



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
16 August 2016
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа IV (Электронная торговля)
Пятьдесят четвертая сессия
Вена, 31 октября – 4 ноября 2016 года**

Проект типового закона об электронных передаваемых записях

Записка Секретариата

Добавление

Содержание

| | <i>Стр.</i> |
|---|-------------|
| II. Проект типового закона об электронных передаваемых записях (<i>продолжение</i>) | 2 |
| C. Использование электронных передаваемых записей (статьи 9-11) | 2 |



II. Проект типового закона об электронных передаваемых записях

C. Использование электронных передаваемых записей

"Проект статьи 9. Обратный документ или инструмент"

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

- a) электронная запись содержит информацию, которая потребуется в оборотном документе или инструменте; и
- b) используется надежный метод:
 - i) который позволяет идентифицировать эту электронную запись как электронную передаваемую запись;
 - ii) который позволяет придать этой электронной записи такой характер, благодаря которому она может быть объектом контроля с момента ее создания до момента утраты ею силы или действительности; и
 - iii) который позволяет сохранять целостность электронной передаваемой записи.

2. Критерием оценки целостности является сохранение информации, содержащейся в электронной передаваемой записи, включая любое санкционированное изменение, происходящее с момента ее создания до момента утраты ею силы или действительности, в полном и неизменном виде, за исключением любого изменения, происходящего в обычном процессе передачи, хранения и демонстрации."

Замечания

1. Проект статьи 9 отражает результаты его обсуждения Рабочей группой на ее пятьдесят третьей сессии (A/CN.9/869, пункты 50-68). На этой сессии Рабочая группа решила, что i) название проекта статьи 9 должно быть следующим: "оборотный документ или инструмент", с тем чтобы оно соответствовало формулировкам, используемым в других статьях проекта типового закона, касающихся функционального эквивалента; и ii) в подпункте 1(a) должна содержаться ссылка на оборотный документ или инструмент без какого бы то ни было уточняющего слова, например "эквивалентный", во избежание неопределенности при том понимании, что электронная передаваемая запись должна содержать ту же информацию, что и оборотный документ или инструмент такого же вида.

2. В отношении подпункта 1(b)(i) Рабочая группа подтвердила, что пункт 1 основывается на подходах, характеризующихся "единственностью" и "контролем". Рабочая группа также решила, что использование определенного артикля для идентификации электронной передаваемой записи является

надлежащим в английском, испанском и французском языках (A/CN.9/869, пункты 54 и 58).

3. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что после консультаций с соответствующими переводческими подразделениями преследовалась цель поиска надлежащего перевода текста подпункта 1(b)(i) на арабском, китайском и русском языках.

4. В отношении пункта 1(b)(ii) Рабочая группа решила, что содержащаяся в нем ссылка на надежный метод является надлежащей и что она касается надежности системы, используемой для придания электронной записи такого характера, благодаря которому она может быть объектом контроля (A/CN.9/869, пункт 64).

5. В отношении пункта 2 Рабочая группа решила, что он касается целостности системы и что таким образом в этом положении должно говориться о "санкционированных" изменениях (A/CN.9/869, пункты 61-62). Рабочая группа также решила исключить второе предложение текста пункта 2, касающееся оценки стандарта надежности, как излишнее, поскольку в нем повторяется текст подпункта 1(a) проекта статьи 11 об оценке стандарта надежности, который является также применимым к проекту статьи 9 (A/CN.9/869, пункты 65-66).

Комментарии

6. Статья 9 предусматривает правило функциональной эквивалентности для использования оборотных документов или инструментов путем установления требований, которым должна отвечать электронная запись. Ее цель заключается в исключении возможности выставления нескольких требований в отношении исполнения одного и того же обязательства путем объединения двух подходов, т.е. "единственности" и "контроля" (A/CN.9/834, пункт 86). Надежность метода, упоминаемая в статье 9, оценивается с учетом общего стандарта надежности, содержащегося в статье 11 (A/CN.9/863, пункты 66 и 73).

7. Статья 9 отражает результаты обсуждения, возникшего в связи с понятием "уникальность". Уникальность оборотного документа или инструмента преследует цель исключить распространение нескольких документов или инструментов, касающихся исполнения одного и того же обязательства (A/CN.9/WG.IV/WP.118, пункт 39), и, таким образом, избежать выставления нескольких требований (A/CN.9/761, пункт 33; A/CN.9/768, пункт 51). Обеспечение гарантии уникальности (или единственности) в электронной среде, эквивалентно владению правоустанавливающим или оборотным документом, давно рассматривается как особая трудность (A/CN.9/WG.IV/WP.90, пункт 95; A/CN.9/WG.IV/WP.115, пункты 12-18).

