

УДК 347.44

DOI 10.36511/2078-5356-2019-4-289-294

Таран Кира Кирилловна
Kira K. Taran

аспирант кафедры международного частного и гражданского права имени С.Н. Лебедева, эксперт отдела диссертационных советов

Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации (119454, Москва, Проспект Вернадского, 76)

graduate student, department of private international and civil law named after S.N. Lebedev, specialist of the dissertation council department

Moscow state institute of international relations (university) of the Ministry of foreign affairs of the Russian Federation (76 Prospect Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454)

E-mail: taran.kira@yandex.ru

Правовой обзор особенностей и способов заключения договоров в Интернете

Legal review of special aspects and ways of concluding contracts in the Internet

Заключение договора в Интернете представляет собой новое правовое и техническое явление, которое значительно меняет существующие правоотношения в данной сфере. В статье рассматриваются юридические особенности заключения договора в Интернете. Особое внимание в статье будет уделено договорам на использование программного обеспечения, так как эти договоры зачастую оспариваются в связи с тем, что пользователь не знал, что вступает в договорные отношения.

Ключевые слова: договор, заключение договора в Интернете, пользователь, лицензионный договор, click-wrap соглашение.

Concluding contract in the Internet is a new legal and technological phenomenon, which significantly changes existing legal relations in this field. Legal aspects of concluding a contract in the Internet are considered in the article. Special attention in the article will be paid to contracts for using soft, because these contracts are voidable in view of the fact that user didn't know about his making a contract.

Keywords: contract, concluding a contract in the Internet, license agreement, user, click-wrap agreement.

Интернет является новым и интенсивно развивающимся продуктом информационных технологий и дает пользователям различных категорий (физические лица, юридические лица, государственные органы) множество удобных возможностей для заключения соглашений в той форме, которая наилучшим образом отвечает их запросам, что позволяет экономить время, силы и финансовые затраты сторон для заключения соглашения. Возможности Интернета ускоряют совершение сделок в гражданском обороте. Однако возможности заключения договора в Интернете выводят ряд правовых вопросов на новый уровень и меняют отношение сторон к договору.

Многие ученые согласны, что новые возможности заключения договора ведут к необходимости принятия новых правовых конструкций, которые бы закрыли возможные пробелы. Примечательно, но есть мнения, что Интернет — это средство коммуникации, которое в целом не несет изменений в договорное право [1, с. 326]. С таким мнением сложно согласиться в связи со следующими обстоятельствами.

В чем отличия заключения договора в сети Интернет от «классического» договора?

Заключение договора стало происходить гораздо быстрее, чем обычными способами (почтовой пересылкой оферты и акцепта, про-

© Таран К.К., 2019

ведением переговоров), некоторые договоры заключаются мгновенно. Теория «почтового ящика», используемая в англо-саксонской правовой семье, стала потихоньку уходить в прошлое в связи с использованием электронной почты (почтовая служба выступала как своеобразный агент, и получение ею акцепта приравнивалось к получению акцепта самим офферентом) и признанием акцепта данным, когда офферент его получит (англ. receipt rule).

Очень часто возникают вопросы, заключается ли договор между присутствующими или отсутствующими сторонами. Можно сказать, что стороны как бы присутствуют. Некоторые мессенджеры позволяют видеть присутствие стороны в программе и время прочтения сообщения, что можно квалифицировать как соглашение между присутствующими. При пересылке по электронной почте сообщения не совсем мгновенные, но они и не такие длительные, как использование обычной почты, факса и проч. Также получение ответа на оферту будет получено стороной гораздо быстрее, тем более когда стороны заинтересованы в заключении сделки. На длительность заключения сделки может повлиять использование различных систем программного обеспечения при де-/расшифровке сообщений, но в настоящее время такие случаи крайне редки. Можно сказать, что заключение договора не происходит так синхронно, как если бы стороны находились в одном помещении, но тем не менее создается эффект присутствия сторон.

