

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Электронная подпись в коммерческом обороте: российское, зарубежное и международное регулирование

*Должич А.А.**

В настоящее время одним из самых обсуждаемых аспектов коммерческого оборота является правовое регулирование электронных сообщений.

За последние пять лет в России по теме заключения договоров в электронной форме и смежным с нею было защищено около двух десятков кандидатских диссертаций¹.

* Должич Александр Андреевич – аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД РФ.

¹ Кулик, Т.Ю. Особенности правового регулирования договоров, заключаемых в электронной форме. Кубан. гос. аграр. ун-т, 2007; Моченов В.Ю. Правовое регулирование электронной коммерции : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2006 175 с. РГБ ОД, 61:07-12/168; Карев Я.А., Правовое регулирование использования электронных документов в договорных отношениях : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2005 248 с. РГБ ОД, 61:05-12/1518; Нагаева А.А., Особенности договорных отношений в условиях электронного взаимодействия их участников : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2006 208 с. РГБ ОД, 61:06-12/713; Шишаева Е.Ю., Правовое регулирование использования электронного документа в предпринимательской деятельности : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2005 226 с. РГБ ОД, 61:05-12/1745; Паперно Е.Л., Правовое регулирование электронной торговли в России, Германии и США : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2006 167 с. РГБ ОД, 61:06-12/1608; Зажигалкин А.В., Международно-правовое регулирование электронной коммерции : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10, 12.00.03 СПб., 2005 189 с. РГБ ОД, 61:05-12/1360; Халиков Р.О., Правовой режим электронного документа (Вопросы использования электронной цифровой подписи) : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Казань, 2006 189 с. РГБ ОД, 61:06-12/683; Симонович П.С., Правовое регулирование отношений, связанных с совершением сделок в электронных информационных сетях

При этом основное внимание все соискатели уделяли вопросу применения электронных цифровых подписей (далее – «ЭЦП»), пользуясь возможностью опереться в качестве отправной точки на регулирование, предлагаемое Федеральным законом «Об электронной цифровой подписи» от 10 января 2002 г. N 1-ФЗ (далее – «Закон об ЭЦП»).

Тем не менее, почти все исследователи упускали из вида непосредственную причину развития электронного документооборота.

Отметив в начале работ, что тенденция к отказу от обмена письменными сообщениями на бумажных носителях вызвана стремлением участников коммерческой деятельности к уменьшению издержек и снижению затрат, авторы не учитывали это обстоятельство при формулировании выводов.

Напротив, в качестве решения правовых проблем, связанных с обменом электронными сообщениями в рамках коммерческого оборота, как правило, предлагалась его дополнительная формализация или новые обременения для кого-либо из его участников.

Так, по мнению Моченова В.Ю., *«[ц]елесообразно в обязательном порядке присваивать каждому субъекту электронного документооборота в рамках электронной коммерции уникальный номер, что позволит с максимальной точностью идентифицировать контрагентов в электронных сделках»*².

Карев А.Я. предлагает следующую концепцию Закона об электронной торговле: *«[п]роект закона об электронной торговле также должен содержать следующие положения: [...]*

3. В оферту и приглашение делать оферты обязательному включению подлежат:

а) порядок и способ заключения договора; [...]

в) порядок использования аналогов собственноручной подписи, в т.ч. процедура проверки подлинности электронной подписи; [...]

в России, США и ЕС : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2004 173 с. РГБ ОД, 61:04-12/848; Маньшин С.В., Гражданско-правовое регулирование применения электронно-цифровой подписи в сфере электронного обмена данными : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2001 200 с. РГБ ОД, 61:02-12/219-8; Бобрицкий Ф.Г., Гражданско-правовое регулирование использования электронной цифровой подписи при осуществлении банковских сделок : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Москва, 2005 155 с. РГБ ОД, 61:05-12/1948; Красикова А.В., Гражданско-правовое регулирование электронных сделок : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Саратов, 2005 180 с. РГБ ОД, 61:05-12/1744.

² Моченов В.Ю., Ук. соч., с. 13–14.

4. *Запрет на акцептование электронной сделки посредством конклюдентных действий.»*

Красикова А.В. в своей работе идет еще дальше, указывая, что «[и] при совершении электронных сделок возникают трудности и в определении дееспособности контрагента, поэтому предлагается возложить обязанность на провайдеров, предоставляющих услуги по пользованию сетью Интернет, проверять дееспособность пользователя сетью»³.

Представляется, что задача предложений *de lege ferenda* должна быть совершенно иной – снять излишние обременения с участников электронной торговли, попутно устранив риски, на которые стороны сегодня вынуждены идти, нарушая юридические формальности из коммерческих интересов.

При решении этой задачи следует учитывать, что ЭЦП – только один из аналогов собственноручной подписи⁴. Следовательно, в первую очередь необходимо обратиться к родовому понятию подписи и ее роли в коммерческом обороте в целом.

Действующее российское регулирование требует наличия подписи на документах, оформляющих практически все этапы коммерческого оборота, от совершения сделки до ее исполнения и бухгалтерского учета.

Вместе с тем, объем настоящей работы позволит рассмотреть только одну, но ключевую, на взгляд автора, стадию – заключения договора.

Работа построена на сравнительном анализе положений действующего российского законодательства, доктрины и судебных решений с зарубежной судебной практикой и международно-правовыми нормами.

