

УДК 339.727.2

ПИТАННЯ ВІДПОВІДНОСТІ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ЕЛЕКТРОННУ КОМЕРЦІЮ» ЄВРОПЕЙСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВУ

THE COMPLIANCE OF LAW OF UKRAINE «ON ELECTRONIC COMMERCE» WITH EUROPEAN LEGISLATION

Катинська Л.Р.,

*аспірант кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка*

У даній статті автор аналізує відповідність положень Закону України «Про електронну комерцію» європейським нормативно-правовим актам у даній сфері, зокрема Директиві 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» та Розпорядженню Європейського парламенту та Ради № 910/2014/ЄС щодо електронної ідентифікації та довірчих послуг для цілей електронних трансакцій на внутрішньому ринку, що з 1 липня 2016 року скасовує Директиву 1999/93/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства» від 13 грудня 1999 року.

Ключові слова: електронна комерція, електронна форма правочину, електронний підпис, електронний цифровий підпис, електронний підпис одноразовим ідентифікатором.

В данной статье автор анализирует соответствие положений Закона Украины «Об электронной коммерции» европейским нормативно-правовым актам в данной сфере, в частности Директиве 2000/31 / ЕС Европейского парламента и Совета «О электронной коммерции» и Распоряжению Европейского парламента и Совета № 910/2014 / ЕС «Об электронной идентификации и доверительных услуг для целей электронных трансакций на внутреннем рынке, что с 1 июля 2016 отменяет Директиву Совета Европы 1999/93 / ЕС Европейского парламента и Совета «О системе электронных подписей, применяемого в Сообществе» от 13 декабря 1999 года».

Ключевые слова: электронная коммерция, электронная форма сделки, электронная подпись, электронная цифровая подпись, электронная подпись одноразовым идентификатором.

In this article author analyzes compliance of Law of Ukraine «On electronic commerce» with European regulations in this area, in particular Directive 2000/31/ EC of European Parliament and Council «On certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in internal market» and Regulation of European Parliament and Council 910/2014 on electronic identification and trust services for purposes of electronic transactions in internal market that 1 July 2016 decline Directive 1999/93/EC of European Parliament and Council «On system of electronic signatures applied in Community» from 13 December 1999.

Key words: e-commerce, electronic transaction, electronic signature, digital signature, Transaction Authorization Number.

Актуальність теми. Ратифікувавши Угоду про асоціацію з Європейським Союзом 16 вересня 2014 року, Україна взяла на себе ряд зобов'язань правового характеру, зокрема зобов'язання забезпечувати поступову адаптацію законодавства України до законодавства Європейського Союзу відповідно до напрямів, визначених в Угоді. Таким напрямком, передбаченим в Угоді, також є електронна комерція. Угода про асоціацію з Європейським Союзом передбачає:

– розвиток електронної комерції, яка має здійснюватися за умови забезпечення повної відповід-

ності найвищим міжнародним стандартам захисту інформації з метою забезпечення довіри користувачів електронної торгівлі;

– визнання сертифікатів електронних підписів, виданих населенню, та сприяння розвитку послуг транскордонної сертифікації;

– співробітництво у сферах впровадження онлайн послуг, зокрема електронного бізнесу, електронного уряду, електронної охорони здоров'я і електронного навчання [2].

3 вересня 2015 року було прийнято Закон України «Про електронну комерцію», який відповідно до

преамбули до даного Закону визначає організаційно-правові засади діяльності у сфері електронної комерції в Україні, встановлює порядок вчинення електронних правочинів із застосуванням інформаційно-телекомунікаційних систем та визначає права і обов'язки учасників відносин у сфері електронної комерції [7].

Принципам нормативно-правового регулювання електронної комерції присвячені, зокрема, наукові праці С. Мейсона, одного з найвідоміших дослідників електронної комерції в світі, та Я. Яновського, автора ряду наукових робіт із указаної тематики. З огляду на нещодавнє прийняття Закону України «Про електронну комерцію» в Україні на даний час відсутні науково-правові дослідження відповідності положень даного Закону законодавству Європейського Союзу.