8. Уникальность представляет собой относительное понятие, которое создает технические трудности в электронной среде, поскольку обеспечение абсолютной гарантии невоспроизводимости может и не быть технически возможным. В действительности понятие уникальности создает трудности также в отношении оборотных документов или инструментов, поскольку бумажный носитель не обеспечивает абсолютную гарантию невоспроизводимости. Вместе с тем использование бумажных документов на

протяжении веков в предпринимательских сделках обеспечивало предоставление коммерческим операторам достаточной информации для оценки рисков, связанных с использованием этого средства, тогда как практика, касающаяся использования электронных передаваемых записей, пока не является в равной мере хорошо установившейся.

9. В отношении электронных передаваемых записей использование понятий "единственности" и "контроля" является достаточным для предоставления надежной гарантии того, что должник не станет объектом предъявления нескольких требований об исполнении одного и того же обязательства (A/CN.9/804, пункты 38, 71 и 74; см. также A/CN.9/797, пункты 48 и 50 и A/CN.9/869, пункт 55).

10. Подход на основании "единственности" требует надежной идентификации электронной передаваемой записи, которая позволяет ее держателю требовать исполнения обязательства, указанного в ней, с тем чтобы можно было избежать предъявления нескольких требований в отношении одного и того же обязательства, тогда как подход на основании "контроля" сосредоточивается на использовании надежного метода для идентификации лица, которое контролирует данную электронную передаваемую запись (A/CN.9/834, пункт 86; A/CN.9/869, пункт 56).

11. Одно из последствий принятия понятий "единственности" и "контроля" в Типовом законе заключается в предотвращении несанкционированного воспроизведения электронной передаваемой записи системой (см. также A/CN.9/834, пункты 105-107).

Подпункт 1(a)

12. В подпункте 1(a) говорится, что электронная запись должна содержать информацию, требуемую в оборотном документе или инструменте. Поскольку такая информация содержится в письменной форме в оборотном документе или инструменте, ее включение в электронную передаваемую запись должно соответствовать статье 7 Типового закона. Определение понятия "электронная запись", содержащееся в статье 2 Типового закона, уточняет, что электронная запись необязательно должна иметь составной характер (см. A/CN.9/WG.IV/WP.139, пункты 38-39).

13. Электронная передаваемая запись должна содержать информацию, указывающую на ее функциональную эквивалентность оборотному документу или инструменту. Такое указание является необходимым также для определения материально-правовых норм, применимых к электронным передаваемым записям (например, законодательства, применимого к коносаменту, а не законодательства, применимого к простому векселю).

14. Законодательство, которое не содержит положения, сходного с подпунктом 1(a) статьи 9, но прямо устанавливает требования в отношении информации, которая должна содержаться в электронной передаваемой записи, по всей вероятности, предусматривает наличие электронных передаваемых записей, которые не являются функционально эквивалентными оборотным документам или инструментам, но существуют только в электронной среде.

15. Соответственно, электронная передаваемая запись, существующая только в электронной форме, не будет отвечать требованиям статьи 9 и, таким образом, не будет подпадать под определение понятия электронной передаваемой записи, содержащееся в статье 2. А именно, хотя электронная передаваемая запись, существующая только в электронной форме, могла бы отвечать другим требованиям, установленным в Типовом законе, данная запись будет самостоятельно отвечать требованиям в отношении информации и поэтому не будет отвечать требованиям пункта 1(a) статьи 9 (A/CN.9/869, пункт 67).

16. Подпункт 1(a) не содержит какого-либо уточняющего слова, например "эквивалентный", "соответствующий" или "имеющий одну и ту же цель", с учетом того, что согласно этому положению в электронной передаваемой записи должна указываться такая же информация, какая требуется для оборотного документа или инструмента такого же вида. Включение дополнительного уточняющего слова может порождать неопределенность (A/CN.9/869, пункты 50-51).

Подпункт 1(b)(i)

17. Подпункт 1(b)(i) устанавливает требование относительно идентификации электронной записи как записи, содержащей информацию, необходимую для установления того, что данная запись является электронной передаваемой записью. Это требование подразумевает подход, основывающийся на "единственности" (A/CN.9/834, пункт 86; A/CN.9/869, пункт 52).

