Такая сторона не имеет права полагаться на подпись в тех случаях, когда она могла заранее установить, если бы предприняла разумные шаги, что подпись была скомпрометирована и более не является действительной, или если этой стороне стало известно или должно было стать известно о том, что заверения, данные, например, в отношении санкционирования подписи, не являлись действительными. Для целей этого проекта статьи предполагается, что понятие действительности включает концепцию санкционирования подписи.

21. Предпринимаемые разумные шаги могут включать, например, проверку информации, предоставленной сертификатором информации в отношении действительности или других аспектов сертифицированных им подписей, или проверку подписи при использовании процедуры, которая была согласована с обладателем подписи или которая являлась разумной при соответствующих обстоятельствах.

Статья H. Обязательства сертификатора информации

1) Сертификатор информации обязан:

a) действовать в соответствии с заверениями, сделанными им в отношении его практики;

b) предпринимать разумные шаги для точного определения личности обладателя подписи и любых других фактов или информации, которые сертифицирует сертификатор информации;

c) обеспечивать разумно доступные средства, которые позволяют полагающейся стороне установить:

i) личность сертификатора информации;

ii) способ, использованный для идентификации обладателя подписи;

iii) любые ограничения в отношении целей, в которых может использоваться подпись; и

iv) является ли подпись действительной и не была ли она скомпрометирована;

d) обеспечивать обладателей подписей средствами для направления уведомлений о том, что усиленная электронная подпись была скомпрометирована;

e) обеспечивать, чтобы все материальные заверения или заявления, сделанные сертификатором информации, являлись наиболее точными и полными, как это может быть известно сертификатору информации или как он это может предполагать;

f) использовать надежные системы и процедуры при предоставлении своих услуг.

2) Сертификатор информации несет ответственность за последствия невыполнения им обязательств, установленных в пункте 1.

Примечания

22. Аналогично проекту статьи F, в проекте статьи H устанавливаются минимальные стандарты, которые обязан соблюдать сертификатор информации при осуществлении своей деятельности, в том числе относительно сертификации информации о личности обладателя подписи, предоставления информации о сохраняющейся действительности подписей, включая уведомление о том, что подпись скомпрометирована, а также при поддержании отношений с обладателями подписей и полагающимися сторонами. В этом проекте статьи устанавливаются ключевые обязательства, которые, как можно полагать, в целом применимы к любому лицу, занимающемуся деятельностью по сертификации информации, в контексте усиленных электронных подписей.

23. В этом проекте статьи устанавливается, что сертификатор информации несет ответственность за последствия невыполнения этих обязательств, однако определение содержания таких последствий оставляется на усмотрение национального законодательства. В пункте 3 предусматривается, что сертификатор информации, так же как и полагающаяся сторона, не имеет права полагаться на заверения, которые, как ему стало известно или должно было стать известно, не соответствуют действительности.

24. Как и в случае проекта статьи F, данная статья, которая оставляет определение последствий несоблюдения таких обязательств на усмотрение национального законодательства, вряд ли будет способствовать установлению унифицированных правил об электронных подписях. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о правиле, аналогичном проекту статьи 7 единообразных правил (см. A/CN.9/WG.IV/WP.79), в котором эти возможные последствия устанавливаются более конкретно.

III. ПРОЕКТЫ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫЕ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ

Проект глав руководства для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/458 и Add.1-9) [Подлинный текст на английском языке]

СОДЕРЖАНИЕ

Страница

A/CN.9/458

I. ВВЕДЕНИЕ 320

II. ПРЕДЛАГАЕМАЯ СТРУКТУРА И СОДЕРЖАНИЕ РУКОВОДСТВА ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ 321

III. ВЫВОДЫ 323

A/CN.9/458/Add.1

ВВЕДЕНИЕ И СПРАВОЧНАЯ ИНФОРМАЦИЯ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ 324

A/CN.9/458/Add.2

ГЛАВА I. ОБЩИЕ СООБРАЖЕНИЯ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ 340

A/CN.9/458/Add.3

ГЛАВА II. РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ПРОЕКТАМИ, И ПРАВИТЕЛЬСТВЕННАЯ ПОДДЕРЖКА 352

A/CN.9/458/Add.4

ГЛАВА III. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА 367

A/CN.9/458/Add.5

ГЛАВА IV. ПРОЕКТНОЕ СОГЛАШЕНИЕ 403

A/CN.9/458/Add.6

ГЛАВА V. РАЗВИТИЕ И ЭКСПЛУАТАЦИЯ ИНФРАСТРУКТУРЫ 419

Страница

A/CN.9/458/Add.7

ГЛАВА VI. ИСТЕЧЕНИЕ СРОКА ПРОЕКТА, ПРОДЛЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ .. 439

A/CN.9/458/Add.8

ГЛАВА VII. ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО 454

A/CN.9/458/Add.9

ГЛАВА VIII. УРЕГУЛИРОВАНИЕ СПОРОВ 467

A/CN.9/458

I. ВВЕДЕНИЕ

1. На своей двадцать девятой сессии в 1996 году после рассмотрения записки Секретариата о проектах "строительство-эксплуатация-передача" (СЭП) (A/CN.9/424) Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли постановила разработать руководство для законодательных органов, которым могли бы пользоваться государства при подготовке или обновлении их законодательства, касающегося таких проектов[1]. Комиссия просила Секретариат провести анализ вопросов, которые было бы целесообразно рассмотреть в таком руководстве для законодательных органов и подготовить проекты материалов для рассмотрения Комиссией.

2. На своей тридцатой сессии в 1997 году Комиссия рассмотрела аннотированное содержание, в котором излагались темы, предложенные для включения в руководство для законодательных органов (A/CN.9/438, приложение). Комиссия также рассмотрела первоначальные проекты глав I "Сфера действия, назначение и терминология Руководства" (A/CN.9/438/Add.1), II "Стороны - участники проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и этапы осуществления проектов" (A/CN.9/438/Add.2) и V "Подготовительные меры" (A/CN.9/438/Add.3) руководства. После обмена мнениями о характере вопросов, которые должны быть обсуждены, и возможных методов рассмотрения таких вопросов в руководстве Комиссия в целом одобрила направление работы, предложенное Секретариатом в этих документах[2]. Комиссия просила Секретариат обратиться, в случае необходимости, к внешним экспертам за оказанием помощи в подготовке будущих глав и предложила правительствам указать тех экспертов, которые могут оказать помощь Секретариату в выполнении этой задачи.

3. На ее тридцать первой сессии в 1998 году Комиссии были представлены пересмотренные варианты ранее подготовленных глав, а также первоначальные проекты дополнительных глав, которые были подготовлены Секретариатом при помощи внешних экспертов и в консультациях с другими международными организациями. Эта документация включала пересмотренное содержание (A/CN.9/444) и проект введения к руководству для законодательных органов (A/CN.9/444/Add.1), в которых, с внесенными поправками, объединялось содержание документов A/CN.9/438/Add.1 и 2. В число других документов входили первоначальные проекты глав I "Общие соображения по законодательным вопросам" (A/CN.9/444/Add.2); II "Структура и регулирование секторов" (A/CN.9/444/Add.3); III "Выбор концессионера" (A/CN.9/444/Add.4); и IV "Заключение и общие условия проектного соглашения" (A/CN.9/444/Add.5), в который были включены некоторые положения документа A/CN.9/438/Add.3. Комиссия рассмотрела различные предложения, касающиеся проектов глав, а также предложения об изменении структуры руководства для законодательных органов и сокращении количества глав[3]. Комиссия просила Секретариат продолжить подготовку будущих глав при помощи внешних экспертов для их представления Комиссии на ее тридцать второй сессии.

4. Во исполнение этой просьбы Секретариат изменил общую структуру законодательного руководства, объединил некоторые его главы, пересмотрел документы, обсужденные Комиссией на ее тридцать первой сессии, и подготовил первоначальные проекты остальных глав при помощи внешних экспертов и консультациях с другими

---

[1]Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/51/17), пункты 225-230.

[2]Там же, пятьдесят вторая сессия, Дополнение 17 (A/52/17), пункты 231-247.

[3]Там же, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункты 12-206.

международными организациями. Полный проект руководства для законодательных органов содержится в добавлениях 1-9 к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.1-9).

II. ПРЕДЛАГАЕМАЯ СТРУКТУРА И СОДЕРЖАНИЕ РУКОВОДСТВА ДЛЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ

Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников

5. Предыдущий проект введения содержался в документе A/CN.9/444/Add.1. Пересмотренный проект, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать первой сессии Комиссии[4], содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.1).

6. При подготовке пересмотренного варианта введения Секретариат уделил особое внимание высказанному на тридцать первой сессии Комиссии мнению о том, что некоторые части введения являются слишком длинными и что их вполне можно сократить, в особенности те из них, которые в определенной степени предвосхищают вопросы, которые более подробно будут обсуждаться в основных главах[5].

7. В пересмотренный вариант введения включены некоторые положения бывшей главы II "Структура и регулирование секторов" (A/CN.9/444/Add.3), что соответствует принятому Комиссией на ее тридцать первой сессии решению о том, чтобы перенести существенные положения, касающиеся конкуренции и структуры секторов, которые приводились в разделах A "Рыночная структура и конкуренция" и B "Законодательные меры по осуществлению реформы в отдельных секторах", из главы II в введение к руководству[6].

Глава I. Общие соображения по законодательным вопросам

8. Предыдущий проект главы I содержался в документе A/CN.9/444/Add.2. Пересмотренный проект, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать первой сессии Комиссии[7], содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.2).

9. В раздел D проекта главы I включены некоторые существенные положения главы II "Структура и регулирование секторов" (A/CN.9/444/Add.3), которые касаются организационных и административных вопросов, связанных с функционированием регулирующих органов.

10. В документе A/CN.9/444/Add.2 в разделах B и C проводилось обсуждение возможного воздействия других областей законодательств на успешную реализацию проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и о возможном значении международных соглашений, заключенных принимающей страной, с точки зрения внутригосударственного законодательства по вопросам таких проектов. Эти положения были перенесены в проект главы VII "Применимое право" (A/CN.9/458/Add.8).

Глава II. Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка

11. Первоначальный проект главы II (ранее - глава V) содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.3).

12. В разделе B проекта главы II проводится общий обзор основных рисков, возникающих в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, и кратко обсуждаются общие договорные решения по распределению рисков. В разделе C излагаются соображения, которые правительство, возможно, пожелает учесть при принятии решения об уровне прямой правительственной поддержки, которая может быть предоставлена проектам в области инфраструктуры, и проводится обсуждение некоторых дополнительных мер поддержки, которые использовались в правительственных программах по содействию привлечению частных инвестиций в развитие инфраструктуры, без каких-либо рекомендаций в отношении использования той или иной

---

[4]Там же, пункты 23-49.

[5]Там же, пункты 32 и 47.

[6]Там же, пункты 101 и 102.

[7]Там же, пункты 50-95.

конкретной меры. И, наконец, в разделах D и E кратко рассматриваются гарантии и меры поддержки, которые могут быть предоставлены международными и двусторонними финансовыми учреждениями.

Глава III. Выбор концессионера

13. Предыдущий вариант этой главы содержался в документе A/CN.9/444/Add.4. Пересмотренный проект, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать первой сессии Комиссии[8], содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.4).

14. При подготовке пересмотренного варианта проекта главы III Секретариат уделил особое внимание высказанному на тридцать первой сессии Комиссии мнению о том, что в этой главе следует более подробно отразить то обстоятельство, что конкурсные процедуры, обычно используемые для закупок товаров (работ) и услуг, не в полной мере подходят для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников[9]. Секретариат пытался избежать использования терминологии, которая в некоторых правовых системах обычно применяется в связи с методами закупок для приобретения товаров (работ) и услуг. Существенно переработаны были, в частности, разделы, касающиеся критериев предварительного отбора, содержания окончательного запроса предложений, критериев оценки, процедур вскрытия и оценки предложений, прямых переговоров, незапрошенных предложений и процедур обжалования. В пересмотренный проект этой главы также включен новый подраздел, касающийся мер, направленных на повышение транспарентности прямых переговоров.

Глава IV. Проектное соглашение

15. Предыдущий вариант этой главы содержался в документе A/CN.9/444/Add.5. Пересмотренный вариант, в котором учитываются предложения, сделанные на тридцать первой сессии Комиссии[10], содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.5).

Глава V. Развитие и эксплуатация инфраструктуры

16. Первоначальный проект главы V содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.6). В этом проекте главы объединяются вопросы, которые ранее предлагались для обсуждения в отдельных главах[11].

17. В число вопросов, рассматриваемых в этом проекте главы, входят правовые вопросы, связанные с субподрядами и этапом строительства (которые ранее предлагалось включить в отдельную главу под названием "Этап строительства"); условия эксплуатации объекта инфраструктуры, объем и качество услуг, тарифная структура и положения о корректировке цен (которые ранее предлагалось включить в отдельную главу под названием "Этап эксплуатации"); соответствующие положения и средства правовой защиты в случае неисполнения или нарушения проектного соглашения, положения, касающиеся изменения условий и непредвиденных событий, гарантий исполнения и страховых обязательств концессионера (которые ранее предлагалось включить в отдельную главу под названием "Задержки, дефекты и другие случаи невыполнения обязательств").

18. С учетом принятого Комиссией на ее тридцать первой сессии решения о том, чтобы перенести касающиеся вопросов регулирования существенные положения, содержавшиеся в разделе C главы II "Структура и регулирование секторов" (A/CN.9/444/Add.3), в будущую главу, касающуюся этапа эксплуатации[12], в проект главы V включен раздел, касающийся ряда вопросов регулирования, например общих обязанностей поставщиков общедоступных услуг и мер ценового контроля.

Глава VI. Истечение срока проекта, продление и прекращение

19. Первоначальный проект главы VI (ранее - глава IX) содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.7).

---

[8]Там же, пункты 123-175.

[9]Там же, пункт 129.

[10]Там же, пункты 176-201.

[11]См. A/CN.9/444, пункты 21-24.

[12]Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят третья сессия, Дополнение № 17 (A/53/17), пункты 101 и 102.

20. В разделе B рассматривается вопрос о том, может ли - и при каких обстоятельствах может - быть продлено проектное соглашение. В разделе C рассматриваются обстоятельства, которые могут дать право на прекращение проектного соглашения до истечения его срока. И, наконец, в разделе D рассматриваются положения о свертывании проекта, включая вопросы о передаче активов проектов и выплаты компенсации любой стороне, которая может иметь на нее право в случае прекращения проектного соглашения.

Глава VII. Применимое право

21. Первоначальный проект главы VII (ранее - глава X) содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.8).

22. В разделе B этого проекта главы рассматривается выбор закона или законов, регулирующих проектное соглашение и другие контракты, заключенные концессионером в течение срока осуществления проекта. В разделе C указывается на некоторые избранные аспекты законодательства принимающей страны, которые -хотя они и не обязательно должны непосредственно регулировать проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, - могут оказать воздействие на реализацию таких проектов. В разделе D указывается на возможное значение ряда международных соглашений для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в принимающей стране. Существенные положения разделов C и D ранее содержались в предыдущем варианте главы I "Общие соображения по законодательным вопросам" (A/CN.9/444/Add.2).

Глава VIII. Урегулирование споров

23. Первоначальный вариант проекта главы VIII (ранее - глава XI) содержится в добавлении к настоящему документу (A/CN.9/458/Add.9).

24. В разделе B этого проекта главы рассматриваются механизмы урегулирования споров между концессионером и организацией-заказчиком. Раздел C касается споров между концессионером и другими сторонами, такими как подрядчики, поставщики, кредиторы и потребители. И, наконец, в разделе D рассматриваются согласительные процедуры и аналогичные методы разрешения споров.

III. ЗАКЛЮЧЕНИЯ

25. Комиссия, возможно, пожелает принять к сведению, что в предлагаемом расписании заседаний тридцать второй сессии Комиссии, как оно содержится в предварительной повестке дня (A/CN.9/453), предусматривается, что первые восемь дней сессии будут отведены для обсуждения темы проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Предлагается, чтобы Комиссия использовала это время для углубленного обсуждения проекта глав, в частности пересмотренной структуры руководства для законодательных органов, а также вопросов о том, охвачены ли надлежащие вопросы в проектах глав, должным ли образом рассматриваются практические потребности проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в соответствующих разделах текста и приводятся ли надлежащие рекомендации. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должным ли образом отражается в рекомендациях для законодательных органов в их нынешней формулировке предусмотренная Комиссией концепция сжатых законодательных принципов[13]. Кроме того, Комиссия, возможно, пожелает определить какие-либо другие вопросы, применительно к которым выработка типовых законодательных положений повысила бы ценность руководства для законодательных органов[14].

[13]Там же, пункт 204.

[14]Там же, пункт 21.

A/CN.9/458/Add.1

ВВЕДЕНИЕ И СПРАВОЧНАЯ ИНФОРМАЦИЯ ПО ПРОЕКТАМ В ОБЛАСТИ ИНФРАСТРУКТУРЫ, ФИНАНСИРУЕМЫМ ИЗ ЧАСТНЫХ ИСТОЧНИКОВ*

СОДЕРЖАНИЕ

		Пункты
A.	Назначение и сфера действия Руководства	1-4
B.	Терминология, используемая в Руководстве	5-18
	1. "Публичная инфраструктура" и "общедоступные услуги"	6-9
	2. "Концессия", "проектное соглашение" и аналогичные термины	10-13
	3. Ссылки на национальные власти	14-16
	4. "Строительство-эксплуатация-передача" и аналогичные термины	17-18
C.	Формы участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры	19-26
	1. Государственная собственность и эксплуатация государством	20-21
	2. Государственная собственность и эксплуатация частным предприятием	22-24
	3. Частная собственность и эксплуатация частным предприятием	25-26
D.	Финансовые структуры и источники финансирования проектов в области инфраструктуры	27-43
	1. Концепция проектного финансирования	27-29
	2. Источники финансирования проектов в области инфраструктуры	30-43
E.	Основные стороны - участники реализации проектов в области инфраструктуры	44-53
	1. Организация-заказчик и другие правительственные учреждения	45-46
	2. Проектная компания и спонсоры проекта	47
	3. Кредиторы	48-49
	4. Международные финансовые учреждения и агентства по кредитованию экспорта	50
	5. Страховщики	51
	6. Независимые эксперты и консультанты	52-53
F.	Политика в области инфраструктуры, структура секторов и конкуренция	54-82
	1. Частные инвестиции и политика в области инфраструктуры	57-65
	2. Структурная перестройка секторов инфраструктуры	66-82

*В разделах C, D, E и F рассматриваются базовые вопросы, связанные с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, такие как участие частного сектора в деятельности в области публичной инфраструктуры и концепция проектного финансирования. В них также определяются основные стороны, участвующие в таких проектах, и их соответствующие интересы и рассматриваются варианты принципиальных решений, связанные со структурой секторов и соображениями конкуренции. Цель этих разделов состоит в том, чтобы привести общую справочную информацию по вопросам, которые рассматриваются с точки зрения законодательной перспективы в последующих главах Руководства. Что касается дополнительной информации, то читателю особенно рекомендуется ознакомиться, в частности, со следующими публикациями других международных организаций: Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects - подготовлено Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию (издание ЮНИДО, в продаже под № UNIDO.95.6.E); World Development Report 1994: Infrastructure for Development (New York, Oxford University Press, 1994) и World Development Report 1996: From Plan to Market (New York, Oxford University Press, 1996) - издания Всемирного банка; или Financing Private Infrastructure (Washington, D.C., 1996) - опубликовано Международной финансовой корпорацией.

A. Назначение и сфера действия Руководства

1. Назначение настоящего Руководства состоит в оказании содействия национальным властям и законодательным органам, желающим создать правовой режим, благоприятный для развития публичной инфраструктуры на основе привлечения частных инвестиций. Руководство предназначено для использования в качестве справочного документа при подготовке новых законов или оценке пригодности существующих законов и постановлений. С этой целью Руководство помогает определить те области правового регулирования, которые, как правило, имеют наиболее тесную связь с частными капиталовложениями в проекты в области публичной инфраструктуры, и в нем рассматривается содержание таких законов, которые будут способствовать привлечению частного капитала как национального, так и иностранного.

2. Руководство не содержит единого набора типовых решений, а помогает читателю оценить различные имеющиеся подходы и выбрать тот из них, который в наибольшей степени соответствует национальным или местным условиям. Содержащиеся в Руководстве рекомендации направлены на обеспечение сбалансированности между стремлением к облегчению и поощрению частного участия в проектах в области инфраструктуры, с одной стороны, и различными публичными интересами, являющимися предметом обеспокоенности принимающей страны, - с другой.

3. Руководство не преследует цели представления рекомендаций относительно составления соглашений об исполнении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, или же относительно договорных решений проблем, возникающих в рамках таких соглашений. Хотя договорные вопросы затрагиваются в Руководстве (например, в главах IV "Проектное соглашение", V "Развитие и эксплуатация инфраструктуры" и VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение"), в центре внимания обсуждения стоят вопросы, которые - в дополнение к рассмотрению в соответствующих соглашениях - целесообразно урегулировать в законодательном порядке.

4. Особое внимание в Руководстве уделяется проектам в области инфраструктуры, которые предусматривают обязательство со стороны отобранных инвесторов провести работы по сооружению, ремонту или расширению соответствующего объекта в обмен на право взимать плату - либо с населения, либо с правительственного учреждения - за использование этого объекта инфраструктуры, или обеспечиваемые им услуги. Хотя такие проекты в некоторых случаях объединяются с другими сделками по "приватизации" правительственных функций или собственности, "приватизационные" сделки, которые не связаны с развитием и эксплуатацией публичной инфраструктуры, в Руководстве не рассматриваются. Кроме того, в Руководстве не рассматриваются проекты в области эксплуатации природных ресурсов, такие, как проекты по добыче полезных ископаемых, нефти или газа на условиях "концессии", "лицензии" или "разрешения", выданных правительством принимающей страны. Хотя такие проекты часто связаны с долгосрочными договорными механизмами, регулирующими отношения между инвесторами и публичными властями принимающей страны, процедуры выдачи таких концессий в большинстве случаев отличаются от тех, которые обычно используются при выборе компании для осуществления проекта в области публичной инфраструктуры. Аналогично, функции концессионера по эксплуатации природных ресурсов в качестве производителя товаров весьма отличаются от положения концессионера в рамках проекта в области инфраструктуры, финансируемого из частных источников.

B. Терминология, используемая в Руководстве

5. В нижеследующих пунктах разъясняются значение и использование определенных терминов, которые часто встречаются в Руководстве. Что касается терминов, которые ниже не рассматриваются, например, технических терминов, используемых в финансовой и коммерческой документации, то читателю рекомендуется ознакомиться с другими источниками информации по этому вопросу, такими, как Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects (Руководящие принципы по развитию инфраструктуры посредством проектов типа "строительство-эксплуатация-передача" (СЭП)), подготовленными Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО)[1].

1. "Публичная инфраструктура" и "общедоступные услуги"

6. "Публичная инфраструктура" означает материальные объекты, которые используются для предоставления общедоступных услуг населению или правительству. Примеры публичной инфраструктуры, определяемой таким образом, могут быть приведены из самых различных секторов, и они включают различные виды объектов, оборудования или систем, в том числе следующие: электростанции и энергораспределительные сети (электроэнергетика); системы местной и междугородной телефонной связи и сети передачи данных (сектор телекоммуникаций); предприятия по опреснению воды или по очистке сточных вод и объекты системы

[1]UNIDO publication. Sales No. UNIDO.95.6.E.

водораспределения (сектор водоснабжения); объекты и оборудование для сбора и удаления отходов (сектор санитарии); и сооружения и системы, используемые для целей общественного транспорта, такие, как городской и междугородный железнодорожный транспорт, подземный рельсовый транспорт, автобусные линии, автомобильные дороги, мосты, туннели, порты, авиационные линии и аэропорты (сектор транспорта).

7. Каждая страна - как применительно к вопросам публичного порядка - должна сама провести разграничение между "публичной" и "частной" инфраструктурой. Фактор, определяющий отличие публичной инфраструктуры от других видов объектов и эксплуатационного оборудования, заключается в прямо принятом заинтересованным правительством политическом решении о том, что соответствующий объект неразрывно связан с публичными интересами, поскольку он обеспечивает предоставление жизненно важных для населения услуг. В некоторых странах аэропорты находятся в собственности правительства; в других странах они находятся в частной собственности, однако их функционирование подлежит регулированию или строится на основании соглашения с правительственным учреждением. Больницы и другие объекты здравоохранения, тюрьмы и исправительные заведения также могут в зависимости от существующих в стране традиций рассматриваться в качестве объектов "публичной" или "частной" инфраструктуры. Часто - но не во всех случаях - объекты энергетики и телекоммуникационные объекты рассматриваются в качестве "публичной" инфраструктуры. В настоящем Руководстве не высказывается никаких рекомендаций по вопросу о том, где в той или иной стране следует провести такое разграничение.

8. Проекты в области инфраструктуры, как правило, предусматривают предоставление услуг или товаров населению (или какому-либо посреднику, который распределяет их среди населения) или же эксплуатацию или обслуживание какого-либо объекта, предназначенного для общественного пользования. В национальных законах такая деятельность обычно именуется "общедоступными услугами", и в зависимости от правовых традиций соответствующей страны для определения поставщиков подобных услуг могут использоваться такие термины, как "предприятия общественного пользования", "предприятия коммунального обслуживания" или "поставщики общедоступных услуг". Следует, однако, отметить, что эти термины не имеют единообразного толкования и в различных правовых системах могут охватывать различные виды деятельности. Хотя проекты в области инфраструктуры, как они определены выше, в рамках большинства правовых систем связаны с той или иной формой "общедоступных услуг", этот термин может также использоваться в связи с целым рядом других видов деятельности, не охватываемых Руководством.

9. В правовых системах некоторых стран понятия "предприятия общественного пользования" и "общедоступные услуги" уже прочно укоренились, и в некоторых случаях они регламентированы в конституционном праве или же подробно рассматриваются в законодательстве. В некоторых странах предоставление общедоступных услуг может регулироваться специальным сводом норм, который, как правило, называется "административным правом" (см. главу I "Общие соображения по законодательным вопросам", ___). В то же время такой высокий уровень специального правового регулирования обеспечивается не во всех правовых системах. В некоторых странах предприятия общественного пользования, хотя их деятельность и регулируется специальными постановлениями, не рассматриваются в качестве какого-либо особого вида коммерческой деятельности. В настоящем Руководстве термин "общедоступные услуги" используется для обозначения услуг, предоставляемых в связи с использованием публичной инфраструктуры или в результате ее функционирования. Термин "поставщики общедоступных услуг" используется для обозначения юридических лиц, отвечающих за управление объектами или системами инфраструктуры, которые обеспечивают такие услуги. Используемые в настоящем Руководстве термины не следует толковать, исходя из технического значения, которое может придаваться им в какой-либо конкретной правовой системе.

2. "Концессия", "проектное соглашение" и аналогичные термины

10. Во многих странах общедоступные услуги являются объектом правительственной монополии или же иным образом специально регламентируются правительством. В подобных случаях предоставление какой-либо общедоступной услуги иным предприятием, чем предприятие, находящееся в правительственной собственности, обычно требует разрешения со стороны соответствующего правительственного органа. В национальных законах используются различные термины для указания на такие разрешения, а в некоторых правовых системах для обозначения конкретных видов разрешений могут использоваться различные формулировки. Наиболее широко используются такие термины, как "концессия", "франшиза" или "лицензия". В некоторых правовых системах, особенно в системах гражданского права, некоторые виды проектов в области инфраструктуры обозначаются такими четко определенными правовыми концепциями, как "концессия на публичные работы" или "концессия на общедоступные услуги". В Руководстве слово "концессия" в целом используется для обозначения права на сооружение и эксплуатацию или только на эксплуатацию объекта публичной инфраструктуры, а также на взимание платы за его использование или за обеспечиваемые им услуги. Используемое в Руководстве слово "концессия" не следует толковать, исходя из технического значения, которое может придаваться ему в какой-либо конкретной правовой системе или внутригосударственном законодательстве.

11. Термин "проектное соглашение" используется в Руководстве для обозначения соглашения, которое заключается между правительственным учреждением и частным предприятием или предприятиями, выбранными им для осуществления проекта, и в котором излагаются условия строительства или модернизации, эксплуатации и обслуживания инфраструктуры. Другие термины, которые могут использоваться в некоторых правовых системах для указания на такое соглашение, например "концессионное соглашение" или "договор концессии", в настоящем Руководстве не используются.

12. В Руководстве иногда используется слово "концессионер" для указания в целом на предприятия, которые осуществляют проекты в области публичной инфраструктуры на условиях концессии, выданной публичными властями принимающей страны. Однако в тех случаях, когда речь идет конкретно о самостоятельном юридическом лице, которое специально создано для целей выполнения конкретного проекта отобранным консорциумом, принимавшим участие в торгах, используется термин "проектная компания".

13. Слова "консорциум, принимающий участие в торгах" означают группу компаний, представляющих совместное предложение на разработку проекта в области инфраструктуры и соглашающихся совместно выполнить его, если концессия на проект будет предоставлена им правительством. Для указания на такие компании иногда используются слова "спонсоры проекта".

3. Ссылки на национальные власти

14. Слова "организация-заказчик" используются во всем тексте Руководства для указания на публичный орган принимающей страны, который несет общую ответственность за осуществление проекта и от имени которого выдается концессия на проект. Такой орган может быть общегосударственным, региональным или местным.

15. Слово "правительство", как оно используется в Руководстве, охватывает различные публичные власти принимающей страны, на которые возложены исполнительные или политические функции на национальном, региональном или местном уровнях. Слова "публичные власти" или "правительственные учреждения" используются для указания, в частности, на субъекты отрасли исполнительной власти правительства или на субъекты, связанные с такой отраслью. Термин "законодательный орган" используется непосредственно для указания на органы, осуществляющие законодательные функции в принимающей стране.

16. Слова "регулирующий орган" используются в Руководстве для указания на правительственный орган или организацию, которым предоставлены полномочия издавать правила и постановления, регулирующие эксплуатацию инфраструктуры. Регулирующий орган может быть создан на основании законодательного акта с конкретной целью регулирования того или иного сектора инфраструктуры.

4. "Строительство-эксплуатация-передача" и аналогичные термины

17. Различные виды проектов, которые в настоящем Руководстве называются проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, иногда подразделяются на ряд категорий в зависимости от характера участия частного сектора или от собственности на соответствующий объект инфраструктуры, как это указывается ниже:

a) "Строительство-эксплуатация-передача" (СЭП). Проект в области инфраструктуры называется проектом СЭП в тех случаях, когда организация-заказчик производит отбор концессионера для финансирования и сооружения объекта или системы инфраструктуры и предоставляет этому субъекту право эксплуатировать его на коммерческой основе в течение определенного срока, по окончании которого объект передается организации-заказчику;

b) "Строительство-передача-эксплуатация" (СПЭ). Эта формулировка иногда используется с тем, чтобы подчеркнуть, что объект инфраструктуры переходит в собственность организации-заказчика сразу же после сооружения, а концессионеру предоставляется право эксплуатировать этот объект в течение определенного срока;

c) "Строительство-аренда-эксплуатация-передача" (САЭП) или "строительство-лизинг-эксплуатация-передача" (СЛЭП). Эти разновидности проектов СЭП и СПЭ встречаются в случаях, когда в дополнение к обязательствам и прочим условиям, характерным для проектов СЭП, концессионер арендует физические активы, на которых располагается объект, на срок действия соглашения;

d) "Строительство-собственность-эксплуатация-передача" (ССЭП). Речь идет о таких проектах, в рамках которых концессионер привлекается к финансированию, строительству, эксплуатации и обслуживанию того или иного конкретного объекта инфраструктуры в обмен на право взимать плату и другие сборы с пользователей. В отличие от проектов СЭП при таком механизме объект и его активы будут находиться в собственности частного предприятия до передачи организации-заказчику;

e) "Строительство-собственность-эксплуатация" (ССЭ). В рамках этой разновидности проектов ССЭП объект находится в полной собственности концессионера, который не несет обязательства по обратной передаче его организации-заказчику.

18. Помимо акронимов, используемых для указания на особый режим собственности, могут использоваться другие акронимы, позволяющие особо указать одно или более обязательств концессионера. В рамках некоторых проектов частным компаниям передаются существующие проекты инфраструктуры для модернизации или переоборудования, эксплуатации и обслуживания либо на постоянной основе, либо в течение определенного срока. В зависимости от того, будет ли объект инфраструктуры принадлежать частному сектору, такие механизмы называются либо "переоборудование-эксплуатация-передача" (ПЭП) или "модернизация-эксплуатация-передача" (МЭП) в первом случае, либо "переоборудование-собственность-эксплуатация" (ПСЭ) или "модернизация-собственность-эксплуатация" (МСЭ) - во втором. В некоторых случаях используется формулировка "проектирование-строительство-финансирование-эксплуатация" (ПСФЭ) для указания на дополнительные обязанности концессионера в отношении проектирования объекта и финансирования его строительства.

C. Формы участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры

19. Участие частного сектора в осуществлении проектов в области инфраструктуры может принимать различные формы, начиная с принадлежащих государству и эксплуатируемых государством объектов инфраструктуры и кончая полностью приватизированными проектами. Целесообразность применения того или иного конкретного варианта для какого-либо конкретного вида инфраструктуры должна определяться правительством с учетом национальных потребностей в области развития инфраструктуры и на основе оценки наиболее эффективных путей создания и эксплуатации конкретных видов инфраструктуры (см. пункты 54-82). В том или ином конкретном секторе могут использоваться несколько различных вариантов.

1. Государственная собственность и эксплуатация государством

20. В тех случаях, когда поставлена цель сохранения государственной собственности и контроля, обеспечение финансирования за счет прямых частных инвестиций, а также обеспечение эксплуатации инфраструктуры в соответствии с коммерческими принципами, может быть достигнуто путем создания контролируемого правительством предприятия в качестве отдельного юридического лица, которое будет выступать собственником проекта и осуществлять его эксплуатацию. Управление таким предприятием может осуществляться как независимым частным коммерческим предприятием, т.е. в соответствии с нормами и коммерческими принципами, применимыми в отношении частных компаний. В некоторых странах эксплуатация объектов инфраструктуры традиционно осуществляется через компании такого типа. Возможности для привлечения частных инвестиций в инфраструктуру можно обеспечить, предоставив частным инвесторам право участвовать в капитале таких компаний или же путем реализации права таких компаний выпускать облигации или другие долговые обязательства.

21. Еще одной формой привлечения частного сектора для осуществления проектов в области инфраструктуры, принадлежащей государству и эксплуатируемых государством, может быть заключение "контрактов на обслуживание", когда публичный оператор передает частному сектору право на осуществление определенных видов деятельности по эксплуатации и обслуживанию. Правительство может также передать широкие функции по осуществлению деятельности, связанной с эксплуатацией и обслуживанием, частному предприятию, которое выступает от имени организации-заказчика. В рамках такого соглашения, которое иногда именуется "контракт на управление", оплата услуг частного оператора может быть увязана с технико-экономическими показателями его деятельности, зачастую в рамках механизма распределения прибыли, хотя могут использоваться также методы оплаты по фиксированным ставкам, особенно в тех случаях, когда сторонам трудно согласовать взаимоприемлемые механизмы для оценки показателей деятельности оператора.

2. Государственная собственность и эксплуатация частным предприятием

22. Альтернативный подход может состоять в передаче частным предприятиям всех функций по эксплуатации объектов публичной инфраструктуры. Одним из возможных путей является предоставление частному предприятию, обычно на определенный срок, права пользоваться соответствующим объектом, предоставлять соответствующие услуги и получать доход в результате осуществления такой деятельности. Такой объект может уже существовать или может быть специально построен соответствующим частным предприятием. Такое сочетание государственной собственности и эксплуатации частным предприятием обладает рядом существенных признаков, характерных для механизма, который в некоторых правовых системах именуется "концессией на государственные работы" или "концессией на общедоступные услуги".

23. Другой формой участия частного сектора в проектах в области инфраструктуры является выбор организацией-заказчиком частного предприятия для эксплуатации объекта, который был построен правительством принимающей страны или от его имени или же строительство которого финансировалось за счет государственных средств. В рамках такого механизма оператор обязуется эксплуатировать и обслуживать инфраструктуру, и ему предоставляется

право взимать плату за предоставляемые услуги. В таком случае оператор обязуется выплачивать организации-заказчику часть доходов, полученных в результате эксплуатации инфраструктуры, которые используются организацией-заказчиком для амортизации затрат на строительство. Такие механизмы именуются в некоторых правовых системах "лизингом" или "сдачей в аренду".

24. В ряде стран некоторые виды принадлежащей государству инфраструктуры редко передаются обратно организации-заказчику по истечении срока концессии, поскольку организация-заказчик обычно предпочитает, чтобы эксплуатацией соответствующего объекта занималось частное предприятие. В подобных случаях публичные активы, которые первоначально были переданы на определенный срок, могут на практике использоваться частным предприятием и оставаться в его владении в течение неопределенного периода времени (см. главу VI "Истечение срока проекта, продление и прекращение", ___).

3. Частная собственность и эксплуатация частным предприятием

25. Согласно третьему подходу, частное предприятие не только занимается эксплуатацией объекта, но также владеет соответствующими активами. В этом случае также могут существовать существенные различия в режимах, применимых к таким проектам в соответствии с внутригосударственным законодательством, например, по вопросу о том, сохраняет ли организация-заказчик за собой право возвратить правовой титул на объект или же взять на себя ответственность за его эксплуатацию (см. также главу V "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", _____).

26. В том случае, если объект эксплуатируется на основании правительственной лицензии, частное владение физическими активами (например, телекоммуникационной сетью) зачастую осуществляется независимо от лицензии на предоставление услуг населению (например, услуг по междугородней телефонной связи), поскольку такая лицензия может быть отозвана правительством при определенных обстоятельствах. Таким образом, частное владение объектом отнюдь не обязательно предполагает наличие неограниченного права на предоставление услуг.

