

MARIA DRAGUN-GERTNER*

USTAWA WZORCOWA UNCITRAL O ZBYWALNYCH ZAPISACH ELEKTRONICZNYCH I JEJ ZNACZENIE W PRZEWOZIE ŁADUNKU MORZEM

Abstrakt

Koncepcja kontroli nad zapisem elektronicznym jest centralnym założeniem Ustawy wzorcowej o zbywalnych zapisach elektronicznych UNCITRAL. Wskazuje ona metodę określenia strony, której przysługują prawa ucieleśnione w zbywalnym zapisie elektronicznym. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie najistotniejszych kwestii związanych z dokumentami i instrumentami, pełniącymi w obrocie morskim funkcję obiegową, dla których Ustawa wzorcowa stworzyła ramy prawne, gdy przyjmą postać zapisów elektronicznych.

Słowa kluczowe: UNCITRAL, ustawa wzorcowa o zbywalnych zapisach elektronicznych (MLETR), konosament elektroniczny.

W dniu 12 lipca 2017 r. Zgromadzenie Ogólne NZ przyjęło Ustawę wzorcową o zbywalnych zapisach elektronicznych – Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR)¹. Jest to wzorzec przygotowany jako propozycja odnośnej regulacji dla krajowych ustawodawców. Jej postanowienia nie są wiążące i pozostawiają legislatorom swobodę decyzji co do ich zaakceptowania w całości lub w części i wprowadzenia do ustawodawstwa krajowego wraz z ewentualnymi modyfikacjami².

* Dr hab. Maria Dragun-Gertner, prof. nadzw. WSB.

¹ A/RES/72/114.

² https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records/status (dostęp: 5.11.2019).

Prace nad ustawą rozpoczęto z inicjatywy USA zgłoszonej w 2009 r.³. Były one prowadzone przez IV Grupę roboczą UNCITRAL (Electronic Commerce) w latach 2011–2017. Założeniem prowadzonych prac było szerokie podejście i stworzenie prawnych ram dla elektronicznych wersji wszystkich możliwych typów papierowych dokumentów, pozostawiając otwartą możliwość zróżnicowania traktowania takich dokumentów, gdy będzie to potrzebne⁴. Wymaga podkreślenia, że postanowienia MLETR nie odnoszą się do dokumentów generowanych wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej⁵. Na wstępie prac zasugerowano też konieczność wyjaśnienia różnic pomiędzy *negotiable i non-negotiable instruments i documents*, wskazując jednocześnie, że prawne kwestie związane z *non-negotiable instruments* zostały już objęte opracowanymi dotychczas dokumentami UNCITRAL dotyczącymi handlu elektronicznego⁶. Ustawę wzorcową przygotowano więc dla zbywalnych (*negotiable*) dokumentów i instrumentów, pełniących w obrocie funkcję obiegową, z zamiarem stworzenia dla nich ram prawnych, gdy przyjmą postać zapisów elektronicznych. Jak zauważa H.D. Gabriel⁷, chociaż zawarta w art. 2 ustawy wzorcowej definicja *instruments or documents* objętych jej postanowieniami nawiązuje do ogólnie stosowanego terminu zbywalność (*transferability*), to jednak jej treść wskazuje na obiegowy charakter przedmiotowego dokumentu/instrumentu:

“Transferable document or instrument” means a document or instrument issued on paper that entitles the holder to claim the performance of the obligation indicated in the document or instrument and to transfer the right to performance of the obligation indicated in the document or instrument through the transfer of that document or instrument.

Co jednak przesądza o obiegowym charakterze dokumentu/instrumentu pozostaje poza zakresem postanowień ustawy wzorcowej i podlega ocenie w zakresie regulacji prawa wewnętrznego. Jak wskazano w uwagach wyjaśniających do ustawy, jej przedmiotem jest dokonanie przeniesienia zapisu, zaś zbywalność (*negotiability*) dotyczy leżących u jego podłoża praw przysługujących posiadaczowi, podlegających prawu materialnemu.

W tym kontekście wyjaśniono⁸, że *negotiable instruments* w systemach *common law* są rodzajem przenaszalnych dokumentów, których wyróżnikiem jest

³ A/CN.9/681/Add.1.

⁴ A/CN.9/737, para. 22.

⁵ A/CN.9/737, para. 69.

⁶ A/CN.9/737, para. 20.

⁷ H. D. Gabriel, *The UNCITRAL Model Law on Transferable Records*, Uniform Law Review, Vol. 24, Issue 2, June 2019, s. 264, 265, <https://doi.org/10.1093/ulr/unz013>. (dostęp: 5.11.2019).

