

2.3. Правові засади регулювання електронної комерції в Європейському Союзі

Перспективи соціально-економічного розвитку України як розвинутої держави та надійного економічного партнера залежать від реалізації стратегії повноправного членства у світовому економічному співтоваристві. На сьогодні актуальним напрямом є поглиблення

¹ Про електронні довірчі послуги [Електронний ресурс] : Проект Закону України №4685. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59139&pf35401=388068>.

² Гадамський Д. В законопроекте №4685 почти весь текст регламента ЕС об электронной идентификации и доверительных услугах [Електронний ресурс] / Д. В. Гадамський // Юрид. практика. – Режим доступу: <http://pravo.ua/news.php?id=0054936>.

співпраці з країнами Європейського Союзу, для яких характерна перевага наукоємних виробництв й інтелектуальної праці у створенні валового внутрішнього продукту, використання новітніх технологій в економічному житті та зростання ролі інформаційної інфраструктури в системі суспільного відтворення. Інтернаціоналізація економічних процесів призводить до створення необхідних умов для ефективною співпраці між підприємствами та громадянами різних країн у правовому та технічному просторах. Найбільш глибоко така кооперація знайшла відображення в мережі Internet, що дозволяє мінімізувати кордони між країнами в розрізі руху інформації, товарів, результатів інтелектуальної праці. Поглиблення співпраці на основі використання інформаційних технологій, як найбільш доступного та ефективного засобу для її реалізації, потребує створення єдиних правил, що будуть визнаватись усіма учасниками відносин та вдосконалення інфраструктури ринку. Актуальність дослідження можливостей співпраці Україна – ЄС обґрунтовано значним потенціалом можливої взаємодії при мінімальному рівні його реалізації, недосконалістю правил, норм щодо даного процесу, неефективністю наявної інфраструктури в Україні. Всі ці аспекти характерні, у першу чергу, у розрізі електронної торгівлі, наданні інформаційних сервісів, захисту прав та обов'язків суб'єктів взаємовідносин, захисту інтелектуальної власності тощо.

Незважаючи на те, що електронна комерція в сучасному світі набула глобального й розгалуженого характеру, значна частина відносин між її учасниками не регулюється спеціальними, адресованими їм законами або іншими джерелами права. Відомо, що суспільство характеризується певним ступенем організованості, що вимагає узгодження потреб, інтересів окремої людини та співтовариства людей. Необхідність у правовому регулюванні в суспільстві виникає тоді, коли з'являються нові соціально значущі суспільні відносини, за відсутності правової регламентації яких виникають конкретні проблеми при їх здійсненні.

Як зазначає В. Ю. Мочонов¹, з початку 90-х років XX ст. у більшості країн світу зростає кількість законодавчих колізій, так чи інакше

¹ Моченов В. Ю. Правовое регулирование электронной коммерции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. Ю. Моченов. – М., 2006. – 20 с.

пов'язаних із електронною комерцією. Перехід інформаційних відносин з паперової в електронну форму перевищив за своїм значенням і масштабом зміни економічних відносин, які відбулись у зв'язку з трансформацією форм господарювання та виробництва.

Ратифікувавши Угоду про асоціацію з Європейським Союзом 16 вересня 2014 р., Україна взяла на себе ряд зобов'язань правового характеру, зокрема забезпечувати поступову адаптацію законодавства України до законодавства ЄС відповідно до напрямів, визначених в Угоді. Таким напрямком, передбаченим в Угоді, також є електронна комерція.

Інституції Європейського Союзу вперше звернули увагу на правові аспекти електронної комерції в середині 1990-х років. У 1997 році Європейська Комісія видала Повідомлення щодо електронної комерції¹, в якому проголошувалася мета створити узгоджені спільні правові засади до 2000 року, якими б регулювалося ведення електронної комерції в межах ЄС, унаслідок роботи Комісії стало прийняття в 1999 р. Директиви про електронні підписи², а вже у 2000 р. – Директиви про електронну комерцію³ та згодом у 2001 р. – Директиви про Інформаційне Суспільство⁴.

Серед зазначених вище Директив, що відносяться до правового регулювання ЄС у сфері електронної комерції, Директива про електронну комерцію посідає центральне, головне місце. Маючи характер рамкової, вона об'єднала в собі норми з різних питань, вирішення яких назріло в ЄС на час її прийняття та яким в інших правових системах зазвичай присвячено кілька нормативних актів.

Згідно із задекларованим (в т.ч. і в СОТ) підходом ЄС до поставок електронних продуктів, як до надання послуг, Директива оперує поняттям «послуги інформаційного суспільства», який попередньо було

¹ A European Initiative on Electronic Commerce, COM(97), 157 final.

² Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures.

³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

⁴ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

визначено в Директиві¹ як «будь-яка послуга, що зазвичай надається за винагороду, на відстані, електронними засобами та на індивідуальну вимогу отримувача послуги». Поняття «послуга» в розумінні ст. 50 Угоди про створення ЄС, тобто (за визначенням Суду ЄС), що зазвичай надається за винагороду, але при цьому остання не обов'язково може надходити від отримувача послуги. У порядку виключення, послуги, пов'язані з азартними іграми в Інтернеті, вилучено зі сфери дії Директиви.

Головною метою Директиви є усунення юридичних перешкод, що виникають при заснуванні провайдерів Інтернет-послуг в ЄС та наданні ними послуг у межах спільного ринку, за яких електронна комерція в ЄС могла б стало розвиватися. Директива застосовується «горизонтально» й торкається всіх галузей права – чи то публічного, чи то приватного – що стосуються надання послуг інформаційного суспільства. Так, на відміну від американського підходу, згідно з яким відповідальність провайдерів за різні незаконні дії їх клієнтів обмежується різними законами, Директива обмежує всі види юридичної відповідальності провайдерів за всі види незаконної діяльності третіх осіб.

