

Наталія Юліївна Філатова,

асистент кафедри цивільного права № 1

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук;

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4243-3990>

ВІДМОВА ВІД ТРАДИЦІЙНИХ ФОРМ І РЕНЕСАНС ФОРМАЛІЗМУ В УМОВАХ РОЗПОВСЮДЖЕННЯ ПРАКТИКИ УКЛАДАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОГОВОРІВ

Поява нових засобів комунікації і фіксації інформації в сучасному світі обумовила стрімке розповсюдження практики укладення так званих «електронних договорів». Основною особливістю таких договорів є те, що їх зміст фіксується в електронній формі, яка, на відміну від традиційної «паперової» форми, фактично являє собою файли у бінарному вигляді, які самі по собі не є видимими для людини, а стають такими лише при відображенні їх на екрані певного приладу або при перенесенні їх на папір (роздрукуванні).

Ця технічна специфіка відобразилася на законодавчому регулюванні питань укладення і оформлення електронних договорів, у зв'язку з чим у розвитку сучасного законодавства намітилося дві тенденції: тенденція до зміни традиційних форм правочинів, або навіть відмови від них, і тенденція до впровадження додаткових формальних вимог при укладенні певних правочинів за допомогою електронних засобів комунікації. Остання тенденція ще у 90-ті роки XX століття була названа відомими німецькими вченими К. Цвайггертом і Х. Кетцем «ренесансом формалізму» в сучасній Європі [1].

Розглядаючи першу тенденцію, а саме тенденцію до зміни традиційних форм, варто в першу чергу відмітити те, що розповсюдження можливості укладення договорів за допомогою електронних засобів комунікації призвело до появи терміну «електронна форма правочину» майже в усіх сучасних законодавствах. При цьому місце цієї форми в системі форм правочинів визначається по-різному. Так, у Німеччині електронна форма визнана самостійним різновидом форм правочинів поряд з письмовою і усною формами. Зокрема, стаття 126а Цивільного кодексу Німеччини має назву «електронна форма», що свідчить про надання цій формі самостійного значення. В більшості ж країн електронна форма на сьогодні не розглядається як самостійний різновид форми правочину, хоча й згадується в законодавстві. Так, в Україні згідно з ч. 1 ст. 205 ЦК України правочин може бути вчинений усно або в письмовій (електронній) формі. З аналізу змісту і структури цієї норми випливає, що електронна форма не є самостійним видом форм правочинів і може розглядатися лише як різновид письмової форми, коли вона відповідає всім вимогам до письмової форми.

Крім цього, під впливом новітніх технологій відбувається зміна вимог до письмової форми правочинів. Відомо, що згідно з законодавством більшості країн світу укладення договору в письмовій формі передбачає не лише фіксацію умов договору на певному носіїві, а й підписання договору всіма сторонами або принаймні тією з них, на яку покладено обов'язок по виконанню договору. Це правило втілене і в законодавстві України: згідно з ч. 2 ст. 207 ЦК України правочин вважається вчиненим у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами).

Однак останнім часом спостерігається тенденція до розщеплення вимог щодо фіксації умов правочину (власне, вимоги письмової форми) і щодо наявності підпису сторін у

дві окремі і самостійні формальні вимоги. Так, у Франції згідно зі ст. 1365 ФЦК (у редакції, що діє після внесення змін у 2016 році) письмова форма розуміється як наявність набору букв, символів або цифр, які мають зрозуміле значення і містяться на певному носії, а вимога наявності підпису міститься в іншій статті (ст. 1367 ФЦК) і розглядається як самостійна формальна вимога. Аналогічний підхід нещодавно було втілено і в білоруському законодавстві, в якому підпис традиційно вважався обов'язковим реквізитом письмової форми (ч. 1 ст. 161 ЦК РБ). Так, згідно з революційним Декретом Президента Республіки Білорусь «Про розвиток цифрової економіки» від 21 грудня 2017 року проста письмова форма правочину, в тому числі і зовнішньоекономічного, вчиненого за участю резидента Парка високих технологій (*суб'єкт права з особливим правовим статусом згідно з білоруським законодавством*), вважається дотриманою незалежно від наявності в ньому підпису, якщо обставини укладення договору дозволяють визначити, що волевиявлення висловлено саме стороною договору [4]. Такий підхід фактично рекомендовано і на загальноєвропейському рівні. Так, в офіційних роз'ясненнях до Проекту загальної системи підходів Європейського Союзу (DCFR) вказано, що для того, аби вимога письмової форми вважалася дотриманою, підпис сторін не вимагається: він вважається самостійною формальною вимогою. При цьому розробники DCFR вказують, що той факт, що законодавство багатьох європейських країн часто вимагає наявності підпису в якості обов'язкового реквізиту письмової форми, обумовлено всього лише тим, що відповідне законодавство було прийнято в «доцифрову епоху», у такий спосіб натякаючи, що в «цифрову епоху» ці правила доцільно змінити [2].

