



приоритет2030⁺
право для лидерства

АНАЛИТИЧЕСКИЙ ДОКЛАД

*«Трансграничные электронные
сделки: международно-правовое и
национально-правовое регулирование»*

Автор: Л.В. Терентьева



Возможность оперативного проведения всех необходимых этапов коммерческих операций - выбор товаров и услуг, оформление заказа, обеспечение гарантии платежа, заключение сделок и в определенных случаях поставка и получение товара электронным способом, дали импульс для развития такого экономического явления как электронная коммерция, электронная сделка. Сложно представить себе современную жизнь вне электронной коммерции, принимая во внимание, что практически каждый повседневно пользуется возможностями поиска, оплаты и заказов товаров и услуг на маркетплейсах, которые представляют собой платформу электронной коммерции, выступающей посредником между покупателями и продавцами.

В потребительском сегменте (B2C) электронная коммерция имеет ряд преимуществ по сравнению с традиционной торговлей, которые заключаются в легкости преодоления географических ограничений, выстраивании гибкого графика работы за счет предоставления удаленной связи сотрудникам, наращивании ассортимента товаров без дополнительных издержек, выстраивании клиенто-ориентированного подхода в результате круглосуточной он-лайн поддержки потребителя и т.п. Неоспоримы преимущества безбумажного документооборота и в бизнесе (B2B). Внедрение электронных технологий во внутреннем и международном документообороте позволяет не только снижать временные, финансовые издержки, но и выстраивать четкий, транспарентный режим работы с документами.

1.Соотношение понятий «электронная коммерция» и «электронная торговля».

В доктрине и правовых актах наряду с понятием «электронная коммерция» фигурирует также понятие «электронная торговля». В Типовом законе, разработанном Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) «Model Law on Electronic Commerce» 1996 г., который не вполне аутентично переводится на русский язык как Типовой закон «Об электронной торговле» (далее предлагается использовать вариант русского перевода – Типовой закон об электронной торговле 1996 г.), не дается определения электронной коммерции. В примечании к ст. 1 говорится, что данное понятие следует толковать широко, с тем, чтобы оно охватывало вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и не договорных. При этом в соответствии с примечанием, отношения торгового характера должны включать сделки, не ограничиваясь ими, любые торговые сделки на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами, дистрибьюторские соглашения, коммерческое представительство и агентские отношения, факторинг, лизинг, строительство промышленных объектов, предоставление консультативных услуг, инжиниринг, куплю/продажу лицензий, инвестирование, финансирование, банковские услуги, страхование, соглашения об эксплуатации или концессии, совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества,

перевозку товаров и пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом¹. Электронная коммерция, согласно Типовому закону об электронной торговле, не должна ограничиваться лишь рамками купли-продажи, поскольку охватывает целый ряд коммерческих гражданско-правовых сделок, заключаемых с помощью электронного обмена данными.

Под «электронным обменом данными» в Типовом законе понимается электронная передача с одного компьютера на другой информации с использованием согласованного стандарта структуризации информации. Тогда как «сообщение данных» означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими.

Хотя передача данных путем электронного обмена данными представлена в Типовом законе в узком значении этого - передача данных стандартизированного формата между компьютерами, Типовой закон исходит из принципа технологической нейтральности, а именно, что никакой способ передачи сообщений не должен быть дискриминирован и исключен из сферы применения Типового закона ввиду вероятной необходимости учесть будущие технические новшества².

В российской доктрине зачастую понятия «электронная коммерция», «электронная торговля» и «Интернет-коммерция» используются как тождественные. Между тем электронная коммерция, изначально ограничивающаяся операциями купли-продажи и перечислением денежных средств по компьютерным сетям, на сегодняшний день охватывает широкий круг коммерческих отношений, что не позволяет отождествлять понятия «электронной коммерции» и «электронной торговли». В Оксфордском словаре указано, что «коммерция (commerce) включает все формы торговли, а также услуги, которые содействуют торговле»³.

ГК РФ само понятие «коммерция» не содержит, но оперирует прилагательными образованными от указанного слова - «деятельность коммерческой организации», «коммерческие цели», «коммерческая ценность» и т.п. Исходя из ч. 1 ст. 50 ГК РФ, дающего определение юридических лиц, под коммерческой деятельностью понимается деятельность, направленная на извлечение прибыли. В абз. 3 ч. 1 ст. 2 ГК РФ дается определение предпринимательской деятельности, под которой понимается самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Понятием "торговая деятельность" может обозначаться только такая разновидность

¹ Типовой закон об электронной торговле Комиссии ООН по праву международной торговли 1996 г., утвержденный резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 51/162 от 16.12.1996.

² Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и Руководство по принятию 1996 год с дополнительной статьей 5 бис, принятой в 1998 году// https://uncitral.un.org/ru/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce.

³ The Oxford Paperback Dictionary, 1983.

предпринимательской и коммерческой деятельности, как непосредственное осуществление торговли, т.е. систематическое осуществление продажи вещей (товаров) с целью получения прибыли.

Таким образом, объем определяемого слова «электронная торговля» оказывается уже самого определения, содержание которого логически должно охватываться термином «электронная коммерция». С учетом вышеизложенного, к коммерческим отношениям, содержащим широкий круг гражданско-правовых отношений, следует применять более точный термин «электронная коммерция».

Исходя из преимущественно коммерческих (стоимостных) отношений, которые охватываются электронной коммерцией, можно заключить, что электронная коммерция — это, прежде всего, одна из форм предпринимательской деятельности, преимущественно выражающаяся через посредническую и закупочную электронную деятельность с целью получения прибыли и осуществляемая электронным способом. Использование отечественными авторами терминов «электронная торговля» и «электронная коммерция» в качестве синонимов представляется не совсем оправданным, поскольку последний термин не ограничивается только торговлей.

Нецелесообразно использовать вид связи в качестве доминирующего понятия в определении, поскольку способы передачи данных имеют тенденцию трансформации в более сложные технические способы, соответственно, при определении данного явления необходим учет появления новых технологий передачи данных.

Наряду с электронной коммерцией в доктрине и практике используется понятие «электронный бизнес», который зачастую отождествляется с электронной коммерцией. В ряде работ «электронный бизнес» в большей степени раскрывается не как правовое, а как экономическое понятие, а именно в качестве деловой активности, использующей возможности информационных сетей для преобразования внутренних и внешних связей компании с целью получения прибыли. К основным составляющим электронного бизнеса в доктрине относят внутреннюю организацию компании на базе единой информационной сети (интранет) и внешнее взаимодействие с партнерами, поставщиками и клиентами посредством сетей экстранет и интранет⁴. При этом учеными отмечается, что основной целью создания сети интранет является повышение эффективности взаимодействия сотрудников и оптимизации процессов планирования и управления компанией⁵.

А.И. Савельев отмечает, что понятие электронного бизнеса шире понятия электронной коммерции за счет включения в него различных информационных технологий, направленных на оптимизацию внутренних бизнес-процессов компании. Электронную коммерцию автор представляет как разновидность электронного бизнеса, которая представляет собой отношения,

⁴ Войтович. А.И. Электронная торговля. Академия управления при Президенте Республики Беларусь. Курс лекций. Минск. 2012.

⁵ Войтович. А.И. Электронная торговля. Академия управления при Президенте Республики Беларусь. Курс лекций. Минск. 2012.

связанные с заключением, исполнением сделок посредством сети Интернет⁶.

Разграничение понятий коммерция и бизнеса по вышеуказанным критериям представляется не вполне понятным.

Во-первых, восприятие электронной коммерции исключительно как сделок, заключаемых и исполняемых с помощью информационных сетей, не вполне соотносится с родовым понятием коммерция, которая определяется как деятельность, направленная на извлечение прибыли. Необходимо разграничивать понятия «электронная коммерция» и «электронная сделка», под последней следует понимать гражданско-правовую сделку, заключаемую, а в ряде случаев и исполняемую в электронной форме.

Во-вторых, содержание понятий бизнеса и предпринимательской деятельности в доктрине определяются практически единообразно - ведение деятельности, направленной на систематическое получение прибыли⁷. Категория бизнес используется в российских нормативных актах, но без определения ее содержания⁸. Электронная форма осуществления коммерции и бизнеса не обнаруживает существенных различий в их содержании.

Следует отметить, что электронная коммерция представляет собой многозначное понятие, которому в зависимости от контекста (правового, экономического, социального) придается свое специфическое значение. Так, в рамках экономической науки электронная коммерция определяется как сфера цифровой экономики, включающая в себя торговые и финансовые операции, осуществляемые с помощью различных электронных технологий⁹. С этих позиций под электронной коммерцией следует понимать одну из форм предпринимательской деятельности, преимущественно выражающаяся через посредническую и закупочную электронную деятельность с целью получения прибыли и осуществляемую электронным способом.

В рамках правовых наук электронная коммерция должна определяться с некоторой долей условности, принимая во внимание собирательность данного понятия. Здесь внимание прежде всего фокусируется на правовом регулировании ведения электронного бизнеса (электронной коммерции). В объем данного понятия прежде всего входят особенности заключения и исполнения электронных сделок, смарт-контрактов, а также вытекающие из этого вопросы установления подсудности, защиты прав потребителей,

⁶ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: Правовое регулирование. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2016.

⁷ Апестина, М.Н. Заключение и исполнение договоров: практические рекомендации для бизнеса. - М.: Редакция "Российской газеты", 2020. - 144 с.; Коммерческая тайна в современном бизнесе (Федоров П.Г.). - М.: "Юстицинформ", 2022. - 160 с.

⁸ Указ Президента РФ от 30 ноября 1992 г. N 1485 «Об организационных мерах по развитию малого и среднего бизнеса в Российской Федерации»; Постановление Правительства РФ от 17 мая 2021 г. N 745 «Об утверждении Правил предоставления субсидии из федерального бюджета автономной некоммерческой организации "Россия - страна возможностей" на проведение хакатонов по искусственному интеллекту по решению бизнес-проблем и социальных проблем, в том числе на основе государственных наборов данных, а также лекций по искусственному интеллекту»; Постановление Правительства РФ от 29 декабря 1994 г. N 1434 «О сети региональных агентств поддержки малого бизнеса».

⁹ Матерова Е.С., Шидловская Д.В., Бадрутдинов Н.Н., Фаиз Фархат Электронная коммерция и интернет-бизнес: проблемы и перспективы // Креативная экономика. – 2023. – Том 17. – № 10. – С. 3703-3718.

лицензирование, налогового регулирования, защиты персональных данных и т.п.

Таким образом, заключение и исполнение электронных сделок является одной из составляющих осуществления электронной коммерции (электронного бизнеса).

Отдельно следует выделить смарт-контракты, вопрос о правовой природе которых в доктрине до сих пор является весьма дискуссионным. Под смарт-контрактом различные исследователи понимают компьютерную программу, компьютерный код, специальный электронный алгоритм, гражданско-правовую сделку, способ исполнения и/или обеспечения исполнения обязательств¹⁰.

Реализуется смарт-контракт на платформе блокчейн, представляющей собой алгоритм распределенного реестра, который обеспечивает самоисполнимость условий, предусмотренных в данном контракте.

Оставляя за рамками настоящего доклада вопрос о правовой природе смарт-контракта, требующего отдельного самостоятельного исследования, следует согласиться с позицией Л.Ю. Василевской о невозможности трактовки смарт-контракта в качестве гражданско-правового договора. В качестве одного из аргументов автором приводится затруднительность восприятия условий смарт-контракта для сторон, поскольку смарт-контракт представляет собой компьютерный код, составленный на языке программирования¹¹. Кроме того, отмечает ученый, не может состояться автоматизированное расторжение смарт-контракта, поскольку программа не в состоянии адекватно отразить в виде кода нарушение условий договора¹².

В этой связи, смарт-контракт требует дальнейшего научного осмысления, на основе которого должны быть сформированы законодательные решения в отношении его правовой природы и специфики регулирования. При этом, смарт-контракт должен получить самостоятельное правовое регулирование как институт *sui generis* вне аналогий регулирования электронных сделок.

2. Понятие трансграничной электронной сделки

Принимая во внимание, что электронная коммерция может осуществляться как в национальном сегменте Интернета – Рунете, так и на иностранных площадках, следует разграничивать национальную и трансграничную электронную коммерцию. Крупными отечественными маркет-плейсами на сегодняшний момент являются ЯндексМаркет, Ozon, Wildberries, Lamoda. К наиболее успешным иностранным торговым

¹⁰ Ефимова Л.Г., Сиземова О.Б. Правовая природа смарт-контракта // Банковское право. 2019. N 1. С. 21-28; Цифровое право в банковской деятельности: сравнительно-правовой аспект (коллектив авторов; отв. ред. д.ю.н., проф. Л.Г. Ефимова): М. - "Проспект", 2021. - 416 с.; Правовое регулирование электронной коммерции: учебное пособие (Филиппова С.Ю., Харитоновна Ю.С., Щербак Н.В.). - Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова. - "Юстицинформ", 2024. - 340 с.

¹¹ Василевская Л.Ю. Цифровизация гражданского оборота: проблемы и тенденции//Российский юридический журнал. 2020. № 6. С.105-117.

¹² Там же. С.105-117.