⁸ A/CN.9/737, para. 51 i n.

to, że ich weryfikacja i akceptacja (obieg) odbywa się bez odnoszenia się do transakcji podstawowej. Ich legitymowany posiadacz może otrzymać na ich podstawie lepszy tytuł do sumy pieniężnej lub rzeczy, niż zbywca dokumentu, jeśli pozostałe wymogi są spełnione. W systemach prawa kontynentalnego reżim takich instrumentów jest podobny. Ich obieg jest dokonywany w drodze indosu i wydania dokumentu lub, gdy są wystawione na okaziciela, w drodze wydania dokumentu. Dla ich stosowania w obrocie kluczowe znaczenie ma więc ich posiadanie. Przyjęto, że punktem odniesienia dla zakresu opracowywanej modelowej ustawy może być art. 2 ust. 2 Konwencji NZ o wykorzystaniu komunikacji elektronicznej w kontraktach handlowych (*the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*, 2005) przewidujący, że konwencja nie ma zastosowania do: *bills of exchange, promissory notes, consignment notes, bills of lading, warehouse receipts or any transferable document or instrument that entitles the bearer or beneficiary to claim the delivery of goods or the payment of a sum of money*. Wyłączono je z zakresu przedmiotowego tej konwencji właśnie z uwagi na trudności stworzenia elektronicznego ekwiwalentu dla ich obiegowości, opartej w swych założeniach na dokumencie papierowym, a w szczególności zapewnienia syngularności takich dokumentów, co jest szczególnie ważne, skoro ich wspólną cechą jest to, że prawo jest przenoszone wraz z dokumentem. W efekcie powyższych założeń, zakres przedmiotowy MLETR nie obejmuje dokumentów i instrumentów imiennych (*straight*)⁹.

Wyodrębnienie w jej treści „instrumentu” i „dokumentu” odzwierciedla odróżnienie papierów wartościowych reprezentujących wierzytelności pieniężne oraz papierów wartościowych reprezentujących uprawnienia do rozporządzania towarami¹⁰.

Wstępne założenie szerokiego zakresu przedmiotowego ustawy wzorcowej zostało utrzymane i stosownie do art. 7 zbywalnemu zapisowi elektronicznemu nie można odmówić skuteczności prawnej, ważności lub wykonalności tylko na tej podstawie, że jest sporządzony w formie elektronicznej¹¹. Ta zasada nie-

⁹ A/CN.9/737, para. 70.

¹⁰ A/CN.9/WG.IV/WP.119, para. 6 i 7: “Transferable instruments are financial instruments that permit transfer of the instrument to persons who are not parties to the underlying transaction. They may contain an unconditional promise to pay a fixed amount of money to the holder of the instrument, or an order to a third party to pay the holder of the instrument. Transferable documents, also called documents of title, include transport documents, bills of lading, dock warrants, dock receipts, warehouse receipts, or orders for the delivery of goods, and also any other documents which in the regular course of business or financing are treated as adequately evidencing that the person in possession of it is entitled to receive, hold, and dispose of the document and the goods it covers (subject to any defenses to enforcement of the document)”.

¹¹ Article 7. Legal recognition of an electronic transferable record

1. An electronic transferable record shall not be denied legal effect, validity or enforceability on the sole ground that it is in electronic form.

dyskryminacji użycia środków elektronicznych została powtórzona w ślad za art. 5 *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* i art. 8 §1 *Electronic Communications Convention*. Nie należy jej jednak odczytywać w taki sposób, że przesądza ona sama w sobie o ważności takiego zapisu lub jakiegokolwiek zawartej w nim informacji¹².

Kolejną zasadą zastosowaną w omawianej ustawie wzorcowej jest oparcie jej regulacji na założeniu zapewnienia w środowisku elektronicznym funkcjonalnej ekwiwalentności dla reguł stosowanych przy użyciu dokumentów papierowych. Przystępując do analizy tego zagadnienia zwrócono uwagę, że główne problemy prawne dla elektronicznego transferu praw mogą wynikać z wymogów co do formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności, jak też dowodu umowy o przeniesienie lub ustanowienie prawa¹³. Wszystkie metody transferu, czy ustanowienia prawa na dobrach materialnych i niematerialnych wymagają na wstępie odpowiedniej umowy. Dla jej ważności lub w związku z wymogami postępowań dowodowych może być zastrzeżona dla tej umowy szczególna forma, poczynając od formy pisemnej z podpisami własnoręcznymi stron, które w niektórych systemach mogą być zastąpione stemplem lub środkami mechanicznymi do formy aktu notarialnego. W konsekwencji w środowisku elektronicznym muszą być zapewnione przede wszystkim następujące wymogi prawne:

- zaspokojenie wymogu formy pisemnej i podpisu;
- dowodowa wartość komunikacji elektronicznej;
- oznaczenie miejsca zawarcia umowy.

Sprostanie tym wymogom rozwiązane już zostało w *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* z 1996 r. oraz w *UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures* z 2001 r. Uznano także, że możliwe problemy prawne związane prowadzeniem rejestru zapisów elektronicznych mogą być rozwiązane poprzez legislację implementującą zasady ustanowione przez art. 8–10 *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* odnoszące się do oryginału dokumentu w formie zapisu elektronicznego, mocy dowodowej wiadomości elektronicznej i zasad jej zachowywania¹⁴. Wskazywano w dyskusji, że dla nabycia prawa (własności)

¹² A/CN.9/920 Explanatory Notes to the Model Law on Electronic Transferable, para. 41 i 42.

¹³ A/CN.9/WG.IV/WP.90, para. 28 i n.

¹⁴ Article 8. *Original*.

(1) Where the law requires information to be presented or retained in its original form, that requirement is met by a data message if: (a) there exists a reliable assurance as to the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as a data message or otherwise; and (b) where it is required that information be presented, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be presented.

