

4.4. Правові аспекти укладання договорів суб'єктами господарювання в мережі Інтернет

В умовах формування глобальної інформаційно-економічної системи розвиток ринкових відносин супроводжується активізацією процесів інтернаціоналізації господарського життя та взаємного проникнення капіталів, інноватизації всіх ланок суспільного виробництва з широким залученням новітніх технологій, у тому числі комунікаційних, у процес обслуговування господарських потреб.

Велику роль у прискоренні процесу перетворення світової економічної системи на інформаційно-економічну відіграє Інтернет, який є не тільки комунікаційною технологією швидкої циркуляції будь-якої інформації виробничого та невиробничого характеру, але й ефективним інструментом реклами, засобом укладання договорів тощо⁶⁵⁰. Сьогодні значна частина господарських зв'язків потенційно може виникати та функціонувати в

⁶⁴⁹ Указом Президента України «Про застосування міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів»⁶⁴⁹ від 4 жовтня 1994 р. № 567 санкціонуються Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів (Інкотермс), а Указом Президента України «Про заходи щодо упорядкування розрахунків за договорами, що укладаються суб'єктами підприємницької діяльності України»⁶⁴⁹ від 4 жовтня 1994 р. № 566, санкціоновано Уніфіковані правила по інкасо та Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів.

⁶⁵⁰ Галкин С. Е. Бизнес в Интернет / С. Е. Галкин. – М. : Центр, 1998. – 144 с.

електронному середовищі, завдяки чому відбувається оновлення господарської інфраструктури (поява нових суб'єктів господарювання, як то інтернет-провайдерів, нових каналів збуту – інтернет-магазинів; розширення товарної номенклатури – поява електронного товару у вигляді матеріальних і нематеріальних благ, які існують в електронній формі і можуть бути передані суб'єкту електронної торгівлі за допомогою програмно-апаратних комплексів або каналів зв'язку, перетворення інформаційних ресурсів на товар споживчого та виробничого призначення), та створюється можливість дистанційного ділового співробітництва між віддаленими суб'єктами господарювання, чим забезпечується економія часу й мінімізація їхніх трансакційних витрат.

На сторінках наукових та навчальних видань реалізація ділової активності через мережу Інтернет отримала назву електронного бізнесу, який, у свою чергу, об'єктивується в електронній комерції (торгівлі), електронних банкінгу, маркетингу, страхуванню, електронних брокерських послугах тощо. Питання правового регулювання електронного бізнесу досліджувалися в працях М. М. Дутова, С. В. Злобіна, Я. А. Карева, Н. Б. Коваль, Н. В. Корягіна, А. Н. Кучер, А. М. Новицького, В. Л. Плєскач, Л. Д. Тимченка, А. В. Чучковської, В. С. Цимбалюк та інших.

У вітчизняній та зарубіжній науковій літературі набув поширення поділ електронного бізнесу на такі категорії: (1) «бізнес для споживача» (business-to-customer, B2C) – електронна роздрібна торгівля, орієнтована на кінцеве побутове споживання; (2) «бізнес для бізнесу» (business-to-business, B2B) – перенесення до мережі Інтернет внутрішніх та зовнішніх бізнес-процесів, що відбуваються під час провадження господарської діяльності; (3) «бізнес для відносин з громадськістю» (business-to-publicrelations, B2PR) – охоплює переважно інформаційні ресурси, як-от: (а) кон'юктурні (рівень змінення цін на товари та послуги, курс цінних паперів, банківські ставки, величина дивідентів, рівень інфляції та ін.); (б) комерційні (відомості про попит та пропозицію на окремі види товарів і послуг та співвідношення попиту і

пропозиції); (в) зовнішньоекономічні (відомості про обсяги експорту та імпорту, ціни, якість, конкурентоспроможність іноземних товаровиробників, тощо); (4) «бізнес для держави» (business-to-government, B2G) – адміністрування бізнесу та всі ділові зв'язки, що можуть виникати в рамках державно-приватного партнерства⁶⁵¹.

Поняття «електронного бізнесу» поглинає своїм змістовим навантаженням поняття «електронної комерції (торгівлі)», яке об'єднує широкий спектр бізнес-операцій, що містять у собі: обмін інформацією; встановлення контактів, зокрема між потенційними замовниками та постачальниками; перед- та післяпродажну підтримку, наприклад, надання докладної інформації про продукти та послуги, відповідей на запитання замовників тощо; продаж товарів і послуг; електронну оплату, у тому числі з використанням електронних платіжних систем; поширення продуктів, включаючи як управління доставкою й її відстеження для продуктів у матеріальній формі, так і безпосередньо доставку продуктів, що можуть поширюватися електронним шляхом; можливість організації віртуальних підприємств – групи окремих фахівців або навіть незалежних компаній для ведення спільної комерційної діяльності; здійснення бізнес-процесів, спільно керованих компанією та її торговими партнерами⁶⁵².

Правове регулювання електронної комерції репрезентовано двома рівнями. Перший рівень утворюється нормами *міжнародних актів* як конвенційної, так і неконвенційної природи (Типова угода про обмін для міжнародного комерційного використання електронного обміну даними (рекомендація № 26 Європейської економічної комісії ООН, 1995 р.), Типові закони ЮНСІТРАЛ «Про електронну торгівлю» 1996 р.⁶⁵³ та «Про

⁶⁵¹ Правове регулювання електронної комерції : монографія / за ред. Л. Д. Тимченка. – Ірпінь : Нац. ун-т держ. податков. служби України, 2008. – 256 с.

