**Заключение внешнеэкономических сделок с**

**использованием средств связи**

В гражданском праве традиционно известно два способа заключения сделок:

1) сделки между присутствующими, которые могут, в зависимости от требований законодательства, заключаться как в письменной форме, так и в устной, или даже путем совершения так называемых конклюдентных действий 1. Но независимо от формы у них есть важная черта: волеизъявления сторон согласуются в режиме реального времени (on-line), т.е. непосредственно путем переговоров;

2) сделки между отсутствующими, которые также могут заключаться в любой форме: письменной (заключение договора путем обмена письмами, телеграммами и т.п.), устной (заключение сделки по телефону), путем совершения конклюдентных действий (например, заключение договора возмездного оказания услуг путем приобретения карты интернет-провайдера). Особенностью письменных сделок между отсутствующими является то, что чаще всего они совершаются в режиме оff-line, т.е. происходит искажение во времени и пространстве между совершением действий одной из сторон и доведением информации о них до сведения другой.

Сделки между отсутствующими вызывают следующие, тесно связанные между собой, вопросы правового характера, уходящие в техническую плоскость: а) аутентификация - действительно ли контрагент - это то лицо, за которое он себя выдает; б) идентификация контрагента - определение лица, с которым совершается сделка; в) авторизация - подтверждение полномочий данного лица.

Помимо этого, если сделка между отсутствующими должна быть заключена в письменной форме, дополнительно возникают вопросы: г) о соблюдении письменной формы сделки; д) о целостности (англ. integrity) переданной информации, т.е. о том, чтобы в процессе передачи не было утери, искажения или несанкционированного вмешательства посторонних лиц; е) о том, может ли служить соответствующая информация средством доказывания.

В случаях, когда сделка между отсутствующими предполагает использование технических средств связи, появляются дополнительные проблемы. Решить их можно двумя способами: 1) так называемый функционально-эквивалентный подход. Его суть - проанализировать цели и функции юридических требований, которые предъявляются к составлению документов на бумаге, для установления, каким образом их можно достичь с помощью методов, используемых при электронной передаче данных; 2) путем создания специального законодательства, введения понятия электронной формы документа и других мер, учитывающих особенности электронных средств создания и передачи информации. Белорусское законодательство отдает предпочтение первому подходу, что, однако, требует решения следующих вопросов:

1) обеспечение понятности документа (достигается технологически через алгоритм преобразования информации, юридически - через введение требования о форме, доступной для понимания человека);

2) обеспечение неизменности документа со временем (достигается технологически через процедуру защиты от несанкционированнного доступа, резервное копирование информации на автономные носители, юридически - через установление обязанности хранить электронные документы в течение срока, аналогичного для бумажных документов);

3) создание возможности воспроизведения документа с одинаковыми данными у каждой из сторон (достигается технологически через унификацию стандарта передачи данных, алгоритмы программного контроля, использование электронной цифровой подписи (далее - ЭЦП), юридически - через установление юридических презумпций отправления и получения электронного документа, а также подтверждения получения);

4) создание возможностей для удостоверения подлинности данных посредством подписи (достигается технологически через применение ЭЦП и других средств, юридически - через установление критериев их надежности, связь юридической силы электронного документа с подтверждением подлинности ЭЦП);

5) обеспечение приемлемости формы документа для государственных органов и судов (достигается технологически через сертификацию технических средств, используемых для осуществления документооборота, разработку государственными органами форматов электронных документов, юридически - через право государственных органов предписывать правила представления электронных документов, признание их доказательственной силы и специальной процессуальной формы). 2

Ниже мы рассмотрим эти вопросы через призму белорусского законодательства. Хотя из приведенного выше перечня проблем очевидно, что решаться они должны не только на юридическом уровне (в том числе путем заключения договоров), но и путем технического нормирования, кодирования, шифрования передаваемой информации. По вполне понятным причинам наибольшее распространение сделки между отсутствующими получили во внешней торговле. Поэтому детально рассмотрим именно специфику заключения внешнеэкономических сделок.

Основные требования законодательства

Основные требования белорусского законодательства к форме сделки изложены в ст. 159- 166 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее - ГК), однако применительно к внешнеэкономическим сделкам приоритетна ч. 3 ст. 163 ГК, устанавливающая требование об обязательной письменной форме внешнеэкономической сделки под страхом ее недействительности. При этом согласно ч. 2 ст. 404 ГК договор в письменной форме должен быть заключен как путем составления одного документа, подписанного сторонами, так и путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. (В гражданском праве термин "договор" употребляется в трех значениях: 1) как сделка; 2) как правоотношение; 3) как документ. В данной статье речь идет о договоре в первом значении. Однако такая максимально либеральная формулировка касается лишь одного вопроса - формы сделки, что в свою очередь напрямую зависит от аутентификации другой стороны. Таким образом, вопрос о форме сделки, совершаемой путем использования технических средств связи, в белорусском законодательстве напрямую не решен. Ответ на него обусловлен техническими характеристиками тех средств связи, которые должны обеспечивать аутентификацию стороны по договору.

Существует два вида аутентификации:

1) официальная - обычно предписывается законом в случаях, требующих повышенного доверия к сделке (например, с недвижимостью) через участие нотариуса или государственного должностного лица в удостоверении документа, что затем может влиять на доказательственную силу документа;

2) неофициальная - лежит в рамках договорных отношений сторон.