Директива про електронну комерцію² регулює надання послуг інформаційного суспільства як юридичними особами одна одній, так і юридичними особами споживачам-фізичним особам. Спектр послуг, на який направлена Директива, є надзвичайно широким та включає в себе продажі як фізичних товарів (книг, компакт-дисків, ліків), так і цифрових продуктів (електронних книг, програмного забезпечення), а також інформаційних і фінансових послуг. Принцип функціональної еквівалентності паперових документів і електронних повідомлень, проте, не набув у Директиві чіткого вираження. На відміну від Директиви про електронні підписи (ст. 5(1)), посилення на традиційні технології (такі, як власноручний підпис) у Директиві про електронну комерцію не зустрічаються.

¹ Директива 98/34/ЄС, змінена Директивою 98/48/ЄС, ст. 1 (2).

² Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

В цілому Директива налічує п'ять груп норм, кожна з яких присвячена регулюванню певного питання.

1. Положення про внутрішній ринок ЄС.

Ключовим принципом, на якому базується Директива це положення про внутрішній ринок, викладене у ст. 3(1), також відоме як «принцип країни походження», сформульоване наступним чином: «Кожна держава-член забезпечує відповідність наданих послуг інформаційного суспільства постачальником послуг, заснованим на її території, положенням національного законодавства, що застосовуються у відповідній державі-члені та підпадають під сферу координації». Держави-члени також не в праві обмежувати свободу надання послуг інформаційного суспільства з території іншої держави члена з підстав, що впливають із сфери координації (ст. 3(2)).

У свою чергу, «сфера координації» визначається в ст. 2(h) як «вимоги, закладені в правових системах держав-членів, що застосовуються до постачальників послуг інформаційного суспільства або послуг інформаційного суспільства, незалежно від того, чи є вони загального характеру, чи їх було спеціально розроблено». Та сама стаття поділяє правові вимоги до постачальників послуг інформаційного суспільства на дві групи: (1) вимоги щодо започаткування діяльності з надання послуг інформаційного суспільства (такі, як вимоги до кваліфікації, дозволу чи повідомлення) та (2) вимоги щодо власне здійснення такої діяльності (наприклад, вимоги до поведінки постачальника послуг, якості чи змісту послуг, включно з правилами, що стосуються реклами та контрактів, а також відповідальності постачальника послуг). Базуючись на загальному підході ЄС до електронних продуктів як до послуг, Директива **виключає зі сфери координації норми, що стосуються товарів як таких, доставки товарів та послуг, що не надаються електронними засобами** (хоча вони й можуть бути замовлені та оплачені електронним шляхом).

Наслідком положення про внутрішній ринок є те, що держави-члени ЄС *не можуть зупинити чи обмежити надання інформаційних послуг на власній території з території інших держав-членів, окрім у чітко визначених випадках, перелічених у ст. 3(4) та в Додатку*. Таким чином, Директива наслідуює підхід Директиви Телебачення без кордонів, Директиви про захист персональних даних та Директиви про

електронний підпис, кожна з яких дотримується принципу країни походження.

Положення про внутрішній ринок, незважаючи на існуючі виключення з принципу країни походження, сприяє створенню справді єдиного ринку інформаційних послуг у рамках ЄС, конкуренції між постачальниками Інтернет-послуг, не обмеженими державними кордонами та правовими перепонами, та все більшого вибору, що має європейський споживач.

2. Положення, спрямовані на сприяння ринку послуг інформаційного суспільства.

Ця група норм сприяє розвитку ринку послуг інформаційного суспільства в ЄС шляхом заборони попередніх дозволів чи інших рівнозначних вимог щодо започаткування та здійснення діяльності з надання таких послуг (ст. 4), установлення вимог до інформації, яка має надаватися провайдером послуг інформаційного суспільства про себе (ст. 5) та яку мають містити електронні повідомлення комерційного характеру (ст. 6), окреслення вимог до небажаних електронних комерційних повідомлень («спаму») (ст. 7), також надання дозволу особам, які практикують регульовані професії, використовувати у своїй діяльності комерційні електронні повідомлення, дотримуючись при цьому норм професійної етики (ст. 8).

Так, статтею 5 встановлюється обов'язок держав-членів забезпечити надання постачальниками послуг, окрім інформації, надання якої може вимагатися іншими Директивами, підтримувати «легко, безпосередньо та постійно доступною одержувачам послуги та компетентним органам, як мінімум, наступної інформації»: а) найменування постачальника послуг; б) географічна адреса, за якою постачальник послуг зареєстрований; с) реквізити постачальника послуг, включаючи його адресу електронної пошти; д) якщо постачальник послуг зареєстрований у торговому чи подібному реєстрі – інформацію про цей реєстр та реєстраційний номер або еквівалентні засоби ідентифікації постачальника послуг у цьому реєстрі; е) якщо діяльність підлягає ліцензуванню – відомості відповідного контрольного органу.

У тому випадку, якщо провайдер надає інформацію про ціни на свої послуги, то такі ціни мають бути вказані «чітко та однозначно»,

а інформація повинна містити вказівку на те, чи включено до цін податки та витрати на доставку.