⁶⁵² Брижко В. Електронна комерція: правові засади та заходи удосконалення : монографія / В. Брижко, А. Новицький, В. Цимбалюк, М. Швець / за заг. ред. М. Швеця. – К. : НДЦПІ АпрН України, 2008. – 149 с.

⁶⁵³ Типовой закон об электронной торговле Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли : Міжнародний документ від 16.12.1996 р. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_321.

електронний підпис» 2001 р.⁶⁵⁴, Конвенція ООН «Про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах» 2005 р.⁶⁵⁵ та ін.), *актів регіональних утворень* (Модельний закон щодо електронної торгівлі, прийнятий на 31 пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав-учасниць СНД 2008 р.⁶⁵⁶, Модельний закон про електронний цифровий підпис, прийнятий на 16 пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав-учасниць СНД 2000 р.⁶⁵⁷; Директиви Європейського парламенту та Ради «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства» 1999 р.⁶⁵⁸, «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції на внутрішньому ринку» 2000 р. тощо)⁶⁵⁹. У міжнародному обговоренні правових питань електронного бізнесу бере участь цілий ряд неурядових організацій: Гаазька конференція з міжнародного приватного права, Асоціація американських адвокатів, Глобальний бізнес діалог в електронній комерції, Форум із права і політики в Інтернет⁶⁶⁰.

Другий рівень представлено нормами *національного законодавства*. Так, на базі Типового закону ЮНСІТРАЛ «Про електронну комерцію» були прийняті відповідні нормативно-правові акти в низці країн (Сінгапурі – 1998 р., Великобританії – 1999 р., Австралії – 1999 р., Гонконзі – 2000 р., Ірландії – 2000 р., Філіппінах – 2000 р., США – 2000 р.)⁶⁶¹ тощо. В Україні до цього часу відсутній спеціальний законодавчий акт, спрямований на врегулювання відносин у сфері електронної комерції. Спроби прийняття такого акта, розпочаті ще у 2006 р., до сьогодні не отримали свого логічного

⁶⁵⁴Там само.

⁶⁵⁵Конвенція ООН «Про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах»: Міжнародний документ від 23.11.2005 р. – Режим доступу: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/elect_com.shtml.

⁶⁵⁶Модельний закон щодо електронної торгівлі: Міжнародний документ, Закон від 25.11.2008 р. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_k75.

⁶⁵⁷Там само.

⁶⁵⁸Там само.

⁶⁵⁹Там само.

⁶⁶⁰Новицький А. М. Електронна торгівля (правовий аспект регулювання): монографія / А. М. Новицький, В. С. Гаркуша, Н. Б. Новицька та ін.; за заг. ред. В. В. Костицького. – К.: МП Леся, 2007. – 212 с.

⁶⁶¹Краморенко Н. Правові аспекти електронної комерції в контексті світового досвіду / Н. Краморенко // Наука молода. – 2008. – № 10. – С. 77–81.

завершення. Так, проект ЗУ «Про електронну комерцію» (реєстраційний № 6086) повернуто на доопрацювання Постановою Верховної Ради України від 5.04.2011 р.⁶⁶². На кодифікаційному рівні теж немає спеціальних норм, які б визначали особливості реалізації господарсько-договірних відносин у мережі Інтернет.

Операції учасників господарського обігу можуть як у повному обсязі, так і частково здійснюватися при залученні електронних мереж (замовлення, безпосереднє укладання договорів, перерахування коштів, доставка товарів, у тому числі електронних продуктів, та ін.). У цілому в мережі Інтернет укладаються (1) господарсько-правові та цивільно-правові договори, які потенційно можуть мати місце поза межами електронного ринку та (2) договори, які організовують і обслуговують сам електронний ринок (оренда окремих частин цифрових магістралей, надання в користування каналів та доступу до Інтернету, створення й експлуатація програмно-технічних засобів та ін.).

Разом із тим, *не всі договори, укладені в мережі Інтернет, набувають електронної форми* як одного з різновидів письмової. Без набуття договором письмової форми (форми документа), укладаються договори споживчого типу (із суб'єктним складом «суб'єкт господарювання – споживач»). Сьогодні електронним шопінгом займаються приблизно 30 % українських користувачів Інтернету. У середньому це 1,5 млн. людей, як повідомляє Gemius Ukraine. Крім того, в сучасному українському Інтернеті існує до 1200 он-лайн магазинів, які реально працюють. І з кожним роком означені показники будуть тільки збільшуватися.

У загальному вигляді схема електронного шопінгу виглядає таким чином: суб'єкт господарювання розміщує ofertу або запрошення до офerti на сайті, а потенційний адресат такої офerti (або зацікавлена в запрошенні особа) може відреагувати на неї (нього) шляхом здійснення певних дій, що

⁶⁶²Про електронну комерцію [Електронний ресурс] : Проект закону України від 18.02.2010 р. № 6086. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47409.

