

2.1. Правові аспекти виникнення та реалізації договірних відносин у мережі Інтернет

Однією з основних тенденцій розвитку сучасного суспільства є широке залучення інформаційної мережі Інтернет практично до всіх сфер життєдіяльності, зокрема до сфери підприємницької (комерційної) діяльності. Під час безпосереднього здійснення господарської діяльності у сфері електронної комерції між суб'єктами господарювання виникають майнові й інші відносини, більшість із яких набувають договірних форм. Українське законодавство довгий час не визначало ключових засад регулювання договірних відносин, що виникають та реалізуються в мережі Інтернет, а обмежувалося тільки загальними правилами про електронний документообіг (ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг»¹, ЗУ «Про електронний цифровий підпис»²). Однак і прийняття 3 вересня 2015 року ЗУ «Про електронну комерцію» не створило підґрунтя для належного господарсько-правового регулювання договірних відносин у сфері електронної комерції та залишило без відповіді низку важливих питань, пов'язаних з укладанням та виконанням договорів у мережі Інтернет. Крім того, незважаючи на посилений науковий інтерес до феномену електронної комерції, донині не сформовано єдиних теоретичних підходів щодо вирішення проблемних питань правового регулювання цієї сфери, а зміст деяких базових для неї понять залишається дискусійним. Це стосується й самого поняття

¹ Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 275.

² Про електронний цифровий підпис : Закон України від 22.05.2003 // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 276.

електронної комерції, щодо загального розуміння змісту якого на теоретичному рівні сформувався два основні підходи. У вузькому розумінні електронна комерція (e-commerce) розглядається як торгівля через мережу Інтернет, у широкому – як ведення бізнесу в глобальних інформаційних мережах, що охоплює електронний обмін інформацією (Electronic Data Interchange, EDI), електронний рух капіталу (Electronic Funds Transfer, EFS), електронну торгівлю (E-Trade), електронні гроші (E-Cash), електронний маркетинг (E-Marketing), електронний банкінг (E-Banking), електронні страхові послуги (E-Insurance) тощо¹.

У статті 3 ЗУ «Про електронну комерцію»² електронну комерцію визначено як відносини, які спрямовані на отримання прибутку, що виникають під час учинення правочинів щодо набуття, змінення або припинення цивільних прав та обов'язків, та які здійснені дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, унаслідок чого в учасників таких відносин виникають права та обов'язки майнового характеру. Як бачимо, для віддзеркалення багатогранності поняття «електронна комерція», осердя його законодавчого визначення репрезентоване категорією «відносини», основними кваліфікаційними ознаками яких є: а) «спрямованість» на отримання прибутку на досягнення цієї мети може бути спрямовано діяльність чи економічну операцію та/або договір, який її опосередковує, однак не відносини); б) дистанційне (віртуальне) «здійснення» (з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем); в) майновий характер (виникнення в учасників цих відносин прав та обов'язків майнового характеру).

Як структурний складник економіки країни електронна комерція, з одного боку, ґрунтується на загальноекономічних законах, а з іншого – повністю або частково ведеться у віртуальному просторі (мережі Інтернет), який не має географічних кордонів, що вимагає спеціального регулювання відносин, що виникають у межах цього складника.

¹ Мельник О. В. Електронна комерція як складова частина електронного бізнесу [Електронний ресурс] // Сучасна наука XXI століття : XI Міжнар. наук. інтернет-конф. – Режим доступу: <http://intkonf.org/melnik-ov-elektronna-komertsiya>.

² Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 // Відом. Верхов. Ради України. – 2015. – №45. – Ст. 410.

Основними сегментами сфери електронної комерції, визнаними правом і доктриною більшості європейських країн, є: 1) відносини між суб'єктами господарювання – виробниками, оптовими посередниками, оптовими клієнтами щодо здійснення оптових закупівель та поставок товарів, надання послуг (business-to-business, B2B); 2) відносини господарських структур з державними органами, організаціями, зокрема щодо проведення державних закупівель через мережу Internet (business-to-administration, B2A); 3) відносини між електронними магазинами та безпосередніми споживачами товарів щодо здійснення роздрібною купівлі-продажу (business-to-consumer, B2C); 4) відносини між споживачами (фізичними особами) з приводу обміну комерційною інформацією щодо продажу та/або придбання того чи іншого товару й безпосереднього здійснення самих торговельних операцій, як правило, за участю посередника – організатора торговельного майданчика (інтернет-аукціону, сайту-оголошень про купівлю/продаж тощо) (consumer-to-consumer, C2C); 5) відносини між споживачами й державою в особі відповідних органів з питань захисту прав споживачів в електронному сегменті ринку (consumer-to-administration, C2A). Попри визначену сегментацію предметом регулювання українського Закону «Про електронну комерцію» не є не тільки електронні правочини, відносно яких передбачено окреме (спеціальне) правове регулювання (правочини, що вчиняються шляхом використання електронної системи закупівель відповідно до ЗУ «Про публічні закупівлі»), але й відносини, що виникають у межах інших сегментів цієї сфери. Наприклад, ЗУ «Про електронну комерцію» не поширює свою дію на правочини, якщо однією зі сторін є: а) фізична особа, яка не зареєстрована як фізична особа – підприємець та реалізує або пропонує до реалізації товари, виконує роботи, надає послуги з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, крім випадків, коли сторони прямо домовилися про застосування положень цього Закону до правочину; б) орган державної влади або орган місцевого самоврядування в частині виконання ним функцій держави або місцевого самоврядування, незважаючи на те, що ці органи в частині виконання вищеназваних функцій визначені в ст. 6 цього ж Закону як учасники відносин у сфері електронної комерції.

Як уже відзначалося, більшість відносин, що виникають і реалізуються у сфері електронної комерції, мають договірний характер. На доктринальному рівні сформувався різні підходи як щодо розуміння поняття «електронний договір (контракт)», так і стосовно класифікації таких договорів. Дослідник А. В. Зажигалкін зауважує, що особливість електронного договору визначається не предметом, а методом його укладання¹. Із цією позицією не варто погоджуватися, оскільки використання можливостей мережі Інтернет як під час укладання, так і виконання договорів впливає на різні аспекти договірних відносин, що «обтяжуються» одним або декількома «електронними елементами». Такими елементами може бути не тільки спосіб та/або процедура укладення договору за допомогою електронних засобів взаємодії, а й електронна форма договору, електронний товар/послуга (як об'єкти договору створені у віртуальному просторі), електронні об'єкти торговельної мережі (електронні магазини, електронні концентратори), віртуальні посередники сторін договору (електронні агенти), електронні розрахунки за договором тощо.

Науковець І. М. Рассолов запропонував об'єднати всі договори, укладені в інтерактивному режимі в окреме договірне угруповання під назвою «мережевий договір», яка, на думку вченого, найбільш повно відбиває сутність електронних мережевих обмінів, під час яких уся інформація подана в електронно-цифровій формі². Проте, на погляд більшості дослідників цієї проблематики, для позначення договорів, що виникають та виконуються в процесі електронної (віртуальної) взаємодії сторін, більш точним є поняття «електронний договір», що співвідноситься із поняттям «мережевий договір» як ціле та частка (мережевий договір є тільки одним із видів електронних договорів). Так, до мережевих належать договори із провайдерами та інтернет-компаніями про надання послуг доступу до мережі Інтернет³,

¹ Зажигалкин А. В. Международно-правовое регулирование электронной торговли : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. В. Зажигалкин. – СПб., 2005. – С. 126.

² Рассолов И. М. Информационное право : учебник / И. М. Рассолов. – М. : Юрайт, 2013. – С. 304–305.

³ За договором про надання послуг доступу до мережі Інтернет одна сторона (провайдер) виконує підключення каналу зв'язку до порту власного устаткування (порту Провайдера) і надає Абонентові послугу доступу через канал зв'язку до мережі Internet / IP Telecomі забезпечує технічне підтримання послуги, а друга сторона (абонент) ухвалює й оплачує послуги провайдера.

про надання телекомунікаційних послуг електрозв'язку¹, про надання телекомунікаційних послуг електрозв'язку із захищеного доступу до мережі Інтернет², а також послуг інформаційного характеру (а в деяких випадках – й іншого, наприклад послуг поштовому зв'язку, надаваних компаніями Mail.ru, Yandex, Gmail.com, Rambler.ru).

Дослідник С. В. Петровський запропонував розподіл договорів в інтернет-середовищі на два види: договори про надання послуг в Інтернеті; договори на передання інформації через Інтернет³. Більш розгорнуту класифікацію договорів, що укладаються в мережі Інтернет, надав науковець І. В. Невзоров, на думку якого вказане договірне угруповання репрезентоване (1) договорами про надання: доступу до мережі Інтернет; послуг хостингу та реєстрації доменних імен; послуг з адміністрування та технічного супроводу публічного домену, делегування доменних імен у відповідному публічному домені; послуг електронної пошти рекламних послуг; (2) а також договорами, пов'язаними з організацією документообігу з використанням електронного цифрового підпису.⁴ Схожими є класифікації договорів у мережі Інтернет, розроблені Л. В. Сальниковою, А. А. Нагаєвою. Так, у межах означеної класифікації Л. В. Сальникова виокремлює: договори підключення до Інтернету; договори про надання поштових послуг; договори надання рекламних послуг; договори підтримки web-сервера; ліцензійні договори на використання комп'ютерних програм.⁵ На думку А. А. Нагаєвої, договори в мережі Інтернет поді-

¹ За договором про надання телекомунікаційних послуг електрозв'язку одна сторона (оператор) надає телекомунікаційні послуги електрозв'язку (користування цифровим каналом з відповідною пропускнуною спроможністю), а інша сторона (абонент) приймає ці послуги та сплачує за них за визначеними в договорі тарифами.

² За договором про надання телекомунікаційних послуг електрозв'язку із захищеного доступу до мережі Інтернет одна сторона (оператор) надає телекомунікаційні послуги електрозв'язку з доступу до мережі Інтернет (послуги з передавання даних і повідомлень) за переліком, а друга сторона (абонент) приймає ці послуги та сплачує за них за визначеними в договорі тарифами.

