

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

ШАГАКА ОЛЕКСАНДРА ВОЛОДИМИРІВНА

Прим. № _____

УДК 347.440:004.738.5:(347.426.6:347.132.4)

**ДИСЕРТАЦІЯ
ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ, ЗАВДАНИХ У РЕЗУЛЬТАТІ
ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВАМИ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРІВ В
ІНТЕРНЕТІ**

081 «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело _____ О.В. Шагака

Науковий керівник:

Харитонов Євген Олегович,

доктор юридичних наук, професор

Одеса – 2021

АНОТАЦІЯ

Шагака О.В. Відшкодування збитків, завданих у результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису. Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Національний університет «Одеська юридична академія», Одеса, 2021.

Дисертація є першим у вітчизняній науці цивільного права спеціальним комплексним дослідженням цивільних правовідносин відшкодування збитків, завданих у результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. У ході дослідження здійснено комплексний аналіз наукових підходів до визначення специфіки договірних правовідносин в Інтернеті, законодавства у сфері здійснення та захисту прав учасників договірних відносин в Інтернеті та юридичної практики з питань відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернет.

Питання зловживання суб'єктивними правами в мережі Інтернет актуалізуються з огляду на розширення кола відносин, які поступово переносяться до цифрового середовища, або відносин, які одразу виникають щодо цифрових об'єктів та неможливі в інших відчутних, об'єктивованих до реального світу формах. В Україні та світі перманентно зростають обсяги електронної комерції, що означає не лише збільшення кількості проданого таким шляхом товару, але й про поступову дематеріалізацію обороту. У літературі неодноразово вказувалося на тенденції збільшення кількості послуг, які надаються та споживаються в самій мережі Інтернет: реєстрація домену, продаж хостингу, провайдерські послуги тощо. Крім цього, специфіка інтернет-середовища зумовлює потенційне зловживання суб'єктивними правами з огляду на анонімність або конфіденційність таких відносин, технологічну складність доказування

порушення прав та інтересів третіх осіб, відсутність відповідальності за окремі дії, що фактично порушують права третіх осіб.

Доведено, що звернення до питань саме зловживання правом у договірних відносинах у мережі Інтернет є обґрунтованим, адже концепція зловживання правом у випадку суперечності двох окремих суб'єктивних цивільних прав дає змогу врахувати обставини, які не були враховані законодавцем та вирішити, яке із суб'єктивних прав має перевагу. Дана ситуація є найбільш характерною для досліджуваного виду правовідносин, адже спеціальне законодавство не може встигати адаптуватися до настільки динамічної сфери суспільних правовідносин.

З метою формування коректного переліку завдань та методології дослідження проблематики теми здійснено огляд літературних джерел за темою дисертації, систематизовано наукові публікації та дисертаційні роботи вітчизняних дослідників з проблем зловживання правом та його юридичних наслідків, питань захисту прав споживачів в Інтернеті, меж здійснення цивільних прав в Інтернеті та захисту власних прав від порушень у мережі, захисту персональних даних в Інтернеті, відшкодування завданих збитків в Інтернеті.

Визначено, що аналіз нещодавніх подій дає змогу говорити про значний вплив на договірні цивільні відносини ситуації з новим коронавірусним захворюванням COVID-19. Фактично призупинений ринок офлайн-послуг зумовив перехід постачальників таких послуг за можливістю в інтернет-середовище. Однак, карантин в Україні зумовив обмеження цивільних прав у сфері договірного права, а механізми захисту суб'єктивних прав у мережі Інтернет потребують доопрацювання та пристосування до умов карантинних заходів.

На підставі аналізу чинного вітчизняного законодавства аргументовано, що цивільним законодавством передбачено можливість укладення договорів в електронній формі. Визначено, що електронний

договір має містити всі істотні умови, закріплені чинним законодавством для такого виду договорів. Договори, укладені в електронній формі, прирівнюються за юридичною силою до правочинів, укладених у письмовій формі.

Електронна форма договору об'єктивується в тій інформації, яка зафіксована у вигляді цифрових даних, включаючи обов'язкові реквізити договору. Воля сторін на укладення електронного договору виражається за допомогою засобів електронного зв'язку.

Законодавцем надано широкий спектр можливостей укладення договорів в Інтернеті, однак чинне законодавство та судова практика з питань захисту прав сторін договірних правовідносин в Інтернеті потребують вдосконалення шляхом закріплення додаткових гарантій дотримання прав сторонами відповідних правовідносин під час укладення договору в Інтернеті, а також більшої деталізації процесу та способів надання й засвідчення електронних доказів.

З'ясовано, що пропозиція укласти електронний правочин, у тому числі адресована невизначеному колу осіб, повинна включати всі істотні умови, передбачені чинним законодавством України для відповідного виду договору, у відповідності до законодавства України, а також умови, погоджені сторонами правочину. Для споживача розмитість меж таких пропозицій означає втрачену нагоду укладення угоди, адже споживач, натискаючи на відповідну кнопку «Купити», залишається впевненим, що вже придбав товар за вказаною ціною, однак продавцем дана згода використовується для укладення іншої, не вигідної покупцю угоди або інших зловживань.

Аналогічним за формою зловживанням є застосування двозначних для тлумачення даних опису товарів і умов доставки. Введення в оману потенційного покупця є прямим порушенням законодавства у сфері захисту прав споживачів. На сьогоднішній день одним із найпоширеніших

способів введення споживачів в оману полягає в приписуванні виробником своїй продукції невластивих їй позитивних та привабливих для споживача якостей.

Доведено, що зловживання правом в умовах інтернет-середовища набуває специфічних форм, що пояснюється особливостями комунікації між сторонами договору. Показовим прикладом зловживання суб'єктивними правами в мережі Інтернет є реєстрація в мережі найменування домену, який є ідентичним або подібним до ступеня змішання з товарним знаком чи фірмовим найменуванням третьої особи. Як бачимо, фактично такі дії не є правопорушенням, однак зазвичай вони направлені не на реалізацію власної свободи, а мають на меті зачіпання інтересів третіх осіб задля отримання вигоди в тій чи іншій формі.

Доведено, що договірні та переддоговірні відносини є яскравим прикладом, який ілюструє коло потенційних ситуацій зловживання власним суб'єктивним правом. Так, використання суб'єктивного права не за його прямим призначенням, його реалізація не для досягнення цілей договору, без дотримання принципу свободи сторін у договірних зобов'язаннях призводить до порушення адекватного балансу інтересів у суспільстві. Явище зловживання правом не відповідає як принципам природного права, так і принципам договірного права, серед яких принципи сумлінності, справедливості, рівності сторін, дотримання яких виключає можливість зловживання правом.

Сформульовано систему форм найбільш поширених зловживань правом при укладенні договорів в Інтернеті, серед яких найбільш поширеним залишається свідоме введення в оману сторони потенційного договору недостатнім визначенням статусу пропозиції в Інтернеті. Визначено, що для споживача розмитість меж таких пропозицій означає втрачену нагоду укладення угоди, адже споживач, натискаючи на відповідну кнопку «Купити», залишається впевненим, що вже придбав

товар за вказаною ціною, однак продавцем дана згода використовується для укладення іншої, не вигідної покупцю угоди або інших зловживань. Аналогічним за формою зловживанням є застосування двозначних для тлумачення даних опису товарів і умов доставки. Введення в оману потенційного покупця є прямим порушенням законодавства у сфері захисту прав споживачів.

Проаналізовано специфіку протилежних за змістом форм зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті, які полягають у примушенні до укладення договору та безпідставному ухиленні від укладення договору. Визначено, що безпідставне ухилення від укладення договору полягає у свідомій відмові від укладення договору при наявності необхідних підстав для його укладення – відмова відчуження на умовах ціни за аукціоном; відмова від укладення договору за результатами конкурсу; відмова від укладення публічного договору тощо.

Визначено, що примушення до укладення договору в Інтернеті зазвичай полягає в укладенні договору зі стороною поза її волею, в автоматичному режимі. З'ясовано, що на відміну від законодавства ЄС вітчизняне законодавство не передбачає детального регулювання питань зловживання правами, що призводять до укладення автоматичних угод. Вітчизняна судова практика також не демонструє ефективних засобів захисту від примушення до укладення договорів в Інтернеті.

З'ясовано, що для досягнення всебічності дослідження окрему увагу слід приділити питанням виконання зобов'язань щодо відчуження майна, анонсованого як виграш у розіграш і, так званих, «гівах», виплати виграшу в цивільних правовідносинах гри та парі. Зроблено висновок, що в останні декілька років «гіви» (від англ. Give away – віддавати) стали найпоширенішим способом залучення нової аудиторії в соціальній мережі Instagram, а також на YouTube та інших медіа-платформах. Фактично такі

гиви означають конкурс, відповідно до якого необхідно виконати ряд умов для отримання винагороди.

Зроблено висновок, що на сьогоднішній день сфера електронних аукціонів в Україні знаходить на стадії розвитку. У нашій державі існують як приклади безуспішних проєктів на зразок Aukro.ua, колишнього найбільшого вітчизняного інтернет-аукціону, заснованого в 2007 році, так і цілком успішні інтернет-аукціони з продажу предметів старовини, антикваріату і колекційних екземплярів Violity, універсальні інтернет-аукціони NewAuction та SkyLots, а також численні онлайн-аукціони ломбардів.

Аргументовано думку, що, виставляючи майно на торги засобами інтернет-аукціону, власник майна робить публічну оферту учасникам. Будь-який учасник торгів має змогу погодитись на стартову ціну лота, зробити свою цінову пропозицію, яка може стати переможною. Власник майна зобов'язаний продати річ тому, хто надасть кращу пропозицію, про вільний вибір власником майна контрагента тут не йдеться. Акцептант, який купує майно засобами інтернет-аукціону, зазвичай також не має жодного уявлення про свого контрагента. Визначено, що часто ідентифікацією оферента є рейтинг продавця, який складається з позитивних відгуків учасників аукціону, тобто, для акцептанта такі відгуки можуть бути єдиним показником для вибору контрагента серед багатьох інших продавців з однаковими істотними умовами публічного договору.

З'ясовано, що як і у випадку з будь-яким іншим договором купівлі-продажу, продавець на інтернет-аукціоні має право відкликати свою оферту у встановлених законом випадках. Загальні умови укладення угод інтернет-аукціону не можуть скасувати цього права, оскільки вони не застосовуються до відносин, що виникають безпосередньо між сторонами договору купівлі-продажу. Таким чином, продавець має можливість дострокового закриття аукціону, проте, продавець повинен недвозначно

вказати на це у своїй пропозиції. Якщо ж продавець не пов'язав пропозицію з такою умовою, то дострокове закриття аукціону можливе тільки за певних умов, обумовлених у ліцензійних умовах самого інтернет-аукціону. Зокрема, скасування оферти можливе в тому випадку, якщо виконання зобов'язання з боку продавця стало неможливим не з його вини (наприклад, у разі крадіжки пропонованого товару).

Якщо умови для дострокової скасування пропозиції не виконані, але продавець, проте, скасовує його, то він повинен враховувати можливість пред'явлення претензії про відшкодування збитку з боку останньої особи, яка запропонувала максимальну ціну. Таким чином, закінчення аукціону не скасовується, але переноситься на більш ранній термін. При цьому сума відшкодування збитку визначається на підставі вартості товару за вирахуванням запропонованої ціни.

Доведено, що зловживання правом при укладенні договорів на онлайн-аукціонах може вчинятися саме користувачами платформи, а сам сервіс не може притягатися до відповідальності за порушення цивільних прав своїх користувачів продавцями.

Визначено, що питання захисту персональних даних в Інтернеті є надзвичайно актуальним, адже специфіка електронної комерції передбачає збір, обробку та зберігання персональних даних клієнтів. У такому випадку застосовується українське законодавство про захист персональних даних.

Доведено необхідність імплементації положень законодавства ЄС у сфері захисту цивільних прав у мережі Інтернет та уніфікації положень чинного цивільного законодавства в питанні заборони зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. Додаткової актуальності в реаліях сьогодення набувають питання захисту персональних даних осіб, що вступають у договірні відносини в Інтернеті, а також проблемні питання відшкодування шкоди, завданої зловживаннями прав при реалізації свободи договору в Інтернеті.

Аргументовано думку, що при укладенні договорів в Інтернеті окремо слід говорити про зловживання свободою договору як базовим правом сторони договору, адже основним елементом договору є узгодження вільного волевиявлення його сторін. Визначено потенційно шкідливим для сторони договірних правовідносин способом використання свободи договору проведення переговорів без мети укладення договору. Типовим випадком такого зловживання правом є імітація переддоговірної діяльності (розміщення рекламних оголошень, публічна обіцянка винагороди, проведення переговорів), яка має на меті збір персональних даних з метою формування баз персональних даних для рекламних акцій або маркетингових досліджень. Такий вид діяльності характерний для ріелторів та інших посередників та рекламних компаній, які таким чином формують необхідні для їх комерційної діяльності бази потенційних клієнтів, об'єктів тощо.

Висловлено позицію, що дії осіб у мережі Інтернет можуть мати ознаки зловживання суб'єктивними правами, пов'язаними зі зловживанням свободою договору, за умов наявності у сторін певного рівня дієздатності; наявності факту вчинення конкретних дій чи бездіяльності, спрямованих на реалізацію свободи договору; перевищення меж, реалізації свободи договору; наявності умислу з метою досягнення певної мети.

Надано пропозицію подальшого узагальнення касаційними судами практики застосування частини 3 статті 13 ЦК України та розширення легальної дефініції поняття зловживання правом. Це дозволить значним чином поліпшити розуміння цього інституту і розвинути практику його застосування відповідно до його первинного призначення.

Обґрунтовано необхідність імплементації положень законодавства ЄС у сфері захисту цивільних прав у мережі Інтернет та уніфікації положень чинного цивільного законодавства в питанні заборони зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. Додаткової

актуальності в реаліях сьогодення набувають питання захисту персональних даних осіб, що вступають у договірні відносини в Інтернеті, а також проблемні питання відшкодування шкоди, завданої зловживаннями прав при реалізації свободи договору в Інтернеті.

Досліджено місце та роль інституту відшкодування шкоди, завданої зловживанням правами при укладенні договорів в Інтернеті. Визначено даний інститут як важливий механізм регулювання відповідних цивільних правовідносин, який має свою специфіку. Зокрема, він виконує важливу відновлювальну функцію, без якої суть цивільного права в Інтернеті загалом зводиться до мінімуму. Крім того, даний інститут виконує й допоміжну функцію, яка полягає в забезпеченні функціонування інших цивільно-правових інститутів. Основні положення й особливості функціонування інституту відшкодування шкоди, завданої зловживанням правами при укладенні договорів в Інтернеті, закріплені в цивільному законодавстві та потребують детального дослідження.

Зроблено висновок щодо наявної тенденції надмірного посилення на зловживання правом на сьогоднішній день в юридичній практиці. Однак, за такими діями часто криється відсутність позиції для захисту в суді від неминучого стягнення.

Ключові слова: договірні відносини в Інтернеті, шкода, збитки, маркетплейси, інтернет-аукціони, зловживання цивільним правом, підстави відшкодування збитків, зловживання свободою договору, форми зловживання правом, визначення розміру шкоди

SUMMARY

Shagaka O.V. Compensation for damage caused by abuse of rights when concluding contracts on the Internet. – Qualification scientific work, manuscript copyright. Thesis for a Ph.D. degree in specialty 081 «Law». – National University “Odessa Law Academy”, Odesa, 2021.

The dissertation is the first in the domestic science of civil law special comprehensive study of civil relationships of compensation for damages caused by abuse of rights when concluding contracts on the Internet. The study conducted a comprehensive analysis of scientific approaches to determining the specifics of contractual relations on the Internet, legislation in the field of implementation and protection of the rights of parties to contractual relations on the Internet and legal practice on compensation for damages caused by abuse of rights when concluding contracts on the Internet.

Issues of abuse of subjective rights on the Internet are becoming more relevant in the context of expanding the range of relationships that are gradually being transferred to the digital environment, or relationships that immediately arise in relation to digital objects and impossible in other tangible, real-world forms. In Ukraine and the world, the volume of e-commerce is constantly growing, which means not only an increase in the number of goods sold in this way, but also the gradual dematerialization of turnover. The literature has repeatedly pointed to the trend of increasing the number of services provided and consumed on the Internet: domain registration, sales of hosting, provider services and more. In addition, the specifics of the Internet environment leads to potential abuse of subjective rights due to the anonymity or confidentiality of such relations, the technological complexity of proving violations of the rights and interests of third parties, lack of responsibility for certain actions that actually violate the rights of third parties.

It is proved that the appeal to the issues of abuse of rights in contractual relations on the Internet is justified, because the concept of abuse of rights in case of conflict of two separate subjective civil rights allows to take into account circumstances not taken into account by the legislator and decide which of the subjective rights take precedence. This situation is most characteristic of the studied type of legal relations, because special legislation can not have time to adapt to such a dynamic sphere of public relations.

In order to form a correct list of tasks and research methodology, the review of literature sources on the topic of the dissertation, systematized scientific publications and dissertations of domestic researchers on abuse of rights and their legal consequences, consumer protection on the Internet, the limits of civil rights on the Internet and protection of their own rights from online violations, protection of personal data on the Internet, compensation for damages on the Internet.

It is determined that the analysis of recent events allows to speak about the significant impact on the contractual civil relations of the situation with the new coronavirus disease COVID-19. In fact, the suspended market of offline services has led to the transition of providers of such services, if possible, to the Internet environment. However, quarantine in Ukraine has led to restrictions on civil rights in the field of contract law, and the mechanisms for protecting subjective rights on the Internet need to be refined and adapted to the conditions of quarantine measures.

Based on the analysis of current domestic legislation, it is argued that civil law provides for the possibility of concluding contracts in electronic form. It is determined that the electronic contract must contain all the essential conditions established by current legislation for this type of contract. Contracts concluded in electronic form are equated in legal force to transactions concluded in written form.

The electronic form of the contract is objectified in the information that is recorded in the form of digital data, including mandatory details of the contract. The will of the parties to enter into an electronic contract is expressed through electronic means of communication.

Legislators have a wide range of options for concluding contracts on the Internet, but current legislation and case law on the protection of the rights of the parties to contractual relations on the Internet need to be improved by

establishing additional guarantees of compliance with the rights of the parties. and certification of electronic evidence.

It was found that the proposal to conclude an electronic transaction, including addressed to an indefinite number of persons, must include all the essential conditions provided by current legislation of Ukraine for the type of contract, in accordance with Ukrainian law, as well as conditions agreed by the parties. For the consumer, the vagueness of such offers means a lost opportunity to conclude an agreement, because the consumer, clicking on the "Buy" button, remains confident that he has purchased the product at the specified price, but the seller uses this agreement to conclude another, unfavorable transaction or other abuses.

A similar form of abuse is the use of ambiguous to interpret the description of goods and terms of delivery. Misleading a potential buyer is a direct violation of consumer protection law. To date, one of the most common ways to mislead consumers is to attribute to the manufacturer of its products uncharacteristic of its positive and attractive to the consumer qualities.

It is proved that the abuse of rights in the Internet environment takes specific forms, due to the peculiarities of communication between the parties to the contract. An illustrative example of the abuse of subjective rights on the Internet is the registration on the Internet of a domain name that is identical or similar to the degree of confusion with a trademark or brand name of a third party. As we can see, in fact, such actions are not an offense, but they are usually not aimed at exercising their own freedom, but are aimed at affecting the interests of third parties in order to benefit in one form or another.

Contractual and pre-contractual relationships have been shown to be a shining example of the potential for abuse of one's own subjective rights. Thus, the use of subjective law not for its intended purpose, its implementation is not to achieve the objectives of the contract, without respect for the principle of freedom of the parties in contractual obligations leads to a violation of the

adequate balance of interests in society. The phenomenon of abuse of rights does not comply with both the principles of natural law and the principles of contract law, including the principles of fairness, justice, equality of the parties, compliance with which excludes the possibility of abuse of rights.

The system of forms of the most widespread abuses of the right at the conclusion of contracts on the Internet is formulated, among which the most widespread remains deliberate misleading of the party of the potential contract by insufficient definition of the status of the offer on the Internet. It is determined that for the consumer the vagueness of the boundaries of such offers means a lost opportunity to conclude an agreement, because the consumer, clicking on the "Buy" button, remains confident that he has purchased the product at the specified price, but the seller uses this agreement to conclude another other abuses. A similar form of abuse is the use of ambiguous to interpret the description of goods and terms of delivery. Misleading a potential buyer is a direct violation of consumer protection law.

The specifics of the opposite forms of abuse of rights in concluding contracts on the Internet, which consist in coercion to conclude a contract and unjustified evasion of concluding a contract, are analyzed. It is determined that unfounded evasion of the contract is a conscious refusal to conclude the contract in the presence of the necessary grounds for its conclusion - the refusal of alienation on the terms of the auction price; refusal to conclude a contract based on the results of the tender; refusal to conclude a public contract, etc.

It is determined that the coercion to enter into a contract on the Internet usually consists in concluding a contract with a party against its will, automatically. It was found that, unlike EU law, domestic law does not provide for detailed regulation of abuses of rights that lead to the conclusion of automatic agreements. Domestic jurisprudence also does not demonstrate effective means of protection against coercion to enter into contracts on the Internet.

It was found that in order to achieve the comprehensiveness of the study, special attention should be paid to the fulfillment of obligations to alienate property, announced as winnings in the draw and the so-called "gives", payment of winnings in civil games and betting. It is concluded that in the last few years, "give away" has become the most common way to attract new audiences on the social network Instagram, as well as on YouTube and other media platforms. In fact, such gives mean a competition, according to which a number of conditions must be met to receive a reward.

It is concluded that today the field of electronic auctions in Ukraine is under development. In our country there are examples of unsuccessful projects such as Aukro.ua, the former largest domestic online auction, founded in 2007, and a very successful online auction for the sale of antiques, antiques and collectibles Violity, universal online auctions NewAuction and SkyLots, as well as numerous online pawnshop auctions.

It is argued that by putting property up for auction by online auction, the property owner makes a public offer to participants. Any bidder has the opportunity to agree on the starting price of the lot, to make a bid that can be won. The owner of the property is obliged to sell the thing to the person who makes the best offer, the owner of the property of the contractor is not free to choose here. An acceptor who buys property through an online auction usually also has no idea about his counterparty. It is determined that often the bidder's identification is the seller's rating, which consists of positive feedback from auction participants, ie, for the acceptor such feedback may be the only indicator for choosing a contractor among many other sellers with the same essential terms of the contract.

It was found that, as in the case of any other contract of sale, the seller in the online auction has the right to withdraw its offer in cases prescribed by law. The general conditions for concluding online auction agreements cannot cancel this right, as they do not apply to relations arising directly between the parties to

the contract of sale. Thus, the seller has the opportunity to close the auction early, however, the seller must clearly indicate this in his offer. If the seller has not linked the offer to such a condition, the early closure of the auction is possible only under certain conditions stipulated in the license terms of the online auction itself. In particular, the cancellation of the offer is possible if the fulfillment of the obligation by the seller became impossible through no fault of his (for example, in the case of theft of the goods offered).

If the conditions for early cancellation of the offer are not met, but the seller, however, cancels it, he must consider the possibility of filing a claim for damages by the last person who offered the maximum price. Thus, the end of the auction is not canceled, but postponed to an earlier date. In this case, the amount of damages is determined on the basis of the value of the goods less the proposed price.

It has been proven that abuse of rights when concluding contracts at online auctions can be committed by users of the platform, and the service itself cannot be held liable for violating the civil rights of its users by sellers.

It is determined that the issue of personal data protection on the Internet is extremely important, because the specifics of e-commerce involves the collection, processing and storage of personal data of customers. In this case, the Ukrainian legislation on personal data protection applies.

The necessity of implementation of the provisions of the EU legislation in the field of protection of civil rights on the Internet and unification of the provisions of the current civil legislation on the prohibition of abuse of rights when concluding contracts on the Internet has been proved. The issues of protection of personal data of persons entering into contractual relations on the Internet, as well as problematic issues of compensation for damage caused by abuse of rights in the exercise of freedom of contract on the Internet are becoming more relevant in today's reality.

It is argued that when concluding contracts on the Internet, we should separately talk about the abuse of freedom of contract as a basic right of the party to the contract, because the main element of the contract is to coordinate the free will of its parties. It was identified as potentially harmful to the party to the contractual relationship way of using the freedom of the contract to negotiate without the purpose of concluding the contract. A typical case of such abuse of rights is the imitation of pre-contractual activities (advertising, public promise of remuneration, negotiations), which aims to collect personal data in order to form databases of personal data for promotions or marketing research. This type of activity is typical for realtors and other intermediaries and advertising companies, which thus form the necessary for their business base of potential customers, facilities, etc.

