

مفهوم محل تجارت در عهدنامه ارتباطات الکترونیکی آنسیترال

علی رضائی

عضو هیات علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز
a-rezaei@shirazu.ac.ir





پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی

چکیده

یکی از معیارهای رایج اعمال عهدنامه‌های بین‌المللی وقوع محل تجارت در کشور عضو عهدنامه است. عهدنامه ارتباطات الکترونیکی آنسیترال که آخرین سند مدون در زمینه تجارت الکترونیکی به شمار می‌رود بدون آنکه از محل تجارت تعریفی ارائه نماید وقوع محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف را بدون ضرورت عضویت آن کشور در عهدنامه به عنوان معیار قابلیت اعمال مقررات خود انتخاب کرده است. محل تجارت که به مکانی اطلاق می‌گردد که شخص در آنجا مبادرت به انجام فعالیت دائمی می‌نماید عموماً توسط طرفین انتخاب می‌گردد. در صورت عدم تعیین و یا انتخاب مکان‌های متعدد، مکانی که نزدیکترین ارتباط با قرارداد دارد، به عنوان محل تجارت شناخته می‌شود. مهمترین مسأله‌ای که در این خصوص مطرح می‌شود آن است که در تجارت الکترونیکی که تصور محل تجارت ثابت و فیزیکی ممکن نیست و معاملات در فضای مجازی و نه داخل در قلمرو سرزمینی مشخص واقع می‌شوند، شناسایی این محل با دشواری‌های خاصی روبرو است. لذا مفهوم مکان دائمی یا محل تجارت باید در پرتو محل این فناوری‌های جدید که می‌تواند به شکل سرور و یا پایگاه داده (وب سایت) باشد تفسیر گردد.

مقدمه

فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات و الکترونیکی شدن، تنها صنعت، اقتصاد و تجارت را تحت تأثیر خویش قرار نداد، بلکه حقوق هم از این تغییر و تحولات بی‌بهره نبود. به فراخور این تغییرات بنیادین، حقوقدانان نیز همانند متخصصین سایر رشته‌ها برای هماهنگی با این فن‌آوری و عقب نماندن از آن باید به ارائه ضوابط، اصول و قواعد حقوقی جهت پیشگیری و یا حل و فصل اختلافات ناشی از این تغییرات می‌پرداختند. تدوین عهدنامه سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی [۱] یکی از اقداماتی است که در این راستا صورت پذیرفته است.

این عهدنامه که مشتمل بر اصول و قواعد متعددی در زمینه حقوق تجارت الکترونیکی و به ویژه قراردادهای الکترونیکی است، توسط کارگروه تجارت الکترونیکی آنسیترال تدوین و توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد مورد پذیرش قرار گرفته است. این سند، هر چند نخستین تجربه آنسیترال در باب وضع مقررات متحدالشکل و قابل پذیرش در سطح بین‌المللی به شمار نمی‌آید اما حداقل در زمینه تجارت الکترونیکی، بهترین ثمره سال‌ها تلاش، مطالعه و پژوهش می‌باشد که می‌توان در عرصه داخلی و بین‌المللی از آن بهره گرفت. از آنجا که شرط قابلیت اعمال عهدنامه بر ارتباطات یا قراردادهایی که از طریق وسایل الکترونیکی منعقد می‌شوند آن است که محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف قرار گرفته باشد. نظر به اینکه این عهدنامه و دیگر اسناد بین‌المللی تعریفی از محل تجارت ارائه نمی‌نمایند همین امر می‌تواند موجب بروز تفاسیر و آرای مختلف گردیده و قابلیت اعمال عهدنامه را با مشکل جدی مواجه نماید. موضوعی که می‌تواند با فلسفه وضع و تدوین عهدنامه‌های بین‌المللی که همانا یکسان‌سازی و متحدالشکل کردن قواعد و مقررات است در تعارض باشد. به همین جهت در این مقاله تلاش می‌شود تا مفهوم محل تجارت که از معیارهای مهم قابلیت اعمال در اکثر عهدنامه‌های بین‌المللی است تبیین شده و زوایای مختلف آن روشن گردد.

همچنین اهمیت این موضوع از آن جهت دو چندان می‌شود که در محیط مجازی و از جمله تجارت الکترونیکی، مفهوم محل تجارت با پیچیدگی‌ها و بعضاً ابهاماتی روبرو می‌شود به ویژه اگر معیار مورد پذیرش، لزوم ثابت بودن و غیرقابل تغییر بودن مکان تجارت باشد به این معنی که شخص باید در یک مکان و محل ثابت به تجارت اشتغال داشته باشد. حال با توجه به اینکه تغییر و عدم ثبات از لوازم ضروری تجارت در محیط الکترونیکی است چگونه می‌توان بین این ضرورت و معیار قابل پذیرش اعمال عهدنامه بر ارتباطات و قراردادهای الکترونیکی جمع نمود؟ آیا اساساً امکان تحقق محل تجارت ثابت وجود دارد و اگر پاسخ مثبت است، به چه جایی اطلاق می‌گردد.

هرچند در زمینه تجارت الکترونیکی و قراردادهای الکترونیکی پژوهش‌های متعددی صورت پذیرفته است، اما تبیین مفهوم محل تجارت و معیارهای قابل اعمال جهت شناسایی این محل در فضای مجازی به عنوان موضوعی مستقل مورد توجه قرار نگرفته است. برای مثال، دکتر مصطفی‌السان در کتاب «حقوق تجارت الکترونیکی» خود تلاش کرده به آثار ناشی از این مفهوم از جمله شناسایی اقامتگاه برای تشخیص دادگاه صالح توجه نماید؛ حال آنکه به نظر می‌رسد شناسایی اقامتگاه نیز وابسته به محل تجارت است. خانم سحر کریمی در کتاب خود با عنوان «کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی» نیز طی مباحثی، در ضمن بحث قلمرو کنوانسیون، به این موضوع پرداخته و مواد کنوانسیون راجع به این مساله را تبیین نموده است. این پژوهش از آن جهت که در خلال مباحث مربوط به محل تجارت در عهدنامه، به دنبال ارائه معیاری جهت تعیین محل تجارت در تجارت الکترونیکی است حاوی نوآوری می‌باشد.

۱. محل تجارت، قاعده راجع به قلمرو اعمال

بند یک ماده یک عهدنامه ارتباطات الکترونیکی آنسیترال، تحت عنوان «قلمرو شمول» که معیاری اساسی جهت قابلیت اعمال نسبت به معاملات تجاری ارائه داده، اظهار می‌دارد:

«این عهدنامه بر استفاده از ارتباطات الکترونیکی در خصوص تشکیل یا اجرای قرارداد، میان اشخاصی که محل تجارت آن‌ها، در کشورهای مختلفی قرار دارد، اعمال می‌شود...» [۲].

بنابراین ماده یک عهدنامه ۲۰۰۵، مبنای بین‌المللی بودن رابطه طرفین را قرار داشتن محل تجارت آن‌ها در دو کشور متفاوت می‌داند. ماده مذکور از آن جهت که «محل تجارت» را مبنا قرار می‌دهد، به ماده یک عهدنامه بیع بین‌المللی کالا (سی.‌آی.‌اس.‌جی) [۳] شباهت دارد و در بندهای بعدی نیز بدون اینکه درصد گریز از عهدنامه مذکور برآید مکمل آن بوده است. البته عهدنامه بیع بین‌المللی کالا الزام دیگری را اضافه کرده و آن اینکه محل تجارت طرفین باید در کشورهای متعاقد بوده یا قواعد تعارض قوانین، منجر به اعمال قانون یکی از کشورهای عضو به عنوان قانون حاکم گردد.

قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز در ماده یک، بدون ارائه معیاری جهت قلمرو شمول خود، ذیل ماده یک که تنها به ارائه هدفی ناقص از قانون پرداخته، در زیر عنوان «قلمرو شمول قانون»!! مقرر داشته است: «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود».