Вимоги до змісту комерційних повідомлень, що передаються електронним шляхом установлені ст. 6. На додаток до інших вимог до такої інформації, що можуть пред'являтися законодавством ЄС, держави-члени повинні забезпечити відповідність комерційних повідомлень, які складають цілком чи частково інформаційну послугу, принаймні наступним умовам: а) комерційні повідомлення чітко ідентифікуються як такі; б) фізична чи юридична особа, від імені якої надсилається комерційне повідомлення, чітко ідентифікується; с) промоційні пропозиції, такі як знижки, винагороди та подарунки, якщо такі дозволені в державі-члені, де заснований постачальник послуг, чітко ідентифікуються як такі, а умови, що мають бути задоволені для того, щоб отримати на них право, легко доступні та подаються чітко й однозначно; d) акційні змагання чи ігри, якщо такі дозволяються в державі-члені, де заснований постачальник послуг, чітко ідентифікуються як такі, а умови участі легко доступні та подаються чітко й однозначно.

Вимоги до розсилки та маркування «спаму» встановлюються у ст. 7, яка на додаток до інших вимог законодавства ЄС, зобов'язує держави-члени, що дозволяють надсилання комерційних повідомлень електронною поштою без згоди одержувача, забезпечити чітку й однозначну ідентифікацію такого комерційного повідомлення, відправленого постачальником послуг, заснованим на її території, як такого під час отримання його одержувачем. На держави-члени також покладається обов'язок з дотриманням вимог Директиви про захист прав споживачів у дистанційних контрактах та Директиви стосовно обробки персональних даних і захисту приватності в телекомунікаційному секторі, вживати заходів для забезпечення регулярного консультування та поважання постачальником послуг, який практикує розсилання електронною поштою «спаму», реєстру відмов, в якому можуть реєструватися фізичні особи, які не бажають отримувати «спам».

Статтею 8 Директиви держави-члени зобов'язуються забезпечити відповідність використання комерційних повідомлень, які складають або є складовою інформаційних послуг, що надаються представником

регульованої професії, професійним нормам щодо, зокрема, незалежності, гідності й честі професії, професійної таємниці та справедливості по відношенню до клієнтів та інших представників професії. Не завдаючи шкоди автономії професійних органів та об'єднань, держави-члени та Європейська Комісія повинні заохочувати їх до розробки кодексів поведінки на рівні Співтовариства з метою визначити види інформації, яка може надаватися в комерційних повідомленнях представників регульованих професій. При розробці пропозицій щодо ініціатив на рівні Співтовариства, потреба в яких може виникнути у зв'язку із необхідністю забезпечити належне функціонування внутрішнього ринку послуг представників регульованих професій, Комісія має приділяти належну увагу кодексам поведінки, що застосовуються на рівні Співтовариства, та діяти в тісному співробітництві з відповідними професійними об'єднаннями та органами.

В цілому, норми цієї групи забезпечують рівень впевненості та юридичної захищеності споживачів, необхідний для сталого розвитку ринку послуг інформаційного суспільства в рамках ЄС, а також створення атмосфери певності та правової визначеності серед учасників цього ринку, який ще знаходиться в стадії становлення.

3. Правові засади укладання електронних угод в Європейському Союзі.

Норми, що містяться в статтях 9-11 складають правові засади укладання контрактів із використанням електронних засобів у ЄС. Правила цих статей спрямовані на гармонізацію юридичних вимог до укладання електронних угод, що існують у державах-членах, у тому числі шляхом установаження обов'язку постачальника послуг інформаційного суспільства підтвердити замовлення тим же шляхом, яким воно надійшло – електронним. Відповідно до ст. 9 вимагається від держав-членів законодавчо забезпечити можливість укладання контрактів електронним шляхом. Держави-члени мають, зокрема переконатися, що юридичні вимоги до процесу укладання угод не перешкоджають укладанню електронних контрактів, а також не призводять до невизнання дійсності чи юридичної сили на підставі того, що їх було укладено з використанням електронних засобів. Перелік мінімальної інформації, яку повинен надати постачальник послуг інформаційного суспільства замовнику «чітко, зрозуміло та одно-

значно» до розміщення замовлення міститься в ст. 10 Директиви. Цей перелік, що застосовується на додаток до вимог щодо передконтрактної інформації, які містяться в інших Директивах ЄС, таких як Директива про захист прав споживачів, містить наступні категорії інформації: (а) різні технічні кроки, які необхідно зробити, щоб укласти контракт; (б) чи буде укладений контракт зберігатися постачальником послуг та чи буде він доступним у подальшому; (в) технічні засоби виявлення та виправлення помилок вводу до розміщення замовлення; (г) мови, запропоновані для укладення контракту.

Щодо процедури розміщення замовлення, то ст. 11 передбачає, що постачальник послуг повинен підтвердити отримання замовлення без невиправданої затримки та електронним шляхом. При цьому, як замовлення, так і підтвердження його отримання вважаються отриманими в той момент, коли вони стали доступні адресатам. Постачальник послуг також повинен надати споживачеві «належні, ефективні та доступні» технічні засоби, що дозволять останньому виявити та виправити помилки вводу до розміщення замовлення. Правила ст. 11 не застосовуються, однак, до контрактів, що укладаються виключно шляхом обміну повідомленнями електронної пошти чи інших подібних індивідуальних повідомлень.