Аутентификация различается:

а) по вещественному признаку (т.е. средством выступает определенная вещь, которая принадлежит пользователю, - ключ подписи, смарт-карта);

б) по запоминаемому признаку на основе информации, известной пользователю (одноразовый или многоразовый контроль, кодовая фраза, персональный идентификатор);

в) по личному признаку на основе характеристик, зависящих от физических свойств или качеств пользователя (биометрические характеристики, отпечатки пальцев, снимок сетчатки глаз, геометрия руки, голос, черты лица, манера вводить текст и динамические характеристики подписи). 3

Зарубежные исследователи решают проблему аутентификации следующим образом. Прежде всего выделяется особая группа телетрансмиссионных средств, которая подразумевает любую компьютерную передачу данных механическим, электронным, магнитным или оптическим путем, включая кабель, телекс, телефакс или электронную почту и даже телефонные сообщения, в определенной форме. Телетрансмиссионное сообщение считается аутентичным, если у получателя есть способ проверить, кем именно оно послано: пароли, проверочные ключи (test code), электронная подпись, персональные идентификационные номера (PIN) и др. Из всех перечисленных выше сообщений, по мнению английского специалиста Р. Гуда, только факсовое сообщение на современном этапе развития техники не может рассматриваться как аутентичное, т.к. не дает возможности сличить себя с подлинником. 4

Документы, передаваемые телетрансмиссионными средствами связи, могут создаваться на различных носителях: а) на машинном носителе (например, диске компьютера); б) в виде обычного бумажного документа, передаваемого по факсу. И форма их существования может быть как цифровой (если созданы компьютером), так и аналоговой (факс).

Вопрос о форме сделки, заключаемой с использованием телетрансмиссионных средств, напрямую связан с вопросом об идентификации другой стороны, т.е. удостоверении ее личности 5  . В ст. 161 ГК содержится требование о наличии подписи сторон на документе в качестве обязательного реквизита. При этом факсимильное воспроизведение подписи с помощью средств механического или иного копирования, иного аналога собственноручной подписи допускается в случаях и порядке, предусмотренных законодательством или соглашением сторон (п. 2 ст. 161 ГК). Ими же могут предусматриваться и требования к наличию факультативных реквизитов (печать 6  , бланк определенной формы и т.п.). 7   Таким образом, идентификация другой стороны по сделке должна осуществляться с использованием подписи и иных дополнительных реквизитов договора. Данная норма ГК интерпретирована применительно к информации, обработанной информационной системой, в ст. 11 Закона Республики Беларусь от 06.09.1995 № 3850-ХII "Об информатизации": документ, содержащий такую информацию, приобретает юридическую силу после его удостоверения соответствующим должностным лицом или электронной подписью. Юридическая сила электронной подписи признается при наличии в информационных системах и сетях программно-технических средств, обеспечивающих идентификацию подписи и надлежащим образом сертифицированных.

Как видим, в основе своей и ГК, и Закон "Об иноформатизации" говорят об одном и том же: документ должен содержать либо собственноручную подпись лица, либо ее электронный эквивалент. Однако есть и серьезное противоречие: если ГК допускает использование эквивалентов собственноручной подписи на основании соответствующего договора (заключаемого в обычной письменной форме), то Закон "Об информатизации" обусловливает ее применение сертификацией программно-технических средств. 8   По формальным признакам противоречие между двумя нормативными правовыми актами должно разрешаться в пользу ГК. По нашему мнению, это противоречие лишь кажущееся. У ГК и Закона "Об информатизации" различные уровни правового регулирования: ГК регулирует так называемые горизонтальные правоотношения между сторонами сделки, тогда как Закон - так называемые вертикальные, т.е. требования государства к участникам информационного обмена.

Однако отметим, что аутентификация сообщений, переданных телетрансмиссионными средствами, не является аналогом аутентификации и идентификации в реальном мире. Это скорее аутентификация машины (другого технического средства), а не человека. Ведь даже такое максимально надежное средство, как ЭЦП, гарантирует лишь то, что отправитель обладает дискетой или смарт-картой, содержащей соответствующие файлы. А каким образом эти технические носители попали в руки отправителя, получатель знать не может, и не должен. 9   Таким образом, в большинстве случаев при передаче информации посредством телетрансмиссионных средств аутентификация проводится по вещественному, а не по личному признаку, и полноценная идентификация отправителя невозможна.

В качестве промежуточного вывода отметим, что белорусское законодательство достаточно либерально с точки зрения признания возможности заключения сделок между отсутствующими с использованием телетрансмиссионных средств связи. Главное - это наличие обычного договора на бумажном носителе, который регламентировал бы процедуру последующего информационного обмена. Данный договор отнесен к разряду так называемых организационных договоров, хотя и остается в белорусском законодательстве непоименованным. Поэтому интересно обратиться к зарубежному законодательству. Например, в английском праве для такого договора (interchange agreement) характерны следующие условия: 1) требования придерживаться определенных технических процедур, выбранных сторонами; 2) особый протокол для формата сообщений; 3) признание и подтверждении получения сообщений; 4) сведения о том, что стороны принимают на себя ответственность за полноту и точность сообщений; 5) безопасность и конфиденциальность; 6) запись (data logs) и хранение сообщений. 10

Заметим, что существует и другой, "ультралиберальный" подход, согласно которому сделка не обязательно должна существовать на бумажном носителе. Главное требование ч. 1 ст. 161 ГК - совершение сделки путем составления документа, а на бумаге этот документ или нет - в законе не сказано. 11   Правда, при всей своей привлекательности такой подход не отвечает техническим целям практического характера - аутентификация другой стороны без наличия предварительных договорных отношений крайне затруднена. В силу этого становится невозможной и последующая ее идентификация, что требуется согласно ч. 2 ст. 161 ГК.