площадкам следует отнести Amazon.com, Alibaba Group Holding Limited, eBay, AliExpress. Лидерами электронной трансграничной торговли являются США и Китай. В то же время несмотря на лидирующие позиции стран Азии и США, в 2020-2021 гг. максимальный прирост объемов электронной торговли был именно в Российской Федерации — с 23% в 2020 году до 34% в 2021 году¹³. В последующем в результате введения санкций, разрушения цепочек поставок, невозможности осуществления расчетов в валюте последовало существенное сокращение объемов трансграничной электронной коммерции¹⁴. Замедление темпов роста электронной коммерции удалось снизить за счет принятого в 2022 г. по инициативе Российской Федерации решения Евразийской экономической комиссии о повышении действия порога беспошлинного ввоза товаров для физических лиц в 1000 евро до 1 октября 2023 года. В 2022-2023 гг. это решение продлевалось. По информации Евразийской экономической комиссии от 27 сентября 2023 г. до 1 апреля 2024 года порог беспошлинного ввоза товаров для физических лиц составит 1 000 евро и 31 кг для товаров.

Выделение в рамках электронной коммерции трансграничной электронной коммерции требует определения данного понятия. Трансграничная электронная коммерция как правовое явление включает в себя заключение и исполнение трансграничных электронных сделок, а также вытекающие из этого вопросы установления судебной юрисдикции, защиты прав потребителей, персональных данных, лицензирования, таможенного и налогового регулирования и прочие вопросы.

Трансграничный характер сделки выявляется присутствием в отношении иностранного элемента в субъектном составе, объекте или юридическом факте.

Конструкция иностранного элемента предусмотрена в ст. 1186 ГК РФ - определение права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или... осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей. В п. 1 ст. 1186 ГК РФ названы лишь два наиболее часто встречающихся вида иностранных элементов, которыми может быть осложнено гражданско-правовое отношение: иностранный субъект и объект правоотношения, находящийся за границей. Третий вид иностранного элемента обозначен в доктрине в качестве «локализации за рубежом юридического факта, с которым связано возникновение, изменение или прекращение отношения»¹⁵. К этому виду относятся, в частности,

¹³ [Ритейл, цифровизация, трансграничная электронная торговля 27.12.2022 \(rcmedia.ru\)//
https://adminka.rc.rmedia.ru/materials/riteyl-tsifrovizatsiya-transgranichnaya-elektronnaya-torgovlya/.](https://adminka.rc.rmedia.ru/materials/riteyl-tsifrovizatsiya-transgranichnaya-elektronnaya-torgovlya/)

¹⁴ [Ритейл, цифровизация, трансграничная электронная торговля 27.12.2022 \(rcmedia.ru\)//
https://adminka.rc.rmedia.ru/materials/riteyl-tsifrovizatsiya-transgranichnaya-elektronnaya-torgovlya/.](https://adminka.rc.rmedia.ru/materials/riteyl-tsifrovizatsiya-transgranichnaya-elektronnaya-torgovlya/)

¹⁵ Международное частное право: Учебник / Отв. редактор Н.И. Марышева. М., 2000. С. 2 (автор главы - В.П. Звекон).

иностранные элементы, упомянутые в п. 1 ст. 1209 ГК (совершение сделки за границей) и в п. 2 ст. 1219 ГК (причинение вреда за границей).

Отсутствие исчерпывающего перечня проявлений иностранного элемента позволяет учитывать и иные возможные случаи его присутствия в отношении.

В комментарии к третьей части ГК РФ под объектом гражданских прав, находящимся за границей, понимаются объекты материального мира - по терминологии гражданского права «вещи», в том числе недвижимые и движимые (см. ст. 128, 130 ГК РФ). Авторами комментария также указано, что в качестве иностранного элемента гражданского правоотношения (вещи) могут выступать также материальные носители результатов интеллектуальной деятельности - произведения живописи, скульптуры и т.п., диски с программным обеспечением и др.¹⁶. Между тем, сама статья 1186 ГК РФ подобных ограничений не содержит.

Более широкий подход к содержанию объекта предусмотрен в Постановлении Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» (далее – Постановление Пленума ВС 2017 г. № 23). В соответствии с указанным Постановлением «под делами по экономическим спорам, возникающими из отношений, осложненных иностранным элементом, понимаются дела:

- с участием иностранных лиц;
- по спорам, предметом которых являются права на имущество, иной объект, находящийся на территории иностранного государства (например, права на имущество в иностранном государстве, которыми обладает российская организация, права на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, находящиеся или зарегистрированные в иностранном государстве);
- по спорам, связанным с юридическим фактом, имевшим место на территории иностранного государства, в частности спору, вытекающему из обязательств, возникающих из причинения вреда, произошедшего в иностранном государстве»¹⁷.

Отличием понятий иностранного элемента, изложенных в ГК РФ и Постановлении Пленума ВС 2017 г. № 23, является то, что в последнем структурное содержание иностранного элемента приведено в исчерпывающем виде: субъект, объект и юридический факт. Тогда как ст. 1186 ГК РФ оставляет перечень иностранного элемента открытым посредством конструкции «иной иностранный элемент». Кроме того, к объекту отнесены права на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, находящиеся или зарегистрированные в иностранном государстве. Общим

¹⁶ См.: Комментарий к гражданскому кодексу РФ части третьей. Под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко. – М.: ИНФРА-М., 2002.

¹⁷ Постановление Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» // БВС РФ. 2017. № 8.

подходом указанных документов является то, что иностранный элемент выявляется исключительно в материальном отношении.

К проблемам иностранного элемента традиционно относится его возможное формальное наличие в отношении, в силу которого на основании ст. 1186 ГК РФ должен быть поставлен вопрос о поиске применимого к отношению права. Например, российские юридические лица заключают за рубежом сделку в отношении находящегося в России имущества. При отсутствии связи с правопорядками двух и более государств данное отношение тем не менее осложнено иностранным элементом в виде юридического факта, имевшего место на территории иностранного государства. Факт осложнения иностранным элементом сделки позволяет сторонам обратиться к ст. 1210 ГК РФ и осуществить выбор применимого права, хотя сама сделка не может считаться трансграничной в силу того, что иностранный элемент не обнаруживает связи данного отношения с правопорядками двух и более государств.

В еще большей степени проблема формального наличия иностранного элемента обостряется в информационно-коммуникационную эпоху, когда иностранные характеристики могут быть выявлены фактически во всех структурных элементах правоотношения.

Широкое определение объекта гражданских прав позволяет относить к ним объекты, не имеющие материального выражения и существующие исключительно в сети Интернет (например, цифровой товар или доменное имя). Иностранные характеристики таких объектов могут быть легко установлены, если учитывать адрес доменного имени Интернет-сайта или государство места нахождения сервера, поддерживающего работу соответствующего Интернет-сайта. Так, объект в сети Интернет может быть размещен на Интернет-сайте, доменное имя которого говорит о его принадлежности одному государству, а сервер, поддерживающий данный Интернет-сайт, может находиться на территории другого государства. Данный факт местонахождения сервера в пределах границ иностранного государства может привести к заключению, что сервер действует как иностранный субъект или, что объект правоотношения «цифровой товар» находится за границей. Хотя идентифицирующие характеристики местонахождения объекта, такие как доменное имя Интернет-сайта и адрес веб-сервера, не во всех случаях будут иметь значение для квалификации отношения в качестве трансграничного ввиду отсутствия объективной связи между отношением с иностранным элементом и иностранным правопорядком.

В равной степени отношение может быть осложнено иностранным элементом в субъектном составе при участии иностранного оператора информационной системы, владельца сайта в сети Интернет, провайдера хостинга, иностранного маркетплейса.

Маркетплейсы подпадают под регулирование как общих норм ГК РФ, так и Закона РФ «О защите прав потребителей» 1992 г., регулирующего деятельность владельца агрегатора информации. В пп. 1.2. п.1 ст.9 указанного закона предусмотрена обязанность владельца агрегатора довести

до сведения потребителей информацию о себе и продавце (исполнителе) и об имеющихся изменениях в указанной информации, посредством размещения на своих сайте и (или) странице сайта в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет". Маркетплейс также выступает в роли информационного посредника, который в соответствии со ст. 1253.1 ГК РФ квалифицируется как лицо, предоставляющее возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети¹⁸.

Весьма вероятна ситуация заключения договора между покупателем и продавцом, которые находятся на территории одной страны, на маркетплейсе, администрируемом иностранным лицом.

Таким образом, сеть Интернет обуславливает возможность выявления иностранного элемента фактически в любых структурных компонентах частноправового отношения, что позволяет искусственно подчинять его правопорядку иностранного государства. При этом, динамика развития и совершенствования информационных технологий не позволяет сформулировать перечень правил, где бы четко отображалась степень интенсивности иностранного элемента в отношениях, связанных с использованием киберпространства.

Наиболее совершенным инструментом могло бы стать расширение дискреционных полномочий судьи, которые в международном частном праве проявляются наиболее отчетливо при установлении международной юрисдикции и поиске применимого права на основе принципа «тесной связи» (п.10 ч. 1 ст. 247 АПК РФ; ч.1 ст. 1186 ГК РФ; ч.9 ст. 1211 ГК РФ). Как представляется дискреция суда должна иметь место не только при решении вопроса о своей юрисдикции и о том, какое право наиболее тесно связано с отношением, но и в вопросах квалификации отношения в качестве трансграничного. Формальное наличие иностранного элемента не должно автоматически свидетельствовать о трансграничном характере отношения, который должен проявляться только при обнаружении судом юридической связи общественного отношения с правопорядками двух или более государств.

В равной степени и электронные сделки, как средство индивидуального регулирования общественных отношений, будут приобретать трансграничный характер только при установленной судом видимой связи соответствующей сделки с правопорядками двух или более государств, с учетом конкретных обстоятельств.

3. Международно-правовое регулирование трансграничных электронных коммерческих сделок.

¹⁸ См. подробнее: Шахназаров Б.А. [Правовое регулирование трансграничных отношений в сфере электронной торговли в контексте параллельного импорта](#)//Lex Russica. 2024. № 6. С.9-22.

Международная унификация в сфере электронной коммерции началась с принятия в 2005 г. Конвенции ООН «Об использовании электронных сообщений в международных договорах» (далее – Нью-Йоркская конвенция 2005 г.)¹⁹, которая устраняет разночтения толкования международных документов об их применимости к электронным сделкам. В этой связи, при отсутствии специального национального закона в РФ, регулирующего электронный документооборот, действует ратифицированная Россией в 2014 году Нью-Йоркская конвенция 2005 г.

Несмотря на то, что демаркационную линию между внутренним и международным электронным документооборотом провести достаточно сложно, Нью-Йоркская конвенция 2005 г. регулирует заключение именно международных контрактов. Признаком «международности»²⁰ указанных контрактов был избран критерий, получивший широкое распространение в международных договорах, разработанных еще в то время, когда электронная коммерция не имела широкого распространения.

Так, обязательным условием для признания контракта в качестве международного и, соответственно, подпадающего под регулирование Нью-Йоркской конвенции 2005 г., является *местонахождение коммерческих предприятий сторон в разных государствах*, что также предусмотрено и в Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (далее — Венская конвенция 1980 г.), Нью-Йоркской конвенции об исковой давности 1974 г., Конвенции УНИДРУА о финансовом лизинге 1988 г., Конвенции УНИДРУА о международных факторинговых операциях 1988 г.

Как и иные международные конвенции, Нью-Йоркская Конвенция 2005 г. использует термин «коммерческое предприятие», но не определяет, что следует понимать под местом нахождения коммерческого предприятия.

Между российским и английским текстами конвенционного материала, закрепляющего данный критерий, имеются определенные разночтения данного термина: в английском варианте - “place of business”; в русском – «место нахождения коммерческого предприятия». В английском тексте понятие “place of business” обозначает местонахождение предприятия как гражданско-правового субъекта – юридического лица, которое может быть растолковано как местонахождение административного центра. В п. 3 ст. 1 Нью-Йоркской конвенции 2005 г., также как и в п. 3. ст. 1 Венской конвенции «О договорах международной купли-продажи товаров» 1980 г. закреплено, что «...ни государственная принадлежность сторон, ни их гражданский или торговый статус... не принимаются во внимание при определении применимости настоящей Конвенции».

¹⁹ Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г./ СПС Гарант.

²⁰ Термин «электронная коммерция», или «онлайн-шопинг», «online shopping», появился на свет задолго до появления Интернета, когда в 1979 г. в США Майкл Алдрих связал воедино местное кабельное телевидение с компьютером, используя инфраструктуру стационарных телефонных линий, благодаря которым пользователь мог заказать товар, который демонстрировался на экране. URL: www.shopolog.ru/metodichka/development/kak-poyavilas-elektronnaya-kommerciya-istoriya-majkla-aldrixa/.

В комментариях к Венской конвенции российскими учеными указано, что речь идет о постоянном месте осуществления деловых операций. При этом авторами подчеркивалось, что место предпринимательской деятельности агента, совершающего сделку для любой из сторон договора международной купли-продажи, в силу только одного факта заключения подобной сделки не становится коммерческим предприятием данной стороны²¹. А.И. Муранов понимает под «локализованными за границей субъектами» «не только физических или юридических лиц, но также и филиалы, представительства, отделения юридических лиц и все то, что в современных документах права международной торговли именуется "коммерческим предприятием" (place of business), если только они участвуют в сделке и исполняют ее самостоятельно как независимые субъекты, хотя и являясь составной частью какого-либо лица».

