

**Науковий висновок**  
**Науково-дослідного інституту правового забезпечення**  
**інноваційного розвитку Національної академії правових наук України**  
**щодо доцільності та обґрунтованості прийняття проекту**  
**Закону України «Про електронну комерцію»**  
**(реєстр. № 2306а від 17.06.2013 року)**

Розглянутий проект Закону «Про електронну комерцію» (реєстр. № 2306а від 17.06.2013 року) став новою спробою після законопроекту 2003 року узагальнити нові спеціальні норми, покликані врегулювати динамічні відносини в сфері електронної комерції. Безумовно необхідно позитивно відзначити спробу на рівні окремого Закону системно врегулювати відносини електронної комерції, які в Україні фактично склалися давно, проте на даний момент врегульовані лише фрагментарно та недосконало.

Представлений проект дещо спрощує процес укладання електронних правочинів та враховує міжнародний досвід регламентації електронної комерції, зокрема положення Типового закону ЮНСІТРАЛ, що заслуговує схвального відгуку.

Але варто звернути увагу на значні недоліки законопроекту як технічного, так і змістовного характеру, які не дають змогу досягти основного завдання проекту Закону – встановлення чітких правових вимог та механізмів дистанційного укладення й виконання правочинів із застосуванням електронних інформаційно-комунікаційних засобів і технологій.

Вважаємо за доцільне висловити щодо його змісту деякі зауваження та пропозиції.

1. Так, терміни, що використовуються у законопроекті, не узгоджені з поняттями, закріпленими чинним законодавством, зокрема ЦК: наприклад, некоректно застосовувати такі терміни і словосполучення як «здійснення послуг» (замість – «надання послуг»), «свобода здійснення електронних

договорів» («свобода договору»), «пропонування оферти» (замість «пропозиція» або «оферта»), «акцептування» («акепт» або «згода прийняти пропозицію») тощо. Крім того, за своєю сутнісною характеристикою оферта до укладення договору не може містити умови, погоджені сторонами, як зазначено в ст. 11 проекту, але повинна містити всі істотні умови договору.

Деякі з термінів не застосовуються в законодавстві – «імідж компанії» – «ділова репутація», оскільки не існує їх юридичної кваліфікації як об'єктів, також не використовується поняття «комерційна адреса підприємства», а закріплено поняття «місцезнаходження юридичної особи», наприклад, у Цивільному Кодексі, у Законах України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» та «Про міжнародне приватне право» тощо, крім того, у юриспруденції склалася практика використовувати поняття «юридична адреса». Також чинне законодавство України та судова практика не містять тлумачення поняття «систематична підприємницька діяльність». Так, після втрати чинності Декрету Кабінету Міністрів України «Про податок на промисел» від 17 березня 1993 року № 24-93 у зв'язку зі вступом в силу Податкового Кодексу України в наукових колах пропонується перейти від критерію систематичності до критерію професіоналізму або професійного підходу до підприємницької діяльності. У зв'язку з цим авторам законопроекту варто прийняти концептуальне рішення вибору систематичності чи професіоналізму підприємницької діяльності та дати чітке тлумачення відповідних категорій.

Виявлено термінологічну плутанину з розумінням сутності електронного товару. Відповідно до ст. 3 законопроекту електронний товар визначається, серед іншого, і як *майно, майнові права, які існують в електронній формі і можуть бути передані суб'єкту електронної комерції за допомогою програмно-апаратних комплексів або каналів зв'язку*, але відповідно до ст. 190 ЦК України майном вважаються окрема *річ, сукупність речей*, а також майнові права та обов'язки. Вважаємо, що в електронній формі існує занадто обмежене коло речей, в основному, в мережевих ідентифікаторах

послуг може бути розміщена лише інформація про річ або їх сукупність, тому більшість речей не може бути електронним товаром в розумінні проекту Закону «Про електронну комерцію». Навіть якщо законодавець свідомо зайняв таку концептуальну позицію, бажаючи звужити коло майна, яке може бути визначене як електронний товар, необхідно чіткіше визначити, що собою являють «програмно-апаратні комплекси», через які можуть бути передані електронні товари.

