

УДК 341.948:339.9.012.42:004.738.5

*Ю. Л. Медведєв,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного
та міжнародного права
Луганського державного університету
внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка,*

ЕЛЕКТРОННА КОМЕРЦІЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ ТА ПРАВІ УКРАЇНИ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ

В статті досліджуються характерні риси електронної комерції та її основні елементи, що набули найбільшого поширення у наш час. Проаналізовано стан та перспективи правового регулювання ЕК на міжнародному рівні й в Україні.

Ключові слова: Інформаційні технології, Інтернет, електронна комерція, електронний цифровий підпис, іноземний елемент, споживач, провайдер, господарський договір, правочин, юридична особа.

Однією з характерних рис сучасної цивілізації став процес глобалізації, який докорінно змінив життя людського суспільства. Потужним імпульсом, що істотно прискорив її хід стало активне застосування на межі ХХ і ХХІ століть телекомунікаційних технологій. Їх бурхливий розвиток вплинув як на міжнародні, так і на внутрішньодержавні відносини, став передумовою й інструментом інтеграції світової спільноти та створення глобальної інформаційної економіки [1, с. 19]. Враховуючи транснаціональний характер подібної діяльності, однією з найважливіших проблем, пов'язаних з процесом розвитку інформаційних технологій, стало визначення ролі міжнародного приватного права в цьому процесі. Адже, як зазначає Г. А. Тосунян, «само нормальне функціонування ринку не може бути забезпечене тільки стихійними регуляторами. Стихійні регулятори самі по собі не можуть захистити ринок, наприклад, від можливих егоїстичних дій суб'єктів природних та інших монополій або убезпечити ринок від згубної зовнішньої економічної експансії» [2, с. 2]. Зрозуміло, що жодна держава не може стояти осторонь від глобального процесу інтернаціоналізації господарського життя; беручи участь у міжнародних ділових зв'язках, вона зацікавлена в найбільш ефективному і адекватному регулюванні цих зв'язків, а відмова від застосування іноземного права не веде до зазначеної мети [3, с. 6]. Нажаль, доводиться констатувати, що рівень правового осмислення й відповідно якісної зміни законодавства помітно відстає від стрімкого розвитку принципово нового виду комерційної діяльності, що здійснюється у віртуальному просторі. При чому, зазначена проблема стосується не тільки лідерів світової економіки, а й країн перехідного типу, до яких відноситься Україна. Відсутність в нашій країні цілісної правової парадигми не тільки гальмує розвиток національної економіки, а й стримує вирішення

багатьох проблем інтеграції України у міжнародний економічний простір. Зрозуміло, що побудова ефективної законодавчої бази в сфері інтернет-відносин неможлива без теоретичних наукових розробок, в тому числі і в сфері міжнародного приватного права.

Проблема правового регулювання електронної комерції не є новою для науки МПрП. Цього питання тією чи іншою мірою торкалися у своїх працях як вітчизняні, так і зарубіжні науковці: Л. П. Ануфрієва, Л. М. Галенська, Г. К. Дмитрієва, О. С. Довгерт, В. П. Звєков, В. М. Косак, Л. О. Лунц, В. Л. Мусіяка, Т. М. Нешатаєва, О. О. Підопригора, М. М. Сібілев, В. Л. Толстих, Г. Ю. Федосєєва, А. Г. Хачатурян, І. О. Хлєстов та ін., які провели велику роботу щодо узагальнення сучасного досвіду правового регулювання у цій сфері. Разом з тим, не зважаючи на велику кількість наукових досліджень, у тому числі й згаданих вище авторів, системного аналізу основних проблем сучасного міжнародного приватного права у галузі електронної комерції не проводилося. Більшість наукових праць мають спеціалізований характер, зосереджуючись лише на окремих аспектах згаданого вище виду підприємницької діяльності.

Тому метою статті стало визначення та проведення комплексного аналізу основних проблем та пов'язаних з ними перспектив практичного розвитку сучасного міжнародного приватного права та права України у сфері електронної комерції.