D. Финансовые структуры и источники финансирования проектов в области инфраструктуры

1. Концепция проектного финансирования

27. В рамках традиционных сделок финансирования кредиторы, как правило, полагаются на общую платежеспособность заемщика и защищены на случай несостоятельности проекта гарантиями, предоставленными акционерами заемщика или их материнскими компаниями. Такая форма финансирования, как правило, именуется "корпоративным финансированием" или "балансовым" финансированием, с тем чтобы подчеркнуть, что суммы, заимствованные для финансирования проекта, превращаются в корпоративное обязательство акционеров компании-концессионера. Корпоративное финансирование, как правило, обеспечивается для заемщиков, обладающих достаточными активами для покрытия риска несостоятельности проекта.

28. В то же время в случае крупномасштабных проектов, связанных с сооружением новых объектов инфраструктуры, акционеры проектной компании зачастую не готовы предоставить такие гарантии. Поэтому такие проекты довольно часто осуществляются на основе "проектного финансирования", при котором погашение ссуд, взятых заемщиком, прежде всего обеспечивается за счет доходов, получаемых от проекта. Других гарантий либо не существует, либо они покрывают лишь конкретные ограниченные риски. Поэтому активы и доходы проекта, а также связанные с проектом права и обязанности, оцениваются на независимой основе, и между ними и активами акционеров проектной компании проводится четкое разграничение.

29. Проектное финансирование считается "безоборотным" финансированием ввиду отсутствия права регресса на акционеров проектной компании. Однако на практике кредиторы редко проявляют готовность выделить значительные суммы, необходимые для проектов в области инфраструктуры, исключительно на основе ожидаемого потока денежной наличности или исходя из активов проекта. Кредиторы могут снизить свои риски, включив в проектные документы ряд положений о резервном или вторичном обеспечении или использовав другие средства обеспечения кредита, обеспечиваемые акционерами проектной компании, правительством, покупателями или другими заинтересованными третьими сторонами. Такой механизм обычно именуется "ограниченным оборотным" финансированием.

2. Источники финансирования проектов в области инфраструктуры

30. Все более важную роль в развитии инфраструктуры играют методы, альтернативные традиционным методам государственного финансирования. В последние годы новые инвестиционные проекты в области инфраструктуры в различных странах включали проекты, которые финансировались исключительно или в основном за счет частных источников. Двумя основными формами финансирования являются финансирование за счет заемных средств, обычно в форме ссуд, получаемых на коммерческих рынках, или же финансирование путем эмиссии акций. Тем не менее существующие источники финансирования не ограничиваются упомянутыми выше. Государственные и

частные инвестиции довольно часто совмещаются в рамках механизмов, которые иногда именуются "частно-государственными товариществами".

a) Акционерный капитал

31. Первый вид капитала для проектов в области инфраструктуры предоставляется в форме инвестиций в акционерный капитал. Акционерный капитал прежде всего образуется за счет средств спонсоров проекта и других индивидуальных инвесторов, заинтересованных в приобретении акций компании-концессионера. В то же время на долю такого акционерного капитала, как правило, приходится лишь определенная часть общих затрат на проект в области инфраструктуры. Для мобилизации коммерческих ссуд и для получения доступа к другим источникам средств в целях удовлетворения капитальных потребностей проекта спонсоры проекта и другие индивидуальные инвесторы вынуждены предоставлять кредиторам и другим поставщикам капитала преимущественное право на получение выплат, соглашаясь, таким образом, на то, что их собственные инвестиции будут оплачиваться только после завершения выплат таким другим поставщикам капитала. Поэтому спонсоры проекта, выступающие основной движущей силой проекта, обычно принимают на себя наиболее высокий финансовый риск. В то же время они будут получать наибольшую долю прибыли от проекта, после того как первоначальные инвестиции будут оплачены. Значительный объем инвестиций в акционерный капитал со стороны спонсоров проекта обычно приветствуется кредиторами и правительством, поскольку это позволяет снизить долю платежей по погашению задолженности в общем потоке наличных средств концессионера и служит дополнительной гарантией заинтересованности таких компаний в осуществлении проекта.

b) Коммерческие ссуды

32. Основным источником средств для финансирования проектов в области инфраструктуры обычно являются заемные средства. Такие средства можно получить на финансовом рынке, главным образом в форме ссуд, предоставляемых проектной компании национальными или иностранными коммерческими банками, использующими, как правило, средства, мобилизованные в виде краткосрочных или среднесрочных депозитов, по которым такие банки выплачивают проценты по плавающим ставкам. Поэтому коммерческие банки обычно предоставляют ссуды с плавающей процентной ставкой, и срок их погашения, как правило, короче срока осуществления проекта. Тем не менее во всех случаях, когда это возможно и экономически целесообразно с учетом преобладающих на финансовом рынке условий, банки предпочитают мобилизовывать и предоставлять среднесрочные или долгосрочные ссуды по фиксированным ставкам, с тем чтобы не подвергать себя и концессионера в течение продолжительного периода времени риску колебания процентных ставок, а также сократить необходимость в операциях хеджирования.

33. Коммерческие ссуды обычно предоставляются кредиторами при том условии, что их погашение будет производиться в первоочередном порядке по отношению к оплате любых других обязательств заемщика. Поэтому коммерческие ссуды обычно именуются "несубординированными" или "первостепенными" ссудами. Первостепенные ссуды подразделяются на "необеспеченные" и "обеспеченные" в зависимости от того, гарантировано ли их погашение каким-либо обеспечением, предоставленным заемщиком. Необеспеченные ссуды (т.е. ссуды, не гарантированные каким-либо обеспечением, предоставленным заемщиком), как правило, предоставляются исходя из оценки платежеспособности заемщика. В то же время для сведения к минимуму своих рисков кредиторы, предоставляющие необеспеченные ссуды, часто требуют, чтобы заемщик взял на себя обязательство не отдавать свои чистые активы в залог какой-либо другой стороне в предпочтение кредиторам по необеспеченному кредиту. Такое обязательство обычно именуется "негативный залог". В свою очередь обеспеченные ссуды обычно гарантируются предоставленным заемщиком обеспечением, например, в виде акций проектной компании или ее имущества и дебиторской задолженности. Способность заемщика предоставить такие виды обеспечения, а также платежеспособность заемщика и его гарантов обычно ограничивают риск, которому подвергаются кредиторы, что позволяет снизить стоимость предоставляемого кредита.

c) "Субординированный" долг

34. Третьим видом средств, который обычно используется в таких проектах, являются "субординированные" ссуды, которые иногда именуются "мезанинным" капиталом. Такие ссуды занимают место выше акционерного капитала в порядке очередности платежей, однако имеют более низкий статус по сравнению с первостепенными ссудами. Такая субординация может быть общей (т.е. в целом может предусматриваться более низкий статус по сравнению с любой первостепенной задолженностью) или специальной, когда в кредитном соглашении конкретно определяются те виды задолженности, по отношению к которым ссуда является субординированной. Субординированные ссуды зачастую предоставляются по фиксированным ставкам, которые обычно выше ставок по первостепенной задолженности. В качестве дополнительного инструмента привлечения такого капитала или же в некоторых случаях в качестве альтернативы более высоким процентным ставкам кредиторам по субординированным ссудам может быть предоставлена возможность прямого участия в прибылях в результате эмиссии привилегированных или конвертируемых акций или облигаций, причем иногда предусматривается возможность подписки на акции компании-концессионера по преференциальным ценам.

d) Институциональные инвесторы

35. Помимо субординированных ссуд, предоставленных спонсорами проекта или правительственными финансовыми учреждениями, субординированные заемные средства могут быть получены от финансовых компаний, инвестиционных фондов, страховых компаний, коллективных инвестиционных планов (например, взаимных фондов), пенсионных фондов и других так называемых "институциональных инвесторов". Такие учреждения, как правило, располагают крупными денежными суммами, которые могут быть направлены на долгосрочные инвестиции и которые могут являться важным источником дополнительного капитала для проектов в области инфраструктуры. Основной причиной, побуждающей такие учреждения идти на риск, связанный с предоставлением капитала для проектов в области инфраструктуры, являются перспективы получения вознаграждения, а также заинтересованность в диверсификации инвестиций.

e) Финансирование за счет использования рынка капитала

36. По мере накопления опыта в реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, расширяется использование рынков капитала. Средства могут быть мобилизованы путем размещения привилегированных акций, облигаций или других оборотных долговых обязательств на одной из признанных фондовых бирж. Для публичного предложения оборотных долговых обязательств, как правило, необходимо получить разрешение у соответствующего регулирующего органа, а также обеспечить выполнение требований, применимых в рамках соответствующей правовой системы, например, требований в отношении информации, которую необходимо предоставить в проспекте эмиссии и, в некоторых правовых системах, требований в отношении предварительной регистрации. Облигации и другие оборотные долговые обязательства могут быть обеспечены только общей репутацией эмитента, или же по ним может быть предоставлено обеспечение в виде ипотечного залога или же другого права удержания какого-либо конкретного имущества.

37. Существующие предприятия общественного пользования с уже устоявшейся коммерческой репутацией, как правило, обладают более широкими возможностями для получения доступа на рынки капитала, чем компании, которые специально создаются для сооружения и эксплуатации какого-либо нового объекта инфраструктуры и которые не имеют необходимого рейтинга кредитоспособности. Так, некоторые фондовые биржи требуют, чтобы компания-эмитент уже имела соответствующую устоявшуюся репутацию в течение определенного минимального периода времени, прежде чем ей будет разрешено осуществлять эмиссию оборотных долговых обязательств.

f) Финансирование исламскими финансовыми учреждениями

38. Еще одной группой потенциальных кредиторов являются исламские финансовые учреждения. Такие учреждения действуют в соответствии с нормами и практикой, которые соответствуют традициям исламского права. Одной из отличительных особенностей банковской деятельности в соответствии с такими нормами является отсутствие платежей процентов и, следовательно, использование других форм вознаграждения за предоставленные в заем средства, например участие в прибылях или прямое участие финансовых учреждений в доходах от сделок их клиентов. Вследствие используемых методов деятельности исламские финансовые учреждения могут быть в большей степени, чем другие коммерческие банки, заинтересованы в прямом или косвенном участии в акционерном капитале проекта.

g) Финансирование международными финансовыми учреждениями

39. Важную роль в качестве источников ссуд, гарантий и акционерного капитала для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут также играть международные финансовые учреждения. Всемирный банк, Международная финансовая корпорация, а также региональные банки развития принимали участие в финансировании целого ряда проектов.

40. Международные финансовые учреждения могут также сыграть весьма полезную роль в создании "синдикатов" для предоставления ссуд на цели осуществления проекта. Некоторые из таких учреждений имеют специальные программы кредитования, в соответствии с которыми они становятся единственными "официальными кредиторами" по проекту, выступая от своего собственного имени и от имени участвующих банков и беря на себя ответственность за обработку платежей участников и за последующее получение и распределение полученных от заемщика платежей в погашении ссуды либо в соответствии с конкретными соглашениями, либо на основании других прав, которыми они обладают, имея статус преференциального кредитора. Некоторые международные финансовые учреждения могут также предоставлять акционерный или "мезанинный" капитал путем инвестирования средств в действующие на рынке капитала фонды, которые специализируются на ценных бумагах, эмитируемых операторами инфраструктуры. И, наконец, международные финансовые учреждения могут также предоставлять гарантии от различных политических рисков, что может способствовать выполнению проектной компанией задачи по мобилизации средств на международном финансовом рынке (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ____).

h) Поддержка со стороны агентств по кредитованию экспорта

41. Агентства по кредитованию экспорта могут оказывать поддержку в реализации проекта в форме ссуд, гарантий или сочетания этих двух механизмов. Участие агентств по кредитованию экспорта может быть сопряжено с целым рядом преимуществ, включая более низкие процентные ставки по сравнению со ставками, применяемыми коммерческими банками, и более долгосрочные ссуды, которые в некоторых случаях предоставляются по фиксированной процентной ставке (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ___).

i) Комбинация публичных и частных источников финансирования

42. В дополнение к ссудам и гарантиям, предоставленным коммерческими банками и национальными или многосторонними публичными финансовыми учреждениями, в некоторых случаях для финансирования новых проектов публичные средства предоставляются в комбинации с частным капиталом. Источником таких публичных средств могут быть доходы правительства или государственные займы. Такие средства могут использоваться в комбинации с частными средствами в качестве первоначальных инвестиций или в качестве долгосрочных платежей или же могут быть предоставлены в форме правительственных дотаций или гарантий (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", __).

43. Правительство может выступать одним из спонсоров проекта в области инфраструктуры путем участия в акционерном капитале компании-концессионера, что позволяет снизить объем акционерного капитала и заемных средств, которые необходимо мобилизовывать из частных источников. В некоторых случаях правительства обязуются осуществить прямые платежи концессионеру в целях стимулирования инвестиций в проекты, которые, как представляется, сопряжены с повышенным коммерческим риском. Сдерживающим фактором для инвестиций частного сектора в новые платные дороги может, например, являться тот факт, что прогнозы в отношении интенсивности движения, как бы профессионально они ни были подготовлены, являются неопределенными и зависят от целого ряда непредсказуемых факторов. Для привлечения инвестиций в новые проекты, которые, как считается, представляют публичный интерес, в некоторых странах была создана система, в соответствии с которой правительство производит прямую выплату единовременной суммы, размеры которой устанавливаются, например, в зависимости от оценок интенсивности движения (см. главу IV "Проектное соглашение", ___).

E. Основные стороны - участники реализации проектов в области инфраструктуры

44. Состав участников проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может в значительной степени различаться в зависимости от конкретного сектора инфраструктуры, условий участия частного сектора и механизмов, используемых для финансирования проекта. В нижеследующих пунктах определяются основные стороны, участвующие в реализации типичного проекта в области инфраструктуры, финансируемого из частных источников и предусматривающего сооружение нового объекта инфраструктуры в рамках механизма "проектного финансирования".

1. Организация-заказчик и другие правительственные учреждения

45. В реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, часто принимают участие различные государственные органы в принимающей стране на общенациональном, региональном и местном уровнях. Организация-заказчик является основным органом, отвечающим за проект в рамках правительства. Кроме того, для реализации проекта может потребоваться активное участие (например, для выдачи лицензий или разрешений) других учреждений, помимо организации-заказчика, на том же или на другом уровне правительства. Такие органы играют принципиально важную роль в реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

46. Организация-заказчик или другое правительственное учреждение, как правило, определяет проект в соответствии со своей политикой в области развития инфраструктуры в соответствующем секторе, а также определяет такой характер участия частного сектора, который будет способствовать наиболее эффективной эксплуатации объекта инфраструктуры. После этого организация-заказчик осуществляет процедуры, в результате которых производится выбор концессионера. Кроме того, в течение всего срока осуществления проекта правительству, возможно, необходимо будет оказывать различные формы поддержки законодательного, административного, регламентационного и в некоторых случаях финансового характера, с тем чтобы обеспечить успешное сооружение и надлежащую эксплуатацию объекта. Наконец, в рамках некоторых проектов правительство может стать конечным собственником объекта (___).

2. Проектная компания и спонсоры проекта

47. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, обычно реализуются совместным предприятием, в состав которого входят строительные и машиностроительные компании, а также поставщики

капитального оборудования, которые заинтересованы в том, чтобы стать основными подрядчиками или поставщиками по проекту. Компании, участвующие в таком совместном предприятии, часто называются "спонсорами проекта". Такие компании будут активно участвовать в разработке проекта на начальных этапах, и их способность осуществлять сотрудничество и привлекать других надежных партнеров является важнейшим условием своевременного и успешного завершения работ. Кроме того, важным фактором обеспечения долгосрочной жизнеспособности проекта является участие компании, обладающей опытом эксплуатации объектов, подобных сооружаемому (см. главу V "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", _____). В тех случаях, когда спонсоры проекта создают самостоятельное юридическое лицо, в число участников могут также входить другие акционеры-инвесторы, не участвующие каким-либо иным образом в реализации проекта (как правило, речь идет об институциональных инвесторах, инвестиционных банках, двусторонних и многосторонних кредитных учреждениях, а иногда также и о правительстве или находящейся в правительственной собственности корпорации). Иногда правительство поощряет участие инвесторов из частного сектора принимающей страны.

3. Кредиторы

48. Риски, с которыми сталкиваются кредиторы в рамках проектного финансирования, будь то безоборотное или ограниченное оборотное финансирование, гораздо выше, чем при обычных сделках. Это особенно верно в тех случаях, когда обеспечительную стоимость соответствующих физических активов (например, дороги, моста или туннеля) получить весьма трудно по причине отсутствия "рынка", на котором такие активы могут быть беспрепятственно реализованы, или существование препятствий для обращения взыскания на такие активы или для вступления во владение ими. Это обстоятельство влияет не только на условия, на которых предоставляются ссуды (например, обычно более высокая стоимость проектного финансирования и наличие многочисленных условий предоставления финансовых средств), но и на практические возможности получения средств.

49. Вследствие значительных масштабов инвестиций, необходимых для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, ссуды довольно часто предоставляются в форме "синдицированных" кредитов, при этом один или несколько банков играют ведущую роль в проведении переговоров по согласованию финансовых документов от имени других участвующих финансовых учреждений, главным образом коммерческих банков. Коммерческие банки, которые специализируются на кредитовании определенных отраслей промышленности, обычно не проявляют готовности брать на себя риски, с которыми они не знакомы (обсуждение связанных с проектами рисков см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка",___). Так, например, учреждения, занимающиеся долгосрочным кредитованием, могут быть не заинтересованы в предоставлении краткосрочных ссуд для финансирования сооружений инфраструктуры. Поэтому при крупномасштабных проектах участие в осуществлении различных этапов проектов обычно принимают различные кредиторы. Для избежания споров, которые могут возникнуть в результате коллизии действий отдельных кредиторов, или споров между кредиторами в отношении погашения их ссуд, кредиторы, предоставляющие средства на крупные проекты, обычно заключают так называемое "межкредиторское соглашение". Межкредиторское соглашение обычно содержит положения, касающиеся таких вопросов, как осуществление выплат на пропорциональной основе или в определенном порядке очередности; условия объявления событий, влекущих за собой отказ от исполнения обязательств, и сокращение срока погашения кредита; координация процедур обращения в собственность кредиторов обеспечения, предоставленного проектной компанией.

4. Международные финансовые учреждения и агентства по кредитованию экспорта

50. Международные финансовые учреждения и агентства по кредитованию экспорта сталкиваются по существу с теми же проблемами, что и другие кредиторы проекта. Помимо этого они будут особенно заинтересованы в том, чтобы исполнение проекта и его эксплуатация не противоречили конкретным программным целям таких учреждений и агентств. Международные финансовые учреждения уделяют все более пристальное внимание экологическим последствиям проектов в области инфраструктуры и их жизнеспособности в долгосрочном плане. Международные финансовые учреждения, предоставляющие ссуды на осуществление проекта, будут также тщательно анализировать методы и процедуры, применяемые при выборе концессионера. Многие глобальные и региональные финансовые учреждения, а также двусторонние учреждения по финансированию развития разработали руководящие принципы или другие требования в отношении закупок, производимых за счет предоставляемых ими средств, которые обычно отражены в их стандартных кредитных соглашениях (см. также главу III "Выбор концессионера", ____).

5. Страховщики

51. Как правило, по проекту в области инфраструктуры заключаются договоры страхования от несчастных случаев в отношении сооружений и оборудования, страхования гражданской ответственности и страхования пособия рабочим, выплачиваемого во время болезни. Другими возможными видами страхования являются страхование случаев перерыва производственной деятельности, перерывов в поступлении наличных средств или случаев превышения затрат (см. главу V "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", ____). Такие виды страхования, как правило, предлагаются на рынке коммерческого страхования, хотя возможности коммерческого страхового

покрытия в отношении некоторых чрезвычайных обстоятельств за пределами контроля сторон (например, войны, мятежи, акты вандализма, землетрясения, ураганы) могут быть ограничены. Частный рынок страхования играет все более важную роль в обеспечении покрытия от некоторых видов политических рисков, таких, как аннулирование договора, неисполнение правительственным учреждением договорных обязательств или необоснованное востребование независимых гарантий. В некоторых странах страховщики предлагают комплексные страховые пакеты, цель которых состоит в том, чтобы учесть определенные риски, не покрытые в результате пробелов между отдельными полисами страхования. В дополнение к частному страхованию гарантии от политических рисков могут быть предоставлены международными финансовыми учреждениями, например Всемирным банком, Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям и Международной финансовой корпорацией, а также региональными банками развития или агентствами по кредитованию экспорта (см. главу II "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка", ___).

6. Независимые эксперты и консультанты

52. Независимые эксперты и консультанты играют весьма важную роль на различных этапах реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Опытные компании обычно стремятся дополнить потенциал своих собственных технических экспертов услугами внешних экспертов и консультантов, например финансовых экспертов, внешних международных консультантов или консультантов по инженерно-техническим вопросам. Консультантами спонсоров проекта часто выступают торговые и инвестиционные банки, которые оказывают помощь в организации финансирования и в формулировании предполагаемого проекта, т.е. в проведении такой работы, которая, хотя и имеет принципиально важное значение для проектного финансирования, существенно отличается от собственного финансирования. Независимые эксперты могут консультировать кредиторов проекта, например, в вопросах оценки связанных с проектом рисков в принимающей стране. Они могут также оказывать помощь правительствам в разработке стратегий развития инфраструктуры в отдельных секторах и в подготовке правовых и административных рамок. Кроме того, независимые эксперты и консультанты могут оказывать помощь правительству в подготовке технико-экономических обоснований и других предварительных исследований, в подготовке запросов предложений или стандартных договорных условий и спецификаций, в оценке и сопоставлении предложений или в проведении переговоров по проектному соглашению.

53. Помимо частных организаций ряд межправительственных организаций (например, ЮНИДО, региональные комиссии Экономического и Социального Совета) и международных финансовых учреждений (например, Всемирный банк и региональные банки развития) имеют специальные программы, в рамках которых они могут предоставлять такого рода техническую помощь непосредственно правительствам или же оказывать содействие правительствам в выявлении квалифицированных консультантов.

F. Политика в области инфраструктуры, структура секторов и конкуренция

54. По ходу истории функции публичного и частного секторов в развитии инфраструктуры существенно изменялись. Такие услуги, как газовое освещение улиц, распределение электроэнергии, телеграфная и телефонная связь, железные дороги с использованием паровозной тяги и электротрамваи были созданы еще в XIX веке, и во многих странах соответствующие услуги предоставлялись частными компаниями, которые получили лицензию или концессию от правительства. В этот период осуществлялось большое количество финансируемых из частных источников проектов в области сооружения дорог или каналов, а также наблюдалось быстрое развитие международных механизмов финансирования проектов, включая размещение международных облигационных займов для финансирования железнодорожного строительства или других крупных проектов в области инфраструктуры.

55. В то же время на протяжении большей части XX века в мире, напротив, наблюдалась тенденция к повышению роли публичного сектора в обеспечении инфраструктуры и предоставлении других услуг. Довольно часто операторы инфраструктуры национализировались, а конкуренция снижалась в результате слияний и поглощений. В этот период отмечалось также снижение степени открытости мировой экономики. Лишь в ограниченном числе стран операторами в секторах инфраструктуры являлись частные компании, причем зачастую они проводили свою деятельность в условиях существенного ограничения или полного отсутствия конкуренции. Во многих странах господствующая роль публичного сектора в предоставлении услуг в области инфраструктуры была закреплена в конституциях (см. главу I "Общие соображения по законодательным вопросам", ____).

56. Наблюдаемая в настоящее время обратная тенденция к расширению участия частного сектора и развитию конкуренции в секторах инфраструктуры появилась в начале 80-х годов и была обусловлена рядом как общих, так и специфических для отдельных стран факторов. К числу общих факторов относятся важные достижения технического прогресса; высокий уровень задолженности и острая нехватка бюджетных средств, ограничивающая способность публичного сектора удовлетворять возрастающие потребности в области инфраструктуры; расширение международных и местных рынков капитала, обусловившее улучшение доступа к частным источникам финансирования; а также увеличение числа успешных международных проектов, связанных с участием частного

сектора и развитием конкуренции в области инфраструктуры. Во многих странах было принято новое законодательство, которое не только обеспечивает регулирование подобных операций, но также предусматривает модификацию структуры рынка и правил, регулирующих конкуренцию в секторах этих операций.

1. Частные инвестиции и политика в области инфраструктуры

57. В большинстве стран, в которых в последнее время сооружались новые объекты инфраструктуры с помощью частных инвестиций, проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, являются важным инструментом удовлетворения национальных потребностей в области инфраструктуры. К числу важнейших элементов национальной политики относятся уровень конкуренции, который предполагается установить в каждом секторе инфраструктуры, структурная организация соответствующего сектора и механизмы, используемые для обеспечения надлежащего функционирования инфраструктурных рынков. Национальная политика, направленная на стимулирование частных инвестиций в инфраструктуру, часто сопровождается мерами, нацеленными на обеспечение конкуренции между поставщиками общедоступных услуг или на предотвращение злоупотребления монопольными условиями в тех случаях, когда внедрение конкуренции невозможно.

58. При разработке программ по стимулированию инвестиций частного сектора в развитие и эксплуатацию публичной инфраструктуры ряд стран сочли полезным провести обзор предпосылок, исходя из которых были установлены монополии публичного сектора, в том числе исторических обстоятельств и политических условий, которые привели к их созданию, с целью: a) определить, по-прежнему ли сохраняют эти секторы характеристики естественной монополии, и b) оценить возможность и желательность внедрения конкуренции в некоторые секторы инфраструктуры.

59. Меры, которые могут потребоваться для реализации правительственной политики по содействию развитию конкуренции в различных секторах инфраструктуры, будут в основном зависеть от господствующей рыночной структуры. К числу основных элементов, характеризующих ту или иную рыночную структуру, относятся экономические, юридические, технические или прочие барьеры для участия конкурентов, степень вертикальной или горизонтальной интеграции, количество компаний, действующих на рынке, а также доступность замещающей продукции или улуг.

a) Политика конкуренции и монополии

60. Термин "монополия" в строгом смысле слова означает рынок, на котором действует только один поставщик. В то же время чистая монополия и идеальная конкуренция представляют собой два противоположных полюса спектра. Большинство рынков товаров и услуг характеризуется определенной степенью конкуренции, которая находится между этими двумя полюсами. В целом монополии могут быть классифицированы как естественные монополии, юридические монополии и монополии де-факто; каждый вид может потребовать применения различных политических подходов:

a) Естественные монополии. Это те виды экономической деятельности, которые позволяют единственному поставщику снабжать целый рынок по более низким ценам, чем в случае, если бы действовали два или более поставщиков. Такая ситуация типична для тех видов экономической деятельности, которые связаны с крупными инвестициями и высокими постоянными затратами, но при сокращающихся затратах на производство дополнительной единицы услуг (например, дополнительного кубического метра воды) для удовлетворения возросшего спроса. Как правило, для естественных монополий характерны потребности в крупных первоначальных инвестициях в основной капитал, в результате чего новой компании, у которой отсутствуют сопоставимые возможности для получения экономии за счет эффекта масштаба, трудно выйти на рынок с товаром по более низкой цене, чем у обладателя монополии;

b) Юридические монополии. Юридические монополии устанавливаются законом и могут охватывать те секторы или виды деятельности, которые являются или не являются естественными монополиями. Что касается последней категории, то монополия существует исключительно в результате запрета конкуренции. Обстоятельства, заставившие многие страны установить юридические монополии, часто основывались на том соображении, что национальные потребности в инфраструктуре - как с точки зрения качества, так и количества - не могут быть должным образом удовлетворены, если в области инфраструктуры будут действовать свободные рыночные силы;

c) Монополии де-факто. Эти монополии не обязательно могут являться результатом базовых экономических условий или принятия каких-либо правовых норм; они возникают просто в отсутствие конкуренции, если подобное положение обусловлено, например, интегрированной природой компании, действующей в области инфраструктуры, и ее способностью контролировать важнейшие условия, что исключает появление на рынке других поставщиков.

61. Практика показала, что монополии (независимо от их формы) вызывают негтивные экономические последствия. Поставщик услуг, действующий в монопольных условиях, обычно имеет возможность устанавливать цены. Дополнительный доход, возникающий в результате недостаточной конкуренции, предполагает переход

достояния от потребителей к производителям. Кроме того, практика показала, что монополии вызывают сказывающиеся на экономике чистые потери в благосостоянии, являющиеся результатом завышенных цен, которые обусловлены искусственно низким производством; снижением темпов внедрения нововведений; и недостаточными усилиями по сокращению производственных затрат. Кроме того, особенно применительно к секторам инфраструктуры могут создаваться вторичные последствия для других рынков. Например, отсутствие конкуренции и недостаточная эффективность в секторе телекоммуникаций вызывают негативные последствия с точки зрения повышения затрат для экономики в целом.

62. Несмотря на негативные экономические последствия, монополии и другие установленные в порядке регулирования барьеры для конкуренции иногда поддерживались даже в отсутствие условий, характерных для естественных монополий. Одна из причин, на которую ссылаются для обоснования сохранения монополий, состоит в том, что они могут использоваться для содействия достижению определенных программных целей, например для обеспечения предоставления услуг в некоторых регионах или некоторым категориям потребителей по низким ценам или даже ниже себестоимости. Примеры услуг, цена на которые может не покрывать затраты, включают экстренную телефонную связь, водо- или энергоснабжение, сниженные транспортные тарифы для некоторых категорий пассажиров (например, школьников и пенсионеров), а также некоторые услуги для пользователей, относящихся к группам населения с низким доходом или проживающих в сельской местности. Являющийся монополистом поставщик услуг может финансировать предоставление таких услуг через внутреннее "перекрестное субсидирование" за счет других рентабельных услуг, предоставляемых в других регионах или другим категориям потребителей.

63. В числе других причин, оправдывающих сохранение юридических монополий в отсутствие условий, характерных для естественных монополий, упоминалось о необходимости повышения привлекательности соответствующего сектора для частных инвесторов. Частные операторы могут настаивать на получении исключительных прав на предоставление какой-либо услуги с тем, чтобы сократить коммерческий риск своих инвестиций. Однако эту цель необходимо оценивать с учетом интересов потребителей и положения в экономике в целом. Тем странам, в которых предоставление исключительных прав считается необходимым стимулом частных инвестиций, возможно, целесообразно рассмотреть вопрос об ограничении конкуренции, хотя и только на временной основе (см. главу IV "Проектное соглашение", ____).

b) Возможности для конкуренции в различных секторах

64. До последнего времени монопольные условия господствовали в большинстве секторов инфраструктуры, либо поскольку соответствующий сектор являлся естественной монополией, либо поскольку установленные в порядке регулирования барьеры или другие факторы (например, вертикально интегрированная структура поставщиков общедоступных услуг) препятствовали эффективной конкуренции. Однако быстрые темпы технологического прогресса расширили потенциальные возможности для конкуренции в секторах инфраструктуры, как это кратко рассматривается ниже:

a) Сектор телекоммуникаций. Новая беспроводная технология не только создает возможности для мобильных услуг связи, но и вступает во все более острую конкуренцию со стационарными (проводными) услугами. Сети, использующие технологию оптических волокон, сети кабельного телевидения, передача данных по линиям электроснабжения, глобальные спутниковые системы, возросшие мощности электронно-вычислительных устройств, более совершенные методы сжатия данных, сближение методов связи, вещания и обработки данных - все эти факторы все более активно способствуют разрушению традиционных монополий и способов предоставления услуг. В результате этих и иных изменений сектор телекоммуникационных услуг становится все более конкурентным и страны все более широко открывают его для свободного доступа участников, ограничивая доступ лишь к таким услугам, которые требуют использования скудных публичных ресурсов, например радиочастот;

b) Энергетический сектор. В энергетическом секторе применение газовых турбин с комбинированным циклом и других технологий, позволяющих эффективно производить электроэнергию в меньших масштабах, а также стандартизация в секторе производства энергетического оборудования заставили ряд стран изменить монополистическую и вертикально интегрированную структуру внутренних рынков электроэнергии. Рост мощности электронно-вычислительного оборудования и более совершенное программное обеспечение для обработки данных облегчают распределение электроэнергии по энергетическим сетям, а также организацию энергетических пулов и использование других механизмов в области обеспечения доступа к сетям и торговле электроэнергией;

c) Сектор транспорта. Изменения структуры в секторе транспорта также во многих случаях являются результатом технологического прогресса: внедрение контейнерных перевозок и других нововведений, таких, как спутниковая связь, позволяющая следить за грузами по всему земному шару, оказали огромное воздействие на морские перевозки, на управление портами и на железнодорожный и автомобильный транспорт, а также одновременно содействовали развитию смешанных перевозок.

65. Подобные изменения заставили законодателей в ряде стран распространить конкуренцию на секторы инфраструктуры путем принятия законодательства, отменяющего монополии и другие барьеры для выхода на рынок,

изменяющего структурную организацию секторов инфраструктуры и устанавливающего такие рамки регулирования, которые содействуют эффективной конкуренции. Масштабы таких возможных преобразований зависят от конкретного сектора, величины рынка и других факторов.

2. Структурная перестройка секторов инфраструктуры

66. Во многих странах привлечение частного сектора к развитию инфраструктуры последовало за внедрением по структурной перестройке секторов инфраструктуры. Законодательные преобразования обычно начинаются с отмены правил, запрещающих участие частных компаний в деятельности в области инфраструктуры, и с ликвидации всех других юридических препятствий конкуренции, которые не могут быть оправданы публичными интересами. В то же время следует отметить, что решение о том, в какой степени соответствующий сектор инфраструктуры может быть открыт для конкуренции, должно приниматься в свете общей экономической политики страны. Некоторые страны, в особенности развивающиеся страны, могут быть законным образом заинтересованы в развитии определенных секторов местной промышленности и могут, таким образом, принять решение не открывать некоторые секторы инфраструктуры для конкуренции.

67. Что касается монопольных условий, которые проистекают из юридических запретов, а не являются результатом экономических и техничеких базовых причин, то основное решение, которое необходимо принять в законодательном порядке, - это решение об устранении действующих юридических барьеров, которые, возможно, потребуется подкрепить установлением регулирующих конкуренцию правил (например, запрещением сговора, картелей, грабительских цен или других несправедливых видов коммерческой практики) и осуществляемым регулирующими органами надзором (см. главу I "Общие соображения по законодательным вопросам", ____). В то же время обеспечение эффективной конкуренции в ряде секторов лишь за счет ликвидации закрепленных в законодательстве барьеров без принятия законодательных мер по структурной перестройке соответствующего сектора может быть невозможным. В ряде стран монополии сохранялись на временной основе лишь в течение того периода, который был необходим для оказания содействия постепенному, более упорядоченному и более социально приемлемому переходу от монополистической к конкурентной рыночной структуре.

а) Расчленение услуг в области инфраструктуры

68. Опыт ряда стран показал, что существование вертикально или горизонтально интегрированных компаний, действующих в области инфраструктуры, может воспрепятствовать эффективной конкуренции. Интегрированные компании могут попытаться распространить свои монополистические права, которыми они обладают на одном рынке или сегменте рынка, на другие рынки или сегменты с тем, чтобы получать монопольную ренту также и в этих секторах. В силу этого, некоторые страны сочли необходимым отделить монопольный элемент (например, линии передач во многих сетях энергоснабжения) от конкурентных элементов в соответствующем секторе. В общем и целом услуги в области инфраструктуры могут предоставляться на конкурентной основе, в то время как базовая физическая инфраструктура часто обладает монопольными характеристиками.

69. Отделение конкурентных видов деятельности от монополистических может в свою очередь потребовать расчленения вертикально или горизонтально интегрированных предприятий. Вертикальное расчленение происходит в тот момент, когда централизованные виды деятельности отделяются от деятельности на более низком уровне, например, когда в энергетическом секторе разделяется деятельность по производству, передаче, распределению и поставке электроэнергии. Цель обычно заключается в том, чтобы отделить ключевые сетевые компоненты и основные механизмы от конкурентных сегментов коммерческой деятельности. Горизонтальное расчленение происходит в случаях, когда один вид деятельности или несколько параллельных видов деятельности поставщика общедоступных услуг-монополиста распределяются среди нескольких компаний, которые могут либо непосредственно конкурировать между собой на рынке (как это все более часто имеет место в случае производства электроэнергии), либо сохранять монополию на менее крупной территории (как это может иметь место в случае распределения электроэнергии). Горизонтальное расчленение может охватывать как какой-либо отдельный расчленяемый вид деятельности или сегмент (как в приведенных примерах, касающихся энергетического сектора), так и новые виды деятельности, отдельно организуемые взамен старых на одном или нескольких рынках (как, например, в случае отделения услуг по сотовой связи от проводной телефонной связи).

70. В то же время необходимо тщательно взвесить ожидаемые затраты и результаты таких изменений. Затраты могут включать затраты, связанные собственно с изменением (например, затраты на проведение реформы и затраты переходного периода, включая убытки, понесенные компаниями, которые в результате введения новой схемы утратят льготы или защищенные позиции), и затраты, обусловленные функционированием новой схемы, в частности более высокие затраты на координацию (например, в связи с более сложным сетевым планированием, технической стандартизацией и регулированием). С другой стороны, результаты могут включать новые инвестиции, более совершенные или новые услуги, более широкий выбор и более низкие экономические затраты.

b) Недавний опыт в основных секторах инфраструктуры

i) Телекоммуникации

71. Примеры расчленения в секторе телекоммуникаций являются не очень многочисленными. В ряде стран услуги по междугородней и международной связи были отделены от местных услуг; в первом случае вводилась конкуренция, а во втором секторе в значительной степени сохранялись монопольные условия. В некоторых таких странах в настоящее время наблюдается обратная тенденция, поскольку местным телефонным компаниям разрешается предоставлять услуги по междугородней связи, а компаниям, обеспечивающим международнюю связь, разрешается предоставлять местные услуги, причем все это в условиях конкуренции. Обязательные нормы, гарантирующие открытый доступ, часто встречаются в секторе телекоммуникаций, в котором исторический поставщик общедоступных услуг, как правило, предоставляет услуги в конкуренции с другими поставщиками, контролируя при этом важнейшие участки сети.

ii) Электроэнергия

72. Недавно принятые в различных странах новые законы, касающиеся электроэнергии, предусматривают расчленение энергетического сектора за счет разделения производства, передачи и распределения электроэнергии. В некоторых случаях с тем, чтобы сохранить монополию лишь над тем видом деятельности, применительно к которому существуют монопольные условия (например, применительно к проводной передаче электроэнергии для публичного использования), проводится дальнейшее разграничение: поставки отделяются от распределения. В этих странах компании по передаче и распределению не приобретают и не продают электроэнергию, а осуществляют только ее транспортировку за плату, определяемую в порядке регулирования. Торговля электричеством происходит между производителями или брокерами, с одной стороны, и пользователями - с другой. В некоторых из этих стран конкуренция ограничивается только крупными пользователями или вводится поэтапно.