در آخرین پیش‌نویس عهدنامه ۲۰۰۵، که در جریان تصویب از نسخه نهایی عهدنامه حذف گردید، بخش دوم قاعده راجع به قلمرو شمول مقرر می‌داشت که الف) «کشوری» که محل تجارت طرفین در آن قرار دارد، عضو عهدنامه ۲۰۰۵ باشد؛ یا ب) قواعد تعارض قوانین که توسط مرجع رسیدگی اعمال می‌شود، عهدنامه ۲۰۰۵ را به عنوان قانون حاکم انتخاب کند؛ یا ج) طرفین معامله توافق کنند که عهدنامه ۲۰۰۵ قانون حاکم باشد [۴]. این قاعده در بندهای الف و ب ماده ۱ عهدنامه (سی.‌آی.‌اس.‌جی)، به عنوان قلمرو شمول عهدنامه پذیرفته شده است، با این تفاوت که عهدنامه ۲۰۰۵، بند ج، یعنی موردی که طرفین توافق نمایند که عهدنامه ۲۰۰۵ به عنوان قانون حاکم باشد را از عهدنامه (سی.‌آی.‌اس.‌جی) اضافه داشت.

علیرغم بیان عام بند یک ماده یک، «نظر غالب» در کمیسیون آنسیترال آن بود که «عهدنامه تنها زمانی اعمال می‌شود که قوانین کشورهای عضو نسبت به معامله اصلی اعمال شود» [۵]. این اعمال تنها به دلیل آن نیست که مرجع رسیدگی به اختلاف، میان طرفین خارجی در کشوری قرار دارد که عهدنامه را تصویب کرده، بلکه همچنین ناشی از آن است که قوانین کشورهای متعاقد که به موجب تعارض قوانین مقرر شده‌اند و توسط مرجع رسیدگی به اختلاف، تجزیه و تحلیل می‌گردند اعمال می‌شود [۶].

به دلیل قلمرو عام ماده یک عهدنامه، در مذاکرات کارگروه نگرانی‌هایی در خصوص شرایط مربوط به قلمرو اعمال عهدنامه ۲۰۰۵، احتمال اختلاف تفاسیر و محدودیت‌های ناظر بر قابلیت اعمال به خاطر حق شرط‌ها و اعلامیه‌های دول عضو ابراز شده است [۷].

اما در مقایسه با عهدنامه بیع بین‌المللی کالا [۸]، هدف عهدنامه ۲۰۰۵، مبنی بر حداکثر پذیرش بین‌المللی از طریق قابلیت انعطاف شرایط آن بود که با هدف ترویج یکنواختی قانون و قابلیت پیش‌بینی آن برابر باشد [۹]. در نهایت، کارگروه موافقت نمود که «به عنوان یک اصل اولی (علی‌الاصول)، عهدنامه دارای قلمرو شمول گسترده باشد، اگرچه دولت‌هایی که تمایل ندارند که قلمرو وسیع عهدنامه را بپذیرند مجاز هستند اعلامیه‌هایی مبنی بر تحدید قلمرو عهدنامه صادر نمایند» [۱۰]. بنابراین ماده یک عهدنامه ۲۰۰۵، قاعده قابلیت اعمال گسترده‌ای را ارائه نموده است [۱۱]. بر خلاف عهدنامه (سی.‌آی.‌اس.‌جی)، عهدنامه ۲۰۰۵ مقرر نمی‌دارد که محل تجارت طرفین معامله باید در کشورهای متعاقد قرار داشته باشد. همچنین الزام نمی‌دارد که دادگاه یا مرجع رسیدگی باید از طریق بررسی تعارض قوانین عهدنامه ۲۰۰۵ را به عنوان قانون حاکم انتخاب نماید [۱۲].

همچنین به منظور شمول عهدنامه بر مذاکراتی که منجر به انعقاد قرارداد نمی‌گردد پیشنهاد گردید که اصطلاحات «مذاکرات» [۱۳] و «انعقاد» [۱۴]، هر دو باید در بند یک ماده یک آورده شوند. در مقابل، برخی دیگر چنین استدلال می‌کردند که تشکیل قرارداد از جمله مرحله مذاکره را در بر می‌گیرد. اما در نهایت کارگروه چنین تصمیم گرفت که واژه «تشکیل» کافی است؛ چرا که تمامی مراحل انعقاد قرارداد از قبیل مرحله مذاکرات و همچنین دعوت به معامله را پوشش می‌دهد [۱۵].

۲. مفهوم محل تجارت

همانگونه که قبلاً اشاره شد، عهدنامه ۲۰۰۵ آنسیترال، معیار قابلیت اعمال خود را وقوع محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف دانسته است. سوالی که در این زمینه مطرح می‌شود آن است که محل تجارت به چه مکانی اطلاق می‌گردد؟ آیا هر مکانی که شخص مبادرت به داد و ستد و انجام معامله با دیگری می‌نماید مکان تجارت تلقی می‌شود؟ یا اینکه عهدنامه برای مفهوم این اصطلاح، معیار و ضابطه‌ای ارائه نموده است؟

محل تجارت، برگردان اصطلاح انگلیسی *Place of Business* است که در اکثر قوانین نمونه و عهدنامه‌های بین‌المللی، به عنوان معیار قلمرو شمول پیش‌بینی شده است. اما در هیچکدام از این اسناد، تعریفی از محل تجارت به عمل نیامده است. برای مثال، عهدنامه بیع بین‌المللی کالا، هرچند از عبارت «محل تجارت» استفاده کرده اما تعریفی از آن ارائه نمی‌نماید.

شایان ذکر است که این اصطلاح، هم برای احراز بین‌المللی بودن قرارداد و هم در تعیین مکان ارسال و دریافت داده‌پیام به کار می‌رود. در پیش‌نویس عهدنامه، دو تعریف برای محل تجارت ارائه شد: تعریف اول آنکه: به «هر کجا که شخص مبادرت به انجام فعالیت دائمی به وسیله انسان، کالا و یا خدمات می‌نماید» محل تجارت گفته می‌شود. و تعریف دوم آنکه، «به مکان ثابتی که شخص یک فعالیت اقتصادی را برای مدت نامعلومی دنبال می‌کند» محل تجارت اطلاق می‌شود [۱۶].

دقت در گزارش کارگروه حاکی از آن است که اعضا بر سر تعیین مفهوم این اصطلاح، دچار اختلافات شدیدی بوده‌اند. گروهی معتقد بودند که عهدنامه نباید از محل تجارت تعریفی ارائه دهد و تعریف آن را باید به قانونگذار ملی ارجاع داده تا بر اساس معیارها، ضوابط و قواعد حاکم بر نظام حقوقی خویش محل تجارت را مشخص نماید. اما در مقابل گروهی دیگر که نظر غالب کمیسیون آنسیترال نیز در واقع همین بوده است چنین استدلال می‌کردند، از آنجا که این مفهوم در قلمرو شمول عهدنامه دارای نقش اساسی بوده لذا واگذار نمودن تعریف آن به قانونگذاران ملی موجب تشتت آرا و رویه خواهد گردید، امری که اعمال عهدنامه را در سطح بین‌المللی با مشکلات جدی روبرو نموده و فلسفه‌ی وضع آن که همانا متحدالشکل کردن قوانین و رویه‌های تجارت الکترونیکی است را مخدوش می‌نماید. به همین دلیل در نسخه نهایی عهدنامه و در بند (ح) ماده چهار، ذیل قسمت تعاریف، محل تجارت به «هر مکانی که شخص بنگاه دائمی برای فعالیت اقتصادی تأسیس می‌کند و شامل مکان تهیه موقت کالا یا خدمات خارج از یک محل معین نمی‌شود» [۱۷] تعریف شده است [۱۸].

همچنین به منظور دستیابی به اجماع در خصوص موضوع چنین پیشنهاد گردید که اصطلاح «هر مکانی» [۱۹] به جای «مکان مشخصی» [۲۰] و «مکان دائمی» [۲۱] جایگزین «مکان ثابت» [۲۲] گردد. که این پیشنهاد مورد پذیرش قرار گرفته و در نسخه نهایی عهدنامه اعمال گردید.

علاوه بر آن، چنین نظر داده شده، که محل تجارت تنها به مکان اصلی تجارت، قلمداد نشده بلکه دیگر مکان‌های غیراصلی، مانند شعبه یا نمایندگی شخص نیز محل تجارت وی محسوب می‌شود. اما صرف وجود محل تجارت یک نماینده که اختیار انعقاد قرارداد را دارد، محل تجارت تلقی نشده، بلکه اصیل و شخص ثالث باید در کشورهای مختلف، دارای محل تجارت باشند [۲۳].