У Законі України «Про електронну комерцію»¹ в ст. 11 передбачено диспозитивні вимоги до змісту електронного договору. Відповідно до даної статті електронний договір, окрім визначених Цивільним кодексом України істотних умов для відповідного виду договору, може містити інформацію про (а) технологію (порядок) укладення договору; (б) порядок створення та накладання електронних підписів сторонами договору; (в) можливість та порядок внесення змін до умов договору; (г) спосіб та порядок прийняття пропозиції укласти електронний договір (акцепту); (д) порядок обміну електронними повідомленнями та інформацією між сторонами під час виконання ними своїх зобов'язань; (е) технічні засоби ідентифікації сторони; (є) порядок внесення змін до помилково відправленого прийняття пропозиції укласти електронний договір (акцепту); (ж) можливість вибору мови, що використовується під час укладення та виконання договору.

¹ Про електронну комерцію [Електронний ресурс] : Закон України – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/675-19>.

На нашу думку, в Законі України «Про електронну комерцію» слід передбачити обов'язкові вимоги до інформації, що має надаватися постачальником послуг одержувачу у відповідності з Директивою, а не диспозитивний перелік вимог до електронного договору.

4. *Обмеження відповідальності Інтернет-посередників*

Ця група норм установлює режим юридичної відповідальності провайдерів Інтернет-послуг в ЄС, який став компромісом між необхідністю забезпечення вільного руху інформації мережею завдяки посередницьким послугам, без яких функціонування Інтернету неможливе, та створення сприятливих правових умов для розвитку як самого Інтернету, так і комерційної діяльності з його використанням.

Режим юридичної відповідальності постачальників послуг Інтернету (т.зв. провайдерів) в ЄС установлюється статтями 12-15 Директиви про електронну комерцію. Директива про Інформаційне Суспільство, звільняючи в ст. 5(1) посередників від відповідальності за порушення права на відтворення при створенні тимчасових копій для цілей «передачі в мережі між третіми особами», все ж таки вимагає в ст. 8(3) від держав-членів забезпечення права володільців авторських та суміжних прав звернутися до суду з метою отримання судової заборони проти посередників, чиї послуги використовуються третіми особами для порушення авторських та суміжних прав.

Стаття 15 Директиви забороняє державам-членам ЄС покладати на Інтернет-посередників обов'язок здійснювати загальний моніторинг інформації, яку вони передають або зберігають, чи активно відшукувати факти або обставини, що вказують на незаконну діяльність користувачів Інтернету. Проте в конкретних, чітко визначених випадках компетентні органи держав-членів можуть вимагати здійснення моніторингу інформації згідно національного законодавства (преамбула 47). Держави-члени також можуть передбачити обов'язки для провайдерів інформувати компетентні державні органи про, як їм здається, незаконну діяльність, що здійснюється, чи інформацію, що розповсюджується одержувачем їх послуг, або обов'язки повідомляти компетентні органи за їх запитом про інформацію, яка надає можливість ідентифікувати одержувачів послуг, з якими вони мають угоди про зберігання інформації (ст. 15(2)).

Статтями 12-14 Директиви встановлюються чітко визначені обмеження юридичної відповідальності Інтернет-посередників, послуги яких полягають у простій передачі, тимчасовому зберіганні («кешуванні») чи розміщенні на сервері («хостингу») інформації. Таким чином, обмеження відповідальності застосовується відповідно до типу послуг провайдерів, а не типу останніх чи інформації, що ними передається або зберігається. Встановлені обмеження мають горизонтальний характер, що означає, що вони відносяться до всіх видів юридичної відповідальності – кримінальної, цивільної, адміністративної – та всіх видів незаконних дій користувачів Інтернету. Директива не зачіпає відповідальності осіб, які є джерелом інформації, а також не стосується відповідальності Інтернет-посередників у випадках, не передбачених у статтях 12-14.

Кожна з цих статей передбачає «можливість для суду чи адміністративного органу, відповідно до правових систем держав-членів, вимагати від постачальника послуг припинення чи запобігання порушення», а у випадку «хостингу» за державами-членами ще й зберігається право «встановлювати процедури, що регулюють усунення чи унеможливлення доступу до інформації» (ст. 14). Більше того, Директива не впливає на здатність держав-членів вимагати від постачальників послуг «хостингу» проявляти належний рівень дбання, який логічно було б очікувати з їх боку та який має відповідати нормам національного законодавства, з метою виявлення та запобігання певним видам незаконної діяльності (преамбула 48).

Таким чином, Директива виступає намаганням досягти оптимального балансу інтересів користувачів та постачальників основних послуг Інтернету, без яких він просто не може функціонувати, та правоохоронних органів і держави в цілому, покликаних забезпечити дотримання законності при використанні Інтернету, в тому числі й у комерційних цілях.

Частково правові проблеми, виникаючі у процесі електронної торгівлі при передачі товару в ЄС, врегульовуються шляхом застосування положень Директиви Євросоюзу про захист споживача щодо договорів, що укладаються поза приміщенням для здійснення підпри-

емницької діяльності¹. В цілому ця Директива регулює право споживача на відмову від операції з поставки товарів або послуг при здійсненні її поза торгових приміщень і визначає умови реалізації такого права. Застосовуючи метод аналогії, норми цієї Директиви використовуються для правового регулювання відносин, пов'язаних з поставкою товарів чи послуг, замовлення яких здійснюється за допомогою Інтернет-технологій.