The position is expressed that the actions of persons on the Internet may show signs of abuse of subjective rights related to the abuse of freedom of contract, provided that the parties have a certain level of legal capacity; the presence of the fact of committing specific acts or omissions aimed at implementing the freedom of contract; exceeding the limits, realization of the freedom of contract; the presence of intent to achieve a certain goal.

A proposal is made for further generalization by the courts of cassation of the practice of applying Part 3 of Article 13 of the Civil Code of Ukraine and expanding the legal definition of the concept of abuse of rights. This will significantly improve the understanding of this institution and develop the practice of its application in accordance with its original purpose.

The necessity of implementation of the provisions of the EU legislation in the field of protection of civil rights on the Internet and unification of the provisions of the current civil legislation on the prohibition of abuse of rights when concluding contracts on the Internet was substantiated. The issues of protection of personal data of persons entering into contractual relations on the Internet, as well as problematic issues of compensation for damage caused by

abuse of rights in the exercise of freedom of contract on the Internet are becoming more relevant in today's reality.

The place and role of the institute of compensation for damage caused by abuse of rights in concluding contracts on the Internet are studied. This institute is identified as an important mechanism for regulating the relevant civil relations, which has its own specifics. In particular, it performs an important restorative function, without which the essence of civil law on the Internet is generally minimized. In addition, this institute performs an ancillary function, which is to ensure the functioning of other civil law institutions. The main provisions and features of the functioning of the institution of compensation for damage caused by abuse of rights when concluding contracts on the Internet are enshrined in civil law and require detailed study.

It is concluded that there is a tendency to excessively refer to the abuse of rights in legal practice. However, such actions often lack a position to defend in court against imminent foreclosure.

Keywords: contractual relations on the Internet, damage, losses, marketplaces, online auctions, abuse of civil law, grounds for damages, abuse of freedom of contract, forms of abuse of rights, determination of the amount of damage

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧКИ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації

1. Шагака О.В. Відшкодування моральної шкоди як інструмент захисту прав у сфері ІТ-відносин. *Науково-практичний журнал «Часопис цивілістики»*. № 29. 2018. С. 133-136. URL: <http://clj.nuoua.od.ua/archive/29/28.pdf>

2. Kalitenko, O., Anikinar, G., Spasova, E., & Shahaka, O. (2021). The restrictions of the freedom of information during the Covid-19 pandemic. *Cuestiones Políticas*. 39(70). 426-445. <https://doi.org/10.46398/cuestpol.3970.26>

3. Шагака О.В. Ухилення від укладення договорів в мережі Інтернет. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 7. С. 326-328. URL: http://lsej.org.ua/7_2021/84.pdf

4. Шагака О.В. Форми зловживання правом при укладенні договорів в інтернеті. *Право.ua*. № 1. 2021. С. 191-196.

5. Шагака О.В. Зловживання свободою договору при укладенні договорів в мережі інтернет. *Knowledge, Education, Law, Management*. 2021. № 3 (39). vol. 2. URL: <http://kelmczasopisma.com/ua/viewpdf/6557>

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації

6. Шагака О.В. Розмежування вимог про відшкодування моральної шкоди як майнових та немайнових. *Правове життя сучасної України: у 2 т. : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.) / відп. ред. Г.О. Ульянова. – Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2019. Т.2. С. 542-544.*

7. Шагака О.В. Визначення розміру моральної шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. *Сталий розвиток суспільства та держави: сучасні виклики та перспективи розвитку: у 2 т. мат. Всеукр. наук. конф. Молодих вчених*

(м. Одеса, 27 листопада 2020 р.). За ред. М. Р. Аракеляна, К.І. Спасової. Т. 1. Одеса, Видавничий дім «Гельветика», 2020. С. 171-173.

8. Шагака О.В. Сучасне бачення визначення підстав відшкодування моральної шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні споживчих договорів в Інтернеті. *Цивілістичні проблеми колізії приватних та публічних інтересів в умовах пандемії COVID-19* : матер. Всеукр. наук.-практ. конф. За заг. ред. д.ю.н., проф. Є.О. Харитонова. Одеса : Фенікс. 2020. С. 86-88.

9. Шагака О.В. Актуальні питання обмеження та захисту цивільних прав в мережі Інтернет в умовах карантинних обмежень. *Проблеми правового регулювання цивільних відносин в умовах COVID-19* : матер. Всеукр. науково-практичної онлайн-конференції (23 квітня 2020 р.). За заг. ред. д.ю.н., проф. Є. О. Харитонова. Одеса : Фенікс, 2020. С. 125-126. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/12616>

10. Шагака О.В. Ознаки зловживання правами при укладенні договорів в мережі Інтернет. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчя проголошення незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України)* : у 2 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 21 трав. 2021 р.) / за загальною редакцією С. В. Ківалова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. Т. 2. С. 487-489.

ЗМІСТ

| | |
|--|-----|
| ВСТУП..... | 4 |
| РОЗДІЛ 1. ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ | 12 |
| РОЗДІЛ 2. ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН В ІНТЕРНЕТІ ЯК ПОТЕНЦІЙНОЇ СФЕРИ ЗЛОВЖИВАНЬ ПРАВАМИ.... | 22 |
| 2.1. Специфіка цивільно-правових договорів в Інтернеті | 22 |
| 2.1.1. Поняття та види цивільно-правових договорів в Інтернеті | 22 |
| 2.1.2. Маркетплейси як місце укладення договорів в Інтернеті..... | 42 |
| 2.1.3. Інтернет-аукціони як складний правочин в Інтернеті | 50 |
| 2.2. Зловживання правом як форма неналежної поведінки при укладенні договорів в Інтернеті..... | 67 |
| РОЗДІЛ 3. СПОСОБИ ТА ФОРМИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВАМИ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРІВ В ІНТЕРНЕТІ | 75 |
| 3.1. Зловживання свободою договору в Інтернеті..... | 75 |
| 3.2. Форми зловживання правом при укладенні договорів в Інтернеті..... | 83 |
| РОЗДІЛ 4. ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ЗЛОВЖИВАННЯМ ПРАВАМИ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРІВ В ІНТЕРНЕТІ | 114 |
| 4.1. Підстави відшкодування збитків, завданих зловживанням правами при укладенні договорів в Інтернеті | 114 |
| 4.1.1. Юридичні наслідки зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті | 114 |

| | |
|---|-----|
| 4.1.2. Фактична та юридична підстави відшкодування збитків, завданих зловживанням правами при укладенні договорів в Інтернеті | 130 |
| 4.2. Порядок визначення розміру та відшкодування збитків, завданих у результаті зловживання правами при укладенні споживчих договорів в Інтернеті | 144 |
| ВИСНОВКИ | 152 |
| СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ | 157 |
| ДОДАТОК | 178 |

ВСТУП

Питання зловживання суб'єктивними правами в мережі Інтернет актуалізуються з огляду на розширення кола відносин, які поступово переносяться до цифрового середовища, або відносин, які одразу виникають щодо цифрових об'єктів та неможливі в інших відчутних, об'єктивованих до реального світу формах.

Юридична специфіка укладання договорів у мережі Інтернет останнє десятиліття залишається предметом інтересу дослідників та широко обговорюється в науковому середовищі. Особливості способів, форм та підстав укладення договорів у мережі Інтернет неодноразово піддавалися науковому аналізу, однак загалом дослідження в даній сфері стосувалися нейтральних абстрактних конструкцій матеріальних цивільно-правових відносин та не враховували випадки зловживання правами при укладенні та реалізації такого виду договорів. Саме тому в межах даного дослідження важливим є вирішення завдання виявлення існуючих у практиці ситуацій зловживання суб'єктивними цивільними правами при укладенні договорів у мережі Інтернет та надання юридичної оцінки таким діям суб'єктів цивільного права для реалізації завдання прогнозування розвитку даних відносин та удосконалення існуючих правових режимів оцінки та запобігання такій діяльності.

Окремі аспекти належного здійснення прав при укладенні договорів, а також зловживання цивільними правами розглядалися на дисертаційному рівні в роботах Буроменської Н.Л., Горбася Д.В., Канзафарової І.С, Кузнеця О.М., Кучмієнко О.В., Маруніч Г.І. та інших. З огляду на охоплення питань даної проблематики одночасно предметами наук цивільного права та процесу дослідження питань відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті мали фрагментарний характер і стосувалися конкретних практичних проблемних моментів. Попри значний

дослідницький інтерес до проблематики теми, жодна з вищеназваних робіт не була присвячена спеціальному дослідженню відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертація виконана відповідно до плану науково-дослідної роботи кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» «Цивілістичний вимір інтеграційного розвитку України» на 2016-2020 роки як складової плану науково-дослідної роботи Національного університету «Одеська юридична академія» «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» на 2016-2020 роки (державний реєстраційний номер 0116U001842).

Мета і завдання дослідження. Метою роботи є розвиток науки цивільного права щодо відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті, а також формулювання пропозицій вдосконалення чинного законодавства України щодо належного здійснення прав при укладенні договорів в Інтернеті.

Для досягнення зазначеної мети в дисертації вирішувалися такі завдання:

визначення змісту понять зловживання правами, зловживання правами при укладенні договорів, договори в Інтернеті;

формування науково обґрунтованої системи особливостей договорів в Інтернеті, що зумовлюють потенціальне зловживання правами при їх укладенні;

формування науково обґрунтованої системи умов належного здійснення прав при укладенні договорів в Інтернеті;

визначення ознак зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті;

визначення та критичний аналіз основних проблем вітчизняного законодавства у сфері відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті;

формування сучасного бачення визначення підстав відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті;

на основі сучасних тенденцій розвитку правових відносин з реалізації суб'єктивного права на забудову визначення перспектив правового регулювання даної сфери.

Об'єктом дослідження виступають цивільні відносини, які виникають у зв'язку із завданням шкоди в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті.

Предметом дослідження є відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті.

Методи дослідження. У процесі дослідження були використані загальнонаукові методи (діалектичний, лінгвістичний, аналітико-синтетичний, системно-аналітичний), а також такі спеціальні методи (історико-правовий, логіко-юридичний).

Емпіричним підґрунтям дослідження слугували акти цивільного законодавства України та окремих зарубіжних країн, а також матеріали судової практики України.

Наукова новизна одержаних результатів. Дисертація є першим у вітчизняній науці цивільного права спеціальним комплексним дослідженням цивільних правовідносин відшкодування збитків, завданих у результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті.

У межах здійсненого дослідження одержано такі результати, що мають наукову новизну:

вперше:

висловлено пропозицію подальшого узагальнення касаційними судами практики застосування частини 3 статті 13 ЦК України та розширення легальної дефініції поняття зловживання правом. Це дозволить значним чином поліпшити розуміння цього інституту й розвинути практику його застосування відповідно до його первинного призначення;

доведено, що зловживання правом в умовах інтернет-середовища набуває специфічних форм, що пояснюється особливостями комунікації між сторонами договору;

сформульовано систему форм найбільш поширених зловживань правом при укладенні договорів в Інтернеті, серед яких найбільш поширеним залишається свідоме введення в оману сторони потенційного договору недостатнім визначенням статусу пропозиції в Інтернеті. Визначено, що для споживача розмитість меж таких пропозицій означає втрачену нагоду укладення угоди, адже споживач, натискаючи на відповідну кнопку «Купити», залишається впевненим, що вже придбав товар за вказаною ціною, однак продавцем дана згода використовується для укладення іншої, не вигідної покупцю угоди або інших зловживань. Аналогічним за формою зловживанням є застосування двозначних для тлумачення даних опису товарів і умов доставки. Введення в оману потенційного покупця є прямим порушенням законодавства у сфері захисту прав споживачів;

проаналізовано специфіку протилежних за змістом форм зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті, які полягають у примушенні до укладення договору та безпідставному ухиленні від укладення договору. Визначено, що безпідставне ухилення від укладення договору полягає у свідомій відмові від укладення договору при

наявності необхідних підстав для його укладення – відмова відчуження на умовах ціни за аукціоном; відмова від укладення договору за результатами конкурсу; відмова від укладення публічного договору тощо;

визначено, що примушення до укладення договору в Інтернеті зазвичай полягає в укладенні договору зі стороною поза її волею, в автоматичному режимі. З'ясовано, що на відміну від законодавства ЄС вітчизняне законодавство не передбачає детального регулювання питань зловживання правами, що призводять до укладення автоматичних угод. Вітчизняна судова практика також не демонструє ефективних засобів захисту від примушення до укладення договорів в Інтернеті;

доведено, що зловживання правом при укладенні договорів на онлайн-аукціонах може вчинятися саме користувачами платформи, а сам сервіс не може притягатися до відповідальності за порушення цивільних прав своїх користувачів продавцями;

визначено потенційно шкідливим для сторони договірних правовідносин способом використання свободи договору проведення переговорів без мети укладення договору. Типовим випадком такого зловживання правом є імітація переддоговірної діяльності (розміщення рекламних оголошень, публічна обіцянка винагороди, проведення переговорів), яка має на меті збір персональних даних з метою формування баз персональних даних для рекламних акцій або маркетингових досліджень. Такий вид діяльності характерний для ріелторів та інших посередників та рекламних компаній, які таким чином формують необхідні для їх комерційної діяльності бази потенційних клієнтів, об'єктів тощо;

обґрунтовано необхідність імплементації положень законодавства ЄС у сфері захисту цивільних прав у мережі Інтернет та уніфікації положень чинного цивільного законодавства в питанні заборони зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. Додаткової

актуальності в реаліях сьогодення набувають питання захисту персональних даних осіб, що вступають у договірні відносини в Інтернеті, а також проблемні питання відшкодування шкоди, завданої зловживаннями прав при реалізації свободи договору в Інтернеті;

удосконалено:

положення щодо місця та ролі інституту відшкодування шкоди, завданої зловживанням прав при укладенні договорів в Інтернеті надзвичайно, як важливого механізму для регулювання відповідних цивільних правовідносин, який має свою специфіку. Зокрема, даний інститут виконує відновлювальну функцію (відновлення порушеного права) та допоміжну функцію (полягає в забезпеченні ефективного функціонування інших цивільно-правових інститутів);

положення щодо обов'язкових вимог до електронних договорів. Електронний договір має містити усі істотні умови, встановлені чинним законодавством для такого виду договорів. Договори, укладені в електронній формі, прирівнюються за юридичною силою до правочинів, укладених у письмовій формі. Законодавець надає широкий перелік можливостей укладення договорів в Інтернеті, однак чинне законодавство та судова практика з питань захисту прав сторін договорів в Інтернеті потребують удосконалення шляхом закріплення додаткових гарантій дотримання прав сторонами договірних правовідносин під час укладення договору в Інтернеті, а також більшої деталізації процесу та способів надання та засвідчення електронних доказів;

дістало подальшого розвитку:

науковий висновок щодо наявної тенденції до надмірного посилення на зловживання правом на сьогоднішній день в юридичній

практиці. Однак, за такими діями часто приховується відсутність позиції для захисту від неминучого стягнення;

положення наукової доктрини, що дії осіб у мережі Інтернет можуть мати ознаки зловживання суб'єктивними правами, пов'язаними зі зловживанням свободою договору, за умов наявності у сторін певного рівня дієздатності; наявності факту вчинення конкретних дій чи бездіяльності, спрямованих на реалізацію свободи договору; перевищення меж, реалізації свободи договору; наявності умислу з метою досягнення певної мети.

Практичне значення одержаних результатів. Висновки та пропозиції, які містяться в дисертації, можуть бути використані у:

науково-дослідній сфері – для подальшої розробки теоретичних і практичних проблем відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті;

правотворчій діяльності – для вдосконалення національного законодавства в частині регламентації відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті;

правозастосовній діяльності – для вдосконалення та уніфікації судової практики щодо відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті, підготовки науково-практичних коментарів до ЦК України, ГК України, Законів України «Про інформацію», «Про електронну комерцію» та інших;

навчальному процесі – при викладанні нормативних дисциплін «Цивільне та сімейне право», «Цивільне процесуальне право», «Господарське право», «Інформаційне право», спеціального курсу «Зобов'язальне право», підготовці робочих програм, підручників, навчальних посібників, методичних рекомендацій із зазначених дисциплін.

Апробація результатів дисертації. Результати дисертаційного дослідження підготовлено і обговорено на кафедрі цивільного права, а також на засіданні фахового семінару кафедр цивільного права та права інтелектуальної власності та патентної юстиції Національного університету «Одеська юридична академія». Основні результати дисертаційного дослідження доповідалися на наукових, науково-практичних конференціях, зокрема: Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.), Всеукраїнській науковій конференції молодих вчених «Сталий розвиток суспільства та держави: сучасні виклики та перспективи розвитку» (м. Одеса, 27 листопада 2020 р.); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Цивілістичні проблеми колізії приватних та публічних інтересів в умовах пандемії COVID-19» (м. Одеса, 2020 р.), Всеукраїнській науково-практичній онлайн-конференції «Проблеми правового регулювання цивільних відносин в умовах COVID-19» (23 квітня 2020 р.).

Публікації. Основні положення, теоретичні висновки та практичні рекомендації, сформульовані в дисертації, викладені у 5 наукових статтях, з яких 3 статті опубліковано у фахових виданнях, перелік яких затверджено МОН України, 2 статті – у зарубіжному періодичному виданні, а також у 5 тезах доповідей на науково-практичних конференціях, засіданні круглого столу.

Структура та обсяг дисертації зумовлені метою і завданнями дослідження. Дисертація складається зі вступу, чотирьох розділів, які містять шість підрозділів, висновків, списку використаних джерел (189 найменувань), додатку. Загальний обсяг дисертації складає 180 сторінок, з яких основний зміст – 156 сторінок.

РОЗДІЛ 1. ОГЛЯД ЛІТЕРАТУРИ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Сучасні тенденції існування та розвитку суспільства зумовлюють зміни у структурі та змісті суспільних відносин. Значного впливу зазнають і договірні відносини, які зазвичай регулюються нормами приватного права та еволюціонують разом із суспільством.

Широке застосування сучасних технологій глобальної комунікації в комерційній діяльності і повсякденному житті зумовили створення таких економічних і правових категорій як «економіка в режимі реального часу» та «електронна комерція». В юридичному сенсі «електронна комерція» охоплює всі види правовідносин, пов'язаних з укладенням на міжнародних і внутрішніх ринках в електронній формі таких угод (але не обмежується ними): купівлі-продажу, поставки, угод про розподіл продукції, про торгове представництво або агентство, факторинг, лізинг, проектування, консалтинг, інжиніринг, інвестиційні контракти, страхування, угоди про експлуатацію та концесії, банківські послуги, спільну діяльність та інші форми промислового та ділового співробітництва, перевезення вантажів або пасажирів повітряним, морським, залізничним транспортом тощо [138].

Дослідження сфери інтернет-угод дає змогу говорити про стрімкий її розвиток у сучасних умовах. Аналіз нещодавніх подій дає змогу говорити про значний вплив на договірні цивільні відносини ситуації з новим коронавірусним захворюванням COVID-19. Так, 11 березня 2020 року Всесвітня організація охорони здоров'я (ВОЗ) оголосила пандемію хвороби, що викликається коронавірусом SARS-CoV-2. У багатьох країнах були введені жорсткі заходи, покликані обмежувати суспільство від розповсюдження хвороби – локдауни. По мірі розповсюдження епідемії влади окремих країн вступили за поетапне ослаблення обмежувальних заходів, щоб мінімізувати шкоду для економіки та не

допустити соціальних проблем. У 2020-2021 роках у багатьох країнах світу почалися друга та третя хвиля епідемії.

Умови захисту населення від наслідків пандемії передбачають застосування органами державної влади обмежувальних заходів щодо безпосереднього контакту осіб між собою задля мінімізації ризиків зараження та поширення хвороби. З метою дотримання таких обмежень з 17 березня 2020 року в Україні примусово була припинена робота закладів громадського харчування, торговельно-розважальних центрів, фітнес-центрів та інших об'єктів малого підприємництва, окрім господарських магазинів, заправок, аптек, банків та страхових компаній та закладів торгівлі засобами зв'язку.

У ситуації карантину вектор економічного, соціального та культурного життя людей прогнозовано перемістився до мережі Інтернет. «Працювати, вчитися, купувати продукти та навіть «відвідувати» концерти не відриваючись від моніторів стало новою реальністю для ще більшої кількості людей» [37]. Такі життєві обставини додатково актуалізували питання захисту цивільних прав у відносинах, що виникають у мережі Інтернет.

Фактично призупинений ринок офлайн-послуг зумовив перехід постачальників таких послуг за можливістю в інтернет-середовище. На необхідності розвитку саме цього напрямку комунікації клієнтів та представників бізнесу наголошують представники державної влади та місцевого самоврядування. Однак, такі зміни в роботі закладів харчування та торгівлі мають і додаткові обмеження відповідно до чинного законодавства.

Для того, щоб легально здійснювати доставку, підприємцям необхідно додати відповідні КВЕДи: 56.29 «Постачання інших готових страв»; 56.21 «Постачання готових страв для подій»; 47.99 «Інші види роздрібної торгівлі поза магазинами»; 47.91 «Роздрібна торгівля, що

здійснюється фірмами поштового замовлення або через мережу Інтернет».

Фізичні особи-підприємці 1 або 2 групи мають право працювати тільки в рамках заявлених раніше КВЕД. Якщо ж підприємець здійснює інші види діяльності, він зобов'язаний перейти на загальну систему оподаткування. А отже, податкові обмеження фактично йдуть всупереч декларованим органами державної влади всіх рівнів принципам підтримки бізнесу на час карантину, а карантинні обмеження накладають на підприємців додаткове податкове навантаження, що неприпустимо в умовах зниженого попиту та загального спаду в економіці.

Одне з нагальних питань, що підлягають вирішенню є розподіл відповідальності при купівлі товарів в онлайн-магазинах. В умовах карантину представники окремих галузей бізнесу вдаються до кооперації для забезпечення безперервної роботи та отримання доходу. Так, наприклад, 20 березня «Нова пошта» разом з онлайн-магазином «Розетка» та мережею супермаркетів «АТБ» запустила доставку продуктів харчування додому. Однак, за принципом «магазин+онлайн крамниця+служба доставки» кооперуються й менші гравці ринку [139], а отже, важливо забезпечити єдиний підхід до визначення меж відповідальності за порушення умов договору кожним агентом з ланцюжку онлайн-продажу. Особливу увагу слід приділити дотриманню строків такої доставки, передбачених публічним договором (адже прискорена доставка зазвичай тарифікується з певним коефіцієнтом) та відповідальності за їх порушення. Державними органами повинна бути забезпечена можливість звернення за захистом своїх порушених прав у безконтактному режимі, тобто, з урахуванням новітніх технологій (наприклад, вже анонсовані мобільні додатки «SMART споживач» та «Купуй безпечно») [2].

Отже, карантин в Україні зумовив обмеження цивільних прав у сфері договірних прав, а механізми захисту суб'єктивних прав у мережі Інтернет потребували доопрацювання та пристосування до умов карантинних заходів.

Питання зловживання суб'єктивними правами в мережі Інтернет актуалізуються з огляду на розширення кола відносин, які поступово переносяться до цифрового середовища, або відносин, які одразу виникають щодо цифрових об'єктів та неможливі в інших відчутних, об'єктивованих до реального світу формах. В Україні та світі перманентно зростають обсяги електронної комерції, що означає не лише збільшення кількості проданого таким шляхом товару, але й про поступову дематеріалізацію обороту. У літературі неодноразово вказувалося на тенденції збільшення кількості послуг, які надаються та споживаються в самій мережі Інтернет: реєстрація домену, продаж хостингу, провайдерські послуги тощо [27, с.3]. Крім цього, специфіка інтернет-середовища зумовлює потенційне зловживання суб'єктивними правами з огляду на анонімність або конфіденційність таких відносин, технологічну складність доказування порушення прав та інтересів третіх осіб, відсутність відповідальності за окремі дії, що фактично порушують права третіх осіб.

Зловживання правом, як і багато інших, є неоднозначною категорією в цивільному праві. У наукових колах ніколи не існувало єдиного розуміння поняття зловживання правом і єдиної думки, чи потрібна ця категорія в цілому.

Проблематика питань зловживання цивільними правами найчастіше пов'язується з концептуальним осмисленням належного та неналежного здійснення суб'єктивних цивільних прав. Запеклі дискусії викликають питання можливості зловживання правом при його здійсненні та відповідності належного здійснення цивільних прав законодавчому

підходу до регулювання здійснення цивільних прав. Ще М.М. Агарков висловлював думку, що здійснення права не може бути протиправним [5, с.427], адже коректне здійснення права не може порушувати права та інтереси інших суб'єктів. Право має зміст для конкретного власника при наявності відповідного повноваження та об'єкта права. Якщо ж поведінка особи порушує норми законодавства, вона не може виступати здійсненням права, адже право, здійснення якого є протизаконним, не могло існувати. М.В. Самойлова зазначає, що неправомірного здійснення права бути не може, і той, хто припускає таку можливість, допускає очевидну логічну суперечливість, оскільки не може бути «незаконного права» [136].