Требования к подписанию договоров по российскому праву

Природа подписи

Точно сформулировать что такое подпись, при всей кажущейся интуитивности, не так просто. В российскому доктрине последних лет вопросам подписи и ее значению уделяется определенное внимание

³ Красикова А.В., Ук. соч., с. 162.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации, утв. Федеральными законами от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ, 26 января 1996 г. № 14-ФЗ, от 26 ноября 2001 года № 146-ФЗ, от 18 декабря 2006 года № 230-ФЗ (далее – «ГК РФ»), ч. 2 ст. 160.

в историческом⁵ и компаративистском⁶ аспектах, однако, исследователи, как правило, не приходят к конкретным выводам о ее природе и содержании.

Одним из немногих исследователей, поднимающих капитальный вопрос о том, является подпись атрибутом письменной формы договора или свидетельством полномочий подписантов, является профессор А.А. Костин. Краткую сумму позиции исследователя можно найти в одной из его позднейших статей: *«Представлялось и до сих пор представляется, что подпись не должна рассматриваться в качестве атрибута формы. Соответственно порядок подписания касается полномочий лиц, имеющих или не имеющих право на заключение договора»*⁷.

Разницу правовых последствий профессор А.А. Костин подробно формулирует ранее: *«Так, в отсутствие письменной формы внешне-торговая сделка с участием советской организации во всех случаях должна рассматриваться в качестве недействительной “ab initio” и не может быть «санирована» последующими действиями с эффектом обратного действия. [...] В отсутствие письменной формы внешнеторговая сделка советской организации вообще не может существовать. В отношении порядка подписания нормы союзного и республиканского гражданского законодательства позволяют сделать применительно к вышеприведенной гипотетической ситуации противоположный вывод. [...] Если такая сделка впоследствии была в надлежащей форме одобрена компетентными лицами советской организации, а, возможно, уже полностью или частично исполнена, вряд ли существуют основания для признания ее недействительной»*⁸.

Прежде чем соглашаться или не соглашаться с высказанной точкой зрения, представляется необходимым выделить две компоненты подписи: процесс волеизъявления на сделку и его материальное выражение.

⁵ Михайлова И.А. Личная подпись гражданина: понятие, особенности, значение // Нотариус. 2006. № 1.

⁶ Паничкин В.Б. Подпись и ее место в документе: сравнительный анализ российского и американского права // Нотариус. 2005. № 4.

⁷ Костин А.А. Краткие воспоминания о долгом арбитражном процессе // Международный коммерческий арбитраж, № 2 (14), 2007. С. 131.

⁸ Костин А.А. Советское законодательство о форме внешнеторговой сделки и последствия ее нарушения. // Торгово-экономические связи и вопросы международного частного права. – М., 1990. С. 23.

Профессор Д.И. Мейер в своем фундаментальном исследовании русского гражданского права характеризует письменную форму следующим образом: *«когда она обязательна, сделка действительно совершается письменно – в письме она вся заключается, сделка сливается с письменной формой, или, как говорится, письмо составляет корпус сделки, так что вне письменного акта она не существует. [...] Но когда она необязательна, она имеет значение только свидетельства: тогда она только след сделки, совершенной независимо от письма»*⁹.

Думается, что будет обоснованным провести аналогичную линию размышлений в отношении подписи. Когда факт ее материального наличия на документе обязателен ввиду требования письменной формы, отсутствие подписи повлечет несоблюдение письменной формы и недействительность сделки «ab initio». Если же требование письменной формы соблюдено или не является необходимым, тогда подпись лишь след волеизъявления, которое может быть подтверждено иными свидетельствами или не являться предметом спора. В этом случае дальнейшие проблемы действительности подписи должны рассматриваться в контексте вопросов полномочий подписывающих лиц.

Двойственная природа подписи в этом смысле становилась предметом рассмотрения еще Кассационного Сената. Мировой съезд присудил должника к платежу по договору займа, основываясь на том, что договор полностью написан собственноручно должником (хотя и не подписан им). Сенат отменил решение, указав, что, если, по предписанию закона, или по соглашению договорившихся лиц, для действительности договора требуется его заключение письменным порядком, то для окончательного его совершения во всяком случае необходима подпись всех участвующих в договоре лиц¹⁰.

В действующем Гражданском кодексе Российской Федерации двойственная природа подписи сохранена. При внимательном изучении текста п. 1 ст. 160 ГК РФ можно обратить внимание на ряд особенностей юридической конструкции:

«Сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного

⁹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. М.: «Старут», 2003. § 26; http://civil.consultant.ru/elib/books/45/page_23.html#32

¹⁰ Договорное право по решениям кассационного сената. Владимир: 1880. с. 70; <http://civil.consultant.ru/reprint/books/54/87.html>

лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами. [...]

Законом, иными правовыми актами и соглашением сторон могут устанавливаться дополнительные требования, которым должна соответствовать форма сделки (совершение на бланке определенной формы, скрепление печатью и т.п.), и предусматриваться последствия несоблюдения этих требований».

Таким образом, условия, изложенные в первом предложении п. 1 ст. 160 ГК РФ семантически объединены в качестве основных требований к письменной форме, которым противопоставлены возможные дополнительные требования к форме сделки.

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации также посчитал отсутствие подписи на документе вопросом формы.¹¹ Спор касался заявления о выходе из состава участников общества с ограниченной ответственностью и выплате доли уставного капитала. Заявление было собственноручно написано соответствующим участником, но не подписано им. Президиум ВАС РФ, отменив решения нижестоящих инстанций, указал, что такое заявление является сделкой, которая должна быть совершена в письменной форме. При этом отсутствие на нем подписи свидетельствует о нарушении требований к письменной форме, сформулированных в пункте 1 статьи 160 ГК РФ.