Подальшим розвитком цього питання було прийняття Директиви Євросоюзу «Про захист прав споживачів щодо дистанційних контрактів». Так, відповідно до цієї Директиви «дистанційним контрактом» вважається будь-який договір щодо товарів чи послуг, укладений між постачальником і споживачем у режимі дистанційного продажу або надання послуг постачальником, який з метою виконання договору використовує виключно один або більше дистанційних засобів зв'язку, включаючи момент укладення договору². У статті 4 цієї Директиви визначено вимоги до наданої споживачу інформації перед укладенням дистанційного контракту. Так, попередньо, до укладення дистанційного контракту споживачеві повинна бути надана така інформація: (а) ідентифікаційні дані постачальника і (в разі, якщо контракт вимагає передоплату) його адреса; (б) основні характеристики товарів чи послуг; ціна товару або послуги, включаючи всі податки; (в) витрати на доставку – у разі необхідності; (г) умови оплати, доставки чи виконання; (д) наявність права припинення контракту; (е) період часу, протягом якого пропозиція чи ціна залишається в силі.

В українському законодавстві проблема правового регулювання укладення та виконання договорів купівлі-продажу з використанням мережі Інтернет та Інтернет-технологій у прямій постановці ще остаточно не вирішена. Однак аналіз законодавства не дозволяє вести

¹ О защите потребителя в отношении договоров, заключаемых вне помещения для осуществления предпринимательской деятельности [Електронний ресурс] : Директива 85/577/ЕЭС от 20 дек. 1985 г. – Режим доступу: http://www.eulaw.edu.ru/documents/legislation/svob_peredv/svoboda_pered10.htm.

² Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts – Statement by the Council and the Parliament re Article 6 (1) – Statement by the Commission re Article 3 (1) // Official Journal L 144, 04/06/1997 P. 0019 – 0027. – Режим доступу: <http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX :31997L0007:EN:HTML>.

мову про будь-який прийнятний рівень відповідності законодавства України вимогам Директиви про електронну комерцію. Хоча значне співпадіння позицій правового регулювання даної сфери має місце. Наприклад, у випадку відсутності вимоги ліцензування діяльності провайдерів Інтернет-послуг як в ЄС, так і в Україні. Ліцензування такого виду діяльності забороняється Директивою й не передбачено Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», що є цілком природно, бо на відміну від діяльності у сфері телекомунікацій (яка ліцензується і в ЄС, і в Україні), діяльність постачальників інформаційних послуг не вимагає використання складного обладнання, дотримання складних технологічних процедур, стандартів чи правил безпеки, спеціальної підготовки персоналу, спеціально обладнаних приміщень тощо.

Аналогічним чином деякі положення Закону України «Про захист прав споживачів»¹ частково відповідають вимогам Директиви до інформації, яка має надаватися провайдерами послуг інформаційного суспільства про себе (ст. 5), яку мають містити електронні повідомлення комерційного характеру (ст. 6) та яку повинен надати постачальник послуг інформаційного суспільства замовнику до розміщення заказу (ст. 10). Закон також, як і Директива (ст. 11) містить норми щодо порядку підтвердження замовлення.

Так, Закон «Про захист прав споживачів» надає право споживачеві на «необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про продукцію, її кількість, якість, асортимент, а також про її виробника (виконавця, продавця)» (ст. 4 ч. 4), що аж ніяк не відповідає повному переліку категорій інформації, що має бути надана постачальником послуг інформаційного суспільства про себе згідно ст. 5 Директиви.

Вимог до змісту електронних повідомлень комерційного характеру Закон України «Про захист прав споживачів» не містить зовсім, проте Закон України «Про рекламу»² містить правила, які значно деталізують правила ст. 6 Директиви. Так, ст. 9 Закону вимагає чітко відокремлення реклами від іншої інформації незалежно від форм

¹ Про захист прав споживачів [Електронний ресурс] : Закон України. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>.

² Про рекламу [Електронний ресурс] : Закон України. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80>.

чи способів розповсюдження таким чином, щоб її можна було ідентифікувати як таку. Згідно ст. 15 Закону розповсюджується реклама послуг, що надається з використанням електров'язку, в тому числі телефонного, має містити точну інформацію про (а) зміст рекламованої послуги; (б) її вартість; (в) вікові та інші обмеження, встановлені законодавством і виробником послуги щодо кола споживачів рекламованої послуги; (г) платне чи безплатне використання каналу телефонного зв'язку при наданні рекламованої послуги й вартість однієї хвилини телефонного зв'язку при отриманні послуги у відповідному регіоні; (д) повне ім'я, найменування та адресу надавача рекламованої послуги.

При цьому вищенаведена інформація має подаватися шрифтом не менше половини розміру шрифту, яким подано номер телефону, що використовується для надання рекламованої послуги, а розповсюдження реклами з використанням телексового чи факсимільного зв'язку, а також безплатних номерів телефонів міліції, швидкої медичної допомоги, пожежної охорони та інших аварійних служб взагалі забороняється.

Відповідно до ст. 8 Закону «Про рекламу» реклама про проведення конкурсів, лотерей, розіграшів призів, заходів рекламного характеру тощо повинна містити інформацію про строки та місце проведення цих заходів та вказувати інформаційне джерело, з якого можна дізнатися про умови та місце проведення цих заходів (ч. 3), а реклама про знижку цін на продукцію, про розпродаж повинна містити відомості про місце, дату початку і закінчення знижки цін на продукцію, розпродаж, а також про співвідношення розміру знижки до попередньої ціни реалізації товару (ч. 5). Обидві норми, знову ж таки, відповідають вимогам ст. 6 Директиви і навіть установлюють суворіші стандарти, вимагаючи надання конкретних відомостей щодо акцій (місця проведення, строків, розміру знижки). До того ж Закон вимагає подання інформації про будь-які зміни умов, місця та строків проведення конкурсів, лотерей, розіграшів призів, заходів рекламного характеру тощо в тому самому порядку, в якому вона була первісно розповсюджена (ст. 8 ч. 5 абз. 2).