виражають згоду на укладання договору (акцепт) або формують пропозицію щодо укладання договору (оферту), що може бути прийнята суб'єктом господарювання, яким було розміщено запрошення до оферти. Запрошенням до оферти є пропозиція суб'єкта господарювання (продавця товарів, робіт і послуг), адресована невизначеному колу осіб або розміщена для загального огляду й доступу на сайтах мережі Інтернет, інших відкритих і корпоративних мережах та доступна для сторін, що використовують інформаційні системи, якщо в такій пропозиції не встановлений порядок здійснення дій з укладання електронного договору або не зазначений намір сторони вважати себе зобов'язаним, у разі одержання акцепту.

Слід зазначити, що запрошення до оферти повинно містити всі умови, що підлягають включенню в договір або відсилання до електронного документа, який містить такі умови. У свою чергу, публічна оферта (оферта, адресована невизначеному колу осіб), на відміну від запрошення до оферти, має містити не тільки істотні умови майбутнього договору, але й порядок дій потенційної сторони, як у разі прийняття оферти, так і відкриття акцепту. Отже, розміщене на сайті рекламне повідомлення залежно від змісту може бути кваліфіковане як звичайне рекламне оголошення, як публічна оферта, чи як запрошення до оферти.

Типовими є випадки взяття участі продавцем товару (особою, яка розмістила на сайті запрошення до оферти) в укладенні договору через електронного агента⁶⁶³, що автоматично відправляє користувачу-споживачу повідомлення про прийняття від нього замовлення. *Українське законодавство не регламентує порядок та умови дистанційного укладання договору через електронного агента. Міжнародна комерційна практика виходить із визнання можливості укладення договору шляхом обміну повідомленнями електронними агентами сторін, навіть якщо сторона безпосередньо не знала або не ознайомила з діями електронних агентів або*

⁶⁶³ Електронним агентом є комп'ютерна програма або інший автоматизований засіб, який використовує сторона.

умовами договору, укладеного таким чином (див.: ст. 11 Типового закону ЮНСІТРАЛ «Про електронну торгівлю», ст. 20 Модельного закону СНД щодо електронної торгівлі).

У зарубіжній доктрині та практиці договори, що укладаються під час електронного шопінгу, поділяються на два різновиди: «клік-договори» («click wrap agreements») та «договори, шляхом перегляду» («browse wrap agreements»). Клік на кнопці «згоден» («I agree») в процесі інсталяції програми, рівнозначний явному акцепту запропонованих умов клік-договору. Клік-договори відрізняються від так званих договорів шляхом перегляду тим, що для їх укладення користувач-споживач повинен клікнути на кнопці «згоден» – «так», у той час як для укладення договорів шляхом перегляду достатньо звичайного гортання сторінки, що містить умови договору, і доступ до запропонованого товару надається незалежно від будь-яких дій, що виражають згоду користувача-споживача. У контексті визнання вищеозначених договорів укладеними заслуговують на увагу критерії оцінки належної поведінки адресата електронної оферти, вироблені судами США (означені критерії застосовуються й в деяких інших країнах, зокрема Великобританії, Канаді та ін.).⁶⁶⁴

Вітчизняне законодавство та практика не диференціює дистанційно укладені договори споживчого типу й, відповідно, встановлює єдиний блок споживчих прав при укладенні договору на відстані. Так, зокрема, ч. 2 ст. 13 ЗУ «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р. № 1023-ХІІ (у ред. Закону від 01.12.2005 р.) зобов'язує продавця (виконавця) перед укладанням договорів на відстані надати споживачеві інформацію про таке: найменування продавця (виконавця), його місцезнаходження та порядок прийняття претензії; основні характеристики продукції; ціну, включаючи плату за доставку та умови оплати; гарантійні зобов'язання та інші послуги, пов'язані з утриманням чи ремонтом продукції; інші умови постачання або

⁶⁶⁴Кучер А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект / А. Н. Кучер. – М. : Статут, 2005. – 363 с.

виконання договору; мінімальну тривалість договору, якщо він передбачає періодичні постачання продукції або послуг; вартість телекомунікаційних послуг, якщо вона відрізняється від граничного тарифу; період прийняття пропозицій; порядок розірвання договору. У разі ненадання такої інформації суб'єкт господарювання несе відповідальність згідно зі ст. ст. 15, 23 ЗУ «Про захист прав споживачів». Факт надання інформації відповідно до вимог ч. 2 ст. 13 ЗУ «Про захист прав споживачів» повинен бути підтверджений письмово або за допомогою електронного повідомлення. Інформація, підтверджена таким чином, не може бути змінена продавцем (виконавцем) в односторонньому порядку. Якщо послуга надається засобами дистанційного зв'язку і оплачується через оператора телекомунікаційних послуг – підтвердження інформації не вимагається. Споживач має право розірвати укладений на відстані договір шляхом повідомлення продавця (виконавця) про це протягом чотирнадцяти днів із моменту підтвердження інформації або з моменту одержання товару чи першої поставки товару. Якщо підтвердження інформації не вимагається, споживач може розірвати договір протягом чотирнадцяти днів із моменту його укладання. У разі продажу матеріальних речей, їх повернення також свідчить про розірвання договору⁶⁶⁵.

Дистанційно-віртуальне укладання договору між суб'єктами господарювання може відбуватися або в спрощений спосіб – через обмін звичайними електронними повідомленнями, в яких відсутні реквізити документів (у такому разі Інтернет виконує функцію допоміжного засобу зовнішнього волевиявлення), або шляхом формування в процесі «віртуально-договірного спілкування» електронних документів.