Отметим, что за рубежом законодательство идет разными путями. Например, в Германии в гражданское законодательство в 1997 г. введена наряду с письменной и особая форма документа - текстовая. Как отмечают немецкие специалисты, текстовая форма документа (§ 126b Германского Гражданского Уложения) основана на идее законодателя, что положение о традиционной письменной форме собственноручно подписанного документа в определенных случаях препятствует надлежащему функционированию современного документооборота. Соблюдение текстовой формы предполагает, что волеизъявление сделано в документе либо иным образом, гарантирующим воспроизведение в письменных знаках в течение продолжительного промежутка времени. Такое заявление должно содержать лишь фамилию составителя и обозначать конец документа в виде воспроизведения его фамилии либо иным образом. Эквивалента собственноручной подписи не требуется. Текстовая форма, по их мнению, должна заменить письменную при составлении заявлений, не требующих большого значения, либо при возможности их быстрого отзыва. В Германии требованиям текстовой формы соответствует не только письменное сообщение, направленное по факсу (но может быть факс с воспроизведением подписи в копии), но и любой другой письменный или электронный документ, содержащий фамилию составителя документа не в форме подписи, а в форме воспроизведения его фамилии. Кроме того, должен быть обозначен конец документа. Таким образом, есть два варианта текстовой формы - физическая и электронная. Вместе с тем в Германии существует и своя иерархия (в порядке возрастания) форм сделок: 1) волеизъявление в произвольной форме; 2) текстовая форма; 3) электронный документ (с ЭЦП); 4) письменная форма; 5) официальное удостоверение; 6) нотариальное удостоверение. 12

Другой подход избран во Франции. Статьи 1316-1-1314-4 Французского ГК, которыми он недавно был дополнен, не ввели ни особой формы электронного документа, ни особой электронной подписи, а приравняли последние к обычным при условии соблюдения идентичности и целостности. Аналогичные положения содержат законодательства Англии и США (ст. 1-201(46) Единообразного Торгового кодекса). Традиция эта идет еще с XIX в., когда один американский суд (Howley v. Whipple, 1869) в связи с телеграфом предположил: "Не существует разницы, пишет ли оператор оферту или акцепт стальным пером длиною в дюйм, или же его перо - это медный провод несколько тысяч миль длиной". В последствие эти выводы были распространены на телекс и факс. 13

В третьей группе стран избран аналогичный белорусскому и промежуточный вариант: обмен электронными и подобными сообщениями порождает договорные отношения, но только при условии наличия предварительно заключенного письменного договора (ст. 51 Торгового кодекса Испании).

Договорная свобода в определении порядка обмена сторонами электронными сообщениями гораздо более соответствует сложившейся международной банковской и коммерческой практике. Например, Международные правила по толкованию торговых терминов Инкотермс 2000 г. допускают обмен сторонами электронными формами документов, и единственной предпосылкой для этого может являться соглашение между ними о связи при помощи ЭВМ. 14   Равная сила электронных инструкций и бумажных документов в форме писем закреплена в публикациях Международной Торговой Палаты (далее - МТП) (Унифицированные правила по "contract bonds", публикация 1993 г. № 524, ст. 2; Унифицированные правила по гарантиям по требованию, публикация МТП 1992 г. № 458, ст. 2 ("г"); Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, публикация МТП 1993 г. № 500, ст. 11; Унифицированные правила по межбанковскому рамбурсированию, публикация МТП 1994 г. № 525, ст. 6) и других международных кодификациях (Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г., ст. 7; Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г., ст. 3 (1"а"); Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 г., ст. 1. 10; Конвенции УНИДРУА о международном факторинге, п. 4 ("в") ст. 1; Кодексе международных факторинговых обычаев, ст. 7; Инструкции к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков 1988 г., п. 2 правила 5). Правда, только в двух последних международно-правовых актах правило о равной юридической силе электронных документов безусловно. В других случаях оно зависит от ряда других обстоятельств (позволяет ли форма сообщений обеспечить полную регистрацию содержащейся в них информации; допустима ли электронная форма документа национальным законодательством; способна ли к воспроизведению в осязаемой форме; отсутствуют ли в тексте электронного сообщения оговорки о следовании за ним документов почтой и др.).

В то же время Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров, в связи с оговорками Республики Беларусь, сделанными при ее ратификации в 1989 г. в части процедуры заключения и подтверждения коммерческих договоров купли-продажи, ограничивает сферу применения электронных сообщений лишь сообщениями по телеграфу и телетайпу (ст. 13 Конвенции). То есть с учетом данных оговорок договор, заключенный посредством факсимильной связи или электронной почты, может быть признан судом недействительным.

Специальные международные организации занимаются вопросами использования средств связи в международной торговле уже достаточно давно. Еще в 1987 г. появились три документа - Унифицированные правила ведения обмена торговой информацией по телетрансмиссионным каналам (Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission, публикация МТП № 452), Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств и Доклад Гаагской конференции по международному частному праву о конфликте законов в трансграничных потоках сообщений (Note of Conflicts of Laws Occasioned by Transfrontier Data Flows). Эти документы, практически не имея нормативного эффекта, являлись лишь попытками обобщения мирового опыта и его анализа с учетом поднятых проблем. Так, в Докладе Гаагской конференции данные проблемы сводились к: 1) защите секретности; 2) юридической силе электронного сообщения в качестве доказательства; 3) проблеме ответственности. Однако в выводах Доклада присутствовало мнение, что данные проблемы лежат скорее в технической плоскости и вполне могут решаться на уровне специализированных международных организаций.