Метою публікації є аналіз відповідності Закону України «Про електронну комерцію» нормативно-правовим актам Європейського Союзу у сфері електронної комерції, а також узгодженості його положень із положеннями інших нормативно-правових актів, що регулюють електронну комерцію в Україні. Актуальність та потреба такого аналізу зумовлена тим, що інтеграція законодавства та правова визначеність у сфері електронної комерції є запорукою її ефективного розвитку. Як зазначено в преамбулі до Директиви Європейського Союзу «Про електронну комерцію», перешкоди у розвитку електронної комерції виникають із розбіжностей в законодавстві та з правової невизначеності щодо вибору національного законодавства, за умов відсутності координації та адаптації законодавства у відповідних сферах [6].

Виклад основного матеріалу. Метою прийняття Закону України «Про електронну комерцію», відповідно до Пояснювальної записки, є: систематизація чинного законодавства України у сфері електронної комерції та забезпечення правового порядку дистанційного укладення й виконання правочинів із застосуванням електронних інформаційно-комунікаційних засобів і технологій [10]. Незважаючи на мету розробників проекту даного Закону систематизувати чинне законодавство у сфері електронної комерції, Головне юридичне управління Верховної Ради України дало протилежну і загалом негативну оцінку тоді ще законопроекту «Про електронну комерцію». Так, у Висновку Головного юридичного управління від 03.04.2015 року вказано, що законопроект не містить завершеного правового механізму реалізації запропонованих норм, що призведе до колізій законодавчих норм і неповноти правового регулювання відповідної сфери відносин, дасть змогу посадовим особам правозастосовних органів на власний розсуд тлумачити норми законів України [11].

У Пояснювальній записці до законопроекту «Про електронну комерцію» вказано, що «Європейська директива про електронну комерцію була прийнята ще в 2000 році, більшість законодавчих актів цивілізованих країн світу стосовно регулювання електронних правочинів та електронної комерції датуються 1999–2005 роками». З пояснення випливає, що За-

кон України «Про електронну комерцію» фактично імплементує норми Директиви 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку». Однак при аналізі обох нормативно-правових актів випливає, що сфера правового регулювання Закону України «Про електронну комерцію» значно ширша, аніж сфера правового регулювання Директиви.

Так, у Директиві можна виділити п'ять груп норм, кожна з яких присвячена врегулюванню певного питання. Перша група норм (ст. 3) закріплює свободу надання інформаційних послуг на території Європейського Союзу. Друга група норм сприяє розвитку ринку послуг інформаційного суспільства Європейського Союзу шляхом заборони попередніх дозволів чи інших рівнозначних вимог щодо започаткування та здійснення діяльності з надання таких послуг (ст. 4), встановлення вимог до інформації, яка має надаватися провайдерами послуг інформаційного суспільства про себе (ст. 5) та яку мають містити електронні повідомлення комерційного характеру (ст. 6), окреслення вимог до небажаних електронних комерційних повідомлень («спаму») (ст. 7), також надання дозволу особам, що практикують регульовані професії, використовувати в своїй діяльності комерційні електронні повідомлення, дотримуючись при цьому норм професійної етики (ст. 8). Третя група норм врегульовує деякі питання укладення договорів електронним шляхом. Зокрема ст. 9 вимагає від держав-членів законодавчо забезпечити можливість укладання договорів електронним шляхом. У ст. 10 наведено перелік інформації, яку повинен надати постачальник послуг інформаційного суспільства замовнику. Ст. 11, присвячена процедурі розміщення замовлення, передбачає, що постачальник послуг повинен підтвердити отримання замовлення без невинуватливої затримки та електронним шляхом. Четверта група норм встановлює режим юридичної відповідальності провайдерів інтернет-послуг в Європейському Союзі, а п'ята – адміністративне співробітництво між державами-членами щодо впровадження послуг інформаційного суспільства.