(2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being presented or retained in its original form.

funkcjonalnym odpowiednikiem przeniesienia posiadania, także w wariacie symbolicznym, nie może być sama wymiana wiadomości elektronicznych, czy zapisów. Także więc, nawet gdy dany system prawny uznaje legalną wartość i skuteczność takich wiadomości i zapisów, potrzebne są dodatkowe regulacje prawne dla stworzenia w środowisku elektronicznym funkcjonalnych odpowiedników przeniesienia posiadania. Jednym z takich rozwiązań może być uznanie symbolicznego posiadania (*constructive possession*) nabywcy lub zabezpieczonego wierzyciela, poprzez zapewnienie im środków do kontroli nad rzeczami. Ten sam efekt mógłby zostać powiązany m.in. z wprowadzeniem umowy o przeniesienie prawa, zawartej między stronami, do rejestru administrowanego przez zaufaną osobę trzecią. Co jednak uznano na wstępie prac za największe wyzwanie nie mające dotąd rozwiązania, to funkcjonalne odpowiedniki w systemie komunikacji elektronicznej, spełniające kryteria zbywalności, obieguowości (*negotiability*)

(3) For the purposes of subparagraph (a) of paragraph (1): (a) the criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and (b) the standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances.

(4) The provisions of this article do not apply to the following: [...].

Article 9. Admissibility and evidential weight of data messages

(1) In any legal proceedings, nothing in the application of the rules of evidence shall apply so as to deny the admissibility of a data message in evidence: (a) on the sole ground that it is a data message; or, (b) if it is the best evidence that the person adducing it could reasonably be expected to obtain, on the grounds that it is not in its original form.

(2) Information in the form of a data message shall be given due evidential weight. In assessing the evidential weight of a data message, regard shall be had to the reliability of the manner in which the data message was generated, stored or communicated, to the reliability of the manner in which the integrity of the information was maintained, to the manner in which its originator was identified, and to any other relevant factor.

Article 10. Retention of data messages

(1) Where the law requires that certain documents, records or information be retained, that requirement is met by retaining data messages, provided that the following conditions are satisfied: (a) the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference; and (b) the data message is retained in the format in which it was generated, sent or received, or in a format which can be demonstrated to represent accurately the information generated, sent or received; and (c) such information, if any, is retained as enables the identification of the origin and destination of a data message and the date and time when it was sent or received.

(2) An obligation to retain documents, records or information in accordance with paragraph (1) does not extend to any information the sole purpose of which is to enable the message to be sent or received.

(3) A person may satisfy the requirement referred to in paragraph (1) by using the services of any other person, provided that the conditions set forth in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) are met.

dokumentu papierowego, skoro są one typowo uwarunkowane fizycznym posiadaniem oryginału dokumentu papierowego¹⁵.

Transfer prawa reprezentowanego przez dokument wymaga fizycznego przekazania tego dokumentu. W obecnym stanie legislacji obiegowość nie może być oddzielona od fizycznego posiadania oryginału papierowego dokumentu. W efekcie dokonanej analizy stwierdzono, że dla zapewnienia obiegowości elektronicznie transmitowanych dokumentów i instrumentów konieczne jest ich generowanie w taki sposób, aby nie było wątpliwości, że dany dokument/instrument istnieje, nie ma w nim żadnych braków, podpis lub jego substytut jest rzeczywisty i on sam spełnia kryteria obiegowości, a ponadto istnieje środek przejęcia kontroli nad takim elektronicznym zapisem, prawnie zrównany z fizycznym posiadaniem dokumentu papierowego. Taki rezultat można by osiągnąć przez system rejestrowy, w którym transakcja byłaby odnotowywana, zarządzany przez centralny organ, lub techniczne urządzenie oparte na kryptografii, zapewniające unikatowość (*singularity*) odnośnych wiadomości zawierających dane. Zarówno system rejestrowy, jak i techniczne urządzenie powinno dostarczać rozsądną gwarancję unikatowości i autentyczności transmitowanych danych.

Ostatecznie w art. 2 ustawy wzorcowej zamieszczono następujące definicje:

“Electronic record” means information generated, communicated, received or stored by electronic means, including, where appropriate, all information logically associated with or otherwise linked together so as to become part of the record, whether generated contemporaneously or not;

“Electronic transferable record” is an electronic record that complies with the requirements of article 10.

Nie znajdujemy tu więc pełnej i wyczerpującej definicji zbywalnego zapisu elektronicznego, lecz odniesienie do wymogów, jakie ma on spełnić, aby sprostać warunkom stawianym w ustawie wzorcowej, określonych w jej art. 10. Z zastosowanego tu rozwiązania wynika, że termin ten oznacza elektroniczny ekwiwalent zbywalnego dokumentu lub instrumentu przewidzianego w prawie wewnętrznym¹⁶. Aby mógł być za taki uznany, musi spełniać standardy wiarygodności i niezawodności określone w MLETR. Zgodnie z art. 10 powinien on: w swojej treści w pełni odpowiadać wymaganym elementom papierowego zbywalnego dokumentu lub instrumentu¹⁷, a ponadto musi zostać zastosowana wiarygodna (niezawodna) metoda dla:

¹⁵ A/CN.9/WG.IV/WP.90, para. 35.

¹⁶ H. D. Gabriel, *op. cit.*, s. 263.

¹⁷ Dodatkowe wymogi związane z jego stosowaniem mogą też wynikać z prawa właściwego dla czynności związanych z obiegiem zapisu, albo też mogą zostać wprowadzone przez zastosowany system elektroniczny.