بند دو ماده یک عهدنامه ۲۰۰۵، یک قاعده «دلیل شفاهی» [۲۴] ارائه می‌دهد که به موجب آن، این فرض که محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف قرار دارد، در صورتی که خود قرارداد متضمن آن نباشد کنار گذاشته خواهد شد. اما این قاعده دو استثنای مهم دارد. نخست آنکه در صورتی که از «تعاملات صورت گرفته میان طرفین» این امر برداشت شود، دلیل شفاهی محقق می‌شود. دوم آنکه در صورتی که از «اطلاعاتی که قبل یا به هنگام انعقاد قرارداد توسط طرفین ابراز شده» این امر (وقوع محل تجارت در کشور مختلف) برداشت شود، اعمال ادله شفاهی مجاز است.

بنابراین از نظر عهدنامه، اختلاف محل تجارت طرفین، هنگامی منشأ اثر و ملاک عمل است که برآمده از متن قرارداد یا معاملات قبلی طرفین یا اطلاعاتی باشد که آنان در زمان قرارداد یا پیش از آن داده‌اند. بند دو ماده عهدنامه ۲۰۰۵ که عیناً تکرار بند دو ماده یک عهدنامه (سی.آی.اس.جی.)، و بند ۲۰۲ - ۲ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (یو.سی.سی.سی) [۲۵] می‌باشد، در این خصوص مقرر می‌دارد:

« این فرض که طرفین قرارداد در کشورهای مختلف دارای محل تجارت هستند، در هر زمان که از قرارداد یا معاملات صورت گرفته میان طرفین یا اطلاعاتی که قبل یا به هنگام انعقاد قرارداد توسط ایشان ابراز شده، قابل استنباط نباشد، کنار گذاشته خواهد شد» [۲۶].

بنابراین وقوع محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف که نه از متن قرارداد به دست می‌آید، نه از معاملات و مذاکرات قبلی طرفین و نه از اطلاعاتی که آنان در زمان انعقاد قرارداد یا پیش از آن، ارائه کرده‌اند، به آن ترتیب اثر داده نشده و چنین قراردادی تابع عهدنامه نخواهد بود. بند سه ماده یک عهدنامه ۲۰۰۵ نیز که مشابه بند سه ماده یک عهدنامه (سی.آی.اس.جی) می‌باشد، مرجع رسیدگی‌کننده را از بررسی تابعیت طرفین معامله یا وصف (مدنی یا تجاری) طرفین و یا قرارداد در تعیین این امر که آیا مقررات عهدنامه ۲۰۰۵ بر معامله مورد نظر حاکم است یا خیر باز می‌دارد [۲۷].

بند یک ماده شش عهدنامه، یک «اماره قابل رد» [۲۸] پیش‌بینی کرده که به موجب آن:

« از نظر این عهدنامه، چنین فرض می‌شود که محل تجارت شخص، مکانی است که توسط او تعیین شده است؛ مگر اینکه طرف دیگر اثبات کند که شخص معرفی‌کننده نشانی، در آنجا محل تجارت ندارد» [۲۹].

بر طبق این بند، مکانی که توسط یکی از طرفین به عنوان محل تجارت معرفی شده، اماره بر این است که محل تجارت وی می‌باشد؛ البته طرف دیگر می‌تواند با اثبات این امر که مکان تعیین شده، محل تجارت وی نمی‌باشد، این اماره را از اعتبار بپندارد [۳۰].

نکته دیگری که باید مورد توجه قرار گیرد آنکه عهدنامه الزام نمی‌دارد که طرفین باید محل تجارت خویش را ابراز نمایند. همچنین در صورتی که یکی از طرفین محل تجارت خویش را تعیین نموده ولی بعداً ثابت شود که مکان تعیین شده، محل تجارت واقعی وی نمی‌باشد تعیین تکلیف نشده است. به بیان دیگر، عهدنامه راجع به آثار حقوقی اظهار غلط یا نادرست که توسط یکی از طرفین مطرح شده، مقرره‌ای ندارد. بررسی مذاکرات کارگروه بر این امر دلالت دارد که اعضا، به هنگام تدوین ماده شش به این مسأله توجه داشته و در رابطه با بیان ضمانت اجرای حقوقی اظهار نادرست و یا عدم بیان آن در عهدنامه اختلاف نظر داشته‌اند. عده‌ای معتقد بودند که بهتر است این موضوع به قانون قابل اعمال ارجاع داده شود. اما در مقابل عده‌ای دیگر، بر ضرورت ذکر آن در عهدنامه تأکید نموده‌اند. در نهایت کارگروه چنین تصمیم گرفت که از پیش‌بینی آن در عهدنامه خودداری نماید [۳۱]. اما در ماده هفت عهدنامه مقرر گردید که اگر قانون خاصی که بر روابط معاملاتی طرفین حاکم

است، خلاف این را مقرر بدارد، یعنی طرفین را ملزم به تعیین محل کسب نموده و یا ضمانت اجرای اظهار نادرست را بیان کند، این عهدنامه تأثیری بر آن قانون و یا قاعده نداشته و آن قانون آثار خاص خود را بر جای خواهد گذاشت. ماده هفت عهدنامه، تحت عنوان «الزامات اطلاعاتی» [۳۲] اظهار می‌دارد:

«هیچ ماده‌ای در این عهدنامه بر اعمال هر قاعده حقوقی که طرفین را ملزم می‌نماید تا هویت، محل تجارت یا دیگر اطلاعات خویش را ابراز داشته و یا آنها را از آثار حقوقی اظهارات نادرست، ناقص یا خلاف واقع در آن زمینه معاف می‌کند، اثری نخواهد داشت» [۳۳]. بنابراین با وجود اینکه عهدنامه الزام خاصی راجع به تعیین محل کسب توسط طرفین اعلام نمی‌دارد لیکن الزامات مربوط به اطلاعات که توسط قواعد حقوقی دیگر تعیین می‌شود را محترم می‌شمارد. برای مثال، قانون تجارت الکترونیکی ایران در برخی موارد ارائه اطلاعاتی راجع به تأمین‌کننده از جمله نشانی وی را ضروری دانسته است. ماده ۳۳ این قانون، فروشندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات را ملزم نموده تا اطلاعات موثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان جهت خرید و یا قبول شرایط را از زمان مناسبی قبل از عقد در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند و در بند ب همین ماده، هویت تأمین‌کننده، نام تجاری که تحت آن نام به فعالیت مشغول می‌باشد و همچنین نشانی وی را در شمار حداقل اطلاعات لازم به حساب آورده است [۳۴].

علاوه بر آن، بندهای چهار و پنج ماده شش، قواعدی را در خصوص فرض‌هایی که توسط طرفین به منظور تعیین محل تجارت، ایجاد شده و اثر مکان تجهیزات، فن‌آوری سیستم اطلاعاتی، نام یک دامنه و آدرس‌های پست الکترونیکی مقرر داشته است. به موجب بند (چهار) ماده شش:

«یک مکان، محل تجارت محسوب نمی‌شود، صرفاً به دلیل آنکه:

الف) محل تجهیزات و فن‌آوری مورد نیاز برای سیستم اطلاعاتی است و توسط شخص در ارتباط با تشکیل قرارداد، مورد استفاده قرار می‌گیرد، در آن مکان واقع شده یا

ب) جایی که سیستم اطلاعاتی برای اشخاص دیگر نیز در دسترس می‌باشد» [۳۵].

و بر اساس بند (پنج) ماده شش:

«تنها این واقعیت که شخص از نام یک دامنه یا آدرس پست الکترونیکی که به کشور مشخصی مربوط است، استفاده می‌کند، نمی‌تواند اماره‌ای بر این باشد که محل تجارت او در آن کشور قرار دارد» [۳۶].

