

УНІФІКАЦІЯ ПРАВИЛ ЕЛЕКТРОННОЇ КОМЕРЦІЇ В РАМКАХ КОНВЕНЦІЇ ООН ПРО ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ПОВІДОМЛЕНЬ В МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРАХ

Досліджено питання уніфікації норм міжнародного приватного права в рамках ЮНСІТРАЛ, зокрема, в рамках Конвенції ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, визначенні ролі ЮНСІТРАЛ у сприянні використанню сучасних методів передачі даних і в забезпеченні визначеності відносно використання таких методів в міжнародній електронній торгівлі.

Ключові слова: ЮНСІТРАЛ, Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, уніфікація міжнародного приватного права.

Исзучены вопросы унификации норм международного частного права в рамках ЮНСИТРАЛ, в частности, в рамках Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах, определению роли ЮНСИТРАЛ в содействии использованию современных методов передачи данных и обеспечении определенности касательно использования таких методов в международной и внутренней электронной торговле.

Ключевые слова: ЮНСИТРАЛ, Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах, унификация международного частного права.

This research is devoted to the study of the issues of unification of private international law within the framework of UNCITRAL in particular within United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, study of the UNCITRAL role in facilitation the use of modern means of data interchange and ensuring certainty in the use of such means in international electronic commerce.

Key words: UNCITRAL, United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, unification of private international law.

Проблема уніфікації правового регулювання міжнародної торгівлі є актуальною в сучасній науці. Відмінності в правовому регулюванні окремих питань міжнародної торгівлі різних держав перешкоджають розвитку міжнародної торгівлі. Усунення таких перешкод сприятиме поживленню розвитку міжнародної торгівлі.

Ряд прогресивних положень та досвід роботи ЮНСІТРАЛ залишаються поза увагою українського законодавця. Зважаючи на стрімкий технічний розвиток, інформатизацію суспільства, найбільш цікавими є дослідження ЮНСІТРАЛ в галузі електронної комерції.

В науковій літературі дослідженням окремих питань уніфікації міжнародної торгівлі були присвячені праці А.С. Довгерта, М.М. Богуславського, Л.А. Лунца, Г.К. Матвєєва, О.В. Руденко, В.В. Попко, С.К.Теуш, Л.Г. Варшаломідзе, А.Л. Маковського, І.О. Хлестової, Н.Г. Швидак, К.Шмітгоффа та інших.

У 2002–2005 рр. ЮНСІТРАЛ підготувала текст Конвенції ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах (надалі – «Конвенція»)¹.

Замість звернення до матеріально-правових питань, таких як матеріальний елемент оферти та акцепту, мета Конвенції прояснити або пристосувати традиційні правила укладення договору до реалій укладення електронних угод за допомогою Інтернету². Проте, незважаючи дивлячись на прийнятий принцип

функціональної еквівалентності, до Конвенції включені матеріально-правові норми, необхідні для забезпечення юридичної сили електронних повідомлень.

Конвенція характеризується як така, що ґрунтується на Типовому законі «Про електронну торгівлю» (надалі – «ТЗЕТ»)³. Проте не всі матеріальні норми ТЗЕТ були перенесені до Конвенції, зокрема ті, які не були прийняті державами, що імплементували ТЗЕТ. Важливо, що деякі нові положення спочатку з'явилися в національному законодавстві і ґрунтуються на типовому Законі, продовжуючи поєднання міжнародних та внутрішніх зусиль⁴. Таким чином, щодо Конвенції по відношенню до тексту ТЗЕТ мають місце такі процеси, як повторне відтворення положень, що вже діють, вдосконалення тих положень, що потребують пристосування, відхилення положень, що не є дієвими, посилення існуючих норм шляхом внесення інших пов'язаних положень⁵.

Необхідність ухвалення такої Конвенції досліджував Джон Д. Грегорі, зауважуючи, що «Конвенція зробить внесок до арсеналу засобів для підвищення правової визначеності чи комерційної передбачуваності в електронних господарських транзакціях», а також наголошуючи, що «в деяких країнах, в яких конвенції мають переважну силу над законом, в державі, яка прийняла ТЗЕТ, може підлягати застосуванню конвенція, яка не визнає електронну торгівлю»⁶. Також пан Грегорі зазначив, що лише конвенція може привнести відповідний рівень узгодженості між кордонами.