В связи с возможностями заключать различные соглашения при помощи Интернета, удобством и быстротой у пользователей кардинально меняется отношение к договору, то есть зачастую складывается впечатление, что он не заключал договор, и самого договора нет. Это во многом связано с тем, что отсутствуют формальности в виде подписания соглашения. Когда сторона собственноручно ставит подпись, само это действие формирует обязательное отношение к договору вне зависимости от того, ознакомилась ли сторона с договором или нет. При заключении договора в Интернете клик мышки в окне формирует подпись, и правовые последствия возникают те же, что и при собственноручной подписи.

Важно отметить, что при некоторых способах заключения договора в Интернете ученые говорят о двойном акцепте, например, это сначала скачивание программы, а затем уже клик на окошко «согласен» при включении программы. То есть просто нахождение на сайте или ска-

чивание программы не может быть однозначно квалифицировано как акцепт. Это связано с тем, что акцепт должен иметь ярко выраженную форму, а не просто представлять собой желание стороны получить выгоду [1, с. 342]. Такая позиция требует дальнейшей научной и законодательной разработки. В последующем в статье мы затронем этот вопрос.

Изменяются и сами договоры: очень часто они основаны на стандартизованных условиях. Это связано с тем, что стороны не проводят переговоры до или во время заключения договора. Такие договоры можно подразделить на две составляющие: 1) условия, регулирующие использование веб-сайта; 2) коммерческую сделку.

Можно ли сказать, что Интернет — это ненадежная инфраструктура для заключения сделок? Ответ скорее будет отрицательным, так как сама структура Интернета надежна и ее стабильность обеспечивается достаточным количеством DNS-серверов и их зеркал. Если говорить о безопасности и надежности Интернет-соединения, то тут уже многое зависит от провайдера, который предоставляет услуги связи.

Какие есть способы заключения договора в сети «Интернет»?

Согласно техническим особенностям, способы заключения договоров в Интернете можно подразделить на три группы. К первой группе относятся способы, при которых используется иная коммуникация сторон: электронная почта, использование мессенджеров, различных приложений (при которых могут использоваться также различные способы шифрования и протоколирования информации). Правовые системы большинства государств разрешают использовать эту группу способов для заключения широкого спектра сделок.

Вторая группа отличается от первой тем, что пользователь заключает соглашения посредством клика мышкой на определенную кнопку или начинает использовать программу, расположенную на сайте. Такие способы распространены при торговле на электронных торговых площадках, при заключении договоров купли-продажи, при заключении договоров на использование программного обеспечения.

Третью группу составляют договоры, заключаемые посредством использования электронной подписи. Вопросы, связанные с использованием электронной подписи, в настоящее время довольно подробно урегулированы, в большинстве государств приняты законы, устанавливающие использование электронной

подписи, также есть регулирование и на надгосударственном уровне в виде типового закона ЮНСИТРАЛ, Директивы ЕС и др.

Наибольший интерес сейчас представляют договоры на использование программного обеспечения, так как возникает множество вопросов по поводу того, какими подотраслями права эти договоры должны регулироваться, как оценить осведомленность стороны о наличии соглашения, заключено ли соглашение?

Способы заключения договоров на распространение программного обеспечения в сети «Интернет»

Распространение программного обеспечения и его экземпляров с каждым годом становится все проще: посредством продажи CD/DVD дисков, скачиванием программы в Интернете. Ряд программ можно использовать сразу на сайте без скачивания, а можно установить приложение, которое обеспечит прямой вход в программу без входа в браузер. Информационные технологии создают новую информационную среду, в которой создатель программы может и не знать о ее распространении.

Заключение договора посредством сети «Интернет» осуществляется довольно удобным и быстрым для пользователей способом. Большинство компаний, особенно это касается компаний, предоставляющих в пользование софт (установка программного обеспечения, использование облачных хранилищ данных), создают настолько удобный интерфейс, что у пользователя может даже и не складываться впечатление, что он вступил в договорные отношения. Заключение договоров такими способами зачастую поднимает вопрос об их юридической силе.