73. Страны, принявшие решения о внедрении конкуренции в секторы энергетики и газа, путем принятия нового законодательства организовали новые рыночные структуры, оговорив пределы, в которых рынок должен быть расчленен (а иногда и количество поставщиков общедоступных услуг, которые должны быть созданы за счет расчленения существовавшей монополии), или ликвидировали барьеры для выход на рынок новых участников. В этих же законах, касающихся энергетического сектора, были также установлены специальные регулирующие конкуренцию правила, которые являлись по своему характеру либо структурными (например, запрещение перекрестной собственности на компании, действующие в различных сегментах рынка, таких как производство, передача и распределение или продажа и распределение газа и электричества), либо поведенческими (например, правила о доступе третьих сторон, запрещение альянсов или других тайных договоренностей). В целях обеспечения функционирования этих новых энергетических рынков были созданы новые институты и механизмы регулирования, такие как энергетические пулы, диспетчерские механизмы или регулирующие органы в секторе энергетики. И наконец, параллельно этим нововведениям было необходимо изменить другие аспекты законодательства и политики в области энергетики, в том числе правила, регулирующие рынки нефти, газа, угля и других источников энергии.

iii) Водоснабжение и канализация

74. В секторе водоснабжения и канализации наиболее часто встречающейся реформой рыночной структуры является горизонтальное расчленение. В некоторых странах создано несколько предприятий водоснабжения в тех случаях, когда существовало одно единственное такое предприятие. Это наиболее характерно для стран, в которых отдельные сети не взаимосвязаны или практически не взаимосвязаны, но не только для них. Практика показала, что горизонтальное расчленение облегчает сопоставление показателей деятельности различных поставщиков услуг.

75. В некоторых странах частным инвесторам было предложено обеспечить водоснабжение для предприятий общественного пользования или, например, соорудить и обеспечить эксплуатацию предприятий по очистке или опреснению воды. При таком вертикальном расчленении частные услуги (и разрозненные пакеты инвестиций, которые для них требуются) обычно предоставляются на основании контракта с предприятием общественного пользования и они не приводят к фундаментальному изменению монопольного характера рыночной структуры: предприятия обычно не вступают в конкуренцию друг с другом и, как правило, им не разрешается снабжать потребителей в обход предприятий общественного пользования. Некоторые страны внедрили конкуренцию в секторы водоснабжения и транспортировки воды; в ряде случаев функционируют активные рынки воды. В других ситуациях конкуренция ограничивается сегментами дорогостоящей воды, разлитой по бутылкам или перевозимой цистернами, а также частными колодцами.

iv) Транспорт

76. В связи с принятыми в различных странах мерами по структурной перестройке проводилось разграничение между транспортной инфраструктурой и транспортными услугами. Первый сектор может часто обладать характеристиками естественной монополии, в то время как сектор услуг в целом является конкурентным. Вопрос о конкуренции в секторе транспортных услуг следует рассматривать не только в рамках отдельного вида транспорта,

но также и перекрестно, поскольку железнодорожные, автомобильные, автобусные, воздушные и водные перевозки могут вступать в конкуренцию за пассажиров и груз.

77. Что касается железных дорог, то некоторые страны избрали вариант разделения вопросов собственности на инфраструктуру и ее эксплуатацию (например, применительно к железнодорожным путям, сигнальным системам и вокзалам), с одной стороны, и вопросов услуг по железнодорожным перевозкам (например, пассажирским и грузовым) - с другой. В рамках подобных схем законодательство не разрешает оператору железнодорожных путей предоставлять также и транспортные услуги, которые предоставляются другими компаниями, часто в условиях конкуренции друг с другом. В других странах интегрированным компаниям разрешено как эксплуатировать инфраструктуру, так и предоставлять услуги, однако в законодательном порядке защищены права третьих сторон на доступ к инфраструктуре, которые иногда называются "правами на железнодорожную сеть". В этих случаях транспортные компании, будь то иная железнодорожная линия или компания, занимающаяся предоставлением транспортных услуг, имеют право на доступ к железнодорожным путям на определенных условиях, причем компания, контролирующая определенный путь, обязана предоставить такой доступ.

78. Во многих странах до последнего времени управление портами осуществлялось как монополиями государственного сектора. При открытии этого сектора для участия частных компаний на рассмотрении законодателей находились различные модели. Согласно системе владения территорией порта портовые власти несут ответственность за инфраструктуру, а также общую координацию портовых операций, но в то же время не предоставляют услуги для судов или грузов. В системах обслуживания портов одно предприятие несет ответственность и за инфраструктуру, и за услуги. Конкуренцию между поставщиками услуг (например, в секторах буксировки, стивидорских работ и складирования), возможно, легче обеспечить и поддерживать при системе владения территорией.

79. Может также потребоваться внесение изменений в законодательство, регулирующее функционирование аэропортов, с тем чтобы позволить осуществление частных инвестиций или обеспечить конкуренцию между аэропортами или в их рамках. Здесь, возможно, необходимо также тщательно рассмотреть вопросы взаимосвязи между эксплуатацией аэропортов и управлением воздушным движением. В рамках отдельных аэропортов во многих странах введена конкуренция в таких секторах услуг, как погрузка-разгрузка, снабжение продуктами питания и иное обслуживание самолетов, а также в таких секторах пассажирских услуг, как розничная торговля, рестораны, стоянка автомобилей и т.д. В некоторых странах подряд на сооружение и эксплуатацию нового терминала в существующем аэропорту также выдавался новому оператору, что создавало конкуренцию между терминалами. В других странах на основе СЭП возводились новые аэропорты, а уже существующие передавались в частную собственность.

c) Переходные меры

80. Переход от монополии к рынку требует взвешенного управления. Политические, социальные и иные факторы заставили ряд стран использовать постепенный или поэтапный подход к проведению реформ. В условиях постоянных изменений в технологии и других внешних действующих факторах некоторые страны приняли решение о таких реформах в отдельных секторах, которые могут быть ускорены или скорректированы для учета этих изменяющихся обстоятельств.

81. Некоторые страны пришли к мнению о нецелесообразности единовременного введения конкуренции. В подобных случаях в законодательстве предусматривались временные исключительные права, ограничения на число поставщиков общедоступных услуг или прочие ограничения на конкуренцию. Подобные меры направлены на то, чтобы предоставить в распоряжение обладателя монополии достаточное время для подготовки к конкуренции и корректировки тарифов и одновременно обеспечить для поставщика общедоступных услуг надлежащие стимулы для осуществления инвестиций и расширения сферы предоставляемых услуг. В других странах были приняты положения, предусматривающие периодический пересмотр (например, в момент пересмотра тарифов) таких ограничений в целях определения того, по-прежнему ли существуют условия, явившиеся основанием для их введения.

82. Другой переходной мерой, которая применялась по крайней мере в странах, где поставщики общедоступных услуг находились в правительственной собственности, является структурная перестройка или приватизация соответствующего поставщика услуг. Хотя приватизация и либерализация осуществлялись в различном порядке, в целом либерализация либо сопровождала приватизацию, либо предшествовала ей. Некоторые страны проводили реформы в ином порядке и осуществили приватизацию компаний, обладающих значительным объемом исключительных прав, что часто преследовало цель увеличения поступлений от приватизации. В дальнейшем они, однако, столкнулись с трудностями и иногда с большими затратами в деле ликвидации, ограничения или сокращения срока действия на более позднем этапе исключительных прав или монополий, защищавших частные или приватизированные уполномоченные компании.

A/CN.9/458/Add.2

Глава I. ОБЩИЕ СООБРАЖЕНИЯ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Рекомендации по законодательным вопросам	
Комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам	1-55
A. Общие замечания	1-15
1. Конституционное право и проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников	2-5
2. Выбор законодательного подхода	6-11
3. Правовой режим проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников	12-15
B. Объем полномочий на выдачу концессий	16-25
1. Уполномоченные ведомства и соответствующие области деятельности	17-18
2. Цель и объем концессий	19-22
3. Собственность на инфраструктуру и ее использование	23-25
C. Административная координация	26-32
1. Координация подготовительных мероприятий	27-28
2. Меры, направленные на облегчение выдачи лицензий и разрешений	29-32
D. Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры	33-55
1. Регулирующие органы	36-49
2. Процесс и процедуры регулирования	50-55

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

Общие соображения (пункты 1-15)

1) Организации-заказчики, которые обладают необходимыми полномочиями на предоставление концессий на развитие и эксплуатацию инфраструктуры в принимающей стране, следует указать в законодательном порядке. Целесообразно провести обзор действующих конституционных положений с тем, чтобы устранить нежелательные препятствия для участия частного сектора в развитии и эксплуатации инфраструктуры или ненужные ограничения на использование публичной собственности частными предприятиями, а также препятствия для частной собственности на объекты инфраструктуры.

Объем полномочий на выдачу концессий (пункты 16-25)

2) Принимающая страна, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии законодательных положений, которые:

a) предоставляют организациям-заказчикам в принимающей стране, включая, как это уместно, общегосударственные, региональные и местные власти, полномочия на выдачу концессий на строительство новых объектов или систем инфраструктуры и их эксплуатацию, или на материально-техническое обслуживание, ремонт, восстановление, модернизацию, расширение и эксплуатацию действующих объектов и систем инфраструктуры, или только на предоставление общедоступных услуг, входящих в сферу их компетенции, и на управление предоставлением таких услуг;

b) разрешают предоставление концессий, распространяющихся на весь регион в пределах компетенции организации-заказчика или только на отдельную географическую часть такого региона, будь то с

предоставлением исключительных прав или без него, как это уместно, в соответствии с законодательством, правилами и принципами, применимыми к соответствующему сектору;

c) предоставляют организации-заказчику или другим правительственным ведомствам полномочия передавать или предоставлять в распоряжение концессионера такие государственные земельные участки или действующие объекты инфраструктуры, которые могут потребоваться для выполнения проекта.

Административная координация (пункты 27-32)

3) Принимающая страна, возможно, пожелает принять законодательные положения, требующие, чтобы:

a) организации-заказчики, заинтересованные в разработке проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в сфере своей компетенции, проводили предварительную оценку технико-экономической обоснованности таких проектов, включая экономические и финансовые аспекты, такие, как предполагаемые экономические выгоды от проекта, сметные затраты и потенциальная прибыль, ожидаемая от эксплуатации объекта инфраструктуры, а также экологические последствия реализации проекта;

b) соответствующая организация-заказчик проводила обзор действующих законодательных или иных нормативных требований, связанных с эксплуатацией объектов инфраструктуры предложенного типа, с тем чтобы определить основные правительственные органы, которые должны будут выдать утверждения, лицензии или разрешения или участие которых потребуется иным образом в связи с осуществлением проекта, и принимала необходимые меры для координации участия таких органов в предложенном проекте.

Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры (пункты 33-55)

4) Принимающая страна, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии законодательных положений для цели:

a) разделения эксплуатационных и регулирующих функций и возложения полномочий по регулированию на юридически и функционально независимые органы;

b) наделения регулирующего органа достаточным уровнем автономии для обеспечения того, чтобы его решения принимались без политического вмешательства или ненадлежащего давления со стороны операторов инфраструктуры и поставщиков общедоступных услуг.

5) Принимающая страна, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии законодательных положений, которые:

a) требуют опубликования правил, устанавливающих порядок применения процедур регулирования;

b) требуют, чтобы в решениях, принимаемых в порядке регулирования, указывались причины, на которых они основываются, и чтобы такие решения были доступны для заинтересованных сторон в результате опубликования или с помощью иных средств;

c) устанавливают процедуры обжалования решений регулирующих органов и предусматривают надлежащие правовые средства для защиты поставщиков общедоступных услуг от произвольных решений регулирующих органов.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

A. Общие замечания

1. Для успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, требуются законодательные рамки, которые предоставляют организациям-заказчикам в принимающей стране необходимые полномочия для выдачи концессий на развитие и эксплуатацию инфраструктуры. С учетом законодательных и политических традиций соответствующей страны эти полномочия могут быть выведены из действующих конституционных норм, законодательства, правил или прецедентов, или же такие полномочия может потребоваться установить с помощью новых положений. В настоящем разделе рассматриваются некоторые общие вопросы, которые национальные законодательные органы, возможно, пожелают рассмотреть при создании юридических рамок для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Во-первых, законодательному органу важно рассмотреть возможные последствия, которые обуславливают конституционные нормы принимающей страны для реализации таких проектов. Во-вторых, необходимо сделать выбор относительно уровня и вида документа или документов, которые потребуется принять, а также относительно сферы их применения. И наконец, важно изучить вопрос о том, каким образом проекты в

области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, рассматриваются в правовой традиции соответствующей страны, и, в частности, вопрос о применимом к ним правовом режиме.

1. Конституционное право и проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников

2. В конституционном праве ряда стран содержатся общие ссылки на обязанность государства обеспечить предоставление общедоступных услуг. В ряде стран перечисляются секторы инфраструктуры и услуг, входящие в сферу ответственности государства, а в других странах задача определения таких секторов делегируется законодателю. Согласно некоторым национальным конституциям предоставление ряда общедоступных услуг резервируется исключительно за государством или за специально созданными предприятиями общественного пользования. В то же время согласно другим конституциям предусматриваются полномочия государства на предоставление частным предприятиям концессий на развитие и эксплуатацию инфраструктуры и предоставление общедоступных услуг. В ряде стран установлены ограничения на участие иностранцев в деятельности некоторых секторов или действуют требования о том, что государство должно участвовать в капитале компаний, предоставляющих общедоступные услуги.

3. Странам, стремящимся содействовать расширению частных инвестиций в инфраструктуру, важно провести обзор действующих конституционных норм, с тем, чтобы выявить возможные ограничения на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. В ряде стран реализация проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, задерживалась в результате неопределенности в вопросе об объеме государственных полномочий на предоставление подрядов на такие проекты. Иногда опасения, что такие проекты могут нарушать конституционные нормы о государственной монополии или о предоставлении общедоступных услуг, приводили к судебным спорам, что оказывало неблагоприятное воздействие на осуществление проектов.

4. Кроме того, важно учитывать конституционные нормы, касающиеся собственности на землю или объекты инфраструктуры. Конституционное право некоторых стран содержит ограничения на частную собственность на землю и некоторые средства производства. В других странах частная собственность признается, однако конституция объявляет некоторые виды инфраструктуры собственностью государства. Запреты и ограничения такого характера могут представлять собой препятствие для осуществления проектов, предусматривающих частную эксплуатацию соответствующего объекта инфраструктуры или его частную эксплуатацию и частную собственность на него.

5. Независимо от выбора, который сделан правительством в вопросе о собственности на объекты инфраструктуры, для страны, стремящейся привлечь частные инвестиции в инфраструктуру, важно обеспечить, чтобы государство имело право предоставить в распоряжение концессионера такие земельные участки или такие имеющиеся объекты инфраструктуры, которые могут потребоваться для реализации проектов в области инфраструктуры. В некоторых странах для предоставления государствам таких полномочий потребовалось внести поправки в конституции.

2. Выбор законодательного подхода

6. Законодательство часто играет центральную роль в привлечении частных инвестиций в проекты в области публичной инфраструктуры. В законодательстве обычно закрепляются принципы проводимой политики, предусматриваются конкретные юридические права, и соответствующие законы могут представлять собой важную гарантию стабильности правового режима и режима регулирования. На практике в большинстве стран осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, предшествовало принятие законодательных мер, устанавливающих общие правила выдачи подрядов на такие проекты и их осуществления.

7. В ряде стран с учетом законодательной практики было сочтено целесообразным принять специальное законодательство, регулирующее выполнение и эксплуатацию одного или нескольких конкретных проектов. В других странах с устоявшимися традициями выдачи частному сектору концессий на предоставление общедоступных услуг полномочия государства на предоставление частному сектору подрядов на выполнение любой осуществляемой публичным сектором деятельности, обладающей определенной экономической ценностью, которая позволяет осуществлять эксплуатацию такой деятельности частными предприятиями, предусматриваются в общем законодательстве. Общее законодательство такого вида создает базу для обеспечения единообразного регулирования вопросов, являющихся общими для всех финансируемых из частных источников проектов в различных секторах инфраструктуры. Страны, считающие целесообразным принятие общего законодательства, возможно, пожелают определить те вопросы, которые могут быть урегулированы на этом законодательном уровне, и те вопросы, которые следует оставить на урегулирование в специальных законодательных и иных нормативных актах или в рамках проектного соглашения.

8. В рамках общего законодательства, уже в силу его характера, обычно невозможно учесть все конкретные потребности различных секторов. Поэтому в ряде стран предоставление некоторых видов общедоступных услуг регулируется специальным законодательством, касающимся конкретных секторов инфраструктуры (например, связи,

производства энергии и энергоснабжения, автомобильных и железнодорожных перевозок). Один из аргументов в пользу принятия специального законодательства по отдельным секторам даже в тех странах, которые приняли общее законодательство, регулирующее общесекторальные вопросы, состоит в том, что такой подход позволяет законодателю учесть рыночную структуру при разработке правил, регулирующих деятельность поставщиков услуг в каждом секторе инфраструктуры (см. выше "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников").

9. В специальном законодательстве по отдельным секторам обычно закрепляется политика государства в отношении соответствующего сектора, устанавливаются механизмы для проведения такой политики и предусматриваются общие правила для предоставления соответствующих услуг. Во многих странах специальное законодательство по отдельным секторам принималось в период, когда национальная инфраструктура в значительной части или даже полностью охватывалась государственной монополией. Принятые в последнее время национальные стратегии по стимулированию инвестиций частного сектора в инфраструктуру часто основывались на результатах обширных исследований, в рамках которых были проанализированы такие вопросы, как степень конкуренции, которая может быть обеспечена на рынке в целом или в его отдельных секторах, и рассмотрены потенциальные экономические затраты и ожидаемые выгоды от ликвидации закрепленных в законе монополий или от их полного или частичного сохранения (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", ___). Странам, заинтересованным в стимулировании инвестиций частного сектора в инфраструктуру, целесообразно провести обзор действующего специального законодательства по отдельным секторам, с тем чтобы определить приемлемость таких актов для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

10. Кроме того, специальное законодательство по отдельным секторам может сыграть важную роль в создании базы для регулирования отдельных секторов инфраструктуры (см. ниже, пункты 33-55). Законодательные рекомендации особенно полезны в тех странах, которые находятся на первоначальных этапах сознания или развития национальных механизмов регулирования. Такое законодательство также полезно для заверения кредиторов и концессионеров в том, что свобода усмотрения осуществляющих регулирование властей при выполнении их функций не является неограниченной, а определяется параметрами, установленными законом. В то же время в целом целесообразно избегать принятия жесткого или излишне детализированного законодательства, поскольку в большинстве случаев подобные акты не будут отвечать долгосрочному характеру проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

11. Практическая целесообразность использования того или иного инструмента в конкретных обстоятельствах определяется его специфическими особенностями. Порядок внесения изменения в законодательные положения может быть довольно трудным. Многие страны использовали такие положения для закрепления общих принципов организации секторов инфраструктуры и установления базовых программных и институциональных рамок, а также рамок регулирования. В то же время законодательство, возможно, не является наилучшим инструментом для закрепления подробных технических и финансовых требований. Для установления более детальных правил реализации общих положений, закрепленных в национальном законодательсте о проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, многие страны отдали предпочтение принятию подзаконных актов. Было сочтено, что такие нормативные положения легче приспособить к изменяющимся условиям, независимо от того, обусловлены ли изменения переходом к нормам, базирующимся на рыночных отношениях, или новыми внешними факторами, такими, как появление новых технологий или изменение экономических или рыночных условий. Независимо от вида используемого инструмента важное значение имеют вопросы четкости и предсказуемости. Это, однако, отнюдь не означает, что все вопросы должны быть заранее четко предрешены.

3. Правовой режим проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников

12. В некоторых правовых системах, в особенности в относящихся к системе гражданского права, предоставление общедоступных услуг регулируется сводом правовых норм, известным как "административное право" и охватывающим широкий диапазон государственных функций. В большинстве таких стран имеются хорошо разработанные концепции административного права, которые могут охватывать некоторые формы проектов в области инфраструктуры, например "концессии на государственные работы", "концессии на общедоступные услуги" или "полномочия", "лицензии" или "разрешения" на предоставление некоторых форм общедоступных услуг. Различные права и обязательства сторон могут определяться законодательными положениями, судебными прецедентами или общими принципами права в зависимости от вида проекта и характера документа, содержащего решение о выдаче подряда (например, от того, закреплено ли такое решение в двустороннем соглашении или в одностороннем акте).

13. Например, в некоторых из этих правовых систем правительство обычно имеет право аннулировать административные контракты или изменить их условия в публичных интересах, причем обычно предусматривается компенсация убытков, причиненных подрядчикам, или возмещение понесенных ими дополнительных затрат.

Дополнительные права правительства могут включать обширные права на контроль и инспекцию, а также право налагать на частного оператора санкции за неисполнение (см. главу V "Развитие и эксплуатация инфраструктуры",___). В некоторых странах предусмотрены специальные положения для урегулирования споров, возникающих из правительственных контрактов, и могут предусматриваться ограничения на право правительственных учреждений договариваться о несудебных процедурах урегулирования споров (см. главу VIII "Урегулирование споров", ___). В то же время ряд правовых систем признает действительность некоторых подразумеваемых условий во всех правительственных контрактах, которые обеспечивают определенный уровень защиты для правительственных подрядчиков, например, право на пересмотр условий контракта в результате непредвиденных изменений в обстоятельствах в целях восстановления экономической и финансовой сбалансированности (см. главу V "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", ____).

14. Специальные правовые режимы, применимые к операторам инфраструктуры и поставщикам общедоступных услуг, существуют не только в правовых системах, упомянутых выше. В ряде стран, принадлежащих к системе общего права, разработаны специальные правила для правительственных контрактов, причем часто широко используются стандартные формы и условия. Такие специальные нормы обычно наделяют правительства определенными полномочиями на прекращение или изменение контрактов, что уравновешивается обязательством возместить подрядчику убытки, понесенные при исполнении контракта. В некоторых странах общего права разработаны подробные нормы, регулирующие деятельность операторов предприятий общественного пользования (например, в области связи, железнодорожных перевозок, энергоснабжения).

15. В странах, в которых правительственные контракты регулируются специальным режимом, законодателю, возможно, целесообразно провести обзор адекватности действующего режима с точки зрения проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и определить возможные трудности, которые могут вытекать из применения такого режима. В целях обеспечения транспарентности и для того, чтобы снять любые сомнения потенциальных иностранных, а также внутренних инвесторов, возможно, было бы полезным включить в специальное законодательство, касающееся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, те права и обязательства, которые подразумеваются или которые не регулируются на систематической основе в соответствующей правовой системе и которые, как это будет сочтено, являются уместными в контексте таких проектов (см. главу V "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", ____). Кроме того, принятие общего законодательного акта может предоставить возможность для включения новых норм, направленных на содействие проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, и для исключения применения тех норм права, которые, как это будет сочтено, создают препятствия для реализации таких проектов.

B. Объем полномочий на выдачу концессий

16. Реализация проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может потребовать принятия специального законодательства или норм, уполномочивающих государства передавать функции по предоставлению общедоступных услуг частным предприятиям или децентрализованным предприятиям, полностью или частично принадлежащим государству. Помимо того, что принятие законодательного акта, прямо устанавливающего такие полномочия, иногда необходимо для выполнения национальных конституционных и иных требований, этот шаг может представлять собой важную меру, направленную на укрепление доверия потенциальных инвесторов, как национальных, так и иностранных, к национальной политике по стимулированию инвестиций частного сектора в инфраструктуру. Во многих странах законодательные положения, регулирующие вопрос о полномочиях на выдачу концессий в связи с проектами в области инфраструктуры, не ограничиваются указанием правительственных ведомств, на которые такие полномочия возлагаются. В таких положениях, как правило, указывается объем концессий, которые могут быть предоставлены организациями-заказчиками, и определяется режим собственности на активы, связанные с проектом.

1. Уполномоченные ведомства и соответствующие области деятельности

17. В некоторых правовых системах, в которых государство несет непосредственную ответственность за предоставление общедоступных услуг, эти функции не могут делегироваться без предварительного установления соответствующих полномочий в законодательном порядке. Таким образом, для тех стран, которые стремятся привлечь частные инвестиции в инфраструктуру, особенно важно, чтобы в законе четко оговаривались полномочия правительства передавать иным предприятиям, чем правительственные ведомства, право на предоставление определенных общедоступных услуг и взимание платы за такие услуги. Такое общее положение разрешительного законодательства может быть особенно важным в тех странах, в которых предоставление общедоступных услуг является монополией государства или в которых планируется привлечь частные предприятия к предоставлению некоторых услуг, которые в прошлом оказывались населению бесплатно. В некоторых странах отсутствие заранее установленных в законодательном порядке полномочий вызвало судебные споры относительно права концессионера требовать уплаты цены за предоставляемые услуги.

18. Кроме того, в случае принятия общего законодательства целесообразно четко указать те ведомства или уровни управления, которые компетентны выдавать подряды на проекты в области инфраструктуры частному сектору. Будет, возможно, полезно рассмотреть вопрос об объеме тех полномочий, которые могут потребоваться иным органам, чем центральное правительство, для реализации проектов, входящих в сферу их компетенции. В целях обеспечения ясности будет, возможно, также целесообразно указать в таком общем законодательстве те области деятельности, в которых могут предоставляться концессии. Подобные положения могут сыграть полезную роль в обеспечении надлежащей административной координации (см. также ниже, пункты 26-32).

2. Цель и объем концессий

19. Будет, возможно, полезно определить в законодательстве характер и цель финансируемых из частных источников проектов в области инфраструктуры, в связи с которыми в принимающей стране могут быть выданы концессии. Один из возможных подходов состоит в определении различных категорий проектов в соответствии с объемом прав и обязательств, принимаемых на себя концессионером (например, "строительство-эксплуатация-передача", "строительство-собственность-эксплуатация", "строительство- передача-эксплуатация", "строительство-передача"). В то же время, учитывая широкое разнообразие схем, которые могут применяться в связи с частными инвестициями в инфраструктуру, попытка дать исчерпывающее определение всем таким формам может быть довольной трудной. В качестве альтернативы в законодательстве можно в общем плане предусмотреть, что концессии могут предоставляться для цели возложения на какое-либо предприятие, будь то частное или государственное, обязательства выполнить работы в области инфраструктуры или предоставлять определенные общедоступные услуги в обмен на право взимать цену за использование объекта или помещений или за предоставленную услугу или произведенные товары, или в обмен на другую плату или вознаграждение, согласованные сторонами. Затем в законодательстве можно было бы разъяснить, что концессии могут предоставляться на строительство и эксплуатацию нового объекта или системы инфраструктуры или на материально-техническое обслуживание, ремонт, восстановление, модернизацию, расширение и эксплуатацию действующих объектов или систем инфраструктуры, или только на предоставление общедоступных услуг и на управление предоставлением таких услуг.

20. Другая важная проблема касается характера прав, предоставляемых концессионеру. Один из центральных вопросов, возникающих в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, состоит в том, является ли право на предоставление соответствующей услуги исключительным или же проектная компания будет действовать в условиях конкуренции с другими объектами инфраструктуры или поставщиками услуг. Исключительное право может предоставляться в отношении обслуживания какого-либо конкретного географического региона (например, коммунальной водораспределительной компании) или всей территории страны (например, национальной железнодорожной компании); исключительное право может предоставляться на поставку какого-либо конкретного вида товаров или предоставление какого-либо конкретного вида услуг одному конкретному клиенту (например, когда электростанция является исключительным региональным поставщиком для определенной линии передачи и распределения электроэнергии) или ограниченной группе клиентов (например, когда национальная компания международной телефонной связи обеспечивает связь с местными телефонными компаниями).

21. Решение вопроса о том, следует ли предоставлять исключительные права в связи с каким-либо конкретным проектом или категорией проектов, следует принимать с учетом политики принимающей страны в отношении соответствующего сектора. Как это уже говорилось ранее, масштабы конкуренции в различных секторах инфраструктуры существенно различаются. В то время как некоторые секторы или их сегменты обладают характеристиками естественных монополий - и в этом случае открытая конкуренция обычно не является экономически эффективным вариантом, - другие секторы инфраструктуры были успешно открыты для свободной конкуренции (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", ___).

22. Таким образом, целесообразно принять гибкий подход к решению вопроса об исключительных правах. Предпочтительным будет, возможно, такой порядок, когда законодательство вместо того, чтобы запрещать или предписывать выдачу исключительных концессий, будет уполномочивать правительство выдавать исключительные концессии, когда оно сочтет, что это соответствует публичным интересам, например в случаях, когда исключительные права оправданы с точки зрения цели обеспечения технической или экономической эффективности проекта. Можно установить требование о том, что организация-заказчик должна будет в каждом конкретном случае указывать причины предоставления исключительной концессии. Такое общее законодательство может быть дополнено специальными законодательными актами по отдельным секторам, регулирующими вопрос об исключительных правах с учетом каждого конкретного сектора.

3. Собственность на инфраструктуру и ее использование

23. В ряде стран действуют положения о сохранении и защите государственной собственности, в том числе требуется выполнение специальных процедур и получение специальных разрешений для передачи правового титула

на такое имущество частным предприятиям или на предоставление частным предприятиям права использовать правительственную собственность. Какой бы выбор ни сделало правительство в вопросе о собственности на объект инфраструктуры, который предстоит возвести, модернизировать или восстановить, важно обеспечить, чтобы у организации-заказчика имелись достаточные полномочия на передачу или предоставление в распоряжение проектной компании, как это уместно, любых земельных участков или любых существующих объектов инфраструктуры, которые необходимы для реализации проекта, на срок, который будет не меньшим, чем срок действия проектного соглашения.

24. Режим собственности применительно к конкретному проекту может определяться практическими соображениями, такими, как оперативный срок жизни объекта инфраструктуры или заинтересованность правительства в сохранении правового титула на него. Кроме того, в рамках некоторых проектов стороны, возможно, пожелают провести разграничение между активами, которые должны находиться в собственности правительства или должны быть переданы ему в конце срока концессии, и другими активами, которые будут приобретены концессионером в течение этого срока и которые останутся в его собственности. В любом случае концессионеру потребуются заверения относительно того, что его права на проектные активы, в какой бы то ни было форме, основываются на достаточных законодательных полномочиях и что он сможет обеспечить их принудительное исполнение в отношении третьих сторон. Эту же обеспокоенность будут разделять кредиторы и другие инвесторы проекта. Кроме того, с учетом юридических ограничений, которые во многих странах применяются в отношении использования публичной собственности частными предприятиями, правительству могут потребоваться предварительные законодательные полномочия на разрешение проектной компании использовать какую-либо дополнительную публичную собственность, которая может потребоваться для реализации проекта, например, прилегающие земельные участки, дороги и другие объекты.

25. Таким образом целесообразно разъяснить в соответствующем законодательном акте характер имущественных прав, которые - если это вообще предусматривается - могут быть предоставлены концессионеру с учетом вида соответствующего объекта инфраструктуры. Кроме того, было бы, возможно, полезно предусмотреть в законе полномочия правительства на предоставление концессионеру права на использование земельных участков, дорог и других вспомогательных объектов, прямо не связанных с проектом, в той мере, в которой это требуется для сооружения и эксплуатации инфраструктуры, на тех условиях, которые должны быть предусмотрены в проектном соглашении.

C. Административная координация

26. В зависимости от структуры административных органов принимающей страны в проектах в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может потребоваться участие ряда правительственных ведомств на различных уровнях управления. Например, компетенция на установление различных положений и правил, регулирующих соответствующий вид деятельности, может полностью или частично принадлежать какому-либо правительственному ведомству на ином уровне, чем то ведомство, которое несет ответственность за предоставление соответствующей услуги. Может также существовать такое положение, когда и регулирующие, и оперативные функции объединяются в одной организации, а полномочия на заключение правительственных контрактов в централизованном порядке переданы другому правительственному ведомству. Применительно к проектам, связанным с иностранными инвестициями, может также существовать такое положение, при котором некоторые специальные области компетенции могут охватываться мандатом того правительственного ведомства принимающей страны, которое несет ответственность за утверждение иностранных инвестиционных предложений.

1. Координация подготовительных мероприятий

27. Одна из мер, направленных на обеспечение успешной реализации проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, - это требование о том, чтобы соответствующее правительственное ведомство проводило предварительную оценку технико-экономической обоснованности таких проектов, включая экономические и финансовые аспекты, такие, как предполагаемые экономические выгоды от проекта, сметные затраты и потенциальная прибыль, ожидаемая от эксплуатации объекта инфраструктуры, а также экологические последствия реализации проекта. Предварительные выводы, сделанные на этом этапе, будут играть принципиально ключевую роль при определении форм вовлечения частного сектора, участие которого необходимо для осуществления проекта, например, при решении вопроса о том, будет ли объект инфраструктуры принадлежать правительству принимающей страны и временно эксплуатироваться частным предприятием или же такой объект будет принадлежать проектной компании и эксплуатироваться ею.

28. После выявления будущего проекта правительству следует определить его относительную приоритетность, а также выделить людские и другие ресурсы для его осуществления. На этом этапе желательно, чтобы правительство провело обзор действующих законодательных или административных требований, касающихся эксплуатации объектов инфраструктуры предлагаемого типа, с целью выявления основных правительственных органов, участие которых потребуется для реализации проекта. На этом этапе также важно рассмотреть меры, которые могут

потребоваться для того, чтобы организация-заказчик и другие участвующие правительственные ведомства выполнили те обязательства, которые, как они это могут разумно предполагать, лягут на них в связи с проектом. Например, правительству может потребоваться заблаговременно принять бюджетные меры, с тем чтобы оно могло выполнить финансовые обязательства, охватывающие несколько бюджетных циклов, например, долгосрочные обязательства по закупке продукции, произведенной в рамках проекта (см. главу IV "Проектное соглашение", _ , ниже). Кроме того, может потребоваться принятие ряда административных мер для предоставления определенных форм поддержки в связи с проектом, например, в том, что касается освобождения от налогообложения и упрощения таможенного режима (см. главу II "Правительственная поддержка", ____), причем для их принятия может потребоваться значительное время.

2. Меры, направленные на облегчение выдачи лицензий и разрешений

29. Законодательство может сыграть полезную роль в деле облегчения выдачи разрешений и лицензий, которые могут потребоваться в ходе осуществления проекта (например, лицензий, необходимых на основании валютных правил; лицензий на регистрацию концессионера в качестве юридического лица; разрешений на наем иностранцев; регистрационные и гербовые сборы за использование земельных участков или оформление собственности на них; лицензии на импорт оборудования и материалов; строительные лицензии; лицензии на прокладку кабелей или трубопроводов; лицензии на ввод объекта в эксплуатацию; выделение частот для мобильной связи). Выдача таких лицензий и разрешений может относиться к компетенции различных органов на различных уровнях управления, и для их получения может потребоваться значительное время, особенно когда утверждающие органы или должностные лица первоначально не участвовали в разработке проекта или в согласовании его условий.

30. К моменту подписания проектного соглашения концессионер, как правило, уже затратит значительное время и уже инвестирует в проект значительные средства (например, в связи с подготовкой технико-экономических обоснований, проектно-конструкторской и другой технической документации; подготовкой тендерной документации и участием в процедурах торгов; переговорами по проектному соглашению, соглашению о кредитовании и другим связанным с проектом контрактам; наймом консультантов и советников). Возможность отказа в лицензиях, необходимых для сооружения объектов, может воспрепятствовать участию серьезных инвесторов в конкурсе на проект. Кроме того, задержки в процессе введения объектов инфраструктуры в эксплуатацию в результате отсутствия необходимых лицензий могут нанести ущерб финансовой жизнеспособности проекта или причинить значительные убытки инвесторам. В тех случаях, когда дополнительные финансовые затраты невозможно компенсировать за счет продления срока концессии или повышения тарифов или взимания более высоких цен, концессионер может обратиться к правительству с просьбой компенсировать убытки или оказать поддержку. Подобная ситуация зачастую будет вызывать повышение стоимости проекта, а также его стоимости для населения.

31. Таким образом, заблаговременная оценка потребностей в лицензиях для цели конкретного проекта может способствовать избежанию задержек на этапе реализации. Одна из возможных мер для укрепления координации выдачи лицензий и разрешений может состоять в том, чтобы возложить на какой-либо один орган полномочия на получение заявок на лицензии, препровождение их соответствующим ведомствам и контроль за выдачей всех лицензий, перечисленных в запросе предложений, и других лицензий, требования о которых могут быть введены впоследствии новыми правилами. Кроме того, в законодательном порядке можно уполномочить соответствующие ведомства выдавать временные лицензии и установить срок, по истечении которого эти лицензии будут считаться выданными, если не поступит отказ в письменной форме.