اساساً بندهای چهار و پنج ماده شش، بیانگر این واقعیت می‌باشند که صرف وقوع تجهیزات الکترونیکی و یا استفاده از نام دامنه [۳۷] و یا آدرس پست الکترونیکی کشور خاصی دلالت بر وقوع محل تجارت در کشوری که نام دامنه و یا آدرس پست الکترونیکی متعلق به آن می‌باشد نیست. این امر تصدیق این واقعیت است که ساختار فنی و استفاده از نام دامنه و یا آدرس پست الکترونیکی خاصی، معیاری قابل اعتماد مبنی بر داشتن ارتباط با آن کشور خاص به شمار نمی‌آید. با این وجود، این بندها، دادگاه و یا نهاد داور را از پذیرش نام دامنه یا پست الکترونیکی به عنوان عواملی مرتبط برای تشخیص مکان تجارت طرفین باز نمی‌دارد [۳۸]. در گفتار پنجم به این موضوع پرداخته خواهد شد.

۳. عدم تعیین، تعدد یا فقدان محل تجارت

بندهای دو و سه ماده شش عهدنامه ۲۰۰۵، تقریباً تکرار دو قاعده مندرج در ماده ۱۰ عهدنامه ۱۹۸۰ وین، در خصوص محل‌های تجارت متعدد و محل سکونت معمولی به عنوان محل تجارت می‌باشد. عهدنامه بین‌حالتی که یکی از طرفین، محل تجارت خویش را تعیین ننماید و یا بیش از یک محل تجارت تعیین کند، تفاوتی قائل نشده است. بند سه نیز تکلیف موردی که شخص حقیقی فاقد محل تجارت باشد را تعیین کرده است. به موجب بند دو ماده شش:

«اگر یکی از طرفین محل تجارت خویش را تعیین نکند و یا بیش از یک محل تعیین نماید، از نظر این عهدنامه، مکانی که نزدیکترین

ارتباط را با همان قرارداد دارد، به عنوان محل تجارت شناخته می‌شود؛ البته با توجه به شرایط و اوضاع و احوالی که طرفین، قبل یا همزمان با انعقاد قرارداد در نظر داشته‌اند» [۳۹].

این قاعده در قانون متحدالشکل بیع بین الملل و قانون متحدالشکل انعقاد بیع بین المللی سابقه‌ای ندارد. اما مقرره‌ی قابل قیاس با آن را می‌توان در عهدنامه ۱۹۷۴ راجع به مرور زمان پیدا کرد. ماده ۲ (ج) آن عهدنامه مقرر می‌دارد:

«هنگامی که یکی از طرفین قرارداد در بیش از یک کشور محل تجارت داشته باشد، محل تجارت او جایی است که با در نظر گرفتن اوضاع و احوالی که در زمان انعقاد قرارداد بر طرفین معلوم بوده، یا ملحوظ نظر آنها قرار گرفته است نزدیک‌ترین رابطه را با قرارداد و اجرای آن دارد» [۴۰].

ماده (۲) ۷، ۱۰۱، اصول حقوق قرارداد اروپایی [۴۱] نیز در مواردی که محل تجارت طرفین متعدد باشد، از این معیار استفاده کرده است. معیاری که برای تعیین محل تجارت وضع گردیده، محلی است که «نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد». از آنجا که ممکن است در اعمال این معیار، ابهام حاصل شود، عهدنامه الزام دیگری را اضافه نموده و آن، اینکه این قاعده «با توجه به شرایط و اوضاع و احوالی که طرفین، قبل یا همزمان با انعقاد قرارداد در نظر داشته‌اند» به کار گرفته می‌شود. یکی از تفاوت‌هایی که میان عهدنامه ۲۰۰۵ با عهدنامه (سی.آی.اس.جی) وجود دارد، عبارت «نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد و اجرای آن» است که بر خلاف عهدنامه (سی.آی.اس.جی)، عهدنامه ۲۰۰۵، فاقد اصطلاح «اجرا» است و تنها، نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد مورد توجه قرار داده است. بررسی گزارش کارگروه، حاکی از آن است که حذف این عبارت از عهدنامه ۲۰۰۵، تعمداً و با توجه به دلیل زیر بوده است که:

«تجربه عهدنامه بیع بین المللی کالا، نشان داده که در مواردی که محل انعقاد قرارداد متفاوت از محل اجرای آن است، اعمال ماده ده عهدنامه وین، با تعارض تفاسیر و آرا روبرو شده است [۴۲]. به همین خاطر برای جلوگیری از بروز اختلاف و تشتت آرا، پیشنهاد شد تا این عبارت از عهدنامه ۲۰۰۵، حذف گردد» [۴۳].

معیار نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد، در بحث قانون حاکم بر تعهدات قراردادی نیز مطرح شده که به دلیل ارتباط آن با بحث حاضر به طور گذرا به آن اشاره‌ای خواهد شد. سیستم‌های حقوقی ملی و عهدنامه‌های بین المللی، راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در صورت عدم تعیین قانون حاکم بر قرارداد به صورت صریح یا ضمنی توسط طرفین، یکی از این دو راه را برگزیده‌اند: یا به طریق غیرقابل انعطافی، خود مبادرت به تعیین قانون حاکم نموده‌اند. مثلاً قانون محل انعقاد قرارداد یا قانون کشور محل اقامت فروشنده را حاکم بر قرارداد، قرار داده‌اند یا به طریق انعطاف‌پذیری به عهده دادگاه گذاشته‌اند تا قانون کشوری که قرارداد با آن نزدیک‌ترین ارتباط را دارد، یافته و بر قرارداد اعمال نماید. در حالت اخیر نیز سیستم‌های حقوقی دوگانه عمل نموده‌اند، پاره‌ای از کشورها برای یافتن قانون نزدیک‌ترین ارتباط، اماره‌های را مشخص کرده‌اند؛ که این روش خود به طور قابل ملاحظه‌ای از انعطاف‌پذیری اصل نزدیک‌ترین ارتباط می‌کاهد و پاره‌ای دیگر، دست دادگاه‌ها را باز گذاشته‌اند تا بدون اماره‌ی از قبل تعیین شده، قانون حاکم را بیابند [۴۴].

مثلاً قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی ۱۹۸۷ سوئیس در ماده ۱۱۷، در بند دو در فقدان قانون منتخب طرفین، قانون نزدیک‌ترین ارتباط را مطرح می‌کند و در بند دو قانون، کشور اقامتگاه مجری تعهد شاخص [۴۵] را قانون دارای نزدیک‌ترین ارتباط می‌داند. سپس در بند سه، لیستی از تعهدات شاخص را به عنوان نمونه (لیست تمثیلی و نه حصری)، برای هدایت بهتر و صحیح‌تر دادگاه، ارائه می‌نماید. همچنین عهدنامه ۱۹۸۰ رم، در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در بند یک ماده چهار خود، معیار نزدیک‌ترین ارتباط را پذیرفته و در بند دو، چنین فرض کرده‌است که قرارداد، نزدیک‌ترین ارتباط را با کشوری دارد که محل سکونت عادی طرفی که قرار است، اجرایی را که شاخص قرارداد است، انجام دهد، در آنجا واقع است یا در مورد موسسه ثبت شده یا ثبت نشده، مرکز اداره‌ی امور آن در آنجا است.

در مقابل، عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای آمریکایی نیز همانند عهدنامه ۱۹۸۰ رم، قانون حاکم را در جایی که طرفین به سکوت برگزار نموده‌اند، قانون کشوری می‌داند که قرارداد با آن نزدیک‌ترین ارتباط را دارد. اما در تعیین کشور دارای نزدیک‌ترین ارتباط، برخلاف عهدنامه رم،

هیچ اماره‌ای را تعیین نمی‌کند، بلکه اختیار وسیعی به دادگاه می‌دهد تا قانون نزدیک‌ترین ارتباط را بیابد. برای این منظور تنها به تعیین معیارهای کلی برای دادگاه، بسنده می‌کند [۴۶].

عهدنامه ۲۰۰۵ نیز، تنها به معیار نزدیک‌ترین ارتباط اشاره کرده و اماره‌ای را پیش‌بینی ننموده است؛ بلکه تنها الزامی که مرجع رسیدگی در تشخیص محلی که نزدیکترین ارتباط با قرارداد را دارد، توجه به شرایط و اوضاع و احوالی است که طرفین، قبل یا همزمان با انعقاد قرارداد، در نظر داشته‌اند. اما توجه و رعایت اوضاع و احوال، به دلیل موسع بودن آن، یکی از مشکلات این ماده است که عهدنامه بیع بین المللی کالا نیز از آن رنج می‌برد [۴۷].