Прежде всего, рассмотрим способы, используемые для оформления передачи программы от поставщика программы пользователю.

Наиболее часто используются такие виды соглашений, как *shrink-wrap transaction* (так называемое упаковочное соглашение), *click-wrap* (заключение договора посредством клика на соответствующую кнопку) *transaction*, *shareware transaction* (предоставление демоверсии программы).

Shrink-wrap transaction, или «упаковочное» соглашение, представляет собой покупку коробки, которая содержит внутри программу (сейчас используется довольно редко). При открытии коробки у пользователя возникает два варианта действий: согласиться с условиями, которые он найдет в коробке или при установке программы, либо вернуть товар продавцу. Здесь появляется сложность, связанная с тем, что первоначально

но между сторонами (поставщиком сервиса/продавцом и пользователем) был заключен договор купли-продажи. Включает ли договор купли-продажи положения лицензионного договора? Большинство правовых систем считают последующее включение условий в договор, когда такие условия не были озвучены при заключении договора, недопустимыми, например, Великобритания, Германия и др. Однако в данной ситуации также сложен вопрос факта, было ли обозначено пользователю, что заключение такого соглашения будет иметь место.

Click-wrap — пользователю предоставляется возможность ознакомиться с текстом заключаемого соглашения, и только в самом конце текста будет находиться окошко о принятии условий. Подразумевается, что даже если пользователь не читал текст соглашения, он знает о его существовании и впоследствии не сможет сослаться на то, что другая сторона его не предоставила. Такой способ заключения договора возник изначально в сфере лицензирования программного обеспечения.

Американские суды рассмотрели множество дел о юридической силе лицензионных соглашений, заключенных при помощи *click-wrap*. Было вынесено множество решений, в которых не признавалась действительность таких соглашений в связи с отсутствием явно выраженного согласия со стороны лицензиата. Также причиной признания таких договоров недействительными является недобросовестность условий, включенных лицензиаром, а не сам способ заключения договора [2]. В настоящее время данный способ заключения договора признается и используется во многих странах ЕС, США и России.

Заключение договоров таким способом по российскому праву вписывается в классическую концепцию оферты и акцепта, однако для пользователя может быть затруднительным согласование с компанией-облаком условий договора, так как подразумевается, что пользователь либо дает согласие на заключение договора на данных условиях, либо отказывается заключать договор. Такой способ заключения договора свойственен договору присоединения.

Brows-wrap — более быстрый способ заключения договора: пользователю предоставляется ссылка на текст соглашения совместно с окошком «принять соглашение» (данный способ, как и последующий, считаются разновидностями *click-wrap*). Таким образом, заключая договор, пользователь может и не открывать текст соглашения. В таком случае впоследствии может

возникнуть ряд вопросов, связанных с тем, был ли изменен текст договора. Также складывается впечатление, что пользователь не дает явного согласия с условиями договора. Судебная практика при решении данного вопроса квалифицирует в качестве акцепта не только формальное согласие пользователя в виде галочки в окне с принятием соглашения, но и действия пользователя по использованию предоставляемых офертой благ [3].

Американская судебная практика по отношению к такому способу заключения соглашений является неоднозначной. В деле *Specht v. Netscape Communications Corp.* суд признал пользователя не связанным условиями соглашения, так как он не выразил согласие в явной форме [4]. Компания Netscape просила пользователей прочитать и согласиться с лицензионным соглашением перед скачиванием своих продуктов (если пользователь был не согласен с соглашением, то ему тогда не следовало скачивать продукты с сайта), однако ссылка на лицензионное соглашение находилась на сайте в неудобном для пользователя месте (ему нужно было прокрутить вниз много информации с сайта, чтобы добраться до самого соглашения). В связи с этим суд усомнился в том, что пользователь был уведомлен о существовании такого соглашения.