Такий підхід до розуміння вимоги підпису має глибоке і послідовне обґрунтування. Справа в тому, що підпис сторін електронного договору очевидно відрізняється від підпису «паперового» договору: якщо звичайний підпис являє собою певний символ чи набір символів (букв, знаків тощо), які здатні ідентифікувати сторону, то електронний підпис – це будь-які дані (біометричні, цифрові, зашифровані тощо), які приєднуються до тексту, що підписується, з метою ідентифікації сторони. При цьому в електронному середовищі сторону правочину може ідентифікувати не лише електронний підпис, але й інші дані, які підтверджують, що волевиявлення походить саме від сторони правочину. Наприклад, суб'єкта підприємницької діяльності, який розмістив пропозицію придбати його товар на Інтернет-сайті, можна ідентифікувати, навіть якщо ім'я або найменування цього суб'єкта жодного разу на сторінці не згадується, але існують інші дані, здатні його ідентифікувати (зокрема, факт реєстрації доменного імені відповідного сайту за ним).

Ось чому на рівні законодавства і судової практики зарубіжних країн вимога наявності підпису як елементу письмової форми фактично замінюється вимогою достатності доказів, що підтверджують походження волевиявлення. Так, згідно ст. 1366 Французького цивільного кодексу (в редакції після змін 2016 року) електронний запис може мати таку ж доказову силу, як і запис на папері, якщо є можливість чітко ідентифікувати особу, від якої цей запис отримано і умови зберігання і створення цього запису гарантують його цілісність. Подібне правило міститься і у вже згаданому нами Декреті Президента Республіки Білорусь від 21 грудня 2017 року, згідно з яким підпис сторони не вимагається, якщо існують обставини, що дозволяють визначити, що електронне повідомлення походить від сторони договору.

Однак, крім поступового відходу від формальних вимог у їх традиційному розумінні, у законодавстві європейських країн останнім часом спостерігається і протилежна тенденція – тенденція до посилення формальних вимог, обумовлена специфікою укладення договорів за допомогою електронних засобів зв'язу. Прикладом такого посилення є

запровадження на рівні європейського законодавства поняття «довговічного носія інформації» як нової формальної вимоги щодо правочинів. Цей термін вживається як на рівні національного законодавства окремих держав-членів ЄС, так і на рівні загальноєвропейського законодавства, зокрема у Директиві 2008/48/ЄС про договори споживчого кредиту, Директиві 2002/92/ЄС від 09 грудня 2002 року про посередництво в страхуванні, Директиві 2011/83/ЄС від 25 жовтня 2011 року про права споживачів. У цих документах поняття «довговічний носій інформації» визначається як будь-який матеріальний носій, на якому зберігається інформація і який забезпечує її доступність для звернення до цієї інформації протягом такого періоду часу, який адекватний цілям зберігання. При цьому в деяких директивах міститься і більш детальне визначення цього терміну. Наприклад, у ст. 2 Директиви 2002/92/ЄС від 09 грудня 2002 року про посередництво у страхуванні вказується, що довговічним носієм може вважатися, зокрема, дискета, CD-ROM, DVD, жорсткий диск. При цьому Інтернет-сайти за загальним правилом не вважаються довговічними носіями інформації, за винятком тих випадків, коли їх функціональні характеристики відповідають критеріям довговічності.

Примітним є той факт, що якщо спочатку поняття довговічного носія являло собою елемент вимоги щодо письмової форми правочину, сьогодні цей термін фактично є самостійним правовим поняттям і самостійною формальною вимогою. Так, у вищенаведених директивах ЄС уже взагалі не вживається поняття «письмової форми» чи «письмового документа». Замість нього в розділі «формальні вимоги» вживається термін «паперовий носій» або «інший довговічний носій інформації». Наприклад, згідно зі ст. 10 Директиви 2008/48/ЄС про договори споживчого кредиту кредитні договори повинні бути складені на папері або на інших довговічних носіях. У ст. 11 цієї ж Директиви вказано, що про всі зміни ставки кредиту споживач повинен бути повідомлений за допомогою паперового або іншого довговічного носія.