32. В то же время следует отметить, что распределение административных полномочий среди различных уровней управления (например, местного, регионального и центрального) часто отражает основополагающие принципы политической организации страны. В силу этого имеются случаи, когда правительство не может принять на себя ответственность за выдачу всех лицензий или возложить такую координирующую функцию на какой-либо один орган. В подобных случаях целесообразно рассмотреть альтернативные меры, направленные на то, чтобы не допустить задержек, которые могут быть вызваны таким распределением административных полномочий, например, меры, направленные на повышение транспарентности и эффективности процесса получения лицензий. Кроме того, правительство, возможно, пожелает предоставить определенные заверения в том, что оно будет в максимально возможной степени содействовать концессионеру в получении лицензий, требуемых согласно внутреннему законодательству, например, путем предоставления информации и помощи участникам торгов в вопросах о тех лицензиях, которые требуется получить, а также о соответствующих процедурах и условиях. С практической точки зрения в дополнение к координации среди различных уровней управления и различных правительственных департаментов требуется обеспечить последовательность в деле применения критериев в выдаче лицензий и транспарентность административного процесса.

D. Полномочия на регулирование услуг в области инфраструктуры

33. В ряде стран на предоставление определенных общедоступных услуг распространяется специальный режим регулирования. В конкретных странах и секторах в рамках такого режима регулирования определяются права и обязательства поставщиков услуг, потребителей, регулирующих органов и правительства. Такие рамки охватывают материально-правовые нормы, процедуры, инструменты и институциональные вопросы и представляют собой важный инструмент для проведения правительственной политики в соответствующем секторе (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", ___). В зависимости от институциональной структуры соответствующей страны и распределения полномочий между различными уровнями управления определенные секторы инфраструктуры могут - полностью или совместно с общенациональным законодательством - регулироваться региональным или местным законодательством.

34. Регулирование услуг в области инфраструктуры связано с широким кругом общих и специальных для конкретных секторов вопросов, которые могут существенно различаться в зависимости от социальных, политических, правовых и экономических реалий в каждой отдельной принимающей стране. Хотя основные вопросы регулирования, встречающиеся в аналогичных контекстах в различных секторах (см., например, главу V "Исполнение проекта", ___), рассматриваются, если это уместно, в Руководстве, оно не преследует цели полностью охватить все правовые или политические вопросы, возникающие в связи с регулированием в различных секторах инфраструктуры.

35. Руководство исходит из той предпосылки, что в принимающей стране созданы надлежащие институциональные и иерархические структуры и имеются необходимые людские ресурсы для осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Тем не менее в помощь национальным законодателям, рассматривающим вопросы о необходимости и целесообразности создания регулирующих органов для контроля за предоставлением общедоступных услуг, в настоящем разделе рассматриваются некоторые основные институциональные и процедурные вопросы, возникающие в этой связи. Обсуждение, включенное в настоящий раздел, отражает различные подходы, которые были использованы во внутреннем законодательстве для установления рамок регулирования в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, однако Руководство никоим образом не рекомендует использование какой-либо конкретной модели или создание какой-либо конкретной административной структуры. Практическая информация и технические консультации могут быть получены от международных финансовых учреждений, которые выполняют программы по оказанию помощи странам-членам в создании надлежащих рамок регулирования (например, от Всемирного банка и региональных банков развития).

1. Регулирующие органы

36. Термин "регулирующие органы" означает институциональные механизмы, которые требуются для применения правил, регулирующих деятельность операторов инфраструктуры, и для контроля за соблюдением таких правил. Поскольку правила, применимые к эксплуатации инфраструктуры, часто допускают определенную свободу усмотрения, необходимо наличие какого-либо органа, на который были бы возложены функции по толкованию и применению таких правил, контролю за их соблюдением, наложению санкций и урегулированию споров, вытекающих из применения таких норм. Конкретные регулирующие функции и объем связанной с их выполнением свободы усмотрения будет определяться соответствующими правилами, которые могут существенно различаться.

a) Наделение регулирующих органов секторальными функциями

37. Функции регулирования могут быть организованы на секторальной или межсекторальной основе. Страны, избравшие секторальный подход, во многих случаях принимали решение о включении тесно связанных секторов или их сегментов в один комплекс регулирования (например, создание общего регулирующего органа для энергетики и газа или аэропортов и авиалиний). Другие страны организовали регулирование на межсекторальной основе, причем в некоторых случаях одна регулирующая организация несла ответственность за все секторы инфраструктуры, а в других - одна организация несла ответственность за предприятия общественного пользования (водо- и энергоснабжение, газ, связь), а другая - за транспорт. В некоторых странах функции регулирующих органов могут также распространяться на несколько секторов в каком-либо конкретном регионе.

38. Регулирующие органы, компетенция которых ограничивается тем или иным конкретным сектором, обычно работают над развитием технического экспертного потенциала, приспособленного к нуждам конкретного сектора. Регулирование по отдельным секторам может способствовать разработке правил и видов практики, приспособленных к нуждам соответствующего сектора. В то же время решение относительно секторального или межсекторального регулирования частично зависит от потенциала соответствующей страны в области регулирования. Страны, обладающие ограниченными знаниями и опытом в области регулирования инфраструктуры, могут счесть предпочтительным сократить количество независимых структур и попытаться получить экономию за счет эффекта масштаба.

b) Институциональные механизмы

39. Диапазон институциональных механизмов для регулирования секторов инфраструктуры может быть самым различным. Хотя некоторые страны возлагают функции регулирования на правительственные органы (например, на соответствующие министерства или департаменты), другие страны отдали предпочтение созданию автономных регулирующих органов, отделенных от правительственного аппарата. Некоторые страны приняли решение о том, чтобы предусмотреть регулирование некоторых секторов инфраструктуры автономным и независимым органом, сохранив в то же время регулирование других секторов министерствами. Иногда соответствующие полномочия могут быть распределены между автономным регулирующим органом и правительством, как это часто имеет место применительно к вопросам лицензирования. С законодательной точки зрения важно разработать такие институциональные механизмы для реализации функции регулирования, которые будут обеспечивать должный уровень эффективности работы регулирующего органа с учетом политических, правовых и административных традиций соответствующей страны.

40. Эффективность режима регулирования во многих случаях зависит от объективности принимаемых в порядке регулирования решений. Это, в свою очередь, требует, чтобы регулирующие органы имели возможность принимать решения без вмешательства или ненадлежащего давления со стороны операторов инфраструктуры и поставщиков общедоступных услуг. В этих целях в ряде стран законодательные положения предусматривают обязательную независимость процесса принятия решений по регулированию. С тем чтобы обеспечить желаемый уровень независимости, целесообразно отделить функции регулирования от оперативных функций за счет передачи любых функций регулирования, которые могут быть по-прежнему возложены на поставщиков общедоступных услуг, какой-либо юридически и функционально независимой организации. Независимость в осуществлении функции регулирования подкрепляется положениями, направленными на предотвращение коллизии интересов, такими, как запрещение для персонала регулирующего органа получать полномочия, принимать подарки, заключать контракты или поддерживать какие-либо иные связи (прямые или через членов семьи или других посредников) с регулируемыми компаниями, их головными или дочерними предприятиями.

41. В связи с этим возникает еще один вопрос, а именно вопрос о необходимости свести к минимуму тот риск, что решения будут приниматься органом, который также является собственником предприятий, действующих в регулируемом секторе, или органом, действующим исходя из политических, а не технических соображений, или под влиянием подобных органов. В некоторых странах было сочтено необходимым наделить регулирующий орган определенной степенью автономии по отношению к политическим органам правительства. Вопросы независимости и автономии следует рассматривать не только на основе институционального оформления функции регулирования, но также и на основе функциональной автономии (т.е. наличия достаточных финансовых и кадровых ресурсов для надлежащего выполнения возложенных на соответствующие органы обязанностей).

c) Мандат регулирующих органов

42. В законодательстве, устанавливающем механизм регулирования, часто оговаривается ряд общих целей, на основании которых должна строиться деятельность регулирующих органов, например, содействие конкуренции, защита интересов пользователей, удовлетворение спроса, эффективность сектора или поставщиков общедоступных услуг, их финансовая устойчивость, гарантии публичных интересов или обязательств о предоставлении общедоступных услуг и защита прав инвесторов. Наличие одной или двух главных целей помогает разъяснить мандат регулирующих органов и установить приоритеты между иногда противоречащими друг другу задачами. Четкий мандат может также способствовать укреплению автономии регулирующего органа и повышению его авторитета.

d) Полномочия регулирующих органов

43. Регулирующие органы могут быть наделены полномочиями на принятие решений, полномочиями на составление заключений или чисто консультативными полномочиями, или сочетанием этих различных уровней полномочий в зависимости от предмета регулирования. В некоторых странах регулирующее органы первоначально наделялись ограниченными полномочиями, которые впоследствии расширялись по мере того, как регулирующий орган доказывал свою независимость и профессионализм. В законодательстве часто оговаривается, какими полномочиями располагает правительство и какими - регулирующий орган. Четкое решение этого вопроса весьма важно для того, чтобы избежать ненужных коллизий и неясностей. Инвесторам, а также потребителям и другим заинтересованным сторонам необходимо знать, кому следует направлять различные запросы, заявки или жалобы.

44. Например, во многих странах и правительство, и регулирующий орган участвуют в процессе отбора поставщиков общедоступных услуг. Если решение о предоставлении подряда на проект принимается исходя из общего суждения, которое носит скорее политический, а не технический характер, как это может часто иметь место в случае приватизации инфраструктуры, окончательная ответственность часто остается за правительством. Если, однако, критерии принятия решения носят более технический характер, как это может иметь место при либеральном режиме лицензирования в секторах производства электроэнергии или услуг связи, то во многих странах полномочия на принятие этого решения возлагаются на независимый регулирующий орган. В других

случаях правительство до предоставления концессии может запрашивать мнение регулирующего органа. С другой стороны, в некоторых странах исключается прямое участие регулирующих органов в процессе выдачи концессий на том основании, что это может повлиять на дальнейшее регулирование предоставления соответствующих услуг.

45. Компетенция регулирующих органов обычно распространяется на все предприятия, действующие в регулируемых ими секторах, без какого-либо различия между частными и государственными предприятиями. Использование некоторых полномочий или инструментов регулирования может в силу закона ограничиваться доминирующими поставщиками общедоступных услуг в соответствующем секторе. Регулирующий орган может, например, обладать полномочиями на установление принципов ценообразования только в отношении уполномоченного или доминирующего поставщика общедоступных услуг, в то время как новым участникам, выходящим на рынок, может быть разрешено свободно устанавливать цены.

46. Вопросы, по которым регулирующие органы должны принимать решения, являются самыми разнообразными: от выполнения нормативных функций (например, принятие правил о предоставлении концессий, установление условий сертификации оборудования) до фактической выдачи концессий; кроме того, к кругу таких вопросов относятся следующие: изменение вышеупомянутых документов; утверждение контрактов или решений, предложенных регулируемыми компаниями (например, схемы доступа к сети или контракта на доступ); определение обязательства предоставлять определенные услуги и контроль за его исполнением; надзор над поставщиками общедоступных услуг (в частности, применительно к соблюдению условий лицензий, норм, производственных целевых заданий); установление или корректировка тарифов; проверка субсидий, исключений или иных льгот, которые могут нанести ущерб конкуренции в соответствующем секторе; санкции; и урегулирование споров.

e) Состав регулирующих органов и их персонал

47. Создавая регулирующий орган, некоторые страны избрали вариант, предусматривающий назначение одного должностного лица, в то время как большинство других государств предпочли учредить регулирующую комиссию. Создание комиссии может дать более надежные гарантии против оказания ненадлежащего давления или лоббирования и может ограничить риск принятия поспешных решений по регулированию. С другой стороны, регулирующий орган, состоящий из одного должностного лица, может принимать решение более оперативно и может быть более подотчетен. С тем чтобы облегчить управление процессом принятия решения в рамках регулирующей комиссии, число ее членов часто поддерживается на незначительном уровне (обычно три-пять членов). Назначения четного числа членов часто стараются избежать с тем, чтобы не допустить создания тупиковой ситуации, хотя, конечно, может быть предусмотрен такой порядок, при котором голос председательствующего будет решающим.

48. В целях укрепления автономии регулирующего органа к процессу назначения его членов могут быть привлечены различные учреждения. В некоторых странах члены регулирующих органов назначаются главой государства на основе списка, представленного парламентом; в других странах исполнительные органы правительства назначают членов регулирующего органа при условии утверждения парламентом или из числа кандидатур, представленных парламентом, ассоциациями пользователей или другими органами. От членов регулирующих органов часто требуется наличие минимальной профессиональной квалификации, а также отсутствие коллизии интересов, поскольку это может служить препятствием для назначения на должность. Мандаты членов регулирующих комиссий могут истекать в различные сроки, с тем чтобы не допустить полной смены или назначения всех членов одной и той же администрацией; такая практика также способствует преемственности в процессе принятия решений по регулированию. Назначения часто производятся на фиксированный срок, который может быть невозобновляемым и который может быть прекращен до истечения только по ограниченному числу причин (например, осуждение за совершение преступления, психическое расстройство, грубая небрежность или пренебрежение обязанностями). Регулирующим органам часто приходится иметь дело с квалифицированными юристами, бухгалтерами и другими экспертами, работающими в регулируемом секторе, и им необходимо обладать такими же опытом, навыками и профессионализмом, либо опираясь на собственные кадры, либо при помощи найма внешних консультантов, когда это необходимо. Регулирующим органам часто разрешается заключать с внешними экспертами договоры о выполнении определенных задач по регулированию, за исключением принятия окончательных решений.

f) Бюджет регулирующего органа

49. Важнейшее значение для надлежащей деятельности регулирующего органа имеют источники стабильного финансирования. Во многих странах бюджет регулирующего учреждения финансируется за счет платежей и иных сборов с регулируемого сектора. Платежи могут быть установлены в качестве процентной доли от оборота поставщиков общедоступных услуг или могут взиматься за выдачу лицензий, концессий и других разрешений. В некоторых странах бюджет учреждения в случае необходимости пополняется за счет переводов бюджетных средств, предусмотренных в ежегодных финансовых законах. Однако такой порядок создает элемент неопределенности, что может неблагоприятно сказаться на автономии регулирующего органа.

2. Процесс и процедуры регулирования

50. Рамки регулирования обычно включают процедурные нормы, определяющие порядок выполнения различными учреждениями возложенных на них различных полномочий по регулированию.

a) Процедуры

51. Доверие к процессу регулирования требует транспарентности и объективности независимо от того, осуществляются ли полномочия по регулированию правительственным департаментом, или министром, или автономным регулирующим органом. Правила и процедуры должны быть объективными и ясными, с тем чтобы обеспечивать справедливость и беспристрастность. В целях транспарентности следует установить законодательное требование об их опубликовании. В принимаемых в порядке регулирования решениях следует указывать причины, на которых они основываются, и такие решения должны быть доступны для заинтересованных сторон, что может быть обеспечено с помощью их опубликования или других надлежащих средств.

52. Транспарентность может быть еще более укреплена, если, как это требуется в соответствии с некоторыми законами, регулирующий орган будет публиковать ежегодный отчет о состоянии соответствующего сектора, в том числе, например о решениях, принятых им за отчетный период, о возникших спорах и путях их урегулирования. Такой ежегодный отчет может также включать счета регулирующего органа и аудиторское заключение по ним, составленное независимым аудитором. Кроме того, во многих странах законодательство требует, чтобы этот ежегодный отчет представлялся одному из парламентских комитетов.

53. Принимаемые в порядке регулирования решения могут затронуть интересы различных групп, включая заинтересованного поставщика общедоступных услуг, его нынешних или потенциальных конкурентов, а также коммерческих или некоммерческих пользователей. Во многих странах процесс регулирования включает процедуры консультаций в связи с принятием важных решений или рекомендаций. В некоторых странах такие консультации проводятся в форме публичных слушаний, а в других предусматривается подготовка консультативных записок, по которым запрашиваются комментарии заинтересованных групп. В некоторых странах также созданы консультативные органы, состоящие из пользователей и других заинтересованных сторон, и установлено требование о том, чтобы их мнение запрашивалось до принятия важных решений и рекомендаций. Для повышения транспарентности комментарии, рекомендации или мнения, выработанные в ходе процесса консультаций, могут публиковаться или могут обеспечиваться иные возможности для публичного ознакомления с ними.

b) Санкции и обжалование

54. Во многих странах законодательство предоставляет регулирующему органу принудительные или штрафные полномочия. Такие полномочия могут включать право на изменение концессии или на приостановление ее действия или аннулирование; право определять условия контрактов между поставщиками общедоступных услуг (например, применительно к соглашениям о подключении или доступе); право выдавать запреты и приказы поставщикам общедоступных услуг; право налагать гражданско-правовые санкции, в том числе штрафы за любые задержки в осуществлении решения регулирующего органа; и право обращаться с ходатайством о возбуждении уголовного или иного судебного разбирательства.

55. Законодатели часто предусматривают процедуры обжалования решений регулирующего органа. Процедуры обжалования являются важнейшим элементом защиты поставщиков общедоступных услуг от произвольных решений регулирующих органов. В то же время, с тем чтобы не допустить создания неясностей в режиме регулирования, которые могут возникнуть в результате жалоб, направленных в первую очередь на затягивание вступления в силу решений, принимаемых в порядке регулирования, в законодательстве многих стран основания для обжалования ограничиваются. В силу этого целесообразно попытаться установить сбалансированность между вопросами защиты законных прав поставщиков общедоступных услуг и эффективности функционирования системы регулирования. Часто важнейшее значение имеет оперативность принятия решений. Например, аннулирование доступа конкурента к сети инфраструктуры может вызвать банкротство конкурента, если этот вопрос не будет урегулирован оперативно. Если предусматривается право на обжалование, то обжалование должно производиться в такой орган, который обладает необходимым опытом и специальными знаниями для вынесения решения по соответствующему вопросу. Согласно некоторым законам поставщикам общедоступных услуг предоставлено право обжаловать некоторые решения регулирующего органа общенациональным властям, отвечающим за вопросы конкуренции, а согласно другим законам такое обжалование должно производиться в административные или обычные суды.

A/CN.9/458/Add.3

Глава II. РИСКИ, СВЯЗАННЫЕ С ПРОЕКТАМИ, И ПРАВИТЕЛЬСТВЕННАЯ ПОДДЕРЖКА

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Рекомендации по законодательным вопросам	1-2
Комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам	1-70
A. Общие замечания	1-2
B. Риски, связанные с проектами, и распределение рисков	3-24
1. Обзор основных категорий рисков, связанных с проектами	6-15
2. Договорные механизмы распределения и уменьшения рисков	16-24
C. Правительственная поддержка	25-56
1. Политические соображения, касающиеся правительственной поддержки	27-29
2. Формы правительственной поддержки	30-56
D. Гарантии, предоставляемые международными финансовыми учреждениями	57-67
1. Гарантии, данные многосторонними кредитными учреждениями	58-62
2. Гарантии, предоставляемые Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям	63-67
E. Гарантии, предоставляемые двусторонними учреждениями	68-70

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

Риски, связанные с проектами, и распределение рисков (см. пункты 3-24)

1. Степень и характер рисков, принимаемых на себя проектной компанией и органом, выдающим подряд, соответственно, должны быть изложены в проектном соглашении и относящейся к нему документации. Принимающая страна может пожелать рассмотреть вопрос об устранении излишних статутных или регулятивных ограничений способности органа, выдающего подряд, согласовывать распределение рисков, которые, по мнению этого органа, отвечают требованиям проекта.

Правительственная поддержка (см. пункты 25-56)

2. Принимающая страна, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии законодательных положений, указывающих формы финансовой поддержки, которую правительство уполномочено предоставить.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

A. Общие замечания

1. Проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, создают возможность для уменьшения объема государственных средств и других ресурсов, выделяемых на развитие и эксплуатацию инфраструктуры. Они также позволяют переносить на частный сектор ряд рисков, которым в ином случае подвергалось бы правительство. Точное распределение рисков между различными участвующими сторонами, как правило, определяется после рассмотрения ряда факторов, включая интерес общественности в развитии данной инфраструктуры и степень риска, с которым сталкивается проектная компания, другие инвесторы и кредиторы (а также степень их способности и готовности нести такие риски при приемлемых затратах). Надлежащее распределение рисков имеет существенно важное значение для уменьшения затрат на осуществление проектов и

обеспечения успешного осуществления проекта. И напротив, неудачное распределение рисков, связанных с проектом, может поставить под угрозу финансовую жизнеспособность проекта или помешать его эффективному осуществлению, тем самым увеличивая затраты на предоставление данной услуги.

2. В разделе B настоящей главы (см. пункты 3-24) представлен обзор основных рисков, возникающих при осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, а также кратко рассматриваются общие договорные решения, касающиеся распределения рисков, в которых подчеркивается необходимость обеспечения для сторон необходимой гибкости с целью согласования сбалансированного распределения рисков, связанных с проектом. В разделе C (см. пункты 25-56) излагаются политические соображения, которые правительство, возможно, пожелает принять во внимание при определении объема прямой правительственной поддержки, которая может быть предоставлена проектам в области инфраструктуры, такие как степень общественного интереса к исполнению какого-либо данного проекта и необходимость недопущения того, чтобы правительство брало на себя открытые или чрезмерные обязательства на непредвиденные случаи. В разделе C рассматриваются некоторые дополнительные меры поддержки, которые использовались в правительственных программах с целью содействия частным инвестициям в развитие инфраструктуры, и при этом не отдается предпочтения применению какой-либо из этих мер. И наконец, в разделах D (см. пункты 57-67) и E (см. пункты 68-70) излагаются гарантии и меры поддержки, которые могут быть предоставлены международными и двусторонними финансовыми учреждениями.

B. Риски, связанные с проектами, и распределение рисков

3. Используемое в этой главе понятие "риски, связанные с проектами" относится к таким обстоятельствам, какие, по оценке сторон, могут оказать неблагоприятное воздействие на выгоду, которую стороны предполагают получить в результате осуществления какого-либо проекта. Хотя могут иметь место события, которые будут сопряжены с серьезным риском для большинства сторон (например, физическое уничтожение объектов в результате стихийного бедствия), подверженность риску каждой стороны будет разниться в зависимости от ее роли в осуществлении проекта.

4. Выражение "распределение рисков" относится к решению вопроса о том, какая сторона или стороны должны нести последствия за возникновение событий, определенных как риски, связанные с проектом. Например, если проектная компания обязана сдать объект инфраструктуры органу, выдавшему подряд, причем определенное оборудование объекта должно быть в состоянии функционирования, то проектная компания подвергается риску, связанному с тем, что такое оборудование может и не функционировать на согласованном уровне. Возникновение такого риска, связанного с проектом, в свою очередь, может иметь ряд последствий для проектной компании, включая ее гражданско-правовую ответственность за неисполнение какого-либо договорного обязательства по проектному соглашению или согласно применимому праву (например, выплата возмещения ущерба органу, выдавшему подряд, который вызван задержкой во вводе в эксплуатацию данного объекта); за убытки (например, потеря дохода вследствие задержки во вводе объекта в эксплуатацию) или за дополнительные затраты (например, на ремонт неисправного оборудования или поставку оборудования взамен неисправного).

5. Сторона, подвергающаяся какому-либо данному риску, может принять превентивные меры с целью ограничения вероятности возникновения такого риска, а также конкретные меры по защите себя полностью или частично от последствий этого риска. Такие меры часто называются "уменьшением риска". В предыдущем примере проектная компания тщательно проверит надежность поставщиков оборудования и предлагаемой технологии. Проектная компания может потребовать от своих поставщиков оборудования предоставления независимых гарантий в отношении функционирования их оборудования. Поставщик может также быть обязанным выплатить штраф или возмещение заранее оцененных убытков проектной компании в связи с неисправностью ее оборудования. В некоторых случаях может быть создан целый ряд более или менее сложных договорных механизмов с целью смягчения последствий риска, связанного с проектом. Например, проектная компания может сочетать гарантии, предоставленные поставщиком оборудования, с коммерческим страхованием, охватывающим некоторые последствия перерыва в ее деятельности из-за неисправности оборудования.

1. Обзор основных категорий рисков, связанных с проектами

6. В качестве примера в нижеследующих пунктах представлен обзор основных категорий рисков, связанных с проектами, а также указываются некоторые договорные механизмы, используемые для распределения и уменьшения рисков. Для дальнейшего ознакомления с этим вопросом читателю предлагается использовать другие источники информации, например, Руководящие принципы по развитию инфраструктуры посредством проектов типа "строительство-эксплуатация-передача" (СЭП), подготовленные Организацией Объединенных Наций по промышленному развитию[1].

[1]Издание ЮНИДО, в продаже под № ЮНИДО.95.6.R.

a) Прекращение проекта, вызванное событиями, которые находятся вне контроля сторон

7. Стороны могут подвергаться риску прекращения проекта вследствие непредвиденных или чрезвычайных событий, не поддающихся их контролю; эти события могут носить физический характер, например стихийные бедствия - наводнения, ураганы или землетрясения, или же могут быть результатом деятельности человека, например военные действия, мятеж или террористические акты. Непредвиденные или чрезвычайные события такого рода могут временно прервать исполнение проекта или функционирование объекта, что в свою очередь может привести к задержке в строительстве, потере дохода и другим убыткам. Серьезные события могут нанести физический ущерб объекту или даже разрушить его до такой степени, что он не будет поддаваться восстановлению.

b) Прекращение проекта, вызванное враждебными действиями правительства ("политический риск")

8. Проектная компания и кредиторы подвергаются риску негативного влияния на исполнение проекта действий органа, выдавшего подряд, другого правительственного ведомства или законодательного органа принимающей страны. Такие риски часто называются "политическими рисками" и их можно подразделить на три широких категории: "традиционные" политические риски (например, национализация активов проектной компании или введение новых налогов, которые ставят под угрозу перспективы проектной компании в отношении выплаты долгов и возвращения инвестиций); регуляционные риски (например, введение более жестких стандартов в отношении предоставляемой услуги или открытие сектора для конкуренции) и "квазикоммерческие" риски (например, нарушение своих обязательств органом, выдавшим подряд, или перерыва в осуществлении проекта вследствие изменений в приоритетах и планах органа, выдавшего подряд). В дополнение к политическим рискам, вытекающим из принимающей страны, некоторые политические риски могут быть результатом действий какого-либо иностранного правительства, таких как блокада, эмбарго или бойкот, введенных правительствами стран, к которым принадлежат инвесторы.

c) Риски на стадии строительства и эксплуатации

9. Основные риски, которым стороны могут подвергаться на стадии строительства, заключаются в том, что строительство объекта может быть вообще не завершено или не может быть завершено в согласованные сроки (риски, связанные с завершением), или может быть завершено при более высоких затратах по сравнению с первоначальной сметой (риск превышения расходов на строительство), или же что объект по завершении его строительства не будет удовлетворять критериям, касающимся уровня эффективности его эксплуатации (эксплуатационный риск). На стадии эксплуатации стороны могут также подвергаться риску, связанному с тем, что завершенный объект невозможно эффективно эксплуатировать или обслуживать, с тем чтобы обеспечить ожидаемый уровень мощности, отдачи или эффективности (эксплуатационный риск), или что эксплуатационные расходы превысят первоначальную смету (превышение эксплуатационных расходов). Следует отметить, что риски на стадии строительства и эксплуатации не затрагивают только частный сектор. Орган, выдавший подряд, и пользователи в принимающей стране могут испытывать серьезное воздействие в результате перерыва в предоставлении необходимых услуг.

10. Некоторые из этих рисков могут быть созданы проектной компанией или ее подрядчиками или поставщиками. Например, превышение расходов на строительство и задержка в завершении строительства могут иметь место в результате применения неэффективной практики строительства, больших потерь, недостаточного финансирования или отсутствия координации среди подрядчиков. Неспособность объекта отвечать определенным критериям функционирования может быть также результатом дефектной конструкции, неприемлемости используемой технологии или неисправности оборудования, поставленного поставщиками проектной компании. На стадии эксплуатации отсутствие эффективности в работе может быть следствием, например, неправильного технического обслуживания объекта или халатности при эксплуатации механического оборудования. Превышение эксплуатационных затрат может также обусловливаться ненадлежащим управлением.

11. Вместе с тем некоторые из этих рисков могут возникать также в результате конкретных действий, предпринятых органом, выдавшим подряд, другими правительственными ведомствами или даже законодательным органом принимающей страны. Эксплуатационные сбои или превышение расходов могут иметь место вследствие использования неправильных технических спецификаций, предоставленных органом, выдавшим подряд, на стадии выбора концессионера. Задержки и перерасход могут также обусловливаться действиями органа, выдавшего подряд, после передачи проектного подряда (задержки в получении утверждений и разрешений, дополнительные расходы, вызванные изменениями в требованиях вследствие неадекватного планирования, перерывы в работе, вызванные инспектирующими ведомствами, или задержки в отводе земельного участка, на котором предполагается строительство объекта). Общие законодательные или регуляционные меры, например, более жесткие стандарты в отношении техники безопасности или условий труда могут также привести к увеличению затрат на строительство или эксплуатацию. Недостатки производства могут быть вызваны непоставкой необходимых материалов (например, электроэнергии или газа) государственными органами.

d) Коммерческие риски

12. "Коммерческие риски" связаны с вероятностью того, что проект не будет в состоянии обеспечить получение ожидаемых доходов вследствие изменений в рыночных ценах или спросе на товары или услуги, которые он генерирует. Обе эти формы коммерческих рисков могут серьезно подорвать способность проектной компании погашать свои долги и поставить под угрозу финансовую жизнеспособность проекта.

13. Коммерческие риски существенно разнятся в зависимости от сектора и вида проекта. Риск может рассматриваться как минимальный или умеренный, если проектная компания обладает монополией в отношении данной услуги или когда она осуществляет поставки одному клиенту на основании постоянного соглашения о поставке. Вместе с тем коммерческие риски могут быть существенными в связи с проектами, которые зависят от поступлений на основе рыночной деятельности, в частности тогда, когда существование альтернативных объектов или источников поставок затрудняет составление достоверного прогноза в отношении пользования или спроса. Это может стать источником серьезной озабоченности, например, в связи с проектами строительства платных дорог, поскольку платные дороги могут сталкиваться с конкуренцией со стороны бесплатных дорог. В зависимости от того, насколько легко водители могут иметь доступ к бесплатным дорогам, доходы от платных дорог могут быть трудно прогнозируемыми, особенно в городских районах, в которых может быть много альтернативных маршрутов, в которых дороги могут строиться или улучшаться на непрерывной основе. Кроме того, использование дорожных маршрутов, как было установлено, даже еще труднее прогнозировать в случае строительства новых платных дорог, особенно тех дорог, которые не представляют собой расширения существующей системы платных дорог, поскольку не имеет места дорожное движение, которое можно было бы использовать в качестве точки отсчета.

e) Риски, связанные с обменным курсом, и другие финансовые риски

14. Связанные с обменным курсом риски сопряжены с вероятностью того, что изменения в обменном курсе иностранных валют могут изменить валютную стоимость потоков наличных средств, генерируемых проектом. Тарифы и сборы, взимаемые с местных пользователей или потребителей, по всей вероятности, будут выплачиваться в местной валюте, тогда как займы и иногда также затраты на оборудование или топливо могут быть установлены в иностранной валюте. Такой риск может носить существенный характер, поскольку обменные курсы являются особенно нестабильными во многих развивающихся странах. Помимо колебаний обменного курса, проектная компания может подвергаться риску, связанному с тем, что контроль над иностранной валютой или уменьшение резервов иностранной валюты могут ограничивать наличие на местном рынке иностранной валюты, которая необходима проектной компании для обслуживания своего долга или выплаты первоначальных инвестиций.

15. Еще один риск, которому подвергается проектная компания, касается вероятности увеличения процентных ставок, что приведет к дополнительным расходам на финансирование проекта. Этот риск может носить существенный характер в связи с проектами в области инфраструктуры с учетом обычно крупных сумм заимствований и длительной продолжительности осуществления проекта, причем некоторые займы предоставляются на период в несколько лет. Когда это необходимо, заем можно получить при фиксированной процентной ставке (например, ценные бумаги с фиксированной ставкой) для уменьшения риска, связанного с процентной ставкой. Кроме того, пакет финансирования может включать схемы страхования от рисков, связанных с процентными ставками, например, посредством осуществления свопов с процентными ставками или установления верхнего предела процентных ставок.

2. Договорные механизмы распределения и уменьшения рисков

16. Распределение рисков, которое в конечном счете будет согласовано органом, выдавшим подряд, и проектной компанией, будет отражено в их взаимных правах и обязательствах, изложенных в проектном соглашении. Возможные законодательные последствия некоторых положений, обычно включаемых в проектные соглашения, рассматриваются в других главах Руководства (см. главы IV, "Проектное соглашение", V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры", и VI, "Срок действия, продление срока действия и досрочное прекращение проектного соглашения"). Стороны будут также заключать различные другие соглашения, призванные уменьшить или перераспределить риски, которые они принимают на себя (например, кредитные соглашения, договоры о строительстве, поставке оборудования, эксплуатации и техническом обслуживании, прямое соглашение между органом, выдавшим подряд, и кредиторами и соглашения о поставках и о долгосрочных поставках, когда это применимо).

17. Практические указания, даваемые участникам переговоров в ряде стран, часто содержат ссылку на общие принципы распределения рисков, связанных с проектами. Один из таких принципов заключается в том, что конкретные риски должны, как правило, возлагаться на ту сторону, которая в большей степени может оценить риск, контролировать и регулировать его. Дополнительные руководящие принципы предусматривают возложение рисков, связанных с проектами, на ту сторону, которая имеет наиболее широкий доступ к документам страхования или наибольшую способность диверсифицировать такие риски или уменьшать их при самых низких затратах. Однако на практике распределение рисков часто является фактором, связанным как с политическими соображениями (например, общественный интерес к проекту или общая подверженность рискам органа, выдавшего подряд, в рамках

различных проектов), так и с переговорными позициями сторон. Кроме того, при распределении рисков, связанных с проектами, важно учитывать финансовое положение сторон, на которые возлагается конкретный риск, а также их способность нести последствия такого риска, если он возникнет.

18. Проектная компания и ее подрядчики, как правило, принимают на себя обычные риски, связанные с развитием и эксплуатацией инфраструктуры. Например, риски, связанные с задержкой завершения строительства и перерасходом, а также другие риски, типичные для стадии строительств, как правило, возлагаются на строительного подрядчика или подрядчиков посредством заключения договора о строительстве "под ключ", согласно которому подрядчик принимает на себя полную ответственность за проектирование и строительство объекта по фиксированной цене, в течение указанного срока завершения строительства и в соответствии с конкретными эксплуатационными спецификациями (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры"). Строительный подрядчик, как правило, несет ответственность за возмещение заранее оцененных убытков или выплату штрафов за любую задержку в завершении строительства. Кроме того, такой подрядчик, как правило, также должен предоставить такую эксплуатационную гарантию, как банковская гарантия или гарантийный залог. Отдельные поставщики оборудования, как правило, также должны предоставлять гарантии в отношении функционирования их оборудования. Аналогичным образом, проектная компания обычно уменьшает свою подверженность эксплуатационным рискам посредством заключения договора об эксплуатации и техническом обслуживании, согласно которому эксплуатационная компания берет на себя обязательство обеспечить требуемую отдачу и принимает на себя ответственность за последствия эксплуатационных сбоев. В большинстве случаев механизмы такого рода будут являться жизненно важным требованием успешного осуществления проекта. Кредиторы, со своей стороны, будут стремиться получить защиту от последствий возникновения таких рисков, требуя, например, передачи прибыли от каких-либо закладных, выпущенных с целью гарантировать исполнение подрядчиком своих обязательств.

19. С другой стороны, орган, выдавший подряд, как предполагается, примет на себя те риски, которые относятся к событиям, обусловленным собственными действиями этого органа, таким как неадекватность технических спецификаций, представленных на стадии выбора, или задержка, вызванная несвоевременной поставкой согласованных материалов. Можно также предполагать, что орган, выдавший подряд, будет нести последствия прекращения проекта, вызванного действиями правительства, например согласием компенсировать проектной компании любые убытки вследствие принятия мер по контролю над ценами (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры"). Хотя некоторые политические риски могут быть уменьшены путем приобретения страхования, такое страхование, если оно вообще является возможным в отношении проектов в данной стране, можно и не приобрести при приемлемых затратах. Так, потенциальные инвесторы и кредиторы могут обратиться к правительству, например, с целью получения гарантий от экспроприации или национализации, а также гарантий того, что в случае таких действий будет выплачена надлежащая компенсация (см. пункт 45). В зависимости от их оценки уровня рисков, которые могут возникнуть в принимающей стране, потенциальные инвесторы и кредиторы могут и не быть готовыми осуществлять проект в отсутствие таких заверений или гарантий.

20. Большинство рисков, связанных с проектами и указанных в предыдущих пунктах, можно в большей или меньшей степени рассматривать подпадающими под контроль той или иной стороны. Вместе с тем, большое разнообразие рисков, связанных с проектами, возникает в результате событий, не поддающихся контролю сторон или произошедших вследствие действий третьих сторон, и, таким образом, возможно необходимо рассмотреть другие принципы распределения рисков.

21. Например, финансовая документация обычно предусматривает плавающую процентную ставку, которая защищает кредиторов от рисков, связанных с процентной ставкой. Однако вполне возможно, что проектная компания застрахуется от более высоких процентных ставок с помощью своповых соглашений, предусматривающих долгосрочную фиксированную процентную ставку. Проектная компания может предполагать, что данный риск, наряду с риском, связанным с инфляцией, будет перенесен на конечных пользователей или потребителей объекта посредством увеличения цены, хотя это не всегда является возможным вследствие обстоятельств, связанных с рыночными условиями или мер по контролю над ценами. Структура тарифов, согласованная между проектной компанией и органом, выдавшим подряд, будет определять степень, в которой проектная компания сможет избежать таких рисков, или же степень, в которой, как можно предполагать, она будет в состоянии нести некоторые из таких рисков (см. главу IV, "Проектное соглашение").