М.С. Малєїн зазначає, що «ніхто не може користуватися правом для порушення інтересів інших. Але для цього необхідно, насамперед, щоб норми об'єктивного права виключали таку можливість. Норми законодавства не можуть і не повинні надавати суб'єктам такі права, використання яких завдавало б шкоду іншим громадянам, організаціям і державі. При такому правовому регулюванні зловживання правом виключається. А якщо при відповідних умовах у процесі застосування права все-таки виявиться колізія інтересів, те це свідчить про необхідність зміни й удосконалення законодавства» [67, с.42].

Однак, слід констатувати значний інтерес вітчизняних та зарубіжних науковців до проблем зловживання правом та його юридичних наслідків. Серед сучасних монографічних робіт слід назвати роботи В.А. Волкова [22], О.О. Кота [53], А.А. Маліновського [69], О.О. Мілетича [76], Т.Т. Полянського [91], О.Я. Рогача [130] та ін.

Зовсім нещодавно була опублікована книга «Зловживання правом. Збірка статей» за редакцією І.В. Спасибо-Фатєєвої [142]. Вітчизняними дослідниками, серед яких провідні науковці, судді, адвокати, порушуються питання ознак і форм зловживання цивільним правом

(М.О. Стефанчук), специфіки зловживання правом на інформацію (О.В. Кохановська), зловживання правами інтелектуальної власності (І.Є. Якубівський); надаються пропозиції тестів для виявлення зловживання правом (І.В. Спасибо-Фатєєва).

Визначний радянський науковець В.П. Грібанов у монографії «Здійснення та захист цивільних прав» зазначає: «Питання про межі здійснення цивільних прав – це проблема боротьби зі зловживанням цивільними правами» [34, с.20].

Фундаментальним у цьому сенсі є загальнотеоретичне дослідження О.Я. Рогача «Зловживання правом: теоретико-правове дослідження». Науковець наголошує, що «поширеність випадків зловживання правом набуває агресивного, глобального характеру, гальмує процеси демократизації та розбудови нашої держави. Досягнення стабільності існуючих суспільних відносин і забезпечення їх подальшого розвитку неможливе без урахування специфіки та особливостей цього правового феномену. Зловживання правом є соціально шкідливим явищем, специфічною формою правового нігілізму. Саме тому зловживання правом повинно бути об'єктом особливої уваги правознавців» [130, с.5].

Наслідки зловживання правом та наріжні питання практичного захисту цивільних прав у судах досліджувалися Б.П. Карнаухом [49, с.31-35]. На підставі дослідження судової практики та чинного законодавства автор приходить до слушного висновку, що зловживання правом не повинно призводити до того, що особа цілковито втрачає усяку можливість його судового захисту. Б.П. Карнаух аргументує думку, що суд зобов'язаний перешкодити суб'єкту права досягти того результату, якого він прагне досягти зловживальницькою дією [49, с.35].

Значний інтерес питання зловживання правами викликають і в середовищі практикуючих юристів. Так, 23 квітня 2021 року відбувся Всеукраїнський семінар для суддів апеляційних та місцевих судів

«Зловживання процесуальними і матеріальними правами: правові наслідки», спікерами якого були судді Верховного Суду [44]. Проблематика зловживання матеріальними та процесуальними правами висвітлювалася представниками суддівського корпусу та провідними науковцями. Загальновизнаним залишилося твердження щодо того, що зловживання правом не є прямим деліктом і не є нормальним здійсненням права, а отже, питання ідентифікації зловживання правом та захисту прав інших осіб у відповідному судовому процесі має стати ключовим для забезпечення принципу добросовісності здійснення матеріальних та процесуальних прав.

Проблеми захисту прав споживачів в Інтернеті привертають увагу профільних органів державної влади. Так, Державна служба з безпечності харчових продуктів і захисту прав споживачів спільно з громадськими організаціями вже декілька років поспіль звертає увагу на зростання кількості скарг користувачів послуг інетернет-торгівлі (електронної комерції). У межах проведеного Держпродспоживслужбою круглого столу на тему: «Як в епоху електронної комерції захистити права споживачів?» було констатовано, що «в епоху активного розвитку електронної комерції, коли за останні 20 років обсяг інтернет-торгівлі у світі виріс до 40% всього світового торгового обороту, питання захисту прав споживачів надзвичайно актуальне. Через відсутність чіткої правової регламентації діяльності господарюючих суб'єктів, які не ідентифіковані як «класичні», такі продавці і надавачі послуг фактично виявилися поза юрисдикцією законодавства про захист прав споживачів. Також не врегульована діяльність «інформаційних посередників» – вони формально не є реальними продавцями товарів або виконавцями послуг, але при цьому виступають в якості безпосередніх отримувачів коштів від споживачів у рахунок оплати тих товарів (послуг), які в значних обсягах акумулюються ними на своїх Інтернет-ресурсах» [35].

Загалом питання відшкодування шкоди, завданої при укладенні договорів в Інтернеті у вітчизняній цивілістичній науці досліджувалися за такими напрямками:

- реалізація цивільних прав у договірних відносинах в Інтернеті (наприклад, роботи А.А. Митника та Ю.В. Єльчанінова «Правові аспекти договірних відносин у мережі Інтернет» [74], В.С. Мілаша «Правові аспекти виникнення та реалізації договірних відносин у мережі Інтернет» [75]);
- порушення цивільних прав в Інтернеті (дослідження К.І. Спасової «Порушення немайнових прав інтелектуальної власності в соціальних мережах» [144], А. Дроздова «Порушення прав людини в Інтернеті: кого притягати до відповідальності та як довести вину» [36] та інші);
- теоретичні та практичні аспекти ідентифікації зловживання правами при укладенні договорів (наприклад, роботи О.Нагорного «Судова практика ознак несправедливих умов договору» [80], Є. Гончаренко «Використання права на зло»: практика Верховного Суду» [28]);
- підстави та механізм захисту прав споживачів в Інтернеті (наприклад, роботи М.М. Кузьміної «Правове регулювання захисту прав споживачів в Інтернет-торгівлі» [57], М. Хоменко, та Н. Коробцової «Основні гарантії і механізми захисту прав споживачів під час придбання продукції через мережу Інтернет» [160], Ю.Ю. Рябченко «Судовий захист прав споживачів при придбанні продукції через Інтернет (постановка проблеми)» [133] та інші);
- захист персональних даних у договірних правовідносинах в Інтернеті (наприклад, роботи Т. Плигач «Стандартні договірні застереження: захист і гарантії передавання персональних даних

третім країнам» [88], С. Куценко «Захист особистих та персональних даних в Інтернеті: проблеми законодавчого врегулювання» [59], О.С. Кізлової «Право на захист персональних даних у мережі Інтернет» тощо).

Останнім часом значного поширення та загальної популярності отримали матеріали практичного та науково-популярного змісту щодо меж здійснення цивільних прав в Інтернеті та захисту власних прав від порушень в мережі. Так, наприклад, цікавими видаються матеріали Н.Шувар «Fair use у просторах Інтернету: як захистити себе та не порушити права інших» [187], в якому досліджуються критерії добросовісного використання матеріалу в Інтернеті, механізми захисту авторів та користувачів творів в Інтернеті, визначається роль платформ у розв'язанні спірних питань щодо застосування принципу fair use та аналізується судова практика про тлумачення критеріїв добросовісності; І. Томарова «Спростувати вину при порушенні авторських прав. Версія 2020» [150], в якому аналізується судова практика за порушення авторських та суміжних прав в Інтернеті та підстави ухилення від компенсації за зловживання правами інтелектуальної власності; дослідження Харківської правозахисної групи щодо зловживання правами в мережі [47], в якому порушуються питання «чесного використання» творів в Інтернеті; Ю.Беловлої «Приватне життя та захист персональних даних в інтернет-середовищі», в якому аналізується практика ЄСПЛ щодо забезпечення права на персональні дані та права на повагу до приватного і сімейного життя в Інтернеті [10].

Отже, відмічаємо непересічний інтерес до питань зловживання правами в Інтернеті та цивільними правами в договірних правовідносинах у сучасній науковій публіцистиці, однак слід зазначити, що питання захисту прав користувачів мережі в договірних відносинах досліджувалися фрагментарно та в межах більш вузького напрямку

наукового пошуку – специфіки реалізації цивільних прав у договірних відносинах в Інтернеті; ідентифікації зловживання правами при укладенні договорів; аналізу підстав та механізму захисту прав споживачів в Інтернеті; забезпечення недоторканності персональних даних в інтернет-правовідносинах тощо. Усе це зумовлює актуальність комплексних досліджень проблем відшкодування збитків, завданих при укладенні договорів в Інтернеті.

РОЗДІЛ 2. ХАРАКТЕРИСТИКА ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН В ІНТЕРНЕТІ ЯК ПОТЕНЦІЙНОЇ СФЕРИ ЗЛОВЖИВАНЬ ПРАВАМИ

2.1. Специфіка цивільно-правових договорів в Інтернеті

2.1.1. Поняття та види цивільно-правових договорів в Інтернеті

Правове регулювання правовідносин у сфері укладення електронних правочинів та електронних договорів здійснюється головним чином за допомогою Цивільного та Господарського кодексів України, Законів «Про електронну комерцію» та «Про електронні документи та електронний документообіг» [123].

У статті 3 Закону України «Про електронну комерцію» електронну комерцію визначено як відносини, які спрямовані на отримання прибутку, що виникають під час учинення правочинів щодо набуття, змінення або припинення цивільних прав та обов'язків, та які здійснені дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, унаслідок чого в учасників таких відносин виникають права та обов'язки майнового характеру [117].

К.В. Єфремова наводить такі ознаки відносин, що виникають у сфері електронної комерції:

- «спрямованість» на отримання прибутку на досягнення цієї мети (може бути спрямовано діяльність чи економічну операцію та/або договір, який її опосередковує, однак не відносини);
- дистанційне (віртуальне) «здійснення» (з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем);
- майновий характер (виникнення в учасників цих відносин прав та обов'язків майнового характеру) [111, с.53].

Визначення терміна «електронний договір» міститься в п. 5 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про електронну комерцію». Відповідно до зазначеної норми, електронний договір – це домовленість двох або більше сторін,

спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронній формі. Зазначене визначення схоже за змістом з визначенням терміна «договір» у ст. 626 Цивільного кодексу України, різниця полягає лише в електронній формі укладення.

Ознаками електронного договору роздрібної купівлі-продажу є:

- 1) насамперед форма такого договору та програмне забезпечення як інструмент його укладення;
- 2) наявна публічна оферта, що звернена до невизначеної кількості інтернет-користувачів;
- 3) двосторонній, а у випадку примусового інтернет-аукціону – багатосторонній;
- 4) еквівалентний – зустрічне задоволення, виражене в оплаті грошовими одиницями або електронними грошима, чи то крипто валютою;
- 5) каузальний, мета – передача майна у власність за винагороду. Варта уваги позиція А. С. Кривцова, що реальне виконання зобов'язання є його каузальним моментом [123];
- 6) правовий статус продавця і покупця обумовлений їх правочиноздатністю;
- 7) товар, що реалізується засобами е-магазинів, інтернет-аукціонів має відповідати опису продавця та лише, якщо продавець визначає товар «новим», то такий товар має відповідати вимогам якості, комплектності, можливості використанню за призначенням та іншим вимогам, що звичайно висуваються до подібних товарів.

Таким чином, електронний договір роздрібної купівлі-продажу – дистанційний договір, укладений засобами телекомунікаційних технологій, за яким продавець (одна сторона) зобов'язується передати в обумовлений строк у власність покупцеві (друга сторона), а покупець зобов'язується прийняти майно і надати зустрічний майновий еквівалент,

що виражений у грошовій формі або в іншій обумовленій у договорі формі.

Електронна форма договору полягає в інформації, яка зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Воля сторін на укладення такого договору виражається за допомогою засобів електронного зв'язку.

Електронні договори та електронні правочини можуть укладатися в інформаційно-телекомунікаційних системах (системи, які виконують обробку інформації під час укладення електронного правочину, наприклад, інтернет-магазин) чи за допомогою обміну електронними документами та листами (ст. 207 Цивільного кодексу України). Щодо господарських договорів, то ч. 1 ст. 181 Господарського кодексу України допускає їх укладення у спрощений спосіб, тобто шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень, якщо законом не встановлено спеціальні вимоги до форми та порядку укладення такого виду договорів.

Законодавець вирізняє можливість створення електронного договору у вигляді окремого електронного документа та можливість висловлення власної волі на здійснення правочину за допомогою засобів електронної комунікації, таких як надсилання електронних листів та повідомлень.

Отже, вітчизняне законодавство передбачає можливість укладення договорів у електронній формі. Електронний договір має містити усі істотні умови, встановлені чинним законодавством для такого виду договорів [123].

До договорів, що укладаються у Інтернеті, можуть бути віднесені як класичні договори, що укладаються за допомогою телекомунікаційних систем, що існують на базі мережевого доступу, так і договори, існування

яких за межами мережі не має жодного сенсу. Актуальність електронних документів для використання у господарській діяльності, взаємодії з державними органами та суді збільшується щодня. У певних сферах взаємодія з клієнтами та підрядниками здійснюється виключно онлайн, не завжди є можливість підписати документи на папері. Дехто не хоче гаяти час на друк та пересилання документів. А інколи суттєві умови правовідносин містяться лише в листуванні (електронна пошта, Telegram, WhatsApp та інші месенджери) та адвокати шукають усі можливі підстави для використання таких доказів у суді [7].

Аналізуючи природу договірних відносин в Інтернеті, слід зазначити, що сфера договірних відносин, що виникають в Інтернеті, є значно ширшою за сферу електронної комерції, яка зазвичай ставала предметом наукових розвідок цивілістів [26; 111, с.52]. Слід констатувати, що договірні відносини в Інтернеті на сьогоднішній день не обмежуються лише договорами, що мають комерційний характер. Широке поширення в Інтернеті отримали різноманітні ліцензійні договори та користувацькі угоди, що врегульовують відносини між користувачами сайтів або інших програмних продуктів та адміністрацією таких ресурсів; угоди про збір, обробку та передачу персональних даних; договори щодо розпорядження правами немайнового характеру тощо.

Однією з умов належного укладення електронного договору є його підписання. Відповідно до частин 1, 2 статті 6 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» електронний підпис є обов'язковим реквізитом електронного документа, який використовується для ідентифікації автора та/або підписування електронного документа іншими суб'єктами електронного документообігу. Накладанням електронного підпису завершується створення електронного документа [99].

У літературі та на практиці досить часто існує думка, що електронний договір може бути підписаний виключно електронним цифровим підписом, проте це не відповідає дійсності, оскільки електронний цифровий підпис є лише одним з різновидів електронних підписів [123].

Так, у сфері електронної комерції, відповідно до ст. 12 Закону України «Про електронну комерцію», підписати електронний правочин можна за допомогою:

електронного підпису (може зображатися у вигляді натискання на віртуальну кнопку «Згоден», «Підтверджую», «Так» тощо);

електронно-цифрового підпису (слід згадати, що Закон України «Про електронний цифровий підпис» втратив чинність у зв'язку з прийняттям Закону України «Про електронні довірчі послуги»);

електронного підпису одноразовим ідентифікатором (комбінація букв та чисел, яка надходить на мобільний номер телефону або e-mail, яку в подальшому необхідно ввести у відповідне віртуальне поле);

аналога 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 [117].

На думку О.П. Вершиніна, «матеріально-правове значення електронного підпису полягає в наданні електронному документу письмової форми правочину. Відсутність або дефект електронного цифрового підпису може мати наслідок у вигляді неможливості використання свідчень свідків або недійсності правочину. В останньому випадку будь-які докази правочину взагалі виключаються, якщо вони не спрямовані на доведення факту укладення правочину в письмовій формі. Доказове значення електронного цифрового підпису полягає у

встановленні тотожності автора документа з особою, яка є суб'єктом відповідних правових відносин. При цьому доказове значення електронного підпису є також передумовою віднесення електронного документа до письмового, тобто такого, що відповідає вимогам письмової форми» [24, с. 125].

Необхідно зазначити, що законодавець наводить визначення понять електронного підпису, кваліфікованого електронного підпису (печатки), удосконаленого електронного підпису чи удосконаленої електронної печатки у ст. 1 Закону України «Про електронні довірчі послуги»[115] від 05.10.2017 р., проте лише кваліфікований електронний підпис у ч. 4 ст. 18 Закону прирівнюється до власноручного за юридичною силою. Разом із тим у ч. 1 ст. 12 Закону України «Про електронну комерцію»[104] аналогами власноручного підпису визнаються факсимільне відтворення підпису та інші аналоги, які сторони погодили в письмовій формі. У п. 12 ч. 1 ст. 1. Закону України «Про електронні довірчі послуги»[115] визначено, що електронним підписом є електронні дані, які додаються підписувачем до інших електронних даних або логічно з ними пов'язуються і використовуються ним як підпис. Варто зауважити, що наведене поняття електронного підпису є досить невдалим, адже електронні дані за п. 13 ст. 1 Закону[115] (навіть у логічній послідовності та єдності), якими можна ідентифікувати особу можуть будь-чим: числовою послідовністю, цифровим зображенням відбитку пальця або інших біометричних даних, паспортними даними, ідентифікаційним кодом, фото першої сторінки паспорта, навіть логін з паролем можна тлумачити як таке, що ідентифікує особу. У такому разі маємо звертатися до основного акту цивільного законодавства як такого, що є підґрунтям для визначення поняття електронного підпису, що використовується при вчиненні правочинів в електронній формі, тобто до ч. 3 ст. 207 – допускається використання електронного підпису або іншого аналога

власноручного підпису. Таким чином, електронний підпис має бути аналогом саме підпису, а не будь-якою послідовністю даних, яка може використовуватися для ідентифікації підписанта. Тому вважаємо доречним виключити із зазначеної статті визначення електронного підпису як такого, що не відповідає основному акту цивільного законодавства та не має перспективи бути належною доказовою базою у випадку судового розгляду.

До електронного підпису в ч. 3 ст. 6 Модельного закону UNCITRAL «Про електронний підпис» [120] від 2001 року висуваються наступні вимоги:

1) дані електронного підпису створюється відповідно до контексту його використання та закріплюються за підписантом і ніким більше.

2) дані про створення електронного підпису на момент підписання мають бути під контролем підписанта і нікого більше.

3) будь-яка зміна електронного підпису після підписання має бути відстежена.

4) якщо мета такого електронного підпису в тому, щоб завірити достовірність інформації під якою він ставиться, то будь-які зміни до такої інформації після її завірення мають бути виявлені.

Тобто, такий підпис має ідентифікувати виключно одну особу – його законного власника, лише він має право його використовувати, і сам підпис і завірені ним дані мають бути захищені від будь-яких змін. Відповідно до ч. 5 ст. 12 Модельного закону [120], навіть за умов нееквівалентності ступенів захисту електронних підписів або невідповідності типів, рівнів захисту сертифікатів таких підписів сторони правочину можуть домовитися про їх використання та взаємне визнання, окрім випадків, коли таке прямо визначено як не дійсне посвідчення правочину чинним законодавством. Таке формулювання кореспондується із формулюванням у ч. 3 ст. 207 ЦК.

На практиці переважна більшість електронних правочинів інтернет-магазинів чи інтернет-аукціонів вчиняється без використання електронно-цифрового підпису чи то електронного підпису. Так, на найбільш відомих торгових інтернет-майданчиках eBay, Amazon, Aliexpress достатньо мати грошові кошти на картці (Visa, MasterCard тощо) чи PayPal, або електронний гаманець для участі в інтернет-аукціоні чи електронних торгах з фіксованою ціною. Реєстрація з наступною авторизацією користувача на сайті є ідентифікуючим технічним засобом, що зазвичай включає логін, пароль, прізвище та ім'я особи, електронну адресу, номер телефону, поштовий індекс і адресу. Проте все вище перелічене не може слугувати електронним підписом, а лише ідентифікатором сторони правочину при укладанні його в електронній формі. Та чи є укладеним правочин в електронній формі засобами інтернет-аукціону у випадку відсутності електронного або електронно-цифрового підпису, яка природа такого правочину, що є ознаками його укладеності? Законодавець у ч. 2 ст. 207 ЦК зазначив, що правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він містить підписи його сторін. Проте, в ч. 6 ст. 11 Закону України «Про електронну комерцію» (2015) закріплено, що відповідь (акцепт) особи, якій адресована оферта на укладання електронного договору, може бути надана шляхом:

- 1) надсилання оференту підписаного електронного повідомлення;
- 2) заповнення електронної форми прийняття пропозиції з підписом;
- 3) вчинення дій, що свідчать про прийняття пропозиції укласти електронний договір (йдеться про конклюдентні дії, що вчиняються засобами інтернет-технологій – заповнення електронної форми та її надсилання, онлайн-оплата засобами інтернет-банкінгу тощо).

Відповідно до ч. 2 ст. 205 ЦК конклюдентні дії сторін правочину мають правове значення та спричиняють юридичні наслідки лише у

випадку, якщо для правочину не встановлена обов'язкова письмова форма. З огляду на те, що електронна форма прирівнюється до письмової відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК від 16.01.2003 р., то всі правочини, що вчинені в електронній формі, мають містити всі визначені законодавцем атрибути, що є необхідними для валідності правочинів письмової форми – це підписи сторін правочину. Їх наявність виключає можливість використання конклюдентних дій, проте в п. 3 ч. 6 ст. 11 Закону України «Про електронну комерцію»[104] визначено, що вчинені дії вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо виконуються обидві умови: зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі (на веб-сайті), в якій розміщено пропозицію; роз'яснення логічно пов'язані з пропозицією.

Електронний цифровий підпис, відповідно до підходу вітчизняного законодавця є переважним та надійним, однак не виключним інструментом, що дає змогу електронному документу бути відповідним до вимог, встановлених законодавством для письмової форми документів. Так, чинний ЦК України передбачає при вчиненні правочинів у письмовій формі використовувати інші аналоги власноручного підпису. Електронний цифровий підпис, як і будь-які дані в електронній формі, призначені для ідентифікації підписанта, не можуть бути визнані недійсними лише через те, що вони представлені в електронній формі або не містять посиленого сертифіката ключа.

Як приклад, можна навести рішення Нововолинського міського суду Волинської області у справі за позовом про стягнення боргу за кредитним договором та за зустрічним позовом про визнання правочину щодо видачі кредиту за кредитним лімітом недійсним та про застосування наслідків недійсного правочину [116]. Суть судового спору полягала в тому, що між сторонами цивільного процесу було укладено договір, відповідно до якого позивачу було надано кредит у вигляді встановленого

кредитного ліміту на платіжну картку зі сплатою відсотків за користування кредитом у розмірі 36% на рік на суму залишку заборгованості за кредитом з кінцевим терміном повернення, що відповідає строку дії картки. Зустрічні вимоги про визнання правочину щодо встановлення кредитного ліміту недійсним та про застосування наслідків недійсного правочину відповідач мотивує тим, що банк вручив йому платіжну картку «Універсальна» та ПІН-код. Договір про відкриття карткового рахунку, про надання та використання платіжної картки, а також договір про надання кредиту (у межах кредитної лінії), який би відповідав нормам законодавства, у письмовому вигляді з ним не укладався, що суперечить чинному законодавству. Оскільки встановлений банком ліміт належним чином до відома йому не доводився і здійснення кредитних операцій банком не блокувалось, він користувався кредитними коштами. Повернення кредиту здійснювалось шляхом списання банком грошових коштів із його зарплатної картки, а також за рахунок поповнень позивачем платіжної картки особисто. Отже, на момент передавання грошових коштів між сторонами правочину мав бути укладений кредитний договір у письмовій формі.

Суд, розглянувши справу, задовольнив позовні вимоги та відмовив у задоволенні зустрічного позову, так як відповідно до ст. 17 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» документи за операціями із застосуванням спеціальних платіжних засобів та інших документів, що використовуються в платіжних системах для ініціювання переказу, можуть бути паперовими та електронними. Суд встановив, що «згідно зі ст. 18 цього Закону електронний документ на переказ має однакову юридичну силу з паперовим документом. Електронні документи зберігаються на носіях інформації у формі, що дає можливість перевірити цілісність електронних документів на цих носіях. Електронні документи не потребують наступного паперового підтвердження. Отже, посилення

представника відповідача на відсутність письмових договорів на отримання кредитних коштів у межах кредитного ліміту, а також належним чином доведення до відома і отримання згоди особи на всі умови договору, не можуть бути прийняті судом у зв'язку з тим, що введення ПІН-коду для отримання готівки є підписанням електронного документа за допомогою електронного підпису» [116].

Отже, наявна суперечність законодавчих актів. Прирівнюючи електронну форму правочину до письмової, законодавець не визначає чи то юридична сила правочинів однакова, чи то вимоги до атрибутів дійсності однакові, чи то в електронній формі як і в письмовій мають вчинятися правочини щодо яких є пряма вказівка закону про форму їх вчинення. Щодо першого, то в цілому можна говорити про однаковість юридичної сили, проте засоби та методи доказування, забезпечення доказової бази у випадку судового процесу є різними. Зміст, атрибути правочинів відрізняються лише формою їх вчинення, існування, носієм інформації.

