

Карагусов Фархад,
доктор юридических наук, профессор,
член Международной академии сравнительного правоведения (IACL),
г.н.с. Института частного права Каспийского университета

Об использовании цифровых технологий при оформлении договорных отношений

Аннотация. Доклад посвящен вопросу о том, насколько казахстанское право позволяет использовать современные информационные (цифровые) технологии для подтверждения заключения и исполнения договоров. Автор утверждает, что: (i) допустимость письменной сделки в электронной форме позволяет использовать любые электронно-цифровые технологии для выражения воли субъекта на совершение сделки и собственно для совершения сделки; (ii) использование мобильных приложений для совершения многих гражданско-правовых сделок является способом, признаваемым на глобальном уровне и в рамках развитых правовых порядков; (iii) казахстанское законодательство не создает препятствий для использования таких инновационных способов оформления договорных отношений между гражданами, и (iv) наиболее предпочтительным видится исключение обязательности ЭЦП при использовании электронной формы договора и оставление решения вопроса о ее использовании в каждом конкретном случае на свободное усмотрение сторон соответствующей сделки.

Ключевые слова: договор, форма договора, доказательство договора, действительность договора, цифровая технология, электронная подпись, электронное сообщение.

Annotation. The issue of the extent to which Kazakh law allows the use of modern information (digital) technologies to confirm the conclusion and execution of contracts is discussed in this report. The author argues that: (i) the admissibility of an electronic form for written contracts allows the use of any electronic digital technology to express the will of any person to enter into the contract and to. Execute the transaction itself; (ii) use of mobile applications for many civil-law contracts represents a method recognized globally and within developed legal orders; (iii) Kazakhstani legislation does not create obstacles to the use of such innovative ways of formalizing contractual relations between individuals, and (iv) it seems most preferable to exclude mandatory use of an electronic digital signature when using an electronic form of a contract and leave the decision on its use in each specific case to the free discretion of the parties of the relevant transaction.

Key words: contract, form of contract, evidence of a contract, validity of a contract, cipher technology, electronic signature, electronic message.

1. Более четырех лет назад была опубликована наша статья о возможностях использования цифровых технологий для оформления договорных отношений в рамках казахстанского законодательства [1]. В то же самое время нашей командой было разработано мобильное приложение под брендом «сделки.LegCo» с содержательным наполнением, которое предназначалась для того, чтобы позволять заключение и исполнение в каждодневной жизни многих гражданско-правовых договоров без использования бумаги, личных встреч и переговоров лицом к лицу. Мы даже начали рекламную кампанию нашего сервиса. К сожалению, в силу разных причин этот проект у нас не получился.

Но недавно в средствах массовой информации с радостью узнал, что в Казахстане для самозанятых разрабатывают приложение, и через этот «сервис самозанятые смогут зарегистрировать свою деятельность и найти клиентов», а в само «приложение будет внедрен усеченный договор, где предусматриваются права и обязанности сторон, защита трудовых [очевидно, здесь имеются в виду гражданские – Ф.К.] прав исполнителя» [2].

Сейчас полностью понять концепцию этого сервиса не представляется возможным. Однако из содержания уже опубликованных сведений можно с уверенностью заключить, что упомянутое приложение предполагается использовать для оформления определенной

категории гражданско-правовых отношений. В таком контексте создание и использование этого приложения видится перспективным.

В связи с этим хочу обратить внимание на то, что при создании указанного нашего приложения мы изучали вопрос о том, насколько наше гражданское законодательство позволяет использование подобных новых способов или средств оформления договорных отношений. Выработанные выводы были опубликованы в упомянутой выше статье. В данном случае отмечу только два момента: (i) использование мобильных приложений для совершения многих гражданско-правовых сделок является способом, признаваемым на глобальном уровне и в рамках развитых правовых порядков, и (ii) казахстанское законодательство не создает препятствий для использования таких инновационных способов оформления договорных отношений между гражданами. Кроме того, в этом докладе тезисами повторю ранее опубликованные выводы.

2. В указанной выше нашей статье исходным моментом принято то, что одним из наиболее существенных является вопрос о том, насколько казахстанское право позволяет использовать современные информационные (цифровые) технологии для подтверждения фактов и условий заключения и исполнения договоров согласно их содержанию, как и односторонних актов субъектов оборота. В рамках статьи нами анализировался вопрос о значении и последствиях несоблюдения требований к форме гражданско-правового договора в современных правовых порядках, с учетом наиболее авторитетных в данное время модельных положений (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, CESL, DCFR и др.), а также в казахстанском законодательстве.