Також маємо звернути увагу на плутанину в використанні понять «послуги», «електронні послуги», «інформаційні електронні послуги». Так, при визначенні поняття «електронна комерція» законотворці вказали, що це суспільні відносини, які виникають при укладанні та/або виконанні правочину в тому числі й з приводу надання послуг/електронних послуг. Далі, у абз. 4 ст. 3 законопроекту наводиться визначення інформаційних електронних послуг, яке за змістом ширше ніж саме поняття «інформаційні електронні послуги», оскільки може відповідати не тільки інформаційним, а й будь-яким послугам. У даному випадку було порушено правило логіки щодо визначення поняття, а саме: визначення повинно бути відповідним, тобто обсяг поняття, що визначається, має збігатися з обсягом визначального. Стаття 4 проекту Закону, присвячена інформаційним електронним послугам, також не додає ясності у визначення цього поняття. З іншого боку, поняття «електронні послуги» взагалі не визначено, тобто не врегульованими залишаються усі інші послуги, щодо яких можуть виникати відносини в сфері електронної комерції (наприклад, надання юридичних та консалтингових послуг, продаж/купівля квитків тощо).

Ознайомлення із законопроектом дає можливість зробити висновок про підміну категорій «договір» та «правочин» (наприклад, ст. 11 «порядок укладення електронного правочину»). Відповідно до ч. 2 ст. 202 ЦК України правочини можуть бути *односторонніми* та дво- чи багатосторонніми (договори). В той час як ч. 1 ст. 626 ЦК України закріплює, що договором є домовленість *двох* або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Отже, будь-який договір є

правочином, але не будь-який правочин є договором, тому в законопроекті коректно вживати термін договір, коли йде мова про домовленості двох сторін укладати договір.

2. Проект містить багато загальних норм (стаття 5), які дублюють відповідні положення ст.ст. 3 і 627 ЦК України, в зв'язку з чим пропонуємо залишити в законопроекті лише спеціальні норми зі ст. 5, які закріплюють певні особливості електронної комерції, наприклад принцип свободи вибору суб'єктами комерції електронних засобів для здійснення діяльності, як одного з можливих способів ведення комерції.

3. Крім того, нечітко сформульовані деякі положення законопроекту. Зокрема, потребує уточнення:

1) сфера застосування Закону (ч. 4 ст. 1 проекту ЗУ). Так, наприклад, правочини, що відносяться до сфери регулювання сімейного права за своєю суттю не можуть підпадати під сферу регулювання вказаного закону;

2) порядок укладення договору (ст. 11 проекту ЗУ) і поняття публічної оферти.

Зокрема, дефініції «публічна оферта» в законодавстві не існує, хоча поширюється юридична практика її вживання. Проте, практичне розуміння публічної оферти нерідко співпадає з поняттям реклами або публічного договору і не відповідає ознакам оферти, закріпленим ЦК України, зокрема, адресній направленості пропозиції, що містить істотні умови договору і намір оферента вважати себе зобов'язаним у разі акцепту. Тому законодавцю необхідно визначитися з концептуальним сприйняттям публічної оферти і, при введенні такого легального терміна вносити зміни до цивільного та господарського законодавства, або використовувати існуючі інститути цивільного права.

3) співвідношення ч. 9 ст. 11 (місце укладання договору) і ч. 3 ст. 16 (місце вчинення електронного правочину) проекту ЗУ. Крім того, необхідно звернути увагу на коректність та зміст викладення ч. 3 ст. 16 законопроекту: «якщо відправник або отримувач не мають комерційної адреси підприємства,

то місцем вчинення електронного правочину вважається місце їх проживання». Вважаємо, що в цьому разі порушені всі вимоги юридичної техніки та простота викладення змісту норми, з якої не зрозуміло, що малося на увазі.