Кожний роздрукований примірник електронного документа з накладеним на нього відповідним підписом є оригіналом документа.

З наведеного вище можна зробити висновок, що електронна форма прирівнюється до письмової лише за юридичною силою та можливістю виведення її на паперовий носій.

Закон не містить вимоги щодо окремих видів правочинів використання обов'язкової електронної форми. Проте, Закон України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 р. [149] зобов'язує суб'єктів цивільного права використовувати електронний майданчик для укладення договорів на забезпечення потреб держави та територіальних громад. Вчинення правочину у сфері державних закупівель засобами тендеру в електронній формі покликано забезпечити ефективне та прозоре здійснення закупівель, запобігти корупції та дискримінації, створити

добросовісне конкурентне середовище відповідно до принципів здійснення державних закупівель ч. 1 ст. 3 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 р. Таким чином, вимога обов'язкової електронної форми та засобу укладання правочину ставиться:

- 1) до суб'єктів цивільного права з особливим правовим статусом;
- 2) до правочину, предмет якого має високу вартість;
- 3) з метою ефективного та прозорого використання бюджетних коштів, у той час як основна мета обов'язкової письмової форми, що визначена законодавцем – засвідчення дійсних намірів сторін взяти на себе обов'язки за укладеним правочином.

Атрибути письмової форми та електронної є різними за засобами вчинення, проте однаковими за метою їх використання. Так, дата укладання правочину, строки його дії (за необхідності), підписи сторін, печатки та інші необхідні ідентифікаційні відомості використовуються з метою підтвердження дійсних намірів сторін правочину.

Факт отримання коштів за електронним правочином згідно зі ст. ст. 11, 13 Закону України «Про електронну комерцію» від 03.09.2015 р. підтверджується тими самими засобами, що й у разі письмового чи спрощеного письмового правочину – електронний документ, квитанція, товарний чи касовий чек, квиток, талон або інший документ, що підтверджує факт отримання коштів, із зазначенням дати здійснення розрахунку.

Проте необхідно враховувати, що юридична сила електронного документа, в тому числі й електронного правочину, може посвідчуватись не тільки наявністю електронного підпису. У банківській практиці й на ринку цінних паперів суб'єкти часто використовують інші аналоги власноручного підпису для посвідчення електронного документа і надання йому юридичної сили [82].

Окрему увагу необхідно звернути на дату підписання документа та отримання такого документа іншою стороною. Наприклад: датою підписання документа є дата, визначена у документі. Електронні повідомлення та копії документів вважаються отриманими на наступний робочий день з 00 год. 00. хв. за київським часом, після їх надсилання відповідно до умов та реквізитів договору. Для уникнення ситуації «ми цього не підписували» або «не отримували» – рекомендую конкретизувати в договорі, за якими реквізитами сторони можуть обмінюватися електронними документами (повідомленнями), наприклад, корпоративна пошта сторін, або конкретні електронні адреси та телефонні номери, узгоджене програмне забезпечення тощо. А при використанні відбитків підписів (факсиміле, копіювання тощо), дотримуватися ч. 3 ст. 207 ЦКУ та зафіксувати в договорі зразки підписів [7].

Для якнайширшого висвітлення проблем зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті необхідно звернути увагу на питання специфіки електронної форми договору як єдиної можливої форми при укладенні угод в Інтернеті, адже важливе значення для чинності договору має факт дотримання передбаченої законодавством форми його укладення. На практиці, якщо законодавством встановлено, що правочин вчиняється виключно в письмовій формі, виникає багато сумнівів щодо юридичної сили електронних договорів [123].

На рівні міжнародного права ще у 2005 р. було встановлено, що повідомлення або договір не можуть бути позбавлені дійсності або позовної сили лише на тій підставі, що вони складені у формі електронного повідомлення (ч. 1 ст. 8 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах) [52]. У вітчизняному законодавстві наведений принцип знаходить своє відображення в ч. 1 ст. 8 Закону України «Про електронні

документи та електронний документообіг», відповідно до якої юридична сила електронного документа не може бути заперечена виключно через те, що він має електронну форму. Допустимість електронного документа як доказу також не може заперечуватися виключно на підставі того, що він має електронну форму [116].

Відповідно до ст. 205, 207, 639 ЦК України та ч. 12 ст. 11 Закону України «Про електронну комерцію» договори, укладені в електронній формі, прирівнюються за правовими наслідками до таких, що укладені в письмовій формі. Разом з цим, ст. 5 Закону України «Про електронну комерцію» декларується принцип однаковості юридичної сили електронних правочинів та правочинів, укладених в іншій формі, передбаченій законодавством [117].

Оскільки електронний правочин є видовим поняттям стосовно родового – правочин, то він повинен відповідати загальним вимогам, додержання яких є необхідним для чинності правочину.

Таким чином, договори, укладені в Інтернеті, за юридичною силою прирівнюються до договорів, укладених у письмовій формі, та з них можуть виникати аналогічні права та обов'язки.

Дана позиція корелюється і з рішеннями вітчизняних судів. Так, відповідно до Рішення Суворовського районного суду м. Одеси від 17 червня 2021 р. у справі № 523/16981/20 судом було підтверджено можливість укладення договору позики за допомогою комунікації в месенджері між сторонами договору. Відповідно до матеріалів справи, позивач звернувся до суду з позовом про стягнення боргу за договором позики з відповідача. В обґрунтування заявлених позовних вимог позивач зазначив, що 21.09.2015 року та 12.11.2015 року між ним та відповідачем був укладений договір позики, за яким позивач платежами із використанням системи SWIFT та системи Western Union перерахував гроші відповідачу. Відповідач зобов'язався повернути вказані грошові

кошти протягом чотирьох років із дня отримання позики. Протягом 2016-2018 років відповідачем було повернено частину позики. На підтвердження зазначеного позивачем надані докази укладення зазначеного договору позики, що зафіксовані в листуванні засобами мобільного інтернет-зв'язку з перекладом, а також підтвердження перерахування грошей відповідачу та часткове повернення позики.

У квітні 2020 року позивач звертався до відповідача з вимогою про повернення позики, проте вимога була залишена відповідачем поза увагою, відповідач також ігнорував телефонні дзвінки.

Суд наголосив, що відповідно до ст. 1046 ЦК України за договором позики одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві таку ж суму грошових коштів (суму позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості.

Згідно до ст. 1047 ЦК України «договір позики укладається в письмовій формі, якщо його сума не менша як у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподатковуваного мінімуму доходів громадян, а у випадках, коли позикодавцем є юридична особа, незалежно від суми. На підтвердження укладення договору позики та його умов може бути представлена розписка позичальника або інший документ, який посвідчує передання йому позикодавцем визначеної грошової суми або визначеної кількості речей» [161].

Судом було відмічено, що згідно ст. 207 ЦК України правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі електронних), у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони.

Згідно з ч. 1 ст. 1049 ЦК України позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві позику (грошові кошти в такій самій сумі або

речі, визначені родовими ознаками, в такій самій кількості, такого самого роду та такої самої якості, що були передані йому позикодавцем) у строк та в порядку, що встановлені договором.

За ст. 1050 ЦК України, якщо позичальник своєчасно не повернув суму позики, він зобов'язаний сплатити грошову суму відповідно до статті 625 Цивільного Кодексу.

Таким чином суд прийшов до висновку, що даний договір був укладений між сторонами за допомогою інтернет-комунікації та повинен був виконуватися сторонами [129].

Таким чином, обґрунтованим є рішення Харцизького міського суду Донецької області, який, встановивши, що «між позивачем та відповідачем було укладено договір займу титульних знаків у системі «WebMoney Transfer» в мережі Інтернет в електронній формі, які були підписані сторонами аналогами власноручного підпису (АВП) кредитора та боржника, дійшов висновку, що договір, укладений в електронній формі, має таку саму юридичну силу, як і письмовий» [119]. Однак це не стосується випадків, коли відповідно до законодавства документ може бути створений лише у вигляді письмового документа (наприклад, свідоцтво про право на спадщину).

Важливим питанням є також проблема доведення чинності електронного договору в суді та інших правозастосовчих органах. З прийнятими у 2017 р. змінами процесуальних кодексів законодавець надав легальне визначення електронних доказів та надав можливість їх використання. Оформлювати електронні докази можна як у письмовому вигляді (копія) за допомогою візуального відображення електронного документа на папері, так і в електронному вигляді на матеріальних носіях з накладенням ЕПЦ (наприклад, на флешці, враховуючи, що Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система досі адекватно не запрацювала).

Відповідно до частини першої статті 100 ЦПК України, «електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, що містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (в тому числі текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних та інші дані в електронній формі. Такі дані можуть зберігатися, зокрема, на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах тощо), серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (в тому числі в мережі Інтернет)» [163].

«У разі подання заяви про те, що доданий до справи або поданий до суду учасником справи для ознайомлення документ викликає сумнів з приводу його достовірності або є підробленим, особа, яка подала цей документ, може просити суд до закінчення підготовчого засідання виключити його з числа доказів і розглядати справу на підставі інших доказів» (частина одинадцята статті 83 ЦПК України) [163].

Аналогічну норму містить і чинний ГПК України. Так, згідно зі ст. 96 ГПК України, «електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (в тому числі текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних й інші дані в електронній формі. Такі дані можуть зберігатися, зокрема на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах тощо), серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (в тому числі в мережі Інтернет). Електронні докази подаються в оригіналі або в електронній копії, засвідченій електронним цифровим підписом,

прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис». Законом може бути передбачено інший порядок засвідчення електронної копії електронного доказу. Учасники справи мають право подавати електронні докази в паперових копіях, посвідчених у порядку, передбаченому законом. Паперова копія електронного доказу не вважається письмовим доказом» [31].

Суддя Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду Н. Сакара зазначила, що знакові судові рішення в контексті застосування електронних доказів напрацьовуються касаційними судами поступово. Суддя зауважила, що не слід забувати, що до електронних доказів висуваються вимоги стосовно належності (ст. 77 ЦПК України), допустимості (ст. 78 ЦПК України), достовірності (ст. 79 ЦПК України) та достатності (ст. 80 ЦПК України) доказів.

Спікер наголосила, що на законодавчому рівні передбачений порядок подання електронних доказів. Зокрема, вони подаються в оригіналі або в електронній копії, засвідченій електронним цифровим підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис». В якості релевантного прикладу Н. Сакара навела постанову КГС ВС від 19 січня 2021 року у справі № 922/51/20, де йдеться про те, що учасник справи на обґрунтування своїх вимог і заперечень має право подати суду електронний доказ у таких формах:

- 1) оригінал;
- 2) електронна копія, засвідчена електронним цифровим підписом;
- 3) паперова копія, посвідчена в порядку, передбаченому законом.

Однак, паперова копія електронного доказу не вважається письмовим доказом, однак є однією з форм, в якій учасник справи має право подати електронний доказ (ч. 3 ст. 96 ГПК України), що є засобом встановлення даних, на підставі яких суд встановлює наявність або

відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи (п. 1 ч. 2 ст. 73 ГПК України). Таким чином, подання електронного доказу в паперовій копії саме собою не робить такий доказ недопустимим. Суд може не взяти до уваги копію (паперову копію) електронного доказу, якщо оригінал електронного доказу не поданий, а учасник справи або суд ставить під сумнів відповідність поданої копії (паперової копії) оригіналу [146].

Водночас законодавець встановлює, що докази щодо укладення електронних правочинів, на які розповсюджується сфера дії Закону України «Про електронну комерцію», можна подавати в якості письмового доказу у формі візуального відображення на папері. Так, відповідно до ч. 12 ст. 11 Закону України «Про електронну комерцію», електронний договір, укладений шляхом обміну електронними повідомленнями, підписаний у порядку, визначеному ст. 12 цього Закону, вважається таким, що за правовими наслідками прирівнюється до договору, укладеного в письмовій формі. Кожний примірник електронного документа з накладеним на нього підписом, визначеним ст. 12 цього Закону, є оригіналом такого документа.

Одночасно Верховним Судом було висловлено позицію, що «роздруківка електронної переписки не можуть вважатись електронними документами (копіями електронних документів) у розумінні частини 1 статті 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», відповідно до якої електронний документ – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа» [99].

Згідно з ч. 13 ст. 11 зазначеного Закону, електронні документи (повідомлення), пов'язані з електронним правочином, можуть бути подані як докази сторонами та іншими особами, які беруть участь у судовому

розгляді справи. Докази, подані в електронній формі та/або у формі паперових копій електронних повідомлень, вважаються письмовими доказами згідно зі ст. 64 Цивільного процесуального кодексу України, ст. 36 Господарського процесуального кодексу України та ст. 79 Кодексу адміністративного судочинства України.

Отже, законодавець визначає, що візуальна форма відображення на папері електронного договору, на який розповсюджується сфера дії Закону України «Про електронну комерцію», з накладеним на нього відповідним електронним підписом є письмовим доказом та оригіналом такого договору. На практиці суди зазвичай сприймають паперове відтворення електронного договору належним чином та розцінюють такий документ як належний доказ. Варто також відзначити, що ч. 13 наведеної статті містить застарілі відсилання на процесуальне законодавство та потребує актуалізації.

Щодо використання електронного листування в якості доказу в господарських справах суди касаційної інстанції зазначають, що договір повинен містити відповідне застереження. Так, Касаційний господарський суд у постанові у справі №904/2882/18 від 11.06.2019 р. дійшов такого висновку: «У договорі, укладеному між сторонами, не наведено умов щодо можливості електронного листування під час його виконання, щодо погодження між сторонами відповідних адрес для електронного листування та переліку осіб, уповноважених вести зазначене листування. З огляду на викладене Касаційний господарський суд не бере до уваги посилення скажника на те, що суд апеляційної інстанції безпідставно не взяв до уваги наявні в матеріалах справи докази ведення між сторонами електронної переписки» [99].

Щодо роздруківки скріншоту Інтернет-сторінок, то КЦС ВС від 07 липня 2021 року у справі № 587/2051/18 дійшов висновку: «Роздруківки Інтернет-сторінок (веб-сторінок), які є паперовим відображенням

електронного документа, самі по собі не можуть бути доказом у справі. Такі роздруківки визнаються доказом у разі, якщо вони виготовлені, видані й засвідчені власником відповідного Інтернет-ресурсу або провайдером, тобто набувають статусу письмового доказу» [101].

Однак на практиці як докази суди приймають скріншоти повідомлень із телефона, планшета, роздруківки з вайбера. Окрім того, часто (особливо в трудових справах) роботодавці подають фотографію монітора комп'ютера співробітника для того, щоб довести, що працівник у робочий час займався власними справами. «Фотографія монітора комп'ютера не є електронним доказом, але ця інформація може враховуватися судами за умови, якщо учасник справи не поставить під сумнів надане фото і не попросить надати оригінал» [146].

2.1.2. Маркетплейси як місце укладення договорів в Інтернеті

Ринок електронної комерції в Україні продовжує бити рекорди продажів та фінансових звітів. Однією з ключових причин перманентного зростання є постійне розширення функціоналу та підвищення популярності вітчизняних онлайн-маркетплейсів. Серед найбільш популярних платформ на сьогодні залишаються Olx, Prom та Bigl, проте визнаним лідером електронної комерції є онлайн-майданчик Rozetka, який не лише додає та активно розвиває функціонал і залучає інновації, але й вдається до продажу власної франшизи для отримання додаткового прибутку.

Основним місцем укладення договорів в Інтернеті на сьогоднішній день є маркетплейси, тобто електронні торгівельні майданчики. Визначаючи маркетплейс зазвичай проводять аналогію з гіпермаркетом або ярмаркою, тобто місцем, де цілодобово пропонуються різноманітні товари від різних продавців, але тільки онлайн.

На відміну від традиційного онлайн-магазину маркетплейс надає можливість користувачам купувати товари в різних продавців через єдиний інтерфейс, при цьому сама інтернет-платформа виступає лише посередником.

Українські маркетплейси дедалі частіше стикаються з конкуренцією з боку глобальних інтернет-магазинів, аукціонів та маркетплейсів, таких як Amazon, eBay та Aliexpress. З іншого боку, вітчизняні ритейлери, які обирають продаж за допомогою маркетплейсів, почали продавати продукцію з використанням можливостей глобальних мереж онлайн-комерції.

Перепоною ж розвитку інтернаціонального формату електронної комерції залишається невисокий поріг вартості доставки товарів, що не оподатковуються, із-за кордону.

Найчастіше маркетплейс створюється для великої кількості постачальників і споживачів. Користувачі маркетплейсу можуть взаємодіяти на рівних (коли обидві сторони – приватні особи або представники бізнесу) або вибудовувати ієрархію «підприємець-клієнт». Зазвичай виділяють 3 базові моделі маркетплейсів:

C2C (customer-to-customer) – здійснюють продаж товарів або пропонують послуги фізичні особи, не підприємці;

B2C (business-to-customer) – фізичні особи-підприємці та юридичні особи здійснюють продаж або пропонують послуги фізичним особам;

B2B (business-to-business) – підприємці та юридичні особи взаємодіють між собою [114].

З точки зору структури відносин, що виникають у даній сфері – маркетплейс змінює традиційні відносини між продавцем і покупцем на тристоронні, в яких з'являється третя сторона – платформа. Завдяки даному факту функції, які зазвичай виконує продавець, тепер рівномірно розподілені між маркетплейсом і продавцем.

Дослідники ринку онлайн-торгівлі відзначають декілька варіантів структури можливих відносин між потенційним покупцем і платформою, які не виключають застосування одне одного, а інколи навіть взаємодоповнюються:

- маркетплейс надає постачальнику послуги доступу до ІТ-платформи, а також обробки / здійснення платежів (якщо маркетплейс може це забезпечити);
- маркетплейс ліцензує інтелектуальну власність (наприклад, торговельні марки, веб-сайт тощо) постачальнику;
- маркетплейс виступає в ролі агента чи комісiонера.

Кожен із цих варіантів має певні переваги, проте кожна платформа має обрати той, що максимально відповідатиме її цілям. Найбільш високий ризик спірних правовідносин між платформою маркетплейсу та покупцями виникає, коли платформа виконує роль агента або комісiонера. Окрім цього, як відмічають дослідники, дана модель є найменш ефективною з точки зору оподаткування [21].

Одним із важливих юридичних аспектів функціонування маркетплейсу є оферта, яку пропонує ритейлер для встановлення загальних правил користування маркетплейсом і отримання платежів з використанням функціоналу маркетплейсу. Ще одним важливим юридичним питанням є політика обходження з персональними даними клієнтів. Слід зазначити, що при обранні вектору роботи на європейських клієнтів, основи даної політики повинні відповідати законодавству ЄС, а саме Регламенту GDPR, про який мова більш докладно піде далі.

Важливим елементом договiрного регулювання діяльності маркетплейсу виступають цивільно-правові угоди для продавців, які вольовим рішенням дають згоду на використання маркетплейсу як сервісу цифрової комерції. Практикуючі фахівці зазначають, що «при укладенні письмового договору потрібно правильно сформулювати

положення про: контроль за продажами через маркетплейс, порядок розрахунків, виставлення і підписання актів наданих послуг» [21].

Зазвичай функції доставки товару або юридичного оформлення договірних відносин купівлі-продажу товару належать продавцю, тому необхідно чітко розмежовувати юридичні статуси продавця та маркетплейсу. В економічній літературі виділяють такі моделі взаємодії продавців та маркетплейсу:

- маркетплейс бере на себе частину зобов'язань та відповідальності за виконання замовлень, зберігання та доставку товарів;
- маркетплейс стає посередником у процесі отримання та обробки платежів від потенційних покупців та вирішення спорів щодо фінансових моментів угоди;
- маркетплейс виступає гарантом відшкодування грошових коштів покупцю у випадку порушення умов угоди;
- маркетплейс забезпечує інформаційну підтримку, організовуючи роботу кол-центру та післяпродажну підтримку тощо [21].

Однак, з метою уникнення введення в оману споживача, особа продавця з посиланням на нього повинна бути зазначена в інформації щодо товару та під час замовлення. В іншому випадку покупець може пред'являти вимоги щодо товару та доставки маркетплейсу, який видається продавцем продукції.

Як зазначають фахівці, «принципово важливо, що для покупців маркетплейс здається їхнім контрагентом, тобто місцем, де вони здійснюють покупку. Це означає, що принаймні з точки зору репутації маркетплейс буде відповідальним за весь досвід клієнтів. Тому онлайн-платформа повинна мати ефективні інструменти перевірки та засоби контролю постачальників, щоб виключити недобросовісних продавців. Правила поведінки повинні чітко визначатись у договорі між

маркетплейсом і продавцем та залишати за платформою право вжити заходи для боротьби з будь-якими правопорушниками» [2].

Сфера відносин щодо здійснення купівлі-продажу товарів через Інтернет урегульована нормами законодавства України, зокрема, положеннями Закону України «Про електронну комерцію», що встановлює порядок вчинення електронних правочинів із застосуванням інформаційно-телекомунікаційних систем та визначає права й обов'язки учасників відносин у сфері електронної комерції.

Крім того, діяльність щодо купівлі-продажу товарів Інтернет-магазинами регулюється положеннями Конституції України (право на підприємницьку діяльність), Господарського та Цивільного кодексів України, Законів України «Про захист прав споживачів», «Про рекламу», «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про захист персональних даних» тощо [145].

У законодавстві Російської Федерації діяльність маркетплейсів є більш врегульованою. Відповідне законодавство передбачає правила і обмеження діяльності так званих «товарних агрегаторів», якими визнаються сайти, які одночасно виконують три функції:

- дають можливість ознайомитися з пропозицією продавця (виконавця) про укладення договору купівлі-продажу товару (договору надання послуг);
- укласти з продавцем (виконавцем) договір купівлі-продажу (договір надання послуг);
- провести попередню оплату зазначеного товару (послуги) шляхом переказу грошових коштів власнику агрегатора в рамках застосовуваних форм безготівкових розрахунків [188].

Серед основних умов, які можуть забезпечити стабільне функціонування маркетплейсу, зазвичай виділяються такі:

- забезпечення правового механізму взаємодії між усіма учасниками маркетплейсу: продавцями/виконавцями, покупцями/замовниками та безпосередньо самою компанією;

- визначення правового та логічного механізму розрахунків між всіма учасниками маркетплейсу, в контексті алгоритму діяльності такого маркетплейсу [13].

Для можливості визначення порядку дій при організації роботи, а також для визначення типу документів, які повинні укладатися в рамках певного маркетплейсу, в першу чергу, потрібно визначити склад суб'єктів, які будуть взаємодіяти з платформою. Тобто, потрібно визначитися, чи будуть це фізичні особи, юридичні особи, резиденти чи нерезиденти.

Розглядаючи основні проблеми існування маркетплейсів в Україні, слід означити низку проблем у нормативно-правовому забезпеченні.

У 2017 році відбулися зміни в законодавстві, які зробили використання фіскальних кас обов'язковим для більшості торговельних операцій. Винятків небагато. Індивідуальні підприємці, які є платниками єдиного податку другої та третьої груп, можуть не використовувати фіскальні каси, поки їхні щорічні доходи не перевищують 1 млн грн або якщо вони не продають технічно складні побутові продукти.

Положення про використання фіскальних кас ще недостатньо пристосовані до умов сучасної електронної комерції. Зокрема, незрозуміло, в який момент має бути надрукований фіскальний чек та як він має бути переданий замовнику з огляду на різний час замовлення на сайті та безпосередньої доставки. Законодавство все ще не передбачає можливість використання цифрового фіскального чеку або цифрової копії – її необхідно фізично надрукувати та доставити замовнику. Це проблема

для онлайн-продавців, адже, 1) якщо здійснюється попередня оплата за допомогою банківської картки, виникає часовий розрив між оплатою та доставкою; 2) постачальники здебільшого використовують сторонні служби доставки, які можуть не проводити платежі та видавати фіскальні чеки.

Якщо клієнт платить готівкою, одразу виникає питання, як збирати готівку. Як уже зазначалося, більшість постачальників використовують сторонні служби доставки. Тому в такому випадку служба доставки також повинна забезпечити отримання готівки та її передачу продавцю. У такому випадку надані логістичні послуги можуть вважатись фінансовим посередництвом (за умови дотримання фінансового обліку) або торговельним посередництвом (за умови забезпечення захисту інтересів клієнтів та дотримання податкових вимог). Для мінімізації цих ризиків необхідна ретельна структуризація законодавства.

Крім того вітчизняні маркетплейси не беруть участь в обробці оплати замовлень. Зазвичай ця функція покладена на стороннього постачальника.

Більшість глобальних маркетплейсів виступають посередниками для своїх клієнтів. Наприклад, вони гарантують виконання зобов'язань продавцем (зазвичай продавець отримує кошти лише після доставки товару).