³ Петровский С. В. Правовое регулирование оказания Интернет-услуг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. В. Петровский. – М., 2002. – С. 45–60.

⁴ Невзоров И. В. Проблемы регулирования предпринимательской деятельности, осуществляемой с использованием Интернета : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / И. В. Невзоров. – СПб., 2009. – С. 95–96.

⁵ Сальникова Л. В. Сделки в Интернет. Советует юрист / Л. В. Сальникова. – Ростов н/Д : Феникс, 2006. – 221 с.

ляються на договори підключення до Інтернету; договори надання послуг електронної пошти; договори на надання операторських послуг; договори технічного забезпечення діяльності Інтернету; договори на розміщення інформаційного ресурсу.¹ Як бачимо, усі вищевказані теоретичні класифікації договорів у мережі Інтернет виходять з розуміння цих договорів як таких, що й укладаються, і виконуються в мережі Інтернет. Проте на доктринальному рівні сформувався й інший підхід щодо класифікаційного розподілу інтернет-договорів на дві основні групи залежно від функції, яку виконує Інтернет під час «обслуговування» договірних відносин. Прихильником такого підходу є О. І. Савельєв, який виокремлює: договори, що укладаються в мережі Інтернет, однак виконуються у реальному світі (поза межами електронного середовища); договори, які й укладаються, і виконуються в мережі Інтернет².

Дослідниця А. К. Жарова здійснює розподіл інтернет-договорів за їхнім призначенням також на дві групи: традиційні цивільно-правові договори й зовнішньоекономічні контракти, для укладання та виконання яких використовують засоби електронної комунікації; договори, що забезпечують функціонування глобальної комп'ютерної мережі, її інфраструктуру³.

А. Абдуджалілов запропонував більш предметний класифікаційний розподіл договорів у мережі Інтернет на чотири відносно самостійні групи: 1) договори між інтернет-провайдерами та користувачами про надання провайдерських послуг, зокрема пов'язаних з доступом користувачів до мережі Інтернет, місцем укладання яких є реальний фізичний простір; 2) договори між інтернет-компаніями, пов'язані з функціонуванням базових елементів технологічної структури Інтернету (кореневих серверів та інших систем керування Інтернетом, доменних імен тощо), які укладаються у віртуальному просторі; 3) договори, що укладаються у віртуальному просторі та мають

¹ Нагаєва А. А. Особенности договорных отношений в условиях электронного взаимодействия их участников : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. А. Нагаєва. – М., 2006. – С. 85–100.

² Савельєв А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование / А. И. Савельєв. – М. : Статут, 2014. – С. 337.

³ Жарова А. К. Правовые проблемы обращения информации в Интернете. Опыт Республики Узбекистан : дис. ... канд. юрид. наук / А. К. Жарова. – М., 2002. – С. 81.

електронну форму (договори комерційного характеру, які можуть укладатися й поза мережею Інтернет, а також договори про надання інформаційних послуг інтернет-компаніями користувачам Інтернету); 4) договори, що укладаються в мережі Інтернет та пов'язані з використанням об'єктів авторських і суміжних прав, у тому числі створених у віртуальному просторі (договори, пов'язані з розробленням різних комп'ютерних програм, зокрема з розробленням сайтів)¹.

Під час класифікування договорів у мережі Інтернет постає питання про вибір *класифікаційної ознаки*, що допомагає виявленню та врахуванню змістових особливостей договірних відносин, які виникають та/або реалізуються у віртуальному середовищі. На наш погляд, *такою ознакою є модель відносин, що виникають у сфері електронної комерції, забезпечення функціонування якої (моделі) здійснюється за допомогою відповідного договірної угруповання.*

Різне використання суб'єктами господарювання можливостей мережі Інтернет для досягнення своїх цілей зумовлює виокремлення трьох базових моделей відносин, що виникають у сфері електронної комерції: 1) моделі інформаційно-рекламного інтернет-підтримання неелектронного бізнесу; 2) моделі продажу традиційних товарів і послуг (створених у межах неелектронного бізнесу) через мережу Інтернет; 3) моделі інтернет-підприємства (віртуального підприємства).²

1. *Інформаційно-рекламне інтернет-підтримання неелектронного бізнесу* пов'язане з розробленням, розміщенням і просуванням сайтів-візитівок, промосайтів і корпоративних сайтів, а також стимулюванням продажу товарів (послуг) за допомогою різних видів інтернет-реклами.

Господарська організація може самостійно придбати власний сервер, створити й розмістити на ньому свій сайт. Однак у більшості випадків фахівці розробляють і просувають сайт, а сам сайт розміщують на сервері організації-провайдера, яка надає послуги з хостингу (розміщення чужого веб-сайту на своєму веб-сервері). Отже, *договірне забезпечення функціонування вищезазначеної моделі, як правило,*

¹ Абдуджалилов А. Гражданско-правовые обязательства в Интернете / А. Абду-джалилов // Евраз. юрид. журн. – 2014. – №3. – С. 135.

² Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование / А. И. Савельев. – М. : Статут, 2014. – С. 20–21.

опосередковується *укладанням з веб-майстрами, фахівцями з підтримання та просування сайтів, контент-менеджерами, копірайтерами, контент-рекламістами, маркетологами окремих договорів про надання послуг зі створення спеціалізованих інтернет-сайтів, їх хостингу (послуг з надання певного дискового простору, на якому розміщується веб-сайт), послуг щодо просування («розкручування») цих сайтів, зокрема послуг з наповнювання їх цифровим контентом, послуг інтернет-маркетингу (збирання інформації про сайти конкурентів, аналіз сайту замовника для виявлення та подальшої нейтралізації його «слабких ланок», наповнення сайту актуальним цифровим контентом з урахуванням потреб потенційних покупців, створення й розміщення реклами в мережі Інтернет тощо) або генерального договору про надання повного комплексу таких послуг*. Указані договори можуть укладатися як у мережі Інтернет, так і поза її межами, однак їх виконання завжди відбувається саме в цій мережі.

У межах моделі інформаційно-рекламного інтернет-підтримання неелектронного бізнесу основними видами спеціалізованих інтернет-сайтів є сайт-візитка, промосайт, корпоративний сайт. *Сайт-візитка* є невеликим інформаційним сайтом з досить простою структурою, яка містить відомості про підприємство і його товари (послуги) та є простим у керуванні. *Промосайт* є ускладненим варіантом сайту-візитки, але з більшою кількістю сторінок, що надає потенційним споживачам, у тому числі потенційним контрагентам, більш докладну інформацію та за потреби містить додаткові модулі (наприклад, каталог продукції), які не використовуються у складі сайтів-візиток. *Корпоративний сайт* має складну структуру, розроблену з урахуванням специфіки діяльності та індивідуальних потреб підприємства – замовника послуг з розроблення такого виду сайтів. Корпоративний сайт є засобом повноцінної комунікації з потенційними клієнтами, контрагентами підприємства, оскільки містить не тільки інформацію про виробника (послугодавця), рекламу його товарів (послуг), адреси торговельних об'єктів (пунктів продажу товарів, надання послуг), але й тематичні веб-форуми та інші інструменти отримання зворотного зв'язку зі споживачем (електронна пошта, Internet-пейджери тощо). Отже, корпоративні сайти дають змогу максимально «наблизити»

підприємство до його потенційних і наявних контрагентів та надають можливість постійної електронної взаємодії в межах організаційної структури самого підприємства.

Крім достатнього обсягу дискового простору, тарифного плану, що дає змогу витримувати необхідні обсяги трафіку (від чого залежить кількість відвідувачів, що зможе прийняти сайт за певний період часу), ефективність діяльності веб-сайту залежить від виду хостингу та якості цифрового контенту, який наповнює сайт змістовим значенням. Контент корпоративного сайту може складатися з графічної інформації (ілюстрації, світлини, логотипи), аудіо- й відеоінформації, текстової інформації (основний вид контенту) про підприємство та його товари (роботи, послуги), про планування виробництва інноваційної продукції, рекламну інформацію та коментарі кінцевих споживачів цих товарів тощо.

Розробник сайту може самостійно створювати цифровий контент *чи замовляти його на договірних засадах безпосередньо в копірайтера або через біржу статей* (договір про надання разової послуги зі створення цифрового контенту для сайту або його систематичне наповнювання актуальним цифровим контентом). Біржа статей становить специфічний сайт (наприклад, TextSale.ru; NeoText.ru; Etxt.ru; Advego.ru тощо), де біржовим товаром виступає цифровий контент, продавцями якого є копірайтери, а покупцями – веб-майстри (фахівці з розроблення веб-сайтів) й оптимізатори (фахівці з адаптації та оптимізації сайту для потреб пошукових систем й інших видів популяризації сайту). *Учасники біржі статей можуть укласти договір або на купівлю вже наявного тематичного контенту чи його підготовку (створення) копірайтером, або на автоматичне системне наповнення сайту контентом. У деяких випадках контент сайту є об'єктом авторського й суміжних прав, що захищається чинним законодавством та передрук якого дозволений лише на умовах, зазначених на сайтах-джерелах, і за умови безпосереднього посилання на них. Нині відсутні обмеження чи спеціальні застереження про особливу дію норми авторського права в мережі Інтернет, відповідно захист авторського права в означеній мережі не відрізняється від традиційних способів захисту. Способом підтвердження авторських*

прав на текстовий зміст (контент) сайту є отримання свідоцтва про реєстрацію авторського права; депонування примірника тексту в спеціальній депозитарій або в незалежній депозитарій (отримання свідоцтва про депонування рукопису). Видає патенти/свідоцтва на об'єкти права інтелектуальної власності Державна служба інтелектуальної власності України, положення про яку затверджено Постановою КМУ¹. Крім того, засновано регіональні міжнародні організації з охорони промислової власності (Європейська патентна організація, Євразійська патентна організація, Африканська регіональна організація з охорони промислової власності тощо), у межах яких передбачено видання міжнаціонального патенту.