4. Однозначно не визначено склад суб'єктів електронної комерції. Відповідно до ч. 1 ст. 6 проекту цього Закону *суб'єктами електронної комерції можуть бути* будь-які особи, передбачені Цивільним та Господарським кодексом України, що володіють необхідним обсягом цивільної правоздатності і дієздатності, *як суб'єкти господарювання*, незалежно від форми здійснення підприємницької діяльності, *так і фізичні особи*, що пропонують до продажу товари, роботи, послуги без ознак підприємницької діяльності, *споживачі та інші особи*, що вчиняють електронний правочин в електронній комерції. В сучасному законодавстві та доктрині таким чином розуміють **учасників** відносин, а не суб'єктів.

В ч. 9 ст. 11 законопроекту мова йде про осіб – суб'єктів господарювання та осіб без відповідного статусу, в той же час за ч. 1 ст. 7 цього проекту *електронна комерція може здійснюватися суб'єктами господарювання*, передбаченими Цивільним та Господарським кодексом України, а саме юридичними та фізичними особами, *зарєєстрованими як суб'єкти підприємницької діяльності*. Наведені положення свідчать про необхідність набуття суб'єктами електронної комерції статусу суб'єкта господарювання. Пропонуємо чітко розмежувати поняття **суб'єктів** електронної комерції, до яких включати суб'єктів господарювання та **учасників** електронної комерції, до яких відносити і споживачів, фізичних та юридичних осіб без статусу суб'єкта господарювання.

5. Розглянутий проект Закону, на нашу думку, не вирішить основних проблем у цій галузі, а у певних випадках – ускладнить транзакції учасників електронної комерції. За текстом проекту Закону одним із його основних завдань було спрощення укладання електронних правочинів. Для цього в проекті Закону (ч. 6 ст. 11) було запропоновано можливість акцептування оферти двома способами:

– за допомогою надсилання електронного повідомлення або заповнення електронної форми, формуляра з відповідним їх направленням до сторони, яка запропонувала оферту.

– за допомогою здійснення дій, що становлять акцепт, якщо такі дії чітко роз'яснені на сайтах мережі Інтернет, інших відкритих або корпоративних мереж, де розміщена оферта і такі роз'яснення логічно пов'язані із офертою.

У даному випадку різниця між вказаними двома способами акцептування не зовсім зрозуміла, оскільки фактично в обох випадках мова йде про конклюдентні дії, які не передбачають навіть ідентифікацію особи. При цьому, відповідно до ч. 2 ст. 205 Цивільного кодексу України, вчинення правочину шляхом вчинення конклюдентних дій допускається лише в тому випадку, якщо не вимагається вчинення правочину у письмовій формі. Разом із цим, відповідно до ст. 208 Цивільного кодексу України у більшості випадків (в тому числі і популярних прикладів електронної комерції) вимагається письмова форма правочину.

Для усунення можливих проблем в правозастосуванні пропонуємо на рівні Закону України визначити необхідні вимоги до належної форми акцепту для електронних договорів.

Зазначимо, що встановлений у статті 11 проекту Закону порядок укладення електронного правочину невдало виписаний, є важким для сприйняття, що з неминучістю призведе до невірному виконання вимог закону. Форма електронного договору потребує подальшої розробки та чіткого визначення, оскільки в тексті проекту Закону містяться ознаки правочину, вчиненого шляхом вчинення конклюдентних дій, з іншого боку, такий правочин прирівнюється до правочину, укладеному у письмовій формі. На наш погляд, необхідно встановити єдину форму електронного договору (більш придатним уявляється здійснення конклюдентних дій на підтвердження вчинення правочину), а в письмовій формі вчиняти правочини в випадках, передбачених законодавством (стаття 208 Цивільного кодексу України).