Електронна форма договору, як різновид письмової форми, повинна відповідати загальним законодавчим вимогам до письмової форми будь-якого правочину (угоди), передбаченим ст. 207 ЦК України. По-перше,

⁶⁶⁵Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 р. № 1023-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1991. – № 30. – Ст. 380.

правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони або, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку⁶⁶⁶. За загальними правилами, визначеними ч. 1 ст. 181 ГК України, господарський договір повинен укладатися у формі єдиного документа. Укладання господарських договорів (а) шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також (б) шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень визначається як спрощений спосіб, що допускається, за умови відсутності в законі спеціальних вимог до форми та порядку укладання певного різновиду договорів⁶⁶⁷. По-друге, правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його сторонами (або їх повноважними представниками. – В. М.). Правочин, який вчиняє юридична особа, підписується особами, уповноваженими на це її установчими документами, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства та скріплюється печаткою [курсив наш. – В. М.]⁶⁶⁸.

Матеріальний носій, який містить інформацію та основними функціями якого є її збереження та передавання в часі та просторі, визначається чинним законодавством як документ (див.: ст. 1 ЗУ «Про інформацію» від 2.10.1992 р. № 2657-ХІІ (у редакції Закону від 13.01.2011 р.))⁶⁶⁹. Електронний документ як альтернатива паперовому відповідно до ст.ст. 5, 7 ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 р. № 851-ІV є документом, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа, у тому числі електронний цифровий підпис його автора⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶Цивільний кодекс України : затв. Законом України від 16 січ. 2003 р. № 435-ІV // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

⁶⁶⁷Господарський кодекс України : затв. Законом України від 16 січ. 2003 р. № 436-ІV // Офіц. вісн. України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

⁶⁶⁸Там само.

⁶⁶⁹Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України.– 1992.– № 48.– Ст. 650.

⁶⁷⁰Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 р. № 851-ІV // Відом. Верхов. Ради України.– 2003.– № 36.– Ст. 275.

За ст. 1 ЗУ «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 р. № 851-IV електронний цифровий підпис визначено як вид електронного підпису, отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору або логічно з ним поєднується і дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати підписувача. Електронний цифровий підпис накладається за допомогою особистого ключа та перевіряється за допомогою відкритого ключа⁶⁷¹. Слід відзначити, що правове регулювання використання електронних підписів як на міжнародному, так і національному рівнях здебільшого ґрунтується на принципі «технологічної нейтральності», що дозволяє впроваджувати нові технології без наступних змін чинних правових норм⁶⁷². На відміну від рукописного, електронний цифровий підпис має не фізичну, а логічну природу (це послідовність символів, що дозволяє однозначно зв'язати автора документа, зміст документа та власника електронного цифрового підпису). На теоретичному рівні виокремлюють такі корисні властивості електронного цифрового підпису: (1) *можливість порівняння захисних властивостей різних типів електронних цифрових підписів* – при використанні сертифікованих засобів електронного цифрового підпису його захисні властивості вище, ніж ручного; їм можна дати об'єктивну (числову) оцінку, що базується не на гіпотезі про унікальність біометричних параметрів людини, а на строгому математичному аналізі; (2) *масштабованість* – із можливості об'єктивної оцінки захисних властивостей електронного цифрового підпису впливає можливість застосування найпростіших засобів електронного цифрового підпису в цивільному документообігу, де загроза підробки підпису невелика; (3) *дематеріалізація документа* – незалежність електронного цифрового підпису від носія дає можливість здійснювати договірні відносини між віддаленими юридичними та фізичними особами без прямого чи

⁶⁷¹Про електронний цифровий підпис : Закон України від 22.05.2003 р. № 852-IV // Відом. Верхов. Ради України.– 2003 – № 36. – Ст. 276.

⁶⁷²Карев Я. А. Электронные документы и сообщения в коммерческом обороте: правовое регулирование / Я. А. Карев. – М. : Статут, 2006. – 319 с.

опосередкованого фізичного контакту між ними; (4) *рівнозначність копій* – логічна природа електронного цифрового підпису дозволяє не розрізняти копії одного документа та зробити їх рівнозначними самому документу (оригіналу)⁶⁷³.

Відповідно до ч. 3 ст. 4 ЗУ «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 р. № 852-IV використання електронного цифрового підпису не змінює порядку підписання договорів та інших документів, установленого законом для вчинення правочинів у письмовій формі. Отже, укладання договору в електронній формі відбувається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (електронної оферти ↔ електронного проекту договору) та прийняття цієї пропозиції (електронного акцепту) другою стороною. На доктринальному рівні пропонується декілька варіантів упорядкування відносин, що виникають під час укладання договорів в електронній формі. По-перше, при регулюванні електронних угод можна виходити з аналогії закону, оскільки обмін офертою та акцептом має схожі ознаки з традиційним направленням їх поштою. Разом із тим, використання тільки такого варіанта унеможливило б врахування всіх особливостей, притаманних порядку укладання договорів в електронній формі. По-друге, існує можливість регламентації електронних угод звичаями ділового обігу. Утім, останні, на відміну від комерційної практики зарубіжних країн, у вітчизняному господарському обігу не набули значного поширення. По-третє, встановлення правил використання електронних документів у господарсько-договірній діяльності може здійснюватися на рівні індивідуального регулювання (за допомогою угод про використання електронної форми договору, електронного підпису). Однак, правовий порядок у сфері електронної комерції потребує встановлення низки єдиних стандартів, що, безумовно, потребує окреслення меж індивідуально-договірного регулювання. Нарешті, по-четверте, укладання договорів в

⁶⁷³ Правова інформація та комп'ютерні технології в юридичній діяльності: навч. посіб. / за заг. ред. В. Г. Іванова. – Х.: Право, 2010. – 240 с.