Під електронною комерцією (від англ. Electronic commerce, e - commerce, EC) розуміється економічна діяльність у сфері реклами, розповсюдження товарів та різноманітних робіт й послуг, яка здійснюється з використанням інформаційних технологій (перш за все глобальної комп'ютерної мережі Інтернету). Традиційно до електронної комерції (ЕК) відносять: 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). Крім цього, до подібного виду діяльності відносяться й медичні та інші консультаційні послуги, що надаються споживачеві через глобальну комп'ютерну мережу. Тобто у даному випадку Інтернет виступає у якості економічного інструменту здійснення згаданих вище видів комерційної діяльності. Відкинувши часові, територіальні та національні обмеження Інтернет надає можливість фізичним і юридичним особам, що знаходяться під дією правопорядків різних країн реалізовувати свої комерційні інтереси у самих різних формах. Широкий національний склад учасників такого, доволі специфічного спілкування неминуче ставить на порядок денний вирішення проблеми вибору права. Адже, незважаючи на міжнародний характер згаданої вище комп'ютерної мережі, електронна комерція й надалі залишається у межах національних юрисдикцій. Саме тому провідну роль в цьому процесі повинні відігравати норми національного законодавства, які регулюють приватноправові відносини з іноземним елементом.

Особливістю розмежування сфер дії правопорядків різних держав є те, що іноземний елемент в ЕК може бути представленим у якості: споживача; провайдера, що його обслуговує; товару або інформаційного ресурсу продаж, якого здійснюється через Інтернет; власника (продавця) ресурсу (товару) та провайдера, який його обслуговує. До цього переліку відносяться юридичні та фізичні особи, що долучаються до участі у здійсненні комерційних операцій на заключному етапі. Це різні посередницькі фірми, наприклад, ті, що здійснюють кур'єрську доставку замовлених товарів безпосередньо споживачеві. Проте, головною проблемою тут є не стільки належність кожного наведеного елемента до права іноземної держави, скільки складнощі перш за все технічного, а потім й юридичного характеру щодо визначення правопорядку, під дію якого вони підпадають. Так, продавець (власник) товару або ресурсу завдяки найновітнішим інформаційним технологіям може мати цілковитий віртуальний характер, використовуючи у якості засобу платежу електронні гроші, що неминуче призводить не тільки до проблем з його оподаткуванням, а й ускладнює, а в деяких випадках і унеможлиблює вирішення питання щодо захисту порушених прав, свобод і законних інтересів споживачів товарів і послуг, які реалізуються в процесі здійснення електронної комерційної діяльності. Поряд з цим й надалі залишається відкритою проблема використання «електронного (цифрового) підпису», який в наслідок оперативності та простоти застосування набуває усе більшого поширення. З його допомогою можна не тільки засвідчувати угоди укладені в мережі Інтернет, а й створювати своєрідні електронні цінні папери. Нажаль, практика «введення» ЕК до національних юрисдикцій, якою пішло сучасне законодавство та відсутність відповідної міжнародної уніфікації національних норм не тільки ускладнюють його застосування, а й створюють умови для шахраїв, які з успіхом використовують прогалини у національному законодавстві з метою уникнення відповідальності за свою протиправну діяльність. Ситуацію ще більше ускладнює транснаціональний характер злочинності та відсутність дієвого міжнародного механізму захисту. Як зазначав з цього приводу у своєму дисертаційному дослідженні О. В. Зажигалкін, відсутність координації в регламентації ЕК призводить до того, що, незважаючи на широку залученість в нормотворчий процес міжнародних міжурядових та неурядових організацій, держав й окремих фахівців, значущих результатів поки не досягнуто [4, с. 1]. Разом з тим потреби розвитку світової економіки вимагають узгоджених дій у цій сфері правовідносин. Найбільш прийнятним способом їх реалізації є уніфікація. Вона, на думку М. М. Богуславського, може «здійснюватися шляхом введення в національне законодавство нормативних положень, розроблених у рамках міжнародних договорів; формування модельних і (однообразних) однакових законів; вироблення різних типових договорів; формулювання міжнародними організаціями торгових звичаїв, які сформувався у вигляді так званих торгових термінів» [5, с. 279]. Інший російський дослідник Л. С. Комаров зупиняючись на аналізі інструментів уніфікації правової регламентації електронної комерції, вважає, що