Несмотря на это, Комиссия ООН по праву международной торговли, подготовившая в 1996 г. Типовой закон об электронной коммерции, избрала комплексный подход к использованию электронных сообщений. Причем для государств, пожелавших сделать его частью национальной правовой системы, предлагается два варианта его использования: а) как всеобъемлющего внутреннего закона в коммерческой области; б) как относящегося исключительно к международной торговле. Основные положения данного Типового закона можно свести к следующему:

1) электронное сообщение приравнивается к письменной форме документа;

2) не отрицается доказательственная сила электронных сообщений.

3) при соблюдении технических требований к надежности информационной системы признается возможность использования электронной подписи в сообщении;

4) электронное сообщение может быть признано оригиналом документа;

5) в случаях, когда закон требует сохранения определенных документов, допускается сохранение информации в электронной форме.

В конце 2005 г. была принята Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах, которую уже подписали несколько государств, например, Китай.

Электронный документ

В Беларуси принят специальный Закон от 10.01.2000 № 357-З "Об электронном документе", сфера регулирования которого определяется понятием "электронный документ" - то есть информация, зафиксированная на машинном носителе. Машинный носитель - это магнитный диск, магнитная лента, лазерный диск и другие материальные носители, используемые для записи и хранения информации с помощью электронно-вычислительной техники. Таким образом, сфера действия Закона "Об электронном документе" не распространяется на передачу и использование информации посредством факсимильной связи.

Основным положением данного Закона является фактический знак равенства между электронным документом и письменной формой документа (ч. 2 ст. 11). Однако необходимым реквизитом электронного документа упомянутый Закон называет ЭЦП, что существенно сужает сферу его действия.

Дело в том, что технология электронной цифровой подписи - это лишь одна из возможных 15  , которая предусматривает: а) либо обмен между сторонами открытыми ключами, что предполагает установление между ними предварительных договорных отношений; б) либо использование услуг сертификационных центров, которые также предполагают депонирование образцов открытых ключей. Это значительно снижает практическую ценность данного Закона (в частности, он не пригоден для нужд интернет-торговли), сводя ее лишь к межбанковским расчетам либо операциям в других закрытых от посторонних участников информационных сетях.

Заметим также, что знак равенства, который Закон "Об электронном документе" поставил между электронным документом и его письменным аналогом, - не более чем юридическая фикция. Мы уже отмечали, что ЭЦП подтверждает лишь владение отправителем техническим носителем с записью ЭЦП, а не его личность. Но с другой стороны, ЭЦП обладает свойствами, которым любой письменный документ может позавидовать: большинство ее алгоритмов предусматривает шифрование пересылаемой информации, что многократно повышает уровень безопасности и конфиденциальности документооборота.

С целью унификации использования ЭЦП в международном экономическом обороте Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) приняла в 2001 г. Типовой закон об электронных подписях.

Доказательственная сила электронного документа

Это вопрос процессуальный, хотя имеет и материально-правовую составляющую (защиту от необдуманных правовых действий, которую иногда называют гарантийной функций письменной формы сделки). Однако материально-правовая составляющая выражена в уже рассмотренных нами нормах ГК. Другая составляющая письменной формы сделки - способность быть доказательством в суде, что в свою очередь, дает возможность исковой защиты. 16

Cогласно ст. 84 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь письменными доказательствами являются акты, договоры, справки, товарно-транспортные накладные, деловая корреспонденция, иные документы и материалы, содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, в том числе выполненные в форме цифровой, графической записи, полученные посредством факсимильной, электронной или другой связи либо иным способом, позволяющим установить достоверность документа. При этом не устанавливается каких-либо особых требований к форме внешнего представления письменных доказательств, в том числе созданных на машинном носителе или переданных посредством телетрансмиссионных средств связи.

В соответствии со ст. 192 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь документы, полученные с помощью электронной, вычислительной и другой техники, являются доказательствами при условии их надлежащего оформления.

Таким образом, белорусское процессуальное законодательство относится к документам, созданным или переданным посредством технических средств, еще более либерально, чем материальное.

В зарубежной практике нет единообразия по поводу использования записей, хранящихся в ЭВМ, в качестве доказательств в судебном разбирательстве. 17   В странах общего права машинные записи принимаются в качестве доказательств только в тех случаях, когда сторона, представляющая запись, устанавливает определенные факты в отношении данной записи и данной электронно-вычислительной системы. Наиболее существенно, чтобы эта система имела достаточную степень надежности и поддавалась управлению, чтобы вероятность искажения информации в записи сводилась к минимуму. В ряде государств для того чтобы принять машинную запись в качестве доказательства, не обязательно устанавливать надежность системы, однако во всех правовых системах можно оспаривать точность записи на том основании, что данная компьютерная система не имеет достаточной степени надежности, а следовательно, вероятно искажение соответствующей записи. В отдельных странах имеется исчерпывающий перечень видов допустимых доказательств, где машинные записи принимаются в качестве доказательств в коммерческих спорах, но не принимаются в спорах некоммерческих. Следует отметить также, что не существует общих правил использования машинных записей, составленных в одной стране, в качестве доказательств в судах другой страны. В этой связи возникают определенные сложности в оформлении международных операций по электронному переводу денежных средств и иных операций. Но в целом, за редкими исключениями 18  , как показали результаты специального исследования, проведенного секретариатом Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), в большинстве стран записи, хранящиеся в ЭВМ, можно использовать в качестве доказательства в судебном разбирательстве 19  .