22. Другая категория рисков, которые могут быть распределены на основании различных схем, касается таких внешних событий, как военные действия, гражданские беспорядки, стихийные бедствия или иные события, которые вообще не поддаются контролю сторон. В отношении традиционных проектов в области инфраструктуры, осуществляемых государственным сектором, соответствующая государственная организация, как правило, несет риск, например, разрушения объекта в результате стихийных бедствий или аналогичных событий в той мере, в какой такие риски могут не поддаваться страхованию. При осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, правительство может отдать предпочтение такому виду рисков, какой будет нести проектная компания. Вместе с тем, в зависимости от его оценки конкретных рисков, возникающих в принимающей стране, частный сектор может и не быть готовым подвергаться этим рискам. Поэтому на практике

не существует одного решения, охватывающего данную целую категорию рисков, и зачастую создаются особые механизмы, касающиеся каждого из таких рисков. Например, стороны могут согласиться в том, что наступление некоторых событий такого рода может влечь за собой освобождение затрагиваемой стороны от воздействия последствий неисполнения обязательств по проектному соглашению и что будут созданы договорные механизмы, предусматривающие решения в отношении некоторых неблагоприятных последствий, такие как продление срока действия договоров с целью выплаты компенсации в случае задержки, которая явилась результатом событий, или даже прямого платежа в определенной форме при особых обстоятельствах (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры"). Эти механизмы будут дополняться коммерческим страхованием, приобретенным проектной компанией, если это можно сделать при приемлемых затратах (см. главу IV, "Проектное соглашение").

23. Вполне взможно, что потребуется создавать и специальные механизмы, касающиеся распределения коммерческих рисков. Такие проекты, как проекты в области мобильной связи, обладают относительно высоким потенциалом возвращения прямых затрат, и в большинстве случаев предполагается, что проектная компания будет осуществлять такой проект, не неся эти риски совместно с органом, выдавшим подряд, и не прибегая к поддержке со стороны правительства. В отношении других проектов в области инфраструктуры, таких как проекты по электроэнергетике, проектная компания может прибегать к созданию совместно с органом, выдавшим подряд, или другим правительственным ведомством договорных механизмов с целью уменьшить свою подверженность коммерческим рискам, например, путем заключения долгосрочных соглашений о поставках, гарантирующих рынок для данной продукции по согласованной цене. Платежи могут принимать форму сборов за фактическое потребление или наличие услуги или же объединять элементы и одного, и другого, а применимые ставки, как правило, являются предметом положений, касающихся увеличения или индексации платежей с целью обеспечить защиту подлинной стоимости поступлений от увеличения затрат на эксплуатацию устаревающего объекта (см. также главу IV, "Проектное соглашение"). И наконец, существуют относительно капиталоемкие проекты с более медленным развитием потенциала возмещения затрат, такие как проекты в области водоснабжения и некоторые проекты по строительству платных дорог, которые частный сектор может осуществлять неохотно, если не будет располагать некоей схемой совместного несения рисков с органом, выдавшим подряд, например, посредством гарантий фиксированных поступлений или согласованных платежей на основе пропускной способности, независимо от фактического использования объекта (см. также главу IV, "Проектное соглашение").

24. Из вышеизложенного вытекает, что стороны должны принимать во внимание целую совокупность факторов для действенного распределения рисков, связанных с проектами. Хотя для правительства может быть полезным предоставление некоторых общих указаний участникам переговоров, действующим от имени национальных органов, выдающих подряды, путем разработки консультативных принципов, касающихся, например, распределения рисков, как правило, нецелесообразно иметь статутные положения, излишне ограничивающие способность участников переговоров обеспечивать сбалансированное распределение рисков, связанных с проектами, с учетом нужд отдельных проектов.

C. Правительственная поддержка

25. Изложенное в предыдущем разделе показывает, что стороны могут использовать различные договорные механизмы для распределения и уменьшения рисков, связанных с проектами. Тем не менее такие механизмы не всегда могут быть достаточными для обеспечения степени уверенности, требуемой частными инвесторами для того, чтобы они участвовали в осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Вполне может оказаться необходимой некоторая дополнительная правительственная поддержка для повышения привлекательности частных инвестиций в осуществление проектов в области инфраструктуры в принимающей стране.

26. Правительственная поддержка может принимать различные формы. В целом любую меру, принятую правительством с целью улучшения инвестиционного климата для проектов в области инфраструктуры, можно рассматривать в качестве правительственной поддержки. С этой точки зрения наличие законодательства, позволяющего правительству передавать подряды на осуществление проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, или же установление четких полномочий на проведение переговоров и принятие последующих мер в связи с проектами в области инфраструктуры (см. главу I, "Общие соображения законодательного характера"), могут явиться важными мерами в поддержку осуществления проектов в области инфраструктуры. Однако используемое в Руководстве выражение "правительственная поддержка" имеет более узкий смысл и касается, в частности, особых мер, в большинстве случаев финансового или экономического характера, которые могут быть приняты правительством для улучшения условий исполнения какого-либо данного проекта или же оказания проектной компании помощи в связи с некоторыми рисками, относящимися к проектам, которые выходят за пределы обычной сферы действия договорных механизмов, согласованных между органом, выдавшим подряд, и проектной компанией с целью распределения рисков, связанных с проектом. Меры правительственной поддержки, если они могут быть приняты, как правило, образуют неотъемлемую часть правительственных программ по привлечению частных инвестиций в проекты в области инфраструктуры.

1. Политические соображения, касающиеся правительственной поддержки

27. На практике решение о поддержке осуществления какого-либо проекта основывается на оценке правительству экономической или социальной значимости проекта и целесообразности оказания дополнительной правительственной поддержки в связи с этим. Правительство может определить, что один частный сектор может и не быть в состоянии финансировать некоторые проекты при приемлемых затратах. Правительство может также счесть, что определенные проекты могут и не быть реализованы без принятия некоторых мер поддержки, которые уменьшали бы некоторые риски, связанные с этими проектами. И действительно, готовность частных инвесторов и кредиторов осуществлять крупные проекты в какой-либо данной стране не только основывается на их оценке конкретных рисков, связанных с такими проектами, но и обусловливается их согласием с инвестиционным климатом в принимающей стране, в частности в секторе инфраструктуры. Факторы, которым частные инвесторы могут придавать особое значение, включают экономическую систему принимающей страны и степень развития рыночных структур, а также степень, в которой данная страна уже преуспела в осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, в течение ряда лет.

28. По вышеуказанным причинам ряд стран придерживается гибкого подхода при решении вопроса об оказании правительственной поддержки. В некоторых странах это было достигнуто путем принятия законодательных положений, которые увязывают объем и вид поддержки с конкретными нуждами отдельных секторов инфраструктуры. В других странах это было достигнуто путем наделения правительства принимающей страны достаточными законодательными полномочиями для предоставления некоторых видов заверений или гарантий при сохранении возможности по своему усмотрению не предоставлять такие заверения или гарантии во всех случаях. Вместе с тем правительство принимающей страны будет заинтересовано в обеспечении того, чтобы объем и вид поддержки, предоставленной в связи с каким-либо проектом, не привели к принятию на себя открытых обязательств. И действительно, принятие правительственными ведомствами чрезмерных обязательств в результате предоставления гарантий в связи с каким-либо конкретным проектом может препятствовать предоставлению ими гарантий в связи с другими проектами, имеющими, возможно, даже большее общественное значение.

29. Эффективность программ правительственной поддержки частных инвестиций в инфраструктуру можно повысить путем внедрения соответствующих методов бюджетного финансирования мер правительственной поддержки или же оценки общих затрат, связанных с другими формами правительственной поддержки. Например, кредитные гарантии, предоставленные правительственными ведомствами, обычно сопряжены с меньшими затратами, чем затраты на кредитные гарантии, предоставляемые коммерческими кредиторами. Разница между ними (минус стоимость сборов и процентов, выплачиваемых проектной компанией) представляет собой затраты для правительства и субсидию для проектной компании. Вместе с тем кредитные гарантии зачастую не фиксируются в качестве затрат до тех пор, пока не предъявляется соответствующее требование. Таким образом, фактическая сумма субсидии, предоставленной правительством, не фиксируется, что может создать неправильное впечатление того, что кредитные гарантии влекут за собой обязательства в меньшем объеме, чем прямые выплаты субсидий. Аналогичным образом, финансовые и экономические затраты, связанные с освобождением от налогов, предоставленным правительством, могут и не быть очевидными, что обусловливает их меньшую транспарентность по сравнению с другими формами прямой правительственной поддержки. По этим причинам страны, рассматривающие вопрос о принятии программ поддержки проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, возможно, должны будут разработать специальные методы для определения бюджетных затрат на принятие таких мер поддержки, как освобождение от налогообложения, кредиты и кредитные гарантии, предоставляемые правительственными учреждениями, которые принимают во внимание предполагаемую нынешнюю стоимость будущих затрат или утраченных поступлений.

2. Формы правительственной поддержки

30. Наличие прямой правительственной поддержки, будь то в форме финансовых гарантий, государственных кредитов и гарантий в отношении поступлений, может быть важным элементом финансовой структуры проекта. В нижеследующих пунктах кратко излагаются формы правительственной поддержки, которые в отдельных случаях разрешены внутригосударственным законодательством, а также рассматриваются возможные законодательные последствия, которые они могут иметь для принимающей страны, но при этом не отдается предпочтения использованию любой из этих форм.

31. В целом, помимо административных и бюджетных мер, которые могут быть необходимыми для обеспечения исполнения правительственных обязательств в течение всей продолжительности осуществления проекта, целесообразно, чтобы законодательный орган рассмотрел возможную необходимость установления прямого законодательного разрешения на оказание некоторых форм поддержки. Если установлено, что правительственная поддержка является целесообразной, важно, чтобы законодательный орган учитывал обязательства принимающей страны по международным соглашениям о региональной экономической интеграции или либерализации торговли, которые могут ограничивать способность правительственных ведомств договаривающихся государств оказывать финансовую поддержку компаниям, действующим на их территории. Кроме того, если какое-либо правительство рассматривает вопрос об оказании поддержки осуществлению какого-либо проекта в области инфраструктуры, это

обстоятельство должно быть известным всем потенциальным участникам торгов в надлежащее время в ходе процедуры выбора (см. главу III, "Выбор концессионера").

a) Государственные кредиты и кредитные гарантии

32. В некоторых случаях закон разрешает правительству предоставлять проектной компании беспроцентные кредиты или кредиты при низкой процентной ставке с целью уменьшения затрат на финансирование проекта. В зависимости от применяющихся правил отчетности некоторые беспроцентные кредиты, предоставляемые государственными учреждениями, могут быть внесены в качестве дохода в отчетность проектной компании; при этом кредитные платежи рассматриваются как затраты, вычитаемые в целях налогообложения и бухгалтерского учета. Более того, субординированные займы, предоставляемые правительством, могут улучшить финансовые условия осуществления проекта, дополняя первостепенные кредиты, предоставленные коммерческими банками и не конкурирующие с первостепенными займами с точки зрения их возвращения. Правительственные кредиты в целом могут предоставляться всем проектным компаниям в каком-либо данном секторе или же они могут ограничиваться оказанием временной помощи проектной компании в случае возникновения определенных рисков, связанных с проектами. Общая сумма любого такого кредита может быть далее ограничена какой-либо фиксированной суммой или процентной долей общих проектных затрат.

33. Помимо государственных кредитов, внутригосударственное законодательство некоторых стран разрешает органу, выдавшему подряд, или другому ведомству правительства принимающей страны предоставлять кредитные гарантии с целью возвращения кредитов, взятых проектной компанией. Кредитные гарантии призваны защищать кредиторов (и в некоторых случаях инвесторов, также предоставляющих средства на осуществление проекта) от неисполнения проектной компанией своих обязательств. Кредитные гарантии не влекут за собой немедленного выделения государственных средств, и они могут казаться более привлекательными для правительства, чем прямые кредиты. Вместе с тем кредитные гарантии могут представлять собой существенные обязательства в случае наступления непредвиденных обстоятельств, и подверженность правительства рискам может быть значительной, особенно в случае полной неудачи проектной компании в своей деятельности. В действительности, правительство в большинстве случаев может найти небольшое утешение в возможной суброгации прав кредиторов против несостоятельной проектной компании.

34. Таким образом, помимо принятия общих мер по повышению эффективности программ правительственной поддержки (см. пункт 29), возможно, было бы целесообразно рассмотреть конкретные положения, ограничивающие подверженность правительства рискам в связи с кредитными гарантиями. Правила, регулирующие предоставление кредитных гарантий, могут устанавливать максимальный предел, который может быть выражен в виде фиксированной суммы или, если нужна большая гибкость, в виде определенной процентной доли общих инвестиций в какой-либо данный проект. Другой мерой по ограничению обязательств предоставляющего гарантии ведомства при наступлении непредвиденных обстоятельств может быть определение случаев, когда такие гарантии могут предоставляться с учетом видов рисков, связанных с проектом, которые правительство может быть готово нести на совместной основе. Например, если правительство рассматривает вопрос о совместном несении только рисков, связанных с временным перерывом в работе, вызванном событиями, не поддающимися контролю сторон, то гарантии могут ограничиваться случаем, когда проектная компания временно не в состоянии обслуживать свою задолженность из-за возникновения специально не определенных непредвиденных событий, не поддающихся контролю со стороны данной проектной компании. Если правительство желает обеспечить большую степень защиты кредиторам, то такие гарантии могут охватывать и постоянную неспособность проектной компании возвратить свои кредиты по тем же причинам. Однако в таком случае целесообразно не устранять стимулы для кредиторов, вынуждающие их принимать меры для продолжения проекта, например, путем определения другого приемлемого концессионера или путем привлечения какого-либо агента, назначенного для исправления положения, вызванного неисполнением проектной компанией своих обязательств (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры"). Таким образом, использование правительственных гарантий может обусловливаться предварительным исчерпанием других средств защиты, которые могут применить кредиторы в соответствии с проектным соглашением, кредитными соглашениями или их прямыми соглашениями с органом, выдавшим подряд, если таковые были заключены. В любом случае полные кредитные гарантии правительства, равнозначные полной защите кредиторов от риска неисполнения своих обязательств проектной компанией, не являются общей чертой проектов в области инфраструктуры, осуществляемых в рамках механизма проектного финансирования.

b) Участие в акционерном капитале

35. Еще одна форма дополнительной поддержки со стороны правительства может состоять в прямом или косвенном участии в акционерном капитале проектной компании. Участие правительства в акционерном капитале может помочь достижению более благоприятного соотношения между акционерным капиталом и задолженностью посредством дополнения капитала, предоставленного спонсорами проекта, в частности тогда, когда другие источники акционерного капитала, такие как инвестиционные фонды, не могут использоваться проектной компанией. Инвестиции правительства в акционерный капитал могут быть также полезными для выполнения правовых требований принимающей страны, касающихся состава компаний, созданных на месте. Законодательство

некоторых стран, регулирующее деятельность акционерной компании, или специальное законодательство, касающееся проектов в области инфраструктуры, требует определенной степени участия местных инвесторов в компаниях, учрежденных на месте. Однако не всегда можно обеспечить требуемую степень местного участия на приемлемых условиях. Местные инвесторы могут быть лишены интереса или финансовых ресурсов для инвестирования в крупные проекты в области инфраструктуры; они могут также быть настроенными против конкретных рисков, связанных с проектами, или не располагать опытом действий при наличии таких рисков.

36. Участие правительства может быть сопряжено с определенными рисками, которые правительство, возможно, пожелает учесть. В частности, существует риск того, что такое участие может восприниматься как подразумеваемая гарантия правительства, и поэтому стороны или даже третьи стороны могут предполагать, что правительство полностью поддерживает данный проект или в конечном счете может взять его осуществление на себя в случае неудачи проектной компании. Если такая подразумеваемая гарантия не является преднамеренной, то следует принять соответствующие положения, уточняющие пределы правительственного участия в проекте (например, договорные положения, освобождающие правительство от любого обязательства подписываться на дополнительные акции в случае, если необходимо увеличить капитал проектной компании).

c) Субсидии

37. В некоторых странах тарифные субсидии используются для того, чтобы дополнить поступления проектной компании в случае, если фактические доходы от проекта уменьшаются ниже определенного минимального уровня. Предоставление услуг в некоторых областях, в которых проектная компания должна действовать, может и не быть доходным предприятием вследствие незначительного спроса или больших эксплуатационных затрат, или же вследствие того, что проектная компания должна предоставлять эту услугу определенному слою населения по низкой стоимости. Таким образом, в некоторых странах закон разрешает правительству брать на себя обязательства по предоставлению субсидий проектной компании, с тем чтобы обеспечить возможность предоставления услуг по более низкой стоимости.

38. Субсидии, как правило, принимают форму прямых платежей проектной компании, будь то в форме единовременных платежей или платежей, конкретно рассчитанных для того, чтобы дополнять поступления проектной компании. В последнем случае правительство должно обеспечить, чтобы оно располагало адекватными механизмами для проверки точности выплаты субсидий проектной компании посредством, например, включения в проектное соглашение положений, касающихся аудита и обнародования финансовой информации. Альтернативой прямым субсидиям может быть разрешение проектной компании перекрестно субсидировать менее прибыльные виды деятельности с помощью доходов, полученных от более прибыльных видов деятельности. Этого можно достичь путем объединения в рамках одной и той же концессии как доходных, так и менее доходных видов деятельности или областей деятельности, либо путем предоставления проектной компании права коммерческой эксплуатации отдельного и более прибыльного вспомогательного объекта (см. пункты 54-56).

39. Вместе с тем важно, чтобы законодательный орган учитывал практические последствия и возможные правовые препятствия предоставлению субсидий проектной компании. Например, установлено, что субсидии препятствуют справедливой конкуренции, причем законодательство многих стран, касающееся конкуренции, запрещает предоставлять субсидии или иные формы прямой финансовой помощи, которые прямо не разрешены законодательством.

d) Государственные гарантии

40. В связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, термин "государственные гарантии" иногда используется для указания на два вида гарантий, предоставляемых правительством принимающей страны. Первый вид включает гарантии, предоставленные правительством принимающей страны для охвата случая нарушения обязательств, принятых органом, выдавшим подряд, в соответствии с проектным соглашением. Вторая категория включает гарантии того, что правительство не будет препятствовать проектной компании в осуществлении определенных прав, предоставленных ей в соответствии с проектным соглашением или вытекающих из законодательства страны, например, права на репатриацию прибыли по завершении проекта. Какую бы форму такие гарантии ни могли принимать, важно, чтобы правительство и законодательный орган учитывали способность правительства оценивать и эффективно регулировать свою собственную подверженность рискам, связанным с проектами, а также определять приемлемый объем прямых или чрезвычайных обязательств, которые оно может взять на себя.

i) Гарантии исполнения обязательств органом, выдавшим подряд

41. Гарантии исполнения обязательств могут использоваться в том случае, когда орган, выдавший подряд, является отдельным или автономным субъектом права, который не опирается на ответственность самого правительства. Такие гарантии могут быть предоставлены от имени правительства или какого-либо государственного финансового учреждения принимающей страны. Они могут также принимать форму гарантии, выданной международными финансовыми учреждениями, которые поддержаны встречной гарантией правительства (см. пункты 57-67). Гарантии,

предоставляемые правительством, могут быть полезными средствами защиты проектной компании от последствий неисполнения обязательств органом, выдавшим подряд, или другим правительственным ведомством, взявшим на себя конкретные обязательства по проектному соглашению. Наиболее широко распространенные ситуации, в которых используются такие гарантии, включают следующие:

a) гарантии оплаты товаров и услуг. В рамках этих механизмов правительство гарантирует оплату товаров и услуг, предоставляемых проектной компанией государственным организациям. Гарантии оплаты часто используются в связи с обязательствами производить платежи по соглашениям о "поставке товаров и услуг" в секторе электроэнергетики (см. главу IV, "Проектное соглашение"). Такие гарантии могут иметь особое значение в том случае, когда основным или единственным потребителем проектной компании является какая-либо государственная монополия. У проектной компании и кредиторов дополнительная уверенность возникает тогда, когда такая гарантия поддержана каким-либо международным финансовым учреждением (см. пункты 61 и 66);

b) гарантии поставок. Гарантии поставок могут также предоставляться в целях защиты проектной компании от последствий неисполнения обязательств организациями государственного сектора, поставляющими товары и материалы, необходимые для эксплуатации какого-либо объекта, например, топливо, электроэнергия или водоснабжение, или же для обеспечения выплаты возмещения, которое может причитаться с органа, выдавшего подряд, в соответствии с соглашением о поставках;

c) общие гарантии. Ими являются гарантии, призванные защищать проектную компанию от любой формы неисполнения обязательств органом, выдавшим подряд, а не от неисполнения конкретно указанных обязательств. Хотя общие гарантии исполнения обязательства могут и не предоставляться весьма часто, имеют место случаи, когда проектная компания и кредиторы могут рассматривать их как условие, необходимое для осуществления проекта. Речь может идти, например, о случае, когда обязательства, принятые на себя органом, выдавшим подряд, не являются соразмерными его кредитоспособности, что может иметь место в связи с крупными концессиями, предоставленными муниципалитетами или иными автономными организациями. Гарантии правительства могут быть полезными для обеспечения конкретного исполнения обязательств, например, тогда, когда правительство принимающей страны берет на себя обязательство замещать орган, выдавший подряд, с точки зрения совершения некоторых действий (например, отвода надлежащей площадки для удаления побочных продуктов).

42. В целом можно сказать, что весьма важно не переоценить достаточность только государственных гарантий для защиты проектной компании от последствий неисполнения обязательств органом, выдавшим подряд. За исключением случая, когда их цель состоит в обеспечении конкретного исполнения обязательств, государственные гарантии обычно выполняют компенсационную функцию. Так, они не могут заменить соответствующие договорные средства защиты в случае неисполнения обязательств органом, выдавшим подряд (см. главу IV, "Проектное соглашение"). Различные виды договорных средств защиты или их комбинации могут использоваться в случае различных событий неисполнения обязательств, например, возникновение заранее оцененных убытков в случае неисполнения обязательств и повышение тарифов или продление срока действия договоров в случае дополнительной задержки в осуществлении проекта, вызванной действиями органа, выдавшего подряд. Кроме того, для уменьшения подверженности правительства рискам и уменьшения риска реализации гарантии целесообразно рассмотреть меры, побуждающие орган, выдавший подряд, к соблюдению своих обязательств по проектному соглашению или к усилиям по устранению причин неисполнения обязательств. Такие меры могут включать прямую суброгацию прав гаранта против органа, выдавшего подряд, или механизмы внутреннего контроля для реализации ответственности органа, выдавшего подряд, или его агентов в случае, например, произвольного или небрежного нарушения его обязательств по проектному соглашению, которое приводит к реализации государственной гарантии.

ii) Гарантии от неблагоприятных действий правительства

43. В отличие от гарантий исполнения обязательств, которые защищают проектную компанию от последствий неисполнения обязательств органом, выдавшим подряд, рассматриваемые здесь гарантии относятся к действиям других органов принимающей страны, которые наносят ущерб правам проектной компании или иным образом существенно затрагивают осуществление проектного соглашения. Такие гарантии часто называются "гарантиями от политических рисков".

44. Одним из видов гарантий, предусматриваемых во внутригосударственном законодательстве, являются гарантии иностранных валют, которые обычно выполняют три функции: гарантия конвертируемости прибыли в местной валюте в иностранную валюту, гарантия наличия необходимой иностранной валюты и гарантия перевода за рубеж конвертируемых сумм. Вместе с тем гарантия иностранной валюты, как правило, не предназначается для защиты проектной компании и кредиторов от рисков колебаний обменного курса или вызванной рынком девальвации, которые считаются обычными коммерческими рисками. Гарантии иностранной валюты являются распространенными в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, которые связаны со значительными суммами задолженности, выраженной в иных валютах, чем местная валюта, в частности, в тех странах, валюта которых не является свободно конвертируемой. Некоторые законы также

предусматривают, что такая гарантия может быть подкреплена банковской гарантией, выданной в пользу проектной компании.

45. Другим важным видом гарантии может быть предоставленная проектной компании и ее акционерам гарантия того, что она не будет экспроприирована без надлежащей компенсации. Такая гарантия, как правило, распространяется и на конфискацию собственности, принадлежащей проектной компании в принимающей стране, и на национализацию самой проектной компании, т.е. конфискацию акционерного капитала проектной компании. Этот вид гарантий обычно предусматривается в законодательстве, касающемся прямых иностранных инвестиций, а также в двусторонних договорах о защите инвестиций (см. главу VII, "Применимое право").

e) Налоговые и таможенные льготы

46. Другим способом поддержки правительством принимающей страны осуществления проектов, финансируемых из частных источников, может быть предоставление в некоторой форме освобождения от налогов и таможенных пошлин или уменьшение их размера, либо предоставление налоговых и таможенных льгот. Внутреннее законодательство, касающееся прямых иностранных инвестиций, часто устанавливает особые налоговые режимы для поощрения иностранных инвестиций, причем в некоторых странах было сочтено полезным прямо устанавливать такой налоговый режим в отношении иностранных компаний, участвующих в осуществлении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников (см. также главу VII, "Применимое право").

47. Типичное освобождение от налогов или предоставление налоговых льгот включает освобождение от подоходного налога или налога на прибыль, или от поимущественного налога на объект либо освобождение от подоходного налога на проценты, причитающиеся в связи с кредитами и другими финансовыми обязательствами, взятыми на себя проектной компанией. Некоторые законы предусматривают освобождение всех сделок, касающихся проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, от гербовых или аналогичных сборов. В некоторых случаях закон устанавливает определенный преференциальный налоговый режим или предусматривает, что проектная компания будет пользоваться льготами на основании такого же благоприятного налогового режима, устанавливаемого обычно в отношении иностранных инвестиций. Иногда налоговая льгота принимает форму более благоприятной ставки подоходного налога в сочетании с уменьшающимся объемом освобождения от налогов в течение первоначальных лет осуществления проекта. Такие освобождения и льготы иногда предоставляются подрядчикам, задействованным проектной компанией, в частности иностранным подрядчикам.

48. Другими мерами в области налогообложения, которые иногда используются для содействия осуществлению проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, являются освобождения от налогообложения иностранных кредиторов, предоставивших кредиты в связи с такими проектами. Во многих правовых системах любой процент, комиссионный сбор или вознаграждение в связи с кредитом или задолженностью, которые прямо или косвенно выплачивают созданные на месте компании или которые вычитаются из дохода, полученного на месте, считаются местным доходом для целей налогообложения. Поэтому и местные, и иностранные кредиторы по проектам в области инфраструктуры могут быть обязанными выплачивать подоходный налог в принимающей стране, который проектная компания может быть обязана удерживать из платежей иностранным кредиторам как нерезидентам принимающей страны. Подоходный налог, причитающийся с кредиторов в принимающей стране, обычно принимается во внимание в ходе переговоров между проектной компанией и кредиторами и может иметь своим результатом увеличение финансовой стоимости проекта. В некоторых странах компетентные органы уполномочены предоставлять освобождение от налогообложения в связи с платежами нерезидентам, которые, как установлено, производятся для поощрения или активизации экономического или технического развития принимающей страны или же как-либо иначе считаются связанными с целью, имеющей большое общественное значение.

49. В некоторых странах были введены в действие особые правила отчетности для операторов объектов инфраструктуры, с тем чтобы учесть особый характер доходности проектов в области инфраструктуры. Проекты, связанные со строительством объектов инфраструктуры, в частности дорог и других транспортных объектов, обычно характеризуются относительно коротким инвестиционным периодом при высоких финансовых затратах и отсутствии поступлений, за которым следует более продолжительный период увеличения поступлений и уменьшений финансовых затрат, а также обеспечения при нормальных обстоятельствах стабильных эксплуатационных издержек. Соответственно, если применять традиционные правила отчетности, то особую финансовую структуру таких проектов потребуется отражать в счетах проектной компании в качестве периода получения неизменно отрицательных результатов, за которым следует длительный период получения чистой прибыли. Это не только имело бы неблагоприятные последствия, например для кредитоспособности проектной компании на стадии строительства, но и могло бы также привести к возникновению непропорциональной налоговой задолженности в течение эксплуатационной стадии проекта. Во избежание такого искажения некоторые страны приняли специальные правила отчетности для компаний, осуществляющих проекты в области инфраструктуры, которые принимают во внимание то обстоятельство, что финансовые результаты проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут стать позитивными только на среднесрочной основе. Такие

специальные правила обычно разрешают тем, кто развивает инфраструктуру, переносить часть финансовых затрат, произведенных в течение дефицитной стадии, на последующие финансовые годы в соответствии с финансовыми графиками, предусмотренными проектным соглашением. Вместе с тем такие специальные правила отчетности обычно не наносят ущерба другим нормам права, которые могут запрещать распределение дивидендов в течение финансовых годов, закрытых с отрицательными результатами.

50. Помимо предоставления налоговых льгот или освобождения от налогообложения, внутригосударственное законодательство иногда способствует импорту оборудования для использования проектной компанией путем освобождения от уплаты таможенных пошлин. Такое освобождение, как правило, относится к уплате импортных пошлин в отношении оборудования, механизмов, вспомогательных материалов, сырьевых материалов и предметов, ввозимых в страну для целей проведения предварительного обоснования, проектирования, строительства и эксплуатации объектов в области инфраструктуры. В том случае, когда проектная компания желает передать или продать ввезенное оборудование на внутреннем рынке, ей, как правило, необходимо заручиться одобрением органа, выдавшего подряд, а соответствующие импортные пошлины, налог с оборота или другие налоги потребуется заплатить в соответствии с законодательством данной страны. Иногда закон уполномочивает правительство либо предоставить освобождение от уплаты таможенных пошлин, либо гарантировать, что размер пошлины не будет увеличен в ущерб проекту.

f) Защита от конкуренции

51. Дополнительная форма правительственной поддержки может заключаться в гарантиях того, что в течение определенного периода времени не будет разрабатываться конкурирующий проект в области инфраструктуры или что ни одно ведомство правительства не будет конкурировать с проектной компанией прямо или через другого концессионера. Заверения такого рода служат в качестве гарантии того, что исключительные права, которые могут быть предоставлены концессионеру (см. главу I, "Общие соображения законодательного характера"), не будут аннулированы в период осуществления проекта. Защита от конкуренции может рассматриваться проектной компанией и кредиторами в качестве весьма важного условия участия в развитии инфраструктуры принимающей страны. Внутригосударственное законодательство некоторых стран содержит положения, согласно которым правительство обязуется не содействовать и не поддерживать осуществление параллельного проекта, который может привести к конкуренции с проектной компанией. В некоторых случаях законодательство устанавливает обязательство правительства не изменять условия такой исключительности в ущерб проектной компании без ее согласия.

52. Положения такого рода могут быть направлены на содействие возникновению у спонсоров проекта и кредиторов уверенности в том, что основные предположения, на основании которых был вручен подряд, будут соблюдаться. Вместе с тем они могут ограничивать способность правительства реагировать на увеличение спроса на соответствующую услугу, как того может требовать общественный интерес, или же обеспечивать возможность предоставления таких услуг различным категориям пользователей. В связи с этим весьма важно тщательно учитывать интересы различных участвующих сторон. Например, требуемый размер тарифа, позволяющий прибыльную эксплуатацию платной дороги, может превышать платежеспособность слоев населения с низкими доходами. Таким образом, орган, выдавший подряд, может быть заинтересован в сохранении открытой для публики бесплатной дороги в качестве альтернативы новой платной дороге. В то же время, однако, если орган, выдавший подряд, принимает решение улучшить или модернизировать альтернативную дорогу, то дорожное движение может быть отвлечено от платной дороги, построенной проектной компанией, что тем самым повлияло бы на поток ее поступлений. Аналогичным образом, правительство может пожелать обеспечить свободную конкуренцию при предоставлении услуг в области дальней телефонной связи, с тем чтобы расширить охват таких услуг и уменьшить их стоимость (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников"). Однако последствием принятия такой меры может быть существенное уменьшение доходов, на которые рассчитывала проектная компания.

53. В целом, возможно, было бы полезно уполномочить правительство предоставлять в соответствующих случаях гарантии того, что исключительные права проектной компании не будут подвергнуты ненадлежащему воздействию в результате последующих изменений правительственной политики без соответствующей компенсации. Вместе с тем может и не быть целесообразным принятие статутных положений, которые исключают возможность внесения последующих изменений в политику правительства в отношении соответствующего сектора, включая решение о содействии конкуренции или строительстве параллельной инфраструктуры. Возможные последствия таких будущих изменений для проектной компании должны быть предусмотрены сторонами в договорных положениях, касающихся изменений обстоятельств (см. главу V, "Развитие и эксплуатация инфраструктуры"). Особенно целесообразно предоставить органу, выдавшему подряд, необходимые полномочия на проведение совместно с проектной компанией переговоров по вопросу о компенсации, которая может причитаться в связи с убытками или ущербом, который может возникнуть в результате осуществления конкурирующего проекта в области инфраструктуры, впоследствии начатого органом, выдавшим подряд, или в результате любой аналогичной меры правительства, которая неблагоприятно затрагивает исключительные права проектной компании.

g) Вспомогательные источники поступлений

54. Одна из дополнительных форм поддержки осуществления проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, может заключаться в разрешении проектной компании диверсифицировать свои инвестиции посредством дополнительных концессий на предоставление вспомогательных услуг или осуществление других видов деятельности. В некоторых случаях альтернативные источники поступлений могут также использоваться в качестве субсидии, предоставляемой проектной компании с целью проведения политики, заключающейся в установлении низких или контролируемых цен на основную услугу. При условии, что такая вспомогательная деятельность является достаточно прибыльной, она может усилить финансовую осуществимость проекта: например, право взимать плату на каком-либо существующем мосту может служить в качестве стимула для осуществления нового проекта по строительству платного моста. Вместе с тем не следует переоценивать относительную значимость вспомогательных источников поступлений.

55. Чтобы позволить проектной компании осуществлять вспомогательную деятельность, правительству, возможно, необходимо получить законодательную санкцию на предоставление проектной компании права использовать собственность, принадлежащую органу, выдавшему подряд, для целей такой деятельности (например, земельный участок, прилежащий к скоростной магистрали и выделяемый для строительства объектов обслуживания). Если считается необходимым контролировать развитие и возможное расширение такой вспомогательной деятельности, то может понадобиться одобрение со стороны органа, выдавшего подряд, с тем чтобы проектная компания предприняла значительное расширение объектов, используемых для такой вспомогательной деятельности.

56. В некоторых правовых системах определенные виды вспомогательных источников поступлений, предлагаемые правительством, могут считаться концессией, отдельной от основной концессии, и в связи с этим целесообразно рассмотреть вероятные ограничения свободы проектной компании заключать договоры в отношении эксплуатации вспомогательных объектов (см. главу IV, "Проектное соглашение").

D. Гарантии, предоставляемые международными финансовыми учреждениями

57. Помимо гарантий, предоставляемых непосредственно правительством принимающей страны, могут быть гарантии, даваемые такими международными финансовыми учреждениями, как Всемирный банк, Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям и региональные банки развития. Такие гарантии обычно защищают проектную компанию от некоторых политических рисков, однако при определенных обстоятельствах они могут также охватывать нарушение проектного соглашения, например, когда проектная компания не исполняет обязательств в отношении своих кредитов в результате нарушения какого-либо обязательства органом, выдавшим подряд.

1. Гарантии, данные многосторонними кредитными учреждениями

58. В дополнение к предоставлению кредитов правительствам и правительственным ведомствам такие многосторонние кредитные учреждения, как Всемирный банк и региональные банки развития, разработали программы, предусматривающие предоставление кредитов частному сектору. Иногда они могут также предоставлять гарантии коммерческим кредиторам в отношении проектов в государственном и частном секторах. В большинстве случаев такие гарантии, данные этими учреждениями, требуют предоставления встречной гарантии правительством принимающей страны.

59. Гарантии многосторонних кредитных учреждений призваны уменьшать риски неисполнения государственных договорных обязательств или невозвращения долгосрочных кредитов, которые частные кредиторы не готовы нести и не способны оценить. Например, гарантии, предоставляемые Всемирным банком, могут, как правило, охватывать конкретно указанные риски (частичная гарантия от рисков) или же все кредитные риски в течение конкретно указанной части периода финансирования (частичная кредитная гарантия), о чем кратко говорится ниже. Большинство региональных банков развития предоставляют гарантии на условиях, аналогичных условиям Всемирного банка.

a) Частичные гарантии от рисков

60. Частичная гарантия от рисков охватывает конкретно указанные риски, возникающие в результате неисполнения государственных договорных обязательств или вследствие некоторых политических форс-мажорных событий. Такие гарантии обеспечивают платеж в случае отказа от обслуживания задолженности, явившегося результатом неисполнения договорных обязательств, взятых на себя правительствами или их ведомствами. Они могут охватывать различные виды неисполнения, такие как отказ от поддержания согласованной регуляционной основы, включая тарифные формулы; отказ обеспечивать вводимые ресурсы, такие как топливо, поставляемое какой-либо частной электроэнергетической компании; отказ оплатить готовую продукцию, например, электроэнергию, закупленную каким-либо правительственным предприятием коммунального обслуживания у электроэнергетической компании, или же водные ресурсы, приобретенные какой-либо местной коммунальной

компанией водоснабжения; отказ выплатить компенсацию за задержки или перерывы в осуществлении проекта, вызванные действиями правительства или политическими событиями; процедурные задержки и неблагоприятные изменения в законодательстве или постановлениях, касающихся валютного контроля.

61. Когда многосторонние кредитные учреждения участвуют в финансировании какого-либо проекта, они иногда оказывают поддержку в форме отказа от какого-либо ресурса, которым они в ином случае располагали бы, в пользу проектной компании в случае, если неисполнение обязательств вызвано событиями, обусловленными политическими рисками. Например, многостороннее кредитное учреждение, принимающее гарантию завершения строительства от проектной компании, может согласиться с тем, что оно не будет в состоянии обеспечить реализацию такой гарантии, если причина, по которой строительство не будет завершено, обусловливалась политическим риском.

b) Частичные кредитные гарантии

62. Частичные кредитные гарантии предоставляются заемщикам из частного сектора при наличии встречной гарантии правительства. Они призваны охватить ту часть финансирования, сроки погашения которой являются более длительными, чем обычный срок возвращения кредитов, предоставленных частными кредиторами. Такие гарантии, как правило, используются в отношении проектов, осуществляемых с участием частного сектора, для финансовой жизнеспособности которых необходимы средства, предоставленные на долгосрочной основе. Частичная кредитная гарантия обычно продлевает сроки возвращения кредитов и охватывает все случаи неплатежа конкретно указанной части задолженности.