Закон України «Про електронну комерцію» складається з п'яти розділів. У Розділі 1 «Загальні засади функціонування електронної комерції в Україні» окреслено сферу застосування закону, надано визначення термінів, що вживаються в законі, здійснено перелік інформаційних послуг та закріплено основні принципи у сфері електронної комерції. Розділом 2 «Учасники відносин у сфері електронної комерції» врегульовано правовий статус продавця та покупця товарів, робіт, послуг в електронній комерції, а також правовий статус постачальника послуг проміжного характеру в сфері електронної комерції. У Розділі 3 «Порядок вчинення електронних правочинів» закріплено вимоги до комерційних електронних повідомлень та окреслено вимоги до небажаних комерційних повідомлень («спаму»), врегульовано порядок укладення електронного договору, види електронного підпису, що застосовуються у електронній комер-

ції. Розділ 4 «Вирішення спорів та відповідальність у сфері електронної комерції» передбачає, зокрема, відповідальність, яку несуть постачальники проміжних інформаційних послуг. У розділі 5 «Прикінцеві положення» міститься перелік нормативно-правових актів, які зазнають змін прийняттям зазначеного закону. Такими нормативно-правовими актами є: Цивільний кодекс України, Закон України «Про захист прав споживачів», Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг», Закон України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні», Закон України «Про захист персональних даних».

Таким чином, на відміну від Директиви «Про електронну комерцію», Закон України «Про електронну комерцію» не виправдано розширив сферу правового регулювання, включивши до неї також питання електронного підпису та укладення електронних правочинів. У праві Європейського Союзу використання електронного підпису регулює Директива 1999/93/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства» від 13 грудня 1999 року. А з 1 липня 2016 дане питання буде регулюватися Розпорядженням Європейського парламенту та Ради № 910/2014 щодо електронної ідентифікації та довірчих послуг для цілей електронних трансакцій на внутрішньому ринку.

Статтею 1 Закону України «Про електронну комерцію» пропонується визначення термінів «електронний договір» та «електронний правочин». Закріплення таких термінів суперечить ст. 207 Цивільного кодексу України, у якій передбачено поняття форми правочину. У відповідності з Цивільним кодексом України слід вживати терміни: «електронна форма правочину», «письмова форма правочину», «усна форма правочину».

У статті 5 закону закріплено такий принцип: «однаковість юридичної сили електронних правочинів та правочинів, укладених в іншій формі, передбаченій законодавством». Таким чином, електронна форма правочину за правовими наслідками одночасно мала би прирівнюватися і до письмової, і до усної форми, що з точки зору цивілістики є абсурдним. Це положення закону, окрім того, входить у протиріччя з ч. 12 ст. 11 цього ж закону, відповідно до якої електронний договір, укладений шляхом обміну електронними повідомленнями, підписаний у порядку, передбаченому законом, вважається таким, що за правовими наслідками прирівнюється до договору, укладеного у письмовій формі.

У Законі України «Про електронну комерцію» в ст. 11 передбачено диспозитивні вимоги до змісту електронного договору. Відповідно до даної статті електронний договір, крім визначених Цивільним кодексом України істотних умов для відповідного виду договору, може містити інформацію про: технологію (порядок) укладення договору; порядок створення та накладання електронних підписів сторонами договору; можливість та порядок внесення змін до умов договору; спосіб та порядок прийняття пропозиції

укласти електронний договір (акцепту); (...) порядок обміну електронними повідомленнями та інформацією між сторонами під час виконання ними своїх зобов'язань; технічні засоби ідентифікації сторони; порядок внесення змін до помилково відправленого прийняття пропозиції укласти електронний договір (акцепту); (...) можливість вибору мови, що використовується під час укладення та виконання договору.

Та інформація, що може бути передбачена в електронному договорі згідно з Законом України «Про електронну комерцію» відповідно до Директиви «Про електронну комерцію», має бути надана обов'язково. У ст. 10 Директиви «Про електронну комерцію» передбачено обов'язок постачальника послуг чітко, повно та однозначно надати одержувачу послуг таку інформацію:

- а) різні технічні заходи на шляху до укладення контракту;
- б) чи буде укладений контракт, прийнятий постачальником послуг, та чи буде він доступним;
- в) технічні засоби ідентифікації та виправлення помилок вводу до розміщення запиту;
- г) мови, запропоновані для укладення контракту.