В.А. Канашевский подвергает критике данное утверждение, поскольку ни филиалы, ни представительства, юридическими лицами не являются и, следовательно, в сделках не участвуют и не исполняют их самостоятельно как независимые субъекты²². В тоже время далее В.А. Канашевским отмечено, что сделка, заключенная российским юридическим лицом с филиалом другого российского юридического лица за рубежом, очевидно, будет являться внешнеэкономической, если она не выходит за пределы правоспособности филиала в соответствии с положением о нем и законодательством иностранного государства.

В отличие от других конвенций, использующих в целях определения сферы своего применения данное понятие, Нью-Йоркская Конвенция 2005 г. ввела ряд дополнительных уточняющих признаков при определении коммерческого предприятия. Так, в Нью-Йоркской конвенции 2005 г. обозначено, что под коммерческим предприятием понимается любое место, в котором сторона сохраняет *не носящее временного характера предприятие* для осуществления иной экономической деятельности, чем временное предоставление товаров или услуг из конкретного места.

В Нью-Йоркской конвенции ООН 2005 г. не оговорено насколько возможным представляется брать за основу предусмотренное в ней определение термина «местонахождение коммерческих предприятий» для традиционных международных сделок, заключенных не посредством обмена электронными сообщениями. На первый взгляд, данная Конвенция имеет свой специфичный предмет регулирования и, соответственно, толкование коммерческих предприятий, закрепленное в Нью-Йоркской Конвенции ООН 2005 г., будет применимо только к тем международным договорам международной купли продажи, которые заключаются с использованием электронных сообщений.

²¹ См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров / Комментарий под ред. М.М. Богуславского. – М. 1994. С.10.

²² Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. - М.: Волтерс Клувер, 2008.

С другой стороны, представляет интерес доктринальная позиция о возможности привлечения дополнительного материала в целях толкования международных актов. Так, В.А. Канашевский, анализируя порядок толкования положений Венской конвенции о международных договорах купли-продажи 1980 г., дает отрицательный ответ на вопрос: должны ли быть разрешены национальным правом вопросы, которые Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. обходит молчанием. По мнению ученого, «вопросы обязательственного статута, которые в Конвенции не урегулированы, надлежит решить с учетом ее международного характера (ст.7). Это обстоятельство ориентирует суд или арбитраж на привлечение дополнительных материалов разработки самой Конвенции, дополнительных документов, таких как Принципы УНИДРУА, а также иностранной практики»²³.

Здесь следует дополнить аргументацию автора, что при квалификации понятия «коммерческое предприятие», толкование которого отсутствует в Венской конвенции 1980 г, равно как и в иных конвенциях по лизинговым и факторинговым операциям, суд в целях единообразного применения указанных международных документов, может применять системный подход для толкования отдельных терминов, которые упоминаются в ряде международных договоров, но более детально определены в ином международном договоре. Таким образом, определение «коммерческое предприятие сторон», закрепленное в Нью-Йоркской конвенции 2005 г., вполне возможно брать за основу при решении вопроса о применении иных конвенций, использующих данное понятие в качестве критерия их распространения на отношения сторон.

Таким образом, уточнение, сделанное в Нью-Йоркской конвенции 2005 г. в отношении места нахождения коммерческого предприятия стороны, снимает вопрос квалификации сделки в качестве внешнеэкономической с участием филиала, предоставляющего товар для конкретной сделки. Поставка товара филиалом российского юридического лица, находящегося за рубежом, другому российскому юридическому лицу вполне может квалифицироваться как временное предоставление товаров или услуг из конкретного места и, соответственно, в этом случае должно приниматься во внимание местонахождение головной организации.

4. Коллизионная защита потребителей при заключении электронных потребительских сделок

Потребитель фактически во всех правовых системах признается слабой стороной договора в силу ограниченных переговорных возможностей, непонимания значения юрисдикционных оговорок в контракте, а также

²³ В.А. Канашевский. Внешнеэкономические сделки: основные регуляторы, их соотношение и взаимодействие/Автореф. канд. дисс., М. 2009 г.

давления со стороны предпринимателя «или бери или оставь»²⁴. В этой связи, законы многих стран предоставляют дополнительные гарантии охраны и защиты его прав. Так, при заключении трансграничных контрактов с участием потребителя дополнительная защита, как правило, выражается в предоставлении более благоприятного для потребителя коллизионного регулирования, а также применении специальных правил, гарантирующих удобную для потребителя судебную юрисдикцию рассмотрения потребительских споров.

Активное вовлечение потребительских отношений в цифровую среду в ряде случаев может как усугублять и без того слабую позицию потребителя, заключающего договоры на цифровых платформах, большинство из которых работают по принципу предоплаты, так и зеркально отражать и распространять привычные акценты уязвимости позиции потребителя на профессиональную сторону.

Так, заключение соглашений на он-лайн ресурсах и электронных торговых площадках с иностранными потребителями может создавать сложности и для предпринимателя²⁵ ввиду трудности предвидения и оценки последствий применения к потребительским отношениям многочисленных защитных механизмов, предусмотренных в праве иностранного государства места жительства потребителя.

В этих целях в праве ряда государств в качестве защитного механизма, как для потребителя, так и предпринимателя от установления юрисдикции иностранного суда и применения иностранного права используется критерий «направленная деятельность» предпринимателя на страну места жительства потребителя²⁶.

В отличие от права Европейского союза, где данный критерий применим как в целях предоставления коллизионной, так и юрисдикционной защиты потребителю, в российском законодательстве термин направленной деятельности присутствует только в сфере коллизионного регулирования отношений с участием потребителя, а именно в ст. 1212 ГК РФ.

В ст. 1212 ГК РФ воспроизведен достаточно сложный коллизионный механизм защиты в отношении потребителя, который применяется при наличии *двухфакторной совокупности условий*. Двухфакторная совокупность условий заключается в осуществлении профессиональной стороной деятельности в стране места жительства потребителя или направлении деятельности на страну места жительства потребителя, а также связи потребительского договора с деятельностью профессиональной стороны.

Следует отметить, что указанная модель защиты потребителей была впервые предусмотрена в Регламенте Европейского парламента и Совета Европейского Союза 1215/2012 от 12 декабря 2012 г. «О юрисдикции,

²⁴ Terradas B.A. Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union//Oxford University Comparative Law Forum. 2003//URL: <https://ouclf.iuscomp.org/restrictions-on-jurisdiction-clauses-in-consumer-contracts-within-the-european-union>.

²⁵ Понятия «профессиональная сторона» и «предприниматель» здесь используются как синонимы.

²⁶ См.: Терентьева Л.В. Основания установления международной судебной юрисдикции применительно к трансграничным потребительским спорам в цифровую эпоху//Lex Russica. 2019. № 11(156). С.96-107.

признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» (далее – «Брюссель I bis»)²⁷, которая впоследствии была также отражена и в Регламенте Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 17 июня 2008 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» (далее - Рим I)²⁸. Таким образом, в европейском праве двухфакторная совокупность условий обуславливает защиту прав потребителя в двух плоскостях – юрисдикционной и коллизионной.

В юрисдикционной плоскости права потребителя защищены тем, что судебное производство в отношении потребительского спора должно иметь место в суде государства места жительства потребителя (юрисдикционная защита). Коллизионная защита предполагает применение права страны места жительства потребителя при отсутствии соглашения сторон о применимом праве, или же при наличии соглашения сторон о применимом праве применение императивных норм права места жительства потребителя, которое при отсутствии выбора подлежало бы применению к соответствующим потребительским отношениям.

Как было отмечено, российское право воспроизводит указанную двухфакторную совокупность условий только в сфере коллизионного регулирования (ст. 1212 ГК РФ), как в случае отсутствия выбора сторонами потребительского отношения применимого права, так и в случае наличия соглашения о применимом праве. Так, в п. 1 ст. 1212 ГК РФ допускается возможность выбора применимого права к договору с участием потребителя при условии защиты прав потребителя императивными нормами страны его места жительства.

Так же как и в Регламенте Рим I, в п.1 ст. 1212 ГК РФ предусмотрено, что правило ограничения автономии воли сторон, будет работать только при совокупном наличии двух факторов: во-первых, профессиональная сторона осуществляет свою деятельность в стране места жительства потребителя либо любыми способами направляет свою деятельность на территорию этой страны или территории нескольких стран, включая территорию страны места жительства потребителя, во-вторых, договор связан с такой деятельностью профессиональной стороны.

Если стороны не заключили соглашения о подлежащем применению праве, то при наличии данной двухфакторной совокупности условий, подтверждающей активную деятельность предпринимателя в стране места жительства потребителя, к договору с участием потребителя применяется право страны места жительства потребителя (п. 1 ст. 1212 ГК РФ).

В соответствии с Регламентом Рим I при отсутствии условий осуществления предпринимателем деятельности в стране места жительства потребителя или направления деятельности на данную страну, а также при

²⁷ Regulation (eu) no 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters// URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>.

²⁸ Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 17 июня 2008 г. N 593/2008 «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам»//СПС-Грант.

наличии исключений, предусмотренных в п. 4 ст. 6 Рима I, выбранное сторонами потребительского договора право применяется к отношениям сторон без каких бы то ни было ограничений.

В отличие от европейского подхода, допускающего в таких случаях полную автономию воли сторон, российский законодатель пошел по пути предоставления дополнительной защиты потребителю от неограниченной автономии воли в отношении применимого права, даже в том случае, если, например, договор об оказании услуг заключается потребителем на территории другой страны.

Пункт 4 ст. 1212 ГК РФ предусматривает, что если правила, установленные в п. 1 ст. 1212 ГК РФ, не применяются, то выбор права, подлежащего применению к договору с участием потребителя, не может повлечь за собой лишение потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами той страны, право которой применялось бы к этому договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права.

Исходя из буквального толкования п. 4 ст. 1212 ГК РФ можно заключить, что дополнительная защита потребителю предоставляется только в том случае, если не применимы правила п. 1 ст. 1212 ГК РФ, а именно отсутствует двухфакторная совокупность условий, предусмотренная в п. 1 ст. 1212 ГК РФ (осуществление профессиональной стороной деятельности в стране места жительства потребителя либо направление деятельности на территорию этой страны, а также связь договора с деятельностью профессиональной стороны).

Между тем, как отмечено А.В. Асосковым, являющегося одним из разработчиков проекта статьи 1212 ГК РФ, действие п. 4 ст. 1212 ГК РФ распространяется и в отношении договоров с пассивными потребителями, если для таких договоров действие положений п. 1 и 2 ст. 1212 ГК исключено в силу п. 3 ст. 1212 ГК РФ²⁹.

В российской доктрине было справедливо отмечено, что положениями специальных коллизионных норм ст. 1212 ГК РФ охвачен практически весь круг договорных отношений, в которые вступают потребители, и выбор права за рамками этих специальных коллизионных правил вряд ли может иметь место³⁰.

А.В. Асосков, приводя в пример разработанное в иностранной доктрине разграничение потребителей на категории активных и пассивных, отмечает, что если п. 1 ст. 1212 ГК РФ распространяется на пассивных потребителей, в отношении которых активные действия осуществляет профессиональная сторона, то п. 4 ст. 1212 ГК РФ ориентирован как на активного потребителя, который выбирает контрагента в иностранном государстве, так и в отношении

²⁹ Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: «Инфотропик Медиа», 2012. С.184, 197.

³⁰ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный). 4-е изд., исправленное и дополненное / Отв. ред.: доктора юридических наук, заслуженные деятели науки Российской Федерации Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2014. (автор главы – О.Н. Зименкова) //СПС-Гарант.

пассивных потребителей, если для таких договоров действие положений п. 1 и 2 ст. 1212 ГК РФ исключено в силу п. 3 ст. 1212 ГК РФ³¹.

Подход к ограничению автономии воли сторон в зависимости от того, какой категории относится потребитель, представляется спорным ввиду того, что п.1 ст. 1212 ГК РФ делает акцент не столько на активности или пассивности потребителя, сколько на активности профессиональной стороны. Действие данной статьи обусловлено именно двухфакторной совокупностью условий, которая подтверждает активность предпринимателя. При этом активность или пассивность потребителя остается irrelevantной.

Здесь целесообразно привести пример из практики Европейского суда по делу *Mühlleitner v. Yusufi&Emrek*³², в котором было отмечено, что направленная деятельность профессиональной стороны также может иметь место, если контракт был заключен не дистанционным способом, а в результате посещения потребителем помещений продавца после предварительных коммуникаций по телефону или Интернету. Таким образом, если имеет место активность потребителя, посещающего компанию профессиональной стороны в целях заключения договора и активность профессиональной стороны, направляющей свою деятельность на страну места жительства потребителя, значимым фактором является именно активная деятельность профессиональной стороны.

В этой связи формы ограничения автономии воли сторон потребительского соглашения будут видоизменяться не в зависимости от пассивности потребителя, а в зависимости от наличия или отсутствия активной деятельности предпринимателя. Если имеет место двухфакторная совокупность условий, подтверждающая активность предпринимателя, то автономия воли сторон будет ограничена императивными нормами права страны места жительства потребителя. Если активен потребитель при отсутствии двухфакторной совокупности условий, подтверждающих активность предпринимателя, то ограничение автономии воли сторон выражается в иной форме, а именно потребитель не может быть лишен защиты его прав, которая заключается в императивных нормах права, применяемых в соответствии с объективным договорным статутом.