електронній формі може регулюватися нормативно-правовими актами⁶⁷⁴, що, на думку більшості фахівців у галузі електронної комерції, є найбільш раціональним.

На рівні кодифікацій (ГК України та ЦК України), про що вже зазначалося, немає положень, які б регламентували порядок укладання договорів у мережі Інтернет. Положення українського законодавства про електронний документообіг теж не встановлюють цих особливостей, натомість містять загальні правила визначення моментів, із яких електронні документи слід вважати відправленими та отриманими. Так, згідно зі ст. 10 ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг», якщо автор і адресат у письмовій формі попередньо не домовилися про інше, датою і часом відправлення електронного документа вважаються дата і час, коли відправлення електронного документа не може бути скасовано особою, яка його відправила. У разі відправлення електронного документа шляхом пересилання його на електронному носії, на якому записано цей документ, датою і часом відправлення вважаються дата і час здавання його для пересилання. За ст. 11 вищезазначеного Закону, електронний документ вважається одержаним адресатом із часу надходження авторові повідомлення в електронній формі від адресата про одержання цього електронного документа автора, якщо інше не передбачено законодавством або попередньою домовленістю між суб'єктами електронного документообігу. Якщо попередньою домовленістю між суб'єктами електронного документообігу не визначено порядок підтвердження факту одержання електронного документа, таке підтвердження може бути здійснено в будь-якому порядку автоматизованим чи іншим способом в електронній формі або у формі документа на папері. Зазначене підтвердження повинно містити дані про факт і час одержання електронного документа та про відправника цього підтвердження.

⁶⁷⁴Карев Я.А. Электронные документы и сообщения в коммерческом обороте: правовое регулирование. – М. : Статут, 2006. – 319 с.

Відповідно, у разі ненадходження до автора підтвердження про факт одержання цього електронного документа, вважається, що електронний документ не одержано адресатом. Однак, по-перше, електронні повідомлення, якими обмінювалися сторони до моменту остаточного узгодження всіх договірних умов, не обов'язково можуть мати природу електронних документів (ідеться про укладання договорів у спрощений спосіб), по-друге, у процесі укладання господарських договорів через мережу Інтернет, навряд чи є потреба в окремому підтвердженні факту отримання електронного повідомлення, що містить проект договору (оферту). Фактичним підтвердженням отримання означеного повідомлення є зустрічне повідомлення, що містить відповідь адресата оферти або про її прийняття (про згоду із запропонованим проектом договору), або про заперечення щодо окремих договірних умов, що оформлюються протоколом розбіжностей.

Під час формулювання законодавчих положень, які б визначали час відправлення та час отримання електронних повідомлень саме в процесі укладання договорів в електронній формі, обов'язково має бути враховано міжнародний досвід. У цьому контексті заслуговують на увагу положення, зазначені у ст. 10 Конвенції ООН «Про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах» від 23.11.2005 р., за якими часом відправлення електронного повідомлення визнається момент, коли воно залишає інформаційну систему, що знаходиться під контролем особи, яка склала, або особи, яка відправила його від імені укладача, або, якщо електронне повідомлення не залишило інформаційну систему, що знаходиться під контролем укладача або особи, яка відправила його від імені укладача, – момент отримання електронного повідомлення. Часом отримання електронного повідомлення є момент, коли створюється можливість для витягування електронного повідомлення адресатом за електронною адресою, зазначеною адресатом. Вважається, що можливість витягування електронного повідомлення адресатом створюється в той момент, коли воно надходить на електронну адресу останнього. За ст. 14 Типового закону

ЮНСІТРАЛ «Про електронну торгівлю» підтвердження отримання повідомлення потрібне, тільки коли під час або до відправлення такого повідомлення укладач попросив підтвердити його отримання або домовився з адресатом про отримання такого повідомлення. При цьому, якщо укладач не домовився з адресатом про конкретну форму чи засіб підтвердження, останнє може бути здійснено шляхом як будь-якого повідомлення з боку адресата, направлено автоматизованим чи іншим засобом, так і будь-яких дій із боку адресата, достатніх для того, щоб показати укладачу, що повідомлення даних було отримано. Так само в п. 3.2.1. Типової угоди Європейської економічної комісії ООН про обмін для міжнародного використання електронного обміну даними не передбачається обов'язок підтвердження отримання повідомлення, якщо сторони не домовилися про інше. Якщо ж сторони все ж таки домовилися про підтвердження, останнє може надаватися по телефону, факсимільному зв'язку або за допомогою доставки друкованих документів тощо.

