

### РОЗВИТОК ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕЛЕКТРОННОЇ КОМЕРЦІЇ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Важливою складовою зростання товарообігу у сфері ЗЕД у найближчий час стане загальносвітова тенденція розвитку електронної комерції під якою розуміється будь-яка трансакція, вчинена через мережу Інтернет, що приводить до повної або часткової передачі прав власності на товар або послугу.

Розширення кола країн-учасниць СОТ і прийняття в рамках цієї організації Угоди про основні засоби зв'язку створюють реальні можливості для організації глобального ринку електронної комерції. Її необхідно розглядати в контексті загального світового процесу «електронізації» всього суспільного, політичного та економічного життя. Розвиток електронної комерції не є самоціллю, це необхідно для вирішення проблеми відповідності інформаційної інфраструктури підтримки ринку в Україні сучасним вимогам, що обумовлює актуальність дослідження правової регламентації інформаційного розвитку як головного чинника існування електронної комерції.

Переваги електронної комерції полягають в тому, що вона дозволяє знизити витрати обігу на 20–30 %, а в окремих випадках – на порядок. Загальна вартість угод електронної комерції в масштабах всієї планети в цей час коливається від 1,4 до 3,9 млрд доларів США у рік [1, с. 17]. Причому 95 % обсягів угод доводиться на частку операцій між господарюючими суб'єктами (підприємство-підприємство). У цьому ж напрямку діють такі фактори, як розробка погодженого міжнародного законодавства та жорсткість заходів контролю за дотриманням прав інтелектуальної власності.

Правові питання регулювання електронної комерції в загальному виді досліджувалися досить широким колом зарубіжних і вітчизняних вчених, таких як А. Шамраєв [2], О. Зажигалкін [3], А. В. Чучковська [4], але проблеми використання засобів електронної комерції при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності поки що не знайшли достатнього розвитку в науко-

вої літературі внаслідок новизни досліджуваних відносин. *Враховуючи вказане, мета цієї статті полягає у визначенні напрямів подальшого розвитку правового регулювання електронної комерції.*

В Україні вже прийняті Закони «Про електронні документи та електронний документообіг» і «Про електронний цифровий підпис». Однак для досягнення цілей міжнародної інтеграції цього недостатньо. Електронна комерція на сучасному етапі вимагає особливої правової стратегії, яка б сприяла розвитку глобального та відкритого ринку. Така стратегія, по-перше, повинна спиратися насамперед на грамотне використання традиційних, базових юридичних норм і правил, а по-друге, передбачати створення нових, спеціалізованих правових інститутів і процедур. Крім цього, необхідна уніфікація законодавства і спрощення правил і процедур, які застосовуються в різних країнах, що вимагає співробітництва бізнесу та державної влади не тільки в межах однієї держави, але й на міжнародному рівні.

Основний наголос при створенні національних норм, що регулюють використання зовнішньоекономічних контрактів в електронній формі, варто зробити на уніфікацію національного законодавства з нормами міжнародних нормативно-правових актів, задля чого існують об'єктивні підстави. Дана стаття присвячена аналізу міжнародних норм електронної комерції стосовно укладання контрактів ЗЕД в електронній формі та розробці пропозицій щодо удосконалення національного законодавства про електронну форму договорів, що на практиці сприятиме використанню таких контрактів суб'єктами ЗЕД.

Згідно ч. 2 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [5] (далі – ЗУ «Про ЗЕД») зовнішньоекономічний договір укладається суб'єктом ЗЕД у простій письмовій формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом. Аналогічну норму містить ч. 3 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» [6], де вказуєть-

ся, що зовнішньоекономічний договір, в якому хоча б однією зі сторін є громадянин або юридична особа України, укладається в письмовій формі незалежно від місця, в якому відбувається укладання, якщо інше не встановлено законом або міжнародним договором України. Із зазначених норм випливає, що в міжнародних комерційних справах може застосовуватися тільки письмова форма договору.

Таке положення вступає в деяке протиріччя з нормами ЦК й ГК України. Так, можливість використання електронного документа надається п. 3 ст. 207 ЦК України, де зазначено, що сторони можуть використовувати при укладанні угод електронно-цифровий підпис або інші аналоги власноручного підпису у випадках, передбачених законом або договором сторін.