- ustalenia, że zapis ma charakter zbywalnego elektronicznego zapisu;
- zapewnienia, że ważność i skuteczność zapisu będzie poddana kontroli od chwili jego powstania, do chwili utraty jego prawnej efektywności;
- zapewnienia integralności zbywalnego zapisu elektronicznego¹⁸.

Zastosowana metoda zostanie poddana ocenie z perspektywy wymogów wiarygodności, określonych w art. 12 ustawy wzorcowej.

Treść art. 10 jest efektem debaty nad kryterium „unikatowości”, którego istotą jest zapobieżenie zwielokrotnianiu dokumentów opiewających na tę samą wiarytelność i w efekcie uniknięcie nieuzasadnionej wielokrotności roszczeń¹⁹. Zapewnienie absolutnej unikatowości nie jest jednak możliwe nawet w odniesieniu do dokumentów papierowych. Setki lat praktyki ich stosowania dają dziś jednak stronom możliwość oceny związanego z tym ryzyka. Takich doświadczeń nie ma w obrocie elektronicznym. Art. 10 wyraża dążenie do zapewnienia unikatowości poprzez dwa instrumenty: syngularność i kontrolę. Pierwszy z nich opiera się na wiarygodności identyfikacji zapisu elektronicznego uprawniającego konkretnego posiadacza-wierzyciela. Drugi natomiast to instrument skierowany na użycie wiarygodnej, niezawodnej metody identyfikacji osoby sprawującej kontrolę nad zbywalnym zapisem elektronicznym.

Oba te instrumenty mają na celu zapobieganie nieautoryzowanemu replikowaniu elektronicznych dokumentów lub instrumentów przez sam system.

O wymaganych elementach treści dokumentu/instrumentu, o którego elektroniczny ekwiwalent w danym razie chodzi, przesądza właściwe prawo materialne.

Odmienne niż w innych regulacjach dotyczących handlu elektronicznego, zrezygnowano w MLETR z funkcjonalnego odpowiednika „oryginału” dokumentu papierowego²⁰. Zbywalny zapis elektroniczny nie ma bowiem ze swej natury charakteru statycznego (jak w innych regulacjach), Jego istotą jest przenaszalność,

¹⁸ Article 10. Requirements for the use of an electronic transferable record

1. Where the law requires a transferable document or instrument, that requirement is met by an electronic record if:

(a) The electronic record contains the information that would be required to be contained in a transferable document or instrument; and

(b) A reliable method is used:

(i) To identify that electronic record as the electronic transferable record;

(ii) To render that electronic record capable of being subject to control from its creation until it ceases to have any effect or validity; and

(iii) To retain the integrity of the electronic transferable record.

2. The criterion for assessing integrity shall be whether information contained in the electronic transferable record, including any authorized change that arises from its creation until it ceases to have any effect or validity, has remained complete and unaltered apart from any change which arises in the normal course of communication, storage and display.

¹⁹ A/CN.9/920 Explanatory Notes to the Model Law on Electronic Transferable, para. 61 i n.

²⁰ A/CN.9/920 Explanatory Notes to the Model Law on Electronic Transferable, para. 82.

obieg w stosunkach handlowych. Tym razem położono nacisk na obiektywnie weryfikowalne kryterium „integralności” zapisu elektronicznego, aby był on funkcjonalnym odpowiednikiem wersji papierowej. Stąd, jeśli „oryginał” dokumentu był wymogiem zapobiegającym nieuzasadnionej multiplikacji roszczeń, to ten cel w omawianej regulacji pozwalają osiągnąć zastrzeżone tu uwarunkowania „syngularności” zapisu elektronicznego i „kontroli” nad nim, pozwalające zidentyfikować osobę uprawnioną do żądania spełnienia świadczenia, jak i „przedmiot” kontrolowany”.

Cykl życia zapisu wymaga dokładnego odzwierciedlenia w jego treści wielu zdarzeń, poprzez autoryzowane zmiany zapisu, uzgodnione pomiędzy stronami umowy i dozwolone w ramach działania systemu zarządzającego tym zapisem. Z zakresu weryfikacji wyłączona jest legalność takich zmian, bowiem ta kwestia należy do prawa właściwego. Dla oceny integralności zapisu miarodajne będzie to, czy informacja w nim zawarta wraz z dokonanymi w niej autoryzowanymi zmianami wprowadzonymi od chwili wygenerowania zapisu do chwili utracenia przezeń ważności i prawnej skuteczności, pozostaje kompletna i nienaruszona (nieprzekształcona), nie wliczając w to zmian (natury technicznej), które są dokonywane w normalnym toku komunikacji, gromadzenia i ekspozycji (art. 10 ust. 2).