Однак реалізувати такий підхід в Україні було б проблематично. Відповідно до законодавства України, діяльність платіжного посередника вважається фінансовою послугою та може здійснюватися лише фінансовою установою. Для маркетплейсів це непрактично. Щоб вони могли надавати такі послуги, їм потрібне відповідне правове структурування.

Отже, для нівелювання можливості зловживання правами при укладенні договорів на маркетплейсі, онлайн-платформа повинна мати

ефективні інструменти перевірки та засоби контролю постачальників, щоб виключити недобросовісних продавців. Правила поведінки повинні чітко визначатись у договорі між маркетплейсом і продавцем і залишати за платформою право вжити заходи для боротьби з будь-якими правопорушниками.

Мінекономіки розробило проєкт Закону України «Про захист прав споживачів» (у новій редакції). Новий законопроект покликаний запровадити дієві механізми з регулювання інтернет-комерції.

«Регулювання інтернет-комерції – вимоги сьогодення. Адже неможливість ідентифікувати онлайн-продавця спричиняє незахищеність прав споживача та бюджетні втрати через нереєстрацію продавців як підприємців. Отже, щоб вирішити ці проблеми, ініціюємо механізм добровільної ідентифікації в реєстрі інтернет-магазинів продавцями товарів в електронній комерції», – зазначила заступниця Міністра економіки України Ірина Новікова [77].

Проект Закону України «Про захист прав споживачів» (у новій редакції), розроблений Мінекономіки, містить норми, якими передбачено, що підприємці, які здійснюють електронні продажі, обов’язково повинні будуть розміщувати інформацію про себе, як суб’єкта господарювання, та перелік інформації про продукцію.

У законопроекті надається визначення «електронний торговельний майданчик (маркетплейс)» та «електронний сервіс порівняння продукції (прайс-агрегатор)» та встановлюється відповідальність за ненадання повної інформації суб’єктом господарювання щодо його ідентифікації.

Наразі проєкт Закону знаходиться на розгляді КМУ.

Також Держпродспоживслужба отримує право звертатися до провайдера інтернет-послуг щодо обмеження доступу до веб-сайту суб’єктів господарювання, які використовують нечесну підприємницьку практику, порушують законодавство про захист прав споживачів та яких

неможливо ідентифікувати. Встановлюється відповідальність за надання недостовірних даних

Паралельно з цим Мінекономіки спільно з Мінцифри працюють над створенням платформи «Е-споживач» для продавців, які здійснюють господарську діяльність в інтернет-магазинах, зокрема маркетплейсах, прайс-агрегаторах, класифайдах. Цей електронний сервіс дозволить ідентифікувати продавця шляхом надання йому статусу Держпродспоживслужбою «Перевірений продавець».

Мінцифри також розроблено проєкт Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про електронну комерцію» щодо внесення інформації продавцями до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного контролю за додержанням законодавства про захист прав споживачів». Проєктом Закону передбачено створення «Єдиного реєстру продавців у сфері електронної комерції», запровадження механізму перевірки достовірності даних продавців шляхом введення добровільної ідентифікації та верифікації та встановлення відповідальності за надання недостовірних даних [77].

2.1.3. Інтернет-аукціони як складний правочин в Інтернеті

Аукціонна модель електронної торгівлі вже показала свою ефективність в усьому світі в таких сферах як роздрібна торгівля, колекціонування раритетних речей, в автомобільному бізнесі та сфері мистецтва. За даними Forbes у світі сьогодні налічується кілька тисяч інтернет-аукціонів, перший з яких був організований в 1994 році. Найбільший на сьогодні інтернет-аукціон eBay був започаткований ще в 1995 році [156].

Онлайн-аукціони в залежності від типу об'єкта цивільних прав (товару або послуги) та сфери відносин будуються за різними моделями –

c2c, b2b, b2c, g2b (government2business) і навіть g2c (government2customer). Бізнесові майданчики, як правило, закриті спеціалізовані аукціони – майданчики тендерів, які проводять великі підприємства, а виконавцями є представники малого та середнього бізнесу, g2b – електронні майданчики державних закупівель, а як приклад g2c, як правило, проводять онлайн-аукціон, на якому Мінфін США продавав держоблігації. Найбільші за обсягами та популярністю аукціони працюють в c2c і b2c сфері.

На сьогоднішній день у світі створено й ефективно працюють велика кількість інтернет-аукціонів. В Європі затребуваний польський майданчик Allegro, який включає в себе аукціони електроніки, нерухомості, одягу і взуття, автомобілів та ін. А в Африці за подібною моделлю працює онлайн-аукціон універсального напрямку Bid or Buy, аргентинський варіант – Mercado Libre. Аудиторія eBay – близько 170-180 млн осіб, Allegro – близько 20 млн, а африканського аукціону – 8 млн. Є також маса досить великих аукціонів, налаштованих під продаж рідкісних речей, антикваріату, предметів мистецтва (Hamperl, що спеціалізується на Сході, Catawiki, WebStore, що розширив останнім часом асортимент до сучасних речей, Heritage, Karl & Faber й ін.).

У світовій практиці є історії організації тематичних аукціонів на базі компаній із суміжних сфер. Наприклад, недавно Bank of America додав у свій мобільний додаток, що дозволяє підібрати машину за ціною попиту, а також відразу отримати автокредит на покупку. Аудиторія програми – близько 22 млн користувачів.

Слід зазначити, що на сьогоднішній день сфера електронних аукціонів в Україні знаходиться на стадії розвитку. Вже зараз існують приклади безуспішних проєктів на зразок Aukro.ua, колишнього найбільшого вітчизняного інтернет-аукціону, заснованого в 2007 році (на початку 2010-х років відвідуваність сайту становила понад 600 тисяч

користувачів, на майданчику налічувалося більш ніж 300 тисяч аукціонів у 20 категоріях, а сам інтернет-аукціон входив до п'ятірки найбільших українських сайтів сегменту електронної комерції) [152], однак на теренах вітчизняного веб-простору продовжують функціонувати інтернет-аукціон з продажу предметів старовини, антикваріату і колекційних екземплярів Violity, універсальні інтернет-аукціони NewAuction та SkyLots, а також численні онлайн-аукціони ломбардів.

На сьогоднішній день широке поширення отримали аукціони автомобілів з пробігом та страхові аукціони. Поряд з популярними американським страховим аукціоном Copart, британським Webuyanycar, дубайським SellAnyCar і німецьким аукціоном Manheim наші співвітчизники користуються численними онлайн-аукціонами з країн ЄС та Азії. Широкий попит на аукціонні автомобілі зумовлює створення вітчизняних аналогів таких аукціонів, а також появу широкої мережі підприємців, які пропонують свої послуги посередників для участі в зарубіжних аукціонах автомобілів із пробігом та страхових аукціонів.

Однак, як зазначають дослідники, в Україні на сьогоднішній день ще не до кінця реалізований потенціал інтернет-аукціонів, і найближчим часом у зв'язку з відкриттям ринку землі можна очікувати на появу спеціальних електронних сервісів та цілих електронних магазинів, де можна буде виставити земельну ділянку або іншу нерухомість на продаж через аукціон, оплатити її придбання, зареєструвати право власності або інші речові права (передати в заставу статутний капітал юридичної особи та багато іншого) [93].

Автоматизація процесу торгівлі, зокрема його аукціонної форми зумовило появу ряду законодавчих актів, що регламентують правове регулювання правочинів, укладених засобами телекомунікацій. Правове регулювання діяльності онлайн-аукціонів врегульовано Законами України «Про електронну комерцію» від 03.09.2015 р., «Про електронні

документи та електронний документообіг» від 22.05.2003, «Про електронні довірчі послуги» від 05.10.2017 року тощо.

Як правило, сторони укладають договір купівлі-продажу в рамках інтернет-аукціону. При цьому зацікавлені особи можуть торгуватися за певний товар. Після закінчення часу товар присуджується особі, яка зробила найвищу ставку. Однак з юридичної точки зору мова йде не про аукціон в сенсі публічних торгів, але про укладення договору купівлі-продажу. Такий договір укладається на підставі двох співпадаючих заяв про наміри, тобто пропозиції і його прийняття. Продавець і покупець роблять заяви про наміри шляхом розміщення пропозиції і пропозиції ціни. Договір купівлі-продажу укладається між продавцем і особою, що запропонувала максимальну ціну [178].

Відповідно до Правил користування сайтом інтернет-аукціону Віоліті електронні торги – це спосіб укладення договору між продавцем і покупцем, який запропонував найвищу ціну на принципі змагальності з використанням програмно-апаратного комплексу Віоліті на умовах і в порядку, встановлених даними Правилами. Процес проведення торгів є регламентованою процедурою, яка включає в себе виконання функцій розміщення, аналізу, обробки і надання інформації, яка стосується Учасників і предмета торгів. Укладники правил однак відмічають, що термін «торги», який використовується в даних Правилах, не є тотожним терміну (і не може розумітися як терміни) «торги» або «аукціон», за встановленою чинним законодавством дефініцією торгів та/або аукціону, а також пов'язаних з такими норм, правил і наслідків [106].

Найбільший у світі аукціон eBay являє собою інтернет-платформу для продавців для продажу будь-яких товарів. Аукціон виступає як посередник при укладанні договору купівлі-продажу між продавцем і покупцем, але оплата, пересилання та інші взаємодії між контрагентами відбуваються без участі майданчика. Для покупця eBay безкоштовний, а

продавець сплачує комісію у вигляді відсотка від ціни товару (плюс є плата за виставляння лотів). Другий за розміром аукціон Amazon почав з продажу книг, але сьогодні він дуже схожий на eBay [156].

Стати популярним eBay допомогла не тільки новизна сервісу, що зароджується на ринку інтернет-покупок, але й система аукціонів. Наприклад, перші користувачі зізнавалися, що робили ставки з азарту, навіть якщо річ була їм не потрібна – просто не можна було дозволити кому-небудь переграти себе в аукціоні.

Як зазначають самі розробники програмного забезпечення eBay, аукціон виступає однією з форм оголошення про товар, де покупцем товару стає користувач eBay, який зробив найбільш високу ставку [165]. Попри ідентифікацію аукціону як виду оголошень, розміщення аукціону, а також участь у ньому призводять до юридичних наслідків для користувачів майданчика інтернет-торгівлі.

П.7 Ліцензійної угоди eBay передбачено, що, купуючи товар за допомогою сервісів сайту, користувач погоджується з Правилами та політикою для покупців і що саме користувач несе відповідальність за те, щоб прочитати повний перелік товарів перед тим, як зробити пропозицію або взяти на себе зобов'язання купити, а також покупець таким чином укладає юридично зобов'язуючий контракт на придбання товару, коли натискає «придбати товар», або коли його пропозиція щодо товару приймається продавцем, або якщо покупцем була зроблена виграшна ставка в аукціоні, або пропозиція приймається іншим чином [185].

Користувачам сайту роз'яснюється, що кожна ставка накладає на користувача договірні зобов'язання, однак, у той же час не передбачено виникнення договірних зобов'язань щодо ставки, які розміщені в категорії «Нерухомість» і ставки на транспортні засоби на сайті eBay для автолюбителів [165].

Як і у випадку з будь-яким іншим договором купівлі-продажу, продавець має право відкликати свою оферту у встановлених законом випадках. Загальні умови укладення угод eBay не можуть скасувати цього права, оскільки вони не застосовуються до відносин, що виникають безпосередньо між сторонами договору купівлі-продажу. Так, німецький Вищий земельний суд м. Дюссельдорф у своїй постанові від 11.10.2013 у справі I-22 U 54/13 ухвалив, що продавець може пов'язати свою пропозицію з умовою, наприклад, з правом на продаж товару іншому покупцеві. Таким чином, продавець має можливість дострокового закриття аукціону, проте, продавець повинен недвозначно вказати на це у своїй пропозиції.

Якщо ж продавець не пов'язав пропозицію з такою умовою, то дострокове закриття аукціону можливо тільки за певних умов, обумовлених у Загальних умовах укладення угод eBay. Зокрема, скасування оферти можливе в тому випадку, якщо виконання зобов'язання з боку продавця стало неможливим не з його вини (наприклад, у разі крадіжки запропонованого товару).

Якщо умови для дострокового скасування пропозиції не виконані, але продавець, проте, скасовує його, то він повинен враховувати можливість пред'явлення претензії про відшкодування збитку з боку останньої особи, яка запропонувала максимальну ціну. Таким чином, закінчення аукціону не скасовується, але переноситься на більш ранній термін. При цьому сума відшкодування збитку визначається на підставі вартості товару за вирахуванням запропонованої ціни.

Верховний суд ФРН у своєму рішенні від 24.08.2016 у справі VIII ZR 182/15 визначив, що дії учасника аукціону, який розраховує на дострокове закриття аукціону щодо систематичного підняття ціни товару виключно з метою відшкодування збитків з продавця, повинна бути кваліфікована як зловживання правом [182].

Ще одним прикладом зловживання правами під час укладення договорів на інтернет-аукціонах є підвищення ціни без наміру купівлі товару. Нерідко продавець з метою збільшення потенційної ціни продажу вдається до недобросовісних дій, так званих «аукціонних торгів, які проводяться підставними особами», коли ціну підвищує сам продавець або його довірені особи. Верховний суд ФРН у своєму рішенні від 24 серпня 2016 р. у справі VIII ZR 100/15 прийшов до висновку, що в цьому випадку дійсною є остання запропонована ціна, що була встановлена без впливу недобросовісних дій продавця. Наступні вищі ставки не повинні враховуватися. За результатами розгляду справи Суд визначив, що позивач за результатами аукціону придбав автомобіль VW Golf за 1,50 євро, оскільки наступні ставки з вищою ціною позивач робив у зв'язку з недобросовісними діями відповідача [180].

Одночасно слід зазначити, що зловживання правом при укладенні договорів на онлайн-аукціонах може вчинятися саме користувачами платформи eBay, а сам сервіс не може притягатися до відповідальності за порушення цивільних прав своїх користувачів продавцями. Така позиція неодноразово підтверджувалася рішеннями судів, які визнавали eBay невинним за дії, що вчиняються в межах сервісу користувачами. Так, наприклад, окружний суд США в Лос-Анджелесі визнав, що інтернет-аукціонна компанія не несе відповідальності за порушення авторських прав користувачами. Суддя Роберт Келлехер погодився зі словами представника eBay, який порівняв компанію не з аукціоністом, який повинен ручатися за кожен виставлений на продаж лот, а скоріше з директором блошиного ринку, який просто здає місця всім бажаючим [175].

Аналогічні висновки містяться в практиці європейських судів. Так Суд Європейського Союзу у справі C-567/18 у спорі між Coty Germany GmbH та компаніями групи Amazon (Amazon Services Europe Sarl,

Amazon Europe Core Sarl, Amazon FC Graben GmbH і Amazon EU Sarl) визначив, що сервіс Amazon-Marketplace дозволяє стороннім продавцям розміщувати пропозиції з продажу своїх товарів. У разі продажу контракти, що стосуються цих товарів, укладаються між такими сторонніми продавцями і покупцями. У цій справі, на переконання Суду ЄС, компанії групи Amazon самі не виставляли і не пропонували товари для продажу, а лише здійснювали посередницьку функцію [81].

У ч. 1 ст. 5 Закону України «Про електронну комерцію» від 03.09.2015 року викладено 10 основних принципів правового регулювання у сфері електронної комерції, що само по собі суперечливо – значна кількість принципів веде до конфлікту пересікання, безпринципності взагалі:

- 1) свобода провадження підприємницької діяльності з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем;
- 2) свобода вибору контрагента, електронних засобів, видів та форм діяльності;
- 4) свобода вчинення електронних правочинів;
- 3) свобода конкуренції та забезпечення її сумлінності;
- 5) рівність і охорона прав учасників відносин у сфері електронної комерції;
- 6) дотримання вимог законодавства, правил професійної етики, повага до прав, свобод, законних інтересів учасників відносин у сфері електронної комерції;
- 7) забезпечення належної якості товарів, робіт та послуг, що реалізуються у сфері електронної комерції;
- 8) однаковість юридичної сили електронних правочинів та правочинів, укладених в іншій формі, передбаченій законодавством;
- 9) забезпечення доступу до інформації всіх учасників відносин у сфері електронної комерції;

10) доступність комерційних електронних повідомлень та можливість обмеження їх надходження.

До інтернет-аукціону як моделі електронної комерції більшість з цих принципів застосовується в обмеженому вигляді або не застосовується взагалі.

Принцип свободи підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, закріплений у ст. 42 Конституції України [49] та в ч. 1 ст. 3 ЦК. Використання інформаційно-телекомунікаційних систем у підприємницькій діяльності (та виходячи з назви Закону – в електронній комерції) не заборонено законодавством України й не потребує окремого дозволу, відтак повторювати такий принцип недоцільно.

Розглянемо наступний принцип – свободи вибору контрагента, електронних засобів, видів та форм діяльності. Щодо свободи вибору контрагента, то цей принцип також є основним і а) засад цивільного законодавства п. 3 ст. 3 ЦК; б) і принципом у договірних відносинах (ч. 1 ст. 627 ЦК). Проте говорити про дію цього принципу в публічних офертах е-commerce ми навряд чи можемо, адже, згідно з ч. 1 ст. 699 ЦК публічна оферта звернена до невизначеного кола осіб та зобов'язує оферента здійснити продаж товарів, виконати роботи або надати пропоновані послуги кожному, хто звернеться, та оферент не має права надавати перевагу комусь з контрагентів щодо укладання публічного договору, або відмовитись від укладання за наявності можливостей (ст.633 ЦК). Вільно обирати чи бути контрагентом за публічним договором, чи вступати в договірні відносини може лише потенційний акцептант.

Щодо інтернет-аукціону, то виставляючи майно на торги засобами інтернет-аукціону, власник майна робить публічну оферту учасникам. Будь-який учасник торгів має змогу погодитись на стартову ціну лота, зробити свою цінову пропозицію, яка може стати переможною. Власник майна зобов'язаний продати річ тому, хто надасть кращу пропозицію, про

вільний вибір власником майна контрагента тут не йдеться. Акцептант, який купує майно засобами інтернет-аукціону, зазвичай також не має жодного уявлення про свого контрагента. Часто ідентифікацією оферента є рейтинг продавця, який складається з позитивних відгуків учасників аукціону, тобто, для акцептанта такі відгуки можуть бути єдиним показником для вибору контрагента серед багатьох інших продавців з однаковими істотними умовами публічного договору.

Принцип свободи вибору контрагента в публічних офертах e-commerce, а їх переважна більшість, є обмеженим у таких обсягах, що говорити про нього не варто. А. В. Луць з цього приводу зазначила, що аспекти договірної свободи закріплені в різних положеннях цивільного законодавства[105] і включають: а) вільне волевиявлення осіб на вступ у договірні відносини; б) свободу вибору сторонами форми договору; в) свободу укладання контрагентами договорів передбачених та непередбачених законом, проте таких, що не суперечать йому; г) визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; г) право контрагентів на свій розсуд змінювати, розривати або пролонгувати дію укладеного ними договору; д) право визначати форми відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо.

Щодо інтернет-аукціону, то принцип свободи вибору контрагента тут не застосовується, інша річ – свобода вступу в договірні відносини (принцип свободи договору) і свобода вчинення електронних правочинів. Цікавим є момент, де ми маємо розмежувати принцип свободи договору та принцип свободи вчинення електронних правочинів, з огляду на те, що перший декларує вільний вибір контрагентів, вільне визначення умов, форми й виду договору з урахуванням ЦК, вимог розумності та справедливості, а другий – вільно і на власний розсуд здійснювати свої цивільні права (ст. 12 ЦК) – бути учасником цивільних правовідносин у кіберпросторі, тобто встановлює правовий режим в інтернет-середовищі

для договірних зобов'язань та закріплює правове підґрунтя для електронної форми правочину поряд із ч. 2 ст. 639 ЦК. Варто зазначити, що хоча ЦК у ч. 1 ст. 207 і прирівнює правочини укладені за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем до тих, що укладені в письмовій формі, проте прямо не називає їх укладеними в електронній формі [106]. Окремо йдеться про примусово вилучене майно та його реалізацію.

У випадку інтернет-аукціону з реалізації примусово вилученого майна, порядок регулювання якого визначено Наказом міністерства юстиції «Про затвердження порядку реалізації арештованого майна» від 29.09.2016 [107] (далі – Порядок), то принцип свободи вчинення електронних правочинів діє односторонньо, оскільки відчужувач майна як його обов'язковий набувач при його примусовому вилученні є боржником по іншому зобов'язанню та не вчиняє правочин із відчуження майна з власної волі й не є стороною в ньому. Такий правочин вчиняється за виконавчим листом у порядку виконавчого провадження. Шляхом підписання протоколу електронних торгів переможець інтернет-аукціону укладає договір купівлі-продажу, а право власності набуває за виданим йому актом про проведені електронні торги.

Зауважень щодо свободи вибору електронних засобів, тобто вільного обрання інформаційно-телекомунікаційного інструментарію для провадження підприємницької діяльності немає. Стосовно вільного вибору видів підприємницької діяльності, то варто згадати, що деякі з них вимагають отримання ліцензії [108] та наявності видів діяльності, дозвіл на здійснення яких мають виключно державні підприємства, установи і організації відповідно до ч.4 ст. 22 ГК України від 16.01.2003 р. [109]. Свобода вибору видів та форм діяльності не абсолютна, обмеження щодо організаційно-правових форм підприємницької діяльності встановлені ч.1 ст. 83 ЦК: юридичні особи можуть створюватися у формах, встановлених

законом. Отже, буде доцільно доповнити цей принцип словами «встановлені законом» (Додаток Б).

Слід зазначити, що принцип рівності й охорони прав учасників відносин у сфері електронної комерції поглинає принцип свободи конкуренції та забезпечення її сумлінності, до речі, останній вже проголошено в ч. 5 ст. 13 ЦК, тож він є зайвим.

Дотримання вимог законодавства, правил професійної етики (звичай ділового обороту закріплений у ч. 1 ст. 7 ЦК), повага до прав, свобод, законних інтересів учасників відносин у сфері електронної комерції (ч. 1. ст. 3, ст. 13 ЦК) вже визначені в основному акті цивільного законодавства України, тому повторювати їх потреби немає. Щодо четвертого принципу – свобода вчинення електронних правочинів, то законодавцем вже поширене правове регулювання договірних зобов’язань на інтернет-простір, а отже, і правовий захист учасників е-commerce, тому весь текст цього принципу – калькування основних засад цивільного законодавства та ст. 13 ЦК України.

Під час організації та проведення інтернет-аукціону примусово вилученого майна під питанням дія принципу забезпечення належної якості товарів, оскільки не кожен лот чи його котирування оцінюється експертним оцінювачем, лот, як правило, не має гарантійної документації та є таким, що вже використовувався в побуті. Важко в такому разі говорити про можливість використання майна за призначенням та про його функціональні можливості. На жаль, чинний Порядок[107] і Порядок[110] не наділяють переможця інтернет-аукціону статусом споживача, що зменшує для нього можливість скористатися правом, яке гарантує держава учасникам інших споживчих договірних відносин. Проте законодавець у ч. 2 ст. 15 Закону України «Про захист прав споживачів»[111] назвав учасників аукціону споживачами, а майно – товаром: на аукціонних торгах споживачам повинна повідомлятися

стартова ціна продажу відповідного товару. Доречно згадати практику ЄС стосовно гарантій товарів вторинного ринку: ст. 7 Директиви 1999/44/ЄС[46] надала можливість державам членам на власний розсуд скоротити термін відповідальності продавця за товар вторинного ринку (second-hand), аніж той, що вказаний у ч. 1 ст. 5 цієї директиви – гарантійний термін у 2 роки. Проте, п. 2 ч. 1 ст. 7 Директиви 1999/44/ЄС зобов'язує встановлювати такий гарантійний період не менше одного року. Тут виникає суперечність, оскільки гарантувати права покупців на вторинному ринку складно та, мабуть, не практично. Однак, у розбудові соціально орієнтованого суспільства маємо відходити від використання технократичного підходу задля наближення до стандартів безпеки споживачів розвинутих країн та слідувати затвердженій у Законі України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС» від 18.03.2004 року[48].

У назві Порядку[107] і в його тексті вжито термін «реалізація», що визначається в п. 20 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р. як діяльність суб'єктів господарювання з продажу товарів (робіт, послуг). Відповідно до ст. 11 ЦК підставою виникнення цивільних прав та обов'язків є договори та інші правочини. Підставою набуття права власності відповідно до ст. 328 ЦК є правочин. Правочин, що є підставою набуття права власності на лот учасником-переможцем примусового інтернет-аукціону – протокол та акт про проведені електронні торги, що є договором купівлі-продажу за своєю суттю та багатостороннім правочином за правовою природою[112][113].