18. Цель этого положения заключается в обособлении электронной передаваемой записи от других электронных записей, которые не являются передаваемыми. Только обособление достаточно для выражения подхода, основывающегося на единственности (A/CN.9/869, пункты 52, 55 и 59; A/CN.9/828, пункт 32; см. также A/CN.9/WG.IV/WP.137, пункт 57). Определенный артикль в текстах на английском, испанском и французском языках является достаточным для указания на подход, основывающийся на единственности, и избежания таким образом использования любого уточняющего слова и связанных с этим трудностей (A/CN.9/869, пункт 58). Варианты текста на других языках призваны передать такое же понятие.

19. В отличие от внутреннего законодательства некоторых стран¹ подпункт 1(b)(i) не содержит ссылки на такое уточняющее слово, как "достоверный", "действительный" или "однозначный" для идентификации электронной записи в качестве электронной передаваемой записи (A/CN.9/869, пункты 52, 57-60; A/CN.9/834, пункты 101-104; A/CN.9/828, пункт 32). Причина отсутствия такого уточняющего слова заключается в том, что оно могло бы создать трудности с точки зрения толкования, особенно на определенных языках, могло бы толковаться как указывающее на понятие "уникальности", которое было отклонено, и могло бы в конечном счете способствовать судебным тяжбам.

¹ Статья 7-106 Единообразного торгового кодекса (ЕТК).

Подпункт 1(b)(ii)

20. В подпункте 1(b)(ii) устанавливается требование о том, чтобы электронная передаваемая запись поддавалась контролю с момента ее создания до момента утраты ею силы и действительности, особенно для того, чтобы позволить ее передачу. Это требование позволяет реализовать подход, основывающийся на "контроле" (A/CN.9/834, пункт 86; A/CN.9/869, пункт 64).

21. Это положение учитывает возможность того, что электронная передаваемая запись необязательно может быть фактически объектом контроля (A/CN.9/804, пункт 61). Такая ситуация может возникнуть, например, в случае потери электронной передаваемой записи, созданной на базе технологии электронных ключей.

22. Ссылка на надежный метод в связи с подпунктом 1(b)(ii) касается надежности системы, которая используется для придания электронной записи такого характера, благодаря которому она может быть объектом контроля (A/CN.9/869, пункт 64).

Подпункт 1(b)(iii)

23. Обеспечение целостности данных является абсолютным понятием (A/CN.9/863, пункт 42). Оно касается факта и, как таковое, является объективным, т.е. независимым от того, сохраняет ли электронная передаваемая запись целостность. Ссылка на надежный метод, используемая для сохранения целостности, является относительной или субъективной, и оценка этого метода обуславливается общим стандартом надежности, содержащимся в статье 11 (A/CN.9/869, пункт 63).

Пункт 2

24. Пункт 2 содержит положение, касающееся оценки понятия целостности (A/CN.9/828, пункты 48 и 49). В нем указывается, что электронная передаваемая запись сохраняет целостность, когда любой набор информации, касающийся юридически значимых изменений (в отличие от изменений чисто технического характера), сохраняется в полном и неизменном виде с момента создания электронной передаваемой записи до момента утраты ею силы или действительности (A/CN.9/804, пункт 29). Это положение основывается на пункте 3 статьи 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (A/CN.9/828, пункт 45). Однако следует отметить, что пункт 3(a) статьи 8 Типового закона об электронной торговле содержит ссылку на понятие целостности в отношении использования понятия "подлинный", которое может быть более целесообразным при электронном заключении договоров. С другой стороны, понятие целостности, содержащееся в пункте 2 статьи 9 Типового закона, неизбежно учитывает тот факт, что цикл существования электронных передаваемых записей подразумевает ряд событий, которые должны быть точно отражены в этих записях.

25. "Санкционированными" изменениями являются те изменения, которые разрешены разработчиками системы в течение цикла существования электронной передаваемой записи (A/CN.9/828, пункт 44; A/CN.9/834, пункты 27-28). Термин "санкционированный" не касается вопроса о том, являются ли такие изменения законными, что привнесло бы стандарт

заблаговременного предположения наличия правовой оценки согласно материально-правовым нормам (A/CN.9/804, пункт 32). Например, несанкционированными изменениями будут те изменения, которые привнесены хакером, который должен нарушить целостность электронной передаваемой записи, с тем чтобы получить к ней доступ (A/CN.9/869, пункты 61-62).