Funkcjonalnym odpowiednikiem posiadania dokumentu papierowego jest, zgodnie z art. 11 ustawy wzorcowej, kontrola nad zapisem elektronicznym, jeżeli została zastosowana wiarygodna (niezawodna) metoda dla przyznania jej wyłącznie określonej osobie (jako posiadaczowi zapisu) i zidentyfikowania tej osoby²¹. Odpowiednikiem przeniesienia posiadania dokumentu lub instrumentu papierowego będzie przeniesienie prawa do kontroli. Będąc funkcjonalnym odpowiednikiem posiadania, kontrola musi być wyłączna²². Legalność sprawowanej kontroli jest już kwestią prawa materialnego. Postawiony tu wymóg możliwości zidentyfikowania osoby, której sprawowanie kontroli nad zapisem jest przyznane nie oznacza, że w treści samego zapisu musi ona być wskazana. Chodzi o to, by zastosowana metoda, czy system jako taki, pełnił taką funkcję identyfikacyjną. Ponadto nie wiąże się z tym wymogiem obowiązku oznaczenia (nazwania) osoby sprawującej kontrolę, bowiem omawiana ustawa wzorcowa przewiduje, także możliwość sporządzania zbywalnych zapisów elektronicznych na okazicie-

²¹ Article 11. Control

1. Where the law requires the possession of a transferable document or instrument, that requirement is met with respect to an electronic transferable record if a reliable method is used:

(a) To establish exclusive control of that electronic transferable record by a person; and
(b) To identify that person as the person in control.

2. Where the law requires or permits transfer of possession of a transferable document or instrument, that requirement is met with respect to an electronic transferable record through the transfer of control over the electronic transferable record.

²² A/CN.9/920 Explanatory Notes to the Model Law on Electronic Transferable, para. 87 i n.

la, co zakłada anonimowość. Anonimowość dla celów handlowych nie wyłącza identyfikacji osoby sprawującej kontrolę dla innych celów, jak np. wykonanie prawa. Art. 11 stwarza także możliwość „okazania” kontroli nad zapisem, gdy, tak jak w obrocie papierowym, wymaga się okazania dokumentu lub instrumentu. W tym przypadku okazanie może być zrealizowane przez identyfikację osoby sprawującej kontrolę nad zapisem.

Koncepcja kontroli nad zapisem jest centralnym założeniem ustawy wzorcowej, bowiem wskazuje metodę określenia strony, której przysługują prawa ucieleśnione w zbywalnym zapisie elektronicznym.

Jak zauważa H.D. Gabriel²³ koncepcja kontroli przyjęta w ustawie wzorcowej wyraża zasadę sformułowaną w prawie amerykańskim przez art. 7–106 *Uniform Commercial Code*:

A person has control of an electronic document of title (transferable records) if a system employed for evidencing the transfer of interests in the electronic document (transferable records) reliably establishes that person as the person to which the electronic document (transferable record) was issued or transferred.

W jego ocenie w ramach tej koncepcji najbardziej istotne jest odzwierciedlenie w środowisku elektronicznym roli jaką spełnia posiadanie w obrocie papierami wartościowymi, nie zaś znalezienie odpowiednika dla samego faktu posiadania. A jest to właśnie wskazanie osoby uprawnionej, bowiem w jej rękach jest jedyny dokument, który jest podstawą roszczeń. Punkt ciężkości nie leży więc w unikatowości oryginału lecz w zapewnieniu podstaw dla jednego roszczenia dotyczącego świadczenia pieniężnego lub rzeczy, reprezentowanych przez zapis. Cel ten uznał on, pomimo pewnych niedoskonałości MLETR, za osiągnięty²⁴.

W obrocie handlowym niewątpliwie najważniejsze znaczenie mają zbywalne papiery wartościowe wystawiane na zlecenie. Dla przeniesienia praw, które reprezentują wymagane jest dokonanie indosu i wydanie dokumentu do rąk nabywcy. Ustawa wzorcowa w art. 16 przewiduje²⁵, że przesłanka indosu będzie spełniona w środowisku elektronicznym, jeżeli oświadczenie wymagane dla indosu jest włączone do treści zapisu i jest ono zgodne z wymogami przewidzianymi w art. 8

²³ H. D. Gabriel, *op. cit.*, s. 273.

²⁴ H. D. Gabriel, *op. cit.*, s. 275 i 276.

²⁵ *Article 16. Endorsement*

Where the law requires or permits the endorsement in any form of a transferable document or instrument, that requirement is met with respect to an electronic transferable record if the information required for the endorsement is included in the electronic transferable record and that information is compliant with the requirements set forth in articles 8 and 9.

(forma pisemna) i 9 (podpis) ustawy²⁶. Warunki indosu określa właściwe prawo materialne. Mogą one być zróżnicowane w poszczególnych systemach prawnych i ta kwestia pozostaje poza zakresem ustawy wzorcowej, w treści której wyłącznie określono podstawy funkcjonalnego odpowiednika dla pojęcia indosu w odniesieniu do zbywalnych zapisów elektronicznych. Art. 16 wraz z funkcjonalnymi odpowiednikami formy pisemnej, podpisu i transferu, określonymi przez ustawę wzorcową, pozwala na zrealizowanie szczególnych wymogów indosu stawianych przez prawo właściwe. Użycie w tym przepisie określenia „oświadczenie włączone do...” (*included*), pozostawia otwartą kwestię technologicznej metody zastosowanej w ramach danego systemu zarządzającego zapisem, obejmując także sytuacje, gdy treść informacji zawartej w zapisie pozostaje z nim w logicznym związku lub jest z nim inaczej powiązana²⁷.