В этой связи в качестве исходного пункта была сформулирована позиция о том, что казахстанское законодательство придает формальным требованиям к совершению сделок материально-правовое значение в тех случаях, когда законодательством устанавливаются специальные требования к форме сделки, несоблюдение которых влечет или может повлечь недействительность сделки. Однако в ряде случаев им придается процессуальное значение, позволяя сторонам сделки облегчить возможности для подтверждения ее заключения и ее содержания. А в заключении в статье было обосновано, что в рамках казахстанского законодательства современные технологии позволяют оформлять договорные обязательства без риска признания их недействительности в связи с пороком формы.

3. Использование современных информационных технологий для оформления договорных обязательств с возможностью в будущем доказать заключение договора и условия возникшего на его основании обязательства приобретает значение, прежде всего, в связи с тем, что в качестве письменной формы сделки рассматривается и сделка, совершенная в *«электронной форме»*.

В соответствии с п. 1-1 ст. 152 казахстанского Гражданского кодекса (ГК) с 1 января 2016 года письменной формой сделки также признается совершение сделки в электронной форме. Однако, понятие *«электронной формы»* сделки не определяется непосредственно в ГК. Для этого необходим анализ специальных законодательных и иных подлежащих соблюдению норм (в частности, Законов «О Национальном архивном фонде и архивах» и «Об электронном документе и электронной цифровой подписи», Национального стандарта СТ РК ГОСТ Р 52292-2007 «Технологии информационные. Электронный обмен информацией. Термины и определения» и других нормативных документов), что позволяет понять содержание этого понятия.

Следует оговориться, что не усматривается препятствий и для нотариального удостоверения сделки, совершенной в электронной форме (в том понимании, которое придается этому термину казахстанским законодательством), поскольку нотариальное удостоверение, хотя и являясь частью обязательных по закону или согласованных сторонами формальных процедур при совершении гражданско-правовых сделок, но представляют собой не действия сторон соответствующей сделки, а имеющий прежде всего публично-правовое значение акт нотариуса. Для этого лишь необходимо надлежащее определение условий и порядка такого нотариального удостоверения, то есть утверждение правил, обеспечивающих

надлежащий электронный документооборот, то есть позволяющих обмен электронными документами между государственными органами, физическими и юридическими лицами за счет применения необходимой совокупности соответствующих программных и технических средств, используемых для создания и проверки подлинности электронной цифровой подписи (ЭЦП).

При этом, во всех этих случаях, за исключением ситуаций, когда ГК признает соответствующие сделки ничтожными, совершение и содержание сделки может подтверждаться иными доказательствами, не являющимися свидетельскими показаниями, в том числе если они осуществлены в электронной форме с использованием или без использования ЭЦП.

С учетом формальных требований ГК, установленных в отношении отдельных видов договоров, заключаемых в электронной форме, к ним применяются и соответствующие положения об их совершении в устной или письменной (в простой или с нотариальным удостоверением) форме.

4. Использование письменной формы для совершения сделки на бумажном носителе предполагает непосредственное взаимодействие сторон при изложении и закреплении ее условий собственноручными подписями на бумажном документе. В свою очередь, электронная форма совершения сделки позволяет обходиться без непосредственного контакта сторон заключаемой сделки при ее оформлении, поскольку средства электронно-цифровых коммуникаций позволяют осуществить это на расстоянии.

Вместе с тем, общее требование о подписании сделки ее сторонами (в данном случае – посредством электронной цифровой подписи, в частности, квалифицированной ЭЦП) ограничивает возможности использования цифровых технологий при заключении сделок в целях повышения мобильности делового оборота и, одновременно, в интересах обеспечения его твердости, поскольку, во-первых, требует вовлечения в сферу соответствующих отношений третьих лиц, которые своей деятельностью обеспечивают возможности проставления и проверки подлинности ЭЦП, и в связи с этим во-вторых, исключает использование в данном случае иных электронно-цифровых средств взаимодействия.