В условиях развития цифровой экономики понимание направленной деятельности нуждается в дополнительной конкретизации, а именно будет ли простой доступ иностранных потребителей к он-лайн ресурсам и электронным торговым площадкам свидетельствовать о направленной на потребителей деятельности предпринимателя³³.

Хотя понятие «направленной деятельности», которое является основанием предоставления потребителю защитной юрисдикции и

³¹ Там же. С. 197.

³² CJEU case C-218/12 – Emrek ECLI:EU:C:2013:666/URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0190>.

³³ См.: Терентьева Л.В. Критерий направленности деятельности профессиональной стороны на территорию страны места жительства потребителя как условие специального коллизионного регулирования потребительских отношений //Актуальные проблемы российского права. 2020. № 4. С. 142-154.

специального коллизионного регулирования, не раскрывается ни в Регламенте Брюссель I (bis), ни в Регламенте Рим I, уточнение и конкретизация его содержания имели место в предложении Европейского парламента 1999 г.³⁴ и в совместном заявлении Совета и Комиссии в отношении применения ст. 15 Регламента (ЕС) N 44/2001 (ст. 17 в редакции от 12 декабря 2012 г.)³⁵.

Так, в предложении Европейского парламента 1999 г. был сформулирован отказ от подхода, основанного на постулате, что электронная торговля товарами и услугами доступными в другом государстве-члене составляет деятельность, направленную на это государство. В указанном предложении было пояснено, что концепция деятельности, осуществляемой или направленной на государство-член, в рамках п.1 (с) ст. 15 (в текущей редакции п.1(с) ст. 17 Регламента Брюссель I (bis)) относится к потребительским контрактам, заключенным *на интерактивных веб-сайтах*, доступных в государстве проживания клиента. Факт осведомленности потребителя об услуге или возможности покупки товара через пассивный веб-сайт, доступный в стране проживания потребителя, не предоставляет ему защитной юрисдикции³⁶.

В соответствии с совместным заявлением Европейской комиссии по вопросам юстиции и внутренних дел в отношении статьи 15 Регламента (ЕС) N 44/2001 для применения п. (с) 1 ст. 15 (в текущей редакции п.1(с) ст. 17 Брюсселя I) одиночный факт осуществления направленной деятельности профессиональной стороны на государство-участник по месту жительства потребителя считается недостаточным, необходим также факт заключения договора между потребителем и профессиональной стороной в рамках её деятельности. Данное положение Европейская комиссия распространяет и в отношении контрактов, заключенных дистанционным способом, в том числе и посредством сети Интернет. Только лишь факт доступности Интернет сайта потребителю не будет считаться достаточным для применения данной статьи. Должно быть также принято во внимание то обстоятельство, что, во-первых, такой Интернет-сайт способствует заключению дистанционных договоров и, во-вторых, договор был заключен дистанционно с помощью любых средств связи. Язык сайта или используемая при оплате услуг или товаров валюта также не должны являться значимыми факторами³⁷.

³⁴ European Parliament, "Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Presented by the Commission)", COM (1999) 348 final 99/0154 (CNS)//URL: <https://1library.net/document/rz34nxmy-proposal-regulation-jurisdiction-recognition-enforcement-judgments-commercial-commission.html>.

³⁵ European Commission, Justice and Home Affairs DG Statement on Articles 15 and 73 // URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf.

³⁶ European Parliament, "Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Presented by the Commission)", COM (1999) 348 final 99/0154 (CNS)//URL: <https://1library.net/document/rz34nxmy-proposal-regulation-jurisdiction-recognition-enforcement-judgments-commercial-commission.html>.

³⁷ В иностранной доктрине было отмечено, что язык сайта и используемая валюта расчетов в ряде случаев могут демонстрировать намерение профессиональной стороны заниматься маркетингом в конкретной стране. Если в данной стране используется весьма специфический язык или валюта, то он может быть принят во внимание при решении вопроса о том, что профессиональная сторона целенаправленно ориентирована на данную страну (Tang Z.S. Tang Z.S. Consumer contracts and the Internet in EU private international law. In: Savin, A; Trzaskowski, J, ed. Research Handbook on EU Internet Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. P. 254-284).

Впоследствии критерий «направленной деятельности» был уже закреплен в Риме I, в преамбуле которого была отмечена необходимость его согласованной интерпретации с Брюсселем I (п. 24).

Использование в рамках европейского подхода концепции деления сайтов на категории «пассивные» и «интерактивные» в отношении потребительских споров в определенной степени воспроизводит концепцию, закрепленную в судебной практике США, где целенаправленно ориентированная деятельность в Интернете определяется посредством скользящей шкалы, установленной в деле *Zippo Manufacturing Co. v Zippo Dot Com, Inc.*³⁸, для квалификации Интернет-сайтов на три категории: активные, пассивные и интерактивные.

В рамках как американского, так и европейского подходов имеет место единство цели, заключающееся в защите ответчика от непредвиденной юрисдикции истца в случае отсутствия разумного ожидания данной юрисдикции.

В контексте американского подхода деление сайтов на категории «пассивные» и «интерактивные» производится только в целях решения юрисдикционного вопроса. Тогда как в европейском союзе определение направленной деятельности профессиональной стороны предоставляет ряд защитных механизмов как в отношении юрисдикции, так и в отношении применимого права.

Концепция деления сайтов на активные и пассивные была подвергнута критике в доктрине. Пассивный веб-сайт, представляющий только рекламные объявления, может инициировать покупателя к заключению договора. Тогда как интерактивный или активный сайт не во всех случаях оказывает реальное влияние на решение потребителя о покупке³⁹. В этой связи в целях характеристики направленной деятельности целесообразно руководствоваться оценкой не характера сайта (пассивный, активный, интерактивный), а теми последствиями, которые порождает функционирование данного сайта⁴⁰.

Концепция целенаправленно ориентированной деятельности была детализирована в судебных делах *Peter Pammer v. Reederei Karl Schluter GmbH & Co KG (C-585/08)* и *Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09)*, рассмотренных Европейским судом 07.12.2010 г.⁴¹.

При рассмотрении данных дел судом были выработаны содержательные характеристики критерия «направленной деятельности» профессиональной стороны на страну места жительства потребителя, к которым Европейский суд отнес в частности: ориентирование профессиональной стороны на заключение трансграничных потребительских контрактов; использование доменного имени верхнего уровня, отличного от национального домена

³⁸ *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F.Supp. 1119, 1121 (W.D. Pa. 1997).

³⁹ Tang Z.S. Op. cit. P.254-284.

⁴⁰ Tang Z.S. Op. cit., P. 254-284.

⁴¹ Joined cases C-585/08 and C-144/09 *Pammer/Alpenhof* [2010] ECR I-12527//URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62008CJ0585>.

соответствующего государства места нахождения профессиональной стороны; демонстрацию наличия клиентов-потребителей, проживающих в иностранных государствах; обозначение маршрута к месту нахождения профессиональной стороны с территории других государств; возможность использования языка или валюты, отличных от используемых в государстве места нахождения профессиональной стороны, с возможностью осуществления и подтверждения бронирования на другом языке; указание телефонных номеров с международным кодом; наличие расходов на поисковую систему ссылок (например, Google), в целях облегчения доступа к сайту профессиональной стороны или его посредника для потребителей, проживающих в других государствах⁴².

При этом было подчеркнуто, что простой доступ к веб-сайту профессиональной стороны, осуществляемый с территории иностранного государства места жительства потребителя, равно как и упоминание адреса электронной почты и других контактных данных, или использования языка или валюты, которые являются языком и/или валютой, обычно используемой в государстве места нахождения профессиональной стороны, не являются квалифицирующими при оценке направленной деятельности сайта⁴³.

Указанный перечень не является исчерпывающим, в связи с чем в иностранной доктрине также в качестве дополнительных оснований, свидетельствующих о направленной деятельности, были предложены следующие: информация о способах и цене доставки (например, дополнительные расходы на доставку за границу); ссылки на нормы национального законодательства некоторых государств-членов; размер и местонахождение предприятия (например, вблизи национальной границы); фактический рекламный контент, который может в равной степени указывать на коммерческие намерения профессиональной стороны направить свою деятельность в сторону государства-члена потребителя⁴⁴.

Зарубежными авторами также было предложено руководствоваться критерием «намеренное (целенаправленное) ориентирование» (intentional targeting) профессиональной стороны, который позволяет избежать учета случайных факторов, связывающих профессиональную сторону и потребителя и, соответственно, способствовать свободному выходу предпринимателей на международные электронные торговые площадки⁴⁵.

Иным способом решен вопрос в российском праве. Ст. 1212 ГК РФ хотя и оперирует понятием направленной деятельности, но содержание данного понятия в законодательстве не раскрывается.

⁴² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 7 December 2010 (references for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Austria)) — Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG (C-585/08) and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller (C-144/09)//URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CA0585>.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Lazic V. Procedural Justice for “Weaker Parties” in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme//Utrecht Law Review. 2014, Vol. 10(4). P. 100-117; Farah Y. Allocation of jurisdiction and the internet in EU law//European Law Review. 2008. Vol. 33. P. 257 – 270; Beek M., D’Aubrey M., Garzaniti J. Consumer disputes in a cross border e-commerce context//URL:http://www.ejtn.eu/PageFiles/14777/Written%20paper_Belgium.pdf.

⁴⁵ Gillies, Lorna E., Electronic commerce and International Private Law, Ashgate, UK, 2008.P. 1505.

Впервые уточнение содержательных аспектов данного понятия имело место в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 24 от 9 июля 2019 г. «О применении норм международного частного права судами РФ» (далее – Постановление Пленума № 24)⁴⁶. В п. 45 указанного Постановления указано, что «...профессиональная сторона считается направляющей свою деятельность на территорию страны места жительства потребителя, в частности, в том случае, когда она поддерживает в сети «Интернет» сайт, содержание которого свидетельствует о его ориентации на потребителей из соответствующей страны.

К квалифицирующим признакам ориентирования сайта в сети «Интернет» на российских потребителей в Постановлении Пленума № 24 использование на сайте среди прочих русского языка, указание цен в российских рублях, а также контактных телефонов с российскими кодами. Перечень не является исчерпывающим, поскольку суду предлагается также оценить и иные аналогичные доказательства (например, владелец сайта заказывал услуги, направленные на повышение цитируемости его сайта у российских пользователей сети «Интернет»). При этом в Постановлении Пленума № 24 отмечено, что достаточно соблюдения одного из указанных условий для применения судом по своей инициативе защиты прав потребителя, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя.

Данное толкование «направленной деятельности» отличается от толкования указанного критерия в рамках европейского подхода.

Тот факт, что в Постановлении Пленума №24 от 2019 г. считается достаточным соблюдение одного из указанных условий для применения судом по своей инициативе защиты прав потребителя, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя, позволяет сделать вывод, что ориентирование сайта, использование русского языка, российской валюты, контактных телефонов с российскими кодами могут использоваться при оценке направленной деятельности не в совокупности, а каждый по отдельности.

Таким образом, только лишь использование русского языка будет свидетельствовать об ориентировании сайта. Между тем, размещение коммерческой рекламы на русском языке в доменных зонах иностранных государств может свидетельствовать об ориентировании данной информации не на российских потребителей, а на русскоговорящих потребителей того или иного иностранного государства, как это может иметь место в национальных доменных зонах Белоруссии и Казахстана.

Кроме того, использование в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» (далее - Постановление Пленума № 24) такой конструкции как «ориентирование сайта» в большей степени свидетельствует о статических проявлениях сайта, которые могут не иметь

⁴⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. «О применении норм международного частного права судами РФ»// РГ от 17 июля. 2019. № 154.

фактических последствий в виде реального направления деятельности на потребителя. Тогда как основным назначением критерия «направленная деятельность» является активное функционирование сайта, последствиями которого становится взаимодействие потребителя и предпринимателя.

Использование русского языка и российской валюты в большей степени относится к дополнительным, факультативным факторам, которые должны быть оценены в совокупности с иными квалифицирующими признаками, свидетельствующими о целенаправленном ориентировании сайта на российских потребителей, как, например, информация на сайте о способах и цене доставки товаров в РФ.

При решении вопроса о направленной деятельности профессиональной стороны в сети Интернет необходимо учитывать, что сайт должен способствовать заключению дистанционных договоров. При этом оценка направленной деятельности профессиональной стороны должна исходить не из декларативного содержательного наполнения сайта, свидетельствующего об ориентировании профессиональной стороны на заключение трансграничных потребительских контрактов, а из «принципа эффекта», выраженного в реальном фактическом взаимодействии потребителя и предпринимателя.

5. Юрисдикционная защита потребителя при заключении электронных потребительских сделок.

В отличие от европейского права, в рамках которого отмечена необходимость согласованной интерпретации критерия «направленной деятельности» в Регламентах Рим I и Брюссель I (bis) (п. 24 Рим I), в РФ механизм предоставления защитной юрисдикции потребителю выражен в иной конструкции. Критерий направленной деятельности представлен в виде основания установления юрисдикции российских судов в отношении споров с участием иностранных лиц, если имеет место «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», направленной на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории РФ». Указанное основание установления юрисдикции российского суда, введенное в п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ в 2015 г., дополнило традиционное правило юрисдикции по месту нахождения имущества ответчика на территории РФ.