Обратим внимание на вопрос о бремени доказания. Как известно, каждая из сторон процесса обязана доказать те факты, на которые ссылается (ст. 100 ХПК, ст. 179 ГПК). Однако документы, созданные на машинном носителе или переданные посредством телетрансмиссионных средств, достаточно легко подделать или фальсифицировать иным образом. Поэтому ведущую роль играют информационные посредники - интернет-провайдеры или администраторы закрытых телекоммуникационных систем наподобие S.W.I.F.T., на серверах которых хранятся оригинальные сообщения. По понятным причинам последние не всегда заинтересованы в предоставлении такой информации. Поэтому, например, правила систем S.W.I.F.T. предусматривают, что в случае возникновения спора отправитель или получатель сообщения могут потребовать получения почтой копий платежных документов, если с момента их отправки прошло не менее 14 дней, но не более 4 мес., по истечении которых информация уничтожается. В США Федеральная резервная система хранит такие документы в течение 2 лет, но данный срок может быть увеличен в случае возникновения спора или розыска платежа (§ 229.21("g") Инструкции СС "Доступность средств и чеков").

Заключение сделок между отсутствующими осуществляется чаще всего в режиме off-line, т.е. выражение волеизъявления сторон не совпадает во времени. Кроме того, процесс заключения распадается на отдельные этапы - оферта, акцепт, иногда дополнительно предложение делать оферты, новая оферта, - которые ставят дополнительные вопросы о моменте заключения внешнеэкономической сделки.

Дело в том, что в мире существуют две принципиальные концепции, касающиеся момента заключения договора: 1) "теория получения" (имеется в виду получение безусловного акцепта оферентом), господствующая с некоторыми нюансами в странах континентальной Европы (ст. 70 ГК Польши, # 45 ГК Чехии, ст. 2281 ГК Бельгии), включая Беларусь (ст. 410, 411 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее - ГК)), и воспринятая в попытках международной кодификации договорного права (п. 2 ст. 18 Венской конвенции 1980 г.; п. 2 ст. 2.6 Принципов заключения международных коммерческих договоров УНИДРУА; п. 4 (с) ст. 1 Конвенции УНИДРУА о международном факторинге); 2) "теория отправления", иначе называемая "теория почтового ящика", которая связывает момент заключения договора именно с первым юридическим фактом. Она господствует в странах англосаксонской правовой системы, Японии (ст. 526 ГК), Испании (ст. 54 Торгового Кодекса), Бразилии (ст. 1086 ГК) и некоторых других.

Имеются и разновидности обеих концепций. Иногда  в рамках "теории получения" выделяют еще самостоятельную "теорию сообщения" 1. Их отличие в том, что если "теория получения" связывает момент заключения договора с простым получением акцепта независимо от того, знает о нем оферент либо нет, то "теория сообщения" моментом заключения договора считает не простое получение сообщения, а ознакомление с ним оферента (например, ст. 1326 ГК Италии, ст. 1373 ГК Перу) или отправления подтверждения о получении (ст. 10 Закона Республики Болгария от 07.04.2001 "Об электронном документе и электронной подписи"). Кроме того, в разных странах правила могут отличаться в зависимости от используемых средств передачи информации. Например, в английском праве акцепт считается совершенным по почте, когда письмо отправлено (Dunlop v. Higgins, 1848) или когда телеграмма сдана на почту (Stevenson, Jaques & Co. v. McLean, 1880). Но по телексу договор считается заключенным в момент, когда акцепт сообщен. Что касается электронной почты, то английские специалисты больше склоняются к "теории почтового ящика": оферта считается акцептованной в момент, когда акцептант нажимает клавишу "Отправить" на дисплее своего компьютера. Но для сделок, заключаемых на интернет-сайтах, правило иное: считается, что они мало отличаются от сделок между присутствующими и что к ним применяется "теория сообщения". 2   Во Франции, где судебная практика в большинстве случаев склоняется к теории поручения, по мнению Кассационного Суда, в каждом конкретном деле вопрос подлежит разрешению в соответствии с природой договора и вероятной волей сторон 3  .

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной коммерции (ст. 15) фактически склоняется к "теории отправления", считая получением, если иное не согласовано сторонами, момент ввода сообщения отправителем в информационную систему.

Необходимо отметить, что не все договоры в соответствии с белорусским законодательством могут заключаться путем обмена письмами, телеграммами, электронными сообщениями и т.д. Например, договор продажи недвижимости (ст. 521 ГК) и предприятия (ст. 531 ГК), аренды здания или сооружения (ст. 622 ГК), а также предприятия (ст. 629 ГК), строительного подряда (п. 13 Правил заключения и исполнения договоров строительного подряда, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 15.09.1998 № 1450) могут заключаться исключительно путем составления единого документа. За рубежом также есть аналогичные категории договоров. Например, согласно Директиве 2000/31/ЕС Европейского Парламента и Совета от 08.06.2000 о некоторых правовых аспектах услуг инфомационного общества (ст. 9) не допускается заключение следующих договоров с использованием электронных средств: а) договоры, которые передают права на недвижимость, за исключением прав аренды; б) договоры, требующие участия суда, государственных органов или лиц публичных профессий; в) договоры поручительства и залога ценных бумаг; г) договоры, регулируемые семейным и наследственным правом. Федеральный Закон Австрии от 19.08.1999 "Об электронных подписях" (# 4 (2)) гласит, что электронная подпись не обладает статусом письменной формы в случаях: а) сделок по семейному и наследственному праву; б) других волеизъявлений и юридических сделок, требующих официального удостоверения или нотариального акта; в) которые требуют внесения в земельную книгу, фирменный или другой официальный реестр; г) гарантийного письма.