2. Гарантии, предоставляемые Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям

63. Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям (МИГА) предлагает долгосрочный страховой охват политических рисков в отношении новых инвестиций, происходящих из любого государства-члена и предназначенных для любого развивающегося государства-члена, кроме государства происхождения инвестиций. Такое страхование может также распространяться на новые инвестиционные взносы, связанные с расширением, модернизацией или финансовой реструктуризацией существующих проектов, равно как и на приобретения, сопряженные с приватизацией государственных предприятий. Страхуемые формы иностранных инвестиций включают акционерный капитал, кредиты акционеров и кредитные гарантии, выдаваемые акционерами, при условии, что кредиты и кредитные гарантии рассчитаны на срок по меньшей мере три года. Могут быть также застрахованы кредиты, предоставляемые другим заемщикам, при условии одновременного страхования инвестиций акционеров в проекты. Другими формами инвестиций, которые могут быть застрахованы, являются договоры о технической помощи и управлении, а также соглашения о франшизинге и лицензировании при условии, что срок их действия составляет по меньшей мере три года, а вознаграждение инвестора увязано с эксплуатационными результатами проекта. МИГА осуществляет страхование от следующих рисков: ограничения на переводы иностранной валюты, экспроприация, нарушение договора, военные действия и гражданские беспорядки.

a) Ограничения на перевод валюты

64. Цель гарантий перевода иностранной валюты, предоставляемых МИГА, является аналогичной цели государственных гарантий конвертируемости в иностранную валюту, которые могут быть предоставлены правительством принимающей страны (см. пункт 44). Эта гарантия обеспечивает защиту от убытков, возникающих вследствие неспособности инвесторов конвертировать местную валюту (капитал, проценты, сумма долга, прибыль, гонорары и другие переводы денежных средств) в иностранную валюту для перевода за пределы принимающей страны. Такой страховой охват защищает от чрезмерных задержек в приобретении иностранной валюты, вызванных действием или бездействием правительства принимающей страны, неблагоприятными изменениями в законодательстве или правилах, касающихся валютного контроля, и ухудшением условий, регулирующих конвертируемость и перевод местной валюты. Девальвация валюты не охватывается. По получении заблокированной местной валюты от инвестора МИГА выплачивает компенсацию в валюте, предусмотренной его гарантийным договором.

b) Экспроприация

65. Эта гарантия защищает от потери застрахованных инвестиций в результате действий правительства принимающей страны, которые могут ослабить или ликвидировать право собственности на застрахованные инвестиции, контроль в отношении таких инвестиций или иные имущественные права в них. Помимо прямой национализации и конфискации, охватывается также "ползучая" экспроприация, т.е. ряд действий, которые с течением времени приводят к фактической экспроприации. Охват обеспечивается на ограниченной основе в отношении частичной экспроприации (например, конфискации средств или материальных активов). Добросовестные, недискриминационные меры, принятые правительством принимающей страны во исполнение законных регулятивных полномочий, не охватываются такой гарантией. В случае полной экспроприации инвестиций в форме акционерного капитала МИГА выплачивает чистую балансовую стоимость застрахованных инвестиций. В случае экспроприации средств МИГА выплачивает застрахованную часть заблокированных средств. В отношении кредитов и кредитных гарантий Агентство осуществляет страхование остальной части суммы долга и любых

накопленных и невыплаченных процентов. Компенсация выплачивается при переуступке Агентству интереса инвестора в экспроприированных инвестициях (например, акции или интерес в кредитном соглашении).

c) Нарушение договора

66. Эта гарантия защищает от убытков, возникающих в связи с нарушением или аннулированием правительством принимающей стороны договора с инвестором. В случае предполагаемого нарушения или аннулирования договора инвестор должен быть в состоянии прибегнуть к механизму урегулирования спора (например, арбитражу) в соответствии с основным договором и получить возмещение ущерба. Если после истечения конкретно указанного срока инвестор не получил платежа или если механизм урегулирования спора не функционирует вследствие действий, предпринятых правительством принимающей страны, то МИГА выплачивает компенсацию.

d) Военные действия и гражданские беспорядки

67. Эта гарантия защищает от убытков, возникающих в результате ущерба, причиненного материальным активам, а также их уничтожения или исчезновения, в результате политически мотивированных военных действий или гражданских беспорядков в принимающей стране, в том числе революции, восстания, государственного переворота, саботажа и терроризма. В отношении инвестиций в форме акционерного капитала МИГА выплачивает долю инвестора в по меньшей мере балансовой стоимости активов и покрывает расходы на их замену и расходы на ремонт поврежденных активов. В отношении кредитов и кредитных гарантий МИГА выплачивает застрахованную часть суммы долга и процентов, не выплаченных вследствие прямого ущерба активам проекта, причиненного военными действиями или гражданскими беспорядками. Охват военных действий и гражданских беспорядков также распространяется на события, которые в течение одногодичного периода приводят к перерыву в проектных операциях, имеющих важное значение для общей финансовой жизнеспособности проекта. Такого рода перерыв в операциях происходит тогда, когда инвестиции считаются полностью утраченными; в этот момент МИГА выплачивает балансовую стоимость всех застрахованных инвестиций в форме акционерного капитала.

E. Гарантии, предоставляемые двусторонними учреждениями

68. Страхование от некоторых политических, коммерческих и финансовых рисков, а также прямых кредитов может быть обеспечено агентствами по кредитованию экспорта. Агентства по кредитованию экспорта, как правило, создаются в ряде стран с целью оказания содействия экспорту товаров или услуг, происходящих из данной страны. Агентства по кредитованию экспорта действуют от имени правительств стран, поставляющих товары и услуги для какого-либо проекта. Большинство агентств по кредитованию экспорта являются членами Международного союза страховщиков кредитов и инвестиций (Бернский союз), основные цели которого включают поощрение международного сотрудничества и содействие созданию благоприятного инвестиционного климата, разработку и поддержание надежных принципов страхования экспортных кредитов, а также установление и поддержание дисциплины с точки зрения кредитов, используемых в международной торговле.

69. Хотя в каждой стране может быть получена поддержка в различных формах, агентства по кредитованию экспорта обычно предлагают два вида страхового охвата:

a) страхование экспортных кредитов. Основная цель страхования экспортных кредитов заключается в гарантировании выплаты продавцу в том случае, когда иностранному покупателю экспортируемых товаров или услуг разрешено отсрочить платеж. Страхование экспортных кредитов может принимать форму механизмов страхования "кредитов поставщику" или "кредитов покупателю". В рамках механизмов кредитов поставщику экспортер и импортер согласовывают коммерческие условия, предусматривающие отсрочку платежа, подтвержденную оборотными документами (например, переводными или простыми векселями), выдаваемыми покупателем. При условии доказательства кредитоспособности экспортер получает страхование у агентства по кредитованию экспорта в своей стране. В рамках механизма кредитов покупателю обязательство покупателя произвести платеж финансируется банком экспортера, который в свою очередь получает страховой охват от агентства по кредитованию экспорта. Экспортные кредиты, как правило, подразделяются на краткосрочные (срок возвращения составляет обычно до двух лет), среднесрочные (обычно от двух до пяти лет) и долгосрочные (свыше пяти лет) кредиты. Официальная поддержка со стороны агентств по кредитованию экспорта может принимать форму "чистого охвата", под которым понимается страхование или гарантии, предоставленные экспортерам или кредитным учреждениям без финансовой поддержки. Официальная поддержка может также принять форму "финансовой поддержки", которая определяется как включающая прямые кредиты зарубежному покупателю, рефинансирование и все формы поддержки процентной ставки;

b) страхование инвестиций. Агентства по кредитованию экспорта могут предложить страховой охват либо непосредственно заемщику, либо экспортеру в связи с определенными политическими и коммерческими рисками. Типичные политические и коммерческие риски включают военные действия, восстание или революцию; экспроприацию, национализацию или реквизицию активов; отказ от конвертируемости валюты и отсутствие запасов иностранной валюты. Страхование инвестиций, обеспечиваемое агентствами по кредитованию экспорта, обычно

защищает инвесторов в какую-либо проектную компанию, созданную за рубежом, от застрахованных рисков, но не саму проектную компанию. Страхование инвестиций может также распространяться на целый ряд политических рисков. Агентства по кредитованию экспорта, которые готовы обеспечить страховой охват таких рисков, как правило, будут требовать предоставления достаточной информации относительно правовой системы принимающей страны.

70. Условия, на которых агентства по кредитованию экспорта государств - членов Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) предлагают поддержку кредитных сделок поставщика и покупателя, должны устанавливаться в соответствии с Механизмом ОЭСР, касающимся руководящих принципов в отношении экспортных кредитов, пользующихся официальной поддержкой (который также называется "консенсусом ОЭСР"). Основная цель этого Механизма заключается в создании приемлемой институциональной основы, позволяющей предотвращать недобросовестную конкуренцию посредством официальной поддержки экспортных кредитов. Во избежание предоставления субсидий, искажающих ситуацию на рынке, Механизм регулирует условия предоставления страховки, гарантий или прямого кредитования при поддержке правительств.

A/CN.9/458/Add.4

Глава III. ВЫБОР КОНЦЕССИОНЕРА

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты
Рекомендации по законодательным вопросам	-
Комментарии к рекомендациям по законодательным вопросам	1-141
A. Общие соображения	1-38
1. Процедуры отбора, рассматриваемые в Руководстве	3-5
2. Общие цели процедур отбора	6-18
3. Характерные особенности процедур отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников	19-30
4. Подготовка к процедурам отбора	31-38
B. Предварительный отбор участников процедур	39-5
1. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора	40-42
2. Критерии предварительного отбора	43-46
3. Вопросы, связанные с участием в процедурах консорциумов	47-48
4. Предварительный отбор и национальные преференции	49-50
5. Частичное возмещение расходов на участие в процедурах отбора	51-52
6. Процедуры предварительного отбора	53-56
C. Процедуры запроса предложений	57-94
1. Этапы процедуры	58-64
2. Содержание окончательного запроса предложений	65-74
3. Разъяснения и изменения	75-76
4. Содержание окончательных предложений	77-82
5. Критерии оценки	83-86
6. Представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений	87-91
7. Заключительные переговоры	92-93
8. Уведомление о выдаче подряда на проект	94
D. Прямые переговоры	95-107
1. Обстоятельства, допускающие проведение прямых переговоров	99-100
2. Меры, направленные на повышение транспарентности при прямых переговорах	101-107
E. Незапрошенные предложения	108-128
1. Программные соображения	110-118
2. Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений	119-128
F. Процедуры обжалования	129-133
G. Отчет о процедурах отбора	134-141

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

Общие соображения (см. пункты 1-30)

1) Принимающая страна, возможно, пожелает установить, что для выбора концессионера должны использоваться конкурентные процедуры, и предусмотреть коррективы, необходимые для учета особых потребностей проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников.

Предварительный отбор участников процедур (см. пункты 39-56)

2) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что все участники процедур должны продемонстрировать, что они обладают профессиональными и техническими квалификационными данными, финансовыми и людскими ресурсами, оборудованием и другими материальными средствами, управленческими возможностями, репутацией и опытом, которые необходимы для выполнения всех этапов проекта, и что они удовлетворяют таким другим квалификационным критериям, которые могут быть установлены действующим в принимающей стране общим законодательством по вопросам закупок;

b) что участники процедур могут создавать консорциумы для представления предложений при условии, что члены консорциумов не должны участвовать, прямо или через дочерние компании, в более чем одном консорциуме;

c) что на этапе оценки применяются любые установленные преференциальные поправки для национальных участников процедур или участников процедур, которые предлагают закупать материалы, услуги и продукцию на местном рынке, и что о таких поправках должно быть объявлено в приглашении к участию в процедурах предварительного отбора;

d) что организация-заказчик может рассмотреть процедуры выплаты компенсации прошедшим предварительный отбор участникам процедур, если реализация проекта не может быть продолжена по причинам вне сферы их контроля, или для частичного покрытия понесенных ими расходов;

e) что организация-заказчик должна готовить краткий список прошедших предварительный отбор участников процедур, которые впоследствии по завершении этапа предварительного отбора будут приглашены представлять предложения.

Одноэтапные и двухэтапные процедуры запроса предложений (см. пункты 57-64)

3) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что по завершении процедур предварительного отбора организация-заказчик должна пригласить прошедших предварительный отбор участников процедур представить окончательные предложения с указанием цены в отношении технических спецификаций или эксплуатационных показателей и договорных условий.

4) Независимо от вышеизложенного, принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что организация-заказчик может использовать двухэтапную процедуру для запроса предложений у прошедших предварительный отбор участников процедур, когда организация-заказчик не имеет возможности сформулировать технические спецификации или эксплуатационные показатели и договорные условия настолько подробно и точно, чтобы можно было сформулировать окончательные предложения.

5) В случае использования двухэтапной процедуры принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что организация-заказчик должна в первую очередь обратиться к прошедшим предварительный отбор участникам процедур с призывом представить предложения, касающиеся широкого круга спецификаций на продукцию проекта и других характеристик проекта, а также предполагаемых условий договора;

b) что организация-заказчик может провести встречу с участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся первоначального запроса предложений, и для проведения обсуждений с любым участником процедур относительного любого аспекта его предложения;

c) что, после проведения подобных обсуждений, организация-заказчик может провести обзор и, в случае необходимости, пересмотреть первоначальные спецификации до рассылки окончательного запроса предложений.

Содержание окончательного запроса предложений (см. пункты 65-74)

6) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что в окончательный запрос предложений должна включаться следующая информация:

a) общая информация, которая может потребоваться участникам процедур для подготовки и представления их предложений;

b) соответствующие технические спецификации и эксплуатационные показатели;

c) предусматриваемые организацией-заказчиком условия договора;

d) критерии оценки предложений, относительное значение, придаваемое каждому из этих критериев, и порядок их применения при оценке предложений.

Разъяснения и изменения (см. пункты 75-76)

7) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что организация-заказчик может - либо по своей собственной инициативе, либо в результате запроса разъяснений каким-либо участником процедур - изменить запрос предложений путем издания добавления в любой момент до истечения окончательного срока представления предложений;

b) что организация-заказчик должна готовить протоколы любых проводимых организацией-заказчиком встреч с участниками процедур, в которые должны включаться любые представленные на встрече запросы в отношении разъяснения запроса предложений, а также ответы на них без указания, от кого поступили эти запросы.

Содержание окончательных предложений (см. пункты 77-82)

8) Принимающая страна, возможно, пожелает установить, что в окончательных предложениях должна содержаться информация, которая требуется согласно запросу предложений, таким образом, который позволит организации-заказчику рассмотреть оперативную осуществимость, техническую обоснованность и экологические последствия проекта; общие затраты по проекту, включая расходы на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, и предлагаемый план финансирования; и предлагаемую тарифную или платежную схему, как это уместно.

Критерии оценки (см. пункты 83-86)

9) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, чтобы критерии оценки технических предложений были направлены на определение эффективности представленного тем или иным участником процедур предложения с точки зрения удовлетворения потребностей организации-заказчика, включая следующие моменты:

a) техническая обоснованность;

b) оперативная осуществимость;

c) обоснованность предлагаемых механизмов финансирования;

d) соблюдение экологических стандартов.

10) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что критерии оценки и сопоставления финансовых предложений могут включать, если это уместно:

a) нынешний стоимостной объем любых предлагаемых видов вознаграждения, платы и иных сборов в течение периода концессии в соответствии с минимальными установленными проектно-конструкторскими и эксплуатационными стандартами;

b) нынешний стоимостной объем предлагаемой схемы амортизационных платежей в связи с возводимым объектом;

c) затраты на проектно-конструкторские и строительные работы; ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, нынешний стоимостной объем капитальных затрат и эксплуатационных затрат;

d) сумма субсидии, ожидаемой от правительства, если это уместно.

Представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений (см. пункты 87-91)

11) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что по получении окончательных предложений организация-заказчик должна удостовериться в том, что они по внешним признакам отвечают формальным требованиям запроса предложений, и должна отклонить заявки, которые будут сочтены неполными или частичными;

b) что организация-заказчик может установить минимальные требования в отношении качественных и технических аспектов, которые должны быть отражены в технических предложениях в соответствии с техническими критериями, изложенными в запросе предложений;

c) что предложения, не достигшие минимального уровня в отношении качественных и технических аспектов, должны рассматриваться в качестве не отвечающих формальным требованиям.

Заключительные переговоры (см. пункты 92-93)

12) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что организация-заказчик должна расставить все отвечающие формальным требованиям предложения в порядке полученных ими оценок на основе критериев, изложенных в запросе предложений, и пригласить к участию в заключительных переговорах по проектному соглашению участника процедур, представившего наиболее выгодное предложение;

b) что наиболее выгодным предложением должно считаться следующее:

i) предложение с указанием самой низкой цены из числа тех предложений, которые превысили минимальный уровень в отношении качественных и технических аспектов, в тех случаях, когда решающим фактором является предлагаемая удельная цена на продукцию проекта; или

ii) предложение с наивысшей совокупной оценкой в отношении как ценовых, так и неценовых критериев оценки. Однако комитет по принятию решения о выдаче подряда должен представить письменное объяснение причин выбора предложения иного, чем предложение с наиболее низкой удельной ценой на продукцию проекта;

c) на заключительных переговорах не могут рассматриваться те условия контракта, которые были определены в окончательном запросе предложений в качестве не подлежащих обсуждению.

Уведомление о выдаче подряда на проект (см. пункт 94)

13) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что организация-заказчик должна обеспечить опубликование уведомления о выдаче подряда на проект;

b) что в этом уведомлении должен указываться концессионер и должны резюмироваться важнейшие условия проектного соглашения.

Прямые переговоры (см. пункты 95-100)

14) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что прямые переговоры могут использоваться только в исключительных обстоятельствах, которые могут включать следующее:

a) случаи, когда существует срочная необходимость в обеспечении непрерывности предоставления какой-либо услуги и проведение процедур конкурентного отбора было бы поэтому практически нецелесообразным, при условии, что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть или они не являлись результатом медлительности со стороны организации-заказчика;

b) случаи, когда речь идет о краткосрочных проектах и когда объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает установленной минимальной суммы;

c) причины, связанные с национальной обороной;

d) случаи, когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника (например, поскольку для ее предоставления требуется использование запатентованной технологии или уникального "ноу-хау");

e) отсутствие квалифицированного персонала или надлежащей административной структуры для проведения процедур конкурентного отбора;

f) случаи, когда вышестоящий административный орган принимающей страны разрешает прибегнуть к такому исключению по причинам публичных интересов.

15) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что прямые переговоры могут, кроме того, проводиться в тех случаях, когда приглашение к процедурам предварительного отбора или запрос предложений были опубликованы, однако никаких заявок или предложений представлено не было или же все предложения были отклонены организацией-заказчиком, и когда, по мнению организации-заказчика, публикация нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект.

Меры, направленные на повышение транспарентности при прямых переговорах (см. пункты 101-107)

16) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что проведение организацией-заказчиком отбора с помощью переговоров должно осуществляться только с санкции вышестоящего органа;

b) что организация-заказчик должна публиковать уведомление о процедурах переговоров и проводить переговоры с настолько широким кругом компаний, которые считаются способными удовлетворить соответствующие потребности, насколько это позволяют обстоятельства;

c) что организация-заказчик должна установить критерии для оценки предложений и определить относительное значение, которое будет придаваться каждому такому критерию, и способ их применения при оценке предложений;

d) что организация-заказчик должна обращаться с предложениями таким образом, чтобы избежать разглашения их содержания конкурирующим участникам процедур;

e) что любые переговоры между организацией-заказчиком и участниками процедур должны носить конфиденциальный характер и ни одна из сторон переговоров не должна разглашать какому-либо другому лицу любую техническую, ценовую или иную рыночную информацию, касающуюся переговоров, без согласия другой стороны;

f) что после завершения переговоров организация-заказчик должна обратиться ко всем участникам, продолжающим участие в процедурах, с запросом представить к оговоренной дате их наилучшую и окончательную оферту в отношении всех аспектов их предложений;

g) что выдача организацией-заказчиком любого подряда должна производиться тому участнику процедур, предложение которого наилучшим образом удовлетворяет потребности организации-заказчика, как это установлено в соответствии с критериями оценки предложений, указанными в приглашении к участию в переговорах, а также в соответствии с относительным значением и способом применения этих критериев, указанными в запросе предложений.

Незапрошенные предложения (см. пункты 108-118)

17) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что в исключительных обстоятельствах организации-заказчику может быть разрешено принимать незапрошенные предложения при условии, что такие предложения не должны касаться какого-либо проекта, в связи с которым процедуры отбора уже были начаты или объявлены организацией-заказчиком.

Процедуры определения приемлемости незапрошенных предложений (см. пункты 122-124)

18) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что организация-заказчик должна обратиться к авторам незапрошенного предложения с запросом представить первоначальное предложение, содержащее информацию, достаточную для того, чтобы позволить организации-заказчику определить, prima facie, соблюдены ли условия для рассмотрения незапрошенных предложений и, в частности, отвечает ли предложенный проект публичным интересам;

b) что после предварительного изучения организация-заказчик должна проинформировать в течение непродолжительного разумного срока соответствующую компанию о том, рассматривается ли предложенный проект в качестве потенциально отвечающего публичным интересам;

c) что в случае, если будет сочтено, что проект отвечает публичным интересам, организация-заказчик должна пригласить предложившую его сторону представить официальное предложение, содержащее информацию, достаточно подробную для того, чтобы позволить организации-заказчику должным образом оценить

концепцию или технологию и определить, отвечают ли они требуемым условиям и могут ли быть успешно применены в масштабах предлагаемого проекта;

d) что предложившая проект сторона должна сохранять правовой титул на всю представленную документацию на протяжении всей процедуры и что эта документация должна быть возвращена ей в случае, если предложение будет отклонено.

Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений, которые не связаны с концепциями или технологией, защищенными правами собственности (см. пункты 125-126)

19) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что организация-заказчик должна начать процедуры конкурентного отбора в соответствии с рекомендациями 3-22, если будет сочтено, что осуществление проекта возможно без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которое сторона, предложившая проект, или ее партнеры обладают исключительными правами, или если предлагаемая концепция или технология в действительности не являются уникальными или новыми;

b) что компания, представившая первоначальное предложение, должна быть приглашена к участию в таких процедурах и что ей могут быть предоставлены льготы за представление предложения.

Процедуры рассмотрения незапрошенных предложений, которые связаны с концепциями или технологиями, защищенными правами собственности (см. пункты 127-128)

20) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть:

a) что организация-заказчик должна использовать соответствующую процедуру для получения сопоставительных элементов в связи с незапрошенным предложением, если, как представляется, новаторские аспекты предложения носят такой характер, что реализация проекта будет невозможной без использования процессов, конструкторских решений, методологий или инженерных концепций, на которые сторона, предложившая проект, или ее партнеры обладают исключительными правами;

b) что организация-заказчик должна опубликовать резюме основных условий предложения с предложением другим заинтересованным сторонам представить альтернативные или сопоставимые предложения в течение определенного разумного срока;

c) что организация-заказчик может проводить прямые переговоры с автором первоначального предложения, если никаких альтернативных предложений не получено, при условии получения санкции того же органа, санкция которого будет обычно требоваться для отбора концессионера организацией-заказчиком путем прямых переговоров;

d) что, если представлены альтернативные предложения, организация-заказчик должна пригласить всех авторов предложений к участию в конкурентных переговорах с целью определения наиболее выгодного предложения по реализации проекта.

Процедуры обжалования (см. пункты 129-133)

21) Принимающая страна, возможно, пожелает установить процедуры, на основании которых участники процедур, которые заявляют о том, что они понесли убытки или ущерб в результате нарушения какой-либо обязанности, возложенной законом на организацию-заказчика, или которые могли понести такие убытки или ущерб, могли обжаловать действия организации-заказчика.

Отчет о процедурах отбора (см. пункты 134-141)

22) Принимающая страна, возможно, пожелает предусмотреть, что организация-заказчик должна вести надлежащую отчетность, в которую будет включаться ключевая информация, касающаяся процедур отбора.

КОММЕНТАРИИ К РЕКОМЕНДАЦИЯМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫМ ВОПРОСАМ

A. Общие соображения

1. В настоящей главе рассматриваются методы и процедуры, которые рекомендуется использовать для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. В соответствии с рекомендациями таких международных организаций, как Всемирный банк[1] и ЮНИДО[2], в Руководстве предпочтение отдается не переговорам с участниками процедур, а процедурам конкурентного отбора, хотя и признается, что с учетом юридических традиций соответствующей страны могут использоваться также и прямые переговоры (более подробно см. пункты 95-98).

2. Процедуры отбора, рекомендуемые в настоящей главе, содержат некоторые элементы основного метода закупок услуг в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг[3] при определенных изменениях, которые необходимы для того, чтобы учесть особые потребности проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников. Описываемый ниже метод представляет собой двухэтапную процедуру, включая этап предварительного отбора. Этот метод в определенной степени допускает проведение переговоров между организацией-заказчиком и участниками процедур в соответствии с четко определенными условиями. При описании процедур, рекомендуемых для отбора концессионера, основное внимание уделяется тем элементам, которые характерны исключительно для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, или имеют к ним особое отношение. В случае необходимости в настоящей главе дается ссылка на положения Типового закона ЮНСИТРАЛ, которые могут mutatis mutandis дополнять описываемую процедуру отбора.

1. Процедуры отбора, рассматриваемые в Руководстве

3. Частные инвестиции в инфраструктуру могут осуществляться в различных формах, каждая из которых требует применения специальных методов отбора концессионера. Для целей рассмотрения возможных методов отбора в отношении проектов в области инфраструктуры, которым посвящено настоящее Руководство, можно выделить три основные формы частных инвестиций в инфраструктуру:

a) Приобретение предприятий общественного пользования. Частный капитал может быть инвестирован в публичную инфраструктуру путем приобретения физических активов или акций предприятий общественного пользования. Такие сделки обычно осуществляются в соответствии с правилами, регулирующими процедуры заключения договоров на реализацию государственной собственности. Во многих странах для продажи акций предприятий общественного пользования требуется предварительное разрешение в законодательном порядке. Методы реализации часто включают предложение акций на рынке ценных бумаг или проведение конкурентных процедур, например аукционов или приглашений принять участие в торгах, в результате чего имущество передается стороне, обладающей необходимыми квалификационными данными и предложившей наиболее высокую цену;

b) Предоставление общедоступных услуг без развития инфраструктуры. В рамках других категорий проектов все необходимое оборудование принадлежит поставщикам услуг и эксплуатируется ими, и в некоторых случаях они конкурируют с другими поставщиками на рынке соответствующих услуг. В некоторых национальных законах предусмотрены специальные процедуры, в соответствии с которыми государство может разрешить частному предприятию предоставлять общедоступные услуги на основании исключительной или неисключительной "лицензии". Лицензии могут предлагаться в рамках публичных процедур заинтересованным сторонам, которые удовлетворяют квалификационным требованиям, определенным в законе или установленным лицензионным органом. В некоторых случаях лицензионные процедуры предусматривают проведение публичных аукционов для заинтересованных сторон, обладающих необходимыми квалификационными данными;

c) Сооружение и эксплуатация объектов публичной инфраструктуры. В рамках проектов по строительству и эксплуатации объектов публичной инфраструктуры частные предприятия привлекаются как для осуществления работ, так и для предоставления услуг населению. Процедуры, регулирующие процесс заключения договоров, в некоторых отношениях аналогичны процедурам, которые применяются при публичных закупках работ и услуг. Национальные законы предусматривают возможность применения самых разнообразных методов для публичных закупок, от регламентированных конкурентных методов, таких, как процедуры торгов, до менее регламентированных переговоров с потенциальными поставщиками.

---

[1]International Bank for Reconstruction and Development, Procurement under IBRD and IDA Loans, 1996, para. 3.13(a).

[2]UNIDO BOT Guidelines, p. 96.

[3]Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (именуемый далее "Типовой закон ЮНСИТРАЛ") и прилагаемое к нему Руководство по принятию были приняты Комиссией на ее двадцать седьмой сессии (Нью-Йорк, 31 мая - 17 июня 1994 года).

4. В настоящей главе главным образом рассматриваются процедуры отбора, которые можно применять в отношении проектов в области инфраструктуры, связанных с обязательством выбранного частного предприятия обеспечить сооружение, ремонт или расширение соответствующей инфраструктуры в целях ее последующей эксплуатации на частной основе (т.е. проектов, упомянутых в пункте 3(c) выше). Методы реализации государственной собственности для целей приватизации или же процедуры предоставления лицензий поставщикам общедоступных услуг специально не рассматриваются.

5. В то же время следует отметить, что некоторые проекты в области инфраструктуры могут содержать элементы, характерные для нескольких из упомянутых выше категорий. Так, например, приобретение приватизированного предприятия общественного пользования (например, компании, обеспечивающей водоснабжение) может сочетаться с обязательством осуществить значительные инвестиции в новую инфраструктуру (например, расширение сети водоснабжения). В таких ситуациях важно определить основной элемент проекта (например, приватизация или сооружение новой инфраструктуры) в целях выбора соответствующей процедуры отбора, которая впоследствии может быть приспособлена для учета основных соответствующих обязательств, которые, как ожидается, возьмет на себя концессионер. Поэтому некоторые соображения, упомянутые в настоящей главе, могут также относиться mutatis mutandis к реализации государственной собственности или процедурам лицензирования, которые связаны с определенным обязательством нового концессионера или обладателя лицензии осуществить работы, касающиеся инфраструктуры.

2. Общие цели процедур отбора

6. Для заключения договоров на проекты в области инфраструктуры организация-заказчик может либо применить методы и процедуры, которые уже предусмотрены в законах принимающей страны, либо разработать процедуры, специально предназначенные для этой цели. В любом случае важно обеспечить, чтобы такие процедуры в целом способствовали достижению основополагающих целей правил, определяющих порядок выдачи публичных подрядов. Эти цели кратко рассматриваются ниже.

a) Экономия и эффективность

7. В связи с проектами в области инфраструктуры экономия означает выбор такого концессионера, который способен выполнить работы и обеспечить услуги желаемого качества по наиболее выгодной цене и на наиболее выгодных договорных условиях. Достижению такой экономии способствуют процедуры, которые обеспечивают благоприятные условия для участия компетентных компаний в процессе отбора и которые создают стимулы для того, чтобы они предлагали свои наиболее выгодные условия.

8. В большинстве случаев экономия лучше всего достигается с помощью процедур, которые содействуют конкуренции между их участниками. Наличие конкуренции побуждает участников процедур предлагать свои наиболее выгодные условия, а также может содействовать применению наиболее эффективных и прогрессивных технологий или производственных методов для обеспечения таких условий. Следует, однако, отметить, что для обеспечения конкуренции отнюдь не обязательно, чтобы в соответствующем процессе отбора участвовало большое число компаний. Прежде всего это относится к крупным проектам, когда у организации-заказчика могут иметься причины для ограничения числа участников процедур до приемлемого уровня (см. пункты 19-20). При условии наличия надлежащих процедур организация-заказчик может реализовать преимущества конкуренции даже в том случае, если конкурентная база является ограниченной.

9. Кроме того, достижению экономии может часто содействовать участие в процедурах отбора иностранных компаний. Участие иностранных компаний не только содействует расширению конкурентной базы, но может способствовать также тому, что организация-заказчик или ее страна смогут приобрести технологии, которых не имеется на местном рынке. Участие иностранных компаний в процедурах отбора может оказаться необходимым в том случае, если не существует национальной компании с такой специализацией, которая требуется организации-заказчику. Стране, желающей реализовать преимущества участия иностранных компаний, следует обеспечить, чтобы такому участию способствовали соответствующие законы и процедуры.

10. Эффективность означает выбор концессионера в течение разумного срока, при минимальном административном бремени и при разумных расходах как для организации-заказчика, так и для участников процедур. Помимо потерь, которые может понести сама организация-заказчик вследствие неэффективных процедур отбора (например, в результате задержек или высоких административных затрат), чрезмерно дорогостоящие и обременительные процедуры могут привести к повышению общей стоимости проекта или даже побудить компетентные компании полностью отказаться от участия в процедурах отбора.

b) Обеспечение объективности процесса отбора и доверия к нему

11. Другой важной целью правил, регулирующих отбор концессионера, является обеспечение объективности всего процесса и доверия к этому процессу. Так, например, надлежащая система отбора обычно должна содержать положения, призванные обеспечить справедливый режим в отношении участников процедур, сократить или ограничить вероятность непреднамеренных или преднамеренных злоупотреблений в процессе отбора со стороны лиц, осуществляющих руководство этим процессом, или со стороны участвующих в нем компаний, а также обеспечить принятие решений об отборе на надлежащей основе.

12. Меры по обеспечению объективности процесса отбора будут способствовать повышению общественного доверия к этому процессу и к публичному сектору в целом. Участники процедур будут, как правило, стремиться не тратить времени и в некоторых случаях значительных денежных сумм для участия в процедурах отбора до тех пор, пока они не будут уверены в том, что к ним будет проявляться беспристрастное отношение и что вероятность принятия их предложений или оферт является вполне реальной. Те, кто участвует в процедурах отбора, к которым они не испытывают такого доверия, как правило, стремятся увеличить стоимость проекта для покрытия высоких рисков и расходов на участие. Меры, обеспечивающие проведение процедур отбора на надлежащей основе, могут способствовать смягчению или устранению такой тенденции и содействовать достижению более благоприятных условий для организации-заказчика.

13. В принимающей стране должна быть создана общая эффективная система санкций, в том числе уголовного характера, принимаемых в целях борьбы с коррупцией правительственных должностных лиц, в том числе сотрудников организаций, выдающих подряды, а также с коррупцией среди участников процедур, и действие такой системы должно распространяться также на процесс отбора. Необходимо также принять меры к недопущению коллизии интересов, предусмотрев, например, требование о том, что должностные лица организации-заказчика, их супруги, родственники и иные связанные с ними лица должны воздерживаться от участия в финансовом или акционерном капитале компании, участвующей в процессе отбора, или что они не должны принимать предложения о выполнении функций директора или сотрудника такой компании. Кроме того, в законодательстве, регулирующем процедуры отбора, должно устанавливаться обязательство организации-заказчика отклонять оферты или предложения, представленные стороной, которая, прямо или косвенно, дает или соглашается дать любому нынешнему или бывшему должностному лицу или служащему организации-заказчика или другого правительственного органа вознаграждение в любой форме, предложение о найме на работу или любую другую ценную вещь или услугу с целью воздействия в связи с процедурами отбора на совершение какого-либо действия, принятие решения или применение какой-либо процедуры организацией-заказчиком. Эти положения могут быть дополнены другими мерами, такими, как требование о том, чтобы все компании, приглашенные к участию в процессе отбора, принимали на себя обязательство не пытаться оказывать ненадлежащего воздействия на решения государственных должностных лиц, участвующих в процессе отбора, и не препятствовать каким-либо иным образом конкуренции путем сговора или других незаконных видов практики (например, речь может идти о заключении так называемого "соглашения о честной борьбе"). Кроме того, в соответствии с процедурами закупок, принятыми некоторыми странами, от участников торгов требуется представление гарантий в том, что ни одному должностному лицу закупающей организации участником торгов не было и не будет предоставляться каких-либо прямых или косвенных льгот, вытекающих из контракта или из решения о выдаче соответствующего подряда. Нарушение этого условия обычно рассматривается в качестве нарушения существенного условия договора.

14. Важным вспомогательным средством, позволяющим достичь целей экономичности, эффективности, объективности и транспарентности, является наличие административных и судебных процедур для обжалования решений, принимаемых органами, участвующими в процедурах отбора (см. пункты 129-133).

15. Укреплению доверия инвесторов может также способствовать наличие надлежащих положений, направленных на охрану конфиденциальности защищенной правами собственности информации, которую они представляют в ходе процедур отбора. Такие положения должны предусматривать достаточные гарантии того, что организация-заказчик будет рассматривать предложения таким образом, чтобы избежать разглашения их содержания конкурирующим участникам процедур; что любые обсуждения или переговоры будут носить конфиденциальный характер; и что коммерческая или иная информация, которую участники процедур могут включить в свои предложения, не будет раскрыта их конкурентам.

c) Транспарентность законов и процедур

16. Транспарентность законов и процедур, регулирующих отбор концессионера, будет способствовать достижению различных упомянутых выше программных целей. Транспарентными являются такие законы, в которых правила и процедуры, подлежащие соблюдению организацией-заказчиком и участниками процедур, полностью раскрыты, не являются излишне сложными и изложены в систематизированном и доступном порядке. Процедуры являются

транспарентными в том случае, когда их участники имеют возможность определить, какие процедуры используются организацией-заказчиком и на какой основе она принимает соответствующие решения.

17. Одним из наиболее эффективных методов повышения транспарентности и подотчетности является включение положений, содержащих требование о том, что организация-заказчик обязана вести отчет о процедурах отбора (см. пункты 134-141). Отчет, в котором кратко излагается ключевая информация, касающаяся таких процедур, облегчает осуществление права на обжалование участником, интересы которого нарушены. Это, в свою очередь, будет способствовать тому, что правовые нормы, регулирующие процедуры отбора, будут в максимально возможной степени автономными с точки зрения обеспечения их соблюдения и неукоснительного применения. Кроме того, наличие в законодательстве соответствующих требований в отношении отчетности облегчит работу правительственных органов, выполняющих функции по ревизии или контролю, а также будет обеспечивать подотчетность организаций-заказчиков обществу в целом в отношении выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры.