Напротив, подписание неуполномоченным лицом не рассматривается в судебной практике в качестве нарушения письменной формы и, соответственно, не влечет ее недействительности. Федеральный арбитражный суд Московского округа в 2004 г. отменил в этой связи решение нижестоящего суда, которым договор цессии между компаниями был признан недействительным, поскольку один из подписантов не был должным образом уполномочен на момент его заключения. ФАС МО разъяснил, что вывод нижестоящего суда о несоблюдении письменной формы был неверным, полномочия представителя были подтверждены в порядке ст. 183 ГК РФ¹².

Таким образом, отсутствие подписи и подпись неуполномоченного лица суть разные юридические казусы, влекущие отличные правовые

¹¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18 января 2005 г., № 11809/04.

¹² Постановление ФАС МО от 01.04.2004, 25.03.2004 N КГ-А40/1269-04. См. также Постановление ФАС МО от 21 ноября 2003 г., № КГ-А40/9075-03; Постановление ФАС ЦО от 27 июня 2005 г., № А48-8518/04-15; Постановление ФАС ПО от 12 августа 2005 г., № 06-1779У-4/03; Постановление ФАС ПО от 2 августа 2005 г., № А55-4870/04-2.

последствия. Следовательно, профессор А.А. Костин абсолютно прав, говоря о порядке подписания как вопросе полномочий в контексте дела В/О «Союзнефтеэкспорт» против «Джок Ойл, Лтд»¹³. В указанном деле совокупность документов, образующих сделку, действительность которой оспаривалась, была подписана необходимым числом лиц. Камнем преткновения стал вопрос о наличии у одного из подписантов полномочий, ввиду несвоевременной публикации извещения о предоставлении ему права подписи¹⁴.

Напротив, если бы подписи от имени В/О «Союзнефтеэкспорт» на договоре отсутствовали вовсе, а вместо них договор был, например, скреплен печатью компании, кажется маловероятным, что линия аргументов строилась бы вокруг вопроса превышения полномочий лицом, поставившим печать¹⁵.

Следовательно, проблема наличия полномочий у подписывающих лиц по логике действующего законодательства и сложившейся судебной практики встает в качестве второго вопроса, после того, как положительно решен вопрос о факте наличия подписи. Такие полномочия могут появиться в рамках последующего одобрения на условиях ст. 183 ГК РФ, быть вменены по ст. 174 ГК РФ или даже устанавливаться иностранным правом согласно ст. 1202 ГК РФ. Между тем, если подпись отсутствует вовсе, суд, применяющий российское законодательство о форме договора, должен заключить, что форма не соблюдена, не переходя к вопросу полномочий.

На нежелательность акцентирования вопроса формы сделок в ущерб действительному волеизъявлению сторон, указывали еще до-революционные авторы¹⁶. Правда, на тот момент времени безусловное признание ничтожными даже достоверных сделок, если при их заключении нарушена обязательная письменная форма, отчасти объяснялось хотя бы финансовыми интересами государства¹⁷. Сегодня же такое

¹³ Решение ВТАК при ТПП СССР по делу №109/1980 от 9 июля 1984 г. // Международный коммерческий арбитраж, № 2 (14), 2007. С. 135–167.

¹⁴ Там же. С. 144.

¹⁵ По крайней мере, российский суд в аналогичной ситуации изучал только вопрос формы сделки и не касался проблемы полномочий. См. Постановление ФАС ВВО от 16 июля 2003 г. № А43-4692/02-26-180.

¹⁶ Пестржецкий А. О письменной форме сделок по решениям кассационного сената. // Журнал гражданского и торгового права, 1871: Март. С.-Пб.: Тип. И.И. Глазунова, 1871, Кн. 1. – С. 543-587.

¹⁷ Поскольку письменная форма подразумевала, в том числе, написание текста сделки на гербовой бумаге, продажа которой приносила казне существенный доход. См.

отношение можно объяснить разве что традицией. Тем не менее, поскольку подход ни законодателя, ни судей так и не претерпел с тех пор существенных изменений, фокус настоящей статьи вынужденно будет именно на формальном аспекте подписи.

Содержание подписи

Продолжая анализ ст. 160 ГК РФ, можно отметить, что ключевым для определения письменной формы является не только понятие «подпись», но и «документ».

Термину «документ» в современной российской доктрине уделялось достаточное внимание в контексте как электронного, так и традиционного документооборота¹⁸.

Между тем, легальное определение собственно понятия «подпись» на сегодняшний день в российском законодательстве отсутствует. Нормативными актами закреплены только требования, предъявляемые к различным ее видам, таким как «личная подпись», «собственноручная подпись» и «цифровая подпись».

Предъявляемые действующим ГОСТ Р 6.30-2003¹⁹ требования к оформлению документов носят рекомендательный характер. Согласно им, в состав реквизита «Подпись» входят: *«наименование должности лица, подписавшего документ (полное, если документ оформлен не на бланке документа, и сокращенное – на документе, оформленном на бланке); личная подпись; расшифровка подписи (инициалы, фамилия)»*.

Вместе с тем, ГОСТ Р 6.30-2003 смешивает понятия «подпись» (как реквизит документа) и «личная подпись» (один из элементов указанного реквизита). Так, пункты 3.16 и 3.17 указывают, что гриф утверждения и резолюция должны состоять, помимо прочего, из *«наименования должности лица [...], его подписи, инициалов, фамилии»*. В примерах, следующих за этим описанием, вместо подписи указана «личная подпись». Из систематического толкования данных положений

Мейер Д.И., Ук. соч., § 26.