Rozwiązania ustawy wzorcowej opierają się na założeniu zastosowania wiarygodnej i niezawodnej metody dla: podpisu elektronicznego, zasad używania zbywalnego zapisu elektronicznego, kontroli nad nim, oznaczenia czasu i miejsca sporządzenia tego zapisu, zmian w jego treści, zamiany zapisu elektronicznego na dokument/instrument papierowy i odwrotnie. Odnośne wymogi zawarte w art. 12 stanowią otwartą listę kryteriów, poprzez które zastosowana w danym razie metoda będzie oceniana, zarówno *ex ante*, jak i *ex post*²⁸. Ustawa nie narzuca

²⁶ Article 8. Writing

Where the law requires that information should be in writing, that requirement is met with respect to an electronic transferable record if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

Article 9. Signature

Where the law requires or permits a signature of a person, that requirement is met by an electronic transferable record if a reliable method is used to identify that person and to indicate that person's intention in respect of the information contained in the electronic transferable record.

²⁷ For the purposes of this Law:

“Electronic record” means information generated, communicated, received or stored by electronic means, including, where appropriate, all information logically associated with or otherwise linked together so as to become part of the record, whether generated contemporaneously or not.

²⁸ Article 12. General reliability standard

For the purposes of articles 9, 10, 11, 13, 17, 18, and 19, the method referred to shall be:

(a) As reliable as appropriate for the fulfilment of the function for which the method is being used, in light of all relevant circumstances, which may include:

- (i) Any operational rules relevant to the assessment of reliability;
- (ii) The assurance of data integrity;
- (iii) The ability to prevent unauthorized access to and use of the system;
- (iv) The security of hardware and software;
- (v) The regularity and extent of audit by an independent body;
- (vi) The existence of a declaration by a supervisory body, an accreditation body or a voluntary scheme regarding the reliability of the method;

w tej mierze żadnych rozwiązań, pozostawiając stronom ocenę potencjalnego ryzyka. Zdaniem H.D. Gabriela jest to rozwiązanie słuszne²⁹. Jak podkreśla, zbywalne zapisy elektroniczne reprezentują prawa do sum pieniężnych i rzeczy o dużej wartości. Zaangażowane w transakcję strony nie użyją ich bez oceny ponoszonego ryzyka związanego z zastosowaniem danego systemu elektronicznego. Nikt poza nimi nie uczyni tego lepiej i gdy ryzyko będzie zbyt duże, nie skorzystają z drogi elektronicznej, lub też skorzystają z innego systemu. Zastosowanie zbywalnego zapisu elektronicznego, w miejsce dokumentu lub instrumentu papierowego wymaga zgody stron. Wyrażenie tej zgody może wynikać z faktu, że strony takiego zapisu używają (art. 7 ust. 2 i 3)³⁰.

Obecnie jeszcze nie są stosowane w praktyce systemy implementujące w znaczącym zakresie reguły ustawy wzorcowej, lecz ta regulacja może przyczynić się do ich rozwoju. Po to jednak, by miała ona rzeczywiste znaczenie w obrocie, unormowania na niej oparte muszą zostać wprowadzone do ustawodawstw krajowych. Jest to szczególnie istotne w krajach, w których obowiązuje zasada *numerus clausus* papierów wartościowych³¹. W przeciwnym razie pozostanie aktualną sytuacja, która towarzyszy „konosamentowi” Bolero, opartemu na porozumieniu umownym.

System ten wywodzi się z CMI Rules 1990 *For Electronic Bill of Lading*, w którym zakładano brak powszechności technologii informatycznych i w konsekwencji stosowanie tylko przez ewentualnych zainteresowanych. Stosowanie systemu Bolero rozpoczęto w połowie lat 90. ubiegłego wieku³². Został on stworzony przez konsorcjum przewoźników, handlowców, banków i towarzystw telekomunikacyjnych. Środki na jego sfinansowanie wyłożyła częściowo również Unia Europejska³³. Problem ten wszedł bowiem w obszar jej zainteresowań z uwagi na treść art. 154 Traktatu Rzymskiego (poprzednio 129 b), zgodnie z którym UE ma uczestniczyć w ustanowieniu i rozwoju transeuropejskiej sieci w dziedzinie infrastruktury

(vii) *Any applicable industry standard; or*

(b) *Proven in fact to have fulfilled the function by itself or together with further evidence.*

²⁹ H. D. Gabriel, *op. cit.*, s. 265 i 266.

³⁰ *Article 7. Legal recognition of an electronic transferable record*

2. *Nothing in this Law requires a person to use an electronic transferable record without that person's consent.*

3. *The consent of a person to use an electronic transferable record may be inferred from the person's conduct.*

³¹ MLETR nie zawiera propozycji żadnego sposobu dla obejścia tej zasady, zgodnie z generalnym założeniem, że ta ustawa wzorcowa nie odnosi się do zagadnień z zakresu prawa materialnego – A/CN.9/920 Explanatory Notes to the Model Law on Electronic Transferable, para. 33.

³² M. Dragun-Gertner, *Konosament elektroniczny w transporcie morskim*, Prawo Morskie 2004, t. XX, s. 113 i n.