В связи с этим, следует отметить, что европейские модельные правила частного права (ст. II.-3:104 DCFR) оперируют понятием «*дистанционного взаимодействия в режиме реального времени*» в рамках преддоговорных отношений и предлагают использование средств информационных технологий при заключении договора без личного взаимодействия. В частности, эти правила предлагаются для того, чтобы предоставить предпринимателю возможности вступать в договорные отношения с потребителями или иными контрагентами в рамках осуществления им коммерческой деятельности, используя при этом современные информационные технологии [3, с. 129 - 131].

7. Вышеупомянутые рекомендации и модельные правила DCFR представляют собой важный источник информации относительно того, при каких условиях и в каком порядке могут использоваться «*иные определенные формы*» сделок, допускаемые в ст. 151 ГК.

В данном случае, поскольку формами сделок в казахстанском ГК указываются лишь устная и письменная, к иным определенным формам относятся такие формы взаимодействия и подтверждения, которые либо прямо предусмотрены законодательством, либо, не являясь запрещенными законом, используются по воле сторон соответствующего отношения (в том числе, когда они определяют формы сделки самостоятельно соглашением между собой). К таким иным формам, в частности, мы относим те, которые определены через использование грамматических связок «признаются», «считаются» или приравниваются»: то есть когда сделка совершена в иной форме, но это порождает те же самые правовые последствия, как если бы они были совершены в устной или письменной форме, либо нотариально удостоверены (в зависимости от того, какое требование установлено в законе).

Еще раз обратим внимание на то, что целесообразность выделения иной определенной формы обусловлено именно тем, что такие иные формы: (а) исполняются за счет иных

действий, кроме вербального обмена, и (б) не предполагают обязательности подписания документа, как это требуется при совершении сделок в письменной форме.

В качестве иных можно выделить четыре формы допустимых казахстанским законодательством и предусмотренных в ГК сделок (они обсуждаются в вышеупомянутой нашей статье).

8. Вместе с тем, в условиях современного этапа культурно-технического прогресса и повсеместного внедрения цифровых технологий особое значение приобретает возможность совершения сделок (без риска признания их недействительными по основанию несоблюдения требований к форме сделки) посредством обмена электронными сообщениями или иными электронными документами (либо другими сообщениями) посредством электронных средств коммуникации, исключающих вовлечение в эти отношения третьих лиц.

В данном случае мы основываемся на том, что: (i) совершение сделки может осуществляться обменом электронными сообщениями, и (ii) что электронная форма (в соответствии с законами об информатизации, архивном деле, электронном документообороте) не обязательно требует использование ЭЦП.

В Казахстане понятие электронного сообщения не определено на уровне законов. Но ранее мы обнаружили определение этого понятия на уровне подзаконных актов [4, п/п.20) п.2]. И хотя эта дефиниция дает необходимую ясность относительно того, что является электронным сообщением, однако уже на данном этапе развития информационных технологий и существующих правовых решений по вопросам электронного документооборота в сфере коммерческих сделок представляется необоснованно ограниченным в своем содержании, по крайней мере, в следующих двух аспектах.

Во-первых, «электронным сообщением» называют «электронный документ», каким признается документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме и удостоверена посредством ЭЦП, что нецелесообразно приравнивает электронное сообщение к электронному документу. Во-вторых, нецелесообразной представляется жесткая привязка к языку разметки текста XML, в то время как существуют альтернативные языки (к примеру, JSON). В связи с указанными моментами закреплённая дефиниция электронного сообщения представляется не эффективной и бесперспективной.

9. Вместе с тем, существуют иные правовые решения, позволяющие применять их в качестве электронной подписи согласно широкому определению этого понятия (например, содержащемуся в Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (Нью Йорк, 2007 г.) [5]). В свою очередь, п. 33 Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях предусматривает среди таких механизмов собственноручное проставление подписи на цифровом планшете, использование персональных идентификационных номеров и иных методов, таких как нажатием кнопкой мыши в окне «ОК» [6].

Более того, существует и классификация цифровых подписей, которые могут использоваться для удостоверения волеизъявления сторон в сделка в зависимости от содержания правовых последствий их использования (неиспользования), предлагаемые в DCFR [3; ст. I. – I:107(3)(4)].

С учетом вышеизложенного, считаем, что ЭЦП, выпускаемая в соответствии с требованиями казахстанского законодательства, например, для целей доступа граждан к государственным услугам, обладает признаками квалифицированной электронной подписи.