Ссылки на материалы подготовительной работы

A/CN.9/WG.IV/WP.122, пункты 15-19; A/CN.9/768, пункты 48-56, 75, 76 и 85;

A/CN.9/WG.IV/WP.124, пункты 35-39; A/CN.9/797, пункты 47-60;

A/CN.9/WG.IV/WP.128, пункты 42-55; A/CN.9/804, пункты 21-40; пункты 70-75;

A/CN.9/WG.IV/WP.130, пункты 54-65;

A/CN.9/828, пункты 31-40, пункты 42-49;

A/CN.9/WG.IV/WP.132, пункты 56-64; A/CN.9/834, 21-30 и 85-90 и 92; 99-108;

A/CN.9/WG.IV/WP.135, пункты 68-80;

A/CN.9/WG.IV/WP.137, пункты 52-65; A/CN.9/869, пункты 50-68.

"Проект статьи 10. Контроль

1. В тех случаях, когда законодательство требует владения оборотным документом или инструментом, это требование считается выполненным в отношении электронной передаваемой записи, если используется надежный метод:

а) для установления исключительного контроля над электронной передаваемой записью, осуществляемого тем или иным лицом; и

б) для идентификации этого лица как лица, осуществляющего контроль.

2. В тех случаях, когда законодательство требует или допускает передачу владения оборотным документом или инструментом, это требование считается выполненным в отношении электронной передаваемой записи посредством передачи контроля над этой электронной передаваемой записью."

Замечания

26. Проект статьи 10 отражает результаты его обсуждения Рабочей группой на ее пятьдесят третьей сессии (A/CN.9/869, пункты 103-110), предусматривающие: i) помещение этого проекта статьи сразу же после проекта статьи 9 с учетом их логической взаимосвязи; ii) использование в качестве названия слова "контроль", поскольку оно касается особенно уместного понятия в проекте типового закона и наилучшим образом выделяет его содержание; и iii) использование слова "идентификация" в подпункте 1(b) с учетом его ясного значения.

Комментарии

27. Статья 10 предусматривает правило функциональной эквивалентности в отношении владения оборотным документом или инструментом. Функциональная эквивалентность владения обеспечивается тогда, когда используется надежный метод для установления контроля над этой записью каким-либо лицом и для идентификации лица, осуществляющего контроль.

28. Понятие "контроля" тесно взаимосвязано с подпунктом (b)(ii) статьи 9 (A/CN.9/869, пункт 103) и фактически отвечает требованию, содержащемуся в этом подпункте. Понятие "контроля" может касаться контроля над информацией, относящейся к электронной передаваемой записи ("логический контроль"), или контроля над физическим объектом, содержащим такую информацию ("физический контроль"), в зависимости от системы, используемой для управления данной электронной передаваемой записью (A/CN.9/768, пункт 78).

29. Понятие "контроля" не определяется в Типовом законе, поскольку оно является функциональным эквивалентом понятия "владения", которое в свою очередь может различаться в каждой правовой системе (A/CN.9/834, пункт 83).

30. И контроль, и владение носят фактический характер. В соответствии с общим принципом, согласно которому Типовой закон не затрагивает материально-правовые нормы, понятие контроля не затрагивает и не ограничивает правовые последствия, возникающие из владения. Следовательно, стороны могут согласовать условия осуществления владения, однако не изменять само понятие владения (A/CN.9/863, пункт 101).

31. В названии статьи 10 упоминается "контроль", а не "владение", и таким образом оно отходит от стиля наименования других статей Типового закона, поскольку понятие "контроля" является особенно значимым в Типовом законе. Хотя понятие "контроля" может существовать во внутреннем законодательстве², понятие "контроля", содержащееся в статье 10, должно толковаться автономно с учетом международного характера Типового закона.

Пункт 1

32. Надежность метода, указанного в статье 10, оценивается с учетом общего стандарта надежности, содержащегося в статье 11 (A/CN.9/863, пункты 66 и 73).

Подпункт 1(a)

33. Подпункт 1(a) касается "исключительного" контроля по причинам обеспечения ясности (A/CN.9/834, пункт 93), поскольку понятие "контроля", аналогичное понятию "владения", подразумевает исключительность при его осуществлении (A/CN.9/797, пункт 74). И все же контроль, как и владение, может осуществляться одновременно более чем одним лицом, осуществляющим контроль. Понятие "контроля" не касается "законного" контроля, поскольку этот вопрос относится к материально-правовым нормам (A/CN.9/797, пункт 76).

² Например, статья 7-106 Единообразного торгового кодекса.

34. Хотя и понятие "контроля", и понятие "единственности" направлены на предотвращение предъявления нескольких требований об исполнении одного и того же обязательства, данные два понятия действуют независимо друг от друга, и их следует отличать друг от друга. Например, вполне возможно представить себе исключительный контроль над множественной записью, т.е. контроль, который не отвечает требованиям единственности. И напротив, вполне также возможно представить себе неисключительный контроль над одной записью (A/CN.9/804, пункт 69; см. также A/CN.9/797, пункты 48-50; и пункты 9-10 выше).