اما فرض دیگری که در ماده شش (بند سه)، پیش‌بینی شده، ناظر به حالتی است که شخص حقیقی فاقد محل تجارت باشد، بند سه ماده شش عهدنامه ۲۰۰۵، در این خصوص مقرر می‌دارد:

« اگر شخص حقیقی محل تجارت نداشته باشد، محل سکونت معمولی او به عنوان محل تجارت وی، شناخته می‌شود» [۴۸].

این بند شبیه بند (ب) ماده ۱۰ عهدنامه (سی.آی.اس.جی) می‌باشد؛ با این تفاوت که بر خلاف (سی.آی.اس.جی)، عهدنامه ۲۰۰۵، این فرض را تنها در خصوص شخص حقیقی قابل اعمال دانسته است.

اما اینکه به چه مکانی محل سکونت معمولی شخص اطلاق می‌شود، اتفاق نظر وجود ندارد. پاره‌ای عقیده دارند که تنها معیار تعیین محل سکونت معمولی، حضور جسمی یا فیزیکی شخص در یک مکان است، ولی در مقابل، عده‌ای دیگر را عقیده بر آن است که نه تنها شخص باید حضور فیزیکی در محلی داشته باشد، بلکه باید قصد سکونت در آن محل را نیز دارا باشد. بر طبق عقیده این دسته، چنانچه شخصی در مکانی حضور فیزیکی داشته ولی قصد سکونت در آن محل را نداشته باشد، آن مکان، محل سکونت معمولی وی شناخته نمی‌شود. این اختلاف در معیار در خصوص عهدنامه ۱۹۸۰ وین نیز وجود داشته است. بررسی سوابق، نشان می‌دهد که کنفرانس‌های دیپلماتیک لاهه برای حقوق بین‌الملل خصوصی، عمده‌آز تعریف «محل سکونت معمولی» خودداری کرده است، تا امکان هماهنگی آن را با اندیشه‌ی ضرورت‌های عملی بدهد. اما به هنگام تفسیر این اصطلاح، باید سکونت را به معنی و مفهوم یک سکونت درازمدت تفسیر نمود، یعنی یک وضعیت واقعی که متضمن درجه بالایی از ثبات است و در این خصوص، باید به اوضاع و احوال مربوط به خصوصیات فردی و شغلی که حاکی از استمرار رابطه بین یک شخص و محل سکونت وی می‌باشد توجه زیادی مبذول داشت [۴۹].

«قاعده اثباتی دیگری برای تعیین محل کسب طبق بند نخست ماده ۱۸ عهدنامه وجود دارد که در رابطه با دولت‌های عضو است که دارای دو یا چند واحد سرزمینی با نظام‌های حقوقی مختلف می‌باشند. دولت‌های مذکور می‌توانند در زمان امضا، تأیید، قبول، تصویب یا الحاق اعلام کنند که عهدنامه نسبت به همه قلمرو سرزمینی آنها و یا فقط بر یک یا چند واحد از آن اعمال می‌شود. هرگاه این عهدنامه به واسطه این اعلامیه نسبت به یک یا چند واحد سرزمینی کشور متعاقد و نه همه آنها اعمال شود اگر محل کسب یکی از طرفین در کشور مزبور واقع شده باشد، طبق بند ۳ ماده ۱۸، محل کسب مورد بحث در آن کشور عضو در نظر گرفته نمی‌شود مگر اینکه محل مذکور در یکی از واحدهای سرزمینی مشمول مقررات این عهدنامه واقع شده باشد» [۵۰].

۴. محل تجارت ثابت در تجارت الکترونیکی

مفهوم حضور فیزیکی در مکان دائمی در محیط مجازی و الکترونیکی چندان معنا و مفهومی ندارد؛ چرا که معاملات تجاری با استفاده از داده‌های رایانه‌ای منعقد می‌شوند. در واقع این دسته از معاملات در فضای مجازی و سایر اتفاق می‌افتند و نه داخل در یک قلمرو سرزمینی مشخص. حال در چنین فضایی شناسایی محل تجارت با دشواری‌های خاصی روبرو است. لذا مفهوم مکان دائمی یا محل تجارت باید در پرتو محل این فناوری‌های جدید که می‌تواند به شکل سرور و یا پایگاه داده (وب سایت) باشد تفسیر گردد.

۴-۱. سرورها و پایگاه‌های داده به عنوان وسایل تجاری

گسترش و توسعه ارتباطات و اینترنت راه‌های جدیدی را جهت مدیریت روابط اقتصادی باز کرده است. بنابراین دنیای حضور فیزیکی به دنیای دیجیتالی تغییر کرده و اقتصاد قدیمی در حال تبدیل به اقتصاد جدید است. این مسئله با تفسیر شرح ماده پنج عهدنامه نمونه سازمان همکاری اقتصادی و توسعه [۵۱] نمود خاصی پیدا کرده است. از منظر فنی، هم سخت افزار (تجهیزات رایانه ای) و هم نرم افزار (برنامه رمزنگاری شده) هر دو از عناصر تشکیل دهنده سرور هستند و لازم است که سخت افزار و نرم افزار به عنوان واسطه ای میان کاربران در انتقال اطلاعات یا داده عمل نمایند.

بر اساس تفسیر جدیدی که از ماده پنج عهدنامه نمونه به عمل آمده است سرور می تواند به عنوان مکان دائمی قلمداد گردد. بر طبق این تفسیر، سرور «قطعه ای از تجهیزات است که دارای مکان فیزیکی بوده و چنین مکانی می تواند مکان ثابت تجارت آن موسسه که سرور در آنجا عمل می کند را تشکیل دهد».

در نتیجه سرور رایانه می تواند مکان دائمی قلمداد گردد مشروط بر آنکه تمامی شرایط و معیارها را داشته باشد از جمله آنکه سرور باید در یک مکان ثابت تجارت باشد [۵۲]، در یک نقطه خاص جغرافیایی واقع شده باشد [۵۳] و برای یک دوره زمانی خاصی مورد استفاده قرار گیرد [۵۴] و سرور باید توسط موسسه تملک شده یا به اجاره گرفته شده باشد [۵۵]. همچنین تجارت باید به طور کامل یا جزئی از طریق آن سرور انجام شود [۵۶] و اقدامات و فعالیتها نباید واجد ویژگی و خصیصه یدکی یا مقدماتی باشد. بدیهی است در شرکت‌هایی که تمامی فعالیت آنها از طریق پایگاه داده صورت می گیرد و به اصطلاح پایگاه داده محور [۵۷] هستند سرورها به عنوان محل تجارت ثابت در نظر گرفته می شوند. البته صرف استقرار سرور برای اینکه محل تجارت قلمداد گردد کفایت نمی کند و تامین کننده خدمات اینترنتی [۵۸] آن سرور هم باید در قلمرو آن کشور واقع شده باشد تا محل سرور به عنوان محل تجارت در نظر گرفته شود. در شرکت‌های چند ملیتی هم که ممکن است در کشورهای مختلف دارای سرور باشند، کشورها معمولاً استقرار سرور در قلمرو سرزمینی کشور را مبنای تشخیص محل تجارت دانسته و برای مثال مبادرت به اخذ مالیات از فعالیت‌های درآمدی آنها می کنند. کشور هند نمونه‌ای از این قبیل کشورها است. همچنین حضور تجهیزات رایانه ای در یک مکان ثابت هم می تواند مکان دائمی قلمداد گردد. منتها باید بین تجهیزات سخت‌افزاری و داده‌ها و اطلاعات نرم‌افزاری قائل به تمایز گردید. نکته مهم آن است که فعالیت‌های تجاری از طریق آنها و با استفاده از امکاناتی صورت پذیرد که در یک مکان ثابت قرار دارد [۵۹].

اما پایگاه داده نمی تواند به تنهایی به عنوان مکان ثابت قلمداد گردد. بر طبق تفسیر جدید، پایگاه اینترنتی که ترکیبی از نرم افزار و داده‌های الکترونیکی است به تنهایی نمی تواند مال مادی و قابل لمس [۶۰] به شمار رود. همچنین پایگاه داده به دلیل نداشتن تجهیزات فیزیکی، فاقد مکانی است که بتواند مکان تجارت آن را تشکیل دهد. شایان ذکر است ترتیبات میزبانی پایگاه داده (هاست) مکان ثابت تولید نمی کند [۶۱].