¹⁸ Храмовская Н.А. Что такое «документ»? // Делопроизводство и документооборот на предприятии, N 7, 2004. <http://eos.ru/eos/148556>; Шишаева Е.Ю. Правовой статус электронного документа // Юрист, N 9, 2004. П. Зайцев. Электронный документ как источник доказательств // Законность, № 4, 2002. Карев Я.А. Электронные документы и сообщения в коммерческом обороте: правовое регулирование. М.: Статут, 2006.

¹⁹ Постановление Госстандарта России от 3 марта 2003 г. № 65-ст. «О принятии и введении в действие государственного стандарта Российской Федерации».

вытекает, что лицо не обязано лично указывать в документе свое имя и должность, все эти элементы могут быть внесены иным способом.

Указания Банка России от 21 июня 2003 г. № 1297-У «О порядке оформления карточки с образцами подписей и оттиска печати» оперируют понятием «собственноручная подпись», также четко отграничивая ее от имени лица. Согласно ним, фамилия, имя и отчество лиц, наделенных правами первой или второй подписи указывается в поле «*Фамилия, имя, отчество*», а в поле «*Образец подписи*» лица проставляют напротив своей фамилии «*собственноручную подпись*».

Равным образом понятие собственноручной подписи использует избирательное законодательство. Согласно п. 8 ст. 37 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ, «*[и]збиратель, участник референдума ставят в подписном листе свою подпись и дату ее внесения, а также указывают свои фамилию, имя, отчество, год рождения [...], серию, номер паспорта или документа, заменяющего паспорт гражданина, а также адрес места жительства [...]. Подпись и дату ее внесения избиратель, участник референдума ставят собственноручно*».

Закон об ЭЦП определяет ЭЦП как «*реквизит электронного документа, предназначенный для защиты данного электронного документа от подделки, полученный в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа электронной цифровой подписи и позволяющий идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также установить отсутствие искажения информации в электронном документе*».

По мнению А.М. Эрделевского., дать более точное определение подписи позволяет ст. 19 ГК РФ, согласно которой гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию, собственное имя и отчество. Отсюда исследователь делает вывод, что акт подписания документа означает собственноручное написание своего полного имени (то есть фамилии, имени и отчества), и только оно может быть признано его подписью в точном правовом смысле этого слова²⁰.

Такой вывод, однако, явно противоречит указанным выше нормативным актам (прямо разграничивающим имя и подпись лица), а также судебной практике.

²⁰ Эрделевский А.М. Подпись или параф // Домашний адвокат. 2000. № 22. С. 4.

ФАС УО по налоговому делу постановил, что требование законодательства о наличии подписи не подразумевает, что эта подпись должна быть расшифрована²¹. ФАС МО подтвердил, что подпись одного лица на различных документах может отличаться²². ФАС СЗО, разбирая спор об оформлении векселя, указал, что *«все действующие нормативные акты, касающиеся вексельного обращения, не определяют понятие «подпись»». Однако на практике общепринятым является понимание подписи как автографа»*²³.

Верховный Суд Российской Федерации также не выразил сомнений в возможности выполнения подписи как в виде «автографа», так и в виде «полностью написанной фамилии»²⁴.

Изложенное позволяет с уверенностью сделать вывод о том, что подпись – это самостоятельный реквизит документа, который может, но не обязан включать в себя расшифровку, то есть имя, должность или иные дополнительно идентифицирующие подписанта признаки.

Европейская экономическая комиссия ООН, по результатам исследования, проведенного с участием представителей СССР, в 1979 г. выделила следующие функции подписи²⁵:

- i) указывает на источник данного документа, т.е. на составителя;
- ii) подтверждает информацию, содержащуюся в документе; и
- iii) подтверждает ответственность подписавшегося за правильность и/или полноту информации, содержащейся в данном документе.

Важнейшую из этих функций в рамках российского права можно вывести из легального определения документа во взаимосвязи подписи с которым, как мы помним, определяется письменная форма сделок.

С 2006 г. документ (документированная информация) определяется как *«зафиксированная на материальном носителе путем документирования информация с реквизитами, позволяющими определить такую*

²¹ Постановление ФАС УО от 2 мая 2007 г. по делу № Ф09-3164/07-С2.

²² Постановление ФАС МО от 9 июля 2007 г. по делу № КА-А40/5284-07.

²³ Постановление ФАС СЗО по делу N А 56-10492\96; <http://www.law.edu.ru/judicial/judicial.asp?judicialID=11238111>

²⁴ Определение ВС РФ N 8-Г03-4 от 05.12.2003; http://www.lawmix.ru/jude_practice.php?id=4910

²⁵ Recommendation N 14 – Authentication of Trade Documents by Means Other than Signature. TRADE/WP.4/INF.63; http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec14/rec14_1979_inf63.pdf

информацию или в установленных законодательством Российской Федерации случаях ее материальный носитель»²⁶.

Таким образом, ключевой является именно функция идентификации – как самого лица, так и его отношения к документу.

Представляется, что обязательное содержание подписи, необходимое для выполнения такой функции, может быть почерпнуто из избирательного законодательства.

Пункт 7 ст. 64 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» определяет следующий порядок выражения намерений голосующего лица по отношению к кандидатам:

«Голосование проводится путем нанесения избирателем, участником референдума в бюллетене любого знака»

С учетом изложенного, предлагается принять следующее рабочее понятие подписи:

«Подпись – это любой знак, наносимый лицом (подписантом) на документ в целях идентификации подписанта и его намерений в отношении документа».