Подпункт 1(b)

35. Подпункт 1(b) требует надежной идентификации лица, осуществляющего контроль в качестве держателя электронной передаваемой записи (A/CN.9/768, пункты 77 и 85). Лицо, осуществляющее контроль над электронной передаваемой записью, находится в том же правовом положении, что и держатель эквивалентного оборотного документа или инструмента.

36. Ссылка на "лицо, осуществляющее контроль" над электронной передаваемой записью в подпункте 1(b), не подразумевает, что это лицо является также законным лицом, осуществляющим контроль над данной записью, поскольку этот вопрос должен определяться материально-правовыми нормами (A/CN.9/828, пункт 61). Кроме того, ссылка на лицо, осуществляющее контроль, не исключает возможности наличия более чем одного лица, осуществляющего контроль (A/CN.9/828, пункт 63) или выборочного предоставления права контроля над одной электронной передаваемой записью нескольким субъектам на основании законных прав, предоставленных каждому субъекту (например, правовой титул на имущество в форме товаров, обеспечительных интересов и т.д.).

37. Лицо, осуществляющее контроль, может быть физическим или юридическим лицом (A/CN.9/869, пункты 109-110) или другим субъектом, способным владеть электронной передаваемой записью согласно материально-правовым нормам. Использование услуг какой-либо третьей стороны для осуществления исключительного контроля не затрагивает исключительности контроля и не подразумевает, что третья сторона – поставщик услуг или любой другой посредник является лицом, осуществляющим контроль (A/CN.9/804, пункт 59).

38. Требование идентифицировать лицо, осуществляющее контроль, не подразумевает, что электронная передаваемая запись сама по себе содержит идентификационные данные лица, осуществляющего контроль. Скорее это требование предусматривает, что методы или система, используемые для установления контроля в целом, выполняет функцию идентификации (A/CN.869, пункты 106-108; A/CN.9/828, пункт 63). Кроме того, идентификация не должна пониматься как подразумевающая наличие обязательства поименовать лицо, осуществляющее контроль, поскольку Типовой закон допускает выдачу электронных передаваемых записей на предъявителя, что подразумевает анонимность (A/CN.9/828, пункт 51).

39. Определенные системы управления электронными передаваемыми записями, такие как системы, основывающиеся на распространяемых

регистрационных журналах, могут идентифицировать лицо, осуществляющее контроль посредством ссылки на псевдонимы, а не на реальные имена. Такая идентификация и возможность связать псевдоним и реальное имя, если в этом будет необходимость, будет отвечать требованию идентифицировать лицо, осуществляющее контроль. В любом случае анонимность для целей коммерческого права не может исключать возможность идентификации лица, осуществляющего контроль, для других целей, например для целей правоохранительной деятельности.

40. Статья 10 будет также оказывать содействие в осуществлении тех необходимых шагов, предпринимаемых в течение срока существования электронной передаваемой записи, которые требуют демонстрации контроля над этой записью. Например, понятие "предъявления" в бумажной среде полагается на демонстрацию владения оборотным документом или инструментом в качестве своего ключевого элемента. Такая демонстрация может быть обеспечена путем идентификации лица, осуществляющего контроль. На практике система управления электронными передаваемыми записями может полагаться на требование идентифицировать лицо, осуществляющее контроль, которое предусмотрено в статье 10, когда речь идет о предъявлении записи. Соответственно, Типовой закон не содержит отдельного положения о предъявлении (A/CN.9/863, пункты 27-36).

Пункт 2

41. Обратные документы или инструменты и, следовательно, также электронные передаваемые записи могут распространяться путем вручения или индоссаменты. В пункте 2 устанавливается норма, согласно которой передача контроля над электронной передаваемой записью является функциональным эквивалентом вручения, т.е. передачи владения, оборотного документа или инструмента (A/CN.9/834, пункты 31-33; см. также комментарии к статье 16, касающиеся индоссаменты).

42. Пункт 2 включает слова "или допускает", с тем чтобы разъяснить его применение в случаях, в которых законодательство всего лишь допускает, но не требует передачи владения оборотным документом или инструментом.

43. Вручение оборотного документа или инструмента может быть необходимым шагом в течение цикла существования этого документа или инструмента. Например, просьба о вручении товаров, как правило, требует вручения коносамента. Типовой закон не содержит конкретных положений, касающихся вручения, поскольку пункт 2, касающийся передачи контроля в качестве функционального эквивалента вручения, будет применяться также в этих случаях.