ГК України також припускає використання електронної форми договорів. У п. 7 ст. 179 ГК України закріплено, що «господарські договори укладаються відповідно до правил, встановлених ЦК України з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами щодо окремих видів договорів». Особливості зовнішньоекономічних договорів суб'єктів господарювання зазначені в ч. 2 ст. 382 ГК України, де вказується, що зовнішньоекономічний договір (контракт) укладається в письмовій формі, якщо інше не встановлено законом або діючим міжнародним договором, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України.

Таким чином, склалася ситуація, коли теоретично відповідно до положень ГК і ЦК України можна використовувати електронну форму зовнішньоекономічних контрактів, однак на практиці це вкрай важко внаслідок твердої вимоги письмової форми контрактів, що міститься в нормах ЗУ «Про ЗЕД» і ЗУ «Про міжнародне приватне право».

Однак для суб'єктів ЗЕД існує більш теоретична, ніж практична можливість укладання зовнішньоекономічних контрактів в електронній формі, що впливає із застереження, яке знаходиться в розглянутих статтях ЗУ «Про ЗЕД» і ЗУ «Про міжнародне приватне право». Відповідно до даного застереження норми спеціального законодавства або міжнародного договору в питаннях визначення форми контрактів ЗЕД мають більш високий пріоритет в національному законодавстві (дане положення також закріплене в ч. 2 ст. 382 ГК України). Однак відмінності у сфері застосування та відсутність критеріїв

оцінки юридичної чинності електронної форми договорів у різних країнах спричиняє безліч проблем правозастосовчого характеру.

У зв'язку з цим виникає питання, як можна визнати юридичну чинність за контрактами ЗЕД, що укладаються в електронній формі? У літературі існує думка, що розвиток вітчизняної нормативно-правової бази у сфері регулювання використання електронної форми договору в ЗЕД може йти як шляхом розвитку спеціального законодавства, так і шляхом інкорпорування в національне законодавство багатосторонніх і двосторонніх публічних міжнародних договорів [7, с. 17]. Крім цього, сторони ЗЕД можуть використовувати електронні документи на підставі договірної походу.

Варто детальніше розглянути кожний із зазначених підходів визнання юридичної чинності зовнішньоекономічних контрактів, що укладаються в електронній формі.

У випадку *договірної походу* сторони мають певну правову автономію при укладанні договору в електронній формі. Перед виконанням електронних контрактів ЗЕД сторони повинні укласти звичайну письмову угоду, в якій зобов'язуються згодом визнавати дану форму, а також прописати критерії дійсності укладених між ними електронних договорів. У випадку виникнення спорів суд розглядає справу по суті, спираючись на правила, що містяться в угоді між сторонами. Договірний режим визнається законодавством більшості розвинених держав. Крім цього, існують розробки міжнародних організацій, покликаних створити єдині правила використання зовнішньоекономічних контрактів в електронній формі. Так, Міжнародна торговельна палата (МТП) розробила «eTerms 2004», або «Електронні умови Міжнародної торговельної палати 2004 року» [8]. Даний документ є аналогом правил Інкотермс і являє собою набір стандартних положень, які МТП рекомендує використовувати сторонам, які наміряються укласти договори в електронній формі.

Недолік договірної походу полягає в тому, що можливість укладання контракту в електронній формі признається, однак питання застосування електронного документа, його передачі, зберігання, державної реєстрації, використання як доказу або залишаються за межами правового поля, або мають істотні розходження законодавчого регулювання в різних країнах. Тому на практиці договірний підхід придання юридичної чинності електронним контрактам ЗЕД не одержав достатнього розповсюдження.

Підхід створення спеціального законодавства є протилежним попередньому і обмежує волю сторін імперативними положеннями. В Україні діють вже згадувані закони «Про електронні документи та електронний документообіг» і «Про електронний цифровий підпис», а також ряд підзаконних нормативно-правових актів, прийнятих на виконання законів. Нормативний режим не вимагає укладання попередньої згоди сторін, оскільки держава законодавчо визнає рівну юридичну силу традиційних документів і документів в електронній формі, а також гарантує їх визнання державними органами.