При заключении внешнеэкономических сделок с использованием телетрансмиссионных средств может стать вопрос о выборе применимого права. Если этот вопрос не решен в договоре, то необходимо руководствоваться коллизионной нормой п. 1 ст. 1125 ГК, отсылающей к законодательству страны продавца. Однако выбор применимого права не затрагивает форму сделки: согласно ч. 2 ст. 1116 ГК она должна быть совершена в письменной форме независимо от места заключения.

Суммируя все изложеннное выше, рассмотрим применительно к конкретным средствам связи.

1. Почтовая связь - относительно редко используется при заключении внешнеторговых договоров, но достаточно часто при их исполнении, в том числе для пересылки различных коммерческих и финансовых документов (например, пакетов документов по банковским документарным операциям). Наряду с обычными почтовыми каналами могут использоваться специализированные международные службы экспресс-доставки (DHL, FedEx и т.п.). При использовании средств почтовой связи для передачи вещи (товара или документов) приобретателю необходимо учитывать норму ч. 1 ст. 225 ГК: передачей, с которой связывается момент перехода права собственности, считается сдача вещи в организацию связи для пересылки приобретателю, если только отправитель не принял на себя обязательство обеспечить ее доставку.

2. Телефонная связь при заключении договоров в сфере предпринимательства может использоваться только как исключение, ввиду прямого разрешения законодательства (например, при заключении межбанковского кредитного договора - ч. 2 ст. 152 Банковского кодекса Республики Беларусь). Для заключения внешнеэкономических сделок в юридически значимой форме данный способ не применим ввиду нормы ч. 3 ст. 163 ГК. Однако в будущем не исключено, что позиция законодателя изменится. Дело в том, что технические характеристики средств мобильной связи стандартов GSM или CDMA позволяют достичь уровня, обеспечивающего возможность аутентификации и целостность сообщения, превосходящие многие другие средства связи. А возможность идентификации путем использования дополнительных средств по личному или запоминаемому признаку (например, голосовой пароль, особенности тембра голоса, известные другой стороне, и т.п.) их дополняет. Кроме того, использование функции SMS дает возможность придать соответствующим сообщениям свойства письменной формы сделки. Все это дополняется функцией шифрования, защищающей мобильную связь от постороннего перехвата. По этой причине средства мобильной связи, несмотря на отсутствие формальной легализации, уже используются в банковской практике. Не исключено, что в будущем они активно станут проникать и в сферу договорных отношений.

3. Факсимильная связь, как мы уже отмечали выше, непригодна в случае применения Венской Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Кроме того, технические характеристика данного способа связи не позволяют обеспечить необходимую аутентификацию контрагента. Крайне низки характеристики, обеспечивающие целостность сообщения. Однако белорусское законодательство допускает использование факса при заключении договора при условии, что между сторонами заключен соответствующий договор о его использовании. В таком случае при использовании факсимильного воспроизведения подписи, известной получателю, в значительной степени достигается идентификация отправителя.

4. Телеграф - весьма редкий в настоящее время способ, который, однако, признан в качестве письменной формы Венской Конвенцией ООН 1980 г. Национальное белорусское законодательство также упоминает телеграфную связь в контексте ч. 2 ст. 404 ГК, в которой говорится о заключении сделки путем обмена документами. Не могут заключаться подобным образом сделки, требующие составления договора в форме единого документа. В остальных случаях юридическую корректность данному способу придаст предварительное заключение договора в письменной форме об использовании телеграфа. При использовании телеграфной связи возможна официальная аутентификация, чего не позволяет достичь использование других средств связи: согласно п. 94 Правил оказания услуг электросвязи, утвержденных постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 17.08.2006 № 1055, предприятие связи может заверить какой-либо факт, сообщаемый в телеграмме, в частности, подпись отправителя или доверенность, посылаемую при помощи телеграммы.

5. Телекс - своеобразная разновидность телеграфной связи, которая предполагает, что стороны уже известны друг другу и обменялись соответствующими тестирующими ключами, позволяющими аутентифицировать и идентифицировать отправителя. Это один из наиболее технически надежных способов дистанционной коммутации, применяемый и в банковской деятельности. Несмотря на это, необходимы и юридические формальности - наличие соглашения между сторонами. Сопровождается оно обменом ключами.

6. Закрытые компьютерные сети (банковские или корпоративные), которые дают возможность использовать ЭЦП или другие варианты идентификации стороны на основании договора. Это наиболее совершенный способ с технической точки зрения и безукоризненный - с юридической. Наличие предварительно заключенного договора необходимо в случае банковского электронного документа (ст. 22 Закона Республики Беларусь от 10.01.2000 № 357-3 "Об электронном документе"), однако презюмируется (хотя и необязательно) в других.