Ссылки на материалы подготовительной работы

A/CN.9/761, пункты 24-25, 38-41 и 50-58;

A/CN.9/WG.IV/WP.122, пункт 14; пункты 26-28; A/CN.9/768, пункты 45-47 и 75-85;

A/CN.9/WG.IV/WP.124/Add.1, пункты 1-2 и 3-9; A/CN.9/797, пункты 66 и 74-90;

A/CN.9/WG.IV/WP.128/Add.1, пункты 11-20; A/CN.9/804, пункты 51-70;

A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, пункты 20-28; A/CN.9/828, пункты 50-67;
A/CN.9/WG.IV/WP.132/Add.1, пункты 24-34; A/CN.9/834, пункты 31-33 и 83-94;
A/CN.9/WG.IV/WP.135/Add.1, пункты 19-28; A/CN.9/863, пункты 27-36 и
пункты 99-102;
A/CN.9/WG.IV/WP.137/Add.1, пункты 23-30; A/CN.9/869, пункты 103-110.

"Проект статьи 11. Общий стандарт надежности"

Для целей статей [8, 9, 10, 11, 17, 18, 19] метод, о котором идет речь:

а) является настолько надежным, насколько это соответствует цели выполнения функции, для которой этот метод используется, с учетом всех соответствующих обстоятельств, которые могут включать:

- i) операционные правила, касающиеся оценки надежности и регулирующие работу системы;
- ii) гарантия целостности данных;
- iii) способность предотвращать несанкционированный доступ к системе и ее несанкционированное использование;
- iv) безопасность систем аппаратного и программного обеспечения;
- v) регулярность и объем ревизии, проводимой независимым органом;
- vi) наличие заявления, сделанного надзорным органом, аккредитующим органом или на основе добровольной схемы в отношении надежности данного метода;
- vii) любые применимые промышленные стандарты; или

б) фактически доказал выполнение функции им самим или с помощью также других доказательств."

Замечания

44. Проект статьи 11 отражает результаты его обсуждения Рабочей группой на ее пятьдесят третьей сессии (A/CN.9/869, пункты 69-78), предусматривающие: i) замену слова "качество" в тексте подпункта (a)(iv) словом "безопасность", поскольку само по себе качество не поддается с легкостью объективной оценке, а понятие безопасности более непосредственно соотносимо с оценкой надежности метода; ii) исключение слов "предназначенную для него" в тексте подпункта (b), поскольку это положение не касается только функций, которые были согласованы на договорной основе; и iii) исключение второго пункта, содержащего ссылку на соглашение сторон в отношении целей оценки надежности, при том понимании, что проект типового закона не препятствует сторонам возлагать некую ответственность на договорной основе.

45. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли подпункт (a)(vi) ссылаться на надежность системы, методов, используемых в этой системе, или же на одно и другое. В этом отношении Рабочая группа,

возможно, пожелает подтвердить, что термин "система" используется в Типовом законе для указания на систему управления электронными передаваемыми записями при том понимании, что ссылка на эту систему не подразумевает существования системного администратора или другой формы централизованного контроля. С учетом этого Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в подпункте (a)(iv) сослаться на "аппаратное и программное обеспечение, используемое в этой системе".

Комментарии

46. Статья 11 предусматривает единый и технологически нейтральный общий стандарт оценки надежности, который применяется всегда, когда какое-либо положение Типового закона требует использования "надежного метода" для выполнения своих функций (A/CN.9/863, пункт 44).

47. Статья 11 направлена на увеличение правовой определенности путем указания элементов, которые могут быть значимыми при оценке надежности (A/CN.9/804, пункт 47). Перечень обстоятельств, содержащийся в статье 11, не является исчерпывающим и не препятствует сторонам возлагать ответственность на договорной основе (см. также пункты 62-63 ниже). Общий стандарт надежности является применимым ко всем поставщикам услуг в системе управления электронными передаваемыми записями, а не только к поставщикам услуг – третьим сторонам (A/CN.9/804, пункт 48).

48. Хотя это положение направлено на предоставление руководящих указаний относительно оценки надежности системы управления электронными передаваемыми записями в случае возникновения спора (оценка надежности "ex post"), его содержание неизбежно будет также воздействовать на структуру системы (оценка надежности "ex ante") (A/CN.9/863, пункт 44), поскольку разработчики системы стремятся предложить надежные системы.