۴-۲. استفاده از معیار اخذ مالیات در تجارت الکترونیکی

تجارت الکترونیکی معیار محل اقامت و تعیین قلمرو سرزمینی منشا درآمد را هم با اشکال اساسی روبرو کرده است. یکی از این اشکالات در بحث مربوط به دریافت مالیات در تجارت الکترونیکی قابل طرح است به نحوی که در این نوع از تجارت اشخاص می توانند برای اینکه مالیات پرداخت نکنند یا مالیات کمتری بدهند شرکت خود را در بهشت‌های مالیاتی (مناطق که از مالیات معافاند) مستقر کنند.

ماده پنج عهدنامه مدل سازمان همکاری اقتصادی و توسعه و شرحی که همان سازمان بر ماده مذکور تدوین نموده از مهمترین اسنادی است که جهت شناسایی محل تجارت ثابت در تجارت الکترونیکی مبنایی قابل اعتماد به دست می دهد. مطابق این ماده، محل دائمی فعالیت به محل تجارت ثابتی اطلاق می شود که تمام یا بخشی از فعالیت‌های آن بنگاه اقتصادی در آن صورت می پذیرد. علاوه بر آن به موجب این ماده:

- پایگاه اینترنتی (تارنما) به تنهایی نمی‌تواند معیار تعیین محل استقرار دائمی (اقامت) باشد.
- برای اینکه بتوان سرور را به عنوان محل استقرار دائمی و معیار صلاحیت قرار داد باید برای مدتی مناسب در یک محل واقع شده باشد.
- در صورتی که موسسه‌ای دارای تارنمایی باشد که از کشور دیگری میزبانی (هاست) می‌شود نمی‌توان محل استقرار ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی را به عنوان محل استقرار موسسه محسوب کرد. البته اگر تارنما از سرور خود موسسه استفاده کند محل استقرار سرور را می‌توان ملاک قرار داد.
- در صورتی که سرورهای رایانه‌ای که از آنها برای تجارت الکترونیکی استفاده می‌شود تنها برای اعمال مقدماتی یا پشتیبانی همچون برقراری ارتباط، تبلیغات، جمع‌آوری اطلاعات بازار و تهیه اطلاعات به کار گرفته شوند نمی‌توان آنها را ملاک استقرار محسوب کرد [۶۲].

بنابراین بر طبق این سند، صرف اینکه، اطلاعات بر روی سرور ذخیره شده است نمی‌تواند به تنهایی دلالت بر محل تجارت نماید بلکه باید شرایط مقرر در این ماده از جمله استمرار فعالیت در مکان مشخص را دارا باشند. البته صرف استقرار این سامانه نمی‌تواند موجب گردد تا محل تجارت شرکت در آنجا به شمار رود بلکه باید فعالیت اقتصادی و تجاری آن بنگاه اقتصادی نیز از طریق این سامانه صورت پذیرد لذا در فرضی که موسسه تجاری تنها مالک این سامانه بوده و آن را به دیگری اجاره داده باشد، محل استقرار آن، محل تجارت به شمار نمی‌رود. همانگونه که در خود متن ماده پنج هم آمده است تامین‌کنندگان خدمات اینترنتی، نماینده مستقل نیستند تا محل استقرار آنها محل استقرار موسسه و در نتیجه محل تجارت آنها به حساب آید [۶۳]. همچنین به موجب تفاسیری که از این عهدنامه به عمل آمده است در صورتی که از نماینده جهت انجام فعالیت‌ها استفاده شود و یا در صورت به‌کارگیری سامانه‌های پیام‌خودکار همانند دستگاه‌های فروش که بدون مداخله مستقیم عامل انسانی و بر اساس دستور کاربر اقدام می‌کنند محل تجارت ثابت محقق شده و از منظر این عهدنامه کشور ذینفع می‌تواند مبادرت به دریافت مالیات نماید. نماینده مستقل ممکن است مستخدم شرکت بوده و یا رابطه استخدامی با آن نداشته باشد. همچنین این نماینده می‌تواند شخص حقیقی یا یک شرکت باشد. منتها ابهامات زیادی در خصوص اینکه چه شرایطی لازم است تا محل فعالیت نماینده مستقل بتواند محل تجارت ثابت قلمداد گردد مطرح شده است. صرف حضور نماینده در مذاکرات جهت انعقاد قرارداد کافی نبوده بلکه نماینده باید از اختیار کافی جهت انجام امور تجاری برخوردار باشد. لذا گفته شده است که دلال و حق‌العمل کار نماینده به حساب نمی‌آیند [۶۴].

البته باید توجه داشت که وجود یک عنصر الکترونیکی به هنگام برقراری ارتباط یا انعقاد قرارداد برای اعمال عهدنامه ارتباطات الکترونیکی کفایت می‌کند البته مشروط بر آنکه محل تجارت طرفین در دو کشور متفاوت باشد و ضرورتی ندارد تا اطلاعات تنها به صورت داده‌پیام منتقل گردند بلکه دامنه شمول عهدنامه از این حیث بسیار گسترده است. لذا اگر داده‌ها بر روی یک لوح فشرده (CD) یا یک فلش مموری هم ذخیره گردند می‌توانند تحت قلمرو عهدنامه قرار گیرند. لذا تاکید بر سرور و پایگاه داده به منظور دستیابی به معیاری مطمئن جهت شناسایی محل تجارت ثابت در محیط الکترونیکی است [۶۵].

نتیجه‌گیری و ملاحظات

عهدنامه ۲۰۰۵ آنسیترا دربارہ استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی ضمن به رسمیت شناختن و اعتبار بخشیدن به ارتباطات الکترونیکی و قراردادهای منعقدہ از این طریق، همانند دیگر اسناد بین‌المللی، شرط اعمال مفاد خویش را وقوع محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف می‌داند. اما اینکه محل تجارت به چه مکانی اطلاق می‌گردد محل بحث و تامل است. به طور کلی محل تجارت به هر مکانی اطلاق شده که شخص بنگاه دائمی برای فعالیت اقتصادی تاسیس می‌کند و شامل مکان تهیه موقت کالا یا خدمات خارج از یک محل معین نمی‌شود. اصل بر این است محلی که توسط یکی از طرفین به عنوان محل تجارت معین شده است محل تجارت وی قلمداد می‌گردد اما

طرف مقابل می‌تواند خلاف آن را اثبات نماید. وقوع محل تجارت در کشورهای مختلف نیز تنها از طریق قرارداد و یا معاملات قبلی طرفین و یا اطلاعاتی که در زمان انعقاد قرارداد و یا قبل از آن ارائه شده است قابل اثبات است. چنانچه طرفین محل تجارت خود را تعیین نکرده و یا بیش از یک محل تعیین نموده باشند، مکانی که نزدیکترین ارتباط با قرارداد دارد به عنوان محل تجارت شناخته می‌شود. تشخیص نزدیکترین ارتباط با قرارداد با توجه به معیارهای مختلفی از جمله قانون حاکم، قانون محل انعقاد و یا قانون کشور محل اقامت فروشنده به عهده دادگاه گذاشته شده است. در صورتی هم که شخص حقیقی فاقد محل تجارت باشد، محل سکونت معمولی وی، محل تجارت او خواهد بود. نکته دیگر آنکه چون در دنیای مجازی و محیط تجارت الکترونیکی امکان تصور مکان ثابت به راحتی ممکن نمی‌باشد این مفهوم باید در پرتو مفاهیم جدید و قابل تصور این محیط مورد بررسی قرار گیرد. توجه به مکانی که سرور یا پایگاه داده در آنجا قرار دارد از جمله مهمترین معیارهایی است که می‌تواند در فهم و شناخت این محل کمک شایانی نماید. نظر به اینکه در قوانین و مقررات مرتبط داخلی تعریفی از مفهوم محل تجارت ارائه نشده است لذا ضروری است قانونگذار با مبنا قراردادن قواعد پذیرفته شده بین‌المللی و بومی‌سازی آن، معیارهای قابل اعتمادی را جهت شناسایی محل تجارت در محیط پویا و غیرملموس تجارت الکترونیکی ارائه نماید. به نظر می‌رسد توجه به عنصر مادی و واقعی محل فعالیت دائمی تجاری بهترین معیار جهت شناسایی محل تجارت است؛ مگر آنکه شخص فاقد این محل در دنیای واقعی باشد که در این صورت محل استقرار سرور پشتیبان‌کننده در قلمرو سرزمینی ایران به عنوان محل تجارت و کسب و کار وی در نظر گرفته می‌شود.

