

Нурлан Шоланов\*

# Достаточно одного клика

Какие нюансы несут с собой внешнеэкономические сделки в электронном формате



**С** развитием современных средств связи расширяются технические возможности для электронной коммерции. Все больше поставщиков предлагают свои товары и услуги в электронном формате неограниченному кругу покупателей по всему миру, одновременно переводя традиционные способы совершения оферты (предложение заключить договор) и акцепта (ответ о принятии оферты) в плоскость обмена электронными сообщениями. При этом зачастую предлагается совершить акцепт оферты путем клика мышью компьютера либо путем прикосновения на устройствах с сенсорным экраном в соответствующем поле на сайте поставщика (будем называть кликом и это действие тоже).

Очевидно, что законодательство не успевает за стремительным развитием современных средств коммуникаций, в связи с чем возникает вопрос о легальности совершаемых посредством клика сделок с точки зрения соблюдения сторонами электронной сделки всех требований применимого к таким сторонам законодательства или права.

Сегодня посредством клика совершаются миллионы сделок по всему миру — лицензионные соглашения, соглашения на использование данных при загрузке программ, бронирование номеров в зарубежных гостиницах, покупка билетов иностранных перевозчиков и так далее. В последнее время подобный способ заключения соглашения все чаще предлагается и для более серьезных по существу и степени ответственности сделок, в частности для получения банковских кредитов, страхования, других финансовых услуг, когда поставщик и покупатель находятся в разных странах. Какие аспекты следует учесть обеим сторонам таких сделок, чтобы заключенное соглашение считалось юридически действительным?

При заключении сделок электронным способом необходимо учитывать как общие требования к сделкам вообще, так и специфические аспекты, относящиеся к электронному способу предложения оферты и ее акцепта. Для целей настоящей статьи мы будем рассматривать сделку в электронном формате между иностранными поставщиками и казахстанскими покупателями.

## Специфические аспекты

Первым тестом для определения ключевых актуальных аспектов является тест на применимое к сделке право. Как правило, поставщики при размещении оферты на сайте руководствуются правом своей страны, тем не менее для казахстанских покупателей могут также иметь значение определенные требования казахстанского законодательства.

Тут позволим себе сделать небольшое примечание. Вообще при составлении договора необходимо осознанно подходить к указанию на выбор применимого права или на выбор применимого законодательства. Международные акты могут быть источником права отдельно взятой страны, но не являются актами ее национального законодательства. Распространены случаи использования арбитражем или судом положений международных актов, как источника права выбранной страны, в целях дополнения отсутствующих в конкретном договоре положений, вплоть до применения к сторонам сделки санкций, не указанных в договоре. На положения международных актов также часто ссылаются как на обычаи делового оборота, которые в свою очередь тоже являются источником права. С другой стороны, ссылка на применимое право позволяет рассчитывать на применение принципов и положений международных актов, которые обычно имеют более либеральный характер.

Определенные вопросы могут стать актуальными в зависимости от выбранных сторонами места и органа разрешения споров, которые могут возникнуть из сделки. Здесь следует иметь в виду, что сложившаяся в определенном месте или у определенного органа практика трактовки отдельных институтов может не совпасть с ожиданиями той или иной стороны сделки.

Казахстанское законодательство называет сделку между резидентами двух различных государств внешнеэкономической сделкой, требуя наличия письменной формы для таких сделок. Письменная форма сделки может быть достигнута в результате подписания сторонами одного и того же документа на бумаге, либо путем обмена письменными документами, включая обмен электронными сообщениями. Статьи 394 и 396 Гражданского кодекса РК устанавливают правило о том, что письменная форма договора считается соблюденной, если в ответ на письменную оферту вторая сторона совершает определенные действия, указанные в оферте. В связи с этим клик (если его нельзя отнести к обмену электронными сообщениями) можно отнести к выполнению действий, указанных в оферте.

\* Партнер юридической фирмы AEQUITAS

Иными словами, клик должен приравниваться к заключению письменного контракта. По крайней мере, Венская конвенция, Принципы УНИДРУА явно признают такой способ заключения международных коммерческих договоров. Однако в юридической литературе постсоветских стран высказываются определенные сомнения на этот счет.

Так, известный советский и российский юрист **Михаил Розенберг** считал спорной возможность применения правила о допустимости выполнения действий (в нашем случае — клик) в ответ на письменную оферту для достижения письменной формы договора в отношении внешнеэкономических сделок, хотя он признает, что Гражданский кодекс РФ не исключает такой возможности. Спорность обосновывалась г-ном Розенбергом тем, что «неясно, как в таком случае смогут российские предприятия выполнить действующие в России правила экспортного, валютного и таможенного контроля, предусматривающие обязательность предоставления соответствующих документов». «Обязательность соблюдения письменной формы внешнеэкономических сделок, установленная советским (а ныне российским) законом, обусловило то, что Советский Союз, присоединяясь к Венской конвенции, сделал соответствующее заявление», — отмечал Михаил Розенберг.