Низка міжнародних актів акцентує увагу на визнанні юридичної сили повідомлень даних і, фактично, виходить із розмежування простої письмової форми договору, укладеного в мережі Інтернет, та письмової форми «віртуального» договору, щодо якого висунуто додаткову умову стосовно його підписання сторонами. Так, за статтями 6, 7 Модельного закону СНД щодо електронної торгівлі, електронне повідомлення, яке реалізує факт взаємодії та відносини сторін під час обміну інформацією, кваліфікується простою письмовою формою, що фіксує дії й відносини таких сторін у процесах оформлення, укладання й реалізації електронних угод. Згідно зі ст. 9 Конвенції ООН «Про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах», ст. 6 Типового закону ЮНСІТРАЛ «Про електронну торгівлю» законодавча вимога щодо дотримання письмової форми договору вважається виконаною шляхом подавання електронного повідомлення, якщо інформація, що міститься в ньому, є доступною для її подальшого використання.

Принцип визнання юридичної сили за електронними повідомленнями, які набувають та не набувають документальної форми, визнаний Конвенцією ООН «Про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах». Згідно з ч. 1 ст. 8 даної Конвенції *повідомлення або договір* не можуть бути позбавлені дійсності або позивної сили тільки на тій підставі, що вони складені у формі електронного повідомлення [курсив наш. – В. М.]. Насамперед це пов'язано з відсутністю в міжнародній комерційній практиці жорстких вимог щодо форми міжнародних комерційних договорів. Так, першим міжнародним договором, який уніфікував матеріально-правові норми у сфері міжнародної купівлі-продажу товарів є Конвенція ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» 1980 р. Згідно зі ст. 11 Конвенції не вимагається, щоб договір купівлі-продажу укладався чи підтверджувався в письмовій формі або підпорядковувався іншій вимозі щодо форми. Він може доводитися будь-якими засобами, включаючи свідчення. Разом із тим, договори міжнародної купівлі-продажу за участю українських суб'єктів господарювання обов'язково мають бути укладені в письмовій формі, що стало умовою участі в Конвенції УРСР. Так, під час приєднання до Конвенції УРСР було зроблено застереження про незастосування положень Конвенції про можливість укладання договору купівлі-продажу, його зміни або припинення чи іншого вираження наміру в будь-якій формі, якщо хоча б одна із сторін має своє комерційне підприємство в УРСР⁶⁷⁵. Із принципу свободи форми договору виходять і Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, які пов'язують момент укладання договору з дотриманням певної форми за умови наполягання на цьому однієї чи обох сторін. Так, відповідно до ст. 2.1.13 Принципів УНІДРУА, якщо під час переговорів одна із сторін наполягає на тому, що договір не буде укладено, доки не дотримано особливої форми, договір слід уважати укладеним у момент оформлення його відповідним

⁶⁷⁵Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН, про договори міжнародної купівлі-продажу товарів : Указ від 23.08.1989 р. № 7978-XI // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1989. –№ 36.– Ст. 108.

чином. У коментарі до зазначеної статті звертається увага на те, що у випадках, коли одна зі сторін або обидві сторони не наполягають на обов'язковому письмовому оформленні їхніх договірних зв'язків, укладання офіційного документа є підтвердженням уже досягнутої угоди⁶⁷⁶. При цьому жодних застережень щодо особливостей використання та умов дотримання електронної форми міжнародних комерційних договорів Принципи УНІДРУА не містять.

Законодавство Європейського Союзу використовує підхід, заснований на визнанні юридичної сили за електронними підписами, а не за електронними повідомленнями. Так, ст. 5 Директиви Європейського парламенту та Ради «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства», містить презумпцію про відповідність удосконалених електронних підписів вимогам, пред'явленим до власноручних підписів у разі, якщо такі підписи базуються на чинних сертифікатах і створені за допомогою безпечних механізмів створення підпису. Відносно інших видів електронних підписів зазначена Директива закріплює обов'язок країн – членів ЄС забезпечувати недопустимість заперечування юридичної сили електронних підписів виключно з причин їх виконання в електронній формі чи базування не на чинному сертифікаті, виданому акредитованим постачальником послуг із сертифікації, чи створення не за допомогою безпечного механізму створення підпису.

На нашу думку, найбільш обґрунтованою є позиція, за якою юридична сила (тобто здатність породжувати юридичні наслідки) має визнаватися не за самим фактом використання електронного підпису, а за електронним документом, підписаним цим підписом, адже, по-перше, електронний підпис використовується тільки, коли сам документ існує в електронному форматі, по-друге, електронний підпис є тільки одним із доказів дійсності електронного документа.

⁶⁷⁶Принципы международных коммерческих договоров УНІДРУА 2004 / пер. с англ. А. С. Комарова. – М. : Статут, 2006. – 735 с.

Вітчизняне законодавство у сфері електронного документообігу виходить із загального визнання можливості створення документів в електронній формі, проте із закріпленням певних обмежень. Згідно зі ст. 8 ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг» юридична сила електронного документа не може бути заперечена виключно через те, що він має електронну форму. Так само відповідно до ст. 3 ЗУ «Про електронний цифровий підпис» електронний підпис не може бути визнаний недійсним лише через те, що він має електронну форму або не ґрунтується на посиленому сертифікаті ключа. При цьому, за українським законодавством, електронний документ не може бути застосовано як оригінал: свідоцтва про право на спадщину; документа, який відповідно до законодавства може бути створений лише в одному оригінальному примірнику, крім випадків існування централізованого сховища оригіналів електронних документів; в інших випадках, передбачених законом.