В то же время существуют и иные виды электронной подписи (кроме ЭЦП), как, например, предусмотренные в Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ, использование которых может упростить процесс оформления гражданско-правовых отношений [6]. И казахстанское законодательство не препятствует использованию таковых.

Поэтому можно сделать вывод о том, что в Республике Казахстан возможно заключать сделки путем обмена электронными сообщениями, не требующим обязательной аутентификации субъектов посредством электронно-цифровой подписи (в том числе, с учетом того, как термин «ЭЦП» определяется казахстанским законодательством). И тенденции

развития не только международного коммерческого права, но гражданского законодательства Казахстана, свидетельствуют о правомерности обмена юридически значимой информацией для целей заключения сделок и подтверждения договоров без обязательного использования их сторонами электронной цифровой подписи, выпущенной государством или иным уполномоченным на это субъектом.

10. В Казахстане имеется плодородная почва для появления новых для нашей юрисдикции цифровых инструментов.

В частности, мы видим широкую перспективу в использовании цифрового инструмента по заключению сделок посредством специально разработанного мобильного приложения, позволяющего участникам гражданского оборота: (i) заключать сделки на согласованных условиях, изменять условия ранее заключенных сделок, расторгать и иным образом фиксировать прекращение сделок, а также (ii) иметь всегда доступное и достоверное доказательство заключения сделки, ее исполнения, прекращения, изменения ее условий, которое может использоваться при рассмотрении и разрешении споров между сторонами, в том числе в судах или арбитраже.

Юридическая значимость и ценность такого цифрового инструмента обуславливается также тем, чтобы он позволял создавать сделки из предложенного перечня сделок, отправлять его в качестве оферты для получения акцепта от другой стороны, и такой акцепт был бы аналогичен одному из предлагаемых действующими актами ЮНСИТРАЛ механизмов электронной подписи (например, проставлением подписи путем нажатия кнопки «ОК»). Не менее важно, чтобы он позволял сохранять всю историю взаимодействия сторон: изменения условий, уведомления о расторжении и тому подобное, и такая история была всегда доступной сторонам в форме выдаваемой системой по запросу справки, содержащей реквизиты сторон, перечисление условий сделки и временная шкала с зафиксированными событиями, связанными с состоянием сделки и волей сторон.

Мы убеждены, что такое предлагаемое нами IT-решение для целей доказательства заключения и исполнения гражданско-правовых сделок позволит в полной мере достичь цели эффективной «цифровизации» гражданского оборота в целом, а также может рассматриваться в качестве дополнительной меры по внедрению цифровых технологий в сфере гражданского судопроизводства и использования альтернативных средств урегулирования споров (в первую очередь, в арбитраже и с использованием медиации).

Думается, что широкое восприятие и признание таких новых высокотехнологичных способов установления договорных правоотношений, осуществление односторонних действий правового значения и доказательств существований соответствующих правоотношений не только субъектами оборота, но и также судами и вовлеченными государственными органами поспособствует успеху, по крайней мере, по трем направлениям (развитие креативного общества, цифровизация отраслей экономики и переход на про-активное государство).

11. Обратим внимание на то, что несоблюдение требований к форме сделки является лишь одним из оснований признания сделки недействительной. Наряду с этим сделка может быть признана недействительной, если, к примеру, не соблюдены требования закона, относящиеся к личности субъекта правоотношения (надлежащее лицо, наличие у него требуемой дееспособности), а также к свободе его волеизъявления и содержанию самой сделки (п. 2 ст. 157 ГК).

Предлагаемые нами решения не могут дать полные гарантии того, что использующие их лица не будут злоупотреблять своим положением и вводить контрагента в заблуждение относительно своего статуса и правосубъектности. В то же время в отношениях между предпринимателем и потребителем (как и любым иным субъектом, не являющимся предпринимателем) соответствующие риски в силу закона возникают на стороне предпринимателя, что, однако, не означает его беззащитности от недобросовестных действий контрагента. Кроме того, сами цифровые решения задачи обеспечения дистанционного взаимодействия должна предоставлять определенные механизмы перепроверки статуса контрагента и подтверждения его поведения.