Крім отримання свідоцтва про реєстрацію авторського права способом підтвердження авторських прав на текстову інформацію, з якої складається контент сайту, може бути депонування рукопису твору без його видання. Згідно зі ст. 1 ЗУ «Про бібліотеки і бібліотечну справу»², депонування є формою збирання й розповсюдження рукописних праць, переважно наукових. Договір про депонування рукописів регулює передання належним чином оформленого рукопису до певної установи-зберігача, наприклад бібліотеки-депозитарію, яка забезпечує постійне зберігання бібліотечного фонду, сформованого з документів, що рідко використовуються й мають наукову та/або художню цінність. Згідно зі ст. 1 ЗУ «Про авторське право і суміжні права»³ опублікуванням твору, фонограми, відеограми вважається також депонування рукопису твору, фонограми, відеограми у сховищі (депозитарії) з відкритим доступом та можливістю одержання в ньому примірника (копії) твору, фонограми, відеограми. У такий спосіб депонований рукопис прирівнюють до опублікованої друкованої ро-

¹ Про затвердження Положення про Державну службу інтелектуальної власності України : Постанова Каб. Міністрів України від 19 листоп. 2014 р. // Офіц. вісн. України. – 2014. – №97. – Ст. 2783. – С. 31.

² Про бібліотеки і бібліотечну справу : Закон України від 27 січ. 1995 р. : у ред. Закону України від 16.03.2000 // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – № 23. – Ст. 177.

³ Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 груд. 1993 р. : у ред. Закону України від 11.07.2001 // Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 43. – Ст. 214.

боти, а автор означеного рукопису після його депонування набуває авторських прав щодо опублікованої праці. Інформація про депонування рукопису поширюється шляхом публікації рефератів (або бібліографічних описів) цих рукописів у відповідних реферативних журналах і бібліографічних покажчиках.

Основними напрямками захисту інтелектуальної власності в мережі Інтернет є захист прав на: текстовий зміст (контент) сайту як об'єкт авторського права на літературний твір; графічні елементи (дизайн сайту) як об'єкт авторського права на графічний твір; доменне ім'я як об'єкт права на торговельну марку чи фірмове найменування; сайт як на програмне забезпечення (об'єкт авторського права); бази даних та комп'ютерні програми як об'єкти авторського права тощо. У більшості випадків контент сайту підприємства є рекламним продуктом, який створюється та розміщується в єдиному глобальному засобі масової комунікації – мережі Інтернет. У цьому контексті слід підтримати наукову позицію про потребу визнання рекламного продукту об'єктом інтелектуальної власності, що містить комбінацію інформаційного та емоційного компонентів для здійснення відповідного впливу на свідомість споживача¹. Можливість визнання реклами об'єктом авторського права й суміжних прав передбачено ст. 9 Угоди про співробітництво держав-учасниць у сфері регулювання рекламної діяльності² (Угоду затв. Постановою КМУ від 13.12.2004, однак так і не ратифіковано Україною), відповідно до якої реклама може цілком або частково бути об'єктом авторського права й суміжних прав. У цьому випадку авторські й суміжні права підлягають захисту відповідно до національних законодавств Сторін й Угоди про співробітництво у сфері охорони авторського права і суміжних прав від 24 вересня 1993 р.

Розпорядження майновими правами цифрового контенту, що є об'єктом права інтелектуальної власності, здійснюється шляхом укладення договорів, передбачених ст. 1107 ЦК України.

¹ Ваксман Р. В. Вдосконалення господарсько-правового забезпечення рекламної діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Р. В. Ваксман ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2014. – С. 3.

² Угода про співробітництво держав-учасниць у сфері регулювання рекламної діяльності [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.nau.ua.

Крім того, нині поряд з комерційними програмними продуктами набуло поширення вільне програмне забезпечення¹, більшість розробників якого позиціонує свої продукти як «free for non commercial use» – вільні для некомерційного використання². Поширення вільного програмного забезпечення здійснюється на договірних засадах через використання вільних публічних ліцензій (ліцензійних договорів приєднання) або безоплатно, або за собівартістю носія інформації, записування на нього продукту і його доставки користувачеві. Мета вільних публічних ліцензій полягає у звільненні одержувача від будь-яких бар'єрів, що перешкождали б свободі запускати, вивчати, змінювати або розповсюджувати програмне забезпечення (як змінене, так і незмінене).

Вільні ліцензії, спрямовані на поширення вільного програмного забезпечення, поділяють на: shrink-wrap (обгорткові ліцензії, умови яких розміщуються на придбаному матеріальному носії з програмним забезпеченням або на його пакуванні), click-wrap (клік ліцензії, коли користувач ознайомлюється з умовами договору під час установлення програми або її завантаження через Інтернет та виражає свою згоду через натискання на кнопку «згоден»), browse-wrap (браузерні ліцензії, коли текст ліцензійного договору розміщується на тому самому сайті, де й ліцензований об'єкт, а від користувача не вимагається жодних дій, що підтверджують згоду з умовами договору).

Сьогодні укладення ліцензійних договорів (на поширення вільного програмного забезпечення) у спрощеному порядку через мережу Інтернет є поширеною в усьому світі практикою, що свідчить, з одного боку, про адаптування ліцензійної практики до нових (мережевих)

¹ Поняття вільного програмного забезпечення вперше сформулював Річард Столлман, який відбив у цьому понятті принципи відкритого розроблення програм у науковому співтоваристві, що склалося в американських університетах в 1970-ті роки. Принципи (критерії) вільного програмного забезпечення зумовлюють ті права, які автори вільних програм передають будь-якому користувачеві: 1) програму можна вільно використовувати з будь-якою метою («нульова свобода»); 2) можна вивчати, як програма працює, й адаптувати її для своїх цілей («перша свобода»); 3) можна вільно поширювати копії програми – на допомогу товаришу («друга свобода»); 4) програму можна вільно покращувати й публікувати свою поліпшену версію з тим, щоб принести користь усьому співтовариству («третя свобода»).

² Інформ. бюл. [Електронний ресурс]. – 2012. – № 4. – Режим доступу: <http://lib.iitta.gov.ua>.

технологій, а з іншого – про значне відставання реагування вітчизняного законодавства на технологічні нововведення¹. Так, згідно з ч. 2 ст. 1107 ЦК України договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності укладається в письмовій формі, у разі недодержання якої такий договір є нікчемним.

Відповідно до ч. 3 ст. 1108 ЦК України ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути виключною, одиначною, невиключною, а також іншого виду, що не суперечить закону. У контексті аналізу чинного вітчизняного законодавства у сфері інтелектуальної власності важко надати однозначну відповідь на питання про правомірність віднесення вільної публічної ліцензії до ліцензій іншого виду, що не суперечить закону. Слід зазначити, що питання правової кваліфікації відкритої публічної ліцензії (легальність відкритої публічної ліцензії) залишається не вирішеним не тільки для України, але й для інших країн.

Видавання ліцензій, укладання ліцензійних договорів між суб'єктами, що функціонують у межах національних сегментів Інтернету різних країн, актуалізує проблему дійсності умов ліцензій відповідно до норм того чи іншого національного законодавства, насамперед якщо йдеться про вільні публічні ліцензії, які не отримали законодавчого визнання в цілій низці країн, та, відповідно, про правомірність використання комп'ютерних програм вільного користування. Крім того, умови вільних ліцензій у країнах, де визнано їх легітимність, можуть значно різнитися.

Модель інформаційно-рекламного інтернет-підтримання неелектронного бізнесу безпосередньо пов'язана зі стимулюванням продажу товарів (послуг) за допомогою інтернет-реклами, різновидами якої є банерна контекстна, медійно-контекстна, геоконтекстна реклама на великих порталах або на сайті підприємства; анімаційна банерна реклама, спливні вікна, флеш-реклама; реклама сайту компанії за допомогою електронної пошти, розсилка спаму або індивідуальних листів; розміщення реклами на рекламних біржах, спеціальних аукціонах тощо. *Договори про надання послуг інтернет-реклами* (ство-

¹ Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости / Е. А. Войниканис. – М. : ИД «Юриспруденция», 2014. – С. 400.

рення та розміщення вищезазначених видів інтернет-реклами) *не тільки укладаються, але й виконуються в мережі Інтернет. Укладання вказаних договорів здійснюється шляхом дистанційної взаємодії між замовниками та рекламодавцями або через рекламну біржу, яка є відкритим онлайн-ринком рекламних оголошень.* Так, транснаціональна публічна корпорація Google придбала рекламну біржу «Дабл Клік» (Double Click), за допомогою якої рекламодавці можуть розміщувати візуальну рекламу в «Мережі контенту Гугл» (Google Content Network), а також на «Ютубі»¹. Порівняно з рекламними біржами аукціони реклами в реальному часі займають невелику частину ринку онлайн-реклами. Сам торг у реальному часі (англ. Real Time Bidding, RTB) є відносно новою технологією в індустрії онлайн-реклами. Такий аукціон ґрунтується на відкритому протоколі Iabs Open-rtb 2010 р., підготовленому під керівництвом компанії IAB (Interactive Advertising Bureau – бюро інтерактивної реклами) за участю фахівців великих компаній-партнерів IAB з метою автоматизування торгівлі рекламним простором цифрових медіа (остання версія протоколу 2013 року). Як на звичайному аукціоні, так і в системі RTB є свої продавці (рекламні майданчики з рекламними місцями) і покупці (рекламодавці). Рекламодавці діють не безпосередньо, а користуються послугами безпосередньо підключених до RTB-систем з розміщення реклами. Рекламодавці можуть працювати з DSP (цифровим обробленням сигналів) прямо або через рекламні агентства. Аукціон починається в момент завантаження користувачем веб-сторінки. RTB-система розсилає всім учасникам аукціону запит на показ реклами, а DSP-система визначає, наскільки цінним є такий показ для рекламодавця, що обслуговується, і встановлює ставку. Цінність показу може визначатися набором різних параметрів (наприклад віком і соціальним статусом відвідувача, контентом рекламного майданчика тощо). Переможець аукціону одержує право на показ своєї реклами. Соціальна мережа Facebook запустила рекламну платформу Facebook Ad Exchange (FBX), що дає змогу компаніям розміщувати рекламу в реальному часі за системою аукціону RTB².

¹ <http://www.kbridge.org/ru>.

² <http://lenta.ru>.