Особые требования к подписанию договоров по российскому праву

Проблема подписания внешнеэкономических сделок в связи с тем, что Постановление Совета Министров СССР от 14.02.1978 № 122 «О порядке подписания внешнеторговых сделок» (далее – «Постановление») не было прямо отменено, неоднократно становилась предметом изучения²⁷. При этом все исследователи, с учетом рассмотренного

²⁶ Федеральный Закон от 21 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

²⁷ Постановлением установлено, что внешнеторговые сделки, заключаемые советскими организациями, правомочными совершать внешнеторговые операции, должны подписываться двумя лицами. Право подписи таких сделок имеют руководитель и заместители руководителя указанной организации, руководители фирм, входящих в состав этой организации, а также лица, уполномоченные доверенностями, подписанными руководителем организации единолично, если уставом (положением) организации не предусматривается иное. Имена и фамилии лиц, имеющих по должности право подписи внешнеторговых сделок, публикуются в печатном органе Министерства внешней торговли или в печатном органе министерства, государственного комитета или ведомства, в системе которого находится соответствующая организация. См. напр. Мусин В.А. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров

Верховным судом в 1997 г. дела ОАО «Экспортлес» против ИКЕА, приходили к однозначному выводу, что после вступления в силу ОГЗ СССР 1991 г., указанные нормы о форме договора применяться не должны.

Вместе с тем, единообразия в судебной практике по этому вопросу нет и в настоящее время. В 2003 г. ФАС ВВО отказал в исполнении решения Международного Арбитражного Суда при Международной Торговой Палате. Договор, на основании которого вынесено решение, был заключен 2 ноября 1994 г. Суд указал, что в момент заключения договора действовали ОГЗ СССР 1991 г., однако сослался на Постановление, как на нормативный акт, регулировавший порядок подписания сделок²⁸. Таким образом, суд косвенно указал, что вступление в силу ОГЗ СССР 1991 г. не повлекло автоматической отмены Постановления.

Судебная практика разделилась и в отношении более поздних требований российского законодательства. Статья 7 Закона о бухгалтерском учете от 21 ноября 1996 года № 129-ФЗ указывает, что:

«Без подписи главного бухгалтера денежные и расчетные документы, финансовые и кредитные обязательства считаются недействительными и не должны приниматься к исполнению».

Буквальное прочтение указанного положения приводит к выводу, что подпись главного бухгалтера является обязательной для действительности договоров.

Однако при таком толковании указанная статья будет противоречить Гражданскому кодексу Российской Федерации. Согласно ст. 53 ГК РФ, юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы или, в предусмотренных законом случаях, через своих участников. Главный бухгалтер не является органом юридического лица и, следовательно, никак не должен обуславливать принятие юридическим лицом гражданских обязанностей.

Этот вывод закреплен судебной практикой в постановлениях ФАС МО от 8 апреля 2004 г. по делу № КГ-А40/2507-04, ФАС ВВО от 5 мая

1980 г. и некоторые вопросы гражданского и международного частного права. // Журнал международного частного права. № 1, 1993; <http://www.journalipl.com/archiv.php?id=37>. Муранов А.И. Проблема порядка подписания внешнеэкономических сделок и публичный порядок Российской Федерации (по материалам одного из решений Верховного Суда России) // Московский журнал международного права. 1998. № 3. С. 74–110.; http://www.muranov.ru/pdf/Contract_signing_procedure_and_public_policy.pdf

²⁸ Постановление ФАС ВВО от 17 февраля 2003 года по делу № А43-10716/02-27-10исп; <http://was.fasvvo.arbitr.ru/form.jsp?cmd=edit&id=00001129786730609947942501771506>

2004 г. по делу № А43-14555/2003-2-436, ФАС ВСО от 26 ноября 2001 г. по делу № А74-2024/01-К1-ФО2-2794/01.

Вместе с тем, ФАС МО в недавнем Постановлении от 5 февраля 2007 г. по делу № КГ-А40/13836-06 оставил без изменения мотивировочную часть решения первой инстанции в части указания на то, что банковская гарантия по своей правовой природе является финансовым обязательством организации и в силу действия норм статьи 7 Федерального закона Российской Федерации «О бухгалтерском учете» должна содержать подпись главного бухгалтера, без которой денежные и расчетные документы, финансовые и кредитные обязательства считаются недействительными и не должны приниматься к исполнению.

Таким образом, сохраняется существенная неясность в отношении дополнительных требований, установленных устаревшими и отраслевыми актами, и последствий их несоблюдения.

Независимо от того, как происходит обмен документами, эта неясность нарушает устойчивость коммерческого оборота, одним из основных принципов которого в отношении действительности договора является *ut res magis valeat quam pereat*²⁹. Для ее устранения необходимо явно закрепить в законодательстве, что в случаях, когда для совершения сделки требуется подпись стороны, достаточной является единственная подпись любого уполномоченного стороной лица.

Требования к электронной подписи по российскому праву

Возможность применения электронной связи для заключения договоров была признана российской судебной практикой еще в 1990-х годах.

В 1992 г. ВАС РФ уведомил, что *«считает возможным принимать по рассматриваемым делам в качестве доказательств документы, заверенные электронной подписью»*³⁰. В 1994 г. ВАС РФ указал, что *«когда стороны изготовили и подписали договор с помощью электронно-вычислительной техники, в которой использована система цифровой (электронной) подписи, они могут представлять в арбитражный суд доказательства по спору, вытекающему из этого догово-*

²⁹ Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (edited by Emmanuel Gaillard and John Savage). The Hague, 1999, para. 1471. http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=130600

³⁰ Письмо ВАС РФ от 24 апреля 1992, № К-3/96.