Але варто вказати на технологічну вузькість вітчизняного законодавства про електронні документи (можливість використання тільки електронно-цифрового підпису замість більш широкого поняття електронний підпис), а також відсутність прямої норми у спеціальному законодавстві, що зрівнює юридичну чинність електронного й паперового документа. Звідси випливає, що використання суб'єктами ЗЕД вітчизняного законодавства для побудови систем електронного документообігу не надає сторонам яких-небудь переваг у порівнянні з договірним режимом.

Відповідно до підходу використання міжнародних публічних договорів законодавство різних країн доповнюється однаковими нормами про визнання юридичної чинності електронних документів, правилами їх створення та використання. Джерелом таких норм виступають положення багатосторонніх та/або двостороннього публічного міжнародного договору, що в теорії гарантує одноманітність національних норм електронного документообігу у країнах, що приєдналися до даного договору.

Однак тут виникає проблема, пов'язана з індивідуальністю розвитку системи права кожної держави та різноманітністю нормативного регулювання, що впливає звідси. Зокрема, національне законодавство про особливості застосування електронної форми договорів у більшості країн створювалося на підставі модельних законів ЮНСИТРАЛ, однак досягти однаковості в цих питаннях не вдалося, оскільки нормативні акти різних країн мають серйозні розходження, що стосуються сфери застосування електронної форми договорів і критеріїв оцінки дійсності подібної форми.

У зв'язку із цим у міжнародних організаціях, у першу чергу в ООН, не припиняється робота зі створення єдиних норм електронної комерції в міжнародному обороті.

Першим міжнародним документом, що стосується саме питань використання зовнішньоекономічних договорів в електронній формі, можна вважати Конвенцію ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах [9], прийняту 23 листопада 2005 р. Приєднання України до даної Конвенції дозволить зробити перші кроки зі створення законодавства про електронну комерцію.

Основна ціль даного документа – створення однакових правил, спрямованих на усунення бар'єрів при використанні електронних повідомлень у міжнародних договорах з метою надати відносинам, які складаються в даній сфері, правову визначеність і допомогти державам одержати доступ до сучасних каналів торгівлі.

Стаття 1 поширює дію Конвенції на «договори між сторонами, комерційні підприємства яких перебувають у різних державах». Слово «різні» не дає прямої відповіді на питання, чи застосовується Конвенція до підприємств, що перебувають в державах, які не підписали Конвенцію. У пояснювальній записці вказується, що за аналогією з Нью-Йоркською конвенцією про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. Конвенція про використання електронних повідомлень у міжнародних комерційних договорах встановлює режим, відповідно до якого її положення застосовуються й відносно сторін, що перебувають у державах, які не є учасниками Конвенції.

Сфера застосування Конвенції не є всеохоплюючою, із предмета правового регулювання документа виключаються: а) договори, укладені в особистих, сімейних або домашніх цілях; б) угоди на регульованому фондовому ринку, угоди з іноземною валютою, цінними паперами, а також ряд інших угод, що потрапляють у сферу регулювання валютного й банківського законодавства; в) будь-які оборотні документи, що дають пред'явнику право вимагати поставки товарів або платежу грошової суми, зокрема: векселя, транспортні накладні, коносаменти й складські розписки.

Одна з основних проблем при укладанні зовнішньоекономічних угод з використанням електронних засобів полягає у визначенні місця знаходження комерційного підприємства. У цьому зв'язку найважливішим положенням Конвенції є те, що при її застосуванні не приймається до уваги знаходження комерційних підприємств сторін у різних державах (за окремими виключеннями). Ні державна приналежність сторін, ні їх цивільний або торговельний

статус, ні цивільний або торговельний характер договору не враховуються при визначенні застосовності Конвенції (ст. 1).

Інша проблема пов'язана з тим, що найчастіше уникнути підсудності дозволяє реєстрація відповідного доменного ім'я на якому-небудь віддаленому континенті й виведення хостингу в недосяжний для правоохоронних органів регіон. Тому Конвенція (п. 5 ст. 6) містить положення, відповідно до якого факт використання якою-небудь стороною доменного ім'я або адреси електронної пошти, пов'язаних з якою-небудь конкретною країною, не створює саме по собі презумпції, що її комерційне підприємство знаходиться в цій країні. Це означає, що при відповіді на питання, чи перебувають сторони договору дійсно в різних державах, необхідно виходити з фактичного місця знаходження комерційних підприємств сторін (у випадку, якщо сторони мають кілька комерційних підприємств, застосовується принцип найбільш тісного зв'язку з угодою).