Крім того, що вимога довговічності носія інформації сьогодні в багатьох правових актах сформульована як окрема формальна вимога, примітним є і той факт, що вона стосується окремої категорії угод, до якої раніше формальні вимоги типу письмової форми або наявності підпису не висувалося взагалі. Йдеться про так звані «договори типу В2С», тобто договори між підприємцями і споживачами: це можуть бути договори купівлі-продажу, які укладаються поза торговельними приміщеннями або дистанційно, дистанційні договори про надання фінансових послуг та інші різновиди договорів.

У цьому контексті цікавою є практика Європейського суду справедливості. Так, у справі *Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer* перед Судом було поставлено питання: чи відповідає поняттю «довговічний носій» в контексті ст. 5 (1) Директиви 97/7 про захист прав споживачів в дистанційних контрактах поширена в практиці ситуація, коли інформація про договір надається споживачеві у вигляді гіперпосилання на сайт, на якому розміщені його умови. Відповідаючи на це питання, Європейський суд справедливості зазначив, що довготривалий носій в контексті цієї Директиви гарантує, що споживач, також як і у випадку з паперовим носієм, має бути забезпечений можливістю володіти інформацією про його права згідно з укладеним договором. Ця гарантія може вважатися дотриманою, тільки якщо той чи інший носій дозволяє споживачеві зберігати інформацію, адресовану йому, забезпечує неможливість свавільної зміни цієї інформації і доступність інформації протягом адекватного періоду. У зв'язку з цим в рішенні у цій справі Суд дійшов висновку, що розповсюджена практика розміщення умов договору на веб-сайті, посилаючись на який споживач отримує в електронному листі, не відповідає вимозі про розміщення умов договору на довговічному носії.

Вбачається, що зазначений підхід європейського законодавця є достатньо обґрунтованим і послідовним. Дійсно, не всі електронні засоби фіксації інформації надають можливість зберігати інформацію однаково довго і надійно. Більше того, тривалість і надійність зберігання інформації часто залежить безпосередньо від суб'єктивних чинників: наприклад, якщо інформація зберігається на інтернет-сторінці, адміністратор відповідного сайту має можливість в будь-який момент змінити її або видалити. Саме тому доцільним є впровадження вимоги довговічного носія інформації, особливо стосовно тих договорів, в яких одна зі сторін є *a priori* слабшою (наприклад, споживач).

Незважаючи на те, що у вітчизняному законодавстві ця вимога поки що відсутня, вона фактично була сформульована у вітчизняній судовій практиці. Так, відомою є практика Верховного Суду, пов'язана з встановленням більш тривалого строку позовної давності в договорах споживчого кредиту, які укладалися шляхом підписання клієнтами (позичальниками) заяви про приєднання до умов договору, розміщених на сайті банку. У цих справах Верховний Суд дійшов висновку, що умови, що містяться на Інтернет-сторінці банку, не можна вважати включеними в кредитний договір, навіть не дивлячись на наявність письмової заяви клієнта про приєднання до них, оскільки немає підтверджень того, що вони не були змінені банком після укладення договору з позичальником [3]. Отже, вимогу щодо письмової форми договору про встановлення більш тривалого строку позовної давності, в даному випадку не можна вважати дотриманою.

Список бібліографічних посилань

1. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М. : Международные отношения, 2000. 512 с.
2. Bar C., Clive E. M. Study Group on a European Civil Code & Research Group on the Existing EC Private Law // Principles, definitions and model rules of European private law: Draft common frame of reference (DCFR). München : Sellier ; European Law Publishers, 2009.
3. Постанова Верховного Суду України у справі № 212/10084/13-ц від 25.01.2015 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71897222> (дата звернення: 25.03.2018).

Одержано 03.04.2018

УДК 347.122

Наталія Вадимівна Ходєєва,

старший викладач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук;
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6154-6854>

ПРО ПРАВО НА ІНФОРМАЦІЮ ПРО СТАН ЗДОРОВ'Я ДИТИНИ АБО ПІДОПІЧНОГО

Загальновідомо, щоб стати учасником цивільних правовідносин, людина має бути наділена цивільною правоздатністю і цивільною дієздатністю (ст. 25 ЦК України). Останню мають тільки фізичні особи, які усвідомлюють значення своїх дій та можуть ними керувати. Саме з цим пов'язано і право на інформацію, зокрема про стан здоров'я малолітніх, які не здатні її сприйняти, оцінити і здійснити права, що випливають з неї. Тому стосовно