Перелік категорій інформації, яку перед укладенням договору на відстані продавець (виконавець) повинен надати споживачеві, міс-

тється в Законі України «Про захист прав споживачів» (ст. 13 ч. 2) і включає наступне: (1) найменування продавця (виконавця), його місцезнаходження та порядок прийняття претензії; (2) основні характеристики продукції; (3) ціну, включаючи плату за доставку, та умови оплати; (4) гарантійні зобов'язання та інші послуги, пов'язані з утриманням чи ремонтом продукції; (5) інші умови поставки або виконання договору; (6) мінімальну тривалість договору, якщо він передбачає періодичні поставки продукції або послуг; (7) вартість телекомунікаційних послуг, якщо вона відрізняється від граничного тарифу; (8) період прийняття пропозицій; (9) порядок розірвання договору.

Як бачимо, вимоги ст. 10 Директиви не знайшли відображення в ч. 2 ст. 13 Закону, а інформація про найменування й місцезнаходження провайдера, а також ціну (якщо вона подається) має надаватися постачальником послуг за Директивою постійно (наприклад, на веб-сайті), а не лише перед укладанням договору, й не лише одержувачам послуг, а й компетентним державним органам.

Відповідно до ч. 3 ст. 13 Закону факт надання інформації відповідно до вимог ч.2 тієї ж статті повинен бути підтверджений письмово або за допомогою електронного повідомлення. Виключення зроблено лише для послуг, що надаються засобами дистанційного зв'язку й оплачуються через оператора телекомунікаційних послуг: підтвердження в такому випадку не вимагається. Підтверджена інформація не може бути змінена продавцем (виконавцем) в односторонньому порядку. Невідповідність підтвердження інформації вимогам ч. 3 ст. 13 не тягне за собою недійсність угоди, а лише збільшує строк, протягом якого споживач має право розірвати договір до 90 днів з моменту одержання такої інформації, а у разі продажу матеріальних речей – з моменту одержання товару або першої поставки товару. Якщо протягом цього строку підтвердження інформації було виправлене, споживач має право розірвати договір протягом 14 днів з моменту одержання виправленого підтвердження (ст. 13 ч. 4).

Саме тому, правила частин 3 і 4 ст. 13 Закону лише частково відповідають вимогам ст. 11 Директиви, яка передбачає підтвердження отримання замовлення «без невиправданої затримки» та виключно електронним шляхом. Згідно тієї ж статті Директиви, як замовлення, так і підтвердження його отримання вважаються отриманими в той

момент, коли вони стали доступні адресатам, а постачальник послуг повинен надати споживачеві «належні, ефективні та доступні» технічні засоби, що дозволять останньому виявити та виправити помилки вводу до розміщення замовлення. Виключення з правил ст. 11 зроблено для контрактів, що укладаються «виключно шляхом обміну повідомленнями електронної пошти чи інших подібних індивідуальних повідомлень».

Поняття «спам» було введено в українське законодавство Правилами надання та отримання телекомунікаційних послуг¹, які визначили його як «не замовлені попередньо споживачами електронні повідомлення, які або є масовими, або в яких не наведено достовірні відомості про повну назву, власну поштову чи електронну адресу замовника чи відправника цих повідомлень, або подальше отримання яких споживач не може припинити шляхом інформування про це замовника чи відправника». Відповідно до Правил розсилання, а також замовлення та пропонування розсилання споживачем телекомунікаційних послуг (абонентом) забороняється, що не суперечить вимогам Директиви, оскільки повна заборона спаму не забороняється правом ЄС, і така можливість прямо передбачена в ст. 7(1) Директиви.

Що стосується комерційних повідомлень представників регульованих професій, то в цьому випадку знову можна вести мову про спонтанне співпадання позицій європейських та українських законодавців. Причиною появи ст. 8 Директиви стала велика різниця в національних правилах щодо реклами послуг представників регульованих професій. В одних державах-членах послуги, наприклад, адвокатів, нотаріусів чи бухгалтерів суворо забороняються, і навіть розміщення інформації про такі послуги на веб-сайті вважаються рекламою, а в інших – подібні обмеження відсутні.

В Україні обмеження на зміст комерційних повідомлень представників професій, що відносяться в державах-членах ЄС до регульованих, існує виключно у вигляді заборони участі «лікарів та інших професійних медичних працівників, а також осіб, зовнішній вигляд

¹ Правила надання та отримання телекомунікаційних послуг [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/295-2012-%D0%BF>.

яких імітує зовнішній вигляд лікарів» у рекламі «лікарських засобів, медичної техніки, методів профілактики, діагностики, лікування й реабілітації», встановлений ч.7 ст. 21 Закону «Про рекламу».

Щодо обмеження відповідальності за дії третіх осіб, то вона надається в Україні на даний час лише операторам та провайдерам телекомунікацій. Згідно із загальним правилом, що містить ч. 4 ст. 40-4 Закону України «Про телекомунікації»¹, оператори та провайдери телекомунікацій не несуть відповідальності за зміст інформації, що передається їх мережами. Умови звільнення операторів та провайдерів від відповідальності за дії їх клієнтів

(абонентів) у Законі не наводяться. Натомість, у Законі детально прописані обов'язки операторів та провайдерів телекомунікацій, що не суперечать вимогам ст. 15(2) Директиви, а саме: (а) зберігати записи про надані телекомунікаційні послуги протягом строку позовної давності, визначеного законом та надавати інформацію про надані телекомунікаційні послуги в порядку, встановленому законом (ст. 39 ч. 1 п. 7); (б) на підставі рішення суду обмежувати доступ своїх абонентів до ресурсів, через які здійснюється розповсюдження дитячої порнографії (ст. 39 ч. 1 п. 18); (в) зберігати та надавати інформацію про з'єднання свого абонента в порядку, встановленому законом (ст. 39 ч. 2 абз. 2); (г) виконувати інші обов'язки відповідно до законодавства України (ст. 39 ч. 1 п. 19).