49. Каждое положение Типового закона, касающееся использования надежного метода, направлено на выполнение иной функции (A/CN.9/863, пункт 54). Соответственно, ссылка на "цели статей", содержащаяся во вступительной части текста статьи 11, направлена на разъяснение того, что оценка надежности каждого соответствующего метода должна проводиться отдельно с учетом функции, конкретно осуществляемой с помощью использования этого метода (A/CN.9/863, пункт 39). Этот подход обеспечивает необходимую гибкость при оценке применения стандарта надежности на практике (A/CN.9/828, пункт 47), поскольку он позволяет приспособлять оценку надежности к каждой функции, выполняемой системой.

Подпункт (a)

50. Подпункт (a) содержит перечень обстоятельств для содействия определению надежности. Слова "которые могут включать" разъясняют, что этот перечень не является исчерпывающим и носит только иллюстративный характер (A/CN.9/863, пункты 46 и 66). Слова "все соответствующие обстоятельства" включают цель, для которой была подготовлена информация, содержащаяся в электронной передаваемой записи (A/CN.9/863, пункт 67).

51. Этот перечень обстоятельств направлен на достижение баланса между предоставлением руководящих указаний относительно оценки надежности и

установлением требований, которые могут привести к чрезмерным издержкам в ходе предпринимательской деятельности, препятствуя в конечном счете электронной торговле и приводя к увеличению числа судебных тяжб в отношении сложных технических вопросов (A/CN.9/863, пункт 46). Дополнительные, возможно, соответствующие обстоятельства включают: качество персонала, достаточные финансовые ресурсы и страхование ответственности, наличие процедуры уведомления о нарушениях системы безопасности и ведение надежного ревизорского учета (A/CN.9/804, пункты 44-45).

"операционные правила"

52. Подпункт (а)(i) касается "операционных правил", обычно содержащихся в инструкции по эксплуатации, применение которой может контролироваться надзорным органом, и как таковые они могут не носить чисто договорного характера. Слова "касающиеся оценки" разъясняют, что должны учитываться только операционные правила, касающиеся надежности системы, а не операционные правила в целом (A/CN.9/863, пункты 57 и 68).

"гарантия целостности данных"

53. Подпункт (а)(ii) касается "гарантии целостности данных" в качестве абсолютного понятия, поскольку целостность данных не может быть выражена посредством ссылки на степень целостности (A/CN.9/863, пункт 42). Хотя понятие "целостности" электронной передаваемой записи уже содержится в статье 9, оно включено также в качестве элемента в оценку общего стандарта надежности. Точнее, ссылка на целостность, содержащаяся в статье 10, имеет значение также для статей, в которых не упоминается целостность, когда целостность фактически относится к оценке надежности используемого метода и в конечном счете достижению функционального эквивалента (A/CN.9/863, пункты 69 и 70).

"предотвращать несанкционированный доступ к системе и ее несанкционированное использование"

54. Это обстоятельство касается способности предотвращать доступ к системе и ее несанкционированное использование для третьих сторон, которые не имеют разрешения делать это. В этом отношении следует отметить, что понятие целостности в Типовом законе касается "санкционированных" изменений. Надежный метод в связи с этим позволяет предотвращать несанкционированные изменения. Кроме того, понятие контроля основывается на исключительности, которая предполагает способность исключать третьи стороны, не имеющие санкционированного доступа к системе.

"безопасность систем аппаратного и программного обеспечения"

55. Ссылка на "безопасность систем аппаратного и программного обеспечения" включена в перечень критериев для оценки общего стандарта надежности в отношении электронных передаваемых записей, поскольку безопасность систем аппаратного и программного обеспечения оказывает прямое воздействие на надежность используемого метода. Эта ссылка также содержится в подпункте (b) статьи 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ об

электронных подписях, который ссылается на "качество систем аппаратного и программного обеспечения" как на один из факторов, которые должны рассматриваться при определении надежности любых систем, процедур и людских ресурсов, используемых поставщиком услуг по сертификации. Термин "безопасность" используется в подпункте (a)(iv) вместо термина "качество", поскольку понятие безопасности легче поддается объективной оценке используемого метода (A/CN.9/869, пункт 69).

"регулярность и объем ревизии, проводимой независимым органом"

56. Существование регулярных достоверных ревизий, проводимых независимым органом, может рассматриваться как доказательство подтверждения надежности системы третьей стороной. Аналогичным образом, подпункт (e) статьи 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях содержит ссылку на "регулярность и объем ревизии, проводимой независимым органом", как на один из факторов, которые должны учитываться при определении надежности любых систем, процедур и людских ресурсов, используемых поставщиком услуг по сертификации.