2. *Продаж традиційних товарів і послуг неелектронного бізнесу через мережу Інтернет.* У цій моделі відносин мережу Інтернет використовують переважно як засіб комунікації під час укладання договорів споживчого типу, предметом яких здебільшого виступають традиційні товари, роботи, послуги, які отримує споживач «поза межами» Інтернету (винятком є віртуальні аналоги реальних об'єктів, як-от віртуальні ігри, віртуальні персонажі та екіпірування для них тощо). Комунікація з приводу здійснення торговельної трансакції здійснюється через спеціалізований веб-сайт *інтернет-магазину*, що належить фірмі-виробнику або торговельному посереднику та призначений для просування товарів на ринок, збільшення обсягу продажів, приваблення нових покупців. Згідно зі ст. 3 ЗУ «Про електронну комерцію» *інтернет-магазин* визначається як засіб для репрезентування або реалізації товару, роботи чи послуги шляхом вчинення електронного правочину. Інтернет-магазин є досить складним у розроблянні та керуванні електронним ресурсом, що здатний не тільки представляти інтереси товаровиробника (продавця) в мережі, але й функціонувати як інструмент ведення прямих продажів шляхом розміщення онлайн-замовлень. Модель електронного магазину також визначає спосіб вибору товарів: ознайомлення з ним тільки на сторінках сайту; користування послугами гарячої лінії й підтримання електронною поштою; обмін повідомленнями в комп'ютерній мережі в режимі реального часу в момент вибору й придбання товару (за наявності в інтернет-магазинах програмного забезпечення, що дозволяє організовувати такий обмін) тощо. Крім того, на сайті інтернет-магазину може бути встановлене програмне забезпечення, за допомогою якого буде здійснюватися демонстрація самого товару і його використання через відеочат, що особливо актуально для побутової техніки, експлуатація якої вимагає певних навичок.

Дистанційний продаж товарів через інтернет-магазини не завжди є купівлею-продажем на відстані. Таку природу він набуває тільки за умови відсутності особистої (безпосередньої) взаємодії продавця та покупця, коли в останнього відсутня можливість безпосереднього ознайомлення з товаром під час укладання договору (таке ознайомлення було здійснено через опис товару на сайті продавця).

Так, *право більшості європейських країн розглядає дистанційну взаємодію підприємця та споживача в режимі реального часу як прямий та безпосередній контакт між ними, якщо вони знаходяться в різних місцях та коли одна зі сторін може перервати іншу в ході контакту.* Зазначена взаємодія включає телефонний зв'язок та електронні засоби, подібні голосовому зв'язку в інтернеті та інтернет-чаті, однак не контакт через електронну пошту¹ (електронне листування).

Договір роздрібної купівлі-продажу, що укладається дистанційним шляхом, за своєю правовою природою є публічним договором приєднання (згідно з ч. 1 ст. 698 ЦК України сторонами договору роздрібної купівлі-продажу є підприємець та споживач, а за ч. 2 цієї ж статті договір роздрібної купівлі-продажу є публічним).

Зміст ст. 702 ЦК України свідчить про можливість визначення дистанційного продажу товарів через інтернет-магазин як одного з різновидів продажу товарів за зразками. Так, згідно з ч. 1 цієї статті сторони можуть укласти договір купівлі-продажу товару на підставі ознайомлення покупця зі зразком товару (за описом, каталогом) тощо. Ідеться не тільки про ознайомлення покупця з реальним зразком товару чи паперовим каталогом, але й з його описом на сайті інтернет-магазину, ознайомлення з інтернет-каталогом, демонстрацією товару через відеочат інтернет-магазину, інтернет-консультаванням щодо споживчих характеристик товару в режимі реального часу тощо. Однак аналіз положень Рекомендації щодо організації продажу товарів за зразками² свідчить про те, що продаж товарів через інтернет-магазини не є різновидом продажу товарів за зразками. Так згідно з п. 2 Рекомендацій, продаж товарів за зразками є формою роздрібного продажу товарів, за яким покупець після попереднього ознайомлення самостійно або з допомогою продавця вибирав необхідні йому непродавольчі товари за встановленими в *торговельному (демонстраційному) залі* зразками, оплачує покупку й одержує товар відповідно до вибраних зразків. У свою чергу, до *торговельних (демонстраційних)*

¹ Модельные правила европейского частного права : пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. – М. : Статут, 2013. – С. 129.

² Рекомендації щодо організації продажу товарів за зразками : затв. наказом М-ва економіки від 20 лип. 2000 р. № 152 // Галицькі контракти (документи). – 2000. – № 35. – С. 85.

залів п. 4 Рекомендацій віднесено тільки реальні об'єкти торговельної мережі (фірмові спеціалізовані магазини, магазини з універсальним асортиментом непродовольчих товарів, спеціалізовані відділи (секції) магазинів з універсальним асортиментом продовольчих товарів), а віртуальні торговельні (демонстраційні) зали, якими фактично є інтернет-магазини, в указаному вище переліку не відзначено.

Ураховуючи специфіку дистанційного продажу товарів через інтернет-магазини (відсутність можливості в покупця безпосередньо перевірити властивості конкретного екземпляра товару чи погодити умови послуги), особливої актуальності набуває потреба надання споживачеві максимально повного обсягу споживчих прав. Так, ст. 12 ЗУ «Про захист прав споживачів»¹ визначає права споживача в разі укладення договору поза торговельними або офісними приміщеннями, а ст. 13 цього ж Закону – права споживача в разі укладення договору на відстані, за порушення яких продавець (виконавець) має нести відповідальність, установлену ст. 23 ЗУ «Про захист прав споживачів» тощо. Виокремлення в самостійну групу споживчих прав під час укладання договорів дистанційним шляхом відповідає сучасним підходам європейського зобов'язального права, що втілені в *Принципах, визначеннях та модельних правилах європейського приватного права (DCFR)*², підготовлених на ґрунті ретельного аналізу приватного права держав-учасниць Євросоюзу представниками академічних кіл цих держав. Так, ст. II-3:104 (Глава 3 «Маркетинг та переддоговірні зобов'язання» Книги II «Договори та інші юридичні акти») регламентує обов'язок підприємця під час укладання договору шляхом дистанційної взаємодії в режимі реального часу чітко позначити своє найменування та комерційну мету взаємодії. Підприємець несе тягар доведення отримання споживачем вищезазначеної інформації. Якщо підприємець не виконав обов'язок надання цієї інформації, однак за результатами взаємодії договір було укладено, інша сторона має право відмовитися від договору шляхом надіслання підприємцю повідомлення протягом терміну, зазначеного ст. II.-5:103

¹ Про захист прав споживачів : Закон України від 12 трав. 1991 р. : у ред. Закону України від 1 груд. 2005 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2006. – №7. – Ст. 84.

² Модельные правила европейского частного права : пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. – М. : Статут, 2013. – С. 129–133.

(14 днів з моменту укладення договору). Крім того, якщо договір між підприємцем та споживачем укладається дистанційно, інформація про основні характеристики товару (послуги); ціну, адресу та особу підприємця, з яким споживач укладає договір, умови такого договору, права та обов'язки обох сторін, а також усі допустимі способи висунення претензій, наскільки це прийнятне за наявних обставин, повинна бути надана в момент укладення договору у формі тексту на матеріальному носії¹ (п. 4 ст. II.-3:106 DCFR). Відповідно до ст. II.-3:105 DCFR, якщо укладання договору передбачається з використанням інформаційних технологій без особистої взаємодії, підприємець до того часу, як інша сторона зробить чи акцептує оферту, зобов'язаний надати інформацію: 1) про послідовність технічних дій, що мають бути здійснені для укладання договору; 2) про те, чи буде договір оформлений підприємцем у документальній формі та, чи буде такий документ доступний покупцю; 3) про технічні можливості виявлення та виправлення помилок уведення даних до того моменту, коли інша сторона надасть оферту або акцептує її; 4) про всі умови договору, що укладається. Якщо підприємець не виконає свої зобов'язання щодо надання вищевказаної інформації, та при цьому договір буде укладено, інша сторона має право відмовитися від договору шляхом надсилання підприємцю повідомлення протягом терміну, зазначеного ст. II.-5:103 (14 днів з моменту укладення договору). Підприємець відповідає перед споживачем за збитки, спричинені порушенням своїх обов'язків щодо надання інформації, передбаченої ст. II-3:104, ст. II.-3:105 DCFR.

Слід також звернути увагу, що *інтернет-магазин є засобом для подання та/або реалізації товару (у широкому сенсі слова), а не місцем чи пунктом їхнього продажу*. На наш погляд, *місце продажу товару, реалізація якого здійснюється за допомогою електронного магазину, повинно локалізуватися через відповідний сегмент Інтернету, що підпадає під юрисдикцію певної держави* (домен веб-сайту електронного магазину належить до національного сегменту Інтернету відповідної країни), тоді як *пунктом продажу товарів у цьому випадку є місце розміщення реального об'єкта торговельної мережі*,

¹ Матеріальними носіями інформації є матеріальні об'єкти, у яких відомості відображено у вигляді символів, образів, сигналів, технічних рішень і процесів.

де фактично знаходиться (зберігається) товар, що показано на веб-сайт електронного магазину, а не названий сайт як такий.

Однак деякі фахівці з питань правового регулювання договірних відносин у сфері електронної комерції зараховують до основних системотвірних елементів договорів у мережі Інтернет їх знаходження поза юрисдикцією держави¹ як однієї із форм вияву її суверенітету на власній території (основним принципом здійснення юрисдикції є територіальний). Територія однієї держави відокремлюється від території іншої держави за допомогою державних кордонів. Згідно зі ст. 1 ЗУ «Про державний кордон України»², державним кордоном України є лінія й вертикальна поверхня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України – на суші, у воді, надрах, повітряному просторі. Державний кордон України визначається Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. У межах континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони як територій зі змішаним режимом держава використовує обмежену цільову юрисдикцію (суверенітет держав не є повним та здійснюється в межах, визнаних міжнародним правом). Кожна прибережна держава має суверенні права на розроблення природних ресурсів континентального шельфу та виключної економічної морської зони, на охорону природного середовища цих районів, на експлуатацію та використання штучних островів, установок і споруд для морських наукових досліджень, розвідування й розроблення природних ресурсів, інших економічних цілей. Названі права є ключовими в тому розумінні, що якщо прибережна держава їх не реалізує, то ніхто інший не може зробити цього без її прямої згоди. Обов'язковою умовою, що передує освоєнню природних багатств континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони, є делімітація (розмежування) їх території між прибережними держа-

¹ Абдуджалилов А. Теоретические проблемы гражданских правоотношений в Интернете : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / А. Абдуджалилов ; Ин-т философии, политологии и права Акад. наук Респ. Таджикистан. – Душанбе, 2015. – С. 249–255, 257–266.