Згідно із ст. 1 Конвенції Конвенція застосовується до міжнародних договорів, сторони (комерційні підприємства) яких знаходяться в різних державах, що має бути підтвержене відповідним положенням в самому договорі. Конвенція застосовуватиметься в тому випадку, коли відносини між сторонами регулюються правом хоча б однієї із договірних держав, що визначається нормами міжнародного приватного права, що діють в державі суду, якщо сторони не обрали застосовне право.

Конвенція у ст. 6 дає визначення комерційного підприємства, яким не вважається місце, де знаходяться устаткування, технічні засоби, що підтримують інформаційну систему, і та обставина, що яка-небудь сторона використовує доменне ім'я або адресу електронної пошти, пов'язані з якою-небудь конкретною країною, не створює сама по собі презумпції, що її комерційне підприємство знаходиться в цій країні. Отже, немає необхідності реєструвати доменне ім'я за межами країни, в якій зареєстровано підприємство. Конвенція також намагається уникнути ситуації, за якої сторона при укладенні електронних договорів мала б комерційне підприємство в одній державі, а при укладенні договорів за допомогою традиційних засобів – в іншій державі.

Конвенція встановлює презумпцію місцезнаходження, зазначеної стороною, яка, проте не носить абсолютного характеру і не дозволяє сторонам зазначати фіктивне місцезнаходження, а розглядається в світлі поняття комерційного підприємства. Презумпція місцезнаходження виконує практичну функцію і направлена на те, щоб кожного разу сторонам при зазначенні підприємства не доводилось проводити розслідування і визначати, яке із багатьох підприємств сторони має найбільш тісний зв'язок⁷.

Цікавим є підхід Конвенції у випадку, якщо сторона не вказала комерційного підприємства і має більш за одне комерційне підприємство, комерційним підприємством вважає те, яке має найбільш тісний зв'язок з договором. В основі такого підходу був покладений принцип, що міститься у ст. 10 Конвенції ООН

про купівлю-продаж. Проте на відміну від Конвенції, у якій мова іде лише про «найбільш тісний зв'язок з договором», у Конвенції ООН про купівлю-продаж, мова іде про комерційне підприємство, що має «найбільш тісний зв'язок з договором і його виконанням». Проте таке посилання на договір і на його виконання може служити підставою для виникнення невизначеності, оскільки можливі ситуації, при якій одне із комерційних підприємств однієї із сторін матиме найбільш тісний зв'язок з договором, тоді як інше комерційне підприємство цієї сторони буде мати найбільш тісний зв'язок з його виконанням. Тому підхід, запропонований Конвенцією дозволить усунути невизначеність, яка існує в Конвенції ООН про купівлю-продаж.

Перевагою цієї Конвенції є те, що визнається юридична сила договорів, укладених за допомогою електронних повідомлень. Конвенція в ст. 8 містить принцип недискримінації електронних повідомлень згідно якого «повідомлення або договір не можуть бути позбавлені дійсності або позовної сили на тій лише підставі, що вони складені у формі електронного повідомлення», причому поняття електронних повідомлень вводиться безпосередньо в шість раніше прийнятих конвенцій ООН, серед яких Конвенція про договори міжнародної купівлі-продажу товарів.

В основу Конвенції і ТЗЕТ був покладений «принцип функціональної еквівалентності», зокрема, стосовно понять «письмова форма», «підпис» і «оригінал». Так, Джон Д. Грегорі визначає, що Конвенція «встановлює функціональний еквівалент традиційним правовим нормам, що вимагають паперові примірники, таким чином інформаційне повідомлення можуть мати таку саму юридичну силу»⁸.