Якщо укладання договорів на інтернет-аукціоні примусово вилученого майна здійснюється відповідно до вимог ст. ст. 11, 203 ЦК, то до таких договорів застосовуються загальні положення про купівлю-продаж ЦК, а отже, організатор інтернет-аукціону є продавцем майна (товару), а учасник переможець – покупцем. Таким чином, інтернет-

аукціонні відносини регулюються ЦК, ГК, Законом України «Про захист прав споживачів» 12.05.1991 р.[111], а відтак, учасник-переможець має набути права на належну якість продукції, вимагати гарантійні зобов'язання продавця та користуватися засобами захисту прав споживачів із урахуванням засад розумності та добросовісності.

Принцип захисту прав споживачів – одна зі складових частин захисту прав людини та Резолюцією ООН від 09.04.1985 року прийняті Керівні принципи захисту інтересів споживачів [114]. Учасник інтернет-аукціону як споживач має право на захист своїх прав та інтересів. Для уникнення невизначеності доцільно буде в Порядку [107] визначити випадки та відповідне становище учасника електронного аукціону як споживача послуг аукціоніста, програмними (споживання цифрового товару) та організаційними засобами (споживання послуги) якого він користується, і як споживача товару, що придбаний на аукціонних торгах.

Принцип однакової юридичної сили електронних правочинів та правочинів, укладених в іншій формі, передбаченій законодавством, вартій дискусії з огляду на нижчевикладене. Згідно з ч. 2 ст. 639 ЦК договір, укладений за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем за формою прирівнюється до письмового. Отже, принцип однакової юридичної сили електронних правочинів та правочинів, укладених в іншій формі може діяти у випадках зіставлення електронної форми з усною та письмовою формою, але цей принцип не діє щодо правочинів, які вимагають нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації. Для закріплення на законодавчому рівні форми електронного правочину необхідний крок для легітимації договірних відносин в інформаційному середовищі, проте воно не повинно суперечити цивільному законодавству. Так, вимога наявності електронного підпису (ст. 1 Закону України «Про електронні довірчі послуги» від 05.10.2017 р.[115]) та інших реквізитів електронного правочину – з огляду практики

невикористання електронного підпису та його аналогів споживачами на торгових інтернет-майданчиках України – потребує уточнення в ч. 4 ст. 8 Закону України «Про електронну комерцію» щодо диспозитивності використання ідентифікуючого підпису обраним сторонами правочину аналогом, яким може бути і SQUARE-код, і банківський рахунок або інший інструмент оплати, з якого розраховується споживач.

Розвиток іноземного законодавства в галузі e-commerce відбувається через гармонізацію і формування загальних принципів, які дають змогу створити на міжнародному рівні універсальну правову інфраструктуру для регулювання єдиного цифрового ринку засобами електронного підпису, електронних документів, електронної ідентифікації, служб електронного управління тощо[118].

Законодавством ЄС у п. 14 Директиви 2014/25/EU[86] закріплено такі принципи для аукціонних торгів: рівного ставлення, недискримінації та прозорості. Тож не зрозуміло, чому вони занадто «розплодились» в національному ключі. Тут доречно пригадати мудре застереження на початку розділу.

Для забезпечення дотримання принципу рівного ставлення при укладанні договорів, Європарламент вважає за доцільне забезпечити необхідну прозорість при складанні зобов'язання для того, щоб всі учасники були достатньо поінформовані про умови та механізми, які будуть застосовані для визначення найбільш економічно вигідної пропозиції та мали однакові можливості щодо вступу в такі договірні зобов'язання.

Для гарантування принципу прозорості передбачається повнота і точність технічних характеристик лотів аукціону, а також необхідність використовувати тільки такі елементи, які можна застосувати для їх автоматичної оцінки електронними засобами, без будь-якого втручання. Такі елементи повинні мати властивість вираження в цифрах або

відсотках. Також, висуваються вимоги до об'єктів (елементів) електронних (від автора – у Директиві 2014/25/EU використаний термін «електронний аукціон») аукціонів: не можуть бути лотами аукціону об'єкти, що не передбачають оцінювання та не можуть бути перелічені кількісно. Принаймні це відкриває можливості для зловживань. Відтак, деякі роботи, сервісні договори, що мають своїм предметом інтелектуальні ознаки/елементи (наприклад, конструкції робіт) не повинні бути об'єктом електронних аукціонів. Проте, об'єктом торгу електронного аукціону може бути певне право інтелектуальної власності. Законодавець ЄС у Директиві 2014/25/EU використав термін «електронний аукціон» та поряд із ним – «тендер». Таке ототожнення не є доцільним, особливо якщо звернути увагу на те, що далі Директива для подання тендерних пропозицій пропонує використовувати електронні каталоги, які можна розглядати і як спосіб представлення інформації про товар. Електронний аукціон у ст. 53 Директиви [86] розглядається як складова частина тендеру: учасники подають тендерні заявки у формі електронного каталогу. Після оцінки надісланих тендерних пропозицій учасники отримують запрошення взяти участь в електронному аукціоні. Тут вбачається доцільним розмежування «аукціону» та «тендеру», де є тендерна комісія.

У зазначеній Директиві визначено поняття специфікацій для організації та проведення електронних аукціонів. Такі специфікації охоплюють питання організації проведення електронних аукціонів: повнота інформації про предмет аукціону, про умови участі в електронному аукціоні, про електронне обладнання, що використовується, механізми, технічні умови з'єднання тощо. Таким чином, принципи рівного ставлення, недискримінації та прозорості, що визначені в директивах ЄС перегукуються з принципами, закріпленими в національному законодавстві, зокрема у ст. 5 Закону України «Про

електронну комерцію»: забезпечення належної якості товарів, забезпечення доступу до інформації, свобода конкуренції та забезпечення її сумлінності.

Відносно електронних аукціонів у ст. 48 Директиви 2009/81/ЄС[119] Європарламент вважає за доцільне дозволити застосування тільки двох критеріїв: «найнижча ціна» і «найбільш економічно вигідна пропозиція». Звернімо увагу, на цілі директиви – координаційні процедури для укладання контрактів для цілей оборони та безпеки, тому й за формою такий електронний аукціон та за критеріями більш подібний до тендерних торгів. Проте в економіці це співвідношення «ціна-якість», однак, позитивно спрацьовує не у всіх випадках.

Більшість інтернет-аукціонів ведуть транскордонну електронну комерційну діяльність. За загальним правилом діяльність таких інтернет-аукціонів регулюється законодавством країни, в якій зареєстрована юридична особа-аукціоніст. Проте, не всі країни мають законодавство, що регулює таку сферу діяльності. У такому випадку інтернет-аукціон керується своїми внутрішніми правилами і нормами міжнародного приватного права, з якими погоджується при реєстрації на сайті учасник такого аукціону. З вищенаведеного можна зробити висновок, що інтернет-аукціону притаманний принцип саморегулювання.

Використання різноманітних організаційних моделей інтернет-аукціонів (реверсні, подвійні, вікрам, пенні аукціони, закритих пропозицій тощо) зумовлює наявність їх власних, притаманних лише їм принципів. Це пояснюється стрімким розвитком технологій, що спонукає до виникнення нових видів комерції та неможливістю вчасно наздогнати та охопити законодавцем весь спектр комерційних відносин, що виникають у мережі електронного зв'язку.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити висновки про недоцільність тавтологічного викладення у Законі України «Про електронну комерцію» від 03.09.2015 р. № 675-VIII принципів, які вже закріплені в ЦК, та про недоречне дублювання принципів у самому Законі. Транскордонність інтернет-аукціонів та відсутність спеціального закону для їх правового регулювання не сприяє зростанню довіри до подібних інтернет-відносин. Визначення керівних засад регулювання інтернет-аукціонів, уніфікація та наближення норм національного законодавства до стандартів законодавства країн європейської співдружності є наріжним каменем на шляху забезпечення необхідного правового регулювання комерційних відносин інформаційного суспільства.

2.2. Зловживання правом як форма неналежної поведінки при укладенні договорів в Інтернеті

Проблема зловживання правом відома давно, адже вже римські юристи фіксували негативні риси реалізації суб'єктивного права не заради задоволення законних інтересів уповноваженої особи, а з метою заподіяння шкоди зобов'язаній особі [125, с.23].

Відповідно до ч.1-3 ст. 13. ЦК України здійснення цивільних прав допускається лише в межах, наданих договором або актами цивільного законодавства. При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Зловживання ж цивільним правом протиставляється належному здійсненню цивільного права.

Окремі аспекти зловживання цивільним правом досліджувалися в наукових роботах М. Агаркова, Л. Бірюкова, О. Волкова, В. Грибанова,

О. Губара, Є. Іванова, Р.Майданика, А. Малиновського І. Покровського, О. Поротикової, С. Радченко, М. Стефанчука, М. Хміль, Т. Яценко та інших, однак дані роботи мають загальнотеоретичне значення та не враховують специфіки договірних відносин, що виникають у глобальній мережі. Проблематика зловживання цивільними правами при укладенні договорів в Інтернеті загалом залишилася поза межами наукового пошуку на сьогоднішній день.

Цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства. Не допускаються використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція. У разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, які встановлені частинами другою-п'ятою цієї статті, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом (стаття 13 ЦК України) [127].

Цивільне законодавство України не містить розгорнутої легальної дефініції поняття зловживання правом і переліку його можливих «інших форм», завдяки яким можна було б сформулювати чіткі критерії для визначення випадків зловживання правом. З одного боку, такий стан речей дає судам досить широкі можливості в оцінці тих чи інших дій і визнання їх зловживанням правом. На практиці ж через відсутність вищезазначених законодавчих інструментів суди дуже неохоче йдуть на застосування даного інституту [44].

М.А. Тихонова визначає такі ознаки категорії «зловживання правом:

- зловживання правом, як правило, це умисна, вольова дія (бездіяльність). Але можливе і зловживання правом з непрямым, неявним умислом нанесення шкоди з метою задоволення власного інтересу. Те, що шкода контрагентові буде нанесена, уповноважена особа усвідомлює чітко;
- сам термін відноситься до сфери права, тобто сфери правового регулювання;
- дія завжди здійснюється уповноваженою особою при здійсненні належного їй суб'єктивного права;
- здійснення суб'єктивного права відбувається в протиріччі з призначенням цього суб'єктивного права;
- при зловживанні правом, при здійсненні суб'єктивного права в протиріччі з його призначенням відбувається заподіяння шкоди іншим суб'єктам правовідносин.

На думку дослідниці, зловживання правом – це така форма реалізації суб'єктивного права в суперечності з його призначенням, при якій уповноважений суб'єкт з метою задоволення власного інтересу своєю дією/бездіяльністю завдає шкоди іншому учаснику правовідносин [153, с.190].

Як слідує з нещодавніх рішень Верховного Суду України, приватно-правовий інструментарій не може використовуватися учасниками цивільного обороту для уникнення сплати боргу (коштів, збитків, шкоди) або виконання судового рішення про стягнення боргу (коштів, збитків, шкоди), що набрало законної сили.

Відповідно до позиції Верховного Суду, зловживання правом і використання приватно-правового інструментарію всупереч його призначенню проявляється в тому, що: «особа (особи)

використовувала/використовували право на зло; наявні негативні наслідки (різного прояву) для інших осіб (негативні наслідки являють собою певний стан, до якого потрапляють інші суб'єкти, чиї права безпосередньо пов'язані з правами особи, яка ними зловживає; цей стан не задовольняє інших суб'єктів; для здійснення ними своїх прав не вистачає певних фактів та/або умов; настання цих фактів/умов безпосередньо залежить від дій іншої особи, інша особа може перебувати у конкретних правовідносинах з цими особами, які «потерпають» від зловживання нею правом, або не перебувають); враховується правовий статус особи /осіб (особа перебуває у правовідносинах і як їх учасник має уявлення не лише про обсяг своїх прав, а й про обсяг прав інших учасників цих правовідносин та порядок їх набуття та здійснення; особа не вперше перебуває в цих правовідносинах або ці правовідносини є тривалими, або вона є учасником й інших аналогічних правовідносин)» [95].

Верховний Суд зазначив, у справі, що переглядається, очевидно, що учасники цивільних відносин (сторони договору купівлі-продажу від 26 червня 2018 року частки у праві спільної часткової власності на квартиру) «вживали право на зло», оскільки цивільно-правовий інструментарій (договір купівлі-продажу) використовувався учасниками для унеможливлення звернення стягнення на частку позивача і зумовив для неї настання таких негативних наслідків.

Також Верховний Суд підкреслив, що обраний позивачем спосіб захисту (відновлення становища, яке існувало до порушення, шляхом повернення частки в праві спільної часткової власності) передбачений пунктом 4 частини другої статті 16 ЦК України та є ефективним для захисту її порушеного права/інтересу у спірних правовідносинах.

Верховний Суд зазначив, що за таких обставин суди неправильно застосували норми матеріального права в частині задоволення позовних

вимог про застосування, як способу цивільного захисту процедуру реституції, а саме – повернення майна частки на квартиру відповідачу, то судові рішення в цій частині підлягають скасуванню, з ухваленням нового рішення про задоволення цієї позовної вимоги [97].

Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду розглянув, виносячи рішення у справі № 910/5251/20, наголосив, що «коли особа надає своїм діям повну видимість юридичної правильності, використовуючи насправді свої права в цілях, які є протилежними тим, що переслідує позитивне право, є зловживання правом» [99].

Також судом було визначено, що принцип добросовісності – це «загальноправовий принцип, який передбачає необхідність сумлінної та чесної поведінки суб'єктів при виконанні своїх юридичних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав. Добросовісність при реалізації прав і повноважень включає в себе неприпустимість зловживання правом, яка, виходячи із конституційних положень, означає, що здійснення прав та свобод людини не повинно порушувати права та свободи інших осіб. Зловживання правом – це свого роду спотворення права. У цьому випадку особа надає своїм діям повну видимість юридичної правильності, використовуючи насправді свої права в цілях, які є протилежними тим, що переслідує позитивне право» [99] (аналогічна позиція викладена у постанові Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 08.05.2018 у справі № 910/1873/17) [96].

Одним із принципів цивільного законодавства є принцип добросовісності учасників цивільних правовідносин (дії учасників цивільних правовідносин мають відповідати певному стандарту поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю й повагою до інтересів іншої сторони відповідного правовідношення). На жаль, поведінка учасників цивільних правовідносин на практиці не завжди є добросовісною. Навпаки, поширеними є ситуації, коли одна зі сторін

договірних правовідносин намагається уникнути виконання своїх зобов'язань, наприклад, від сплати боргу за договором, використовуючи при цьому різноманітні правові механізми [28].

Ряд нещодавніх рішень Верховного Суду визначають формування у вітчизняній юриспруденції нового терміна – «використання права на зло». Як зазначається у висновках Верховного Суду, концепція «використання права на зло» може однаково застосовуватися як до матеріального, так і процесуального права, зокрема у випадку подання множинних касаційних скарг замість однієї.

Верховний Суд зазначає також, що вітчизняні суди мають право відмовити у відкритті провадження, задоволенні позову або визнати недійсним правочин, якщо сторона використала право на зло.

Про вживання права на зло, на думку Суду, варто говорити у випадку, коли:

- угода або значуща юридична дія за формою відповідає правомірному використанню права;
- особа має право вчинити таку дію або укласти угоду, вони не є такими, що суперечать імперативним вимогам закону;
- наслідком такої дії/угоди є неможливість іншого суб'єкта реалізувати своє право стосовно однієї чи обох сторін, які вживають право на зло;
- особа усвідомлює, які наслідки настануть для відповідної третьої особи [20].

Разом з тим на практиці можна виділити найбільш поширені форми зловживання правом.

Так, факт зловживання правом може бути визнаний судом при реалізації особою свого права за договором, якщо така реалізація тягне за собою заподіяння шкоди третім особам.

Так, Вищий господарський суд України (ВГСУ) в постанові від 18 квітня 2017 року по справі № 922/470/16 визнав зловживанням правом дії АК «Харківобленерго» щодо припинення подачі електроенергії на об'єкти системи постачання води у зв'язку з заборгованістю КП «Харківводоканал». Вищезазначеною постановою АК «Харківобленерго» зобов'язали припинити зловживання своїм правом. Головним аргументом для суду касаційної інстанції була та обставина, що відключення від енергопостачань має суттєві негативні наслідки для споживачів води і навколишнього середовища.

Інший поширений випадок застосування частини 3 статті 13 ЦК України пов'язаний з наявністю зловживання правом з метою збагачення. Така форма зловживання правом найбільш характерна для кредитних правовідносин.

Як наочний приклад можна привести ухвалу Апеляційного суду Житомирської області від 23 лютого 2016 року по справі № 280/1136/15-ц за позовом ПАТ КБ «Приватбанк» до позичальника. У даному визначенні суд апеляційної інстанції кваліфікував дії банку як зловживання правом і залишив у силі рішення суду першої інстанції про зменшення суми стягуваної пені згідно з частиною 3 статті 551 ЦК України. Було встановлено, що банк з моменту виникнення заборгованості не скористався своїм правом заявити вимогу про дострокове стягнення кредиту і пред'явив позов лише через сім років. Це, в свою чергу, призвело до нарахування пені в сумі, що значно перевищує суму кредиту.

З цієї ж категорії спорів можна також виділити справу № 910/12195/16 за позовом фермерського господарства «Окрема садиба Антоніна» до ПАТ «Дельта Банк». У постанові від 16 березня 2017 року ВГСУ дійшов висновку, що банк зловживає своїми правами іпотеко- і заставодержателя, відмовляючи фермерському господарству зняти обтяження за договорами іпотеки та застави. Важливою обставиною

справи стало те, що сума кредиту з відсотками була погашена фермерським господарством у повному обсязі, в той час як за нарахованими штрафними санкціями минув строк позовної давності. Суд встановив, що банк у зв'язку з цим втратив право на задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки та застави. За результатами розгляду справи ВГСУ частково задовольнив касаційну скаргу фермерського господарства і направив справу на новий розгляд до суду першої інстанції.

У той же час слід зазначити, що в судових рішеннях досить часто можна зустріти посилання на частину 3 статті 13 ЦК України без будь-якого роз'яснення щодо того, яким чином дана норма може бути застосована до конкретного спору. До того ж подібні посилання без будь-якої необхідності містяться в судових рішеннях, які не стосуються випадків зловживання правом.

У зв'язку з цим доцільною є ідея про узагальнення касаційними судами практики застосування частини 3 статті 13 ЦК України та розширення легальної дефініції поняття зловживання правом. Це дозволить значним чином поліпшити розуміння цього інституту і розвинути практику його застосування в правильному руслі. Одночасно з цим потребує додаткового роз'яснення практика правозастосування положень щодо відшкодування завданої шкоди при зловживаннях цивільними правами.

РОЗДІЛ 3. СПОСОБИ ТА ФОРМИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВАМИ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРІВ В ІНТЕРНЕТІ

3.1. Зловживання свободою договору в Інтернеті

Питання зловживання правами в Інтернеті викликають значний інтерес у дослідників інтернет-правовідносин. Неодноразово розглянутим у літературі випадком зловживання суб'єктивними правами в мережі Інтернет є реєстрація в мережі найменування домену, який є ідентичним або подібним до ступеня змішання з товарним знаком чи фірмовим найменуванням третьої особи [135, с.59]. Як бачимо, фактично такі дії не є правопорушенням, однак зазвичай вони направлені не на реалізацію власної свободи, а мають на меті зачіпання інтересів третіх осіб задля отримання вигоди в тій чи іншій формі.

Договірні та переддоговірні відносини є яскравим прикладом, який ілюструє коло потенційних ситуацій зловживання власним суб'єктивним правом. Так, використання суб'єктивного права не за його прямим призначенням, його реалізація не для досягнення цілей договору, без дотримання принципу свободи сторін у договірних зобов'язаннях призводить до порушення адекватного балансу інтересів у суспільстві. Явище зловживання правом не відповідає як принципам природного права, так і принципам договірного права, серед яких принципи сумлінності, справедливості, рівності сторін, дотримання яких виключає можливість зловживання правом.

При укладенні договорів в Інтернеті окремо слід говорити про зловживання свободою договору як базовим правом сторони договору, адже основним елементом договору є узгодження вільного волевиявлення його сторін. Свобода договору виникла тоді ж, коли і сам договір. Проблема зловживання правом відома давно, адже вже римські юристи фіксували негативні риси реалізації суб'єктивного права не заради задоволення законних інтересів уповноваженої особи, а з метою

заподіяння шкоди зобов'язаній особі [125, с.23]. Попри широку вживаність даного підходу, зловживання правом є значно ширшою категорією.

Не маючи свободи, сторони не можуть висловити власну волю. На різних етапах розвитку суспільства свобода суб'єктів договірних відносин була різною. Вона визначалась по-різному і залежала від тієї міри суспільної свободи, якою були наділені суб'єкти цивільних правовідносин.

Принцип свободи договору належить до загальних засад цивільного законодавства, закріплених у ст. 3 ЦК України, та є одним із принципів здійснення суб'єктивних цивільних прав. В юридичній літературі його визначають як «закріплену в законі загальну засаду, що встановлює для суб'єктів договірних відносин свободу укладення договору, свободу вибору виду укладеного договору, свободу вибору контрагента та свободу визначення умов договору» [164, с.209].

Досліджуючи зміст свободи договору, А.В. Луць робить висновок про те, що свобода договору, окрім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, включає також:

- а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини;
- б) свободу вибору сторонами форми договору;
- в) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать;
- г) право сторін за своєю згодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору;
- д) право сторін визначати способи забезпечення договірних зобов'язань;
- е) право встановлювати відповідальність за порушення договірних зобов'язань тощо [64, с.11].

Д.О. Тихомиров та Н.П. Харченко відзначають, що зловживання правом, за своєю суттю, є відхиленням від правомірної поведінки, яка знаходиться на межі між правомірністю і правопорушенням. Під зловживанням правом розуміється особливий вид поведінки, який виражається у діях чи бездіяльності по використанню особою своїх прав у способи, що суперечать призначенню права, які формально не порушують його, внаслідок чого може завдатись шкода інтересам суспільства, держави або окремої особи, причому здебільшого міри юридичної відповідальності за такі діяння не передбачені [148, с. 26-29].

Відповідно до ч.1-3 ст. 13. ЦК України «здійснення цивільних прав допускається лише в межах, наданих договором або актами цивільного законодавства. При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах» [161].

Зловживання цивільним правом зазвичай протиставляється належному здійсненню цивільного права. Крім того, як зазначає К.Д. Пономаренко, можлива низка варіантів характеристики поведінки суб'єкта, що характеризується як неналежне здійснення – присвоєння чужого права, перевищення меж свого права, поведінка поза межами права або зловживання правом [92, с. 459].

Звернення до питань саме зловживання правом у договірних відносинах у мережі Інтернет не є випадковим, адже концепція зловживання правом дає змогу в нетипових випадках конфлікту двох окремих суб'єктивних цивільних прав, що належать різним особам, врахувати ті обставини, які не були враховані законодавцем, вирішити, котре із двох прав має дістати перевагу [49, с.31], що є найбільш характерним для даного виду правовідносин, адже спеціальне

законодавство не може встигати адаптуватися до настільки динамічної сфери суспільних правовідносин.

Законодавець свідомо передбачив у чинному законодавстві імперативні положення щодо заборони зловживання суб'єктивним правом. Так, попри відсутність прямої вказівки в тексті Конституції України неприпустимість здійснення дій, спрямованих на зловживання правом, межі здійснення суб'єктивного права на конституційному рівні встановлені шляхом закріплення загальних принципів здійснення прав, таких як сумлінність, розумність, справедливість, рівність. У свою чергу, ч. 3 ст. 13 ЦК України містить положення, що не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій юридичній особі, а також зловживання правом в інших формах. Попри надмірну лаконічність викладу положень даної статті, слід зазначити, що саме положення ч. 3 ст. 13 ЦК України є вагомим інструментом для адміністративних та судових органів для об'єктивного рішення у спорах щодо конфлікту інтересів окремих суб'єктів, а також суспільних інтересів у випадках відсутності формального складу правопорушення та підстав для юридичної відповідальності сторони.

Законодавець також не обділяє своїм інтересом питання захисту прав та інтересів суб'єктів цивільного права в договірних відносинах, що виникають у цифровому середовищі. Так, розширення сфери застосування норм Закону України «Про захист прав споживачів» на відносини, що відбуваються із застосуванням сучасних технологій, у сфері електронної комерції та використання поширювального підходу до визначення підстав цивільної відповідальності в такого роду правовідносинах є позитивним імпульсом для збільшення обсягів договірних відносин у сфері Інтернет та поліпшення їх захищеності від порушення прав та інтересів споживачів [118].

У контексті даного дослідження особливу увагу необхідно приділити потенційним зловживанням суб'єктивним правом при реалізації свободи договору. На сьогоднішній день свобода договору залишається основоположним принципом цивільного права, а реалізація цього принципу є невід'ємною задачею держави у сфері правового регулювання. Ч. 1 ст. 627 ЦК України визначено, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору, з урахуванням вимог цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Згідно з ч. 1 ст. 638 ЦК України, договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору [161].