پی‌نوشت

1. United Nation Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts, [CUECIC]. Adopted by the General Assembly on 23 November 2005. Available at: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf .
برای دیدن متن و ترجمه این عهدنامه، رک: السان و رضائی ۱۳۸۶، ترجمه کنوانسیون.
شایان ذکر است که، هیأت وزیران در خردادماه ۱۳۸۶، طی تصویب‌نامه‌ای، به وزارت امور خارجه اجازه داد تا نسبت به امضای موقت این عهدنامه اقدام نموده و متعاقب آن، در ۲۶ سپتامبر ۲۰۰۷ برابر با ۴ مهرماه ۱۳۸۶، دولت جمهوری اسلامی ایران، این عهدنامه را امضا نمود.
2. Article (1): 1. This Convention applies to the use of electronic communications in connection with the formation or performance of a contract between parties whose places of business are in different States.
3. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980, [CISG]. Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.
4. United Nations Commission on International Trade Law, Working Group IV (Electronic Commerce) (2004), art. 1, Para 1 (a)-(c).
5. Final UNCITRAL Report (2005), Paras. 25.
6. Ibid.
7. Final Working Group Report (2004), Paras. 38-39.
۸. «بسیاری از مقررات عهدنامه (سی.آی.اس.جی)، محصول سازش می‌باشند. بنابراین باید ببینیم که آیا این سازش‌ها موثر بوده و یا ناشی از رویه قضایی بی‌نظم و آشفته هستند». در این باره رک: DiMatteo 2004.
۹. «تجارت وابسته به اعتماد است. برای اینکه بازارهای الکترونیکی بتوانند هم از بُعد مصرف‌کننده و هم سرمایه‌گذار به خوبی عمل نمایند خریداران و فروشندگان، هر دو باید، حداقل از میزانی از اعتماد در نتیجه تجارت الکترونیکی، آنگونه که در انواع سنتی معاملات وجود دارد برخوردار باشند». رک به: Group of High-Level Private Sector Experts on Electronic Commerce
10. Final Working Group Report (2004), Para, 39.

11. Final UNCITRAL Report (2005), Annex 1, art. 1.

۱۲. ماده ۱ عهدنامه ۲۰۰۵، که در خصوص قلمرو شمول بیان می‌دارد: «۱. این عهدنامه بر استفاده از ارتباطات الکترونیکی در خصوص تشکیل یا اجرای قرارداد، میان اشخاصی که محل تجارت آن‌ها در کشورهای مختلفی قرار دارد اعمال می‌شود. ۲. این فرض که طرفین قرارداد در کشورهای مختلف دارای محل تجارت هستند در هر زمان که از قرارداد یا تعاملات صورت گرفته میان طرفین یا اطلاعاتی که قبل یا به هنگام انعقاد قرارداد توسط ایشان ابراز شده، قابل استنباط نباشد کنار گذاشته خواهد شد. ۳. نه تابعیت طرفین و نه وصف مدنی یا تجاری طرفین یا قرارداد در تعیین دامنه شمول این عهدنامه مورد توجه قرار نخواهد گرفت» را با عهدنامه سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مقایسه کنید که مقرر می‌دارد: «(۱) این عهدنامه نسبت به قراردادهای بیع کالاهایی که محل تجارت طرفین در کشورهای مختلف قرار دارد اعمال می‌شود: (الف) هنگامی که کشورهای مذکور در زمره‌ی دولت‌های متعاقد باشند؛ یا (ب) هنگامی که قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی، منجر به اعمال قانون یکی از کشورهای متعاقد گردد، (۲) این فرض که محل تجارت طرفین در کشورهای مختلفی قرار دارد، در صورتی که از قرارداد یا معاهدات بین طرفین یا اطلاعات ارائه شده از سوی آنها در زمان انعقاد یا قبل از آن قابل استنباط نباشد کنار گذاشته خواهد شد. (۳) نه تابعیت طرفین و نه وصف مدنی یا تجاری طرفین یا قرارداد، در تعیین دامنه شمول این عهدنامه مورد توجه قرار نخواهد گرفت».

13. Negotiation.

14. Formation.

15. Final Working Group Report, p. 6, 2004.

16. Ibid, p. 22.

17. Article 4 (h): **Place of business** means any place where a party maintains a non-transitory establishment to pursue an economic activity other than the temporary provision of goods or services out of a specific location.

۱۸. تعریفی که از محل تجارت در عهدنامه، ارائه شده با تعاریف این اصطلاح، به موجب قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترا ل مصوب ۱۹۹۹ و دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا، متفاوت است. در واقع، تعریفی که در عهدنامه مورد پذیرش قرار گرفته، ترکیبی از عناصر مندرج در تعاریف این دو سند می‌باشد.

19. «Any Place».

20. «The Place».

21. «Non-Transitory Establishment».

22. «Stable Establishment».

۲۳. داراب‌پور، ۷۱، ۱۳۷۴.

24. Parol Evidence.

۲۵. U.C.C. § 2-202. مخفف Uniform Commercial Code است.

26. Article 1(2): The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between the parties or from information disclosed by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

۲۷. بند ۳ ماده ۱: «نه تابعیت طرفین و نه وصف مدنی یا تجاری طرفین یا قرارداد، در تعیین دامنه شمول این عهدنامه، مورد توجه قرار نخواهد گرفت».

28. Rebuttable Presumption.

29. Article 6 (1): For the purposes of this Convention, a party's place of business is presumed to be the location indicated by that party, unless another party demonstrates that the party making the indication does not have a place of business at that location.

30. Wei & Suling (2006), 124.

31. Final Working Group Report (2004), Para. 95 ° 97.

32. «Information Requirements»

33. Article 7: Nothing in this Convention affects the application of any rule of law that may require the parties to disclose their identities, places of business or other information, or relieves a party from the legal consequences of making inaccurate, incomplete or false statements in that regard.

۳۴. کریمی، ۲۳، ۱۳۹۳.

35. Article 6 (4): A location is not a place of business merely because that is: (a) where equipment and technology supporting an information system used by a party in connection with the formation of a contract are located; or (b) where the information system may be accessed by other parties.

36. Article 6 (5): The sole fact that a party makes use of a domain name or electronic mail address connected to a specific country does not create a presumption that its place of business is located in that country.

۳۷. «دامنه اینترنتی، چیزی است که پس از علامت ات‌ساین (@) در آدرس‌های اینترنتی می‌آید. این‌ها طولشان با یکدیگر متفاوت است و از چند جزء تشکیل شده که هر یک از این‌ها با نقطه، از یکدیگر جدا می‌شوند. محدودیتی در خصوص این دامنه‌ها نیست؛ بجز اینکه مجموع شمار کاراکترها باید از یک محدوده تقریباً ۶۳ کاراکتری بیشتر نباشد. برخی از دامنه‌های اینترنتی، می‌توانند بسیار کوتاه باشند؛ برای نمونه، @nic.ir و برخی نیز بلند مانند alavi@hamurabi.law.ut.ac.ir. علی‌الاصول، محل ثبت دامنه اینترنتی، کشوری است. به همین دلیل برای ایران، ir لازم است. دامنه‌های اینترنتی، می‌توانند از دو یا چند جزء، تشکیل شوند. یک جزء آن، دامنه‌ی مرتبه نخست یا دامنه بالاترین مرتبه نام دارد، (TLD یا Top Level Domain). جزء بعدی دامنه اینترنتی، پیش از دامنه نخست می‌آید و دامنه مرتبه دوم نام دارد. برای نمونه، در آدرس @nic.ir، ir دامنه نخست است و nic دامنه مرتبه دوم... خود TLDها بر سه قسم‌اند. پیشتر، آنها را به دو قسم تقسیم می‌کردند، ولی به تازگی آنها را به سه قسم، تقسیم می‌کنند. نخستین آنها CCTLD که مخفف Country Code TLD است. ir به کشور ایران مربوط است. اینها کدهای دو حرفی بوده که مطابق کدهای ISO که ۲۴۳ کشور و ناحیه‌اند، تعریف شده‌اند. به تازگی کد eu برای جامعه اقتصادی اروپا نیز به منزله یک CCTLD پذیرفته شده است. قسم دیگر، دامنه نوعی یا generic نام دارد که الان، ۵ تا از اینها هست. اینها دامنه‌هایی‌اند که برای گرفتن آنها، علی‌الاصول هیچ نوع مقررات یا شرطی، حاکم نیست و هر کسی می‌تواند آنها را به ثبت رساند؛ هرچند در گذشته، اینگونه نبود. قسم دیگر، Sponsored است، یعنی پشتیبان دارد. حدود ۹ نوع از این قسم، وجود دارد که ۶ مورد آن، محدودیت کشوری ندارد و ۳ مورد آن، ویژه موسسه‌های آمریکایی است»، به نقل از، شهشهانی، ۲۷۸-۲۷۷، ۱۳۸۴.