Значення даної Конвенції полягає в тому, що вона є першим актом конвенційної уніфікації, спрямованої на усунення бар'єрів використання електронних повідомлень при укладанні й (або) виконанні зовнішньоекономічних контрактів. Конвенція являє собою приклад універсальної уніфікації, що створює умови для залучення в торговельний оборот більшого числа держав, а не тільки учасників регіональних об'єднань. Вона не вносить нововведень у систему регулювання зовнішньоекономічних відносин і лише закріплює принципи, необхідні для адекватного використання електронних повідомлень як способу укладання міжнародних комерційних договорів. Конвенція відкрита для підписання державами з 16 січня 2006 р. по 16 січня 2008 р.

У випадку приєднання України до розглянутої Конвенції неминуче виникне необхідність зміни вітчизняного законодавства.

Насамперед, ст. 207 ЦК України повинна бути доповнена наступним положенням: якщо за законом потрібна письмова форма, то ця вимога вважається виконаною, якщо документ укладений із використанням електронних засобів. Аналогічним положенням повинна бути доповнена ч. 2 ст. 382 ГК України щодо зовнішньоекономічних договорів (контрактів). Також до зазначеної статті ГК України слід додати наступну умову: зовнішньоекономічна угода не може бути визнана недійсною лише на тій під-

ставі, що вона зроблена, змінена або виконана з використанням електронних засобів.

З огляду на формальний підхід українського законодавця до поняття «документ», поняття «повідомлення даних» та «електронне повідомлення», що містяться в Конвенції ООН, не погоджуються з національними нормами про документ і електронний документ. Імплементация норм Конвенції в тому вигляді, як вони сформульовані первісно, потребує зміни підходу до понять «документ» і «електронний документ» і внесення змін у кодекси й інші закони, що містять дані поняття.

На відміну від українського законодавства Конвенція не оперує термінами «документ» і «електронний документ». У Конвенції використовується такий термін, як *Data message* – «повідомлення даних». Даний підхід заснований на положеннях Типового закону ЮНСИТРАЛ «Про електронну торгівлю» і не обмежується будь-якими засобами створення, передачі, зберігання інформації («за допомогою електронних, оптичних або аналогічних засобів»). В основі технологічної нейтральності міжнародних документів лежить припущення про те, що різні засоби фіксації інформації можуть сполучатися або змінюватися в ланцюжку електронних повідомлень (інформація може бути зафіксована на одному носії, потім перетворена в іншу форму, і при цьому суть її не змінюється).

На даний момент в українському законодавстві є визначення документа, яке наведене в Законі України «Про інформацію» [10] (ч. 1 ст. 27): «документ – це передбачена законом матеріальна форма одержання, збереження, використання й поширення інформації шляхом фіксації її на папері, магнітної, кіно-, відео-, фотоплівці або на іншому носії». Практично аналогічні визначення знаходяться в Законах: «Про бібліотеки й бібліотечну справу» [11, ст. 1] і «Про обов'язковий екземпляр документів» [12, ст. 1].

Електронний документ відповідно до ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг» – це документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа (ст. 5 Закону). Тобто документ може створюватися тільки за допомогою електронних засобів. Отже, електронний документ за українським Законом є більш вузьким поняттям, ніж поняття «повідомлення даних», що міститься в Конвенції.

Конвенція ООН поряд із поняттям «повідомлення даних» використовує більш вузь-

ку категорію «електронне повідомлення» – будь-яке повідомлення (тобто інформація), яке сторони передають за допомогою повідомлень даних при укладанні або виконанні договору. Особливістю електронного повідомлення є те, що інформація у процесі передачі перебуває в динамічному стані. У зв'язку із цим Конвенція встановлює, що вимога письмової форми вважається виконаною шляхом подання електронного повідомлення, якщо інформація, що міститься в ньому, є доступною для її наступного використання.

Також варто вказати на відсутність в українському законодавстві поняття «електронне повідомлення», що ставить національних суб'єктів зовнішньоекономічних відносин у невигідне становище в порівнянні з іноземними суб'єктами, позбавляючи їх можливості використовувати різні засоби створення, передачі, зберігання договорів в електронній формі («за допомогою електронних, оптичних або аналогічних засобів»).