міжнародним конвенціям є кілька альтернатив. До подібних альтернативних методів уніфікації він відносить модельні закони та рекомендації, кодекси поведінки і стандартні форми угод [6, с. 26-30]. Центральне місце серед них посідає Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю, прийнятий 12 червня 1996 року з додатковою статтею 5 bis, прийнятою у 1998 році (ТЗЕТ). Він став першим нормативним актом, в якому були зафіксовані основоположні принципи недискримінації, технологічної нейтральності та функціональної еквівалентності, які зазвичай розглядаються як основні елементи сучасного права електронної торгівлі. Поряд з згаданими вище принципами в ТЗЕТ знайшли своє закріплення норми щодо складання і дійсності контрактів, що укладаються за допомогою електронних засобів, атрибуції повідомлень даних, підтвердження отримання та визначення часу і місця відправлення та отримання повідомлень даних. Основна мета зазначеного закону, як підкреслюється в Керівництві з його прийняття, полягає в тому, щоб «запропонувати увазі національних законодавців звід міжнародно визнаних норм, що встановлюють можливий порядок усунення деяких таких юридичних перешкод і створення більш надійної правової бази для так званої «електронної торгівлі». Припускається, що принципи, закріплені в Типовому законі, також будуть корисними для окремих користувачів, що беруть участь в електронній торгівлі, стосовно до вироблення певних договірних рішень, які можуть знадобитися для подолання юридичних перешкод, створюють перепони для розширення використання електронної торгівлі» [7, с. 16].

Ці та інші фундаментальні положення, зафіксовані у зазначеному законі Організації Об'єднаних Націй, знайшли подальший розвиток у Типовому законі ЮНСІТРАЛ про електронні підписи (2001 рік); Конвенції ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах (2005 рік) та Конвенції ООН про угоди повністю або частково морського міжнародного перевезення вантажів (2008 рік) (більш відомі як Роттердамські правила). Втім, типовий закон являє собою лише зразок для держав, що приймають відповідні національні нормативні акти. Він містить нормативні рекомендації, варіанти можливих правових рішень, а іноді й пояснення до них. Такий закон, формуючи зразки майбутніх законодавчих рішень, отримує офіційну юридичну силу в межах держави або державного утворення лише після прийняття його національним парламентом [8]. Тому, як зазначається у Резолюції [по доповіді Шостого комітету (A/51/628)] Генеральна Асамблея «рекомендує всім державам при прийнятті або перегляді своїх законів належним чином враховувати положення Типового закону через необхідність уніфікації законодавства, застосовного до альтернативних паперовим формам методам передачі та зберігання інформації» [7, с. 2].

На відміну від згаданих вище нормативних документів ООН, що мають рекомендаційний характер, директиви Європейського Союзу є обов'язковими щодо кінцевого результату, який вони мають досягти, та щодо держав-членів до яких вони адресовані [9, с. 38]. Серед них: Директива 1999/93/ЄС Європейського

парламенту та Ради «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства» від 13 грудня 1999 року, Директива 2000/31/ЄС «Про деякі правові аспекти інформаційних суспільних послуг, зокрема електронної комерції на внутрішньому ринку» (Про електронну комерцію) від 8 червня 2000 року, Директива 97/7/ЄС «Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах» від 20 травня 1997 року та ін. Не зважаючи на те, що дія директив поширюється на відповідні відносини лише на території ЄС, і не застосовується до третіх країн, вони стали прикладом для законодавців нашої країни. Поряд з відповідними європейськими директивами важливу роль у формуванні українського законодавства щодо електронної комерції відіграє й укладений у рамках Співдружності Незалежних Держав Модельний Закон Міжпарламентської асамблеї країн-учасниць СНД «Про електронний цифровий підпис» від 9 грудня 2000 року [10].

Поряд з нормами міжнародних договорів помітний вплив на формування українського законодавства в зазначеній сфері мали й відповідні законодавчі акти іноземних держав: Закон Австралії «Про електронні правочини» від 10 грудня 1999 року; Закон Ірландії «Про електронну комерцію» від 10 липня 2000 року; Закон Люксембургу «Про електронну комерцію» від 14 серпня 2000 року; федеральний Закон Австрії «Про електронний підпис» від 30 липня 1999 року; «Закон Басаніні» Італійської Республіки від 1 березня 1997 року; Закон Російської Федерації «Про електронний цифровий підпис» від 10 січня 2002 року та інші.