38. Wei & Suling (2006), 125.

39. Article 6 (2): If a party has not indicated a place of business and has more than one place of business, then the place of business for the purposes of this Convention is that which has the closest relationship to the relevant contract, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

۴۰. داراب‌پور، ۱۷۰، ۱۶۹ ° ۱۳۷۴.

41. The Principles of European Contract Law 1998 [PECL].

42. Report of 39 Session of Working Group 2002.

43. Final Working Group Report, Para. 101, 2004.

۴۴. نیکبخت، ۲۰۶، ۱۳۷۶-۱۳۷۷.

۴۵. در قراردادهایی که تعهدات مختلف مطرح می‌باشد و هر یک از طرفین باید تعهدی خاص را انجام دهد، یکی از تعهدات، که سرآمد و مهم‌تر از سایر تعهدات است، تعهد شاخص و اجرای آن را، اجرای شاخص گویند. یک مفسر قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس، می‌گوید: «اجرای شاخص، اجرای طرفی است که اصولاً ملزم به انجام چیزهایی غیر از پرداخت پول می‌باشد»، به نقل از همان، ۲۰۷.

۴۶. همان، ۲۱۰ - ۲۰۸.

۴۷. داراب‌پور، ۱۷۳ س، ۱۳۷۴.

48. Article 6 (3): If a natural person does not have a place of business, reference is to be made to the person's habitual residence.

۴۹. داراب‌پور، صص ۱۷۴-۱۷۳، ۱۳۷۴.

۵۰. کریمی، صص ۲۴-۲۵، ۱۳۹۳.

51. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital

52. Situs Test.

53. Locus Test.

54. Tempus Test.

55. Ius Test.

56. Business Test.

57. web-based companies.

58. Internet Service Provider (ISP).

59. Commentary on article 5, 110, 2010.

60. Tangible.

61. Gárate, 4, 2003.

۶۲. السان، صص ۱۱۰-۱۱۱، ۱۳۹۱.

63. Qiu, 276, 2014.

64. Castro, 139, 2012.

65. Mik, 5, 2010.

منابع

- السان، دکتر مصطفی، حقوق تجارت الکترونیکی، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- السان، مصطفی، رضایی، علی، «تحلیل کلی کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (با تأکید بر قابلیت الحاق ایران)»، پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۴۵، ۱۳۸۶.
- السان، مصطفی و رضائی، علی، «کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (۲۰۰۵)» (ترجمه)، مجله حقوقی مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره سی و هفتم، ۱۳۸۶.
- تصویب‌نامه هیات وزیران به شماره ۳۵۷۸۱/ت/۳۶۹۷۵ هـ مورخ ۱۳۸۶/۳/۸ در خصوص اعطای اجازه به وزارت امور خارجه مبنی بر امضای موقت کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی.
- داراب‌پور، دکتر مه‌راب، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی (ترجمه)، نوشته هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، انتشارات گنج دانش، جلد اول، چاپ اول، ۱۳۷۴.
- رضائی، علی، «اصول بنیادین حاکم بر کنوانسیون ارتباطات الکترونیکی آنسیترال (با نگاهی به قانون تجارت الکترونیکی ایران)»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷، ۱۳۸۹.

- رضائی، علی، حقوق تجارت الکترونیکی، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- شهشهانی، دکتر سیاوش، «مسائل حقوقی نامهای دامنه»، در: مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، چاپ نخست، نشر سلسبیل، ۱۳۸۴.
- کریمی، سحر، کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۹۳.
- نیکبخت، دکتر حمیدرضا، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۲-۲۱، ۱۳۸۶.
- Castro, Leonardo F.M., Problems Involving Permanent Establishments: Overview of Relevant Issues in Today's International Economy *Global Business Law Review*, Vol. 2, 2012.
- Chong Kah Wei & Joyce Chao Suling, United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts ° A New Global Standard *Singapore Academy of Law Journal*, No. 18, 2006.
- Gvrate, Cristivn, The Fixed Place of Business in The Context of Electronic Commerce, LLM Thesis. Wirtschafts Universität, Vienna, 2003, available at:
https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/1/ D126T07161 /24 /material_docente/ bajar? id_material=284741
- Gregory, John D, The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts , *The Business Lawyer*, 2003.
- Group of High-Level Private Sector Experts on Electronic Commerce, Issues and Opportunities in the Implementation of Electronic Commerce, 42, (Organization for Economic Cooperation and Development ° OECD). available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/54/25/1893999.pdf>.
- DiMatteo, Larry A. et al., The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence , *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 24, 2004.
- Lisa Cox, Permanent Establishments, the Borderless World of Electronic Commerce *New Zealand Journal of Taxation Law and Policy*, 2001.
- Mik, Eliza, Evaluating the Impact of the UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts on Domestic Contract Law: The Singapore Example , *Yearbook of International Law and Affairs*. , 28 , 43, Research Collection School Of Law, 2010.
- OECD, Commentary on Fiscal Affairs, Commentary on Article 5 Concerning the Definition of Permanent Establishment, July 2010, [Commentary on Article 5] available at http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2010_mtc_cond-2010-en.
- Philip M. Nichols, Electronic Uncertainty within the International Trade Regime, *American University International Law Review*, Vol. 15, 2000.
- Qiu, Dongmei, Permanent Establishment: An Evolving Concept Under China's Tax Treaties (1983° 2013), *British Tax Review*, 2014.
- Report of the Secretary-General, UNCITRAL, 17th Session on Legal Aspects of Automated Data Processing, U.N. Doc. A/CN.9/ 254 (1984)
- Report of the Working Group on Electronic Commerce on the work of its thirty-ninth session 2002, New York, A/CN.9/509. available at:
http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html.
- The Principles of European Contract Law, 1998 [PECL], available at:
<http://www.tu-dresden.de/jfoeffl8/ gesetzesmat/ Lando-Principles.htm#to355>
- Uniform Commercial Code (U.C.C). available at: www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html.
- UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures, 2001. Available at:
www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html.

- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Electronic Commerce, Note by the Secretariat, Proposal by the United States of America, U.N. Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.77 (May 25, 1998). Available at: <http://www.uncitral.org>.
- United Nation Commission on International Trade Law, Report of the Working Group on Electronic Commerce on the Work of its Forty-Fourth Session 2004, [Final Working Group Report]. U.N. Doc. A/CN.9/571.
- United Nations Commission on International Trade Law, Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-eighth session 2005. [Final UNCITRAL Report], Annex 1, U.N. Doc. A/60/17.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group IV (Electronic Commerce), Note by the Secretariat, Legal Aspects of Electronic Commerce ° Electronic Contracting: Provisions for a Draft Convention, 2004. Annex, art. 1, Para 1 (a)-(c), U.N. Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.110.
- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods , 1980, [CISG]. Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.
- United Nation Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts , 2005. [CUECIC]. Adopted by the General Assembly on 23 November 2005. Available at: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.
- United Nations, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996, with additional article 5 bis as adopted in 1998 , [MLEC]. Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