Загальновідомо, що договірні цивільні відносини за характером свого правового регулювання характеризуються високим ступенем диспозитивності та широким вибором варіантів поведінки за формулою: дозволено все, що прямо не заборонено. Загальний характер норм права виключає можливість передбачення всіх можливих варіантів розвитку тієї чи іншої фактичної ситуації. Окрім цілком об'єктивних факторів, як зазначають дослідники, соціальні та економічні умови існування українського суспільства сприяють утвердженню правового нігілізму в правосвідомості українського суспільства. Як зазначає А.Мартинів, «такий стан речей вимагає, в першу чергу, не більше детальної конкретизації і деталізації випадків зловживання правом, а впровадження ефективного механізму виявлення та усунення зловживання правом. Разом з тим, незважаючи на ретельне законодавче опрацювання питання про межі здійснення того чи іншого цивільного права, неможливо виключити випадки, коли суб'єкт, здійснюючи своє право, вчиняє дії, які прямо не заборонені законом, але знаходяться в протиріччі з метою здійснюваного права, санкціонованого законодавцем» [72].

Весь пласт договорів, укладених в інтерактивному режимі, які І. Рассолов слушно запропонував виділити в окремий вид із назвою «мережевий договір» [124, с. 304-305], наділений загальними ознаками цивільних договорів, однак мають свою специфіку. Серед особливостей таких договорів особливо слід відмітити способи їх укладення, які відрізняються від традиційних усних або письмових (паперових) способів укладення договорів. Способи укладення онлайн-договорів зазвичай поділяють на shrink-wrap (обгорткові ліцензії), click-wrap (клік-ліцензії) і browse-wrap (браузерні ліцензії) [157].

Обгорткові ліцензії є в певній мірі атавізмом, адже такий вид договорів, пов'язаний із фізичним продуктом, а дія договору починається в той момент, коли особа знімає з продукту термоусадочну плівку (термоусадочна плівка є шаром прозорого целофану навколо фізичної коробки упаковки; для ефективності даного виду ліцензій виробник розміщував повідомлення на зовнішній стороні коробки, видиме через термоупаковку, що сповіщає споживача про те, що програмне забезпечення охороняється авторським правом, а кінцевий користувач підпадає під умови угоди, зазначені в коробці). Даний спосіб укладення договору був максимально популярним, коли програмне забезпечення існувало на фізичному носії, який обгортався плівкою, але з ростом цифрового розповсюдження програмного забезпечення популярність обгорткових ліцензій зменшується.

Метод укладення угод, що укладаються за допомогою кліка мишею, передбачає відображення на сайті інформації, що містить умови договору, яку можна розцінювати як оферту. Також є вказівка на пропозицію споживачам акцептувати дану оферту за допомогою натискання кнопки «Я згоден». Відмінність click-wrap від browse-wrap договорів полягає в наявності явного вираження згоди. Так у випадках в

click-wrap необхідно натиснути кнопку «Я згоден» або її аналог, browse-wrap договори акцептуються дією.

Угоди типу clickwrap вимагають від клієнта висловити свою згоду такими способами:

- 1) натиснути на кнопку після ознайомлення з умовами,
- 2) прийняти умови угоди перед безпосереднім використанням веб-сайту.

На противагу цьому, угода browsewrap – це перелік положень, з якими можна ознайомитися, перейшовши за посиланням, розташованій на одній зі сторінок сайту. Угода типу browsewrap не вимагає від клієнта ознайомлення з умовами угоди або висловлення згоди з цими умовами за допомогою будь-яких дій, які підтверджують цю згоду. Замість цього, клієнт приймає умови угоди типу browsewrap, просто використовуючи веб-сайт [179].

У контексті проблематики даного підрозділу важливо розглянути всі можливі ситуації проблеми дефекту волі при укладенні договорів у мережі Інтернет. Так, невідповідність волі та фактичному волевиявленню може мати місце як зі сторони користувача інтернет-сайту, онлайн-ресурсу, мобільного застосунку (фактично акцептант оферти в електронному вигляді); так і зі сторони власника такого ресурсу (джерела оферти). Крім того, можливою є ситуація, коли одна або обидві сторони договору не мали намірів укладення відповідного договору за допомогою інтернет-майданчика.

Слід зазначити, що в інтернет-середовищі зловживання суб'єктивним правом може бути приховане технологічними методами шляхом перенесення причини порушення індивідуальних інтересів на програмний збій тощо.

Однією з ознак зловживання правом при укладенні договорів у мережі Інтернет є наявність належного суб'єкта, адже, як зазначає Рогач

О.Я. , зловживанням правом можна називати свідому поведінку, яка здійснюється дієздатною, психічно осудною людиною. Не є зловживанням правом діяння, що здійснюються недієздатними та неосудними особами [131, с.76]. Одночасно, слід мати на увазі, що зловживання правом можливе лише за його реального існування в суб'єкта, адже в інших випадках мова йде не про зловживання правом, а про присвоєння права. Певні особливості на визначення правосуб'єктності учасників договірних відносин у мережі інтернет накладає специфіка самих учасників інтернет-відносин, яку визначає відносно анонімний статус такого суб'єкта, географічна невизначеність та можливий дуалізм національних юрисдикцій при укладенні договорів у мережі Інтернет.

Другою ознакою зловживання правом при укладенні договорів у мережі Інтернет є саме місце потенційного порушення прав суб'єктів цивільного права, яке визначає форму договору та спосіб потенційного зловживання правом учасника договірних відносин. Попри широке використання в науці цивільного права, згідно якого електронна форма укладення договорів можлива там, де це прямо передбачене спеціальним законодавством про певний вид договорів, наприклад, банківська сфера та цінні папери [39, с.876], коло правочинів, що можуть бути вчинені в мережі Інтернет є надзвичайно широким. Фактично, глобальна мережа може слугувати лише способом комунікації між сторонами договірних відносин, однак при цьому накладати відбиток на сутність відносин, що формуються між окремими суб'єктами цивільного права. Так, мережа Інтернет може бути місцем відсутності конкретних юридичних заборон щодо певної поведінки, яка де-факто порушує цивільні права третіх осіб.

Крім того, до ознак зловживання правом при укладенні договорів у мережі Інтернет слід відносити заподіяння шкоди суспільним інтересам та особистим інтересам третіх осіб, а також створення реальної загрози її

заподіяння. Факт заподіяння шкоди є ключовим для визначення такої поведінки як неналежної, адже у випадку нешкідливості такої поведінки вона є юридично нейтральною, навіть у випадку використання цивільного права не за прямим призначенням.

Підсумовуючи вищезазначене, можемо констатувати, що питання зловживання суб'єктивними правами при укладенні договорів у мережі Інтернет є дійсно актуальним та нагальним для вирішення в сучасних реаліях розвитку цифрових технологій. Дії осіб у мережі Інтернет можуть мати ознаки зловживання суб'єктивними правами, пов'язаними зі зловживанням свободою договору, за умов наявності у сторін відповідного рівня дієздатності; наявності факту вчинення конкретних дій чи бездіяльності, спрямованих на реалізацію свободи договору; перевищення меж, реалізації свободи договору; наявності умислу з метою досягнення певної мети.

3.2. Форми зловживання правом при укладенні договорів в Інтернеті

Інтернет залишається тим середовищем, в якому якнайширше реалізується зміст свободи договору, передбачений ст. 6 та 627 ЦК України. Зміст свободи договору проявляється, зокрема, у свободі особи вільно вступати у договірні відносини; самостійно обирати контрагента, самостійно визначати структуру і вид договірної зв'язку [164, с.209].

Одночасно з цим, специфіка інтернет-відносин зумовлює також розширення можливостей для зловживань правами при укладенні договорів в Інтернеті. У межах Європейського Союзу більш ніж десять років ведеться законотворча робота, покликана встановити належний рівень правового захисту для цивільних прав, що реалізуються в договірних відносинах в Інтернеті. Так, у 2011 році була прийнята

Директива 2011/83/EU про права споживачів, в якій було враховано реалії інтернет-договорів.

Директива закріпила визначення цифрового контенту, встановила правила надання послуг та продажу товарів через Інтернет і визначила деякі види зловживань, які використовувалися в електронній торгівлі. Так положення Директиви передбачають:

1) заборону зміни вартості товару після того, як покупець додав його в кошик на сайті, наприклад, шляхом додавання вартості доставки, платної підписки на будь-які товари або послуги, податків. Такі додаткові опції повинні бути вказані перед покупкою із зазначенням вартості;

2) заборону на додавання в кошик покупця додаткових товарів, наприклад, страховки або додаткових товарів;

3) заборону вимагати оплату за обробку транзакції більше, ніж вона коштує насправді;

4) обов'язок заздалегідь вказати, що можлива додаткова націнка на товар, якщо неможливо вказати точну вартість послуги при замовленні;

5) заборона примусового надання послуг по закінченню пробного періоду, якщо це здійснюється непомітно і раптово для споживача.

Зловживання свободою договору – достатньо дискусійне питання в науці цивільного права, особливо щодо його меж із прямим порушенням цивільного законодавства. М.В. Кратенко визначає такі форми зловживання свободою договору:

- ведення переговорів без наміру укласти угоду;
- ухилення від укладення публічного договору;
- економічно та технічно необґрунтована відмова укладення договору суб'єктом, що займає домінуюче місце на товарному ринку;
- укладення удаваних правочинів [55, с.28].

В умовах інтернет-середовища зловживання правом набуває специфічних форм, що пояснюється особливостями комунікації між сторонами договору.

Серед найбільш поширених зловживань правом при укладенні договорів в Інтернеті залишається свідоме введення в оману сторони потенційного договору недостатнім визначенням статусу пропозиції в Інтернеті. У даному випадку для потенційного контрагента не є очевидним, чи є дана пропозиція офертою, пропозицією робити оферту або взагалі рекламною пропозицією.

Коли ми говоримо про електронну комерцію, то розуміємо, що є поняття «електронна форма представлення інформації», яка є способом документування інформації в цифровій формі, і поняття «електронне повідомлення», яке є інформацією, поданою в електронній формі, яку надає учасник відносин. Саме від детального змісту електронного повідомлення і залежить його статус: чи воно є рекламою, чи воно є офертою [54].

Відповідно до законодавства правочини в електронній комерції здійснюються на основі відповідних оферт. Інформування потенційних покупців/замовників про товари та послуги, які пропонуються сторонами, може здійснюватися за допомогою комерційних електронних повідомлень.

Відповідно ж до положень Закону України «Про рекламу» під рекламою потрібно розуміти інформацію про особу чи товар, яку розповсюджують у будь-якій формі та в будь-який спосіб і яка призначена сформулювати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їхній інтерес щодо таких особи чи товару. Водночас у Законі зазначено, що інформування потенційних покупців щодо товарів, робіт, послуг потрібно здійснювати відповідно до вимог Закону України «Про

рекламу» та можна способом надсилання комерційних електронних повідомлень.

Пропозиція укласти електронний правочин, у тому числі адресована невизначеному колу осіб, повинна включати всі істотні умови, передбачені чинним законодавством України для відповідного виду договору, у відповідності до законодавства України, а також умови, погоджені сторонами правочину.

Пропозиція щодо участі в інтернет-аукціоні є публічною офертою. Реєстрація на сайті такого аукціону для можливості подальшої участі в аукціонних торгах і отримання доступу до торгів інтернет-аукціону, зазвичай, передбачає сплату внеску за конкретний лот. Тож, вже маємо обмежене коло учасників аукціону. Водночас сама пропозиція пройти реєстрацію, сплатити гарантійний внесок і стати учасником аукціону є публічною офертою, тобто зверненою до невизначеного кола осіб. Таким чином, продавці та учасники інтернет-аукціонів також підпадають під негативні наслідки дивно виписаної ст. 698 ЦК та ч. 3 ст. 633 ЦК, якою законодавець заборонив підприємцю, а не фізичній особі, надавати переваги одному споживачеві перед іншим.

В електронній комерції пропонування оферти може відбуватися за допомогою надсилання комерційного електронного повідомлення та/або розміщення оферти на сайтах у мережі Інтернет та в інших відкритих або корпоративних мережах.

Під офертою в Законі визначено «пропозицію укласти електронний договір, під яким потрібно розуміти домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, та оформлену в електронній формі» [117]. При цьому з огляду на Закон електронне повідомлення набуває статусу оферти лише тоді, коли воно: по-перше, містить усі істотні умови, передбачені законодавством для відповідного договору; по-друге, виражає намір

особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною в разі її прийняття. Є й третя відмінність, яка за Законом не має імперативної сили, але, на наш погляд, також є певним маркером, який допомагає відрізнити рекламу від оферти. Це сукупність умов, притаманних для електронних правочинів. Зокрема, до таких умов можна зарахувати: технологію укладення договору, порядок створення та накладання електронних підписів, технічні засоби ідентифікації сторони, спосіб зберігання та пред'явлення електронних документів, повідомлень, іншої інформації в електронній формі та умови доступу до них, умови виготовлення й отримання паперових копій електронних документів тощо. Тому саме наявність зазначених умов і є вирішальним чинником для кваліфікації електронного повідомлення як оферти.

Додатковим аргументом на користь наведеної позиції є положення статті 641 Цивільного кодексу України, згідно з якими «реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, є запрошенням робити пропозиції укласти договір, якщо інше не вказано в рекламі або інших пропозиціях» [161]. Отже, тлумачення положень цієї статті ЦК України дає змогу зробити висновок, що реклама є запрошенням потенційним контрагентам здійснити оферту, тобто рекламодавець чекає на одержання оферти від третіх осіб, а не вчиняє її самостійно, а отже, рекламодавець у даному випадку виступає акцептантом.

Окремо слід згадати той факт, що публічний договір у Законі, що розглядається, не виділено як окремий вид договору. Під публічним договором у законодавстві розуміється договір, в якому одна сторона взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться. Однак, у такому випадку виникає питання, чи має відповідне електронне повідомлення конкретного визначеного адресата, і саме від вирішення даного питання залежить можливість ідентифікації непублічного електронного договору.

Для споживача розмитість меж таких пропозицій означає втрачену нагоду укладення угоди, адже споживач, натискаючи на відповідну кнопку «Купити», залишається впевненим, що вже придбав товар за вказаною ціною, однак продавцем дана згода використовується для укладення іншої, не вигідної покупцю угоди або інших зловживань.

Аналогічним за формою зловживанням є застосування двозначних для тлумачення даних опису товарів і умов доставки. Введення в оману потенційного покупця – є прямим порушенням законодавства у сфері захисту прав споживачів. На сьогоднішній день одним із найпоширеніших способів введення споживачів в оману полягає в приписуванні виробником своїй продукції невластивих їй позитивних та привабливих для споживача якостей.

Через неможливість безпосереднього контакту з контрагентом при укладенні договору особа отримує обмежений обсяг інформації. Т.Ю. Кулик запропонувала наступні шляхи вирішення цієї проблеми: «обов'язкове надання інформації про особливості електронного правочину перед укладенням будь-якого електронного правочину, зокрема провайдерами; законодавче встановлення, по-перше, мінімального переліку відомостей, які повинні надаватися при укладенні електронного правочину, по-друге, форми надання цих відомостей; у разі створення комерційного сайту законодавче закріплення вимоги про його обов'язкову реєстрацію і надання відомостей про юридичну особу, яка розміщує на ньому свою інформацію, і про провайдера, який забезпечує функціонування сайту; встановлення відповідальності провайдерів за ненадання такої інформації» [49, с.37-38]. Зазначені пропозиції перекликаються як із чинним законодавством (ч. 2 ст. 13 Закону України «Про захист прав споживачів» [118]), так і з законодавчими ініціативами (ст. 11 Закону України «Про електронну комерцію» [117]).

Слід зазначити, що принцип забезпечення доступу до інформації всіх учасників відносин у сфері електронної комерції (ст. 5 Закону України «Про електронну комерцію») не коректний стосовно інтернет-аукціону у частині поінформованості тільки учасників, адже відкритість і прозорість інтернет-аукціону передбачає можливість спостерігати за ходом аукціонних торгів і користувачам мережі Інтернет, що не є зареєстрованими на сайті як його учасники. Доцільним буде використання принципу достатньої інформації про лот/котирування, тим більше, що котирування є однією з умов допуску товару до торгів.

Законодавець у ч. 1 ст. 14 Закону України «Про інформацію» від 02.10.1992 р.[116] визначив інформацію про товар як таку, що розкриває кількісні, якісні та інші характеристики товару. Вимогами до такої інформації є її достовірність, доступність, своєчасність, що забезпечують можливість свідомого й компетентного вибору (ч. 1 ст. 15 Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р.). Не відповідність інформації дійсності порушує права споживача на достовірну інформацію про товар і тягне наслідки, встановлені законодавством. (ч.7 ст. 15 Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р.). Наслідками порушення законодавства про інформацію є дисциплінарна, цивільно-правова, адміністративна або кримінальна відповідальність, що закріплено в ч. 1 ст. 27 Закону України «Про інформацію» 02.10.1992 р. Звісно, що нас з огляду на паспорт спеціалізації цікавить лише друга та, звісно, можливість цивільного позову в кримінальному процесі.

Щодо принципу доступності комерційних електронних повідомлень та можливості їх обмеження, то в ч. 1 ст. 3 Закону України «Про електронну комерцію» визначено, комерційне електронне повідомлення – «електронне повідомлення в будь-якій формі, метою якого є пряме чи опосередковане просування товарів, робіт чи послуг або ділової репутації особи, яка провадить господарську або незалежну професійну діяльність»

[117]. Згідно з ч. 4 ст. 11 Закон України «Про електронну комерцію» шляхом надсилання комерційного електронного повідомлення може бути зроблена пропозиція укласти електронний договір (оферта). Такий принцип у контексті розгляду його як оферти дублює інші два принципи: свобода провадження підприємницької діяльності з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем та свобода вчинення електронних правочинів. У частині обмеження надходження комерційних електронних повідомлень цей принцип слугує захистом споживача від інформаційного спаму. Щодо Європейського законодавства, то регулювання небажаних комерційних повідомлень здійснюється Директивою 2000/31/ЕС [117], яка передбачає надання можливості фізичним особам відмовитися від таких комерційних повідомлень та гарантування здійснення такої фільтрації.

Дві інші протилежні за змістом форми зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті полягають у примушенні до укладення договору та безпідставному ухиленні від укладення договору.

Так зване примушення до укладення договору зазвичай полягає в укладенні договору зі стороною поза її волею, в автоматичному режимі. Серед прикладів таких зловживань можна навести автоматичне продовження підписки інтернет-сервісу, додатку; укладення угод за замовчуванням (розсилки, участь в оновленні, прайм-сервіс) тощо. На відміну від законодавства ЄС вітчизняне законодавство не передбачає детального регулювання питань зловживання правами, що призводять до укладення автоматичних угод. Вітчизняна судова практика також не демонструє ефективних засобів захисту від примушення до укладення договорів в Інтернеті.

Безпідставне ухилення від укладення договору полягає у свідомій відмові від укладення договору при наявності необхідних підстав для його укладення – відмова відчуження на умовах ціни за аукціоном;

відмова від укладення договору за результатами конкурсу; відмова від укладення публічного договору тощо.

Так, наприклад, на початку січня 2014 року Верховний суд Німеччини встановив, що Ebay-аукціони принципово є пропозиціями укладення договору купівлі-продажу з умовою, тобто, обов'язковість укладення договору до закінчення аукціону може бути обмежена. Внаслідок цього обмеження, договір купівлі-продажу може бути не укладено в разі, якщо Ebay-аукціон відміняється з поважної причини. Поважна причина зупинки Ebay-аукціону може бути пов'язана як з обмеженнями, передбаченими законодавством Німеччини, так і з порушенням правил торгівлі Ebay-платформи [23].

Принципова позиція німецького суду стосувалася можливості відшкодування шкоди, завданої безпідставним ухиленням за результатами аукціону. Верховний суд Німеччини встановив, що до моменту скасування Ebay-аукціону між продавцем і покупцем, який зробив найвищу ставку, було укладено дійсний договір купівлі-продажу. Отже, продавець мав право тільки за певних, встановлених законом, обставин зупинити Ebay-аукціон і відкликати свою пропозицію, а покупець має право на відшкодування завданої шкоди.

Ще одним потенційно шкідливим для сторони договірних правовідносин способом використання свободи договору є проведення переговорів без мети укладення договору. Типовим випадком такого зловживання правом є імітація переддоговірної діяльності (розміщення рекламних оголошень, публічна обіцянка винагороди, проведення переговорів), яка має на меті збір персональних даних з метою формування баз персональних даних для рекламних акцій або маркетингових досліджень. Такий вид діяльності характерний для ріелторів та інших посередників та рекламних компаній, які таким чином

формують необхідні для їх комерційної діяльності бази потенційних клієнтів, об'єктів тощо.

Питання захисту персональних даних в Інтернеті є надзвичайно актуальним, адже специфіка електронної комерції передбачає збір, обробку та зберігання персональних даних клієнтів. У такому випадку застосовується українське законодавство про захист персональних даних.

Відповідно до положень Законом України про захист персональних даних, особи повинні надавати згоду на обробку власних персональних даних, за винятком випадків обробки інформації в контексті транзакцій. Однак, наявність вказівки на дане виключення не завжди є достатнім для ефективної роботи механізмів структуризації даних, типових для електронної комерції, що зумовлює необхідність отримання саме згоди на обробку даних від користувача. Слід зазначити також лоялізацію форми отримання згоди, адже до внесення змін до законодавства необхідна була лише письмова згода. Відповідно ж до чинного законодавства, отримання згоди може бути здійснено в будь-якій формі, яка дозволяє зробити однозначний висновок про надання згоди.

Достатньо врегульованим дане питання є в межах європейського права. Так, з 2018 року в ЄС набрали чинності нові правила обробки персональних даних – Регламент EC2016/679 від 27.04.2016 р (неофіційно - GDPR). Його важливим нововведенням є екстериторіальний принцип дії. Регламент дав досить широке тлумачення персональних даних. Під персональними даними в сенсі регламенту розуміється будь-яка інформація, що відноситься до ідентифікованої або можливої для ідентифікації фізичної особи, за допомогою яких можна прямо або побічно визначити таку особу. До такого виду інформації належать ім'я, дані про місце розташування, онлайн-ідентифікатор, один або декілька чинників, характерних для фізіологічної, фізичної, розумової, економічної, генетичної, культурної або соціальної ідентичності фізичної

особи. Виходячи з визначення можна зробити висновок, що і IP-адреса також може визнаватися персональними даними [56].

GDPR вніс суттєві зміни до механізмів захисту персональних даних і надав суб'єктам-власникам таких даних більш широкі права, необхідні для забезпечення їх інтересів. GDPR застосовується до випадків, в яких діяльність контролера чи процесора ведеться на території ЄС, або у випадках обробки інформації, продажу товарів чи замовлення послуг саме на території країн ЄС. GDPR на сьогоднішній день не імплементований до вітчизняного законодавства, однак положення GDPR потрібно враховувати вітчизняним інтернет-магазинам, які вже зараз починають вести діяльність на європейських ринках або у випадках, коли їх структура включає офіси, склади, IT-ресурси, що знаходяться в межах країн ЄС.

У країнах Європейського Союзу докладається максимум зусиль аби населення, державні служби, муніципалітети, бізнес розуміли норми закону, що регулюють обробку даних, кібербезпеку та електронну комунікацію, знали практичні аспекти впровадження та ризики, пов'язані з невиконанням цих положень [186].

За таких обставин слід зацентувати особливу увагу на можливості зловживання кредитно-фінансовими установами своїм обов'язком збереження банківської таємниці, адже сучасні кредитні установи, що здійснюють надання споживчих кредитів онлайн, запитують у потенційного споживача їх послуг ряд даних та копій документів, що додаються до кредитної заявки, однак подальша доля отриманих персональних даних не врегульована законодавством. Більше того, Верховним Судом України було роз'яснено, що правова охорона прав власника банківської таємниці починається з моменту укладення в письмовій формі договору між клієнтом – з одного боку, та банківською установою – з іншого [147].

Одночасно з цим, мета проведення переговорів може бути й іншою. М.В. Кратенко наводить намір відволікти контрагента від інших комерційних пропозицій, або намір отримання доступу до комерційної таємниці як вірогідні мотиви для зловживання свободою договору у формі проведення переговорів без мети укладення договору [55, с.28].

Слід також зазначити, що дана форма зловживання притаманна не лише тій стороні договірних відносин, що надає послуги або здійснює продаж товарів, проведення переддоговірних заходів без мети укладення договору залишається популярним способом обходу передбачених законодавством процедур під час здійснення закупівель на електронних майданчиках, таких як ProZorro [183].

Отже, подібні зловживання можуть спричиняти шкоду як матеріального, так і морального характеру, що зумовлено варіативністю мотивів сторін для зловживання своїм правом.