(включая электронные сообщения) для достижения письменной формы договора является условие о том, что такой способ должен содержать указание на сторону договора или должен позволять определить ее сторону. Очевидно, что факт размещения текста договора (оферты) на сайте продавца (поставщика) следует признавать как доказательство авторства продавца по отношению к оферте.

Вторая сторона, которая будет совершать клик, может и должна подтверждать свой акцент посредством электронной цифровой подписи (ЭЦП), функциональным назначением которой является установление достоверной стороны по договору (установления того, что клик исходит от действительной стороны по договору) и обеспечение аутентичности, целостности и конфиденциальности электронного контракта. Такое понимание является господствующим в литературе и поддерживается нормами законодательства в области электронного коммуникации. В частности казахстанский закон об ЭЦП говорит о том, что электронный документ, соответствующий требованиям указанного закона, равнозначен документу на бумажном носителе и приравнивает ЭЦП собственноручной подписи лица.

## AQUITAS

### Область допустимости клика

Представляется, что здесь имеет место два самостоятельных момента: первый — достижение при электронном контракте письменной формы сделки как таковой, и второй — способ доказывания наличия письменного контракта с точки зрения требований законодательства о государственном контроле.

Допустимость клика для достижения письменной формы договора видится нам бесспорной. Конечно, могут возникнуть определенные затруднения с доказыванием наличия письменного внешнеэкономического контракта с точки зрения публичного контроля. Для этих целей следует обеспечивать необходимую функциональную эквивалентность электронного сообщения традиционному письменному документу.

Принято считать, что функциональная эквивалентность электронного сообщения должна обеспечиваться в отношении следующих аспектов: письменной формы; доказательственности; вопросов «подлинник-копия» (хотя, по нашему мнению, правильнее ограничиться только двумя аспектами — достижение письменной формы и возможность доказывания ее достижения).

Ключевым квалифицирующим признаком обмена письменными документами

Постановление правительства Республики Казахстан от 10 сентября 2007 года № 786 «Об утверждении Правил осуществления электронной торговли в Республике Казахстан» содержит более категоричную норму: «Договоры, не требующие нотариального удостоверения или государственной регистрации, могут быть заключены путем обмена электронными документами, удостоверенными электронной цифровой подписью, подлинность которой удостоверена в соответствии с законодательством Республики Казахстан в области электронного документа и электронной цифровой подписи».

Таким образом, если обмен электронными сообщениями или клик позволяют достичь соглашения по всем существенным условиям договора, а также позволяют достоверно определить сторону договора, то письменная форма договора должна считаться достигнутой, а договор заключенным.

Но все же предполагается, что договор должен считаться заключенным в письменной форме даже в отсутствие ЭЦП у покупателя — если ни одна из сторон не оспаривает факт заключения договора. В противном случае сторона, предложившая оферту на своем сайте, несет риск недостоверности второй стороны.

По крайней мере, обычно потребительские сделки обходятся простым кликом в ответ на письменные оферты на сайтах поставщиков без применения ЭЦП. Что касается предпринимательских сделок, то зачастую они являются предметом публичного контроля, требуют дополнительных атрибутов официализации (или, как принято в англоязычной юридической терминологии, perfection). Здесь необходимо обратиться к таким параметрам функциональной эквивалентности, как доказательственность, и связанной с ней функцией соответствия требованиям «подлинник — копия». Статус документа «подлинник — копия» может иметь в некоторых случаях существенное значение, в частности в целях допустимости предъявления в судебном процессе. Наблюдаются существенно расходящиеся подходы в литературе и практике одних и тех же юрисдикций в отношении способности электронного документа (или обмена электронными документами) быть использованным в качестве допустимого «подлинника».

С учетом неопределенности законодательного регулирования режима электронных контрактов и если требуется проведение валютного, таможенного,

экспортного или иного государственного контроля сделки, то в настоящее время, вероятно, проще иметь обычный традиционный контракт

с подписями (и желательно с печатями) сторон сделки.

### Общие требования

Что касается общих требований, то прежде всего необходимо учитывать возможные запреты и ограничения национальных законодательств в отношении осуществления отдельных видов деятельности для нерезидентов или совершения отдельных видов сделок вообще. Такие запреты или ограничения могут относиться к предмету сделки (например, в отношении изъятых из оборота или ограниченных к обороту товаров и услуг). Широко распространены запреты национальных законодательств на предоставление регулируемых услуг, например запрет на страхование иностранными страховщиками интересов, находящихся на территории таких юрисдикций.

Необходимо также учитывать такие вопросы, как дееспособность стороны, сроки исковой давности, язык контракта и тому подобное, которые в зависимости от выбранного права, места и органа разрешения спора могут иметь существенное значение для практических последствий договора либо судебного решения о принудительном исполнении такого договора. ■