Что касается риска недействительности сделки при нарушении требований к его содержанию, необходимо помнить, что, в частности, любой договор считается заключенным, когда есть подтверждение о достижении его сторонами соглашения по всем его существенным условиям, определенным законодательством для данного вида договора (п. 1 ст. 393 ГК).

Отдельно недействительность договора (по крайней мере, соответствующей его части) может повлечь определение в его содержании условий, которые не могут быть частью договора в силу их несоответствия требованиям закона, или которые направлены на достижение преступной иной заведомо противной основам правопорядка или нравственности цели (ст. 158 ГК). Поэтому любое предлагаемое средство дистанционного взаимодействия должно предусматривать для его пользователей возможность согласовать свою волю по всем существенным условиям соответствующего договора, а также определить дополнительные условия по своему усмотрению, излагаемые в форме электронной оферты (как первоначальной, так и новой), позволяющей ее надлежащий акцепт. Оно также не должно допускать включение в содержание сделки тех условий, которые не допустимы в силу закона.

12. Завершая доклад, еще раз отмечу, что допустимость письменной сделки в электронной форме позволяет использование любых электронно-цифровых технологий для выражения воли субъекта на совершение сделки и собственно совершения сделки. При этом требование о подписании письменного договора или иного оформляющего сделку документа сводит использование электронной формы письменной сделки к обязательности создания электронного документа и его подписания электронно-цифровой подписью. Это существенно ограничивает возможности развития в связи с тем, что в соответствующие отношения вовлекается сторонний субъект, обеспечивающий предоставление и подтверждение подлинности ЭЦП, а также ввиду имеющихся сложностей технического характера в связи с использованием ЭЦП.

Поэтому, наиболее предпочтительным было бы исключить обязательность ЭЦП при использовании электронной формы договора, оставив решение вопроса о ее использовании в каждом конкретном случае на свободное усмотрение субъектов соответствующей сделки. При такой ситуации предоставленная в п. 1 ст. 153 ГК возможность подтверждать совершение, содержание или исполнение сделки иными доказательствами позволит еще в большей степени обеспечить мобильность и твердость делового оборота посредством иных цифровых технологий, не предполагающих использование ЭЦП, но с достаточной степенью достоверности подтверждающих волеизъявление участников сделки и/или согласованность их волеизъявлений на совершение сделки согласно соответствующим условиям. В частности, такие технологии представляются вполне применимыми в случаях электронной оферты и ее акцепта также в электронной форме (как это допускается в ст. 397 ГК).

Список использованных источников:

1. Карагусов Ф., Бондарев А., Пак Е. Доказательство гражданско-правового договора. В: «Әділеттің» ғылыми еңбектері / «Научные труды «Әділет», Алматы, Caspian University, № 2, 2017. С. 34 – 77; электрон. версия: <https://drive.google.com/file/d/1Yfh-wnmGUNxAGJtDkcgJWdxJSWdiepk1/view>
2. Елюбаева.А. Приложение для самозанятых разрабатывают в Казахстане. Интернет-ресурс: <https://kapital.kz/economic/104151/prilozheniye-dlya-samozanyatykh-razrabatyvayut-v-kazakhstane.html> (дата доступа - 05 апреля 2022 г.).
3. Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. – М.: Статут, 2013. – 989 с.
4. Приказ и.о. Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 28 января 2016 года № 104 «Об утверждении Правил интеграции шлюза «электронного правительства», платежного шлюза «электронного правительства» с информационными системами». / «Казахстанская правда» от 26 ноября 2015 г. № 227 (28103).

5. Конвенция Организации Объединенных Наций «Об использовании электронных сообщений в международных договорах» (Нью Йорк, 2007 г.), с Пояснительной запиской Секретариата ЮНСИТРАЛ. / Электронный ресурс. – Режим доступа: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf (дата доступа – 05 апреля 2022 г.).

6. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях и Руководство по принятию 2001 г. / Нью Йорк, 2002. Электронный ресурс. – Режим доступа: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/ml-elecsig-r.pdf> (дата доступа - 05 апреля 2022 г.).

08 апреля 2022 г.

Подготовлено в качестве доклада в рамках Республиканской научно-практической конференции на тему «Новые формы контрактных отношений цифровой экономики Республики Казахстан в условиях пандемии» (г. Алматы, Казахский национальный университет имени аль-Фараби, 29 апреля 2022 г.)