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

Відповідно до ст. 12 Закону «Про електронну комерцію» при здійсненні електронної комерції використовуються такі види підписів: електронний підпис або електронний цифровий підпис відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис», електронний підпис одноразовим ідентифікатором, аналог власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів. Електронний договір, укладений шляхом обміну електронними повідомленнями, підписаний у порядку, визначеному статтею 12 цього Закону, вважається таким, що за правовими наслідками прирівнюється до договору, укладеного у письмовій формі відповідно до ч. 12 ст. 11 Закону. Таким чином, усі різновиди електронного підпису наділяються однаковою юридичною силою, що суперечить так званому дворівневому підходу до врегулювання електронного підпису в Європейському Союзі. При дворівневому підході законом встановлюються низькі порогові вимоги, яким засоби електронного посвідчення достовірності повинні відповідати для отримання певного мінімального юридичного статусу, тоді як деякі засоби електронного посвідчення достовірності (які можуть іменуватися захищеними, вдосконаленими або особливо надійними цифровими підписами) наділяються більшою юридичною силою. Фактично у Законі України «Про електронну комерцію» використовується міні-

малістичний підхід до врегулювання електронного підпису. Саме даний підхід закріплено у законодавстві США, Канади та багатьох інших держав світу, окрім європейських держав, законодавство яких орієнтоване на законодавство Європейського Союзу [1]. Використання такого підходу у законодавстві України за умови інтеграції у загальноєвропейський правовий простір є неприпустимим.

У Законі України «Про електронну комерцію» вказано, що в електронній комерції за згодою сторін може застосовуватися аналоговий підпис, зокрема факсимільне відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання. Проте факсиміле не є підписом, а копією підпису, адже найчастіше на практиці ним є кліше чи печатка, яка відтворює підпис. Окрім того, факсиміле взагалі не використовується в електронній комерції, адже є не електронною, а механічною копією власноручного підпису. В електронному середовищі може використовуватися такий різновид електронного підпису, як сканований власноручний підпис.

У Законі України «Про електронну комерцію» вперше передбачено використання електронного підпису одноразовим ідентифікатором. Відповідно до п. 6 ст. 1 Закону електронний підпис одноразовим ідентифікатором – дані в електронній формі у вигляді алфавітно-цифрової послідовності, що додаються до інших електронних даних особою, яка прийняла пропозицію (оферту) укласти електронний договір, та надсилаються іншій стороні цього договору. Одноразовий ідентифікатор визначається як алфавітно-цифрова послідовність, що її отримує особа, яка прийняла пропозицію (оферту) укласти електронний договір шляхом реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції, що надав таку пропозицію. Одноразовий ідентифікатор може передаватися суб'єктом електронної комерції, що пропонує укласти договір, іншій стороні електронного правочину засобом зв'язку, вказаним під час реєстрації у його системі, та додається (приєднується) до електронного повідомлення від особи, яка прийняла пропозицію укласти договір. Поняття електронного підпису одноразовим ідентифікатором не використовується в законодавстві Європейського Союзу, він є своєрідним українським «ноу-хау».

Так, Директива 1999/93/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства» від 13 грудня 1999 року, розрізняє електронний підпис і удосконалений електронний підпис [5]. У статті 5 Директиви вказано, що удосконалені електронні підписи, засновані на кваліфікованому сертифікаті й створені за допомогою безпечного механізму, еквівалентні власноручним підписам. У Розпорядженні Європейського парламенту та Ради № 910/2014 щодо електронної ідентифікації та довірчих послуг для цілей електронних трансакцій на внутрішньому ринку, що з 1 липня 2016 року скасовує Директиву 1999/93/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства» закріплено поняття

електронного підпису, удосконаленого електронного підпису, кваліфікованого електронного підпису [6]. Відповідно до ч. 2 ст. 25 Розпорядження № 910/2014 щодо електронної ідентифікації та довірчих послуг для цілей електронних трансакцій на внутрішньому ринку кваліфікований електронний підпис за правовими наслідками прирівнюється до власноручного підпису. У Розпорядженні Європейського Союзу європейський законодавець не окреслює, яка технологія має бути основою творення удосконаленого електронного підпису. На практиці на даний період часу удосконаленим підписом є лише цифровий підпис, що утворений за допомогою асиметричної криптографії [9]. Цей принцип технологічної нейтральності не врахований в Законах України «Про електронну комерцію» та «Про електронний цифровий підпис».