Крім того, оператори телекомунікацій зобов'язані за власні кошти встановлювати на своїх телекомунікаційних мережах технічні засоби, необхідні для здійснення вповноваженими органами оперативно-розшукових заходів, і забезпечувати функціонування цих технічних засобів, а також у межах своїх повноважень сприяти проведенню оперативно-розшукових заходів та недопущенню розголошення організаційних і тактичних прийомів їх проведення. Оператори телекомунікацій зобов'язані також забезпечувати захист зазначених технічних засобів від несанкціонованого доступу (ст. 39 ч. 4).

Відключення на підставі рішення суду кінцевого обладнання, якщо воно використовується абонентом для вчинення протиправних дій або дій, що загрожують інтересам державної безпеки згідно За-

¹ Про телекомунікації [Електронний ресурс] : Закон України. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1280-15>.

кону (ст. 38 ч. 1 п. 9) є правом операторів та провайдерів телекомунікацій (обмежене порядком відключення кінцевого обладнання деяким державним органам, встановленого Кабінетом Міністрів України). Це право, очевидно, є суб'єктивним по відношенню до абонентів, проте відповідного обов'язку операторів чи провайдерів Закон не встановлює.

В силу того, що провайдери та оператори телекомунікацій можуть грати роль Інтернет-посередників, які надають послуги зі звичайного передавання даних у телекомунікаційних мережах, наведені вище норми Закону України «Про телекомунікації» можуть розглядатися як такі, що частково задовольняють вимогам Директиви щодо обмеження відповідальності постачальника послуг при здійсненні звичайного передавання та його обов'язку припинити або попередити скоєння правопорушення, який може покладатися на постачальника послуг судом чи адміністративним органом згідно національного законодавства (ст. 12).

Обмеження ж відповідальності Інтернет-посередників при наданні інших видів Інтернет-послуг усе ще чекають на втілення в законодавстві України.

З усіх положень Директиви, норми ст. 9 можуть вважатися такими, яким українське законодавство відповідає найбільш повно. Це пояснюється тим, що ця стаття містить лише загальне правило про дійсність електронних контрактів та неперешкодження їх укладенню, а також перелік категорій угод, до яких держави-члени мають право не застосовувати вимоги Директиви. Детальне ж регулювання процедури укладання угод, в т.ч. і електронним шляхом, залишається прерогативою цивільного права держав-членів, а порядок використання електронних підписів регулюється Директивою про електронні підписи та відповідним імплементуючим законодавством. До того ж, навіть за браком спеціального законодавства з питань електронної комерції, законодавство України (як і законодавство ЄС) зазнало впливу Модельних Законів ЮНСІТРАЛ, особливо тих їх положень, що стосуються дійсності та порядку укладання електронних контрактів з використанням електронного підпису.

Ведучи мову про національне законодавство, слід відмітити, що на сьогодні можливість суб'єктів електронної комерції в Україні

укладати договори в електронній формі ґрунтується на взаємній згоді контрагентів, задля досягнення якої один із них повинен зробити пропозицію про укладання договору – оферту, а інший – надати згоду на цю пропозицію – акцепт. Згідно з чинним цивільним законодавством договір вважається укладеним, коли між сторонами в потрібній у належних випадках формі досягнуто згоди по всіх істотних умовах. Порядок укладання господарських договорів, своєю чергою, підпорядковується, перш за все, загальному режиму, встановленому для цивільних правочинів.

Стосовного ж електронного документа, то в нормативних актах України неодноразово використовується термін «електронний документ», але визначається по різному. Стаття 5 Закону «Про електронні документи та електронний документообіг»¹ визначає термін «електронний документ» як «документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов’язкові реквізити документа» (ст. 5). Наведене у Законі визначення є не зовсім вдалим, оскільки воно не враховує вимог, що висуваються до документа взагалі, а також не акцентується увага на тому, що документ взагалі, та електронний документ зокрема, – це матеріальна форма відображення, поширення, тощо інформації, яка виступає змістом документа. При цьому поняття «електронні дані», за допомогою якого визначається термін «електронний документ» не визначено, а обов’язкові реквізити електронного документа не перераховано.

Закон «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні»² в ст. 1 дає визначення поняття електронного документа як документа, інформація в якому представлена у формі електронних даних, включаючи відповідні реквізити документа, в тому числі й електронний цифровий підпис, який може бути сформований, переданий, збережений і перетворений електронними засобами у візуальну форму чи на папері. Оскільки цей Закон є спеціальним, призначеним для регулювання досить вузького кола відносин – загальних засад функціонування платіжних систем в Україні, тому й поняття електронного

¹ Про електронні документи та електронний документообіг [Електронний ресурс] : Закон України. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/851-15>.

² Про платіжні системи та переказ коштів в Україні [Електронний ресурс] : Закон України. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2346-14>.

документа, визначення якого наводиться в Законі, також використовується саме в контексті зазначеного вузького кола правовідносин. Водночас, наведене визначення справедливо підкреслює, що електронний документ є документом, особливість якого полягає у використанні електронних носіїв для фіксації інформації, що складає його зміст.