7. Открытые компьютерные сети (Интернет), которые, в свою очередь, следует разделить на две подсистемы:

а) интернет-магазины (сайты), которые, как правило, исключают использование ЭЦП, равно как и предварительные договорные отношения между сторонами. Преимуществом интернет-магазина следует считать возможность заключения договора в виде единого документа в электронной форме (путем присоединения покупателя к разработанному продавцом варианту либо путем оформления покупателем заказа). В зависимости от специфики товара договоры между интернет-магазинами и покупателями могут заключаться:

1) путем подписания сторонами полноценного договора на бумажном носителе в тех случаях, когда доставка товара осуществляется курьером или иначе. Такой способ заключения договора почти не отличается от договора между присутствующими, а сообщения, посылаемые через Интернет, можно рассматривать не как заключение сделки, а как направление заказа (своего рода вызов на оферту). С такой точкой зрения противоречит ст. 467 ГК "Продажа товаров по образцам", согласно которой доставку товара необходимо считать моментом исполнения ранее заключенного договора. Однако ввиду требования об обязательной письменной форме внешнеэкономической сделки возможна и иная точка зрения на момент заключения такого договора. Кроме того, возможно рассматривать рекламу или описание товара на интернет-сайте продавца не как публичную оферту (ст. 464 ГК), а как приглашение делать оферты. Аналогичным образом следует рассматривать и полученный по электронной почте спам (даже с гиперссылками). Офертой в этом случае будет заказ покупателя, а акцептоваться она должна путем совершения конклюдентных действий - доставки товара (п. 3 ст. 408 ГК). В некоторых законодательствах срок доставки товара регламентирован иначе: например, Директива 97/7/EC от 20.05.1997 о защите прав потребителей в отношении дистанционных договоров (дистанционная продажа) ограничивает его максимумом в 30 дней (ст. 7 (1));

2) путем исключительно нажатия соответствующих клавиш ("кликов") в тех случаях, когда товар является виртуальным (аудио, видео, анимация, книги, электронные СМИ и т.п.) либо когда предметом сделки являются дистанционные услуги. С точки зрения аутентификации и идентификации проблем правового характера не возникает, т.к. это сделки анонимные. Анонимность может нарушаться только на стадии исполнения таких сделок, например, путем использования персонализированных платежных инструментов (пластиковая карточка, банковский перевод). В части юридических требований к письменной форме это наиболее уязвимые сделки, поскольку несоблюдение требований ГК очевидно. И если для "внутренних" сделок подобного рода может еще быть правовое оправдание в виде ч. 2 ст. 160 ГК, допускающей устную форму для сделок, исполняемых при самом их совершении, то для "внешнеторговых" это дозволение не применяется в силу норм ч. 2 ст. 160 и ч. 3 ст. 163 ГК.

Заметим, что интернет-покупки осуществляются в режиме on-line. Это сближает их со сделками в реальном мире. Поэтому зарубежная практика выработала собственные способы уровнять юридический статус тех и других сделок: 1) путем заявления на своем сайте о том, что данный договор подчиняется типовым условиям сделок данной компании; 2) внизу веб-сайта расположена гиперссылка, связывающая его со страницей, содержащей типовые условия сделок; 3) на бланке заказа вместо гиперссылки помещается весь текст типовых условий; 4) в диалоговом окне покупатель просто нажимает кнопку "Я согласен" без ознакомления с текстом типовых условий. Как отмечают зарубежные специалисты, третий метод юридически наиболее эффективный, но и наименее желательный с коммерческой точки зрения, т.к. делает сайт непривлекательным.

Основная цель всех этих мер не преблизить сделки, совершаемые интернет-магазинами, к понятию письменной формы сделки, а соблюсти требования законодательства о защите прав потребителей в части ознакомления покупателей с условиями заключаемых договоров.

Некоторые законодательства специально устанавливают требования о досылке потребителю текста договора и иной информации после его заключения. Так, согласно ст. 29 Закона Туниса от 09.08.2000 № 2000-83, касающегося электронного обмена и электронной коммерции, продавец обязан представить потребителю по его запросу в течение 10 дней, следующих за заключением договора, письменный или электронный документ, содержащий все данные, относящиеся к сделке продажи.

Белорусское законодательство о защите прав потребителей также содержит нормы, обязывающие продавца предоставлять потребителю соответствующую информацию, перечисленную в ст. 5 Закона Республики Беларусь от 09.01.2002 № 90-3 "О защите прав потребителей", а в случае ее отсутствия - дает последнему право отказаться от исполнения договора (ст. 8 данного Закона). Правда, нормы эти носят чрезвычайно общий характер и не учитывают специфики электронной торговли.

Кроме того, устанавливаются нормы, защищающие потребителей от собственных необдуманных действий, опасность которых возрастает в связи с простотой и легкостью интернет-покупок. Так, упомянутая выше Директива 97/7/EC предусматривает целый комплекс протекционистских по отношению к потребителям мер, в частности, право потребителя отказаться от заключенного договора без объяснения причин и уплаты штрафных санкций в течение, как минимум, 7 дней с момента заключения (ст. 6 (1)). Аналогичная норма содержится и в проекте ГК ЕС. Заметим, что и белорусское законодательство (ч. 3 ст. 467 ГК) в отношении продажи товаров по образцам дает покупателю право отказаться от исполнения договора до передачи товара, однако лишь при условии совершенных продавцом расходов;

б) электронная почта, которая позволяет заключать договор не иначе, как путем оферты и акцепта. Следовательно, не могут заключаться таким способом договоры, которые должны иметь форму единого документа. Кроме того, если в подобных случаях не используется ЭЦП, то "легализовать" этот способ заключения сделки можно лишь через предварительный договор в письменной форме об использовании данного средства связи. А это предполагает, что стороны уже известны друг другу. Наличие персонального электронного адреса в значительной мере обеспечивает аутентификацию и идентификацию сторон, однако не позволяет достичь авторизации: если речь идет о юридическом лице, то неизвестно, имеет ли сотрудник право действовать от имени организации. В отсутствие письменного соглашения обмен сообщениями по электронной почте находится за рамками требований как белорусского законодательства, так и Венской Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров.