³³ D. Faber, *Electronic Bill of Lading*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 1996 r., s. 242–243.

transportu, telekomunikacji i energii. System Bolero opiera się na autonomii woli stron. Jego uczestnicy tworzą klub użytkowników (*Bolero Association Ltd.*) na podstawie adhezyjnej umowy, przewidującej stosowanie elektronicznej komunikacji, według reguł wiążących wszystkich członków. Aby móc korzystać z systemu Bolero, trzeba do tej umowy przystąpić. Jeśli osoba spoza uczestników systemu ma otrzymać konosament wystawiony w jego ramach, musi on zostać przekształcony w dokument papierowy³⁴. Osoba uprawniona w ramach systemu Bolero może, przekazując odpowiednie wiadomości elektroniczne do rejestru Bolero, swoje prawa związane z rozporządzaniem ładunkiem i jego odbiorem. Przenoszenie praw z konosamentu na inną osobę (odpowiednik indosu stosowanego w odniesieniu do konosamentu papierowego) wymaga złożenia stosownego oświadczenia w formie wiadomości elektronicznej i przesłania jej do rejestru Bolero, który z kolei prześle ją do wskazanej osoby, a ona po zaakceptowaniu tej wiadomości uzyska status kolejnego posiadacza konosamentu. Prawo dostępu do zapisów rejestru i kontroli nad nimi zastępują posiadanie konosamentu papierowego, a przekazanie tytułu do tej kontroli na rzecz innej osoby zastępuje wydanie konosamentu papierowego. W tym systemie użytkownik ponosi ryzyko skutków nadużyć przy składaniu podpisu elektronicznego przy wysyłaniu wiadomości w jego imieniu. Użytkownicy Bolero akceptują regułę zgodnie z którą, gdy wiadomość z ich podpisem zostanie wysłana to nie będą kwestionować faktu, że są nią związani. Zasady Bolero przewidują także ograniczony zakres odpowiedzialności za niewłaściwe działanie systemu, powodujące szkodę po stronie użytkowników³⁵. Obligacyjny charakter systemu powoduje, że funkcjonuje on jako system zamknięty (tylko pomiędzy podmiotami, które wyraziły taką wolę), a jednocześnie jego skuteczność może zostać zakwestionowana przez prawo właściwe w danym razie dla umowy przewozu ładunku morzem stwierdzonej konosamentem.

Pozostaje też niepewne czy system hasko-visbijski³⁶, dominujący w przewozie ładunków morzem na podstawie konosamentów, może być zastosowany do ich elektronicznych odpowiedników³⁷. Reguły hamburskie³⁸ odniosły się tylko

³⁴ K. M. Siig, *A case study on non-legislative rule making*, (mat. konferencyjne) Oslo 2001, s. 3.

³⁵ Bolero eBL został zweryfikowany i zaakceptowany przez the International Group of P&I Clubs. Kluby P&I P&I będą pokrywały roszczenia odszkodowawcze z tytułu szkód w ładunku przewożonym na podstawie Bolero eBL na tych samych podstawach, jakie są przyjęte przy tradycyjnych konosamentach – *Electronic Bill of Lading for Carriers Frequently Asked Questions (FAQs)*, eBL-FAQs-BOLERO-Oct-2013.pdf%20(1).pdf (dostęp: 5.11.2019).

³⁶ Konwencja brukselska o ujednoczeniu niektórych zasad dotyczących konosamentów, Dz. U. z 1937 r. Nr 33, poz. 258, oraz Protokół brukselski do Konwencji o ujednoczeniu niektórych zasad dotyczących konosamentów, Dz. U. z 1980 r. Nr 14, poz. 48.

³⁷ Szerzej na ten temat: M. Dragun-Gertner, *Dokumenty transportowe i ich znaczenie w Regulacjach Rotterdamskich*, Prawo Morskie 2011, t. XXVII, s. 67–83.

³⁸ Konwencja NZ o przewozie ładunku morzem, 1978 r., www.unctad.org (dostęp: 5.11.2019).

do podpisu elektronicznego na konosamencie (art. 14.3). Reguły rotterdamskie (dalej RR)³⁹, choć zawierają rozbudowaną regulację dotyczącą elektronicznych zapisów transportowych, nie weszły jak dotąd w życie. Sięgano do rozwiązań tej konwencji odnoszących się do zbywalnych elektronicznych zapisów transportowych przy opracowywaniu omawianej ustawy wzorcowej.

W RR zadanie umożliwienia stosowania komunikacji elektronicznej uwzględniono w trzech płaszczyznach:

- po pierwsze: przez wprowadzenie niektórych rozwiązań, w tym zwłaszcza odnoszących się do prawa do kontroli nad ładunkiem, które uznano za pożądane, gdy jakikolwiek dokument elektroniczny zostanie wystawiony;
- po drugie: określając ogólne zasady sporządzania i stosowania dokumentów elektronicznych;
- po trzecie: ustanawiając ramy prawne dla korzystania w obrocie zarówno ze zbywalnych, jak i niezbywalnych elektronicznych zapisów transportowych⁴⁰.

Zdecydowano się na zrównanie konosamentu papierowego i elektronicznego we wszystkich aspektach. W art. 8 (b) stwierdza się, że wystawienie, wyłączna kontrola nad zapisem elektronicznym i jego przeniesienie jest zrównane w skutkach z wystawieniem, posiadaniem i przeniesieniem papierowego dokumentu transportowego. Także i tu nie zdecydowano się na definicję pojęcia zbywalności (*negotiability*). Konwencyjna definicja zbywalnych dokumentów transportowych eliminuje z ich zakresu konosamenty imienne (*straight b/l*)⁴¹. Nie zdołano też określić wymogów „przedstawienia” zapisu elektronicznego. Stwierdzono ponadto, że nie stosuje się takich wymogów w praktyce⁴². Z tego też powodu, przy zbywalnych zapisach elektronicznych nie mówi się o ich przedstawieniu przy odbiorze, lecz o wykazaniu, że jest się ich legitymowanym posiadaczem, zgodnie z art. 9 ust. 1 konwencji (art. 47 ust. 1(ii))⁴³. W tym artykule określono

³⁹ Konwencja NZ o przewozie ładunku morzem na całej trasie lub na jej części, 2009 r. www.uncitral.org (dostęp: 5.11.2019)

⁴⁰ A. Diamond QC, *The Rotterdam Rules*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, Nr 4 (November) 2009, s. 499.