У пункті 1 статті 9 Конвенції, як і в Конвенції ООН про купівлю-продаж, відображений загальний принцип свободи форми, Конвенція не містить будь-яких вимог із цього приводу. Коли законодавство вимагає, аби повідомлення або договір були представлені у письмовій формі, або передбачає настання певних наслідків в разі відсутності письмової форми, то згідно статті 9 Конвенції ця вимога вважається виконаною шляхом представлення електронного повідомлення, якщо інформація, що міститься в ньому, є доступною для її подальшого використання. Отже, в Конвенції відображена концепція відтворення і можливість прочитання інформації, включаючи технічні можливості програмного забезпечення.

В ст. 9 Конвенції також розглянуто випадок, коли законодавство вимагає, щоб повідомлення чи договір були підписані. З метою ідентифікації та наміру сторони відносно інформації, як правило, використовується електронний цифровий підпис, проте виходячи із принципу технологічної нейтральності, в Конвенції не робиться спроба вказати конкретні технологічні еквіваленти власноручних підписів. Замість цього, виходячи із принципу функціональної еквівалентності, в Конвенції встановлено, що електронний підпис повинен дозволяти ідентифікувати укладача електронного повідомлення і вказувати на намір укладача щодо інформації, що міститься в електронному повідомленні. Відмінна норма міститься в ТЗЕТ, в якій йдеться про вираження «згоди» особи, що підписала документ із інформацією, що міститься в документі. Проте існують випадки, коли документи необхідно засвідчити підписом нотаріуса, і такий підпис не свідчить про згоду нотаріуса зі змістом документу і тому доречно зазначити формулювання «вказувати на намір укладача щодо інформації». Також у Конвенції, у пункті 3 b) i) вста-

новлюється «критерій надійності» підписів.

Конвенція встановлює мінімальні вимоги до форми електронного повідомлення з тим, щоб його вважати функціональним еквівалентом оригіналу. Конвенція вказує на надійні докази цілісності інформації з моменту, коли воно було вперше підготовлене в його остаточній формі у вигляді електронного повідомлення і критерії, які необхідно враховувати при оцінці цілісності, а також на можливість при необхідності продемонструвати інформацію.

Конвенція в статті 10 пропонує підхід до регламентації часу і місця відправлення і отримання електронних повідомлень. У Конвенції не робиться спроба визначити момент, починаючи з якого оферта і акцепти оферти набувають чинності для цілей укладення договорів. Такий підхід ще раз підтверджує, що основна мета Конвенції не створювати подвійного режиму регулювання укладення договорів за допомогою традиційних засобів та за допомогою обміну електронними повідомленнями. Метою статті 10 Конвенції є усунення невизначеності у відношенні часу і місця укладення договорів у випадках, коли оферта або акцепт передаються за допомогою електронних засобів.

У статті 10 Конвенції проводиться різниця між доставкою повідомлень по конкретно вказаним електронним адресам і доставкою повідомлень за адресою, яка не була вказана. Підхід Конвенції до вирішення питання щодо випадків, коли повідомлення доставляється не за вказаною електронною адресою, відрізняється від підходу, прийнятого в ТЗЕТ. ТЗЕТ виходить із того, адресат повинен бути готовим отримати таке повідомлення в будь-якій із своїх інформаційних систем. У цьому випадку ЮНСІТРАЛ, беручи до уваги ту обставину, що багато осіб мають більш за одну електронну адресу, і не зручно розраховувати на те, що вони чекатимуть отримання повідомлень, що мають обов'язкову юридичну силу, по всіх електронних адресах, що у них є, відійшла від такого підходу.

Місцем відправлення і отримання електронних повідомлень вважаються місця знаходження комерційних підприємств сторін.

Конвенція також намагається вирішити про те в якій мірі сторони, що пропонують товари та послуги в мережі Інтернет, пов'язані такою інформацією, розміщеною таким способом. Згідно із ст. 14 Конвенції ООН про міжнародну купівлю-продаж «пропозиція, адресована невизначеному колу осіб, розглядається лише як запрошення робити оферти, якщо інше прямо не зазначено особою, яка зробила таку пропозицію.» Слід зазначити, що пропозиція укласти договір є офертою лише при виконанні ряду умов. Наприклад, стосовно договорів купівлі-продажу, що підлягають регулюванню Конвенцією ООН про купівлю-продаж, така «пропозиція про укладення договору, адресована одній чи кільком конкретним особам, є офертою, якщо вона досить виразна й висловлює намір оферента вважати себе зв'язаним у разі акценту. Пропозиція є досить виразною, якщо в ній зазначено товар та безпосередньо чи опосередковано встановлюється його кількість і вартість або передбачено порядок їх визначення.» Відповідно, намір сторони вважати себе зв'язаним пропозицією не є достатньою для того, щоб розглядати його в якості оферти за відсутності таких інших елементів.