Законодавчі положення ЦК про правочини, на відміну від вищезазначених законодавчих положень про електронний документообіг, виходять із допустимості електронної форми правочину (у тому числі договору) у випадках, передбачених у законі або за умови наявності письмової угоди сторін відповідного майбутнього правочину. Так, за ч. 3 ст. 207 ЦК України використання при вчиненні правочинів електронно-числового підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, установлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їхніх власноручних підписів [курсив наш. – В. М.]. Із змісту вищезазначених законодавчих положень убачається необхідність досягнення між майбутніми договірними контрагентами угоди про використання електронного підпису (відповідно, укладення договору в електронній формі). При цьому дана угода має містити вказівку щодо засобу засвідчення чинності електронного ключа. Так, відповідно до ст. 5 ЗУ «Про електронний цифровий підпис» фізичні та юридичні особи (за винятком органів державної влади,

органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій державної форми власності⁶⁷⁷) можуть на договірних засадах засвідчувати чинність відкритого ключа сертифікатом ключа, сформованим центром сертифікації ключів, а також використовувати електронний цифровий підпис без сертифіката ключа.

У контексті вищезначеного цілком обґрунтовано виникає питання щодо наслідків відсутності між сторонами угоди про використання електронного підпису, зокрема, з огляду на законодавчі положення про електронний документообіг, які встановлюють презумпцію юридичної сили електронного документа та, відповідно, неможливість її заперечення виключно через його електронну форму.

Міжнародні акти, спрямовані на впорядкування електронної комерції між суб'єктами господарювання з різних країн, не вимагають попередньої домовленості у вигляді окремої письмової угоди сторін про використання електронної форми договору та/або електронного підпису. Так, Конвенція ООН «Про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах» не вимагає від будь-якої сторони використовувати або приймати електронні повідомлення, однак її згода на таке використання або прийняття може бути визначена з її поведінки (див.: ч. 2 ст. 8 Конвенції). Відповідно до ст. 11 Типового закону ЮНСІТРАЛ «Про електронну торгівлю» в контексті укладання контрактів, якщо сторони не домовилися про інше, оферта й акцепт оферти можуть здійснюватися за допомогою повідомлень даних. У випадку, коли при укладенні контракту використовується повідомлення даних, такий контракт не може бути позбавлений дійсності або позивної сили тільки на тій лише підставі, що для цієї мети використовувалося повідомлення даних. Розділ 4.1. Типової угоди Європейської економічної комісії ООН про обмін для міжнародного комерційного використання електронного обміну даними також указує на неможливість заперечення

⁶⁷⁷ Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації державної форми власності для засвідчення чинності відкритого ключа повинні використовувати лише посилений сертифікат ключа.

юридичної сили угоди на підставі того, що вона мала характер ЕОД (електронного обміну даними). Типовий закон ЮНСІТРАЛ «Про електронні підписи» теж не вимагає попередньої домовленості сторін відносно використання документів в електронному вигляді та визнання електронно-цифрового підпису сторін. Згідно з його положеннями, у випадках, коли законодавство вимагає наявності підпису особи, така вимога вважається виконаною відносно повідомлення даних, якщо використано надійний електронний підпис. Слід також наголосити, що означений Типовий закон передбачає визнання юридичної сили іноземних сертифікатів і електронних підписів, що забезпечують еквівалентний рівень надійності, та закріплює критерії такої надійності (див.: ст. ст. 6, 12 Закону). Так само Модельний закон СНД «Про електронний цифровий підпис» виходить із визнання іноземних свідоцтв на відкритий ключ електронного цифрового підпису. Згідно зі ст. 20 Закону електронний цифровий підпис, який може перевірятися відкритим ключем, що має іноземне свідоцтво, випущене однією з країн СНД або країною, з якою є договір про визнання таких свідоцтв чи інший договір, що забезпечує рівноцінну безпеку електронних повідомлень, визнається електронним цифровим підписом відповідно до цього Закону. При цьому правом, що застосовується до відносин між Центром реєстрації та власником свідоцтва, є матеріальне право країни місця видачі реєстраційного свідоцтва.

Чинне українське законодавство не містить положень, спрямованих на визнання розповсюджених в електронній формі іноземних сертифікатів ключів, які засвідчують чинність і належність цих ключів підписувачам, а також не передбачає можливості направлення на легалізацію електронних документів, завірених електронним підписом, у тому числі сертифікатів електронних ключів.⁶⁷⁸

⁶⁷⁸Порядок консульської легалізації офіційних документів, складених на паперових носіях, установлюється Віденською конвенцією «Про консульські зносини» 1963 р., міжнародними договорами за участю України, а також Інструкцією про порядок консульської легалізації офіційних документів в Україні і за кордоном. Вагомим кроком у спрощенні процедури консульської легалізації було приєднання України у 2002 р. до ряду країн – учасниць Гаазької Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів

Відкритим на сьогодні є також питання стосовно можливості укладення всіх, без винятку, господарських договорів в електронній формі. Так, в українському законодавстві відсутній перелік господарських договорів, укладення яких в електронній формі неможливо та/або не дозволяється. Законодавство низки зарубіжних країн виходить із неможливості укладення договорів, що потребують нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації, шляхом обміну електронними повідомленнями.