Вважаємо за необхідне звернути увагу на зміни, які було внесено відповідно до Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення порядку відкриття бізнесу» № 1206-VII від 15.04.2014. Важливим нововведенням зазначеного закону є скасування обов'язкового використання юридичною особою печатки. Господарський кодекс України доповнено статтею 58-1, відповідно до якої суб'єкт господарювання може мати печатки, для виготовлення яких отримання будь-яких дозволів не потрібно. Відповідно, внесено зміни до низки законодавчих актів, якими передбачено складання документів з необхідністю скріплення їх печаткою. Зокрема, згідно ст. 181 Господарського кодексу України, ст. 207 Цивільного кодексу України договір (правочин) вважатиметься укладеним у письмовій формі за умови його підписання сторонами (представниками сторін) без обов'язкового скріплення печаткою. На підставі наведеного потребують доопрацювання Прикінцеві положення проекту Закону, якими передбачено внесення змін до статей Цивільного кодексу України, що регулюють форму правочину.

6. Позитивним моментом проекту Закону є розширення переліку правочинів, яким надається юридичне значення правочину, укладеного в письмовій формі. Зокрема, у ч. 10 ст. 11 проекту Закону передбачено, що електронний правочин, укладений шляхом обміну електронними повідомленнями, підписаний за допомогою електронного підпису, електронного цифрового підпису, або іншим аналогом власноручного підпису за своїми правовими наслідками прирівнюється до укладеного у простій письмовій формі, визначеній Цивільним кодексом України. Але будь-яке укладання правочину в письмовій формі передбачає необхідність його підпису. Використання підписів в електронній комерції конкретизоване у ст. 12 проекту Закону, відповідно до якої передбачена можливість наступних видів підписів:

– електронний підпис відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис»;

– електронний цифровий підпис відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис», якщо інформаційні системи всіх сторін електронної комерції можуть його зчитувати;

– електронний підпис одноразовим ідентифікатором;

– аналог власноручного підпису, який відповідає вимогам Цивільного кодексу України.

Вказані види підписів в ряді випадків потребують уточнення. Наприклад, визначення «електронного підпису» у Законі України «Про електронний цифровий підпис» є занадто розпливчатим, оскільки до електронного підпису потенційно можуть бути віднесені будь-які дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних. Принаймні, цьому визначенню «електронного підпису» повністю відповідає визначення «електронного підпису одноразовим ідентифікатором», яке міститься в проекті Закону і, зокрема, згадується як альтернатива «електронного підпису». А тому незрозуміла доцільність розділення цих видів підписів.

Крім того, бланкетна норма щодо «аналогу власноручного підпису, який відповідає вимогам Цивільного кодексу України» суперечить ч. 3 ст. 207 Цивільного кодексу України, що розрахована на використання аналогів власноручних підписів у випадках, не встановлених законами або іншими актами цивільного законодавства. Тобто, вимога Цивільного кодексу України до аналогів власноручних підписів не стосується випадків, які регламентуються проектом Закону.

Щодо такого виду підписів як «електронний цифровий підпис» слід зазначити наступне. Безумовно, вказаний вид підписів є надійним засобом ідентифікації, але в Україні такі підписи не набули широкого поширення в приватній сфері, зокрема, внаслідок суттєвого зарегулювання пов'язаної з ними діяльності та необхідності додаткових витрат на його одержання та використання. Все це викликано занадто суворими та об'ємними вимогами до

таких спеціальних суб'єктів, як центри сертифікації ключів та акредитовані центри сертифікації ключів, що не сприяє розвитку цього ринку послуг в Україні. Прикладом для удосконалення українського законодавства в цій сфері може бути **Директива ЄС «Про порядок використання електронних підписів в Європейському Співтоваристві» 1999/93/ЕС** (Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures).

7. Встановлення можливості використання електронних повідомлень та електронних документів, що становлять електронний правочин, в якості судових доказів потребує внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України (ст. 65) та Господарського процесуального кодексу України (розділ V).