Конвенція також вводить поняття електронної оферти в ст. 11 і дозволяє укладати договори з використанням автоматизованих систем повідомлень.

Одним із важливих положень Конвенції є питання помилок, які можуть бути допущені в ході функціонування системи повідомлень, або в результаті дій особи, що використовує автоматизовані системи повідомлень, ризик допущення яких є

досить високим. Питання наслідків помилок при електронному укладенні договорів не знайшло відображення в ТЗЕТ. Частковому вирішенню такого питання присвячена ст. 14 Конвенції, яка застосовується лише у випадках, коли помилки мають місце при передачі інформації між фізичною особою і автоматизованою системою повідомлень і ця система не дає особі можливості виправити помилку. Проте в Конвенції ризик у зв'язку із такими помилками розподілений таким чином, що якщо автоматизована система повідомлень не надала відповідній особі можливість виправити помилку до відправлення повідомлення, то ризик можливих помилок приймає на себе сторона, від імені якої експлуатується така автоматизована система. Ст. 14 Конвенції дає стороні, що допустила помилку, право відкликати ту частину електронного повідомлення, в якій була допущена помилка і спрямована на те, щоб стимулювати сторону, якою експлуатується така автоматизована система, вбудовувати захисні механізми із можливістю іншій стороні виправити помилку.

Право відкликання поширюється лише на ту частину електронного повідомлення, в якому була допущена помилка, якщо це дозволяє інформаційна система, надаючи, таким чином, сторонам можливість долати наслідки помилок в електронних повідомленнях, якщо не забезпечуються засоби для виправлення помилок, і зберегти в максимальній можливій міри дійсність договору шляхом виправлення лише тієї його частини, у якій була допущена помилка, відповідно до загального принципу збереження договорів.

Сьогодні проблема уніфікації правового регулювання міжнародної торгівлі широко досліджується в сучасній науковій зарубіжній доктрині. Кейт Леннан, співробітник з юридичних питань ЮНСІТРАЛ, щодо майбутньої роботи ЮНСІТРАЛ в галузі електронної комерції висловлює наступні міркування: «В контексті майбутньої роботи ЮНСІТРАЛ повторила свої переконання, що ТЗЕТ, Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронні підписи та Конвенція є базою для сприяння державою електронній торгівлі, але помітили, що вони стосуються лише певних питань, з якими стикнуться держави, що бажають модернізувати своє законодавство в цій сфері»⁹. А. Фітцгеральд та А. Моенс виділяють наступні принципи електронної торгівлі, зауважуючи, що такий перелік не є вичерпним: 1) рівність традиційних та електронних транзакцій, 2) створення довіри електронним транзакціям; 3) участь неурядових організацій у регулюванні електронної торгівлі та 4) відкритість джерел електронної торгівлі¹⁰, які знайшли відображення в Конвенції.

Виходячи із аналізу основних положень Конвенції можна зробити висновок, що Конвенція дозволяє державам пристосувати своє внутрішнє законодавство до нових технічних досягнень без необхідності відмови від паперової форми документів і без втручання в правові концепції, на яких ґрунтуються такі вимоги, враховуючи, що основна мета Конвенції не створювати подвійного режиму регулювання укладення договорів за допомогою традиційних засобів та за допомогою обміну електронними повідомленнями.

Конвенція, хоч і характеризується як така, що ґрунтується на ТЗЕТ, проте в ній простежується відхід від деяких норм, що були прийняті в ТЗЕТ, та містить більш сучасний підхід, вносить правову визначеність у раніше запропоновані положення ТЗЕТ, усуває деякі невизначеності, які існують в Конвенції ООН про купівлю-продаж.