ра, также заверенные цифровой (электронной) подписью»³¹. В 1995 г. ВАС РФ подтвердил, что «при подтверждении юридической силы документа электронной цифровой подписью, этот документ может признаваться в качестве доказательства по делу, рассматриваемому арбитражным судом»³².

Как можно видеть, акцент постепенно сдвигался с понятия «электронная подпись» на понятие «электронная цифровая подпись». Именно оно появилось в перечне аналогов собственноручной подписи в Модельном гражданском кодексе СНГ³³ и Модельном законе «Об электронной цифровой подписи»³⁴, перейдя оттуда в соответствующие российские законы. Им же оперируют все российские подзаконные акты, предусматривающие совершение юридически значимых действий при помощи электронной связи.

Легальное понятие «электронная цифровая подпись» в российском законодательстве весьма узко. Согласно ст. 3 Закона об ЭЦП, ЭЦП – это «реквизит электронного документа, предназначенный для защиты данного электронного документа от подделки, полученный в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа электронной цифровой подписи и позволяющий идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также установить отсутствие искажения информации в электронном документе». Таким образом, помимо функционального назначения подписи (идентифицировать подписавшее лицо и установить отсутствие искажения информации в документе), Закон об ЭЦП предписывает конкретные технические стандарты.

Используя эти положения, российские суды придерживаются крайне не консервативного подхода.

Так, ФАС ВВО 13 июня 2006 г. вынес Постановление по делу № А74-3408/05-Ф02-2057/06-С2. Свидетели подтвердили факт получения по электронной почте письма с электронного адреса ответчика. Между тем, суд посчитал, что в отсутствие электронной цифровой подписи сообщения, такие показания недостаточны для идентификации отправителя.

³¹ Письмо ВАС РФ от 19 августа 1994, № С1-7/ОП-587.

³² Письмо ВАС РФ от 7 июня 1995 года № С1 / ОЗ-316.

³³ Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ, 29 октября 1994 г. п. 2 ст. 159; <http://www.iacis.ru/html/?id=22&pag=17&nid=1>

³⁴ Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ, 9 декабря 2000 г.; <http://www.iacis.ru/html/?id=22&pag=120&nid=1>

ФАС МО в Постановлении от 5 февраля 2007 г. по делу № КГ-А40/13836-06 признал недействительной сделку банковской гарантии ввиду несоблюдения требований закона к форме. Гарантия была исполнена в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы SWIFT (СВИФТ). Суд указал, что при отсутствии соглашения сторон о придании электронно-цифровой подписи главного бухгалтера на банковской гарантии, переданной по электронному сообщению, юридической силы, оснований для признания факта подписания банковской гарантии главным бухгалтером не имеется.

Требования к электронной подписи по английскому праву

В Англии правоотношения, связанные с формой и подписанием договора, исторически урегулированы Законом о мошенничестве³⁵. Принятый Палатой Лордов 7 марта 1677 г.³⁶, до настоящего времени он сохранил только одно положение: гарантия (поручительство) пользуется исковой защитой лишь если соответствующий договор, меморандум или свидетельство составлены в письменной форме и подписаны гарантом (поручителем) или иным уполномоченным лицом³⁷.

Именно это требование стало предметом рассмотрения Высокого суда правосудия в 2006 г. по делу Mehta против J Pereira Fernandes S.A.³⁸ Компания J Pereira Fernandes S.A. (JPF) поставила товары компании Bedcare (UK) Limited, директором которой являлся Нилеш Мехта. Поскольку Bedcare (UK) Limited не оплатила товары, JPF подала иск о ее ликвидации.

По поручению Нилеша Мехта, сотрудник Bedcare (UK) Limited направил юристам JPF электронное письмо. Письмо было отправлено

³⁵ Statute of Frauds 1677, c.3 29_Cha_2; <https://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=1518462>

³⁶ См. Journal of the House of Lords: volume 13. England, 1771. p. 63; <<http://www.british-history.ac.uk/report.asp?compid=11432&strquery=Prevention%20of%20Frauds%20and%20Perjuries#2>>

³⁷ «Noe Action shall be brought . . . whereby to charge the Defendant upon any speciall promise to answere for the debt default or miscarriages of another person ... unlesse the Agreement upon which such Action shall be brought or some Memorandum or Note thereof shall be in Writing and signed by the partie to be charged therewith or some other person thereunto by him lawfully authorized.» Statute of frauds, IV. См. также Халфина Р.О. Договор в английском гражданском праве. М.: Издательство Академии наук СССР, 1959. с. 113.

³⁸ Mehta v J Pereira Fernandes SA [2006] EWHC 813 (Ch) (07 April 2006); <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2006/813.html>

с личного почтового ящика Нилеша Мехта и содержало просьбу отложить слушание на 7 дней, а также намерение дать персональное поручительство по долгам компании. Письмо не было подписано г-ном Мехта, однако, в заголовке указывалось, что оно отправлено с адреса Nelmehta@aol.com. С этого адреса Нилеш Мехта ранее отправлял юристам JPF другие сообщения, которые были им подписаны (речь идет не об электронной цифровой подписи, а об обычной заключительной формуле вежливости). Получив письмо, юрист компании JPF перезвонила г-ну Мехта и приняла его предложение.