Основание установления судебной юрисдикции в виде «распространения рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», направленной на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории РФ», предусмотренное в п. 2 ч.3 ст. 402 ГПК РФ, не тождественно критерию «направленной деятельности», хотя и представляет собой достаточно значимую составляющую направленной деятельности предпринимателя.

Следует отметить, что, если в Регламенте Брюссель I (bis) речь идет о направленной деятельности на место жительства (домициль) потребителя ((с)

ст.17), то в п.2 ч.3 ст. 402 ГПК РФ говорится обо всех потребителях, находящихся на территории РФ.

Таким образом, может быть обоснована юрисдикция российского суда и в отношении иностранного потребителя, находящегося на территории РФ, при условии доказанности распространения ответчиком рекламы в сети Интернет, ориентированной на данного потребителя. При этом в отличие от Брюсселя I необходимость установления факта последующего заключения договора, связанного с такой профессиональной деятельностью, в российском праве не предусмотрена.

Буквальное толкование российского юрисдикционного критерия «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», направленной на привлечение внимания потребителей», в большей степени обнаруживает его статичные, а не динамичные признаки, поскольку направленность рекламы на сайте ориентирована на оценку характера сайта, а не тех последствий, которые имеют место в результате функционирования данного сайта.

Хотя в п.2 ч.3 ст. 402 ГПК РФ и отмечен частный случай направленной деятельности - реклама, данное основание судебной юрисдикции является более широким по сравнению с критерием направленной деятельности в праве ЕС. В этой связи, указанное основание судебной юрисдикции можно признать «пропотребительским».

Это обстоятельство позволяет усмотреть несоответствие функциональному назначению данного основания судебной юрисдикции, а именно обеспечению защитных механизмов как в отношении потребителя, так и в отношении профессиональной стороны. Потребитель должен быть защищен от неблагоприятной для него судебной юрисдикции того или иного государства. Тогда как профессиональная сторона, осуществляющая бизнес в цифровом пространстве, должна разумно предвидеть возможность установления судебной юрисдикции государства места жительства потребителя. Отсутствие сбалансированного подхода защиты прав и интересов потребителя и профессиональной стороны не способствует созданию благоприятных факторов для развития электронного бизнеса и обеспечению условий равного доступа потребителей и предпринимателей к международным торговым площадкам.

По этой причине при оценке основания «распространение рекламы в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет", направленной на привлечение внимания потребителей», было бы целесообразно руководствоваться вышеуказанными концепциями, сформулированными в праве ЕС, где факт доступности контента не является достаточным основанием для установления юрисдикции суда места жительства потребителя.

Оценка направленной рекламы на потребителя в сети Интернет должна исходить не из декларативного содержательного наполнения сайта, свидетельствующего об ориентировании профессиональной стороны на заключение трансграничных потребительских контрактов (субъективный

фактор), а из «принципа эффекта», выраженного в реальном фактическом взаимодействии потребителя и предпринимателя, которое может также выражаться в факте заключения договора между потребителем и профессиональной стороной в результате такого рода ориентированной рекламы (объективный фактор).

При толковании критерия направленной на территорию РФ рекламы, следует также учесть выработанный судом Европейского союза подход, свидетельствующий о возможности понимания под направленной деятельностью не только ориентирование на конкретное государство, но и осуществление международной деятельности.

Под международной деятельностью понимается деятельность, открытая для заключения международных потребительских контрактов, которая ориентирована не столько специально на конкретное государство, а на данное государство в том числе. К таковой деятельности можно отнести намерение профессиональной стороны на заключение трансграничных потребительских контрактов; использование доменного имени верхнего уровня, отличного от национального домена соответствующего государства места нахождения профессиональной стороны; демонстрация клиентуры, состоящей из потребителей, проживающих в различных государствах; обозначение маршрута к месту нахождения профессиональной стороны с территории других государств; и т.п.

В то же время иной подход должен иметь место, если реклама, ориентированная на потребителей, размещена в национальной доменной зоне страны потребителя, поскольку в основе предоставления коллизионной и юрисдикционной защиты должны лежать отличные механизмы.

Само по себе размещение рекламной информации, будучи недостаточным в целях предоставления коллизионной защиты вне контекста анализа последствий функционирования соответствующего сайта в отношении потребителя, является справедливым и достаточным в целях предоставления потребителю юрисдикционной защиты.

Возможность отнесения размещения рекламы или осуществления той или иной деятельности в национальной доменной зоне к самостоятельному основанию установления судебной юрисдикции может быть аргументирована положениями, отраженными в Указе Президента РФ N 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности РФ» в 2016 г. Определение информационной инфраструктуры РФ, предусмотренное в данном указе, фактически придало территориальное значение совокупности объектов информатизации, информационных систем, сайтов в сети Интернет и сетей связи.

Определение информационной инфраструктуры РФ, включающей в себя как национальные доменные зоны, так и сетевое оборудование, поддерживающее функционирование сети Интернет, позволяет устанавливать в отношении национальной доменной зоны верхнего уровня юрисдикцию той страны, в отношении которой данная доменная зона закреплена.

Распространение юрисдикции РФ в отношении национальной доменной зоны в определенной степени требует и формулирования самостоятельного критерия установления судебной юрисдикции. Территориальное значение, которое придается факту места нахождения или места жительства ответчика, таким же образом может также придаваться и информационной инфраструктуре РФ. Суды РФ должны быть компетентны как при рассмотрении дел с участием иностранных лиц судами РФ, если организация-ответчик находится на территории РФ или гражданин-ответчик имеет место жительства в РФ, так и дел с участием иностранных лиц, если ответчик осуществляет деятельность в национальной доменной зоне. В этой связи такие основания юрисдикции как «место нахождения», «место жительства ответчика» имеют такое же территориальное значение, как и критерий «в национальной доменной зоне РФ».

При этом факт осуществления направленной деятельности или распространения рекламы должен быть иррелевантным.

В силу специфики характера потребительских споров, критерий установления судебной юрисдикции применительно к отношениям, реализующимся в национальной доменной зоне, в наибольшей степени отвечает принципу тесной связи, который проявляется в разумном ожидании предпринимателя установления юрисдикции в российских судах, так и защите слабой стороны.

В этой связи п. 2 ч.3 ст. 402 ГПК в большей степени должен быть ориентирован на установление судебной юрисдикции в отношении распространения рекламы или в функциональных доменных зонах или доменных зонах иностранного государства, где имеет место деятельность, направленная на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории РФ. Тогда как осуществление деятельности в национальной доменной зоне должно являться самостоятельным критерием установления юрисдикции российских судов.

Единый подход толкования направленной деятельности, как в целях коллизионного регулирования потребительских отношений, так и в целях установления судебной юрисдикции, имеющий место в праве ЕС, не является целесообразным. Безусловно, и при поиске применимого права, и в отношении установления юрисдикции преследуются общие цели защиты прав потребителей. Но вряд ли достижение данных целей должно осуществляться абсолютно аутентичными средствами.

Рассмотрение спора в стране места жительства потребителя предоставляет последнему гораздо больший объем правовой защиты, нежели чем применение права страны места жительства потребителя или применение императивных норм права, которое при отсутствии соглашения сторон подлежало бы применению к соответствующим потребительским отношениям.

Установление юрисдикции иностранного по отношению к потребителю суда помимо неудобств, связанных с неосведомленностью об особенностях и специфике иностранного процесса, также может влечь для потребителя

дополнительные материальные и временные затраты. Это в свою очередь обуславливает необходимость формулирования дифференцированных подходов к определению «направленной деятельности» в целях решения вопросов о судебной юрисдикции и поиска применимого к потребительским отношениям права. Таким образом, использование в российском праве в отличие от европейского права различных критериев, обуславливающих применение юрисдикционных и коллизионных механизмов защиты, представляется оправданным. При этом в основу содержательного наполнения указанных критериев не может быть положен одинаковый перечень фактических обстоятельств.

6. Понятие «письменная форма» сделки в соответствии с национальными и международными нормами.

Если проанализировать содержание статей международных конвенций в области международной торговли, регламентирующих представление документов в письменной форме, условно их можно подразделить на две группы.

К первым относятся соглашения, преимущественно созданные в последние десятилетия, в которых дается расширительное толкование письменной формы, включающей среди прочих и обмен электронными данными (Конвенция ООН «Об уступке дебиторской задолженности в международной торговле» (г. Нью-Йорк, 2001 г.); Будапештская Конвенция «О договоре перевозки грузов по внутренним водным путям» 2001 г. (КПГВ) «письменная форма»; Конвенция «О морских залогах и ипотеках» 1993 г.).

Ко второй группе можно отнести международные документы, время создания и принятия которых датируется, как правило, прошлым веком. Они либо содержат в себе требование письменной формы, не раскрывая, что под ней понимается, или же перечисляют возможные варианты закрепления документа в письменной форме, как правило, в виде телеграммы, телекса и телетайпа. Конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г. предписывает любой спор, касающийся ответственности перевозчика, разрешать в арбитраже, и такая договоренность должна оформляться в письменной форме. Конвенция «О праве, применимом к агентским соглашениям» 1978 г. регламентирует в письменной форме оформлять выбор применимого права. Европейская конвенция «О внешнеторговом арбитраже» 1961 г. обозначает «арбитражное соглашение» как арбитражную оговорку в письменной сделке или отдельное арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу, а в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, - всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами. В Конвенции ООН морской перевозке грузов («Гамбургские правила») 1978 г. письменная форма включает, наряду с прочим, телеграмму и телекс.

Отдельного внимания заслуживает понятие письменной формы содержащееся в Венской Конвенции ООН «О международной купле-продаже товаров» 1980 г. (далее – Венская конвенция 1980 г.), которая является примером самой успешной унификации материально-правовых норм в сфере международной торговли. Статья 11 Венской конвенции 1980 г. предусматривает общий порядок, исключающий требование о заключении и подтверждении договора в письменной форме, а также подчинение иному требованию в отношении формы. В том случае, если в законодательстве государства-участника содержатся императивные положения о недопустимости заключения, изменения, расторжения договора не в письменной форме, то государство вправе сделать оговорку к указанной Конвенции о неприменении к договорам с участием стороны, имеющей местонахождение коммерческого предприятия в данном государстве, статей, допускающих возможность совершения сделок не в письменной, а любой иной форме.

Учитывая действовавшее во время подписания Венской конвенции императивное правило гражданского законодательства РФ об обязательном заключении внешнеэкономических контрактов, Россия сделала оговорку относительно обязательности письменной формы сделки⁴⁷. В настоящий момент в число государств, сделавших оговорку о неприменимости ст. 11 и ст. 96 Конвенции, которые допускают, чтобы договор купли-продажи, его изменение или прекращение соглашением сторон, либо оферта, акцепт или любое иное выражение намерения совершались не в письменной, а в любой иной форме, если хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие на его территории, входят также Аргентина, Армения, Белоруссия, Чили, КНДР, Парагвай, Вьетнам, Украина.

Следует заметить, что, несмотря на либерализацию российского гражданского законодательства в отношении формы заключения внешнеэкономических сделок, сделанная СССР оговорка о неприменимости положения Венской конвенции, предусматривающего возможность заключать договор не в письменной, а в любой форме, если хотя бы одна из сторон договора имеет свое коммерческое предприятие в СССР (постановление ВС СССР от 23 мая 1990 г. № 1511-1)⁴⁸, продолжает действовать.

Под «письменной формой» в ст. 13 Венской конвенции 1980 г. понимаются «также сообщения по телеграфу и телетайпу». Учитывая представленный перечень возможных способов фиксации информации, представляет интерес, подпадают ли под данное определение договоры, заключенные электронным способом.

⁴⁷ Правило, предусмотренное в п. 3 ст. 162 ГК РФ, о недействительности внешнеэкономической сделки заключенной без соблюдения простой письменной формы, хотя и распространяется на все внешнеэкономические сделки с участием российских лиц, признано неоправданным в Концепции развития гражданского законодательства РФ, одобренной решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 17.10.2009. В концепции гражданского законодательства отмечено, что подобное правило вводит в неравное положение сторон внешнеэкономических сделок по отношению со сторонами обычных сделок /Концепция развития гражданского законодательства РФ// Вестник ВАС РФ, № 11, ноябрь, 2009.

⁴⁸ Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР от 23 мая 1990 г. № 23. Ст. 428.

По мнению М.М. Розенберга, указание в Венской конвенции на два вида письменных сообщений отнюдь не означает, что тем самым исключена возможность считать таковыми иные виды письменных сообщений, в частности факсимильные, поскольку употребленное слово в тексте ст.13 «также» не свидетельствует о намерении придать перечню исчерпывающий характер⁴⁹. Действительно, сложно предположить, что разработчики Венской конвенции 1980 г. стремились охватить все возможные формы письменных документов путем исчерпывающего перечисления в рамках одной статьи. Кроме того, иные виды фиксации документа в факсимильной и электронной форме еще не получили тогда широкого распространения, что позволяет допустить отсутствие в Конвенции положений, исключающих возможность заключения договора в электронной форме.

Возникает вопрос, какими положениями следует руководствоваться, относя тот или иной вид фиксации документа к письменной форме - положениями Венской конвенции 1980 г. или же национальным законодательством. В Венской конвенции закреплено правило, предписывающее толковать ее положения, учитывая международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдении добросовестности в международной торговле. Таким образом, правила толкования унифицированных международных норм отличаются от правил толкования национальных норм, поскольку именно первые связаны с содержащим данные нормы международным договором и должны получать толкование, учитывая международный характер соответствующего договора.