Конвенція ґрунтується на «принципі недискримінації електронних повідо-

млень», «принципі функціональної еквівалентності», «принципі технологічної нейтральності», відображає загальний «принцип свободи форми».

Конвенцією визнається юридична сила договорів, укладених за допомогою електронних повідомлень, пропонує базовий стандарт, якому повинно відповідати повідомлення для виконання вимоги «письмової форми», «наявності підпису», «еквіваленту оригіналу». Конвенція пропонує підхід до регламентації часу і місця відправлення і отримання електронних повідомлень, вводить поняття електронної оферти і дозволяє укладати договори з використанням автоматизованих систем повідомлень тощо. Одним із важливих положень Конвенції є вирішення питання помилок, які можуть бути допущені в ході функціонування системи повідомлень, або в результаті дій особи, що використовує автоматизовані системи повідомлень, та розподілення ризику в таких випадках.

Конвенція ще не вступила в силу, для набуття нею чинності необхідно отримати принаймні три ратифікаційні грамоти або документа про ухвалення, затвердження або приєднання. Враховуючи те, що сьогодні в Україні прийнято Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг», в якому був дотриманий функціонально-еквівалентний підхід до розуміння електронного документа, запропонований ТЗЕТ¹¹, а також Закон України «Про електронний цифровий підпис», можливість приєднання України до Конвенції є послідовним кроком до регулювання відносин в сфері електронної торгівлі. Загалом Конвенція носить прогресивний характер, направлена на підвищення ефективності комерційної діяльності, відкриває нові можливості для віддалених один від одного сторін і ринків, відіграє важливу роль в уніфікації правил використання електронних повідомлень в міжнародних договорах.

1. Конвенція ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах, (A/60/515) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf 2. *Fitzgerald A. and A. Moens. Regulating electronic commerce: emerging principles for the regulation of internet transactions. In Convergence of legal systems in the 21 st century: general reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law (Brisbane, Australia, 14-20 July 2002). Brussels, Bruylant, 2006. p. 1566-1580.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eprints.qut.edu.au/10659/1/eprint_BK_10659.pdf 3. *Estrella Faria J. A. Future directions of legal harmonization and law reform: stormy seas or prosperous voyage? Uniform law review = Revue de droit uniforme (Roma) 14:1/2:5-34, 2009, p.10* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2009-1&2-faria-e.pdf> 4. *Boss A.H. The evolution of commercial law norms: lessons to be learned from electronic commerce. Brooklyn journal of international law (Brooklyn, N.Y.) 34:3: 673-708.2009.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.brooklaw.edu/~media/PDF/LawJournals/VJI_PDF/bji_vol34iii.ashx 5. Там само. 6. *Gregory John D. 2003. The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts, 59 Business Lawyer (November 2003) 313-343* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gregory.html#29> 7. *Документ ООН. Доповідь Робочої Групи з електронної торгівлі ЮНСІТРАЛ про роботу її 44-ої сесії 11-12 жовтня 2004 року (A/CN.9/571)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V0458994/PDF/V0458994.pdf?OpenElement> 8. *Gregory John D.* Цит. праця. 9. *Lannan K. The year in review: the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) from 2004 to 2005. DeCITA; Buenos Aires 5-6:619-626, 2006.* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://asadip.wordpress.com/2008/03/24/the-year-in-review-the-work-of-the-united-nations-commission-on-international-trade-law-uncitral-from-2005-to-2006/> 10. *Fitzgerald A. and A. Moens. Regulating electronic commerce: emerging principles for the*

regulation of internet transactions. In *Convergence of legal systems in the 21 st century: general reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law (Brisbane, Australia, 14-20 July 2002)*. Brussels, Bruylant, 2006. p. 1566-1580. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eprints.qut.edu.au/10659/1/eprint_VK_10659.pdf П1. Желіховський В.М. Правове регулювання електронної комерції: досвід окремих країн світу/ Науково-практичний журнал №10, 2004. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://mndc.naiaua.kiev.ua/Gurnal/10text/g10_25.htm