"наличие заявления, сделанного надзорным органом, аккредитующим органом или на основе добровольной схемы в отношении надежности данного метода"

57. Критерий "регулярности и объема ревизии, проводимой независимым органом", основывается на подпункте (f) статьи 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях, который ссылается на "заявление, сделанное государством, аккредитующим органом или поставщиком сертификационных услуг в отношении соблюдения или наличия вышеуказанного" в качестве одного из факторов, которые должны учитываться при определении надежности любых систем, процедур и людских ресурсов, используемых поставщиком услуг по сертификации. Заявление такого органа может гарантировать определенный уровень объективности в оценке надежности этого метода.

"любой применимый промышленный стандарт"

58. Ссылка на "любой применимый промышленный стандарт" вытекает из предложения включить сноску на международно признанные стандарты и виды практики, позволяющие избегать большого числа судебных тяжб, основывающихся на сложных технических вопросах (A/CN.9/804, пункт 46), и допускать гибкость в выборе технологии при предоставлении руководящих указаний с учетом также того факта, что системы управления электронными передаваемыми подписями, по всей вероятности, будут разрабатываться и эксплуатироваться высококвалифицированными специалистами (A/CN.9/863, пункт 56).

59. В ходе обсуждения статьи 11 термину "любой применимый промышленный стандарт" было отдано предпочтение по сравнению с термином "наилучшие виды промышленной практики", поскольку первый термин легче поддается проверке (A/CN.9/863, пункт 71). Предпочтительно, чтобы промышленные стандарты были международно признанными (A/CN.9/863, пункт 56). Фактически использование международных стандартов может способствовать появлению общего понятия надежности во

всех правовых системах. Ссылка на промышленные стандарты не толкуется как нарушающая принцип технологической нейтральности (A/CN.9/863, пункт 71).

Подпункт (b)

60. Подпункт (b) устанавливает "защитительное положение" с целью недопущения необоснованных тяжб путем утверждения методов, которые фактически выполнили свою функцию, независимо от какой бы то ни было оценки их надежности (A/CN.9/863, пункт 43). Он касается выполнения этой функции в конкретном случае, в отношении которого возник спор, и не преследует целей прогнозирования надежности на основе предыдущих случаев применения этого метода (A/CN.9/863, пункт 51). Это положение может действовать в отношении любой из функций, выполняемых с помощью использования электронных передаваемых записей (A/CN.9/869, пункт 71). Аналогичный механизм предусмотрен в подпункте 3(b)(ii) статьи 9 Конвенции об электронных сообщениях, касающейся функциональной эквивалентности электронных подписей.

61. На практике тот факт, что используемый метод фактически позволил выполнить эту функцию посредством его использования, будет предотвращать любое обсуждение оценки его надежности согласно подпункту (b).

Автономия сторон

62. Типовой закон не содержит прямой ссылки на значимость соглашения сторон при оценке надежности в статье 11. Ее отсутствие обусловливается желанием установить объективный стандарт надежности и по этой причине не обуславливать его зависимостью от автономии сторон. В частности, включение ссылки на автономию сторон могло бы толковаться как: а) вводящее разные стандарты оценки надежности, применение которых будет зависеть от заинтересованных сторон; б) приводящее к непредсказуемости заключений о действительности электронной передаваемой записи; и с) отменяющее материально-правовые нормы, особенно положения об обязательном применении, и в конечном счете воздействующее на третьи стороны. Следовательно, автономия сторон в отношении оценки надежности ограничивается вопросами распределения ответственности в пределах, установленных в применимом законодательстве (A/CN.9/869, пункт 75; см. также A/CN.9/863, пункты 40 и 59).

63. Важное значение соглашений сторон может быть особенно существенным в контексте закрытых систем или с учетом ссылки на промышленные стандарты, поскольку эти соглашения часто содержат полезные руководящие указания относительно технических деталей и могут способствовать технологическим инновациям в рамках обязательных материально-правовых норм (A/CN.9/869, пункт 77; см. также A/CN.9/863, пункты 58 и 74).

Ссылки на материалы подготовительной работы

A/CN.9/WG.IV/WP.128, пункты 56-58; A/CN.9/WG.IV/WP.128/Add.1, пункты 19-20;

A/CN.9/804, пункты 41-49 и 63;

A/CN.9/WG.IV/WP.130, пункты 66-78; A/CN.9/828, пункты 47-49

A/CN.9/WG.IV/WP.132, пункты 65-77;

A/CN.9/WG.IV/WP.135, пункты 81-95; A/CN.9/863, пункты 37-76;

A/CN.9/WG.IV/WP.137, пункты 66-77; A/CN.9/869, пункты 69-78.