Також маємо зазначити, що покладання тягаря доказування факту існування електронного правочину та цілісності і незмінності електронних повідомлень, що становлять зміст цього правочину, на сторони такого правочину (ч. 11 ст. 11 проекту Закону) може лише ускладнити процес доказування, оскільки такий підхід не вирішує питання про належність і допустимість доказів у електронній формі. Закріплення такої норми потребує розробки додаткового механізму реалізації доказування цілісності і незмінності електронних повідомлень. В той же час необхідно враховувати, що обставини справи, які відповідно до законодавства повинні бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватись іншими засобами доказування (ст. 34 Господарського процесуального кодексу України).

Як приклад вирішення питання забезпечення доказів можна навести практику посвідчення нотаріусом факту перебування на певну дату інформації за певною адресою в мережі Інтернет відповідно до частини 1 статті 102 Основ законодавства про нотаріат РФ.

8. Потребує доопрацювання також ч. 4 ст. 14 проекту Закону. Зокрема, момент надання згоди на обробку персональних даних. За нормами законопроекту способом надання згоди на обробку персональних даних є реєстрація у інформаційній системі. Відповідно до Закону України «Про захист

інформації у інформаційно-телекомунікаційних системах” інформаційна (автоматизована) система – організаційно-технічна система, в якій реалізується технологія обробки інформації з використанням технічних і програмних засобів. Отже, основною метою створення інформаційної системи є обробка інформації. З урахуванням існування сайтів, для яких характерною є вимога попередньої реєстрації користувачів, які відвідують сайт з метою ознайомлення з його змістом, така реєстрація у контексті зазначеного законопроекту розцінюється як згода на обробку персональних даних. Але не можна стверджувати, що особа, зареєструвавшись з метою ознайомлення на такому сайті, надала таким чином волевиявлення на обробку персональних даних. Така згода на обробку персональних даних повинна бути надана у визначеній законом формі та має містити чітку прив’язку до моменту укладання електронного правочину.

Підсумовуючи, слід зазначити, що розглянутий законопроект не вирішує проблем правового регулювання відносин електронної комерції та потребує подальшого доопрацювання. Зокрема, на нашу думку, цілей проекту Закону можна досягти більш ефективно наступним чином:

1. Остаточо визначитися зі сферою застосування Закону, чітким суб’єктним складом відносин електронної комерції, розтлумачити дефініцію «систематична підприємницька діяльність» або оперувати ознакою професіоналізму підприємницької діяльності.

2. Усунути термінологічні, процедурні та інші неузгодженості між проектом Закону і актами цивільного та господарського законодавства.

3. В разі концептуального визнання та легального закріплення публічної оферти викласти в законі її основні ознаки та внести відповідні правки в акти цивільного та господарського законодавства, а також визначити вимоги до форми акцепту для електронних договорів.

4. Чітко розділити правочини у сфері електронної комерції, які можуть укладатися шляхом вчинення конклюдентних дій, від правочинів, щодо яких вимагається письмова форма. На нашу думку, сферу можливості

укладання правочинів шляхом вчинення конклюдентних дій слід розширити. Також в подальшому необхідно доопрацювати визначення електронної форми та співвіднести письмову та електронну форми вчинення правочинів. Вимоги щодо підписів, відповідно, віднести щодо правочинів, від яких вимагається письмова форма та/або електронна

5. Встановити диференційовані вимоги щодо захищеності підписів (прості електронні або електронні цифрові) в залежності від певних критеріїв (вид, ціна, суб'єктний склад правочину тощо).

6. Узгодити вимоги щодо підписів в сфері електронної комерції із положеннями Директиви ЄС «Про порядок використання електронних підписів в Європейському Співтоваристві» 1999/93/EC (Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures).

Для цього, в свою чергу, необхідно ґрунтовно переробити Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» та Закон України «Про електронний цифровий підпис», а також суттєво спростити державне регулювання в сфері надання послуг, пов'язаних з електронними цифровими підписами, зокрема, в контексті вимог щодо захисту інформації в інформаційних системах, криптографічного та технічного захисту інформації.

**В. о. директора Інституту**

**Ю.Є. Атаманова**