Інструкція «Про міжбанківські розрахунки в Україні»¹, у п. 5 «Загальних положень» використовує поняття електронного розрахункового документа, який визначається як документ на переказ, сформований банком на підставі розрахункових документів банку, клієнтів, документів на переказ готівки, доручень на договірне списання, та представлений у формі електронних даних, що включають відповідні реквізити документа, у тому числі й електронний цифровий підпис. Вказане поняття є вузькоспеціалізованим та використовується виключно при проведенні міжбанківських розрахунків, а також при проведенні розрахунків через систему електронних платежів Національного банку України.

Як бачимо, в Україні бракує єдиного підходу до розуміння й визначення поняття «електронний документ». Проте можна виокремити його загальні ознаки, які наявні у вищенаведених визначеннях електронного документа:

- зміст електронного документа складає інформація, зафіксована на тому чи іншому електронному носії;
- візуальною формою подання електронного документа є відображення даних, які він містить, електронними засобами або на папері у формі, придатній для сприйняття його змісту людиною.

Вирішуючи питання про співвідношення понять «документ» та «електронний документ», необхідно зазначити, що єдина відмінність між ними полягає у виді матеріального носія, що використовується для фіксації його змісту (паперовий чи електронний). Усі вимоги, що висуваються до документа на паперовому носії повністю виконуються електронним. Так, електронний документ закріплює певні відомості про правові відносини між особами, що здійснюють електронну комерцію (вимога до змісту). Вчинення правочинів у електронній

¹ Про міжбанківські розрахунки в Україні [Електронний ресурс] : інструкція. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0053-00>.

формі означає, що вони матеріалізуються на електронному носії (жорсткий диск, компакт-диск, дискета, сервер тощо).

Як підсумок, нещодавно прийнятий Закон України «Про електронну комерцію» в цілому відповідаючи положенням Директиви «Про електронну комерцію», проте містить деякі розбіжності із правом ЄС в частині прав споживачів, а також не містить обов'язкових вимог до інформації, що має надаватися постачальником послуг одержувачу у відповідності з Директивою, а лише диспозитивний перелік вимог до електронного договору, окрім того, регулює значно ширше коло відносин, зокрема використання електронного підпису, укладення правочинів у електронній комерції, однак входить у деякі протиріччя з Директивою Європейського Союзу «Про електронну комерцію» та Розпорядженням Європейського Союзу щодо електронної ідентифікації та довірчих послуг для цілей електронних трансакцій на внутрішньому ринку. У Законі «Про електронну комерцію» використовується термінологія, не характерна для Цивільного кодексу України та його положень, створюється ряд юридичних колізій, зокрема із Законом «Про електронний цифровий підпис», а тому має бути приведений у відповідність не тільки з нормами й положеннями Директиви про електронну комерцію шляхом скасування та зміни ряду положень, а й із внутрішнім законодавством України.

У силу особливого характеру суспільних відносин, виникаючих при використанні електронних засобів зв'язку в комерційних цілях, комплексне та системне регулювання електронної комерції в Україні повинно бути й надалі розвиватися шляхом внесення відповідних змін до спеціального закону, а також до Цивільного та Господарського кодексів України. Спеціальне законодавство повинно врегулювати всі суттєві аспекти комерційного використання мереж електровз'язку при вчиненні правочинів, зокрема процедура укладання договорів електронним шляхом, умови договору, що укладається через мережі електровз'язку, порядок використання електронних документів, їх оригінали, підтвердження одержання електронних документів, використання електронних підписів тощо. При цьому рекомендується відмовитися від вживання терміну «електронна торгівля», аби запобігти термінологічних конфліктів з чисельними нормативно-правовими актами, в яких вживається термін

«торгівля» (наприклад, Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»).

Втім на сьогодні залишаються деякі невирішені правові питання в цій царині. Так, узгодженню підлягають правила скасування, подання скарг та відшкодування щодо країни відповідно до законодавства країни, де проживає чи зареєстрований споживач/клієнт. Тобто, при здійсненні продажів з України в ЄС необхідно визначити основні засади законодавства щодо даних аспектів.

Варто відзначити, що переваги Директиви ЄС, як і Закону України «Про електронну комерцію» не можуть в повному обсязі бути використаними підприємствами, що мають проблеми з інфраструктурою для онлайн-торгівлі, недостатність навичок з міжнародної торгівлі, незнання мов, хочуть продавати товари, що потребують адаптації для різних країн, мають невідомий бренд та стикаються з необхідністю відслідковувати смаки та тенденції в інших країнах. Усі ці проблеми та недоліки є вагомими навіть з упровадженням Директиви. У той же час, відсутність визнання Директиви на всьому просторі ЄС призводить до того, що підприємство навіть не здійснює міжнародної торгівлі, але відповідно до розміщеної інформації на його веб-сайті чи он-лайн реклами може підпадати під судові позови відповідно до законодавства іншої країни та бути відповідачем у іншій державі-члені Євросоюзу.

Приведення законодавства України у сфері електронної комерції у відповідність до законодавства ЄС має переслідувати мету зробити вітчизняних підприємств повноправними учасниками електронного ринку ЄС та сприяти росту збуту товарів та послуг підприємств України на ринках країн Європейського Союзу. Це стосується, приміром, норм, які сприятимуть визнанню дійсності та юридичної сили згенерованих в Україні електронних підписів та електронних сертифікатів, виданих в Україні. При розробці національного законодавства у сфері електронної комерції, особливо норм, що стосуються визнання дійсності та юридичної сили електронних угод, а також порядку їх укладання, як мінімальний стандарт слід використовувати Модельні закони ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю та про електронні підписи, що свого часу було зроблено ЄС та його державами-членами.