18. Транспарентные законы и процедуры способствуют повышению предсказуемости, что позволяет участникам процедур оценить расходы и риски своего участия в процессе отбора и, следовательно, предложить наиболее выгодные условия. Они способствуют также устранению возможности принятия организацией-заказчиком или ее должностными лицами произвольных или необоснованных мер или решений и таким образом содействуют повышению доверия к процессу отбора. Особое значение транспарентность законов и процедур имеет в случае стремления привлечь иностранных участников, поскольку иностранные компании могут быть незнакомы с практикой выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры в соответствующей стране.

3. Характерные особенности процедур отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников

19. Как правило, экономия в процессе выдачи публичных подрядов может быть лучше всего достигнута с помощью применения методов, которые способствуют развитию конкуренции среди участников процедур в рамках четко регламентированных формальных процедур. Для осуществления закупок товаров (работ) в обычных обстоятельствах национальные законы, как правило, предусматривают применение таких процедур конкурентного отбора, как торги.

20. В рамках процедур конкурентного отбора организация-заказчик, как правило, предлагает ряду компаний представить предложения, которые должны быть сформулированы на основе технических спецификаций и договорных условий, указанных организацией-заказчиком в документации, которую она предоставляет участникам процедур. После этого проводится рассмотрение, оценка и сопоставление предложений, а также принимается решение о том, какое предложение будет акцептовано, в соответствии с основными объективными критериями и процедурами, изложенными в законодательстве о закупках и в тендерной документации. Процедуры конкурентного отбора считаются "открытыми", когда организация-заказчик запрашивает предложения путем распространения на широкой основе приглашения принять участие в торгах, адресованного всем компаниям, желающим принять участие в таких процедурах. Процедуры считаются "ограниченными", когда организация-заказчик запрашивает предложения только у определенных выбранных ею компаний.

21. Формальные процедуры, а также объективность и предсказуемость, характерные для процедур конкурентного отбора, как правило создают оптимальные условия для обеспечения конкуренции, транспарентности и эффективности. Так, использование процедур конкурентного отбора для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, рекомендовано ЮНИДО, которая сформулировала подробное практическое руководство о том, каким образом следует организовывать такие процедуры[4]. Правила в отношении закупок по кредитам, предоставляемым Всемирным банком, также рекомендуют использовать процедуры конкурентного отбора и предусматривают, что концессионер, отобранный в соответствии с процедурами торгов, приемлемыми для Всемирного банка, обычно имеет право применять свои собственные процедуры для выдачи подрядов, необходимых для осуществления проекта. Тем не менее, если концессионер не был выбран в соответствии с такими конкурентными процедурами, выдача субподрядов осуществляется в соответствии с конкурентными процедурами, приемлемыми для Всемирного банка[5].

22. Следует, тем не менее, отметить, что до последнего времени не было разработано какого-либо международного типового законодательства, специально предназначенного для регламентирования процедур конкурентного отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников. С другой стороны, положения национального законодательства, касающиеся конкурентных процедур для закупок товаров (работ) или услуг, могут оказаться неполностью приемлемыми для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из

---

[4]UNIDO BOT Guidelines, p. 96.

[5]International Bank for Reconstruction and Development, Procurement under IBRD and IDA Loans, 1996, para. 3.13(a).

частных источников. Так, международный опыт в области выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, показал, что традиционным формам процедур конкурентного отбора, например проведению торгов, присущи определенные ограничения. С учетом особых вопросов, которые возникают в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, и которые кратко рассматриваются ниже, правительствам целесообразно рассмотреть вопрос об адаптации таких процедур для выбора концессионера.

a) Круг потенциальных участников процедур

23. В рамках традиционных правительственных закупок достижение максимальной экономии, как правило, обеспечивается за счет содействия как можно более широкой конкуренции между участниками процедур. В некоторых случаях сразу же публикуется приглашение принять участие в торгах без проведения процедур предварительного отбора. В тех случаях, когда требуется проведение предварительного отбора, такой отбор иногда ограничивается только проверкой соответствия ряду формальных требований (например, профессиональная квалификация или правоспособность участников торгов).

24. В свою очередь выдача подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, сопряжена со сложными, длительными и дорогостоящими процедурами. Кроме того, значительные масштабы большинства проектов в области инфраструктуры снижают вероятность получения предложений от большого количества достаточно квалифицированных участников процедур. Следует также отметить, что компетентные участники процедур могут быть не заинтересованы в участии в процедурах закупок по дорогостоящим проектам, если круг потенциальных конкурентов излишне широк и если существует опасность того, что они вынуждены будут конкурировать с нереалистичными предложениями или предложениями, представленными неквалифицированными участниками. Поэтому для выдачи подряда на проекты в области инфраструктуры обычно не рекомендуется проводить открытые торги без этапа предварительного отбора.

b) Определение требований к проекту

25. При традиционных публичных закупках работ правительство, как правило, выступает в роли распорядителя или нанимателя, а выбранный подрядчик выполняет функции исполнителя работ. Основное внимание в рамках процедур закупок уделяется исходным ресурсам, которые будут предоставлены подрядчиком, т.е. организация-заказчик четко определяет, что, каким образом и при помощи каких средств должно быть построено. Поэтому приглашения принять участие в торгах на осуществление работ, как правило, сопровождаются обширными и весьма подробными техническими спецификациями в отношении закупаемых категорий работ и услуг. В таких случаях организация-заказчик будет нести ответственность за составление надлежащих спецификаций, соответствующих тому типу инфраструктуры, которую планируется соорудить, а также за обеспечение возможностей для эффективной эксплуатации такой инфраструктуры. В рамках некоторых проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик может пожелать разработать четкие спецификации в отношении работ, которые будут выполняться, или в отношении технических средств для предоставления соответствующих услуг (т.е. в отношении "вводимых ресурсов", которые должен обеспечить концессионер). Такой вариант действий выбирается, в частности, применительно к проектам, связанным с сооружением новой инфраструктуры, которая должна находиться в постоянной собственности правительства и которая предназначается для общедоступного публичного использования (например, дороги, туннели, мосты). В подобных случаях организация-заказчик может счесть, что существует необходимость в обеспечении более жесткой степени контроля в отношении проектно-конструкторских аспектов и технических спецификаций, чем в случае объектов, находящихся в частной собственности, в целом закрытых для публичного использования и доступных только для концессионера (например, частная электростанция).

26. Тем не менее для многих проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик может предусматривать иное распределение ответственности между публичным и частным секторами. Одна из причин, обусловливающих содействие участию частного сектора в развитии инфраструктуры, может заключаться в стремлении освободить организацию-заказчика от непосредственной ответственности за выполнение функций, которые могут эффективно осуществляться частным сектором. В подобных случаях после определения потребностей в какой-либо области инфраструктуры организация-заказчик может отдать предпочтение такому варианту, при котором ответственность за выработку наилучшего решения для удовлетворения соответствующих нужд будет передана частному сектору при условии соблюдения определенных требований, которые могут быть установлены организацией-заказчиком (например, требований, связанных с вопросами регулирования, производственных характеристик и безопасности, а также требований, касающихся представления достаточных доказательств того, что предложенные технические решения являются опробованными и что они удовлетворяют международно признанным стандартам в области безопасности и в других областях). Так, в рамках процедуры отбора, применяемой организацией-заказчиком, больше внимания может уделяться ожидаемой отдаче объекта (т.е. тем услугам или товарам, которые будут предоставляться или производиться), а не техническим

спецификациям в отношении работ, которые должны быть выполнены, или же средств, которые должны быть использованы для предоставления таких услуг. Хотя ответственность перед обществом за качество работ и услуг в конечном счете будет нести правительство, возможные риски, например риски, связанные с использованием недостаточно эффективных технических решений, будет нести частный сектор.

c) Критерии оценки

27. Товары, работы или услуги обычно закупаются правительствами за счет средств, источником которых являются утвержденные бюджетные ассигнования. Поскольку источники финансирования обычно являются достаточно надежными, основная цель закупающей организации состоит в том, чтобы получить за расходуемые средства продукцию наилучшего качества. Поэтому при таких видах закупок решающим фактором при определении наилучшего предложения из числа отвечающих формальным требованиям и технически приемлемых предложений зачастую является предлагаемая общая цена строительных работ, которая рассчитывается на основе стоимости строительства и других понесенных подрядчиком расходов плюс определенная норма прибыли.

28. В свою очередь проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, должны быть автономными в финансовом отношении, т.е. расходы на создание и эксплуатацию должны покрываться за счет собственных доходов проекта. Это обстоятельство наряду с крупными масштабами большинства проектов в области инфраструктуры существенно усложняет задачу оценки предложений по сравнению с более традиционными формами закупок. Поэтому помимо затрат на строительство и эксплуатацию, а также цены, которую должны будут оплачивать пользователи, потребуется принять во внимание целый ряд других факторов. Так, например, организации-заказчику необходимо будет тщательно рассмотреть вопрос о финансовой и коммерческой осуществимости проекта, обоснованности механизмов финансирования, предлагаемых участниками процедур, а также надежности используемых технических решений. Заинтересованность в проведении такого анализа будет существовать даже в том случае, если не предусматривается никаких правительственных гарантий или платежей, поскольку незавершенные проекты или проекты со значительным перерасходом сметы или более высокими, чем ожидалось, эксплуатационными расходами, часто оказывают негативное воздействие на общие показатели обеспеченности необходимыми услугами и на общественное мнение в принимающей стране. Организация-заказчик будет также стремиться к тому, чтобы сформулировать такие квалификационные критерии и критерии оценки, в соответствии с которыми должное значение будет придаваться необходимости обеспечения непрерывного характера предоставления соответствующей общедоступной услуги, а также надлежащего открытого доступа к ней. Кроме того, учитывая, как правило, весьма длительные сроки концессий на инфраструктуру, организации-заказчику необходимо будет удостовериться в надежности и приемлемости механизмов, предлагаемых для этапа эксплуатации, а также тщательно оценить элементы предложений, касающиеся услуг (см. пункты 83-86).

d) Переговоры с участниками процедур

29. Законы и правила, регулирующие процедуры торгов, часто запрещают проведение переговоров между организацией-заказчиком и подрядчиками относительно представленных ими предложений. Причина этого строгого запрета, который устанавливается также в статье 35 Типового закона ЮНСИТРАЛ, состоит в том, что результатом таких переговоров может стать проведение своего рода "аукциона", в рамках которого предложение одного подрядчика может быть использовано для оказания давления на другого подрядчика, с тем чтобы он предложил более низкую цену или представил в другом отношении более благоприятное предложение. Вследствие такого строгого запрета подрядчики, отобранные для поставок товаров или услуг в соответствии с традиционными процедурами закупок, обычно обязаны подписать стандартный договор, который представляется им в ходе процедур закупок.

30. В случае выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, существует иная ситуация. С учетом сложности таких проектов и продолжительности их осуществления представляется маловероятным, что организации-заказчику и отобранному участнику процедур удастся согласовать условия проекта проектного соглашения без переговоров и коррективов, позволяющих привести такие условия в соответствие с конкретными нуждами проекта. Это особенно верно в случае проектов, связанных с созданием новой инфраструктуры, когда заключительные переговоры по финансовым и обеспечительным механизмам проводятся только после выбора концессионера. В то же время важно обеспечить, чтобы такие переговоры были транспарентными и чтобы в их результате не изменялись базовые аспекты, на основании которых проводились конкурентные процедуры (см. пункты 92-93).

4. Подготовка к процедурам отбора

31. Выдача подряда на проект в области инфраструктуры, финансируемый из частных источников, в большинстве случаев оказывается сложным мероприятием, требующим тщательного планирования и координации усилий всех участвующих департаментов. Благодаря обеспечению надлежащей административной и кадровой поддержки для

осуществления соответствующих процедур отбора правительство играет принципиально важную роль в содействии обеспечению доверия к процессу отбора.

a) Назначение комитета, принимающего решения о выдаче подряда

32. Одной из важных подготовительных мер является назначение комитета, который будет нести ответственность за оценку предложений и выработку рекомендаций относительно выдачи подряда для организации-заказчика. Назначение квалифицированных и беспристрастных членов в состав отборочного комитета не только является обязательным условием эффективной оценки предложений, но может также содействовать дальнейшему повышению доверия участников торгов к процессу отбора.

33. Другая важная подготовительная мера заключается в назначении независимых консультантов, которые будут оказывать помощь организации-заказчику в процедурах отбора. На этом первоначальном этапе организации-заказчику, возможно, потребуется привлечь услуги независимых экспертов или консультантов для оказания помощи в установлении надлежащих квалификационных критериев и критериев оценки, в определении эксплуатационных показателей (и, если это необходимо, технических спецификаций) и в подготовке документации, которая должна быть предоставлена участникам процедур. Может также возникнуть необходимость в консультативных услугах для оказания помощи организации-заказчику в оценке предложений, а также в составлении проекта проектного соглашения и в проведении переговоров по нему на заключительных этапах оформления сделки. Консультанты могут оказать особую помощь в решении самых разнообразных технических вопросов, по которым в аппарате страны пребывания может и не иметься необходимых специалистов, в частности, в том, что касается рекомендаций по инженерно-техническим вопросам (например, по технической оценке проекта или сооружения, технических требований для включения в договор); экологических консультаций (например, по экологической оценке, эксплуатационным требованиям); или финансовых рекомендаций (например, по финансовым прогнозам, анализу источников финансирования, оценке надлежащего соотношения между заемным и акционерным капиталом, оформлению документов, содержащих финансовую информацию).

b) Технико-экономические обоснования и другие исследования

34. Как уже отмечалось (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункт __), одним из первых шагов, предпринимаемых правительством в связи с предлагаемым проектом в области инфраструктуры, является проведение предварительной оценки его осуществимости, включая анализ таких экономических и финансовых аспектов, как ожидаемые экономические выгоды проекта, сметная стоимость и потенциальные доходы, которые, как предполагается, можно будет получать в результате эксплуатации объекта инфраструктуры. Вариант создания объекта инфраструктуры в качестве проекта, финансируемого из частных источников, требует наличия позитивного заключения относительно осуществимости и финансовой жизнеспособности проекта. В рамках технико-экономического обоснования проекта организация-заказчик также, как правило, должна будет проводить оценку его экологического воздействия. В ряде стран было сочтено целесообразным привлечь определенные общественные организации к предварительной оценке экологического воздействия проекта и различных вариантов сведения такого воздействия к минимуму.

35. До начала процедур, в результате которых производится отбор будущего концессионера, организации-заказчику рекомендуется проанализировать и при необходимости расширить такие первоначальные исследования. В некоторых странах организациям-заказчикам рекомендуется сформулировать типовые проекты для справочных целей (обычно на основе сочетания показателей сметной стоимости капитальных инвестиций, эксплуатационных затрат и расходов на обслуживание), прежде чем предлагать частному сектору представить свои предложения. Цель таких типовых проектов состоит в том, чтобы продемонстрировать рентабельность коммерческой эксплуатации объекта инфраструктуры, а также финансовую осуществимость проекта с точки зрения общего объема инвестиционных затрат и его стоимости для населения. Они обеспечивают также для организации-заказчика весьма полезный инструмент, при помощи которого можно проводить сопоставление и оценку предложений. Наличие информации, подтверждающей, что организация-заказчик тщательно рассмотрела технические, экономические и финансовые аспекты проекта, а также проанализировала предлагаемую роль частного сектора, будет содействовать дальнейшему повышению доверия участников процедур.

c) Подготовка документации

36. Процедуры отбора для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, как правило, предполагают подготовку обширной документации, включая проектный план, документацию для предварительного отбора, запрос предложений, инструкции в отношении подготовки предложений и проект проектного соглашения. Качество и ясность документов, распространяемых организацией-заказчиком, играет существенную роль в обеспечении эффективности и транспарентности процедуры отбора.

37. Во многих странах правительства обычно разрабатывают стандартные формы договора и общие условия договора, которые используются при выдаче публичных подрядов. В некоторых странах для различных секторов инфраструктуры могут существовать весьма подробные стандартные договоры. Стандартная документация, составленная в достаточно четких формулировках, может стать важным элементом, облегчающим проведение переговоров между участниками процедур и потенциальными кредиторами и инвесторами. Кроме того, такая документация может способствовать обеспечению последовательности при решении вопросов, характерных для большинства проектов в соответствующем секторе.

38. Тем не менее при использовании стандартных договорных условий рекомендуется принимать во внимание возможность того, что в связи с конкретным проектом могут возникнуть вопросы, которые не были учтены при подготовке стандартного документа, или что проект может потребовать особых решений, которые могут отличаться от стандартных условий. Если участникам процедур в ходе процесса отбора предоставлена стандартная договорная документация, то свобода усмотрения организации-заказчика при ведении переговоров с отобранными участниками относительно условий проектного соглашения может быть ограничена. Следует тщательно рассмотреть вопрос о необходимости достижения надлежащего баланса между уровнем желаемого единообразия для проектных соглашений конкретного типа и возможностями для проявления гибкости, которые могут потребоваться для отыскания решений, учитывающих потребности конкретных проектов.

B. Предварительный отбор участников процедур

39. Учитывая сложность проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, организация-заказчик, возможно, пожелает ограничить количество участников процедур, от которых впоследствии будут запрашиваться предложения, только теми участниками, которые удовлетворяют определенным квалификационным критериям. При традиционных правительственных закупках процедуры предварительного отбора могут состоять в проверке удовлетворения определенным формальным требованиям, например, может требоваться представление надлежащих доказательств технических возможностей или предыдущего опыта участия в соответствующей категории закупок, причем все участники торгов, удовлетворяющие критериям предварительного отбора, автоматически допускаются к этапу торгов. Процедуры предварительного отбора в связи с проектами в области инфраструктуры, финансируемыми из частных источников, могут, в свою очередь, включать элементы оценки и отбора. Таким образом, они не являются в такой же степени автоматическими, как это характерно для процедур предварительного отбора, обычно применяемыми в связи с закупками товаров или услуг. Например, могут иметь место случаи, когда организация-заказчик составляет список прошедших предварительный отбор участников процедур в соответствии с полученными ими оценками (см. пункт 55).

1. Приглашение к участию в процедурах предварительного отбора

40. В целях содействия транспарентности и конкуренции рекомендуется публиковать приглашение к участию в предварительном отборе таким образом, чтобы оно нашло достаточно широкий отклик для обеспечения эффективного уровня конкуренции. Законы многих стран определяют публикации, обычно официальную газету или другие официальные издания, в которых должны публиковаться приглашения к предварительному отбору. С целью содействия участию иностранных компаний, а также обеспечение максимальной конкуренции, организация/заказчик, возможно, пожелает публиковать приглашения к предварительному отбору на одном из языков, обычно используемых в международной торговле, в газете, имеющей широкое международное распространение, или в соответствующем специализированном издании, или техническом или профессиональном журнале, имеющем широкое международное распространение.

41. Документация для предварительного отбора должна содержать достаточную информацию, которая позволит участникам процедур установить, соответствуют ли работы и услуги, требующиеся для проекта, тому типу, который они в состоянии предоставить, и, в случае приемлемости, каким образом они могут участвовать в процедурах отбора. В приглашении к участию в процедурах предварительного отбора помимо указания инфраструктуры, которую необходимо соорудить или модернизировать, должна содержаться информация по другим существенным элементам проекта, таким, как услуги, которые будут предоставляться концессионером, финансовые механизмы, которые предполагает использовать организация-заказчик (например, будет ли проект полностью финансироваться за счет платежей или отчислений пользователей или же могут быть предоставлены публичные средства в качестве прямых платежей, ссуд или гарантий), и, если это уже известно, краткое изложение основных условий проектного соглашения, которое будет заключено в результате процедур отбора.

42. Кроме этого, в приглашение к участию в процедурах предварительного отбора следует включать общую информацию, аналогичную той, которая обычно содержится в документации для предварительного отбора согласно общим нормам, регулирующим публичные закупки (например, инструкции для подготовки и представления заявок на предварительный отбор; любые документальные доказательства или другая информация, которые должны быть

представлены участниками процедур для демонстрации их квалификационных данных; способ, место и окончательный срок для представления заявок).

2. Критерии предварительного отбора

43. Как правило, от участников процедур будет требоваться продемонстрировать, что они обладают необходимыми профессиональными и техническими квалификационными данными, финансовыми и людскими ресурсами, оборудованием и другими материальными возможностями, управленческой компетентностью, надежностью и опытом, которые необходимы для осуществления проекта. Дополнительные критерии, которые могут иметь особенное значение для проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, могут включать способность управлять финансовыми аспектами проекта, а также предыдущий опыт по эксплуатации публичной инфраструктуры или по предоставлению услуг под осуществляемым в порядке регулирования надзором. Квалификационные требования должны охватывать все этапы осуществления проекта в области инфраструктуры, включая, если это необходимо, финансовое управление, инженерно-технические вопросы, строительство, эксплуатацию и обслуживание. Помимо этого, от участников процедур будет требоваться продемонстрировать, что они отвечают таким другим квалификационным критериям, которые обычно применяются согласно общим законам принимающей страны в области закупок (например, что они правомочны заключать проектное соглашение; что они не являются неплатежеспособными, их имущество не находится под судебным контролем, не являются банкротами и не ликвидируются, их делами не распоряжается какой-либо суд или назначенное судом лицо, их коммерческая деятельность не приостановлена, и они не являются объектом производства в связи с упомянутым выше; что они выполнили свои обязательства по уплате налогов и взносов по социальному обеспечению в соответствующем государстве; что они сами или их управляющие или служащие не были осуждены за какое-либо уголовное преступление, связанное с их профессиональной деятельностью или предоставлением ложных заявлений или неверных квалификационных данных с целью заключения договора о закупках в течение определенного срока, предшествующего началу процедур предварительного отбора, или не были иным образом дисквалифицированы на основании административных мер по приостановлению или запрещению деятельности).

44. Организации-заказчику следует определить ту информацию, которая должна быть предоставлена участниками процедур в подтверждение своих квалификационных данных, включая, например, качественные показатели их предыдущей работы в качестве поставщиков общедоступных услуг или операторов инфраструктуры. Такая информация может касаться масштабов и вида проектов, ранее осуществленных участниками процедур; уровня опытности ключевого персонала, который будет привлечен к реализации проекта; достаточных организационных возможностей, включая минимальные уровни строительного и эксплуатационного оборудования, а также оборудования для материально-технического обслуживания. Организации-заказчику следует достаточно подробно оговорить тот способ, которым участники процедур должны продемонстрировать свою способность выполнить требования к финансированию инженерно-технического, строительного и эксплуатационного этапов проекта. Организация-заказчик может запросить представление достаточной информации, подтверждающей способность участников процедур вложить в проект надлежащий акционерный капитал, а также представление достаточных свидетельств от надежных банков, подтверждающих хорошее финансовое состояние участников процедур и обладание ими достаточными ресурсами.

45. Один из важных аспектов, который должен быть рассмотрен организацией-заказчиком, касается взаимосвязи между выдачей подряда на соответствующий конкретный проект и политикой, проводимой правительством в отношении соответствующего сектора (см. "Введение и справочная информация по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников", пункты _____). Если цель состоит в том, чтобы способствовать развитию конкуренции, правительство может быть заинтересовано в том, чтобы на соответствующем рынке или в соответствующем секторе не господствовало какое-либо одно предприятие (например, чтобы количество местных телефонных компаний, действующих на какой-либо конкретной территории и контролируемых одной и той же компанией, не превышало определенного предельного числа). Организация-заказчик может, таким образом, пожелать сохранить за собой возможность отклонить то или иное конкретное предложение, если она установит, что выдача подряда соответствующему участнику процедур может привести к тому нежелательному результату, что соответствующая компания займет доминирующее положение на рынке или что иным образом будет нарушена конкуренция в соответствующем секторе. В целях обеспечения транспарентности целесообразно предусмотреть в законодательстве, что в тех случаях, если организация-заказчик резервирует за собой право отклонить предложение на этих или иных аналогичных основаниях, в приглашение к участию в предварительном отборе должна быть включена надлежащая информация о таких обстоятельствах.

46. Квалификационные требования должны на равных основаниях применяться в отношении всех участников процедур. Организация-заказчик не должна устанавливать каких-либо критериев, требований или процедур в отношении квалификационных данных участников, помимо предусмотренных в документации для предварительного отбора. При рассмотрении профессиональных и технических квалификационных данных участников процедур организация-заказчик должна учитывать индивидуальную специализацию членов консорциума и определять,

являются ли совокупные квалификационные данные членов консорциума достаточными для удовлетворения потребностей всех этапов проекта.

3. Вопросы, связанные с участием в процедурах консорциумов

47. С учетом значительных масштабов большинства проектов в области инфраструктуры заинтересованные компании, как правило, участвуют в процедурах отбора через специально созданные для этих целей консорциумы. Поэтому информация, запрашиваемая у членов консорциума, участвующего в процедурах, должна касаться как консорциума в целом, так и его отдельных участников. Для упрощения контактов с организацией-заказчиком в документации для предварительного отбора, возможно, целесообразно, предложить каждому консорциуму назначить одного из своих членов в качестве координатора по всем видам связи с организацией-заказчиком. Организации-заказчику в целом целесообразно предусмотреть требование о том, чтобы члены консорциума, участвующего в процедурах, представили заверенное под присягой заявление о том, что в случае, если им будет выдан подряд, они будут нести солидарные обязательства по проектному соглашению от имени консорциума. В качестве альтернативы организация-заказчик может зарезервировать за собой право потребовать на более позднем этапе, чтобы члены выбранного консорциума создали независимое юридическое лицо для реализации проекта (более подробно см. главу VI "Проектное соглашение", пункты ____).

48. Кроме того, организации-заказчику рекомендуется тщательно проанализировать состав консорциума и состояние материнских компаний. Может оказаться, что одна компания, прямо или через свои дочерние компании, войдет в состав более чем одного консорциума для представления предложений в отношении одного и того же проекта. Такая ситуация недопустима, поскольку в таком случае возникает опасность утечки информации или сговора между конкурирующими консорциумами, что подрывает доверие к процедурам отбора. Поэтому рекомендуется указать в приглашении к участию в процедурах предварительного отбора, что ни одна компания, прямо или через дочерние компании, не может участвовать более чем в одном консорциуме в рамках одной и той же процедуры отбора. Нарушение такого правила должно приводить к дисквалификации соответствующего консорциума.

4. Предварительный отбор и национальные преференции

49. Законодательство некоторых стран предусматривает возможность определенного преференциального режима для национальных предприятий или же предоставление специального режима участникам процедур, которые обязуются использовать национальные товары или нанимать местную рабочую силу. Такой преференциальный или специальный режим в некоторых случаях предусматривается в качестве существенного квалификационного требования (например, минимальная доля национального участия в консорциуме) или в качестве условия для участия в процедурах отбора (например, назначение местного партнера в качестве лидера консорциума, участвующего в процедурах).

50. Предоставление национальных преференций связано с целым рядом проблем. Во-первых, использование таких преференций не допускается руководящими принципами некоторых международных финансовых учреждений и может не соответствовать международным обязательствам, принятым на себя многими государствами в силу соглашений о региональной экономической интеграции или облегчения торговли. Кроме того, с точки зрения принимающей страны, важно оценить ожидаемые выгоды в сопоставлении с недостатками лишения организации-заказчика возможности найти наилучшие варианты удовлетворения национальных потребностей в области инфраструктуры. Также важно не допустить полной изоляции от иностранной конкуренции, что может привести к сохранению низкого уровня экономии, эффективности и конкуренции в соответствующих секторах национальной промышленности. Поэтому многие страны, желающие предоставить национальным поставщикам определенные льготы и в то же время стремящиеся воспользоваться преимуществами международной конкуренции, воздерживаются от прямого исключения иностранных участников или выдвижения ограничительных квалификационных требований. Национальные преференции могут принимать форму специальных критериев оценки, предусматривающих преференциальную поправку для национальных участников процедур или участников, которые предлагают закупать материалы, услуги и продукцию на местном рынке. Метод преференциальной поправки, который предусматривается в статье 34(4)(d) Типового закона ЮНСИТРАЛ, является более транспарентным, чем субъективные квалификационные критерии или критерии оценки. Кроме того, такой метод позволяет организации-заказчику отдавать предпочтение местным участникам процедур, которые в состоянии приблизиться к конкурентоспособным международным стандартам, причем это можно сделать без исключения конкуренции со стороны иностранных компаний. Если планируется предоставить национальные преференции, то рекомендуется объявить об этом заранее, желательно в приглашении к участию в предварительном отборе.

5. Частичное возмещение расходов на участие в процедурах отбора

51. В некоторых странах за документацию для предварительного отбора может взиматься весьма высокая цена, в то время как в других странах такая цена может отражать только расходы на печатание документации для предварительного отбора и ее предоставление участникам процедур. Дорогая документация для предварительного отбора может быть использована в качестве дополнительного средства ограничения числа участников процедур. Одновременно, однако, это приводит к дальнейшему повышению изначально высокой стоимости участия в процедурах отбора. Значительные затраты на подготовку предложений по проектам в области инфраструктуры и относительно высокие риски, связанные с тем, что процедура отбора может не привести к заключению договора, могут послужить сдерживающим фактором для некоторых компаний при принятии решения об участии в консорциуме для представления предложения, особенно в том случае, когда они не знакомы с процедурами отбора, которые применяются в принимающей стране.

52. Поэтому в некоторых странах организации-заказчику разрешено рассматривать возможность компенсации расходов участников процедур, прошедших предварительный отбор, если осуществление проекта не может быть продолжено по не зависящим от них причинам, или для частичного возмещения затрат, понесенных ими после этапа предварительного отбора, если это оправдано в каждом конкретном случае с учетом сложности процедур и возможности существенного повышения качества конкуренции. О таком частичном возмещении или компенсации расходов, если таковые разрешены, рекомендуется сообщать на ранних этапах, желательно в приглашении к участию в процедурах предварительного отбора.

6. Процедуры предварительного отбора

53. Организации-заказчику следует отвечать на любой запрос участвующего в процедурах консорциума относительно разъяснений в связи с документацией для предварительного отбора, полученной организацией-заказчиком в разумные сроки до истечения окончательного срока представления заявок. Ответ организации-заказчика направляется в разумные сроки, с тем чтобы участники процедур могли своевременно представить свои заявки. Ответ на любой запрос, который, как это можно разумно предполагать, представляет интерес для других участников процедур, сообщается без указания, от кого поступил запрос, всем участникам, которым организация-заказчик предоставила документацию для предварительного отбора.

54. В некоторых странах в практических руководствах по процедурам предварительного отбора национальным организациям-заказчикам рекомендуется ограничивать количество потенциальных предложений до минимально возможного уровня, позволяющего обеспечить достаточную конкуренцию (например, три или четыре предложения). Для этих целей такие страны применяют систему количественных оценок по техническим, управленческим и финансовым критериям с учетом характера конкретного проекта. Считается, что количественные критерии предварительного отбора легче применять, чем качественные критерии, связанные с оценкой различных достоинств, и что они являются более транспарентными. В то же время при установлении системы количественных оценок важно избегать излишнего ограничения свободы усмотрения организации-заказчика при оценке квалификационных данных участников процедур. Организации-заказчику может также потребоваться учесть тот факт, что практические руководства некоторых многосторонних финансовых учреждений запрещают использование процедур предварительного отбора для ограничения круга участников процедур каким-либо заранее установленным числом. В любом случае, если предполагается использовать такую систему оценки, на это обстоятельство следует прямо указать в документации для предварительного отбора.

55. После завершения этапа предварительного отбора организация-заказчик обычно составляет краткий список участников процедур, которые прошли предварительный отбор и которым будет впоследствии предложено представить свои предложения. Одна из практических проблем, с которой иногда сталкиваются выдающие подряд органы, связана с предложениями об изменениях в составе участвующих в процедурах консорциумов в ходе процесса отбора. С точки зрения организации-заказчика, как правило, целесообразно проявлять сдержанность в отношении предлагаемых замен среди отдельных членов участвующих в процедурах консорциумов после завершения этапа предварительного отбора. Изменения в составе консорциумов могут привести к существенному отклонению от той основы, которую использовала организация-заказчик при составлении краткого списка участвующих в процедурах консорциумов, прошедших предварительный отбор, а также может поставить под сомнение объективность процедур отбора. Как правило, участвовать в процедурах на этапе окончательного отбора следует разрешать только тем участникам, которые прошли предварительный отбор, если только организация-заказчик не удостоверится в том, что новый член консорциума удовлетворяет критериям предварительного отбора по существу в такой же степени, как и выбывающий член этого консорциума.

56. Хотя критерии, использовавшиеся для предварительного отбора участников процедур, вновь рассматривать на этапе окончательной оценки не следует, организация-заказчик, возможно, пожелает зарезервировать за собой право потребовать на любом этапе процесса отбора, чтобы участники процедур вновь продемонстрировали свои

квалификационные данные в соответствии с теми же критериями, которые были использованы при их предварительном отборе.

C. Процедуры запроса предложений

57. В настоящем разделе рассматриваются процедуры запроса предложений у прошедших предварительный отбор участников процедур. Описываемые процедуры по ряду аспектов аналогичны процедурам привлечения предложений, которые являются предпочтительным методом закупки услуг, как он предусматривается в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, с некоторыми коррективами, которые необходимы для учета потребностей организаций-заказчиков, выдающих подряды на проекты в области инфраструктуры.

1. Этапы процедуры

58. После предварительного отбора участников процедур организации-заказчику рекомендуется проанализировать первоначальное технико-экономическое обоснование и определение требований к отдаче и эксплуатационным характеристикам, а также рассмотреть вопрос о том, существует ли необходимость в пересмотре таких требований в свете информации, полученной в ходе процедур предварительного отбора. На этом этапе организации-заказчику уже следует определить, будет ли для запроса предложений использоваться одно- или двухэтапная процедура; будет ли участникам процедур предложено сформулировать свои предложения на основе эксплуатационных показателей или технических спецификаций; и, что касается последнего, будут ли рассматриваться какие-либо альтернативы таким спецификациям.

a) Одноэтапная процедура

59. Выбор между одно- или двухэтапной процедурой запроса предложений будет зависеть от характера контракта, от того, насколько точно могут быть определены технические требования, и от того, используются ли для отбора концессионера показатели эффективности отдачи проекта (или эксплуатационные показатели). Если будет сочтено, что разработка эксплуатационных показателей или технических спецификаций с необходимой степенью точности или окончательности является практически возможной и желательной для организации-заказчика, то процесс отбора может быть организован в качестве одноэтапной процедуры, и в этом случае после проведения предварительного отбора участников процедур организация-заказчик перейдет непосредственно к процедуре окончательного запроса предложений (см. пункты 65-74)

b) Двухэтапная процедура

60. В то же время имеются случаи, когда организация-заказчик может быть не в состоянии сформулировать свои потребности с помощью технических спецификаций или эксплуатационных показателей, которые являлись бы достаточно подробными и точными для того, чтобы позволить подготовить предложения, оценить их и сопоставить на единообразной основе с учетом этих спецификаций и показателей. Дело может обстоять таким образом, например, в случае, когда организация-заказчик не определила вид технических и материальных вводимых ресурсов, которые отвечали бы нуждам соответствующего проекта (например, вид строительных материалов для использования при сооружении моста). В подобных случаях с точки зрения получения наиболее выгодного предложения может быть сочтено нежелательным, чтобы организация-заказчик действовала на основе спецификаций или показателей, которые она составила бы без обсуждения с участниками процедур вопроса об их точных возможностях и о возможных предлагаемых вариантах. С этой целью организация-заказчик, возможно, пожелает разделить процесс отбора на два этапа с тем, чтобы создать определенные возможности для гибкости при проведении обсуждений с участниками процедур.

61. В тех случаях, когда процедура отбора разделяется на два этапа, при первоначальном запросе предложений участникам процедур обычно предлагается представить предложения, касающиеся широких спецификаций на товары или услуги, которые должны являться результатом проекта, других характеристик проекта, а также других предусматриваемых договорных условий. Приглашение к представлению заявок позволит участникам процедур предложить свои собственные решения для удовлетворения конкретных потребностей в области инфраструктуры в соответствии с определенными стандартами услуг. Предложения, представленные на этом этапе, будут, как правило, представлять собой решения на основе инженерно-конструкторской концепции или эксплуатационных показателей без указания финансовых элементов, таких как предполагаемые тарифы или уровень вознаграждения.

62. В той степени, в которой условия договорного оформления проекта уже известны организации-заказчику, они должны включаться в запрос предложений, возможно, в форме проекта проектного соглашения. Осведомленность о некоторых договорных условиях, таких как предусматриваемое организацией-заказчиком распределение рисков, является важной для участников процедур, поскольку позволяет им составить свои предложения и обсудить "банковскую приемлемость" проекта с потенциальными кредиторами. Первоначальная реакция на эти договорные

условия, особенно на предусматриваемое организацией-заказчиком распределение рисков, может помочь организации-заказчику оценить практическую осуществимость проекта в первоначально задуманном виде. В то же время важно проводить разграничение между процедурой запроса предложений и переговорами по окончательному контракту после принятия решения о выдаче подряда. Цель этого первоначального этапа состоит в том, чтобы дать организации-заказчику возможность впоследствии сформулировать свои потребности таким образом, который позволит организовать на заключительном этапе конкуренцию на основе единого набора параметров. Приглашение к представлению первоначальных предложений на этом этапе не должно вести к переговорам по условиям контракта до принятия окончательного решения о его заключении.

63. После этого организация-заказчик может организовать встречу с участниками процедур для разъяснения вопросов, касающихся запросов предложений и сопроводительной документации. Организация-заказчик может на первом этапе провести обсуждения с любым участником процедур по любому аспекту его предложения. Организации-заказчику следует рассматривать предложения таким образом, чтобы избежать раскрытия их содержания конкурирующим участникам процедур. Любые обсуждения должны носить конфиденциальный характер, и ни одна из сторон обсуждений не должна раскрывать никакому другому лицу никакой технической, финансовой или другой информации, относящейся к этим обсуждениям, без согласия другой стороны.