² Про державний кордон України : Закон України від 04.11.1991 // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. – №2. – Ст. 5.

вами шляхом укладання угод на підставі принципів і критеріїв, загально визнаних у міжнародному праві.

Однією з особливостей мережі Інтернет, у якій здійснюються різноманітні трансакції (юридично значущі дії), зокрема договірного характеру, є «байдужість» до географічних кордонів. Проте юрисдикція держави може не тільки поширюватися на її державну територію, а й розглядатися як більш широкий порівняно із суверенітетом вияв владних повноважень держави. Інший принцип здійснення юрисдикції – персональний, який є основою юридичної можливості держави в деяких випадках поширювати дію свого законодавства за межі власної території на національні установи та своїх громадян, що перебувають у межах державних територій іноземних країн, територій з міжнародним режимом.¹ Така юрисдикція (екстериторіальна) є засобом неавтоматичного реалізування окремих суверенних прав держави поза межами її території в порядку домовленості між державами або на основі загальних принципів і норм міжнародного права.²

Нині на доктринальному рівні постало питання про легітимність спроб національної (суверенної) держави регулювати такі глобальні феномени, як мережа Інтернет³, яка, на відміну від території (частини земної поверхні, що визначається протяжністю й географічним розташуванням), є інформаційним простором, що є основою доступу до багатьох веб-сайтів і систем (протоколів) передання даних, та не має географічних кордонів. Згідно зі ст. 1 ЗУ «Про телекомунікації»⁴, адресний простір мережі Інтернет – це сукупність адрес мережі Інтернет. Способом адресації в мережі «Інтернет» є система доменних імен,

¹ Простір, що знаходиться за межами державної території і не належить комусь одному, а перебуває в загальному користуванні всіх держав відповідно до міжнародного права (відкрите море, повітряний простір над ним, глибоководне морське дно за межами континентального шельфу, Антарктика й повітряний простір над нею, космічний простір, небесні тіла).

² Сандровський К. К. Митний суверенітет і митна юрисдикція держави [Електронний ресурс] / К. К. Сандровський. – Режим доступу: <http://readbookz.com> (Бібліотека онлайн © 2006–2014).

³ Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости / Е. А. Войниканис. – М. : ИД «Юриспруденция», 2014. – С. 24.

⁴ Про телекомунікації : Закон України від 18 листоп. 2003 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 12. – Ст. 155.

завдяки якій функціонує загальний простір Інтернету. Використання електронної пошти, сайтів інтернет-крамниць, інтернет-аукціонів, інтернет-бірж тощо неможливе без реєстрації їхніх доменних імен (їхніх унікальних адрес у мережі Інтернет).

Під час вирішення питання про межі здійснення національного законодавчого впливу на відносини, що виникають в Інтернет-просторі, зокрема у зв'язку зі здійсненням господарської діяльності, важливе значення має принцип балансування інтересів, оскільки однією з найскладніших проблем у цій царині є пошук потрібного балансу між національними інтересами держави й інтересами осіб, що здійснюють свою діяльність у мережі Інтернет незалежно від того, резидентами якої країни вони є. На міжнародному рівні здійснюються спроби сегментування глобальної світової інформаційної системи Інтернет, у тому числі й для того, щоб поширити на різні сегменти Інтернету законодавчу юрисдикцію певної держави (право держави визначати сферу дії її національного законодавства). Це означає, що електронна комерція, учасниками якої є суб'єкти, що взаємодіють на рівні національного сегменту Інтернету відповідної держави, з погляду права має здійснюватися в межах національної законодавчої юрисдикції цієї держави.

Згідно з Модельним законом «Про основи регулювання Інтернету», прийнятим на тридцять шостому пленарному засіданні Міжпарламентської Асамблеї держав-учасників СНД (Постанова від 16.05.2011), національний сегмент Інтернету містить домени, визнані в установленому національним законодавством порядку національними доменами держави, інтернет-ресурси, розташовані в інших доменах, або ті, що не належать до будь-яких доменів та хостинг яким надається на території держави, а також мережі зв'язку національних операторів зв'язку, що надають послуги з доступу до Інтернету¹.

Згідно зі ст. 56 ЗУ «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 р., адміністрування адресного простору українського сегменту мережі Інтернет містить комплекс організаційно-технічних заходів, необхідних для забезпечення функціонування технічних засобів підтримання адресування, зокрема серверів доменних назв українського

¹ Про основи регулювання Інтернету [Електронний ресурс] : Модел. закон СНД від 16 трав. 2011 р. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua>.

сегменту мережі Інтернет, реєстру домену UA в координації з міжнародною системою адміністрування мережі Інтернет, спрямованих на систематизацію та оптимізацію використання, обліку та адміністрування доменів другого рівня, а також створення умов для використання простору доменних імен на принципах рівного доступу, захисту прав споживачів послуг Інтернету та вільної конкуренції. Адміністрування адресного простору мережі Інтернет у домені UA здійснюється недержавною організацією, яка утворюється самоврядними організаціями операторів/провайдерів Інтернету та зареєстрована відповідно до міжнародних вимог¹. Такою організацією є Об'єднання підприємств у галузі телекомунікацій, інформатизації та Інтернету «Український мережевий інформаційний центр» (UANIC). **Координує адміністрування адресного простору українського сегменту Інтернету** Державне агентство з питань електронного урядування України².

Проте варто зауважити, що *саме визначення національного сегменту мережі Інтернет* (який, по-перше, репрезентовано не тільки національними доменами держави; по-друге, хостинг доменів, зареєстрованих в одній країні, може в подальшому здійснюватися в інших країнах тощо) *не дає змоги встановити фіксовані межі національних сегментів мережі Інтернет різних країн, що в деяких випадках унеможливиює локалізацію комерційної договірної трансакції в межах відповідного національного сегменту Інтернету*. Відповідно залишається актуальним питання розмежування юрисдикції різних країн щодо встановлення правил поведінки у сфері електронної комерції з урахуванням спроб сегментування самої мережі, чітку відповідь на яке не можуть надати територіальний і персональний принципи здійснення юрисдикції держави. *На рівні вітчизняного законодавства вирішення вказаного питання здійснено не з урахуванням спроб сегментування Інтернет-простору, а через квазітериторіальний принцип здійснення юрисдикції держави – шляхом «прив'язування» елек-*

¹ Про телекомунікації : Закон України від 18 листоп. 2003 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 12. – Ст. 155.

² Положення про Державне агентство з питань електронного урядування України : затв. постановою Каб. Міністрів України від 1 жовт. 2014 р. № 492 // Офіц. вісн. України. – 2014. – № 80. – Ст. 2269. – С. 14.

тронних комерційних трансакцій до географічних кордонів діяльності суб'єктів електронної комерції. Так, згідно з ч. 4 ст. 1 ЗУ «Про електронну комерцію»¹ норми цього Закону застосовуються до діяльності іноземних суб'єктів електронної комерції в частині реалізації ними товарів, виконаних робіт, надання послуг покупцям (замовникам, споживачам) на території України (курсив автора – В. М.). Модельний закон СНД про основи регулювання Інтернету хоча й сегментує мережу Інтернет, проте «заземлює» саму віртуальну взаємодію учасників інтернет-відносин. Так, згідно зі ст. 11 Модельного закону, юридично значущі дії, здійснені з використанням Інтернету, визнаються виконаними на території держави, якщо дію, що спричинила юридичні наслідки, було зроблено особою під час її знаходження на території цієї держави.

Особливої актуальності питання про місце продажу товарів набуває у випадку, коли продавець (власник сайту електронної крамниці) та покупці товарів, продаж яких здійснюється через електронні магазини, є резидентами різних країн. З одного боку, за відсутності вибору сторонами права щодо договору споживання (договору щодо придбання товарів та одержання послуг особою не для цілей підприємницької діяльності) застосовується право держави, у якій споживач має місце проживання або місцезнаходження (ч. 3 ст. 45 ЗУ «Про міжнародне приватне право»). Отже, у такому разі на споживача поширюються положення про захист прав споживачів законодавства держави його місця проживання або місцезнаходження. З іншого боку, застосування до споживчих договорів права держави місця проживання або місцезнаходження споживача не означає неможливість включення в такий договір умови про вибір права (таким може бути право країни місця продажу товарів). Проте, згідно з ч. 2 ст. 45 ЗУ «Про міжнародне приватне право», вибір права сторонами договорів споживання не може обмежити захист прав споживача, який надається йому імперативними нормами права держави, у якій є його місце проживання, перебування або місцезнаходження, якщо: 1) або укладенню договору передувала оферта або реклама в цій державі та споживач здійснив усе необхід-

¹ Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 // Відом. Верхов. Ради України. – 2015. – №45. – Ст. 410.

не для укладення договору в цій державі; 2) або замовлення від споживача було прийняте в цій державі; 3) або споживач з ініціативи іншої сторони здійснив подорож за кордон з метою укладення договору щодо придбання товарів. *Під час аналізу вищеназваних положень чинного законодавства в контексті укладення споживчих договорів* через іноземні веб-сайти електронних магазинів виникають питання: а) чи може оферта або реклама, розміщені на доступних для українських споживачів іноземних сайтах, розглядатися як такі, що здійснені в Україні; б) чи може розглядатися замовлення споживача прийнятим у країні його місцезнаходження, де він отримав доступ до іноземного веб-сайту; в) чи можливо в цьому випадку вести мову про віртуальну подорож за кордон з метою укладення договору щодо придбання товарів. Позитивна відповідь принаймні на одне із цих питань означає неможливість позбавлення вітчизняних споживачів, що купують товари через іноземні сайти інтернет-магазинів, гарантій, що надаються їм імперативними нормами вітчизняного законодавства у сфері захисту прав споживачів.