Провідне місце в регулюванні відносин, пов'язаних зі здійсненням електронної комерції, в нашій країні відіграють Господарський кодекс України прийнятий 16 січня 2003 р. [11] (далі ГК України) та Цивільний кодекс України прийнятий 16 січня 2003 року [12] (далі ЦК України). Зазначені нормативні акти встановлюють дві основні форми укладання договорів: усну й письмову. Стаття 639 ЦК України, яка визначає форму договору, надає суб'єктам правовідносин певну варіативність поведінки у таких випадках: «Договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом» (ч. 1) і далі: «Якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагалася». Проте суб'єкти підприємницької діяльності навряд чи скористуються цією можливістю, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 181 ГК України та ст. 208 ЦК України господарський договір укладається, як правило, в письмовій формі, яка зумовлена необхідністю ведення бухгалтерського обліку та звітності суб'єктами господарських правовідносин, захистом інтересів сторін договору. Одним з різновидів письмової форми є так звана скорочена письмова форма. Ч. 1 ст. 181 ГК України та ч. 1 ст. 207 ЦК України, встановлюючи вимоги до згаданої вище форми правочину, припускають можливість укладання договорів через мережі електрозв'язку з використанням електронно-цифрового підпису. Це може бути комплект листів, телеграм, факсограм та інших документів, якими сторони

обмінювалися в процесі встановлення договірної зв'язку. За умови, якщо зміст цих документів свідчить про наміри сторін встановити договірний зв'язок та істотні умови договору. Так, відповідно до ст. 207 ЦК України: «Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку» (ч. 1, абзац другий), і далі: «Використання при вчиненні правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронного підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їхніх власноручних підписів» (ч. 3) [12].

Нажаль, наведеними статтями з ГК та ЦК України майже вичерпується перелік норм, що стосуються відносин у згаданій вище сфері. Тобто правове регулювання ЕК в Україні, як і у більшості країн світу, перебуває в процесі становлення. Втім електронна комерція є складним явищем і потребує комплексного правового регулювання, якого вітчизняний законодавець намагається досягти за допомогою цілої низки законів: «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року [13]; «Про обов'язковий примірник документів» від 9 квітня 1999 року [14]; «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» від 5 квітня 2001 р. [15]; «Про телекомунікації» від 14 травня 2003 року [16]; «Про електронний документ та електронний документообіг» від 22 травня 2003 року [17]; «Про електронний цифровий підпис» від 22 травня 2003 року [18] та інші, які тією чи іншою мірою регламентують використання сучасних технологій під час встановлення договірних відносин у тому числі і з іноземним елементом. Разом з тим потреба у подальшому розвитку вітчизняної економіки спонукає народних депутатів до розробки спеціального законодавства. Так, у Верховній Раді України було зареєстровано Проект Закону України «Про електронну комерцію» (реєстр. № 6086 від 18.02.10 р.), поданий народним депутатом Ю. В. Полунєвим та Проект Закону України «Про електронну комерцію» (реєстр. № 6086-1 від 04.03.10 р.), поданий народним депутатом А. В. Яценком, головним завданням яких стало усунення існуючих прогалин в українському законодавстві шляхом встановлення принципів електронної комерції, запровадження єдиного підходу до державного регулювання діяльності суб'єктів електронної комерції. У законопроектах системно врегульовуються відносини, пов'язані з вчиненням правочинів через глобальну інформаційну мережу Інтернет, порядок використання в цій мережі електронних документів та електронного цифрового підпису, участь інформаційних посередників у сфері електронної комерції, а також встановлюється відповідальність суб'єктів електронної комерції за правопорушення у сфері електронної комерції, що дасть можливість гарантувати законність, прозорість та достовірність таких операцій. Нажаль, подані законопроекти в недостатній мірі торкаються питань правового регулювання електронної комерції за участю іноземного елементу тому, потребують відповідного доопрацювання та узгодження з іншими нормативними актами.

Таким чином, враховуючи стан міжнародного приватного права та права України в сфері регулювання електронної комерції, а також перспективи розвитку міжнародних телекомунікаційних технологій, нагальною потребою є внесення відповідних змін до чинного національного законодавства, яке стосується питань електронного обміну даними, укладання угод у електронній формі, використання електронного підпису та ін. Поряд з цим, необхідно доповнити діючий Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року [19] нормами, які б безпосередньо торкалися правового регулювання ЕК. Це не тільки дозволить більш системно врегулювати однорідні відносини з іноземним елементом, а й сприятиме заповненню прогалін у відповідних галузевих нормативних актах та подальшому розвитку вітчизняного законодавства у цій сфері.