64. После таких обсуждений организации-заказчику следует проанализировать и при необходимости пересмотреть первоначальные спецификации в отношении отдачи проекта. При формулировании таких пересмотренных спецификаций выдающему подряд органу должно быть разрешено исключать или изменять любой аспект технических или качественных характеристик проекта, которые первоначально были указаны в запросе предложений, а также любой первоначально указанный в такой документации критерий для оценки и сопоставления предложений. О любом таком исключении, изменении или добавлении должно сообщаться участникам процедур в приглашении представить окончательные предложения. Участникам процедур, которые не желают представлять окончательное предложение, должно быть разрешено выходить из процедур отбора без утраты права на любое обеспечение, предоставление которого могло быть от них потребовано.

2. Содержание окончательного запроса предложений

65. На заключительном этапе организации-заказчику следует предложить участникам процедур представить окончательные предложения в отношении пересмотренных эксплуатационных показателей (или технических спецификаций, если это уместно) и договорных условий.

66. В запрос предложений, как правило, должна включаться вся информация, необходимая для того, чтобы дать участникам процедур основу, позволяющую представить предложения, которые отвечают потребностям организации-заказчика и которые организация-заказчик может сопоставить объективным и справедливым образом.

a) Общая информация для участников процедур

67. В общую информацию для участников процедур должны надлежащим образом включаться те данные, которые первоначально указываются в тендерной документации или запросе предложений в связи с закупками товаров (работ) и услуг (см., например, статьи 27 и 38 Типового закона ЮНСИТРАЛ). В нее включаются, например:

a) инструкции по подготовке и представлению предложений, в том числе относительно способа, места и окончательного срока представления предложений и срока, в течение которого предложения должны иметь силу, а также любых требований относительно обеспечения тендерных заявок;

b) способы, с помощью которых участники процедур могут запрашивать разъяснения в связи с запросом предложений, и заявления о намерении закупающей организации на этом этапе провести встречу с участниками процедур;

c) место, дата и время вскрытия предложений и процедуры, используемые для вскрытия и рассмотрения предложений;

d) способ, на основании которого будут оценены предложения. Особенно важным является представление информации о критериях, которые будут использоваться организацией-заказчиком при определении выигрывшего предложения, включая любую преференциальную поправку и любой неценовой критерий, который будет использоваться, и относительное значение таких критериев (см. пункты 83-86).

68. Если будут допускаться альтернативные предложения, включающие различные варианты необязательных элементов запроса предложений, то организации-заказчику следует указать способ, на основании которого они будут сопоставляться и оцениваться. Альтернативные предложения, если они не сопровождаются предложением, полностью отвечающим формальным требованиям, должны отклоняться. В тех случаях, когда организация-заказчик

резервирует за собой право отклонить все предложения, без какой-либо ответственности по отношению к участникам процедур, например в том, что касается компенсации и затрат на подготовку и представление предложений, в запрос предложений должно включаться соответствующее заявление.

b) Технические спецификации и эксплуатационные показатели

69. Уровень подробности составления спецификаций, а также надлежащая сбалансированность между элементами вводимых ресурсов и показателями отдачи будут зависеть от рассмотрения таких вопросов, как вид инфраструктуры и собственность на нее и распределение ответственности между публичным и частным секторами (см. пункты 25-26). В целом организации-заказчику рекомендуется учитывать долгосрочные потребности проекта и формулировать спецификации таким образом, который позволит ей получить достаточную информацию для отбора участника процедур, предложившего предоставление наиболее высококачественных услуг на наилучших экономических условиях.

70. В целом, когда организация-заказчик приглашает представлять предложения на основе единого набора технических спецификаций, в запрос предложений обычно включается следующая информация:

a) описание работ, которые должны быть осуществлены, и услуг, которые должны быть предоставлены, включая технические спецификации, планы, чертежи и эскизы;

b) место, где должны быть выполнены работы или предоставлены услуги;

c) график для выполнения работ и предоставления услуг;

d) технические требования к эксплуатации и материально-техническому обслуживанию объекта.

71. Когда организация-заказчик запрашивает предложения на основе эксплуатационных показателей, важно сформулировать их так, чтобы должным образом определить требующиеся характеристики отдачи и эксплуатационные характеристики без каких-либо излишне жестких предписаний по вопросу о том, как намеченные результаты должны быть достигнуты. Эксплуатационные показатели будут обычно охватывать, например, следующие моменты:

a) описание проекта и ожидаемой отдачи. Если для предоставления услуг требуются специальные здания, такие, как транспортные терминалы или аэропорт, организация-заказчик, возможно, пожелает представить в качестве иллюстративной основы только схематичные планировочные концепции разделения соответствующего участка на зоны пользования, вместо представления планов, указывающих прилегающую к отдельным сооружениям зону, как это обычно делается при традиционных закупках строительных услуг;

b) минимальные применимые конструкторские и эксплуатационные стандарты, включая надлежащие экологические стандарты. Эксплуатационные стандарты обычно формулируются с указанием желаемого качества и количества продукции или услуг, производимых объектом. Предложения, которые отходят от соответствующих эксплуатационных стандартов, должны рассматриваться в качестве не отвечающих формальным требованиям;

c) требования в отношении расширения предоставления услуг;

d) качество материально-технического обслуживания объекта;

e) внимательное отношение к потребителям;

f) экономическая и финансовая состоятельность концессионера.

72. Каждый из вышеупомянутых эксплуатационных показателей может потребовать представления дополнительной информации со стороны участников процедур с учетом нужд того проекта, подряд на который выдается. Например, в связи с выдачей концессии на распределение электроэнергии в каком-либо регионе могут включаться такие минимальные технические стандарты, как a) оговоренная флуктуация напряжения (и частоты) на уровне потребления; b) продолжительность отключений (выраженная в часах за год); c) частотность отключений (выраженная в количестве за год); d) потери; e) количество дней для подключения нового клиента; f) коммерческие стандарты для отношений с клиентами (например, количество дней для оплаты счетов, для повторного подключения объектов, для ответа на жалобы клиентов).

c) Договорные условия

73. Рекомендуется, чтобы в тендерную документацию были включены определенные указания на то, каким образом организация-заказчик предполагает распределить связанные с проектом риски. Этот момент является важным для

того, чтобы установить условия обсуждений и подробных переговоров по проектному соглашению. Если вопрос о распределении рисков будет оставлен полностью открытым, то вполне вероятно, что участники процедур попытаются свести к минимуму принимаемые на себя риски, что может нанести ущерб цели привлечения частных инвестиций к разработке проекта. Кроме того, в запрос предложений должна включаться информация об основных элементах договорных механизмов, предусматриваемых организацией-заказчиком, например, следующая:

a) продолжительность концессии или предложение участникам процедур представить свои собственные предложения относительно продолжительности концессии;

b) формула и ценовые индексы для использования при корректировке тарифов;

c) правительственная поддержка и инвестиционные стимулы, если таковые предоставляются;

d) гарантийные требования;

e) требования регулирующих органов, если таковые имеются;

f) валютно-финансовые нормы и правила, регулирующие переводы в иностранной валюте;

g) механизмы долевого распределения поступлений, если таковые имеются;

h) указание категорий активов, которые концессионеру потребуется перевести организации-заказчику или предоставить в распоряжение последующему концессионеру по истечении срока проекта;

i) в тех случаях, когда выбирается новый концессионер для эксплуатации уже новой инфраструктуры, - описание активов и имущества, которые будут предоставлены в распоряжение концессионера;

j) возможные альтернативные, дополнительные или вспомогательные источники поступлений (например, концессии на эксплуатацию уже созданной инфраструктуры), если таковые имеются, которые могут быть предложены победителю процедур.

74. С тем чтобы четко установить границы переговоров, которые будут проведены после оценки предложений (см. пункты 92-93), в окончательном запросе предложений следует указать те условия проектного соглашения, которые не могут считаться предметом переговоров.

3. Разъяснения и изменения

75. Желательно разработать процедуры для разъяснения и изменения запроса предложений таким образом, чтобы это способствовало эффективному, справедливому и успешному проведению процедур отбора. Право организации-заказчика изменять запрос предложений имеет важное значение, поскольку оно позволяет ей получить все необходимое для удовлетворения своих потребностей. Желательно также предоставить организации-заказчику право - либо по своей собственной инициативе, либо в ответ на запрос о разъяснении со стороны какого-либо участника процедур - изменять запрос предложений путем изданий дополнения в любое время до истечения окончательного срока представления предложений. В то же время в случае значительных изменений запроса предложений окончательный срок представления предложений, возможно, необходимо будет продлить.

76. Как правило, о разъяснениях и вопросах, послуживших основанием для таких разъяснений, а также о соответствующих изменениях организация-заказчик должна незамедлительно сообщать всем участникам процедур, которым она представила запрос предложений (см. статью 28(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ). Если организация-заказчик проводит встречу с участниками процедур, она должна составить протокол, содержащий представленные в ходе этой встречи запросы о разъяснении в связи с запросом предложений, а также ответы на эти запросы без указания, от кого поступили эти запросы, и направить экземпляры протокола участникам процедур.

4. Содержание окончательных предложений

a) Технические предложения

77. Технические предложения, представляемые участниками процедур, должны включать следующую информацию:

a) оперативная осуществимость проекта, в связи с чем указывается предлагаемая организация, методы и процедуры для эксплуатации и материально-технического обслуживания проекта, являющегося предметом процедур;

b) техническая обоснованность предварительного инженерно-конструкторского решения, включая предлагаемый график работ;

c) предварительная экологическая оценка с указанием возможных неблагоприятных последствий проекта для окружающей среды и соответствующих мер по снижению таких последствий;

d) затраты на проект, включая потребности в эксплуатационных затратах и затратах на материально-техническое обслуживание, а также предлагаемый план финансирования (например, предлагаемое участие в акционерном капитале, заемный капитал);

e) тендерное обеспечение (см. пункты 81-82).

78. Организации-заказчику целесообразно предусмотреть требование о том, чтобы окончательные предложения, представленные участниками процедур, содержали доказательства одобрения предложенных коммерческих условий и распределения рисков, как это указывается в запросе предложений, со стороны кредиторов, услугами которых, как правило, пользуется участник процедур. Такое требование может сыграть полезную роль с точки зрения сопротивления давлению, направленному на повторное открытие обсуждения коммерческих условий на этапе заключительных переговоров. В ряде стран от участников процедур требуется, чтобы они парафировали и возвратили организации-заказчику проект проектного соглашения вместе с их окончательными предложениями в качестве подтверждения их согласия со всеми условиями, в отношении которых они не предлагают конкретных поправок.

b) Финансовые предложения

79. Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из отчислений, платежей или сборов, выплачиваемых клиентами или пользователями объекта инфраструктуры, в финансовых предложениях следует указывать предлагаемую тарифную структуру. Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из платежей, производимых организацией-заказчиком или другим правительственным учреждением в порядке амортизации инвестиций концессионера, в финансовом предложении следует указывать предлагаемые амортизационные платежи и период погашения. Кроме того, в любом случае в финансовые предложения следует включать:

a) нынешний стоимостной объем предлагаемых сборов или амортизационных платежей на основе ставки дисконта и обменного курса, указанных в тендерной документации;

b) предлагаемый срок концессии, если он не оговорен в запросе предложений;

c) уровень правительственной финансовой поддержки, требующейся в связи с проектом, включая, если это уместно, любые субсидии или гарантии, ожидаемые от организации-заказчика;

d) объем рисков, принимаемых на себя участниками процедур на время этапа конструкции и эксплуатации, включая непредвиденные события, страхование, инвестиции в акционерный капитал и другие гарантии в отношении этих рисков.

c) Технико-экономические обоснования

80. Особое значение в рамках проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, имеют технико-экономические обоснования, в которых должны быть и охвачены, в частности, следующие аспекты:

a) коммерческая рентабельность: особенно в отношении проектов, финансируемых на безоборотной или ограниченной оборотной основе, принципиально важно установить потребности в отдаче проекта, а также составить оценки и прогнозы в отношении таких потребностей на предлагаемый срок эксплуатации объекта, включая ожидаемый спрос (например, прогнозы в отношении интенсивности движения по автодорогам) и ценообразование (например, размеры сборов);

b) инженерно-технические решения и оперативная осуществимость: участникам процедур следует предложить продемонстрировать приемлемость предлагаемой ими технологии, включая оборудование и процессы, с точки зрения национальных, местных и экологических условий, вероятность достижения планируемого уровня производительности, а также адекватность методов и графиков строительства. В таком исследовании необходимо также определить предлагаемую организацию, методы и процедуры эксплуатации и материально-технического обслуживания завершенного объекта;

c) финансовая жизнеспособность: следует предложить участникам процедур указать предлагаемые источники финансирования для этапов строительства и эксплуатации, включая заемные средства и инвестиции в акционерный капитал. Хотя предоставление ссуд и задействование других механизмов финансирования в большинстве случаев

осуществляются только после подписания проектного соглашения, необходимо предусмотреть требование о том, чтобы участники процедур предоставили достаточные доказательства в отношении намерения кредиторов осуществить оговоренное финансирование. В ряде стран от участников процедур также требуется указать ожидаемую внутреннюю норму окупаемости по отношению к фактической стоимости капитала в соответствии с предлагаемыми механизмами финансирования. Такая информация должна позволить организации-заказчику оценить обоснованность и доступность предлагаемых тарифов или цен, которые будут взиматься концессионером, а также потенциальные возможности их последующего повышения;

d) экологическое воздействие: в этом исследовании следует определить возможные негативные или неблагоприятные последствия реализации проекта для окружающей среды, а также указать, какие корректировочные меры необходимо будет принять.

d) Тендерное обеспечение

81. В законах и подзаконных актах, регулирующих процесс отбора, целесообразно установить право организации-заказчика предусматривать требование о том, чтобы участники процедур предоставляли тендерное обеспечение для компенсации тех потерь, которые могут возникнуть в результате отзыва предложений или неспособности отобранного участника процедур заключить проектное соглашение.

82. Рекомендуется указать в запросе предложений любые требования выдающего подряд органа в отношении эмитента, а также характера, формы, суммы и других основных условий любого тендерного обеспечения, которое должно быть предоставлено участниками процедур, представляющими предложения. Для обеспечения справедливого режима для всех участников процедур требования, прямо или косвенно касающиеся поведения участника процедур, представляющего предложение, не должны относиться к чему-либо иному, помимо следующего: отзыв или изменение предложения по истечении окончательного срока представления предложений или до истечения окончательного срока, если это предусмотрено в запросе предложений; неспособность соблюсти финансовые параметры; неподписание проектного соглашения, если организация-заказчик требует такого подписания; а также непредставление требуемого обеспечения исполнения проектного соглашения после того, как предложение было акцептовано, или невыполнение любого другого указанного в запросе предложений условия до подписания проектного соглашения. Необходимо предусмотреть гарантии для обеспечения того, чтобы требование о предоставлении тендерного обеспечения выдвигалось только на справедливой основе и для соответствующих целей[6].

5. Критерии оценки

83. Комитет, принимающий решение о выдаче подрядов, должен провести оценку технических и финансовых элементов каждого предложения в соответствии с заранее указанными системами оценки технических критериев и изложить в письменной форме причины поставленной оценки. В целом организации-заказчику важно обеспечить достижение надлежащего баланса между критериями оценки в отношении инвестиций в материальные объекты (например, в строительные работы) и критериями оценки в отношении эксплуатации инфраструктуры и качества услуг, которые должен будет предоставлять концессионер. Надлежащий упор должен быть сделан на долгосрочных потребностях организации-заказчика, в частности, на необходимости обеспечить постоянный характер предоставления соответствующей услуги на требуемом уровне качества и при обеспечении безопасности.

84. Технические критерии оценки призваны облегчить сопоставительную оценку технической, эксплуатационной, экологической и финансовой жизнеспособности предложения в отношении заранее установленных спецификаций, показателей и требований, указанных в тендерной документации. В той мере, в которой это практически возможно, технические критерии, применяемые организацией-заказчиком, должны быть объективными и поддающимися количественной оценке, с тем чтобы позволить провести объективную оценку предложений и их сопоставление на общей основе. Это сокращает вероятность принятия субъективных или произвольных решений. В правилах, регулирующих процесс отбора, может оговариваться порядок формулирования и применения таких факторов. Технические предложения в отношении проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обычно оцениваются в соответствии со следующими критериями:

[6]В статье 32 Типового закона ЮНСИТРАЛ предусмотрены определенные важные гарантии, включая, в частности, требование о том, что организация-заказчик не должна требовать выплаты суммы тендерного обеспечения и должна незамедлительно возвратить или обеспечить возвращение документа о тендерном обеспечении после одного из следующих событий в зависимости от того, какое из них происходит раньше: a) истечение срока действия тендерного обеспечения; b) вступление в силу проектного соглашения и предоставление обеспечения в отношении исполнения этого договора, если такое обеспечение требуется в запросе предложений; c) прекращение процесса отбора без вступления в силу проектного соглашения или d) отзыв предложения до истечения окончательного срока представления предложений, если в запросе предложений не предусмотрено, что такой отзыв не допускается.

a) техническая обоснованность. В тех случаях, когда организация-заказчик установила минимальные инженерно-конструкторские и эксплуатационные спецификации или стандарты, инженерно-конструкторская основа проекта должна отвечать таким спецификациям или стандартам. От участников процедур необходимо потребовать продемонстрировать обоснованность предлагаемых методов и графиков работ;

b) оперативная осуществимость. Предлагаемые организация, методы и процедуры для эксплуатации и материально-технического обслуживания завершенного объекта должны быть хорошо определены, должны отвечать заранее установленным эксплуатационным стандартам, и должна быть продемонстрирована их практическая эффективность. В тех случаях, когда это возможно, должна предусматриваться передача технологии, использованной на каждом этапе проекта;

c) качество услуг. Критерии оценки, используемые организацией-заказчиком, могут включать анализ того порядка, в котором участники процедур обязуются обеспечивать предоставление соответствующей услуги, включая предлагаемые гарантии для обеспечения непрерывности ее предоставления;

d) экологические стандарты. Предлагаемые для использования в связи с проектом конструкторские решения и технология должны соответствовать экологическим стандартам, указанным в запросе предложения. Любые негативные или неблагоприятные последствия реализации проекта, как он предложен участниками процедур для окружающей среды, должны быть соответствующим образом определены, в том числе указаны необходимые корректировочные меры или меры по ослаблению такого воздействия;

e) финансовая жизнеспособность. В технических предложениях должно быть продемонстрировано, что предлагаемый финансовый план адекватно покрывает проектные затраты на строительство, эксплуатацию и материально-техническое обслуживание. Организации-заказчику следует определить, должным ли образом покрывают финансовые предложения участников процедур потребности в затратах по проекту;

f) дополнительные поощрительные аспекты. Речь идет о других условиях, которые может предложить автор проекта, с тем чтобы повысить привлекательность своего предложения, например о механизме долевого участия организации-заказчика в доходах, о сокращении объема правительственных гарантий или уровня правительственной поддержки.

85. Помимо критериев для технической оценки предложений организации-заказчику требуется определить критерии для оценки и сопоставления финансовых предложений. Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из отчислений, платежей или сборов, выплачиваемых клиентами или пользователями объекта инфраструктуры, оценка и сопоставление финансовых элементов окончательных предложений основываются, как правило, на нынешнем стоимостном объеме предлагаемых отчислений, арендных или иных платежей или других сборов в течение срока концессии в соответствии с установленными минимальными проектно-конструкторскими и эксплуатационными стандартами. Применительно к проектам, в связи с которыми доход концессионера будет, как предполагается, состоять в первую очередь из платежей, производимых организацией-заказчиком в порядке амортизации инвестиций концессионера, оценка и сопоставление финансовых элементов окончательных предложений основываются, как правило, на нынешней схеме предлагаемых амортизационных платежей в отношении объекта, который должен быть сооружен в соответствии с установленными минимальными проектно-конструкторскими и эксплуатационными стандартами, планами и спецификациями. Однако проводимая организацией-заказчиком оценка финансовых элементов окончательных предложений не должна ограничиваться сопоставлением предлагаемых цен на единицу предполагаемой отдачи. Для того чтобы должным образом оценить финансовую осуществимость предложений и вероятность последующего повышения предлагаемых цен, во внимание, возможно, потребуется принять дополнительные критерии, такие как затраты на проектно-конструкторские работы и строительство, ежегодные затраты на эксплуатацию и материально-техническое обслуживание, нынешний стоимостной объем капитальных затрат и эксплуатационных затрат и объем субсидий, если таковые ожидаются от правительства.

86. Задачи по оценке финансовых предложений могут различаться по форме и сложности в зависимости от формы планируемого участия частных компаний. В ряде случаев в финансовые предложения могут включаться затраты на финансирование, предложенное участниками процедур; в этом случае в запросе предложений должны быть определены потребности в финансировании и порядок рассмотрения соответствующих аспектов при оценке предложений. При установлении критериев для оценки финансовых предложений организации-заказчику важно тщательно изучить относительную важность - в качестве критерия оценки - предлагаемой цены на единицу ожидаемой отдачи. Хотя удельная цена является важным фактором для обеспечения объективности и транспарентности в деле выбора между предложениями, в равной мере отвечающими формальным требованиям, следует отметить, что концепция "цены" применительно к принятию решений о выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, обычно не имеет того значения, как в случае закупок товаров и услуг. Так, вознаграждение концессионера часто представляет собой сочетание сборов,

оплачиваемых пользователями, дополнительных источников дохода и прямых субсидий или платежей со стороны публичной организации, принимающей решение о выдаче контракта. В силу этого, хотя цена на единицу ожидаемой отдачи сохраняет свою роль в качестве важного элемента сопоставления предложений, она не всегда может рассматриваться в качестве самого важного фактора.

6. Представление, вскрытие, сопоставление и оценка предложений

87. Следует предусмотреть требование о том, чтобы предложения представлялись в письменной форме с подписью и в запечатанном конверте. Предложения, полученные организацией-заказчиком после истечения окончательного срока для представления предложений, вскрываться не должны и должны возвращаться представившим их участникам процедур.

88. В целях обеспечения транспарентности в национальном законодательстве часто устанавливаются формальные процедуры для вскрытия предложений, что обычно происходит в момент, заранее указанный в запросе предложений, а также предусматривается требование о том, чтобы участникам процедур, представившим предложения, или их представителям было разрешено организацией-заказчиком присутствовать при вскрытии предложений. Такое требование помогает свести к минимуму риск того, что предложения могут быть изменены или что с ними могут быть произведены иные манипуляции, и представляет собой важную гарантию беспристрастности процедур.

89. С учетом сложности проектов в области инфраструктуры, финансируемых из частных источников, и разнообразия критериев оценки, обычно применяемых при принятии решения о выдаче подряда на проект, в некоторых странах предусматриваются требования о том, чтобы участники процедур составляли и представляли свои технические и финансовые предложения в двух отдельных конвертах. Система двух конвертов иногда используется по той причине, что она позволяет организации-заказчику оценить техническое качество предложений без влияния финансовых компонентов. Однако в отношении этого метода высказываются критические замечания на том основании, что он противоречит цели достижения экономии при принятии решения о заключении публичных контрактов. В частности, указывается на опасность того, что в результате первоначального отбора предложений лишь на основе их технических достоинств и без учета цены организация-заказчик после вскрытия первых конвертов может склониться к тому, чтобы отобрать предложения о выполнении технически более высококачественных работ и отклонить предложения с менее сложными решениями, которые, тем не менее, удовлетворяют потребности организации-заказчика при более низких общих затратах. Международные финансовые учреждения, такие как Всемирный банк, не соглашаются с использованием системы двух конвертов в связи с финансируемыми ими проектами в силу тех опасений, что эта система предусматривает более широкую свободу усмотрения при оценке предложений и затрудняет их объективное сопоставление.

90. В качестве альтернативы использованию системы двух конвертов организации-заказчики могут установить требование о том, чтобы технические и финансовые предложения объединялись в одно единое предложение, однако предусмотреть двухэтапную организацию оценки, аналогичную процедуре оценки, описываемой в статье 42 Типового закона ЮНСИТРАЛ. На первом этапе организация-заказчик обычно устанавливает минимальный уровень требований в отношении качественных и технических аспектов, которые должны быть отражены в технических предложениях, в соответствии с техническими критериями, установленными в запросе предложений, и дает оценку каждому техническому предложению в соответствии с этими критериями и относительным значением и порядком применения этих критериев, изложенными в запросе предложений. Затем организация-заказчик сопоставляет финансовые предложения, которые оценены как соответствующие минимальному уровню или превышающие его. Если предусматривается последовательная оценка технических и финансовых предложений, организации-заказчику на этом этапе следует удостовериться в том, отвечают ли технические предложения по внешним признакам требованиям запроса предложений (например, охватывают ли они все те вопросы, которые должны быть рассмотрены в технических предложениях). На этом этапе неполные или частичные предложения, а также предложения, отходящие от параметров запроса предложений, должны отклоняться. Хотя организация-заказчик может просить участников процедур представить разъяснения в связи с их предложениями, на этом этапе не допускается никаких запросов, предложений или разрешений с целью изменения существа предложения, включая изменения, направленные на то, чтобы сделать предложение, не отвечающее формальным требованиям, отвечающим формальным требованиям.

91. Помимо принятия решения об использовании системы двух конвертов или двухэтапной процедуры оценки организации-заказчику также важно распространить информацию об относительном значении, которое будет придаваться каждому критерию оценки, и о способе применения этих критериев при оценке предложений. В целях обеспечения надлежащей сбалансированности между финансовыми и техническими аспектами предложений могут быть использованы два подхода. Один из возможных подходов состоит в том, чтобы наиболее выгодным предложением считать то предложение, которое получило наиболее высокую совокупную оценку с точки зрения как ценовых, так и неценовых критериев оценки. В противном случае для установления выигравшего предложения

среди предложений, отвечающих формальным требованиям (т.е. предложений, превышающих минимальный уровень требований как в отношении качественных, так и технических аспектов), определяющим фактором может служить предлагаемая цена на продукцию проекта (например, тариф на водоснабжение или электроснабжение, размеры сборов). В любом случае, в целях содействия транспарентности процесса отбора и для избежания несоответствующего использования неценовых критериев оценки рекомендуется обязать комитет, принимающий решение о выдаче подряда, представлять письменное обоснование причин, по которым было выбрано какое-либо иное предложение, помимо предложения, содержащего наиболее низкую удельную цену на продукцию проекта.

7. Заключительные переговоры

92. Организация-заказчик дает оценку всем отвечающим формальным требованиям предложениям на основе критериев оценки, изложенных в запросе предложений, и приглашает провести заключительные переговоры по проектному соглашению того участника процедур, который получил наилучшую оценку или, если это уместно, того участника процедур, который предложил наиболее низкую цену на продукцию проекта из числа тех участников, предложения которых оценены как соответствующие минимальному уровню с точки зрения технических аспектов. Заключительные переговоры должны ограничиваться вопросами установления окончательных деталей оформляющей сделку документации и удовлетворения разумных требований кредиторов отобранного участника процедур. Особой проблемой, с которой сталкивается организация-заказчик, является опасность того, что в ходе переговоров с отобранным участником процедур будут предприниматься попытки изменить - в ущерб правительству или потребителям -положения о цене или распределении рисков, которые первоначально содержались в предложении. Никаких изменений в существенных элементах предложения допускать не следует, поскольку они могут привести к искажению предпосылок, на основе которых производились представление и оценка предложений. Поэтому проводимые на этом этапе переговоры не могут касаться тех условий договора, которые были сочтены не подлежащими обсуждению в окончательном запросе предложений. Опасность повторного открытия обсуждения коммерческих условий на этом этапе может быть дополнительно уменьшена, если будет предусмотрено обязательное требование о том, чтобы в тендерные заявки, представляемые на этапе конкурентной борьбы между участниками процедур, включалось указание на согласие кредиторов участника процедур с предполагаемым распределением рисков (см. пункт 78). Полезную роль в этом процессе могут сыграть консультанты организации-заказчика по финансовым вопросам, которые подготовят заключения о реалистичности предложений участников процедур и о том, какие уровни финансовых обязательств должны соответствовать каждому конкретному этапу. Процесс окончательного урегулирования финансовых вопросов может быть весьма длительным.

93. Организация-заказчик должна уведомить остальных отвечающих формальным требованиям участников процедур о том, что они могут быть приглашены к участию в переговорах, если переговоры с участником процедур, получившим лучшую оценку, не приведут к заключению проектного соглашения. Если организации-заказчику становится очевидно, что переговоры с приглашенным участником процедур не приведут к заключению проектного соглашения, она должна проинформировать этого участника о том, что она прекращает переговоры, а затем пригласить для переговоров следующего участника процедур на основе его оценки, и так до тех пор, пока она не заключит проектное соглашение или не отклонит все остальные предложения. Для исключения возможности злоупотреблений и необоснованных задержек выдающему подряд органу не следует возобновлять переговоров с каким-либо участником процедур, с которым переговоры уже были прекращены.

8. Уведомление о выдаче подряда на проект

94. Проектное соглашение часто содержит положения, которые представляют непосредственный интерес для других сторон, помимо организации-заказчика и концессионера, и такие стороны могут иметь законный интерес в получении информации относительно определенных существенных элементов проекта. Это прежде всего относится к проектам, связанным с предоставлением услуг непосредственно населению. Для целей транспарентности, возможно, целесообразно определить процедуры в отношении придания гласности тех условий проектного соглашения, которые могут представлять публичный интерес. Одна из возможных процедур может предусматривать требование о том, чтобы организация-заказчик публиковала уведомление о выдаче подряда на проект с указанием, в частности, следующих элементов: a) наименование концессионера; b) приложения и дополнения, являющиеся частью соглашения; c) описание работ и услуг, которые должны быть обеспечены концессионером; d) срок концессии; e) структура тарифов; f) права и обязанности концессионера и гарантии, которые должны быть им предоставлены; g) права организации-заказчика в отношении надзора и средства правовой защиты в случае нарушения проектного соглашения; h) обязательства правительства, включая любые платежи, субсидии или компенсационные выплаты, предлагаемые правительством; и i) любые другие существенные условия проектного соглашения, предусмотренные в запросе предложений. В случае использования такой системы важно обеспечить соответствие между уведомлением о выдаче подряда и проектным соглашением.

D. Прямые переговоры

95. В соответствии с правовыми традициями ряда стран проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, предполагают делегирование организацией-заказчиком права и обязанности на предоставление соответствующей общедоступной услуги. В качестве таковых эти проекты подлежат регулированию на основании специального правового режима, отличающегося по многим аспектам от режима, применимого в целом к заключению публичных контрактов на приобретение товаров, работ или услуг.

96. В этих правовых системах правительство может по своему выбору использовать целый ряд процедур, регулирующих заключение публичных контрактов на приобретение товаров или услуг. По общему правилу, такие процедуры предусматривают требования гласности, конкурентности и строгого соблюдения предварительно установленных критериев для заключения контрактов. Наиболее широко распространенной процедурой является метод торгов, при котором контракт заключается с участником торгов, предложившим наиболее низкую цену. Хотя существуют и менее жесткие процедуры, такие как запрос предложений, которые позволяют учитывать в дополнение к цене и другие элементы (например, эксплуатационные затраты, технические достоинства и предлагаемый срок завершения работ), переговоры используются только при исключительных обстоятельствах. Однако применительно к выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, в этих странах используются иные процедуры. Учитывая весьма специфический характер требующихся услуг (например, их сложность, объем инвестиций и сроки завершения), в используемых процедурах основное внимание уделяется свободе организации-заказчика в деле выбора оператора, наилучшим образом удовлетворяющего ее потребности с точки зрения профессиональной квалификации, финансовой надежности, способности обеспечивать непрерывность предоставления услуги, равного режима для всех пользователей и качества предложения. В отличие от процедур конкурентного отбора, которые обычно используются при заключении публичных контрактов и которые, как представляется, иногда могут быть излишне жесткими, для отбора путем прямых переговоров характерна большая степень гибкости в отношении вопросов применяемых процедур и свободы усмотрения со стороны организации-заказчика. В то же время свобода переговоров неравнозначна произвольному выбору, и законы таких стран предусматривают процедуры для обеспечения транспарентности и справедливости в ходе процесса отбора.

97. В других странах, где проведение торгов является при обычных обстоятельствах нормой для заключения публичных контрактов, в руководящих принципах для выдающих подряд органов рекомендуется проводить по мере возможности прямые переговоры для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников. Стремление содействовать проведению переговоров обусловлено в таких странах тем, что при проведении переговоров с участниками процедур правительство не связано необходимостью соблюдать заранее установленные требования или жесткие спецификации и обладает большей свободой действий в отношении использования нетрадиционных или альтернативных предложений, которые могут быть представлены участниками процедур в ходе отбора, а также в отношении изменения и корректировки своих собственных потребностей в том случае, если в ходе таких переговоров будут сформулированы более привлекательные варианты для удовлетворения потребностей в инфраструктуре.

98. Методы, связанные с проведением переговоров, как правило, обеспечивают высокую степень гибкости, которая, по мнению некоторых стран, может иметь важное значение для отбора концессионера. В то же время методы, связанные с проведением переговоров, могут быть сопряжены с целым рядом недостатков, вследствие которых они оказываются менее приемлемыми для использования в качестве основного метода отбора в целом ряде стран. Из-за высокой степени гибкости и значительной свободы усмотрения, предоставляемой организации-заказчику, методы, связанные с проведением переговоров, могут потребовать привлечения высококвалифицированного персонала, обладающего достаточным опытом в проведении переговоров по сложным проектам. Они требуют также создания специализированных групп для проведения переговоров, четкого разграничения полномочий и высокой степени координации и сотрудничества между всеми участвующими департаментами. Поэтому использование переговоров для выдачи подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, может оказаться нецелесообразным вариантом для стран, в которых не имеется традиций использования таких методов для выдачи подрядов на исполнение крупных правительственных заказов. Другим недостатком методов, связанных с проведением переговоров, является то, что они могут не обеспечивать такого уровня транспарентности и объективности, который достигается за счет применения более четко регламентированных конкурентных методов. В некоторых странах могут возникать опасения в связи с тем, что значительная свобода усмотрения при использовании методов, связанных с проведением переговоров, может быть сопряжена с высоким риском злоупотреблений или коррупции. В свете вышеизложенного принимающая страна, возможно, пожелает предписать в качестве нормы использование процедур конкурентного отбора при выдаче подрядов на проекты в области инфраструктуры, финансируемые из частных источников, и зарезервировать возможность использования прямых переговоров только для исключительных случаев.

1. Обстоятельства, допускающие проведение прямых переговоров

99. В целях обеспечения транспарентности, а также неукоснительности соблюдения соответствующих процедур при выдаче подрядов на проекты, возможно, желательно определить в законодательстве те исключительные обстоятельства, при которых допускается использование прямых переговоров. К числу таких обстоятельств могут, например, относиться следующие:

a) случаи, когда существует срочная потребность в незамедлительном обеспечении предоставления соответствующих услуг и проведение процедуры конкурентного отбора было бы поэтому практически нецелесообразным, при условии, что обстоятельства, обусловившие срочность, нельзя было предвидеть или они не являлись результатом медлительности со стороны организации-заказчика. Предоставление такой исключительной санкции может потребоваться, например, для случаев, когда обеспечение какой-либо услуги неожиданно прерывается, или когда действующий концессионер не обеспечивает ее предоставления на приемлемых стандартах, или когда проектное соглашение расторгается организацией-заказчиком, если проведение процедуры конкурентного отбора было бы практически нецелесообразным с учетом срочной потребности в обеспечении непрерывного характера предоставления соответствующей услуги;

b) случаи, когда речь идет о краткосрочных проектах и когда объем предполагаемых первоначальных инвестиций не превышает установленной минимальной суммы;

c) причины, связанные с национальной обороной;

d) случаи, когда требуемая услуга может быть получена только из одного источника (например, поскольку для ее предоставления требуется использование запатентованной технологии или уникального ноу-хау);

e) отсутствие квалифицированного персонала или надлежащей административной структуры для проведения процедур конкурентного отбора.

100. В дополнение к вышеизложенному, после того, как начаты процедуры конкурентного отбора, могут возникнуть ситуации, при которых организация-заказчик, возможно, предпочтет изменить метод отбора и провести прямые переговоры. Такая ситуация может, в частности, возникнуть в том случае, когда приглашение к предварительному отбору или запрос предложений были опубликованы, однако никаких заявок или предложений представлено не было или же все предложения были отклонены организацией-заказчиком и когда, по ее мнению, публикация нового запроса предложений вряд ли приведет к выдаче подряда на проект. В таком случае организация-заказчик, возможно, предпочтет провести переговоры с отвечающими формальным требованиям участниками процедур вместо того, чтобы отклонять все предложения и начинать другую процедуру, результативность которой представляется неопределенной.

2. Меры, направленные на повышение транспарентности при прямых переговорах

101. Для процедур, которых необходимо придерживаться при закупках путем переговоров, в целом характерна более высокая степень гибкости, чем для процедур, применимых к другим методам закупок. В целях регулирования процесса ведения сторонами переговоров и заключения ими договора установлено лишь незначительное количество правил и процедур. В ряде стран законодательство о закупках оставляет за организациями-заказчиками практически неограниченную свободу вести переговоры по своему усмотрению. В других странах в целях поддержания справедливости и объективности и стимулирования конкуренции путем поощрения участников процедур законодательство устанавливает процедурные рамки для переговоров. Положения о процедурах отбора путем переговоров затрагивают различные рассматриваемые ниже вопросы, в частности требования об утверждении решения организации-заказчика об отборе концессионера путем переговоров, выбор партнеров по переговорам, критерии для сопоставления и оценки предложений и отчетность о процедурах отбора.

a) Утверждение

102. Установленное во многих странах минимальное требование заключается в том, что организации-заказчику до начала проведения отбора путем переговоров необходимо получить разрешение вышестоящего органа. Обычно такие положения требуют подачи письменной заявки на утверждение и указания в ней причин, обусловивших необходимость в использовании переговоров. Цель требований об утверждении состоит, в частности, в том, чтобы обеспечить использование метода отбора путем переговоров только в соответствующих обстоятельствах.

b) Выбор партнеров по переговорам

103. В целях создания в рамках процедур переговоров максимальных возможностей для конкуренции целесообразно установить требование о том, что организация-заказчик должна проводить переговоры с максимально возможным,