Что касается понятия «письменная форма», то здесь, вряд ли можно допустить международное толкование данного понятия, поскольку указанная статья включена в текст Конвенции именно в отношении тех государств, которые сделали оговорку об обязательности письменной формы. Тогда как общее правило Венской конвенции 1980 г. гласит, что не требуется, чтобы договор купли-продажи заключался или подтверждался в письменной форме или подчинялся иному требованию в отношении формы. Поэтому за пониманием, что охватывается письменной формой необходимо обращение к национальному праву соответствующего государства, сделавшего такую оговорку. Так, в российской доктрине отмечено, что поскольку обязательность соблюдения письменной формы вытекает из норм национального права государств, сделавших оговорку, этими нормами (а не Венской конвенцией) определяются и требования к ее соблюдению, и что ст. 13 Конвенции не содержит никаких ограничений в использовании сообщений в любой форме (в том числе и по факсу), когда применимы положения статьи 11⁵⁰.

Есть и иная позиция по данному вопросу. Так, по мнению В.А. Канашевского, правило об обязательной письменной форме контракта купли-продажи (подпадающего под сферу Венской конвенции 1980 г. с

⁴⁹ См.: М.Г. Розенберг. Международная купля-продажа товаров. - М., 2001.

⁵⁰ Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров / Комментарий под ред. М.М. Богуславского. - М. 1994. С.42-43; М.Г. Розенберг. Международная купля-продажа товаров. - М., 2001. С.24.

участием российского лица) должно соблюдаться, несмотря на исключение из ГК РФ понятия «внешнеэкономическая сделка» и требований обязательной письменной формы таких сделок (п. 3 ст. 162 ГК РФ), по крайней мере до тех пор, пока Россия не отозвала заявление, которое сделал СССР при присоединении к Венской конвенции 1980 г.⁵¹. В этой связи, по мнению ученого, факсимильная связь в соответствии с буквальным толкованием Венской конвенции 1980 г. не относится к письменной форме, хотя автором в то же время отмечено, что в момент разработки Венской конвенции 1980 г. факсимильная связь не была распространена.

Действительно, в момент разработки Венской конвенции 1980 г. способы заключения контрактов, альтернативные бумажному документообороту, не исчерпывались лишь перечисленными в ст. 13 телеграфом или телетайпом. Так, уже после 1978 г., когда была утверждена унификация международного стандарта электросвязи МСЭ (ССИТТ) в отношении факсимильных аппаратов, факсимильная связь стала массовым видом связи, позволившим многим коммерческим и государственным организациям начать активно использовать ее возможности в своей работе⁵². Здесь следует согласиться с М. М. Розенбергом, который посчитал, что указание в Венской конвенции 1980 г. на два вида письменных сообщений отнюдь не означает, что тем самым исключена возможность считать таковыми иные виды письменных сообщений, в частности факсимильные, поскольку употребленное слово в тексте ст. 13 «также» не свидетельствует о намерении придать перечню исчерпывающий характер⁵³. И, соответственно, сложно предположить, что разработчики Венской конвенции 1980 г. стремились охватить все возможные формы письменных документов путем их исчерпывающего перечисления в рамках одной статьи.

Если та или иная форма заключения сделки не предусмотрена в ст. 11 Венской конвенции 1980 г., контракт не может считаться заключенным не в письменной форме, если такая форма удовлетворяет требованиям национального законодательства государства, сделавшего оговорку в отношении обязательности письменной формы.

Таким образом, если право, регулирующее форму сделки, допускает факсимильную или электронную форму ее заключения, то заключен ли договор в письменной форме, будет решаться в соответствии с данным правом, в том числе и в случаях, если соответствующее государство сделало оговорку к ст. 11 об обязательности письменной формы.

До ноября 2013 г. гражданское законодательство РФ предусматривало недействительность внешнеэкономической сделки вследствие несоблюдения ее простой письменной формы. Исключение данного положения из гражданского законодательства тем не менее не предполагает допущения, что

⁵¹ Канашевский В. А. Международные сделки: правовое регулирование. М.: Международные отношения, 2019. С. 229.

⁵² Альтергот А., Панфилов Д., Шаронин С. Факсимильная связь на базе компьютерной телефонии // Сети / Network world. 1997. № 1. URL: <https://www.osp.ru/nets/1997/01/142127ю>; Все о факсах. URL: http://www.imperium.ru/new_page_20.htm.

⁵³ Розенберг М. Г. Указ. соч. С. 24.

внешнеэкономическая или международная коммерческая сделка может быть заключена в устной или иной форме альтернативной письменной. В отношении международных коммерческих сделок будет действовать общее правило, предусмотренное в п. 1 ст. 161 ГК РФ, о том, что если сделки заключаются между юридическими лицами между собой и/или с гражданами, то данные сделки должны совершаться в простой письменной форме. Если же письменная форма не соблюдена, то в соответствии со ст. 162 ГК РФ стороны в случае спора не могут ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но в то же время вправе приводить письменные и другие доказательства. Таким образом, *требования о необходимости соблюдения письменной формы международных коммерческих сделок фактически не снимаются*. Перестают действовать последствия в виде недействительности договора при несоблюдении его письменной формы.

А.И. Савельев отмечает, что даже при несоблюдении письменной формы договора и отсутствия электронной подписи, возможность сторон приводить письменные и иные доказательства в виде распечаток переписки по электронной почте, платежных документов, подписанных актов сдачи-приемки товара и иных письменных доказательств приводит к тому, что при условии надлежащего сопровождения процесса исполнения договора, заключенного с нарушениями требований к письменной форме, можно тем не менее ссылаться на его наличие⁵⁴. Таким образом, как заключает автор, нормы российского законодательства о последствиях несоблюдения письменной формы являются более либеральными, чем нормы, устанавливающие требования к этой самой письменной форме.

Возникает вопрос, можно ли заявление СССР при присоединении к Венской конвенции 1980 г. о неприменимости ее положений, допускающих заключение, изменение или прекращение соглашения сторон не только в письменной форме, считать основанием несоблюдения простой письменной формы, которое в силу п. 2 ст. 162 ГК РФ является прямым указанием в законе, обуславливающего недействительность сделки. Иными словами, должна ли сделка международной купли-продажи товаров быть признана недействительной в силу того, что ее форма не удовлетворяет требованиям Венской конвенции 1980 г., или же к данной сделке должны быть применены последствия несоблюдения простой письменной формы, предусмотренные п. 1 ст. 162 ГК РФ в виде лишения сторон права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания.

Статья 12 Венской Конвенции 1980 г. оговаривает недопустимость заключения договора не в письменной форме, если одна из ее сторон имеет коммерческое предприятие в государстве, сделавшем оговорку относительно обязательности письменной формы сделки, но не указывает на последствия несоблюдения данного правила. Принимая во внимание, что Венская Конвенция 1980 г. не применяется к действительности самого договора в соответствии с п. «а» ст. 4, в этом случае, как представляется, вопрос

⁵⁴ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: Правовое регулирование. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2016. С. 206.

относительно заключения договора и средств доказывания будет решаться в соответствии с национальным законодательством. Если таковым будет российское право, то факт заключения договора будет доказываться на основании письменных и иных доказательств в соответствии с п. 1 ст. 162 ГК РФ. В то же время представляется сомнительным применение к такой сделке положений Венской конвенции 1980 г., в которой предусмотрена недопустимость ее применения к заключению договора не в письменной форме, если об этом государством сделана оговорка.

7. Равнозначность электронной подписи собственноручной подписи.

В соответствии с п. 2 ст. 434 ГК РФ договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа (в том числе электронного), подписанного сторонами, или обмена письмами, телеграммами, электронными документами либо иными данными в соответствии с правилами абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ.

После 2019 г. п. 1 ст. 160 ГК РФ был дополнен вторым абзацем, в соответствии с которым *письменная форма* сделки считается соблюденной также в случае совершения лицом сделки *с помощью электронных либо иных технических средств*, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки, при этом требование о наличии подписи считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю. Кроме того, в указанном абзаце предусмотрено, что законом и иными правовыми актами и соглашением сторон может быть предусмотрен специальный способ достоверного определения лица, выразившего волю.

Отсюда следует, что в соответствии с Гражданским кодексом РФ, письменная форма сделки, заключаемая электронным способом, будет считаться выполненной, если возможны *воспроизведение сделки на материальном носителе и идентификация лица*, выразившего волю на ее заключение.

Такой подход в целом соответствует ст. 9 Нью-Йоркской конвенции 2005 г., в которой требование наличия подписи считается соблюденным, если а) использован какой-либо способ для идентификации этой стороны и указания намерения этой стороны в отношении информации, содержащейся в электронном сообщении; и б) этот способ:

- либо является настолько надежным, насколько это соответствует цели, для которой электронное сообщение было подготовлено или передано, с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности;

- либо, как это фактически продемонстрировано на основании самого способа или с помощью дополнительных доказательств, позволил выполнить функции, описанные в подп. «а».

Как следует из ст. 9 Нью-Йоркской конвенции 2005 г., подпись не охватывает все возможные формы подписания документов, а только те, которые являются надежными или позволяют идентифицировать саму подписавшую сторону и выражение ею волеизъявления.

Конвенционная модель совпадает с национальной в части требования в отношении идентификации лица, выразившего волю на заключение сделки. Различия в данных подходах заключаются в формах выражения доступности информации для последующего использования. Если национальный закон предусматривает необходимость воспроизведения на материальном носителе, то в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 2005 г. не уточняется, в каком виде должна быть представлена информация, чтобы считаться доступной для последующего использования.

Дополнительно в Нью-Йоркской конвенции 2005 г. предусматривается необходимость проверки надежности способа идентификации лица, который должен соответствовать цели, для которой электронное сообщение было подготовлено или передано, либо с помощью дополнительных доказательств позволять идентифицировать данное лицо. Широкий круг методов подписания демонстрирует разный уровень надежности соответствующих методов, что обуславливает постановку вопроса является ли избранный порядок подписания документов надежным для цели соответствующего подписания.

В доктрине отмечено, что, поскольку сама Нью-Йоркская конвенция 2005 г. не решает вопрос о том, какое именно законодательство может требовать соблюдения подобных правил, в качестве такого законодательства выступает применимое к договору право⁵⁵.

Способы идентификации в абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ не перечислены, но, как представляется, надежность данных способов презюмируется.

Таким образом, в соответствии с ГК РФ подписание документа не является одним из существенных элементов письменной формы договора (сделки), поскольку требование о подписи при обмене письмами, телеграммами, электронными документами либо иными данными с помощью электронных либо иных технических средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки, будет считаться выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю.

Гражданский кодекс РФ стал одним из первых федеральных законов, который в ст. 160 закрепил в качестве реквизита, придающего юридическую силу документу, электронную подпись в качестве аналога собственноручной подписи. Однако легальное определение данного термина появилось лишь в 2002 г. в Федеральном законе РФ от 10 января 2002 г. N 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи», который предусматривал лишь один вид подписи – электронной цифровой подписи (ЭЦП), полученной в результате асимметричной криптографии.

⁵⁵ Стригунова Д. П. Правовое регулирование международных коммерческих договоров: монография. М., 2018 // СПС «Гарант».

В 2011 г. на смену ФЗ РФ «Об электронной цифровой подписи» 2002 г. пришел ФЗ РФ «Об электронной подписи», который изменил правовое регулирование отношений в данной сфере. Так, в отличие от ФЗ РФ «Об электронной цифровой подписи» 2002 г., который не распространялся на отношения, возникающие при использовании иных аналогов собственноручной подписи, в ФЗ РФ «Об электронной подписи» 2011 г. было предусмотрено более широкое понятие электронной подписи.

Под электронной подписью закон понимает информацию в электронной форме, которая присоединена к другой информации в электронной форме (подписываемой информации) или иным образом связана с такой информацией и которая используется для определения лица, подписывающего информацию.

В отличие от ФЗ РФ «Об электронной цифровой подписи» 2002 г., который предусматривал только один вид подписи, ФЗ РФ «Об электронной подписи» 2011 г. предусматривает применение двух видов подписей: простой электронной подписи и усиленной электронной подписи. При этом последняя подразделяется на неквалифицированную и квалифицированную.

Простой электронной подписью является электронная подпись, которая посредством использования кодов, паролей или иных средств подтверждает факт формирования электронной подписи определенным лицом.

Простая электронная подпись указывает на лицо, подписавшее информацию, но не позволяет установить неизменность подписи и скрепленной ею информации после подписания. Простая ЭП может использоваться для подписания электронных сообщений, направляемых в государственный орган, орган местного самоуправления или должностному лицу.

Неквалифицированную электронную подпись характеризует совокупность признаков:

- 1) получена в результате криптографического преобразования информации с использованием ключа электронной подписи;
- 2) позволяет определить лицо, подписавшее электронный документ;
- 3) позволяет обнаружить факт внесения изменений в электронный документ после момента его подписания;
- 4) создается с использованием средств электронной подписи.

Квалифицированной электронной подписью является электронная подпись, которая соответствует всем признакам неквалифицированной электронной подписи, а также дополнительным признакам:

- 1) ключ проверки электронной подписи указан в квалифицированном сертификате;
- 2) для создания и проверки электронной подписи используются средства электронной подписи, получившие подтверждение соответствия требованиям, установленным в соответствии с законом «Об электронной подписи».

В абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК не говорится о видах подписи, а предусматривается общее правило соблюдения требования о подписании

договора (сделки) в возможности идентификации лица, выразившего волю на ее заключение, является специальным по отношению РФ.

Как представляется, абз.2 п.1 ст. 160 ГК РФ и ФЗ РФ «Об электронной подписи» 2011 г. соотносятся следующим образом. ФЗ РФ «Об электронной подписи» 2011 г. предусматривает ситуации равнозначности квалифицированной, неквалифицированной и простой электронной подписей собственноручной подписи. В соответствии с ФЗ РФ «Об электронной подписи» 2011 г. квалифицированная электронная подпись признается равнозначной собственноручной подписи, тогда как условия равнозначности простой и/или неквалифицированной электронных подписей собственноручной подписи будет выполнено, если это предусмотрено в законе или иных нормативных правовых актах или соглашении между участниками электронного взаимодействия. Таким образом, закон предусматривает общие условия презумпции наличия подписи. Тогда как абз.2 п.1 ст. 160 ГК РФ регулирует условия признания наличия подписи в гражданско-правовых сделках, которое доказывается в суде в каждом конкретном случае при наличии возможности достоверно определить лицо, выразившее волю на подписание. В данном случае достоверное определения лица, равно как и выражение данным лицом воли на подписание сделки переходят в зону судебного усмотрения.

А.И. Савельев поднимал вопрос относительно формы согласования сторонами об использовании простой электронной подписи, а именно будет ли считаться соглашение сторон, подписанное сторонами простой электронной подписью, фактом согласия на применение в их отношениях данного вида подписи. По мнению автора, соглашение об использовании средств простой электронной подписи может быть выражено и в иной форме, нежели рамочное. Так, отмечает автор, о наличии согласованного волеизъявления по вопросу использования аналога собственноручной подписи может свидетельствовать тот факт, что в ответ на оферту, которая была направлена в электронном виде с использованием такого аналога, акцепт был отправлен с использованием аналогичного вида электронной подписи или в порядке, предписанном полученной офертой и в этом случае можно говорить о том, что участники не возражали против применения такого аналога собственноручной подписи при заключении договора и допускают его применение в дальнейшем⁵⁶.

Иной подход предусмотрен в Рекомендации Ассоциации российских банков от 19 декабря 2012 г. "Рекомендации по заключению договоров в электронной форме". В соответствии с п. 2 указанных Рекомендаций договоры в электронной форме, подписанные простой электронной подписью или усиленной неквалифицированной электронной подписью могут быть приравнены по юридической силе к договорам на бумажных носителях только при условии, что они заключены во исполнение ранее заключенных сторонами рамочных договоров, которые предусматривают

⁵⁶ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: Правовое регулирование. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2016. С. 128.

такой порядок заключения последующих договоров⁵⁷. Следует отметить, что данный подход поддерживается в российской доктрине⁵⁸.

И, следовательно, если сделка подписана простой подписью, что не предусмотрено ни в нормативно-правовых актах, ни в соглашении сторон, то в данном случае утрачивается презумпция равнозначности простой подписи собственноручной, что предусмотрено в п.2 ст. 6 ФЗ РФ «Об электронной подписи». Но это не должно означать, что форма сделки не должна автоматически признаваться совершенной не в письменной форме, поскольку в соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ суду необходимо проверить, можно ли считать требование о наличии подписи выполненным, если есть возможность достоверного определения лица, выразившего волю на подписание сделки.

Таким образом, можно сделать вывод, что условие об использовании простой или усиленной квалифицированной электронной подписи при подписании договора должно содержаться не в самом договоре, а в отдельном документе, предваряющем основной договор и подписанном сторонами собственноручными подписями. В противном случае документ, подписанный простой или неквалифицированной электронной подписью, не будет признаваться равнозначным документу на бумажном носителе, из чего, однако, автоматически не следует, что документ совершен не в письменной форме. Поскольку для последнего заключения должно быть исследовано, будет ли требование о наличии подписи считаться выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо.

8. Признание электронных подписей, созданных в соответствии с нормами иностранного права и международными стандартами.

Основной проблемой трансграничного оборота является использование в государствах различных технических и юридических стандартов, предъявляемых к электронным методам подписания документов. Как отмечено в подготовленном Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) документе «Содействие укреплению доверия к электронной торговле: правовые вопросы международного использования электронных методов удостоверения подлинности и подписания» (далее – Содействие ЮНСИТРАЛ), преодолеть технологическую несовместимость позволяет «критерий надежности», предусмотренный в Нью-Йоркской Конвенции ООН 2005 г.⁵⁹. Указанная конвенция предусматривает, что электронные методы подписания или удостоверения подлинности отвечают требованиям, предъявляемым к

⁵⁷ Рекомендации Ассоциации российских банков от 19 декабря 2012 г. «Рекомендации по заключению договоров в электронной форме». СПС Гарант.

⁵⁸ Шестакова Е.В. Договоры в электронной форме: правовые риски и судебная практика. – «Право Доступа», 2020. СПС Гарант.

⁵⁹ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли «Содействие укреплению доверия к электронной торговле: правовые вопросы международного использования электронных методов удостоверения подлинности и подписания» выделены четыре функции подписи». ООН Вена. 2009. С.69-70.

подписи, при условии, что подпись или метод удостоверения подлинности являются настолько надежными, насколько это соответствует цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано.

В то же время Конвенция полностью не устраняет необходимость согласованного решения проблемы несовместимости юридических и технических стандартов, поскольку используемый в статье критерий надежности предполагает его оценку судом и не дает уверенности будет ли он признан судом или нет. Таким образом, такие условия, как правило, подтверждаются лишь после заключения электронного договора.

ФЗ «Об электронной подписи» 2011 г. использует недискриминационный подход к иностранным электронным подписям и устанавливает *порядок признания электронных подписей*, созданных в соответствии с нормами иностранного права и международными стандартами.

В ранее действовавшем ФЗ «Об электронной цифровой подписи» 2002 г. ст. 18 предусматривала необходимость признания иностранного сертификата ключа подписи: «Иностранный сертификат ключа подписи, удостоверенный в соответствии с законодательством иностранного государства, в котором этот сертификат ключа подписи зарегистрирован, признается на территории РФ в случае выполнения установленных законодательством РФ процедур признания юридического значения иностранных документов». Указанное положение вносило определенную неясность: во-первых, в отношении объекта признания юридического значения, должен ли это быть иностранный сертификат или сама электронная подпись, и во-вторых, каким образом могла бы осуществляться данная процедура в отношении иностранного сертификата, имеющего электронную форму.

Действующий закон об электронной подписи отменил процедуру признания юридического значения документов, имеющих отношение к электронной подписи. В соответствии с п. 1 ст. 7 ФЗ «Об электронной подписи» 2011 г., электронные подписи, созданные в соответствии с нормами права иностранного государства и международными стандартами, в РФ признаются электронными подписями того вида, признакам которого они соответствуют на основании ФЗ «Об электронной подписи» 2011 г. Как отмечено в п. 2 ст. 7, электронная подпись и подписанный ею электронный документ не могут считаться не имеющими юридической силы только на том основании, что сертификат ключа проверки электронной подписи выдан в соответствии с нормами иностранного права.

В соответствии с п. 2 и п. 3 ст. Типового закона ЮНСИТРАЛ 2001 г. сертификат, выданный за пределами принимающего государства, а равно электронная подпись, созданная или используемая за пределами принимающего государства, будут в принимающем государстве обладать равной юридической силой с сертификатом, выданным в этом государстве, и электронной подписью, созданной или используемой в этом государстве, если они обеспечивают по существу эквивалентный уровень надежности.

При определении того, обеспечивает ли сертификат или электронная подпись по существу эквивалентный уровень надежности, в п. 4 ст. 12

Типового закона ЮНСИТРАЛ 2001 г. обозначено, что следует учитывать признанные международные стандарты и любые другие соответствующие факторы.

В отсутствие международных стандартов признание иностранной электронной подписи представляется затруднительным, так как для принятия решения относительно квалификации вида электронной подписи необходим анализ криптографического алгоритма (средств электронной подписи), который лежит в основе ее функционирования.

Проблематичность соблюдения данных требований видится в том, что в разных государствах используются *различные стандарты на криптографические алгоритмы*, лежащие в основе формирования открытого и закрытого ключа электронной подписи. В РФ квалифицированный сертификат ключа проверки электронной подписи выдается аккредитованным удостоверяющим центром или доверенным лицом аккредитованного удостоверяющего центра либо федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным в сфере использования электронной подписи. Аккредитация удостоверяющего центра, в свою очередь, проводится уполномоченным федеральным органом Минкомсвязи России. В этой связи обнаруживаются сложности в виде функциональной совместимости подписанных цифровых документов из-за разного восприятия программами форматов полученной цифровой подписи.

Кроме того, в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 19 июля 2022 г. N 1299 «Об утверждении списка товаров и технологий двойного назначения, которые могут быть использованы при создании вооружений и военной техники и в отношении которых осуществляется экспортный контроль», оборудование, системы, алгоритмы, разработанные или модифицированные для использования криптографии в целях обеспечения конфиденциальности данных, являются товаром двойного назначения, импорт или экспорт которого ограничен. Все это существенно затрудняет признание иностранной электронной подписи и проверку лиц, не состоящих в договорных соглашениях и не предусматривающих в договоре использование определенных технических средств в качестве электронной подписи.

Решением проблемы является участие посредника – доверенной третьей стороны, которая признает национальную электронную подпись, выполненную по правилам страны, резидентом, которой является субъект электронного взаимодействия. Следует отметить, что указанный посредник по-разному обозначен в международно-правовых и национально-правовых актах различных государств.

Так, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ «Об использовании и трансграничном признании управления идентификационными данными и удостоверяющих услуг» 2022 г. такое лицо обозначено как «поставщик удостоверяющих услуг». Указанный Типовой закон представляет собой набор типовых законодательных положений, которые юридически позволяют использовать услуги по управлению идентификационными данными для идентификации физических и юридических лиц в электронной среде, а также

пользоваться удостоверительными услугами для предоставления гарантий качества данных в электронной форме.

В ст. 33 Регламента N 910/2014 Европейского парламента и Совета Европейского Союза «Об электронной идентификации и удостоверительных сервисах для электронных транзакций на внутреннем рынке и об отмене Директивы 1999/93/ЕС» функции доверенной стороны выполняет квалифицированный сервис проверки подлинности квалифицированной ЭЦП.

В праве РФ и стран СНГ указанный посредник обозначен как «доверенная третья сторона».

Впервые в РФ институт доверенной третьей стороны был предусмотрен в 2021 году в ФЗ «Об электронной подписи» 2011 г. В соответствии со ст. 2 ФЗ «Об электронной подписи» в 2021 г. под доверенной третьей стороной понимается юридическое лицо, осуществляющее деятельность по проверке электронной подписи в электронных документах в конкретный момент времени в отношении лица, подписавшего электронный документ, для обеспечения доверия при обмене данными и электронными документами.

Доверенная третья сторона оказывает услуги:

- по подтверждению действительности электронных подписей, используемых при подписании электронного документа, в том числе установлению фактов того, что соответствующие сертификаты действительны на определенный момент времени, созданы и выданы аккредитованными удостоверяющими центрами, аккредитация которых действительна на день выдачи этих сертификатов;

- по проверке соответствия всех квалифицированных сертификатов, используемых при подписании электронного документа, требованиям, установленным ФЗ «Об электронной подписи» и иными принимаемыми в соответствии с ним нормативными правовыми актами;

- по проверке полномочий участников электронного взаимодействия;

- по созданию и

подписанию квалифицированной электронной подписью доверенной третьей стороны квитанции с результатом проверки квалифицированной электронной подписи в электронном документе с достоверной информацией о моменте ее подписания;

- по хранению данных, в том числе документированию выполняемых доверенной третьей стороной операций (п.1 ст.18.1).

Доверенная третья сторона обеспечивает конфиденциальность, целостность и доступность информации при ее обработке и хранении, а также при ее передаче с использованием информационно-телекоммуникационных технологий. Доверенная третья сторона несет гражданско-правовую и (или) административную ответственность за нарушение порядка реализации функций доверенной третьей стороны и исполнения ее обязанностей (п.2, п.3 ст. 18.1).

Особую значимость доверенная третья сторона приобретает при ведении сторонами трансграничного электронного документооборота.

Трансграничный обмен между российской и иностранной компаниями может состояться на основе соглашения между данными компаниями. Но для принятия документов (договоры, инвойсы, спецификации) контролирующими необходимо удостоверение третьей стороной, которая признает национальную электронную подпись, выполненную по правилам страны, резидентом, которой является субъект электронного взаимодействия.

Таким образом, доверенная третья сторона задействована в системе порядка признания иностранных подписей, созданных в соответствии с нормами права иностранного государства и международными стандартами, предусмотренной в принятом 2020 г. п. ст. 7 ФЗ «Об электронной подписи» 2011 г.

В соответствии с законом, в первую очередь квалификация иностранных электронных подписей в качестве *усиленной электронной подписи* должна осуществляться на основании правил, предусмотренных в международном договоре РФ (п.3 ст.7 ФЗ «Об электронных подписях»). Такие электронные подписи признаются действительными в случае подтверждения соответствия их требованиям указанных международных договоров аккредитованной доверенной третьей стороной, аккредитованным удостоверяющим центром, иным лицом, уполномоченными на это международным договором РФ.