При рассмотрении предъявленного на основании указанного письма иска к Нилешу Мехта, Высокий суд пришел к следующим выводам:

1. Электронный адрес отправителя в заголовке письма сам по себе не является подписью, поскольку он включается в текст письма не отправителем, а провайдером, предоставляющим почтовый ящик.

2. При этом достаточной подписью было бы не только полное имя, но и инициалы, но также псевдоним или любое сочетание букв и цифр, если, включая их в документ, лицо имело целью идентифицировать себя.

Поскольку в данном случае письмо не содержало никакой подписи, суд вынужден был отказать в иске.

Окончательное же подтверждение того, что заключительная формула вежливости достаточна в качестве электронной подписи, появилось 23 апреля 2007 г., когда Высокий суд правосудия вынес положительное решение по делу Orton против Collins и других³⁹.

В качестве доказательства по делу было представлено письмо от имени Putsmans Solicitors, оканчивающееся словами «С уважением, Putsmans» («Yours faithfully, Putsmans»).

Как указал суд, в отличие от Mehta против J Pereira Fernandes S.A., слово «Putsmans» было намеренно включено в письмо, причем после обычной заключительной формулы вежливости. Таким образом, целью такого включения было удостоверить, что письмо отправлено от имени компании.

³⁹ Orton v Collins & Ors [2007] EWHC 803 (Ch) (23 April 2007); <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2007/803.html>

Требования к электронной подписи по международному праву

В Европейском союзе несколько лет назад были приняты Директива об электронных подписях 1999 года (ДЭП) и Директива об электронной коммерции 2000 года (ДЭК)⁴⁰.

ДЭК устанавливает общие основы для развития электронной торговли. Статья 9 Директивы требует от государств придания законной силы договорам в электронной форме, устранения создания барьеров в их использовании и запрещает отрицание их юридической силы исключительно на основании электронной формы.

ДЭП специально посвящена электронным подписям, устанавливает основы для их юридического признания и требования к государствам-членам в области их сертификации. Текст ДЭП является технологически нейтральным: цель требований к электронным подписям состоит в гарантировании того, что достигнута максимальная безопасность при их использовании, вместо указания на конкретное устройство или метод создания электронной подписи.

Директивы являются актами вторичного права Европейского союза, направленными на гармонизацию национального права государств-членов. Закрепляя цели, они оставляют за национальными властями право самим определять, в какой форме или посредством каких процедур и механизмов эти цели могут быть достигнуты⁴¹.

Рассмотренное выше английское регулирование было оценено на соответствие указанным Директивам в 2001 г. Комиссия по праву Англии и Уэльса посчитала, что *«электронная почта и торговля при помощи веб-сайтов в целом удовлетворяют [действующим] законодательным требованиям к «письменной форме» и «подписи»*⁴².

⁴⁰ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market («Directive on electronic commerce»). Official Journal L 178, 17/07/2000 P. 0001 – 0016. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:EN:HTML>; Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. Official Journal L 013, 19/01/2000 P. 0012 – 0020. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0093:EN:HTML>

⁴¹ См. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: Учебник для вузов / Рук. авт. колл. и отв. ред. д.ю.н., проф. Л.М. Энтин. – 2-е изд., пересмотр. и доп. – М.: Норма, 2005. с. 108.

⁴² Electronic commerce: Formal requirements in commercial transactions. Advice from the Law Commission, para. 10.1; <http://www.lawcom.gov.uk/docs/e-commerce.pdf>

В связи с этой позицией, в английское законодательство не было внесено каких-либо изменений в целях имплементации Директив. Следовательно, можно предположить, что и в других странах Европейского союза вопрос действительности несертифицированной электронной подписи будет трактоваться столь же благоприятно, как и в Великобритании.

Еще более высоким унифицирующим потенциалом обладает документ, разработанный под эгидой Организации Объединенных Наций. Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах была принята резолюцией 60/21 Генеральной Ассамблеи от 23 ноября 2005 г. (далее – «Конвенция»).

25 апреля 2007 г. Россия стала десятым государством, подписавшим Конвенцию⁴³. Согласно ст. 23 Конвенции, она вступит в силу после даты сдачи на хранение третьей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении⁴⁴.

Конвенция построена на противоположных Закону об ЭЦП принципам технологической нейтральности и функциональной эквивалентности⁴⁵. В этой связи, ст. 9 Конвенции устанавливает существенно более либеральные условия для письменной формы и подписи, чем это принято в действующем российском законодательстве:

«2. В случаях, когда законодательство требует, чтобы сообщение или договор были представлены в письменной форме, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия письменной формы, это требование считается выполненным путем представления электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования.

3. В случаях, когда законодательство требует, чтобы сообщение или договор были подписаны стороной, или предусматривает наступление определенных последствий в случае отсутствия подписи, это требование считается выполненным в отношении электронного сообщения, если:

⁴³ ЮНСИТРАЛ. Статус текстов. 2005 – Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах. http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html

⁴⁴ По состоянию на 20 января 2008 г. число стран-подписантов достигло 18, но ни одно из государств не завершило ратификационные процедуры.

⁴⁵ Преамбула Конвенции

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:

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

ii) либо, как это фактически продемонстрировано на основании самого способа или с помощью дополнительных доказательств, позволил выполнить функции, описанные в подпункте (а) выше.