Как в праве США, так и в праве Российской Федерации сложностью квалификации и признания данного способа заключения договора является то, что у пользователя могла отсутствовать возможность ознакомиться с условиями договора, вследствие чего возникает сомнение в наличии явно выраженного согласия пользователя. В США в последнее время в связи с тем, что пользователь может и не читать условия соглашения, даже если оно доступно, и не давать ярко выраженного согласия на использование программы, появилась практика непризнания исковой силы за заключенными таким путем соглашениями.

Web-wrap — во время пользования сайтом у пользователя появляется окно, в котором ему принять условия соглашения, если он хочет продолжить пользоваться сайтом. В общих чертах такой способ аналогичен *brows-wraps* и зачастую относится к его разновидностям.

Сложность данных отношений заключается в том, что пользователь в большинстве случаев не уделяет должного внимания условиям соглашения, в котором могут быть затронуты вопросы передачи права собственности на информацию, конфиденциальности персональ-

ных данных, истребования данных и проч. Хотя в США по смыслу раздела 209 Единообразного закона подразумевается, что пользователь, соглашаясь с лицензией, знает о наличии условий соглашения [5]. Кроме того, данный раздел предусматривает, что если условия соглашения недобросовестны, противоречат тому, что согласовали стороны, либо, что условия неприемлемы для его целей, тогда пользователь может отклонить такие условия и расторгнуть договор [6, с. 32].

Shareware transaction, или предоставление демоверсии программы, является довольно популярным методом распространения программного обеспечения. Демоверсию программы при этом можно просто загрузить с конкретного сайта. Она может предоставляться бесплатно, платной может быть, например, регистрация на соответствующем сайте и др. Такая программа может работать до определенного момента, когда пользователю уже предложат заключить полноценный лицензионный договор, либо работать в усеченном режиме и не обновляться до полноценной версии, пока соглашение не будет заключено. Считается, что во время использования демоверсии между поставщиком программы и пользователем не заключено никакое соглашение.

В России в соглашениях, заключаемых пользователями с российскими сайтами для использования программ, прослеживается тенденция, что пользователь вступает в договорные отношения, начав использование программы, то есть совершая конклюдентные действия. При этом пользователь зачастую не уведомляется о наличии соглашений и о содержании правовой документации, подразумевается, что он о ней знает и, если понадобится, найдет ее на соответствующем сайте. Это может привести к возникновению споров, потому что пользователь изначально не уведомляется, что вступает в договорные отношения, об условиях договора, ему не дается даже ссылка на интернет-ресурс, где можно эту информацию изучить.

В российском праве пока не выработано специальных положений, регулирующих заключение договоров в сети «Интернет» способами *click-wrap*, *brows-wrap* и *web-wrap*. Заключение договоров такими способами по российскому праву вписывается в классическую концепцию оферты и акцепта, переданных, однако, посредством сети «Интернет». Судебная практика по вопросам заключения договора такими способами находится на стадии формирования.

Поставка программного обеспечения поставщиком информационных сервисов обычно осуществляется в форме лицензий, при этом затрагиваются области договорного и авторского права для обеих сторон по договору.

Авторское право в данной ситуации больше направлено на позицию права автора/создателя программы против прав пользователя. Авторское право стремится закрепить контроль за использованием программы с коммерческой или иной целью, с одной стороны, и, с другой стороны, найти баланс с публичным интересом при распространении программы. Сложно говорить о равенстве сторон, так как подразумевается наличие элемента контроля со стороны автора/создателя программы, который предоставляет специальное разрешение или лицензию. В то же время авторское право признает публичный интерес, позволяя распространение программы для стимулирования интеллектуальных и творческих инициатив. На практике применение положений авторского права не всегда соответствует ожиданиям пользователя и автора/создателя программы, поэтому стороны прибегают к помощи договорного регулирования, которое может наиболее выгодным для сторон образом защитить их интересы при использовании программного обеспечения.