Література:

1. Лукашук И. И. Глобализация, государство, право, XXI век / Лукашук И. И. М.: Изд-во Спарк, 2000. - 262 с.
2. Огорин И. Нужна ли стране электронная торговля? / И. Огорин // Рос. газ. - 2003. - 25 дек. - С.2.
3. Кичигина И. Л. Коллизионный и материально-правовой методы регулирования в международном частном праве : автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юр. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; Семейное право; Гражданский процесс ; Международное частное право» / И. Л. Кичигина. – М., 1987. – 23 с.
4. Зажигалкин А. В. Международно-правовое регулирование электронной коммерции: автореф. дис. на соискание уч. степени канд. юр. наук : спец. 12.00.10 «Международное право; европейское право»; 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / А. В. Зажигалкин. -СПб., 2005. – 23 с.
5. Богуславский М. М. Международное частное право: учебник / Богуславский М. М. – [5-е изд., перераб. и доп.]. - М.: Юристъ, 2004. - 604 с.
6. Комаров Л. Международный институт унификации частного права / Л. Комаров // Внешняя торговля. - 1993. - № 11. - С. 26-30.
7. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и руководство по принятию 1996 год с дополнительной статьёй 5 bis принятой в 1998 году. // Организация Объединенных Наций, Нью-Йорк, 2006. – 74 с.
8. Энциклопедия юриста. - [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_law/1259/
9. Право Європейського Союзу: навч. посібн. / за ред. Р. А. Петрова. – [4-те вид., змін. і доп.]. – К.: Істина, 2011. – 376 с.
10. Модельный закон Межпарламентской ассамблеи стран-участников СНГ от 09.12.2000 г. «Об электронной цифровой подписи» // Информационный бюллетень, СПб. – 2001. - № 26. – 310 с.

11. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV (Редакція станом на 11.10.2013 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 18, № 19-20, № 21-22. - Ст.144.

12. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV (Редакція станом на 11.10.2013 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №№ 40-44. - Ст. 356.

13. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII (Редакція станом на 10.08.2012 р.) // Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 48. - Ст. 650.

14. Про обов'язковий примірник документів: Закон України від 09.04.1999 р. № 595-XIV (Редакція станом на 12.12.2012 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1999. - № 22-23. -Ст.199.

15. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні: Закон України від 05.04.2001 р. № 2346-III (Редакція станом на 11.08.2013 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 29. - Ст.137.

16. Про телекомунікації: Закон України від 18.11.2003 р. № 1280-IV (Редакція станом на 11.08.2013 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2004. - № 12. - Ст.155.

17. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 р. № 851-IV (Редакція станом на 24.06.2005 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 36. - Ст.275.

18. Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003 р. № 852-IV (Редакція станом на 18.10.2012 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 36. - Ст.276.

19. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV (Редакція станом на 09.06.2013 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2005. - № 32. - Ст.422.

Медведев Ю. Л. Электронная коммерция в международном частном праве и праве Украины: состояние и перспективы. – Статья.

В статье исследуются характерные черты электронной коммерции и её основные элементы, получившие наибольшее распространение в наше время. Проанализировано состояние и перспективы правового регулирования ЭК на международном уровне и в Украине.

Ключевые слова: информационные технологии, Интернет, электронная коммерция, электронная цифровая подпись, иностранный элемент, потребитель, провайдер, хозяйственный договор, сделка, юридическое лицо.

Medvedev Yu. E-commerce in International Private Law and in Ukrainian Law: Status and Prospects. - Article.

The article deals with the legal regulation of electronic commerce (EC), which is carried out in different forms using telecommunications technologies including

Internet that makes it international, transnational. Therefore, a main role in the legal regulation of EC plays an International Private Law.

Basing on the system analysis of national (Ukrainian) and international sources of IPL in EC, the author indicates a steady trend of move of «legal accents» from the provisions of international agreements to the direction of national regulation. However, lack of a common legal paradigm in Ukrainian legislation and drawn-out process of its formation, not only inhibits the development of the national economy, but hinders the resolution of many problems related to the integration of Ukraine into the international economic environment.

The conclusion is: the amendment of existing and development of new legal norms of Ukraine in EC, their harmonization to the relevant international treaties and agreements, allows systemically regulate relations associated with making transactions via a global information network Internet, the usage for this purpose electronic documents and digital signatures, greatly facilitate addressing emerging civil legal disputes between two or more entities jurisdictions, as well as helps to develop an effective mechanism to protect the violated rights, freedoms and legitimate interests of citizens - users of Internet services, which are sold during electronic economic activity.

Keywords: information technologies, Internet, e-commerce, digital signature, foreign element, consumer, provider, business contract, transaction entity.