За чинним законодавством договір, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, є укладеним із моменту його нотаріального посвідчення або державної реєстрації, а в разі необхідності і нотаріального посвідчення і державної реєстрації – з моменту державної реєстрації (див. ч. 3 ст. 60 ЦК України). У свою чергу, згідно з ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг» нотаріальне посвідчення цивільно-правової угоди, укладеної шляхом створення електронного документа (електронних документів), здійснюється в порядку, встановленому законом(але такий порядку до цього часу немає). Відповідно до п. 264 розділу 28 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України № 20/5 від 03.03.2004 р., за наявності технічних можливостей роботи з електронними документами нотаріус засвідчує справжність електронного цифрового підпису на таких документах за правилами, передбаченими пунктом 17 цієї Інструкції та вчиняє посвідчувальний напис⁶⁷⁹ (між тим,

від 1961 р., оскільки документи, на яких був проставлений апостиль, приймаються на території іншої держави – учасниці вище зазначеної Конвенції без будь-якого додаткового оформлення чи засвідчення. На базі цієї Конвенції спільним наказом Міністерства закордонних справ України, Міністерства освіти і науки України, Міністерства юстиції України від 05.12.2003 р. затверджено Правила про ставлення апостиля на офіційних документах, призначених для використання на території інших держав, крім того, Україною укладено міжнародні договори про правову допомогу, відповідно до яких усі офіційні документи, видані компетентними органами однієї Договірної Сторони, приймаються без будь-якого додаткового засвідчення на території іншої Договірної Сторони. Такі договори укладені з державами – членами СНД, Болгарією, Естонією, Латвією, Литвою, Польщею та ін.

⁶⁷⁹Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5. // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 17. – Ст. 632.

п. 17 виключено на підставі наказу Міністерства юстиції № 1062/5 від 15.06.2009 р.).

Нотаріальне посвідчення договору, укладеного в електронній формі, певним чином впливає на його зміст. Із цього приводу заслуговують уваги положення ст. 19 Модельного закону СНД щодо електронної торгівлі, за якими в разі нотаріального посвідчення електронного договору до його змісту додатково мають бути включені зобов'язання однієї зі сторін укласти договір зберігання з нотаріусом та порядок його укладення, а також умови зберігання та доступу сторін до документа, переданого на зберігання, й обов'язково посилання на місцезнаходження документа.

Стосовно державної реєстрації *вітчизняне законодавство про електронний документообіг обходить увагою питання* про можливість її проведення щодо договорів, укладених шляхом створення електронного документа (електронних документів), інакше кажучи, *про можливість укладення договорів, що потребують державної реєстрації, в електронній формі*. Ця проблема ускладнюється й неоднозначністю законодавчої позиції щодо правового значення державної реєстрації: чи є вона окремим елементом форми певних різновидів договорів (у ряді випадків вимога про державну реєстрацію договору мітиться саме в положенні про його форму); чи це додаткова адміністративна процедура набуття договором чинності (відповідно окремий етап укладення певних різновидів договорів); чи це адміністративна дія, значення якої полягає виключно в офіційному визнанні і підтвердженні державою факту виникнення або припинення речового права, що виникає на підставі укладення (виконання) договору? При цьому в самих положеннях нормативно-правових актів, що безпосередньо встановлюють необхідність державної реєстрації відповідного різновиду договору, не завжди чітко визначено значення даної процедури, від якої безпосередньо залежить вирішення питання про чинність (нечинність) договору, який не пройшов установлену щодо нього процедуру державної реєстрації.

На нашу думку, можливість державної реєстрації оригіналу електронного договору⁶⁸⁰, так само як і можливість його нотаріального посвідчення, залежить від наявності в нотаріуса або органу чи особи, яка здійснює державну реєстрацію договорів, технічних можливостей. Під останніми слід розуміти наявність власного сертифікованого електронного підпису та журналу обліку нотаріальних або реєстраційних дій в електронній формі.

Підсумовуючи все вищезазначене, очевидно є потреба в активізації роботи над доопрацюванням проекту ЗУ «Про електронну комерцію» з урахуванням сучасних тенденцій правового регулювання відносин у сфері електронної комерції та міжнародного досвіду впорядкування проблемних питань, що виникають у цій країні. Вважаємо за доцільне також: законодавче закріплення (на рівні ГК України) особливостей укладання господарських договорів через мережу Інтернет із визначенням переліку та/або кваліфікаційних критеріїв господарських договорів, укладання яких в електронній формі неможливо та/або не дозволяється; включення до Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами, до низки положень про державну реєстрацію договорів, умов та порядку нотаріального посвідчення, державної реєстрації договорів, що мають електронну форму; на рівні міжнародних договорів за участю України визнання розповсюджених в електронній формі іноземних сертифікатів ключів, які засвідчують чинність і належність цих ключів підписувачам тощо.

⁶⁸⁰Згідно зі ст. 7 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним цифровим підписом автора. У разі надсилання електронного документа кільком адресатам або його зберігання на кількох електронних носіях інформації, кожний з електронних примірників вважається оригіналом електронного документа. Якщо автором створюються ідентичні за документарною інформацією та реквізитами електронний документ і документ на папері, кожен із документів є оригіналом і має однакову юридичну силу. Оригінал електронного документа повинен давати змогу довести його цілісність та справжність у порядку, визначеному законодавством; у визначених законодавством випадках може бути пред'явлений у візуальній формі відображення, в тому числі в паперовій копії.