У Верховній Раді України 31 серпня 2015 року було зареєстровано проект закону України «Про електронні довірчі послуги» № 2544а, розроблений Міністерством юстиції України та Адміністрацією Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації з метою реформування законодавства у сфері електронного підпису з урахуванням досвіду Європейського Союзу, розбудови єдиного простору довіри на основі системи електронних довірчих послуг, визнання в Україні електронних довірчих послуг, які надаються іноземними постачальниками електронних довірчих послуг [8]. На даний час (листопад 2015 року) цей проект опрацьовується в комітетах. У проекті закону закріплені такі види електронного підпису: удосконалений електронний підпис та кваліфікований електронний підпис. Тобто вживаються такі ж терміни, як у Розпорядженні Європейського Союзу. На нашу думку, хоча даний проект і вимагає суттєвого доопрацювання, та все ж у ньому є концептуальна та термінологічна узгодженість із законодавством Європейського Союзу.

Законом «Про електронну комерцію» вносяться зміни до ч. 1 ст. 205 Цивільного кодексу, та передбачається, що електронна форма правочину є різновидом письмової. Однак згідно зі ст. 3 Закону України «Про електронний цифровий підпис» лише у разі підписання правочину електронним цифровим підписом із посиленням сертифікатом ключа дотримується письмова форма правочину, оскільки лише даний вид електронного підпису прирівнюється до власноручного підпису.

Висновки. Таким чином, Закон України «Про електронну комерцію», в цілому імплементувавши положення Директиви «Про електронну комерцію», регулює значно ширше коло відносин, зокрема використання електронного підпису, укладення правочинів в електронній комерції, та входить у протиріччя з Директивою Європейського Союзу «Про електронну комерцію» та Розпорядженням Європейського Союзу щодо електронної ідентифікації та довірчих послуг для цілей електронних трансакцій на внутрішньому ринку. В Законі України «Про електронну комерцію» використовується термінологія, не характерна для Цивільного кодексу України та його положень, створюється ряд юридичних колізій, зокрема із Законом

України «Про електронний цифровий підпис». На нашу думку, Закон України «Про електронну комерцію» має бути приведений у відповідність із Директивою шляхом скасування та зміни ряду положень, а також приведений у відповідність із внутрішнім зако-

нодавством України. Розвиток законодавства у сфері електронної комерції в Україні повинен відповідати вектору, заданому Європейським Союзом. А отже, українському законодавцю слід доопрацювати та прийняти Закон України «Про довірчі послуги».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. S. Mason. Electronic signatures in practice // *Journal of High Technology Law*. – vol. VI. – № 2 (2006). – P. 149–164. – 153 p.
2. Угода про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами – з іншого. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/ru/publish/article?art_id=246581344.
3. Закон України від 22 травня 2003 року «Про електронний цифровий підпис» // Урядовий кур'єр. – № 119.
4. Regulation (EU) № 910/2014 of European Parliament and of Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in internal market and repealing Directive 1999/93/EC. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG.
5. Directive 1999/93/EC of European Parliament and of Council of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures. – (Electronic Signatures Directive) // *Official Journal of European Communities*. – 1999. – L13.
6. Directive 2000/31/EC of European Parliament and of Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in Internal Market (Directive on electronic commerce) // *Official Journal of European Communities*. – 2000. – L 178.
7. Закон України «Про електронну комерцію» – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/675-19>.
8. Проект Закону України «Про електронні довірчі послуги» – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56317.
9. Jacek Janowski. *Podpis elektroniczny w obrocie prawnym* // Wolters Kluwer: Warszawa, 2008. – 316 s. – 139 s.
10. Пояснювальна записка до Закону України «Про електронну комерцію». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52409.
11. Висновки Головного юридичного Управління на проект закону України «Про електронну комерцію» від 03.04.2015. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52409.