Таким чином, поняття «повідомлення даних» і «документ», «електронне повідомлення» і «електронний документ» в українському законодавстві та Конвенції ООН не збігаються, що вимагає відповідного вдосконалювання українського законодавства.

Конвенція припускає використання будь-якого способу ідентифікації сторони та зазначення її наміру відносно інформації, що міститься в електронному повідомленні, не обумовлюючи при цьому додаткових умов. В Україні законодавчо регламентовано використання тільки електронного цифрового підпису, причому для відкритих інформаційних систем є додаткові вимоги. Одне з них – це встановлення обмежень для іноземних сертифікатів ключів підпису: вони визнаються на території України у випадку виконання процедури легалізації (ст. 17 Закону «Про електронний цифровий підпис»), що в підсумку зводить нанівець всі переваги електронного обміну даними.

Окремою проблемою є практична реалізація положення ч. 4 ст. 9 Конвенції, що стосується дійсності електронного договору, у випадках, коли норми матеріального права вимагають, щоб повідомлення або договір були представлені або зберігалися в їх справжній формі. Даними критеріями, відповідно до Конвенції, є: а) цілісність інформації, що міститься в повідомленні; б) можливість демонстрації даної інформації у випадку виникнення необхідності.

Реалізація даного положення має величезне значення при необхідності надання оригіналів контрактів при митному оформленні ряду імпорتنих або експортних вантажів. Угоди, поставка товарів яка здійснюється електронними каналами (наприклад, закупівля програмного забезпечення для підприємства з наступним одержанням дистрибутивів через Інтернет), не вимагають виконання даної норми. Однак для угод із фізичними товарами ч. 4 ст. 9 Конвенції є основою. Проблема надання справжньої форми електронного договору має два шляхи рішення: 1) створення спеціальних експертних установ на базі регіональних підрозділів Державної митної служби; 2) наділення центрів сертифікації, створених відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис», повноваженнями по засвідченню фізичних копій договорів, укладених в електронній формі.

Схожі проблеми, пов'язані з необхідністю надавати комерційний договір на матеріальному носії, можуть виникнути при здійсненні податкових перевірок, здійсненні контролю за оплатою по ЗЕД, а також в інших випадках, коли законодавство потребує надання оригіналів документів у письмовій формі. Для вирішення зазначених проблем необхідно погодити норми галузевого законодавства і внести зміни в нормативно-правові акти, що регулюють систему електронного документообігу.

### Література

1. E-Commerce and Development Report 2003, UNCTAD/SIDTE/ECB/2003/1. – Geneva : United Nations' Press Room. – 2003. – 204 p.
2. Шамраев А. В. Правовое регулирование информационных технологий: Анализ проблем и основные док.: Версия 1.0 / А. В. Шамрав. – М. : Статут, 2003. – 1001 с.
3. Жажигалкин А. В. Международно-правовое регулирование электронной коммерции : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Международное право, Европейское право», 12.00.03 «Гражданское право» / А. В. Жажигалкин. – СПб., 2005. – 28 с.
4. Чучковська А. В. Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електрозв'язку : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / А. В. Чучковська. – К., 2004. – 20 с.
5. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. № 959-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

6. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

7. Корнев Г. Жаркая осень для электронной торговли / Г. Корнев, А. Филатов // Юридическая практика. – 2005. – № 44. – 1 ноября.

8. International Chamber of Commerce «eTerms 2004». – Режим доступа : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/V04/568/75/PDF/V0456875.pdf> (последнее посещение 12.12.2008 г.).

9. Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах : Принята резолюцией 60/21 Генеральной Ассамблеи от 23.11.2005 г. – Режим доступа : [http://www.un.org/russian/documen/convents/elect\\_com.html](http://www.un.org/russian/documen/convents/elect_com.html)

(последнее посещение 12.12.2008 г.).

10. Закон України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

11. Закон України «Про бібліотеки і бібліотечну справу» від 27.01.1995 р. № 32/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 7. – Ст. 45.

12. Закон України «Про обов'язковий примірник документів» від 09.04.1999 р. № 595-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 22–23. – Ст. 199.

*Надійшла до редакції 29.03.2010 р.*