За загальними правилами, визначеними у статті 640 ЦК України, договір є укладеним з моменту одержання особою, яка надіслала пропозицію (оферту) укласти договір, відповіді (акцепту) про прийняття цієї пропозиції. Акцепт споживачем оферти, розміщеної на сайті електронного магазину, може здійснюватися двома способами, за якими споживчі договори, укладені в мережі Інтернет, поділяються на два види: «клік-договори» («clickwrap agreements») та «договори шляхом перегляду» («browsewrap agreements»). Клік на кнопці «згоден» – «так» («I agree») – у процесі інсталяції програми рівнозначний явному акцепту запропонованої оферти. Для укладання договорів шляхом перегляду достатньо звичайного перегляду сторінки сайту, що містить умови договору (такий перегляд і є акцептом), і доступ до запропонованого товару надається незалежно від будь-яких дій, що виражають згоду користувача-споживача.

Варто також звернути увагу, що інформація, розміщена на іноземному веб-сайті електронного магазину, домен якого належить до іноземного сегменту Інтернету, за законодавством відповідної іноземної країни може кваліфікуватися як оферта, а за законодавством країни – місця проживання споживача, у якій існує доступ до такого

сайту, ця ж інформація може визначатися як звичайне рекламне оголошення чи запрошення до оферти.

Запрошенням до оферти є пропозиція суб'єкта господарювання (продавця товарів, робіт і послуг), яка адресована невизначеному колу осіб або розміщена для загального огляду й доступу на сайтах мережі Інтернет, інших відкритих і корпоративних мережах та є доступною 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 випадку 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, підготовлена в електронному вигляді публічна оферта, на відміну від запрошення до оферти, повинна містити не тільки істотні умови майбутнього договору (найменування товару (номенклатуру, асортимент), показники (параметри) якості товару та вартість його одиниці), але й порядок дій потенційних споживачів у випадку прийняття оферти та відкриття акцепту.

Останнім часом набуло поширення укладення дистанційних договорів через електронного агента (комп'ютерну програму або інший автоматизований засіб, який використовує сторона), що автоматично надсилає 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 ознайомилася з діями електронних агентів або умовами договору, укладеного таким чином. Так, за ч. 2 ст. 13 Типового закону Юнсітрал про електронну торгівлю¹, у відносинах між укладачем і адресатом повідомлення даних вважається повідомленням даних укладача, якщо воно було надіслано або особою, яка мала повноваження діяти від імені укладача стосовно цього повідомлення даних, або інформаційною системою, запрограмованою укладачем, або від

¹ Типовий закон Юнсітрал про електронну торгівлю [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

його імені функціонувати в автоматичному режимі. Стаття 20 Модельного закону СНД щодо електронної торгівлі¹ також розглядає пропонування товарів або послуг невизначеному колу осіб через автоматичні або автоматизовані торговельні системи продавця й електронні платіжні системи, розміщені у відкритих або інформаційно-телекомунікаційних корпоративних мережах, які дають можливість оформити й здійснити електронну операцію за допомогою дистанційного оформлення договору або розміщення замовлення за допомогою автомата, офертою продавця, який буде зв'язаний зобов'язанням у випадку одержання торговельною системою акцепту покупця, якщо в такій пропозиції не зазначено інше. Договір, укладений у результаті автоматичної або автоматизованої взаємодії інформаційних систем продавця й покупця або в результаті автоматичного чи автоматизованого формування й обміну електронними документами (повідомленнями), не може бути визнаний недійсним тільки на тій підставі, що його окремі операції, виконані такими системами за заданими сторонами програмами, або висновок договору в цілому відбулися без особистої участі сторони або сторін угоди.

3. *Інтернет-підприємство (віртуальне підприємство)* є моделлю організації господарсько-виробничих відносин, що виникають у сфері електронної комерції, та представлені тимчасовою віртуальною взаємодією суб'єктів господарювання, яка базується на єдиній інформаційній системі та охоплює інформаційний (переддоговірний) етап і власне реалізацію товарів послуг (договірний етап). *На інформаційному (переддоговірному) етапі ведуться «віртуальні переговори»* (як правило, шляхом електронного листування) *та за потреби укладаються переддоговірні угоди* (меморандуми про взаєморозуміння, угоди про наміри) *з метою укладання в майбутньому договорів на взаємоузгоджених умовах.*

Договірному етапу моделі інтернет-підприємства притаманний як обмін електронними повідомленнями, які завжди адресовані конкретній особі (як спосіб укладання договору), так і використання специфічних видів веб-сайтів категорії B2B (business-to-business – бізнес для бізнесу) – торговельних концентраторів.

¹ Модельний закон СНД щодо електронної торгівлі [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

Положення вітчизняного законодавства виходять з можливості укладання договору між суб'єктами господарювання з використанням мережі Інтернет або шляхом складання в процесі «віртуально-договірної спілкування» електронних документів, або у спрощений спосіб, тобто через обмін звичайними електронними повідомленнями, у яких відсутні реквізити документів (якщо законом не встановлено спеціальні вимоги до форми цього виду договору).

Як свідчить аналіз положень ЗУ «Про електронну комерцію»¹, сам факт укладення договору у віртуальному просторі автоматично не наділяє його природою електронного договору. Під час розкриття змісту законодавчо закріпленого терміна «електронний договір» основний акцент припадає на електронну форму домовленості сторін, проте визначення дається не їй, а електронній формі представлення інформації. Останню форму визначають як спосіб документування інформації, що означає її створення, записування, передавання або збереження в цифровій чи іншій нематеріальній формі за допомогою електронних, магнітних, електромагнітних, оптичних або інших засобів, здатних до відтворення, передачі чи зберігання цієї інформації (див.: ст. 3 ЗУ «Про електронну комерцію»). ЗУ «Про електронну комерцію», з одного боку, визнає можливість укладання електронного договору не тільки в письмовій формі, а з іншого – не дає змоги з'ясувати характер співвідношення термінів «електронний договір» – «електронна форма договору» – «письмова форма договору». Так, згідно з ч. 12 ст. 11 ЗУ «Про електронну комерцію», *тільки електронний договір, який укладено шляхом обміну електронними повідомленнями та підписано в порядку, визначеному ст. 12 цього Закону, прирівнюється* за правовими наслідками до договору, укладеного в письмовій формі. Однак цивільне законодавство України розглядає електронну форму правочину як різновид письмової, про що свідчить аналіз положень цивільного законодавства. Так, відповідно зі ч. 1 ст. 205 ЦК України², правочин може вчинятися усно або в *письмовій (електронній) формі*. У свою чергу, згідно зі ст. 207 ЦК України

¹ Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 // Відом. Верхов. Ради України. – 2015. – №45. – Ст. 410.

² Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – №40–44. – Ст. 356.

правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі електронних), у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку та якщо він підписаний його стороною (сторонами). Правочини, які належить вчиняти в письмовій формі¹, визначено ст. 208 ЦК України.

Електронний документ як альтернатива паперовому, відповідно до ст. ст. 5, 7 ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг»², є документом, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа, у тому числі електронний цифровий підпис його автора. За ст. 1 ЗУ «Про електронний цифровий підпис»³, 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, дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати підписувача.

У межах моделі відносин інтернет-підприємства відбувається укладення договорів, що опосередковують зовнішньоекономічну діяльність. Кваліфікуючи господарську діяльність (й угоду/договір, який її опосередковує) як зовнішньоекономічну, українське законодавство акцентує увагу на перетинанні під час здійснення такої діяльності митного кордону України майном та/або робочою силою (ГК

¹ Згідно зі ст. 208 ЦК України у письмовій формі належить вчиняти: 1) правочини між юридичними особами; 2) правочини між фізичною та юридичною особою, крім правочинів, передбачених ч. 1 ст. 206 цього Кодексу (тобто правочинів, які повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення, за винятком правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, а також правочинів, для яких недодержання письмової форми має наслідком їх недійсність); 3) правочини фізичних осіб між собою на суму, що перевищує у двадцять і більше разів розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, крім правочинів, передбачених ч. 1 ст. 206 цього Кодексу; 4) інші правочини, щодо яких законом встановлена письмова форма.

² Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 275.

³ Про електронний цифровий підпис : Закон України від 22.05.2003 // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 36. – Ст. 276.

України) та суб'єктному складі відносин, зокрема договірною характеру, що виникають у процесі її здійснення (ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність»).

Згідно зі ст. 377 ГК України зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів господарювання є господарська діяльність, яка в процесі її здійснення потребує перетинання митного кордону України майном та/або робочою силою.

Відповідно до ст. 9 Митного кодексу (МК) України територія України, зайнята сушею, територіальне море, внутрішні води й повітряний простір, а також території вільних митних зон, штучні острови, установки й споруди, створені у виключній (морській) економічній зоні України, на які поширюється виключна юрисдикція України, становлять митну територію України. Межі митної території України є митним кордоном України, який збігається з її державним кордоном, крім меж штучних островів, установок і споруд, створених у виключній (морській) економічній зоні України, на які поширюється виключна юрисдикція нашої держави. Межі території зазначених островів, установок і споруд становлять митний кордон України (ст. 10 МК України).¹ *У зв'язку з відсутністю в мережі Інтернет географічних кордонів кваліфікація договору як зовнішньоекономічного за умови залучення принципу перетинання митного кордону майном та/або робочою силою може здійснюватися тільки щодо договорів, які укладаються в мережі Інтернет, однак їх виконання відбувається поза межами віртуального простору. Більш універсальний характер безперечно має кваліфікаційна ознака (принцип) суб'єктного складу зовнішньоекономічної діяльності та договору, що її опосередковує.* Так, згідно зі ст. 1 ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність»² зовнішньоекономічною є діяльність суб'єктів господарської діяльності України та іноземних суб'єктів господарської діяльності, побудована на взаємовідносинах між ними, що має місце як на території України, так і за її межами. Зовнішньоекономічним договором, у свою чергу, є матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньо-

¹ Митний кодекс України : Закон України від 13 берез. 2012 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2012. – №44–45, 46–47, 48. – Ст. 552.

² Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – №29. – Ст. 377.

економічної діяльності та їх *іноземних контрагентів*, спрямована на встановлення, змінення або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності.

У контексті міжнародних конвенцій (договорів, угод), зокрема за участю України, кваліфікаційна ознака зовнішньоекономічної природи договору репрезентована критерієм різного місцезнаходження комерційних підприємств сторін. Так, для застосування Віденської Конвенції «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів»¹ потрібно, щоб комерційні підприємства контрагентів знаходилися на території різних країн. І хоч у самій Конвенції зміст терміна «комерційне підприємство» не розкривається, аналіз її окремих положень, коментарі до неї² дають підстави стверджувати, що йдеться не про підприємство як суб'єкт правовідносин, а про постійне місце здійснення ділових відносин (господарської діяльності). У зв'язку із цим виникають питання про *можливість, по-перше, кваліфікування договору, укладеного між суб'єктами господарювання різних країн, як зовнішньоекономічного за умови, що постійним місцем здійснення ділових контактів обох контрагентів є мережа Інтернет, по-друге, про можливість застосування положення ч. 4 ст. 1 ЗУ «Про електронну комерцію»*³ (за яким норми цього Закону застосовуються до діяльності іноземних суб'єктів електронної комерції в частині реалізації ними товарів, виконаних робіт, надання послуг покупцям (замовникам, споживачам) на території України) *щодо договірних відносин, що виникають під час здійснення зовнішньоекономічної діяльності.*

Ураховуючи, що однією з фундаментальних архітектурних особливостей мережі Інтернет є «байдужість» до географічних кордонів, на наш погляд, *під час визначення зовнішньоекономічного характеру електронного договору* цілком логічним було б використання як *основного кваліфікаційного критерію набуття учасниками електронної трансакції статусу суб'єктів господарювання за законодавством*

¹ Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів [Електронний ресурс] : Конвенція ООН від 11 квіт. 1980 р. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

² Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. – М. : Юрид. лит., 1994. – С. 9–12.

³ Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 // Відом. Верхов. Ради України. – 2015. – №45. – Ст. 410.

різних країн та як додаткового (субсидіарного) критерію – забезпечення ділової адресації в мережі Інтернет через різнонаціональні сегменти Інтернету, насамперед домену з використанням розширень країн, суб'єктами господарювання яких вони є (кожна країна має власне доменне розширення).

Згідно із ч. 2 ст. 328 ГК України форма зовнішньоекономічного договору регулюється ЗУ «Про міжнародне приватне право» та іншими законами. За ч. 3 ст. 31 ЗУ «Про міжнародне приватне право»¹, зовнішньоекономічний договір, якщо хоча б однією стороною є громадянин України або юридична особа України, укладається в письмовій формі незалежно від місця його укладання, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України. Так само ст. 6 ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність», п. 4 Положення «Про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів)» вимагає укладення *зовнішньоекономічного договору* за участю українського суб'єкта господарювання *у простій письмовій формі*, якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом.

Конвенція ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» 1980 р. не вимагає укладення чи підтвердження договору міжнародної купівлі-продажу в письмовій формі або підпорядкування іншій вимозі щодо форми. Однак 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.² Оскільки чинне українське законодавство не здійснює розмежування між дотриманням вимог до письмової форми й наявності підпису, *усі договори міжнародної купівлі продажу, які*

¹ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 // Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

² Відповідно до Указу Президента Верховної Ради Української СРСР «Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» приєднання від імені Української Радянської Соціалістичної Республіки до Конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» здійснено з такою заявою: «Українська Радянська Соціалістична Республіка заявляє, що будь-яке положення ст. 11, ст. 29 або частини II Конвенції, яке допускає, щоб договір купівлі-продажу, його зміна або припинення угодою сторін чи оферта, акцепт або будь-яке інше вираження наміру здійснювались не в письмовій, а в будь-якій формі, незастосовне, якщо хоча б одна із сторін має своє комерційне підприємство в Українській Радянській Соціалістичній Республіці».

укладено за участю українських суб'єктів господарювання з використання мережі Інтернет, повинні мати форму електронного документа відповідно до вимог законодавства України про електронний документообіг. Однак вимоги наявності підписів кожної зі сторін договору на документі, що виражає їх волевиявлення, як умова дотримання письмової форми створює значні перепони для розвитку електронної комерції у сфері зовнішньоекономічної діяльності. На відміну від вимог до письмової форми, що забезпечує формалізацію змісту домовленостей сторін, підпис виконує дещо інші функції (ідентифікацію особи, забезпечення визначеності того, що такі особи брали участь у договірному акті та вираження їх згоди зі змістом такого акту). Проте ідентифікація та узгоджувальні функції підпису можуть компенсуватися поведінкою сторін, що свідчить про те, що саме вони брали участь у договірному акті та згодні виконувати його умови. У такому разі основна мета письмової форми договору досягнута: сторони мають об'єктивоване зовні джерело договірних умов, яке відсутнє під час укладення договору в усній формі. У зв'язку із цим на доктринальному рівні набула поширення цілком обґрунтований погляд про несправедливість робити «нікчемним» договір за відсутності підписів, якщо йдеться саме про просту письмову форму, а не про вимоги нотаріального посвідчення або державної реєстрації.¹

На відміну від положень цивільного законодавства України, що визнають підпис правочину, у тому числі договору, як обов'язкову вимогу, дотримання якої свідчить про його вчинення (укладення) у письмовій формі, європейське законодавство² виходить із визнання трьох видів письмової форми: 1) звичайної текстової форми (інформації, викладеної за допомогою абетки або інших інтелегібельних символів з використанням засобів, що забезпечують можливість її прочитання, записування та подальшого відтворення); 2) текстової форми на довговічному носії (окрім виконання умов звичайної текстової форми, передбачає викладення інформації на носії, який забез-

¹ Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование / А. И. Савельев. – М. : Статут, 2014. – С. 170.

² Модельные правила европейского частного права : пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. – М. : Статут, 2013. – С. 109.

печує її доступність для використання на період, адекватний цілям такої інформації, а також можливість її подальшого незмінного відтворення); 3) текстової форми з наявністю підпису, що відповідає певним критеріям.

Варто зауважити, що міжнародні акти уніфікації європейського законодавства виходять з диференціації понять «письмова форма» та «підпис». Так, відповідно до ст. I.-1:106 Принципів, визначень та модельних правил європейського приватного права (DCFR)¹ заява вважається здійсненою в письмовій формі, якщо її здійснено у формі тексту, який складається зі знаків, розбірливо зображених на папері або іншому матеріальному носії (носії, на якому інформація зберігається, може бути доступна для ознайомлення в майбутньому протягом достатнього проміжку часу та відтворена в незмінному вигляді). Іншим прикладом є Типовий закон Юнсітрал про електронну торгівлю², призначений для використання державами як основа для розроблення національного законодавства. Згідно зі ст. 6 Типового закону, вимога про дотримання письмової форми інформації вважається виконаною шляхом надання повідомлення даних, що містить інформацію, яка є доступною для її подальшого використання. Цей Типовий закон *не розглядає підпис як обов'язковий елемент оригінальної (аутентичної) форми надання інформації*. Так, за ст. 8 Закону, вимога про оригінальну форму надання інформації вважається виконаною за допомогою повідомлення даних, якщо: а) є надійні докази цілісності інформації з моменту, коли вона була вперше підготовлена в її остаточній формі у вигляді повідомлення даних або в якому-небудь іншому вигляді; б) ця інформація, за потреби її подання, може бути продемонстрована особі, якій вона повинна бути подана. При цьому критерієм оцінення цілісності є збереження інформації в повному й незмінному вигляді, без обліку й додавання будь-яких індосаментів і будь-яких змін, що відбуваються у звичайному процесі передавання, зберігання й демонстрування; необхідний ступінь надійності оцінюється з урахуванням

¹ Модельные правила европейского частного права : пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. – М. : Статут, 2013. – С. 109.

² Типовий закон Юнсітрал про електронну торгівлю [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua>.

мети, для якої інформація була підготовлена, і всіх відповідних обставин.

У контексті укладання зовнішньоекономічних контрактів, якщо сторони не домовилися про інше, *оферта й акцепт оферти можуть проводитися за допомогою повідомлень даних, які, відповідно до ст. 4 Конвенції ООН «Про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах»¹, означають інформацію, підготовлену, надіслану, отриману або збережену за допомогою електронних, магнітних, оптичних або аналогічних засобів, включаючи електронний обмін даними, електронну пошту, телеграму, телекс або телефакс, але не обмежуючись ними.* Так само, стаття 9 Конвенції ООН «Про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах» виходить із визнання дотриманою законодавчої вимоги щодо письмової форми договору, якщо інформація, що міститься в електронних повідомленнях, через які здійснено оферту й акцепт оферти, є доступною для її наступного використання.

Принцип визнання юридичної сили за електронними повідомленнями, які набувають або не набувають документальної форми, визнаний на міжнародному рівні (Конвенцією ООН «Про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах», Типовим законом Юнсітрал про електронну торгівлю, іншими міжнародними актами). Відповідно до цього принципу повідомлення або договір (контракт) не можуть бути позбавлені дійсності або позовної сили тільки на тій підставі, що вони складені у формі електронного повідомлення (повідомлення даних). Насамперед це пов'язано з відсутністю в міжнародній комерційній практиці жорстких вимог стосовно форми міжнародних комерційних договорів.

Положення Модельного закону СНД щодо електронної торгівлі² не просто акцентують увагу на визнанні юридичної сили повідомлень даних, але й фактично виходять із розмежування простої письмової форми договору, укладеного в мережі Інтернет, та письмової форми

¹ Про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах [Електронний ресурс] : Конвенція ООН від 23 листоп. 2005 р. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

² Щодо електронної торгівлі [Електронний ресурс] : Модел. закон СНД від 25 листоп. 2008 р. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.