Для признания иностранных сертификатов электронной подписи необходимо, чтобы эквивалентные друг другу сертификационные органы признавали услуги, оказываемые каждым из них, а также использовали технически совместимое, согласованное программное обеспечение, которое было бы способно обработать иностранный сертификат⁶⁰. Такой порядок может быть предусмотрен в международном договоре. В отсутствие международного договора подписанные документы будет признаваться только в РФ.

Хотя задача взаимного признания иностранной электронной подписи входит в круг вопросов трансграничного электронного документооборота, решаемых на площадках ЕАЭС, СНГ, ЕС, ШОС, ООН, международных соглашений о порядке признаний совсем немного.

Решением коллегии Евразийской экономической комиссии от 22 августа 2023 были согласованы правила признания электронной цифровой подписи при трансграничном информационном взаимодействии юридических лиц с уполномоченными органами государств – членов Евразийского экономического союза и Евразийской экономической комиссией с использованием службы доверенной третьей стороны⁶¹.

⁶⁰ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли «Содействие укреплению доверия к электронной торговле: правовые вопросы международного использования электронных методов удостоверения подлинности и подписания» выделены четыре функции подписи». ООН Вена. 2009. С.82,83.

⁶¹ Решение Коллегии ЕЭК от 22.08.2023 № 120 «О Правилах признания электронной цифровой подписи (электронной подписи) в электронном документе и обеспечения юридической силы электронных документов при трансграничном информационном взаимодействии юридических лиц (хозяйствующих субъектов) с уполномоченными органами государств – членов Евразийского экономического союза и Евразийской

15 апреля 2024 г. принято межправительственное двустороннее соглашение с Республикой Беларусь⁶². Пока Соглашение не вступило в силу, датой вступления соглашения в силу будет дата получения последнего письменного уведомления о выполнении Сторонами внутригосударственных процедур, необходимых для вступления в силу.

Принимая во внимание слабую унификацию в данной сфере, в 2023-м году ст.7 ФЗ «Об электронной подписи» была дополнена пунктом 4, в котором предусматривается, что при отсутствии международного договора РФ электронные подписи, созданные в соответствии с нормами права иностранного государства и международными стандартами, могут применяться в правоотношениях между участниками электронного взаимодействия на основании соглашения между такими участниками. В таком случае электронные подписи признаются действительными при применении их в правоотношениях между участниками электронного взаимодействия, являющимися сторонами соглашения, при условии подтверждения аккредитованной доверенной третьей стороной, или аккредитованным удостоверяющим центром, или иными лицами, уполномоченными сторонами указанного соглашения, соответствия электронных подписей требованиям указанного соглашения. Указанное не применяется, если электронное взаимодействие осуществляется с использованием информационных систем, операторами и (или) владельцами которых являются государственные органы, органы местного самоуправления, Центральный банк Российской Федерации.

Таким образом для трансграничного обмена электронными документами между российской и иностранной компанией требуется соглашение между указанными компаниями и аккредитованной доверенной третьей стороной. Соответственно, при отсутствии соглашения между сторонами о порядке электронного взаимодействия, решение вопроса функционального назначения иностранной электронной подписи, а именно подтверждает ли подпись только факт ее формирования (простая электронная подпись) или также позволяет определить подписавшее лицо и факт отсутствия внесения изменений в электронный документ после момента его подписания (усиленная неквалифицированная подпись), будет решаться в соответствии с российским правом.

9. Трансграничная передача и оборот персональных данных в РФ

В сферу правовых вопросов, касающихся электронной коммерции, входят вопросы правового регулирования персональных данных, которые в огромном массиве обрабатываются компаниями, поставляющих товары или

экономической комиссией с использованием службы доверенной третьей стороны»// <https://www.alta.ru/tamdoc/23kr0120/?ysclid=m20w3g6lx4530015254>.

⁶² Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о порядке признания электронной подписи (электронной цифровой подписи) в электронном документе при трансграничном электронном взаимодействии (Москва, 15 апреля 2024 г.).

услуги. В РФ отношения, связанные с обработкой персональных данных регулирует ФЗ «О персональных данных» 2006 г.⁶³. Обработка осуществляется органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными муниципальными органами, юридическими и физическими лицами. В 2022 г. в закон было внесено дополнение о расширении сферы его регулирования и на иностранных юридических и физических лиц, которые осуществляют обработку персональных данных граждан Российской Федерации.

Под персональными данными понимается любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу - субъекту персональных данных (п.1 ст.3). Указанное определение полностью воспроизводит определение персональных данных, предусмотренное в ст. 2 (а) Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных 1981 г.⁶⁴.

В Письме Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ 2020 г. в качестве таких данных указываются: фамилия, имя, отчество; год, месяц, дата рождения; место рождения; адрес; телефон; семейное положение; социальное положение; имущественное положение; образование; профессия; занимаемая должность; стаж работы; доходы; иная информация⁶⁵.

Исчерпывающего перечня сведений, относимых к персональным данным, в законе не приводится. Как правило, к таковым относят ФИО, номер телефона, адрес, семейное положение. На сегодняшний день весьма неоднозначно решается вопрос, может ли каждое отдельное сведение из перечисленного подпадать под сферу действия Закона, если оно не способно идентифицировать физическое лицо. Так, в Обзоре обращений граждан в Управление Роскомнадзора по Республике Карелия за II квартал 2012 года было отмечено, что «...фамилия и инициалы гражданина - это, несомненно, персональные данные субъекта. Однако, без использования дополнительной информации определить принадлежность персональных данных конкретному субъекту персональных данных невозможно. ФИО (фамилия, имя, отчество) наряду со многими другими способами используется для идентификации отдельного человека среди других. По своей природе - это составной ключ, идентификатор, основанный на комбинациях трёх параметров фамилии, имени и отчества, на самом деле не идентифицирующий человека однозначно, а лишь сильно сокращающий выборку из тех, кому они могут принадлежать»⁶⁶. Противоположная позиция изложена в Письме Федеральной

⁶³ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. N 152-ФЗ «О персональных данных»// Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. N 31 (часть I) ст. 3451.

⁶⁴ Конвенция Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных ETS N 108 (Страсбург, 28 января 1981 г.). Конвенция [вступила в силу](#) для Российской Федерации 1 сентября 2013 г.

⁶⁵ Письмо Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ от 28 августа 2020 г. N ЛБ-С-074-24059 "О методических рекомендациях"

⁶⁶ Обзор обращений граждан в Управление Роскомнадзора по Республике Карелия за II квартал 2012 года//www.10.rkn.gov.ru.

службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций от 20 января 2017 г. «О результатах рассмотрения обращения Казначейства России», в котором указано, что «информация в объеме фамилия, имя, отчество физического лица является персональными данными, обработка которых должна осуществляться в строгом соответствии с требованиями Федерального закона N 152-ФЗ»⁶⁷.

Обработка персональных данных включает в себя - любое действие или совокупность действий в виде сбора, записи, систематизации, накопления, хранения, уточнения (обновления, изменения), извлечения, использования, передачи (распространения, предоставления, доступа), обезличивания, блокирования, удаления, уничтожения персональных данных. Указанные действия могут быть совершены как с использованием средств автоматизации, так и без использования таких средств (п.3 ст.3). Обработка персональных данных по общему правилу осуществляется только с согласия субъекта персональных данных на обработку его персональных данных. Согласие должно содержать информацию, позволяющую однозначно сделать вывод о целях, способах обработки с указанием действий, совершаемых с персональными данными, объеме обрабатываемых персональных данных (ч. 1 ст. 9). В ст. 6 предусмотрены случаи, когда не требуется согласия при обработке персональных данных. П. 5 ст. 6 Закона допускает обработку персональных данных для исполнения договора, стороной которого либо выгодоприобретателем или поручителем по которому является субъект персональных данных, а также для заключения договора по инициативе субъекта персональных данных или договора, по которому субъект персональных данных будет являться выгодоприобретателем или поручителем. Если по договору с покупателем продавец передает персональные данные покупателя в службу доставки, транспортной компании, пункт выдачи заказов, то в этом случае согласие покупателя на передачу данных не требуется, только если обработка персональных данных не выходит за рамки обозначенных в договоре целей. В противном случае письменное согласие покупателя на передачу данных необходимо.

При осуществлении международной электронной коммерции наибольшую значимость приобретают вопросы трансграничной передачи персональных данных. Под трансграничной передачей персональных данных понимается передача персональных данных на территорию иностранного государства органу власти иностранного государства, иностранному физическому лицу или иностранному юридическому лицу (п.11 ст.3).

До 2022 г. в Законе о персональных данных отсутствовали специальные положения, регламентирующие сферу его действия по территории и кругу лиц. С целью уточнения экстратерриториальной сферы действия указанного

⁶⁷ Письмо Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций от 20 января 2017 г. N 08АП-6054 "О результатах рассмотрения обращения Казначейства России".

закона была сформирована специальная рабочая группа при Консультативном совете Федеральной службой по надзору в сфере связи информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор). Результаты, к которым пришли авторы рабочей группы, были отражены в отчете для внутреннего использования Роскомнадзором и официальных комментариях Министерства цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ (Министерства связи) Федерального закона от 21 июля 2014 г. № 242-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части уточнения порядка обработки персональных данных в информационно-телекоммуникационных сетях» (далее – Федеральный закон № 242-ФЗ)⁶⁸. В рамках подхода, обозначенного в рекомендациях Министерства связи предписывалось руководствоваться критерием направленной деятельности. В пояснительной записке (Министерства связи) наличие направленности интернет-сайта на территорию РФ предложено определять следующими факторами: 1) использование доменного имени, связанного с РФ или субъектом РФ (.ru, .рф, .su, .москва, moscow и т.п.) и (или) 2) наличие русскоязычной версии интернет-сайта, созданной владельцем такого сайта или по его поручению иным лицом (использование на сайте или самим пользователем плагинов, предоставляющих функционал автоматизированных переводчиков с различных языков не должно приниматься во внимание).

В 2022 г. в круг лиц, осуществляющих обработку персональных данных (операторов данных), были включены иностранные физические и юридические лица. В соответствии с пп.1.1. п.1. ст. 1 Закона о персональных данных обработка персональных данных иностранными юридическими и физическими лицами персональных данных граждан РФ осуществляется на основании договора или иных соглашений между соответствующими сторонами либо на основании согласия граждан РФ на обработку персональных данных.

Таким образом, с 2022 г. в Закон о персональных данных было внесено изменение, допускающее экстерриториальное применение данного закона в отношении иностранных лиц, осуществляющих обработку персональных данных граждан РФ на основании договора или согласия субъектов персональных данных на обработку. Как было отмечено разработчиками, вносимые в закон поправки обусловлены наличием нелегальных сервисов в иностранном сегменте Интернета, на который не распространяются требования российского законодательства в сфере персональных данных, а также отсутствием регулирования трансграничной передачи персональных данных, что создает существенную угрозу в условиях текущей внешнеполитической ситуации. По мнению разработчиков, закон позволит

⁶⁸ Министерство цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации. Пояснительная записка. Сфера действия ФЗ-242 по территории и кругу лиц // URL: <https://digital.gov.ru/ru/personaldata/>.

повысить уровень защищенности персональных данных российских граждан, обеспечивая конституционное право на неприкосновенность частной жизни⁶⁹.

Исходя из намерения разработчиков соответствующих изменений, а также из конструкции самого пп.1.1. п.1. ст. 1 Закона о персональных данных, обусловленность сферы распространения закона на иностранных лиц, только если последние обрабатывают персональные данные граждан РФ на основании договора или иных соглашений между соответствующими сторонами либо на основании согласия граждан РФ на обработку, выглядит не вполне корректной. Как представляется, конструкция «на основании договора...» не столько должна определять условия распространения закона на иностранных физических и юридических лиц, сколько предусматривать обязательное правило, необходимое для соблюдения иностранными юридическими и физическими лицами.

В то же время, на сайте Роскомнадзора, где разъясняется принцип экстерриториальности в отношении обработки персональных данных, дополнительно подчеркивается, что ФЗ «О персональных данных» распространяется на иностранных лиц, обрабатывающих персональные данные российских граждан на основании договора, соглашения или согласия на обработку персональных данных⁷⁰. Таким образом дополнительно подчеркивается условие распространения закона на иностранных лиц, действующих на основании договора, что оставляет за рамками закона несанкционированную обработку персональных данных.

Между тем, представляется целесообразным, чтобы закон в равной степени распространялся как на санкционированную обработку персональных данных юридическими и физическими лицами, осуществляемую на основании договора или согласия сторон, так и на несанкционированную (внедоговорную).

⁶⁹ Пояснительная записка к проекту федерального закона N 101234-8 "О внесении изменений в Федеральный закон "О персональных данных" и иные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты прав субъектов персональных данных"//www.gov.ru.

⁷⁰ [Роскомнадзор - Защита прав субъектов персональных данных \(rkn.gov.ru\)// https://rkn.gov.ru/treatments/chasto-zadavaemye-voprosy/zashchita-prav-subektov-personalnykh-dannykh/?ysclid=m1xs0leaq3157595753](https://rkn.gov.ru/treatments/chasto-zadavaemye-voprosy/zashchita-prav-subektov-personalnykh-dannykh/?ysclid=m1xs0leaq3157595753)