Исполнение сделок, заключенных с помощью средств связи

Попробуем резюмировать изложенное выше, распространив выводы и на дальнейшие отношения между сторонами. Как известно, любая сделка имеет три основные стадии существования: заключение, исполнение и прекращение. Заметим, что они могут полностью или частично совпадать. Например, исполнение договора является нормальным и самым распространенным способом его прекращения (ст. 379 ГК). Аналогично заключение сделки может объединяться со стадией исполнения (полного или частичного) или со стадиями исполнения и прекращения одновременно.

В зависимости от формы исполнения сделок, заключенных между отсутствующими, их делят на:

1) сделки как заключенные, так и исполняемые с помощью средств связи. Обычно они объединяют стадии заключения и исполнения. К этой категории относятся сделки, предусматривающие и исполнение обязательств продавца, и оплату в электронной форме 5 в режиме on-line. Для них письменная форма не обязательна (ч. 2 ст. 160 ГК). Однако даже такое послабление гражданско-правового характера не следует абсолютизировать. Хотя бы в силу существования норм ст. 9 Закона Республики Беларусь от 25.06.2001 № 42-3 "О бухгалтерском учете и отчетности", согласно ч. 1 которой "факт совершения хозяйственной операции подтверждается первичным учетным документом, имеющим юридическую силу". При этом форма такого документа должна быть унифицированной, а сам документ содержать обязательные реквизиты. Составляться он должен в момент совершения операции, а если это не представляется возможным - непосредственно после ее совершения. Поэтому даже для сделок, заключаемых, исполняемых и прекращаемых в режиме on-line (например, покупка в интернет-магазине "виртуальных товаров", доставляемых через сеть, с немедленным платежом с использованием сетевых или аппаратных электронных денег), соответствующий письменный документ необходим;

2) сделки, заключенные с помощью средств дистанционной коммутации, но исполняемые в реальном мире (например, покупка в интернет-магазине бытовой техники, доставляемой курьером). Чаще всего моменты заключения и исполнения у них не совпадают, хотя бывают и исключения, когда юридически отношения между сторонами (подписание договора) оформляются в момент доставки товара. Заметим, что обычно интернет-магазины не являются оптовыми, т.е. заключаемые ими сделки - это договоры розничной купли-продажи. Поэтому для заключения такого договора нет необходимости в составлении единого документа, подписанного сторонами. Достаточно выдачи покупателю кассового или товарного чека либо иного документа, подтверждающего оплату товара (ст. 463 ГК).

Внешнеторговый договор служит не только защите интересов контрагентов, но также необходим для осуществления таможенными органами и банками функций агентов валютного контроля. При этом Инструкция по выполнению банками и небанковскими кредитно-финансовыми организациями функций агентов валютного контроля, утвержденная постановлением Правления Национального банка Республики Беларусь от 27.06.2006 № 89, трактует внешнеэкономический договор как "договор (в том числе внешнеторговый) или документ (документы), его заменяющий (заменяющие)", что дает возможность признать таковым не только единый документ, подписанный сторонами, но и различные документы, содержащие оферту и акцепт. Поэтому, например, в п. 7.11 данной Инструкции при осуществлении валютной операции, связанной с проведением платежей физическими лицами (кроме частных переводов), банк требует представления клиентами договора либо иного документа, подтверждающего совершение гражданско-правовой сделки (в том числе информации на бумажном носителе из глобальной компьютерной сети Интернет) и содержащего сведения о наименовании бенефициара, его банковских реквизитах, стоимости подлежащих оплате товаров и услуг, назначении платежа. Причем перевод такого документа (-ов) на белорусский или русский язык не обязателен, а зависит лишь от усмотрения банка. Но и в последнем случае достаточно перевода, выполненного самим клиентом и заверенного его печатью и (или) подписью (п. 18 названной Инструкции № 89).

**СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ**

1. Конституция Республики Беларусь 1994 года. Принята на республиканском референдуме 24 ноября 1996 года. Минск «Беларусь» 1997г.
2. Банковский кодекс Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. № 441-З Принят Палатой представителей 3 октября 2000 года. Одобрен Советом Республики 12 октября 2000 года. (Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 17.11.2000, N 106, рег. № 2/219 от 31.10.2000) (с учетом изменений внесенных Законом РБ от 11.11.2002 № 148-З, рег. № 2/897 от 13.11.2002).
3. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З. Принят Палатой представителей 28 октября 1998 года. Одобрен Советом Республики 19 ноября 1998 года. (Ведомости Национального собрания Республики Беларусь, 1999 г., № 7-9, ст.101.).
4. Гражданское право. Часть первая: Учебник / Под. ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. - М.: Юристъ, 1997. - 472 с.
5. Гражданское право. Учебник. Часть 1. Издание третье, переработанное и дополненное. / Под ред. А. П. Сергеева. - М., ПРОСПЕКТ, 1999. - 632с.
6. Колбасин Д.А. Гражданское право. Общая часть. - Мн.: ПолиБиг. По заказу общественного объединения «Молодежное научное общество». 1999. - 360с.
7. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь. В 2 книгах. Кн. 1. / Отв. ред. В. Ф. Чигир. – Мн.: Амалфея, 1999. – 624с.
8. Л.А. Ханкевич «Финансовое право Республики Беларусь». Учебное пособие / Мн. Издательство «Амалфея» 2002г.
9. Финансовое право. Учебник / Под ред. проф. О.Н. Горбуновой Издательство «Юристъ» М., 2003.
10. Финансовое право. Серия «Учебники, учебные пособия» / Под ред. проф. В.М. Мандрина Ростов-на-Дону Издательство «Феникс», 2002.