«віртуального» договору, щодо якого висунуто додаткову умову відносно його підписання сторонами. Так, за ст.ст. 6, 7 вищезазначеного Модельного закону, *простою письмовою формою кваліфікується електронне повідомлення, яке реалізує факт взаємодії та відносини сторін під час обміну інформацією, що фіксує дії й відносини таких сторін у процесах оформлення, укладання й реалізації електронних угод.*

Слід також звернути увагу, що, на відміну від чинного українського законодавства, міжнародні акти, спрямовані на впорядкування електронної комерції, не вимагають попередньої домовленості сторін у вигляді окремої письмової угоди 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 Типового закону ЮНСІТРАЛ «Про електронну торгівлю» оферта й акцепт оферти можуть здійснюватися за допомогою повідомлень даних, *якщо сторони не домовилися про інше* (див.: ст. 11 Типового закону).

Згідно зі ст. 43 ЗУ «Про міжнародне приватне право»¹ від 23 червня 2005 р. сторони зовнішньоекономічного договору можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України. *Чинне українське законодавство не забороняє сторонам зовнішньоекономічного договору, укладеного з використанням мережі Інтернет, обрати для регулювання їхніх договірних прав та обов'язків право іноземної країни.* У разі відсутності домовленості сторін договору про вибір права, що буде підлягати застосуванню до прав та обов'язків сторін договору, *застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із договором.* Якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті договору або сукупності обставин справи, то, згідно зі ст. 44 ЗУ «Про міжнародне приватне право», договір найбільш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирі-

¹ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 черв. 2005 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

шальне значення для змісту договору, має своє місце проживання або місцезнаходження. При цьому право, з яким договір найбільш тісно пов'язаний: 1) щодо договору об'єктом якого є нерухоме майно – це право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, – право держави, де здійснена реєстрація; 2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт – право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати; 3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, – право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа. Проте ЗУ «Про міжнародне приватне право» *не містить спеціального колізійного принципу для визначення права, найбільш тісно пов'язаного з договором, укладеним у мережі Інтернет* (права, що буде підлягати застосуванню до прав та обов'язків сторін такого договору в разі відсутності між ними домовленості про вибір права). У вищевказаній ситуації це означає застосування загального колізійного принципу – права держави місця проживання або місцезнаходження сторони електронного договору, яка повинна здійснити вирішальне для змісту такого договору виконання. Однак, як випливає з положень ст. 12 Модельного закону про основи регулювання Інтернету¹, якщо під час вирішення спорів, пов'язаних з використанням Інтернету, виникає колізія іноземного й національного законодавства, то діє норма національного законодавства держави, на території якої відповідно до ст. 11 Модельного закону вважається зробленою юридично значуща дія. Але в контексті здійснення договірних трансакцій, у тому числі через мережу Інтернет, юридично значущими діями (складниками договірної акції / стадіями укладення договору) є як оферта, так й акцепт. Більше того, юридично значущою є будь-яка поведінка суб'єктів права у сфері, урегульованій правом. Без поведінки (учинків) у сфері дії права не відбуваються правовідносини, зокрема договірної характеру. У межах договірної взаємодії сторін найбільшої значущості набуває та поведінка (дія) сторони, що збігається з моментом укладення договору. У праві країн англо-американської правової системи момент укладення договору визначається моментом відправлення акцепту акцептан-

¹ Про основи регулювання Інтернету [Електронний ресурс] : модел. закон СНД від 16 трав. 2011 р. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua>.

том. Право країн романо-германської правової системи визначає момент укладення договору моментом одержання акцепту оферентом. Це правило також передбачено положеннями Віденської конвенції 1980 р. За ст. 640 ЦК України договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. При цьому, згідно зі ст. 647 ЦК України договір вважається укладеним у місці проживання фізичної особи або за місцезнаходженням юридичної особи, яка зробила пропозицію укласти договір, якщо інше не встановлено договором. Однак такий підхід щодо визначення місця укладення договору існує не в усіх країнах. Наприклад, за законодавством США, договір вважається укладеним в місці, де діє акцептант, а у Великобританії – у місці, де отриманий акцепт.¹ Крім того, ціла низка договорів може укладатися в мережі Інтернет поза межами традиційної процедури (оферта – акцепт), що залишає відкритим питання про те, яка сама дія сторін договірного акту є найбільш значущою в контексті вирішення колізії іноземного та національного законодавства під час розв'язання договірних спорів, пов'язаних з використанням Інтернету.

Нарешті, моделі інтернет-підприємства притаманно також використання специфічних видів веб-сайтів – торговельних концентраторів, що з'єднують продавців, що діють у певній галузі та покупців їхніх товарів, та на яких здійснюється торгово-фінансові трансакції. На торговельних концентраторах зібрана інформаційно-аналітична інформація та новини щодо тенденцій розвитку відповідного ринкового сегменту, інформація про ціни на продукцію виробників і постачальників цього ринкового сегменту, зареєстрованих на означених веб-сайтах, умови оплати й доставки їхньої продукції; крім того, існує можливість пошуку та сортування даних за різними параметрами (наприклад, за видом продукції, за певним ціновим діапазоном тощо), а також можливість безпосереднього здійснення замовлення та його оплати за допомогою системи електронних платежів. Наприклад, торговельний концентратор «Agriukraine.com – Усе для агробізнесу» (www.agriukraine.com) пропонує українським бізнесменам торговельний майданчик типу B2B із доступом до всіх торговельних позицій

¹ Кучер А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект / А. Н. Кучер. – М. : Статут, 2005. – С. 14.

агросектору й можливостями пошуку продукції агропромислового комплексу та продуктів її перероблення, сільгоспмашин та обладнання, палива, нерухомості тощо. Крім того, тут можна ознайомитися з новинами агробізнесу, технологічними новинами, аналітикою, цінними індикаторами¹.

Електронні торговельні майданчики можуть бути *закритими* (орієнтовані на певну групу покупців або продавців) та *відкритими* (дають можливість взаємодіяти всім суб'єктам ринку без обмежень). За ознакою створення та належності електронні торговельні майданчики належать до таких категорій: майданчики, створені продавцями (buyer – driven); майданчики, створені покупцями (seller – driven); майданчики, створені третьою стороною (third – part – driven)².

Основними організаційними моделями електронних торговельних майданчиків є три групи сайтів: 1) *сайт-каталог* (агрегатор) – віртуальний каталог, який об'єднує деякі каталоги значної кількості постачальників і пропонує їх цільовим категоріям покупців, які мають змогу порівнювати товари одночасно за багатьма параметрами (наприклад, за ціною, датою постачання, наявністю та суттю гарантій, наявністю інформації щодо обслуговування); 2) *сайт-аукціон* – торговельний майданчик для продажу реальних товарів з індивідуальними властивостями (як окремих товарних партій, так й одиничних екземплярів) методом публічних торгів на умовах прямої конкуренції декількох (або багатьох) потенційних покупців за ціною, яка встановлюється під час електронних торгів (на відміну від каталогу, ціна не є чітко фіксованою); 3) *сайт-біржа* – торговельний майданчик, що дає змогу виробникам здійснювати оптову купівлю-продаж товарів на ринку реального товару з умовою негайного постачання й оплати за ринковими цінами (ціни на біржах значною мірою залежать від попиту і пропонування, у зв'язку з чим піддаються серйозним коливанням).

На цей час організаційно-правові засади функціонування електронних майданчиків та порядок проведення електронного аукціону регламентовано тільки під час використання електронної системи

¹ <http://nashaucheba.ru>.

² <http://mir.zavantag.com>.

закупівель. Відповідно до ЗУ «Про публічні закупівлі»¹ з метою забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання виявам корупції в цій сфері та розвитку добросовісної конкуренції, *замовник здійснює процедури закупівлі* (відкриті торги; конкурентний діалог; переговорна процедура закупівлі) *шляхом використання електронної системи закупівель*² з урахуванням вимог ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг». Електронною системою закупівель є інформаційно-телекомунікаційна система, що забезпечує проведення процедур закупівель, створення, розміщення, оприлюднення та обмін інформацією і документами в електронному вигляді, до складу якої входять веб-портал Уповноваженого органу, авторизовані електронні майданчики, між якими забезпечено автоматичний обмін інформацією та документами. Постановою Кабінету Міністрів України затверджено *Порядок функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків*³. Конкурентний відбір проводиться замовником із застосуванням *електронного аукціону*, що полягає в повторюваному процесі зниження цін або наведених цін з урахуванням показників інших критеріїв оцінення за математичною формулою, визначеною в методиці оцінення, що проводиться відповідно до ст. 29 ЗУ «Про публічні закупівлі» у три етапи в інтерактивному режимі реального часу.

¹ Про публічні закупівлі : Закон України від 25.12.2015 // Відом. Верхов. Ради України. – 2016. – №9. – Ст. 89.

² Закон України «Про публічні закупівлі» застосовується: 1) до замовників за умови, що вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт – 1,5 мільйона гривень; 2) до замовників, які здійснюють діяльність в деяких сферах господарювання, за умови, що вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 1 мільйон гривень, а робіт – 5 мільйонів гривень. Під час здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг, вартість яких є меншою за вказану вартість, замовники повинні дотримуватися принципів здійснення публічних закупівель, установлених цим Законом, та можуть використовувати електронну систему закупівель з метою відбору постачальника товару (товарів), надавача послуги (послуг) та виконавця робіт для укладення договору.

³ Про затвердження Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків : постанова Каб. Міністрів України від 24 лют. 2016 р. № 166 // Офіц. вісн. України. – 2016. – №22. – Ст. 855. – С. 13.

2.2. Правове регулювання електронного цифрового підпису в Україні...

ЗУ «Про електронну комерцію» не визначає загальні правові засади функціонування електронних торговельних майданчиків поза межами *електронної системи закупівель*, а також не встановлює умови віртуального посередництва в договірних відносинах (укладення договорів через електронних агентів), що має своїм наслідком низький рівень правового забезпечення цих відносин.

Підсумовуючи все вищезазначене, очевидною стає потреба в удосконаленні чинного законодавства України у сфері електронної комерції з обов'язковим урахуванням наявного рівня розвитку відносин у сфері електронної комерції, сучасних тенденцій їх правового регулювання, міжнародного досвіду впорядкування проблемних питань, що виникають у цій царині, зокрема під час укладання договорів, ускладнених «електронним елементом».