⁴¹ Art.1 ust. 15. “Negotiable transport document” means a transport document that indicates, by wording such as “to order” or “negotiable” or other appropriate wording recognized as having the same effect by the law applicable to the document, that the goods have been consigned to the order of the shipper, to the order of the consignee, or to bearer, and is not explicitly stated as being “nonnegotiable” or “not negotiable”.

⁴² A/CN.9/645, para. 157.

⁴³ 1. When a negotiable transport document or a negotiable electronic transport record has been issued:

(a) The holder of the negotiable transport document or negotiable electronic transport record is entitled to claim delivery of the goods from the carrier after they have arrived at the place of des-

formalne, proceduralne wymogi zbywalnego elektronicznego zapisu transportowego. Procedury te, to w istocie umowa określająca, jak strony będą realizowały ich e-business⁴⁴.

W art. 9 §1 RR wymaga się, aby w tej umowie określono zasady:

- a) dotyczące sporządzenia i przeniesienia zapisu na następnego wskazanego legitymowanego posiadacza,
- b) dotyczące sposobu, w który legitymowany posiadacz może udokumentować swoje prawa,
- c) zapewniające zachowanie integralności elektronicznego zapisu transportowego,
- d) określające sposób dostarczenia potwierdzenia, że ładunek wydano legitymowanemu posiadaczowi, albo, że zgodnie z wymogami konwencji, zapis ten utracił swoją ważność i skuteczność⁴⁵.

Zdawano sobie sprawę, że są to fundamentalne zasady dla uczynienia zapisu elektronicznego zbywalnym, tj. uznania go za funkcjonalny odpowiednik zbywalnego konosamentu. W samej konwencji nie zdecydowano się jednak na określenie takich reguł. Postanowienia konwencji w tym względzie mają charakter bardzo ogólny.

W omawianej ustawie wzorcowej utrzymano to samo założenie, zakładając jednak, że tak dla konosamentów, jak i innych zbywalnych dokumentów lub instrumentów przyjmujących postać zapisów elektronicznych zostanie stworzony system o charakterze otwartym. Jest to jednak zadanie wymagające dużych nakładów finansowych, toteż wymaga szerokiego poparcia po stronie przyszłych

tionation, in which event the carrier shall deliver the goods at the time and location referred to in article 43 to the holder:

- (i) Upon surrender of the negotiable transport document and, if the holder is one of the persons referred to in article 1, subparagraph 10 (a) (i), upon the holder properly identifying itself; or*
- (ii) Upon demonstration by the holder, in accordance with the procedures referred to in article 9, paragraph 1, that it is the holder of the negotiable electronic transport record.*

⁴⁴ G. J. van der Ziel, *The UNCITRAL/CMI Draft for a new convention relating to the Contract of Carriage by sea*, *Transportrecht*, Heft 7/8/ 2002, s. 267.

⁴⁵ Article 9. *Procedures for use of negotiable electronic transport records*

1. *The use of a negotiable electronic transport record shall be subject to procedures that provide for:*
 - (a) The method for the issuance and the transfer of that record to an intended holder;*
 - (b) An assurance that the negotiable electronic transport record retains its integrity;*
 - (c) The manner in which the holder is able to demonstrate that it is the holder; and*
 - (d) The manner of providing confirmation that delivery to the holder has been effected, or that, pursuant to articles 10, paragraph 2, or 47, subparagraphs 1 (a) (ii) and (c), the electronic transport record has ceased to have any effect or validity.*
2. *The procedures in paragraph 1 of this article shall be referred to in the contract particulars and be readily ascertainable.*

użytkowników, uczestników obrotu. Ich zaangażowanie jest jednak uzależnione od oceny korzyści, jakie przyniesie im zastosowanie tych nowych technologicznie rozwiązań⁴⁶. Od tego też zależy przyszłość recypowania MLETR do ustawodawstwa wewnętrznego⁴⁷.

UNCITRAL MODEL LAW ON ELECTRONIC TRANSFERABLE RECORDS AND ITS IMPORTANCE IN THE CARRIAGE OF GOODS BY SEA

Keywords: UNCITRAL, Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR), Electronic Bill of Lading.

Abstract

The concept of control over electronic transferable records is the central premise of the UNCITRAL Model Law on Transferable Electronic Records. It indicates the method of determining the party who has the rights embodied in the negotiable electronic record. The purpose of this article is to present the most important issues related to documents and instruments that have a circular function in international maritime trade, and the intention to create a legal framework for them when they take the form of electronic records.

⁴⁶ H. D. Gabriel, *op. cit.*, s. 280.

⁴⁷ Jak dotąd w 2018 r. uczyniono to jedynie w Królestwie Bahrainu, https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records/status (dostęp: 5.11.2019).