Договорное право позволяет сторонам согласовать условия, которые могут быть более или менее жесткими, нежели чем те, которые устанавливаются авторским правом. В ситуации с программами сложно сказать, какая из сторон будет более уязвимой: пользователь или поставщик программы? Поставщик может навязать пользователю невыгодные ему условия, пользователь может отказаться от контракта и заключить новый уже с другим поставщиком. А отказавшись от положений авторского права, поставщик может пострадать из-за того, что его программа не будет защищена авторским правом, а договорное право более свободно в выборе положений сторонами [6, с. 39].

В США правоотношения по созданию/развитию компьютерной информации, сделки, связанные с компьютерными программами, интернет-контракты, транзакции по обработке данных и др. регулируются Единообразным законом о сделках с компьютерной информацией 2000 года (англ. UCITA) (далее — Единообразный закон США). Данный закон заменяет ряд положений Единообразного торгового кодекса, которые применялись ранее, а в дальнейшем выделились в отдельном акте благодаря своей специфике.

Некоторые виды программ могут быть отчуждены на основе сделки купли-продажи, как, например, продажа CD/DVD-диска, который будет содержать программу. Такой вид отчуждения программы для личного использования может рассматриваться как продажа товара. Возникает вопрос, может ли программа рассматриваться как товар? Подходы различных государств по этой проблеме существенно различаются. Единообразный закон США однозначно определяет, что «компьютерная информация» не является товаром по смыслу данного закона. В Великобритании, наоборот, компьютерные программы могут рассматриваться как товар, и тогда соответствующие сделки будут подпадать под регулирование Закона о продаже товаров 1979 года. Хотя для поставщика программы было бы все же выгоднее заключить лицензионный договор, так как пользователю будет позволено ограниченное использование программы и не будет передано право собственности на программу. В России подходы к договорам по использованию программ находятся на стадии формирования, и, как и в других государствах, лицензионные договоры являются наиболее распространенными.

Заключение договора в Интернете — новое явление для пользователей, коммерсантов, правоприменителей и общественности в целом. Интернет как новая среда меняет стадии заключения и само отношение к договору. Все это говорит о необходимости теоретической разработки таких вопросов и внесения соответствующих изменений в законодательство, это показывает практика и США, и России, и стран Европы. Научный базис и формирование цифрового законодательства помогут избежать неоднозначного отношения к той или иной правовой конструкции, сформируют правописание и устойчивую правоприменительную и судебную практику по ряду вопросов. По вопросам регулирования новых интернет-технологий большинство стран мира находятся на одном уровне, вместе с этим формирование типовых законов в рамках международных организаций упростило бы и ускорило бы процесс формирования внутригосударственного законодательства.

Рассмотренные новые способы заключения договоров в Интернете являются уже широко распространенными, хотя в правовом отношении они остаются пока малоизученными и в недостаточной степени урегулированными. Поэтому в настоящее время очень важно заложить правовые основы для регулирования до-

говорных отношений в Интернете, так как будут появляться новые сервисы в сети «Интернет», а следовательно, и новые способы заключения договоров.

Примечания/References

1. Mik E. The Unimportance of being «electronic» or — popular misconceptions about «Internet contracting». *International Journal of Law and Information Technology*, 2011, vol. 19, no. 4, pp. 324—347.

2. Comb v. PayPal, Inc. (N.D. Cal. 2002). URL: <https://casetext.com/case/comb-v-paypal-inc-2> (accessed 19.11.2019).

3. Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal System: in 2 vols. / ed. by R.B. Schlesinger. N.Y.: Dobbs Ferry, 1968. 1699 p.

4. Specht v. Netscape Communications Corp. URL: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/150/585/2468233/> (accessed 19.11.2019).

5. Uniform computer information transactions act. URL: <https://www.stepto.com/images/content/1/4/v1/1468/2359.pdf> (accessed 19.11.2019).

6. Campbell A., Rowland D. Supply of Software: Copyright and Contract Issues. *International Journal of Law and Information Technology*, 2011, vol. 10, no. 1, pp. 23—40.