Согласно п. 155 Пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции, электронные подписи могут принимать форму «цифровых подписей», основанных на криптографии с использованием публичных ключей и генерируемых зачастую в рамках «инфраструктуры публичных ключей», где функции создания и проверки цифровой подписи обеспечиваются сертификатами, выдаваемыми доверенной третьей стороной (в настоящее время – единственный допустимый в России по Закону об ЭЦП способ). Вместе с тем существуют различные другие допустимые механизмы, включая технологии, связанные с использованием персональных идентификационных номеров (ПИН), и иных методов, таких как щелчок кнопкой мыши в окне «ОК»⁴⁶.

При этом, как указывается в п. 164 Пояснительной записки, Конвенция не должна позволять сторонам ссылаться на «критерий надежности» для отказа от своей подписи в тех случаях, когда могут быть доказаны как действительная личность соответствующей стороны, так и ее фактическое намерение⁴⁷.

Во избежание таких ситуаций в ст. 3 b) ii) Конвенции действительно признается подпись, проставленная любым способом – независимо от его надежности в принципе, – если было фактически продемонстрировано, что этот способ позволил идентифицировать подписавшую

⁴⁶ Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах. Нью-Йорк, 2007; http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06_57454_e_book.pdf

⁴⁷ A/60/17 – Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать восьмой сессии. Вена, 2005, п. 65; <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/sessions/38th.html>

сторону и указать намерение этой стороны в отношении информации, содержащейся в электронном сообщении.

Представляется, что механизм щелчка мышью в окне «ОК» вполне применим и в целях отправки сообщений электронной почты.

В этом случае, при применении норм Конвенции положительно было бы решено не только дело *Orton* против *Collins* и других, но и *Mehta* против *J Pereira Fernandes S.A.*⁴⁸

Заключение

Четкое определение подписи в действующем российском законодательстве отсутствует. Равным образом дискуссионным является вопрос о природе подписи как атрибуте формы договоров или проблеме полномочий.

По мнению автора, *de lege ferenda* подпись следует определить как любой знак, наносимый лицом (подписантом) на документ в целях идентификации подписанта и его намерений в отношении документа.

Что касается природы подписи в российском праве, то хотя нежелательность акцентирования законодателем и судами вопроса формы сделок, а не волеизъявления сторон, признавалась еще в Российской Империи, текстуальное толкование ст. 160 действующего Гражданского кодекса выявляет в качестве первичного формальный аспект подписи.

При этом требования к форме установлены не только Гражданским кодексом, но и специальными нормативными актами. В частности, Закон об ЭЦП помимо функционального назначения подписи, предписывает конкретные технические стандарты.

В странах Европейского союза превалирует более мягкий подход к вопросу формы договора и действительности подписи. Высокий суд правосудия Англии и Уэльса в недавних решениях прямо признал, что электронное сообщение удовлетворяет требованию письменной формы, а впечатанное в конце него прощание – требованию подписи.

При этом нормы подписанной Россией в 2007 г. Конвенции существенно либеральнее не только по сравнению с нормами действующего российского законодательства, но и с Европейскими директивами.

⁴⁸ См. также обзор некоторых более ранних решений судов других стран ЕС в *The legal and market aspects of electronic signatures* para. 2.2.4.2, p. 80; http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/2005/all_about/security/electronic_sig_report.pdf

Согласно ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, с момента вступления в действие в отношении России, Конвенция будет превалировать в системе источников российского права, регулирующих электронную торговлю.

Впрочем, давая нормам Конвенции доктринальное толкование, нужно помнить, что конкретным содержанием ее положения в любом случае наполнит только судебная практика. При этом необходимо учитывать, что ст. 5 Конвенции содержит формулу единообразного толкования, заимствованную из ст. 7 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров.

Фактически, это означает установление прецедентного подхода к толкованию положений Конвенции, с учетом решений иностранных судов. В этой связи крайне интересно будет рассмотреть текущую судебную практику по вопросу признания электронной подписи в других государствах, подписавших Конвенцию, что автор надеется сделать в следующей статье.

Вместе с тем, одной Конвенции не будет достаточно для создания правового поля электронного коммерческого документооборота. Для достижения этой цели и единообразного регулирования внешнеэкономических и внутрироссийских сделок необходима будет комплексная реформа законодательства и подзаконных актов.

Представляется, что ее отправной точкой могло бы стать легальное фиксирование родового понятия подписи и однозначное разъяснение Высшим Арбитражным Судом, что нормы Закона о бухгалтерском учете и Постановление Совмина СССР о порядке подписания внешнеторговых сделок не подлежат применению при решении вопроса о соблюдении формы сделки.

Electronic Signature in Commerce: Russian, Foreign and International Regulations (Summary)

*Alexander A. Dolzhich**

The article analyzes admissibility of ordinary e-mails where applicable law requires the contract to be made or evidenced in writing and signed.

In the absence of the relevant legal definition, nature and imperative content of signature are deduced from the legal acts, case law and doctrine. Paper also looks into specific Russian law requirements to the form of foreign trade deals and electronic signature. Given that Russia has recently signed the UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, paper describes the current English practice which may be instructive. Author comes to the following conclusions and recommendations de lege ferenda:

a) signature by nature is the attribute of form, so that even when the authority of a party is not disputed, the contract still may be void absent the valid signature;

b) to take a more liberal approach towards harmonization with international instruments and trade practice, Russian law shall define the signature as any mark stated by the signatory on the document with the aim to identify the signatory and its intentions towards the document; and

c) for the avoidance of doubt, all statutory requirements to the form of signature shall be explicitly waived.

* Alexander A. Dolzhich – post-graduate student of the Chair of State private and International law, MGIMO-University MFA Russia.