Підсумовуючи вищезазначене, слід констатувати необхідність імплементації положень законодавства ЄС у сфері захисту цивільних прав у мережі Інтернет та уніфікації положень чинного цивільного законодавства в питанні заборони зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. Додаткової актуальності в реаліях сьогодення набувають питання захисту персональних даних осіб, що вступають у договірні відносини в Інтернеті, а також проблемні питання відшкодування шкоди, завданої зловживаннями прав при реалізації свободи договору в Інтернеті.

Питання ухилення від укладення договору є надзвичайно актуальним у сфері інтернет-відносин.

Як зазначає М.В. Кратенко «зловживання свободою укласти або не укласти договір може проявлятися в таких діях або бездіяльності як: ведення переговорів без наміру укласти угоду; ухилення від укладення публічного договору; економічно та технічно необґрунтована відмова

укладення договору суб'єктом, що займає домінуюче місце на товарному ринку; укладення удаваних правочинів» [55, с.28].

У контексті договорів у мережі Інтернет особливу увагу необхідно зосередити на ухиленні від укладення договору.

Окрему увагу слід приділити питанням виконання зобов'язань щодо відчуження майна, анонсованого як виграш у розіграш і, так званих, «гівах», виплати виграшу у цивільних правовідносинах гри та парі.

Відповідно до ч.1 ст. 526 ЦК України, яка визначає загальні умови виконання зобов'язання, зобов'язання має виконуватися *належним чином* відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться [161].

В останні декілька років «гіви» (від англ. Give away – віддавати) стали найпоширенішим способом залучення нової аудиторії в соціальній мережі Instagram, а також на YouTube та інших медіа-платформах [71].

Фактично такі гіви означають конкурс, відповідно до якого необхідно виконати ряд умов для отримання винагороди.

Питання публічної обіцянки винагороди за результатами конкурсу неодноразово висвітлювалися в науковій літературі. У науці цивільного права конкурс зазвичай розуміється як змагання кандидатів, претендентів для виявлення кращих на право організації і (або) здійснення діяльності, направленої на досягнення яких-небудь соціально корисних цілей [149, с.207].

Найчастіше в цивільному праві конкурс використовується у трьох розуміннях:

- 1) різновид недоговірних зобов'язань;
- 2) порядок укладення договору;

3) конкурсне провадження – відповідне розподілення майна боржника в разі його неплатоспроможності [48, с.61-62].

Конкурс як різновид недоговірних зобов'язань, а саме вид публічної обіцянки винагороди, що передбачає порівняння результатів, регулюється статтями 1150–1157 ЦК України. Мета конкурсу ніколи не може полягати лише в тому, щоб тільки визначити найкраще вирішення завдання. Кінцева мета конкурсу – застосування отриманого результату на практиці, використання його у виробництві тощо [67].

Конкурс (змагання) має право оголосити фізична або юридична особа (засновник конкурсу). Залежно від залучення засновником конкурсу до участі в конкурсі або широкого загалу, або обмеженого кола осіб, визначених до оголошення конкурсу, публічні конкурси поділяються на відкриті і закриті.

Оскільки сама назва конкурсу «публічний» свідчить про необмежене коло учасників, слід відзначити непослідовність підходу вітчизняного законодавця по віднесенню закритого конкурсу до публічних, адже відповідно до п. 3 ст. 1150 ЦК України засновник конкурсу має право запросити до участі в ньому персональних учасників (закритий конкурс). У свою чергу, О.С. Йоффе вважав, що «закритий конкурс являє собою суму окремих договорів, які укладаються з кожним із пошукувачів, що мають право на оплату виконаної роботи незалежно від зайнятого ними місця в конкурсі і від прийняття оціночного рішення взагалі» [46, с.786].

Д. В. Боброва пропонує розглядати закритий конкурс як «різновид договору замовлення. Замовлення на створення твору (проекту будови, пам'ятника) на одну й ту саму тему іноді дається кільком конкретним особам» [12, с.301].

Публічність як ознака зобов'язання, що розглядається, передбачає невизначеність кола учасників на час оголошення конкурсу, тому

закритий конкурс, який хоча за структурою має також два зустрічні односторонні правочини, не може бути віднесений до публічного (виступати його різновидом). В юридичній літературі щодо ознаки публічності існує кілька точок зору. Так, одні автори вважають, що обіцянка винагороди за краще виконання певної роботи або досягнення інших результатів повинна бути публічною, тобто зверненою до необмеженого кола осіб, а інші публічність вбачають у тому, що обіцянка дається більше ніж одній особі.

Конкурс оголошується публічно через засоби масової інформації. Оголошення про конкурс може бути зроблене іншим чином. При проведенні закритого конкурсу засновник адресує оголошення про конкурс персональним учасникам і змагання відбувається серед тих із них, хто відгукнувся на умови конкурсу.

На відміну від публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу, публічна обіцянка винагороди за результатами конкурсу відрізняється формалізацією умов. Закон вказує на суттєві умови конкурсу, без дотримання яких публічний конкурс може бути визнаний у судовому порядку недійсним.

Це предмет конкурсу і нагорода (премія), яка має бути виплачена переможцеві. Предметом конкурсу може бути результат інтелектуальної, творчої діяльності, вчинення певної дії, виконання роботи тощо. Публічний конкурс направлений на досягнення суспільно корисної мети і тому він не може мати негативний зміст.

Другою суттєвою умовою конкурсу виступає нагорода (премія). Кількість призових місць, вид нагороди (сума премії) за кожне призове місце тощо визначаються умовами конкурсу. Важливо, щоб нагорода спеціально була передбачена. За чинним ЦК України нагорода (премія) може мати як матеріальний характер, так і моральний (моральне заохочення). Абзац 2 ч. 3 ст. 1151 ЦК України передбачає, що умовами

конкурсу може бути обумовлено надання переможцеві лише морального заохочення.

Нагорода в матеріальній формі може мати як грошовий вираз, так бути і в іншій негрошовій формі. Остання повинна відповідати вимогам оборотоздатності (ст. 178 ЦК України). Крім істотних умов, засновник має право вказати і додаткові умови до результату конкурсу або до учасників. Ці умови ще називають факультативними. При внесенні їх в оголошення або ж у повідомлення персональному учаснику вони набувають обов'язкового характеру для учасників.

У силу ч. 4 ст. 1151 ЦК України умовами конкурсу має бути передбачено строк подання творів на конкурс або виконання певної дії. Але строк надання творів, або ж, наприклад, строк оголошення результатів конкурсу не належать до істотних умов, але, як правило, засновником конкурсу строки визначаються. У процесі проведення конкурсу в засновника може виникнути потреба в зміні умов або взагалі в припиненні конкурсу. Оскільки оголошення конкурсу є односторонньою умовною угодою, то і зміна умов, і відмова від проведення за своєю природою можуть бути лише односторонніми волевиявленнями засновника. Захищаючи інтереси учасників конкурсу, законодавець встановлює певні обмеження права засновника конкурсу. Так, ЦК УРСР передбачав можливість зміни умов конкурсу тільки в межах строку, встановленого для надання робіт. Питання відмови від конкурсу в ньому не було врегульоване.

Чинний ЦК України більшою мірою захищає інтереси учасників. Згідно з ч. 1 ст. 1152 ЦК України «засновник конкурсу має право змінити його умови до початку конкурсу. Зміна умов конкурсу після його початку не допускається. Про зміну умов конкурсу має бути оголошено в тому ж порядку, в якому було оголошено конкурс» [161]. Постає питання, що слід розуміти під початком конкурсу. Вважаємо, що це перший день

прийому конкурсних робіт згідно з умовами конкурсу, тобто оголошення про зміну умов конкурсу повинно вийти принаймні напередодні вказаного дня.

Особи, які виявили бажання взяти участь у конкурсї, але у зв'язку зі зміною його умов участь у ньому втратила інтерес для них або стала неможливою, мають право вимагати від засновника відшкодування витрат, які були понесені ними для підготовки до участі в конкурсї.

Цивільний кодекс України передбачає право засновника конкурсу відмовитись від його проведення і вказує на підстави та правові наслідки такої відмови (ст. 1153). По-перше, засновник конкурсу має право відмовитися від його проведення, якщо це стало неможливим за обставин, котрі від нього не залежать, наприклад, коли на конкурс ненадані роботи, які відповідають його умовам або надані кілька робіт, виконані однією особою тощо. У такому випадку відмова не тягне для засновника будь-яких правових наслідків.

По-друге, відмова засновника конкурсу з інших підстав викликає для нього обов'язок відшкодувати учасникам витрати, які були ними понесені для підготовки до участі в конкурсї. У цьому випадку закон захищає майнові права учасників, порушені, по суті, односторонньою відмовою від зобов'язання засновником.

На відміну від змін умов конкурсу, законодавець не визначає форму оголошення про відмову від конкурсу, але логічним буде доведення цієї інформації у такий же спосіб, як і про початок конкурсу. Зобов'язання із публічного конкурсу у своєму розвитку проходить кілька етапів, які характеризуються вчиненням юридичних дій і зміною суб'єктів, причому засновник конкурсу не змінюється, а зміни відбуваються на іншій стороні.

У літературі слушно пропонується конкурсне зобов'язання розподілити на три етапи:

1) оголошення конкурсу – односторонній правочин, з якого виникає абсолютне цивільне правовідношення, при якому засновнику конкурсу – чітко визначеній особі – відповідає невизначена множинність уповноважених осіб;

2) надання роботи учасником конкурсу його засновнику також є одностороннім правочином. Абсолютне правовідношення трансформується у відносне правовідношення, в якому учасник конкурсу здійснює своє право здати роботу засновнику і вимагати від нього розгляду й оцінки цієї роботи;

3) метою конкурсу є найкраще вирішення завдання. Найкращий результат визначає конкурсна комісія (журі), рішення якої є адміністративним актом. Затвердження засновником рішення конкурсної комісії також є адміністративним актом. На підставі цих актів із числа учасників конкурсу обирається один (або кілька, якщо це встановлено умовами конкурсу) переможець конкурсу.

Щодо третього етапу, то адміністративні акти входять до юридичного складу по виникненню зобов'язання із публічного конкурсу лише за умови, що засновниками конкурсу виступають державні органи та органи місцевого самоврядування. Такі акти є за своєю природою ненормативними і безпосередньо направлені на виникнення цивільних прав і обов'язків у конкретного суб'єкта – адресата акта¹. У всіх інших випадках рішення конкурсної комісії і затвердження його засновником також виступають як односторонні правочини.

Переможцем конкурсу є особа, яка досягла найкращого результату. Переможець конкурсу визначається в порядку, встановленому засновником конкурсу. Стаття 1154 ЦК України передбачає оголошення результатів конкурсу в тому ж порядку, в якому його було оголошено. Зацікавлені особи можуть оскаржити до суду результати конкурсу.

Закон встановлює особливості оцінювання результатів інтелектуальної, творчої діяльності, які надані на конкурс. У силу ст. 1155 ЦК України за наслідками оцінювання результатів інтелектуальної, творчої діяльності, які надані на конкурс, засновник конкурсу (конкурсна комісія, журі) може прийняти рішення про:

- 1) присудження усіх призових місць та нагород (премій), які були визначені умовами конкурсу;
- 2) присудження окремих призових місць, якщо їх було встановлено кілька, та нагород (премій);
- 3) відмову у присудженні призових місць, якщо жодна із робіт, наданих на конкурс, не відповідає його вимогам;
- 4) присудження заохочувального призу та (або) нагороди (премії).

Переможець конкурсу має право вимагати від його засновника виконання свого зобов'язання у строки, встановлені умовами конкурсу. На відміну від ЦК УРСР, ЦК України передбачає: якщо предметом конкурсу був результат інтелектуальної, творчої діяльності, засновник має право подальшого його використання лише за згодою переможця конкурсу (ст. 1156 ЦК України). У той же час засновник має переважне право перед іншими особами на укладення з переможцем конкурсу договору про використання предмета конкурсу. При цьому законодавець не пояснює, в чому полягає і протягом якого строку діє це переважне право.

У цьому контексті важливо дослідити питання реалізації прав конкурсантів на прикладі проєкту «Громадський бюджет м. Одеси», затвердженого рішенням Одеської міської ради від 08.02.2017 р. N 1605-VII «Про затвердження Положення про громадський бюджет міста Одеси».

Загалом, механізм громадського бюджету запроваджується в Україні нещодавно і без законодавчого закріплення. Проте вже зараз

напрацьована практика, яка може бути застосована органами місцевого самоврядування для запровадження громадських бюджетів участі у своїх містах. Зокрема, у більшості міст, які запровадили громадські бюджети, визначені детальні процедури ініціювання, розгляду, голосування та виконання громадського бюджету.

Окремо необхідно проаналізувати договірні відносини у сфері букмекерських контор та постачальників азартних ігор.

На даний момент на ринку беттінга в Україні працюють десятки букмекерів, але ліцензію встиг отримати тільки один з них. Йдеться про букмекерську контору «Паріатч». 2 березня 2021 Комісія з регулювання азартних ігор і лотерей (КРАІЛ) видала цьому ігровому оператору дозвіл на відкриття мережі букмекерських контор на території України. Вартість ліцензії – 180 000 000 грн, а термін її дії – п'ять років [60].

За минулий від моменту легалізації азартних ігор в Україні рік тільки одна компанія отримала ліцензію на букмекерську діяльність, що зумовлено рядом факторів, серед яких прогалини в законодавстві, занадто дорога ліцензія та податкові перепони для клієнтів [140].

Попри існування альтернативних позицій щодо підстав виникнення зобов'язальних гри та парі відносин найпоширенішим у сучасній цивілістиці є підхід, згідно якого зобов'язання гри та парі виникають на підставі укладення цивільно-правового договору [83, с.9; 29, с.29].

Так, наприклад, відповідно до пп.2 п.80 Правил та умов користування продуктами букмекерської контори «Парі Матч» при наявності у букмекерській мережі обґрунтованої підозри в наявності нечесної спортивної боротьби в ході події або впливу нечесної спортивної боротьби на результат події щодо якої Клієнт і букмекерська мережа уклали угоду про парі, букмекерська мережа залишає за собою право визнати ставку (в цілому або в її будь-якій частині) щодо результату такої події сумнівною, що тягне припинення розрахунку виграшу і виплати

виграшу Клієнту щодо такої ставки до завершення всіх розслідувань, ініційованих букмекерської мережею або іншими особами у зв'язку з підозрами в нечесній спортивній боротьбі.

Якщо вказане розслідування встановить факт нечесної спортивної боротьби в ході події або факт впливу нечесної спортивної боротьби на результат події, то букмекерська мережа має право відмовити в поверненні ставки і виплати виграшу Клієнту щодо такої події, а також має право звернутися до правоохоронних органів з метою розслідування причетності клієнта до нечесної спортивної боротьби і його залучення до відповідальності, встановленої законодавством [109].

Так, наприклад, відповідно до п.36 Правил та умов користування продуктами букмекерської контори «Парі Матч» букмекерська мережа залишає за собою право *без пояснення причин і попереднього письмового повідомлення ввести обмеження або відмовити в прийомі ставок будь-якій особі*. Пунктом 50 даних Правил визначено, що максимальна сума ставки на подію залежить від виду спорту і події, визначається букмекерською мережею конкретно як на кожну подію, так і на кожен вид ставки і підлягають змінам *без попереднього письмового повідомлення*. Букмекерська мережа залишає за собою право обмежувати максимальну ставку на окремі події, а також на введення і зняття особливих обмежень по рахунках окремих гравців *без повідомлення і пояснення причин* [109].

Особливої актуальності в наші дні набуває юридична кваліфікація дій, які вчиняються при укладенні договорів у процесі реалізації примусово вилученого майна. У вересні 2020 року Міністерство юстиції затвердило наказ, за яким арештоване майно має продаватись через систему електронних торгів Prozorro.Продажі. Прийняття вищезазначеного наказу фактично означає, що ще один ринок в Україні

став відкритим та конкурентним, а лоти, що буде виставляти СЕТАМ для продажу – стануть доступні для всіх користувачів системи.

СЕТАМ представлена системою електронних торгів арештованим майном Міністерства юстиції України. Дана система заснована у серпні 2015 року як «цифровий канал продажу об’єктів, вилучених в її законних власників на підставі рішення суду та інших органів або посадових осіб» [151].

До залучення цифрових інструментів для продажу конфіскованого майна нерідко викликали питання щодо чесності та прозорості процесу продажу такого майна. У ЗМІ широко висвітлювалися випадки створення штучних бар’єрів для потенційних покупців, щоб не допустити їх до участі в торгах, через які майно реалізовувалося з мінімальною націнкою, а держава недоотримувала прибуток.

Як відзначає профільний сайт по держзакупівлям, «СЕТАМ зробив ринок конфіскованого майна більш конкурентоспроможним, прозорим та доступним. Так, за весь час існування системи було реалізовано 63 тис лотів на загальну суму 12,3 млрд гривень. Сьогодні будь-хто може взяти участь у торгах арештованим майном. Для цього достатньо пройти онлайн-реєстрацію на авторизованому майданчику та сплатити реєстраційний внесок» [151].

Попри загально позитивні відгуки про систему СЕТАМ дана сфера інтернет-договорів не позбавлена зловживань і порушень прав сторін потенційного договору. Так, ТОВ «Електронні торги України» в листі від 13.07.2016 № 44 вказує: «Щодо ринку реалізації арештованого майна, то тут конкуренція навіть гіпотетична відсутня взагалі. З моменту запровадження СЕТАМ як системи реалізації арештованого майна, Мін’юст свідомо не вживає жодних заходів щодо запровадження ринкових механізмів, які хоч і віртуально, але існували до 2014 року. Наслідки такого монопольного становища вже добре відомі широкому

загалу, оскільки факти зловживань ДП «СЕТАМ» зі «зникаючою кнопкою» та особливою ставкою вже давно стали публічними та висвітлювались практично всіма ЗМІ [42].

Крім цього, варто зазначити, що в Законі України «Про виконавче провадження» питанню реалізації арештованого майна приділено лише одну частину у статті 62, відповідно до якої Мін'юст має право лише встановлювати порядок реалізації арештованого майна. Однак Мін'юст пішов далі та, керуючись цією статтею, прийняв Порядок реалізації арештованого майна шляхом проведення електронних торгів, затверджений наказом Мін'юсту від 22.12.2015 № 2710/5, зареєстрований у Мін'юсті 23.12.2015 за № 1620/28065, яким у порушення статей 13 та 15 Закону про конкуренцію визначив ДП «СЕТАМ» монополістом у сфері реалізації арештованого майна. Таким чином, у порушення статті 19 Конституції України, згідно якої органи державної влади мають право діяти лише в межах та у спосіб визначений законом, вийшов за межі закону, оскільки встановлення порядку реалізації арештованого майна не має нічого спільного з тим, хто здійснює таку реалізацію» [42].

Відчуження об'єктів нерухомого майна, власником яких є іпотекодавець та які не є предметом іпотеки, з метою умисного створення обставин, які б виключили можливість звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі дії мораторію, передбаченого Законом України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті», є зловживанням цивільними правами [95].

6 вересня 2021 року вступив у силу закон «Про внесення змін до деяких законів України щодо усунення розбіжностей і осучаснення реалізації іпотечного майна та виконавче провадження».

Закон спрямований на прискорення реалізації іпотечного майна без подальших негативних для іпотекодавця (банків, МФО, колекторів тощо)

наслідків іпотечного обтяження майна з подальшою неможливістю боржникам у судовому порядку скасувати аукціон і неможливість боржника повернути все назад до первісного стану.

Законом було внесено зміни до законів «Про іпотеку» та «Про виконавче провадження», де було в основному здійснено заміну понять «публічні торги» на «електронний аукціон».

Однак разом з цим були вилучені статті 43-46 із Закону України «Про іпотеку»: «43. Підготовка до проведення прилюдних торгів»; «44. Участь у публічних торгах»; «45. Порядок проведення публічних торгів»; «46. Порядок проведення розрахунків за майно, придбане на публічних торгах».

Вилучена стаття 43 зобов'язувала організатора торгів (СЕТАМ):

- опубліковувати в місцевих ЗМІ та на сайті організатора торгів (сетах) повідомлення про проведення таких торгів, що давало можливість залучити більше учасників до торгів, тим самим підвищити конкуренцію і ціну продажу лота (майна);

- надавати доступ будь-якій особі до інформації про торги та інформації про лот (іпотечне майно);

- письмово повідомляти виконавців, сторін за договором іпотеки, сторін виконавчого провадження та інших осіб, які мають право на іпотечне майно, про день, час і місце проведення торгів і початкову вартість лота (майна).

Це положення залишає менше шансів боржнику та іншим особам (наприклад, особам, які проживають у житловому приміщенні), заздалегідь дізнатися про продаж іпотечного майна, щоб підготуватися до даного продажу (наприклад, зупинивши торги), або добровільно в позасудовому порядку домовитися з банком. Це в сумі призведе до того, що колишній власник іпотечного майна дізнається про продаж, коли в

його двері вже буде стукати новий власник майна. А в цій ситуації буде вже набагато складніше захиститися від таких дій.

Вилучена стаття 45 зобов'язувала організатора торгів (СЕТАМ) відсилати протягом 5 днів сторонам договору іпотеки, виконавцю копії протоколу про проведення торгів і продаж майна.

Завдяки надходженню копії протоколу багато боржників дізнавалися про торги та могли вжити відповідних заходів для захисту своїх прав, наприклад, шляхом подачі заяви до суду про накладення арешту на спірне майно і заборони на здійснення будь-яких дій. Зараз же подібні дії буде зробити складніше.

Зміни також торкнулися Закону «Про виконавче провадження», в тому числі в частину 5 статті 61 внесено, що в разі надання стягувачем згоди (в разі реалізації заставленого майна/предмета іпотеки надання стягувачем і заставодержателем/іпотекодержателем згоди) третій електронний аукціон здійснюється способом продажу майна з можливістю зниження початкової ціни, але не нижче 60 відсотків його вартості, визначеної в порядку, встановленому статтею 57 цього Закону, для нерухомого майна та 30 відсотків – для рухомого майна і з подальшою можливістю додаткової подачі цінових пропозицій.

Ця зміна дає можливість знизити вартість майна: раніше було не менше 70%, а стало 60%, що точно має привести до продажу за нижчою ціною іпотечного майна.

Окремо необхідно згадати примушення до укладення договорів. Як відомо, розробка сторонами проєкту договору за принципом (*tabula rasa*) «чистої дошки» спричиняє значні труднощі. По-перше, затягується оформлення договірних відносин через необхідність витрачання значного часу для узгодження складу та змісту окремих договірних умов. Хоча і це не гарантує відсутність прогалин у договорі, які нелегко усунути в подальшому. По-друге, активна сторона в такому договорі (та, яка

повинна передати продукцію, виконати роботу, надати послуги) безумовно займає більш сильну позицію щодо пасивної сторони (тієї, в якій виникає потреба в продукції, роботах, послугах). Особливе значення при укладенні таких договорів має те, що держава втрачає можливість здійснювати характерні їй функції організатора обігу, зокрема, надавати споживачам гарантії від вияву монопольних тенденцій з боку їх контрагентів-постачальників, підрядників та ін. Щоб усунути перераховані проблеми, законодавець поряд із загальним регулюванням договірних відносин створив різні моделі, що відображають специфіку окремих різновидів договорів, які складаються в цивільному обігу [63, с.98].

Зазвичай у підписок на окремі ІТ-продукти є пробний період. Щоб ним скористатися, потрібно прив'язати банківську карту до акаунту. Після закінчення пробного періоду сервіс починає списувати гроші – автоподовження відбувається за замовчуванням. Багато компаній йдуть назустріч і повертають гроші своїм клієнтам, якщо ті забувають скасувати автоматичне продовження передплати. Однак, не завжди спір вирішується в позасудовому порядку.

На жаль, вітчизняна судова практика не має прикладів розгляду спорів щодо скасування автоматичних підписок на стрімінгові сервіси тощо, однак з матеріалів судової практики сусідніх держав можемо зробити висновок, що при розгляді справ про повернення грошей за підписку, яка споживачеві не потрібна, суди зазвичай стають на бік сервісу [79].

Наприклад, в РФ споживач звернувся до суду, щоб повернути гроші за підписку на додаток Mybook. Він підключив її по акції, а потім сервіс автоматично щомісяця списував гроші з карти. Суди першої та апеляційної інстанцій у поверненні грошей відмовили: коли позивач

оформляв підписку, він погодився з умовами користування сервісом, а отже, і зі щомісячним списанням грошей зі своєї карти.

В аналогічній справі суд також встав на бік сервісу, коли розглядав справу про повернення грошей за автоматичне продовження передплати на «Яндекс-диск». У даному випадку суди не просто послалися на те, що користувач знав про умови передплати, а й відзначили, що правила користування «Яндекс-диск» – це абонентський договір. У такому договорі неважливо, використовувався сервіс чи ні. Важливо, що була можливість його використовувати [79].

Закон про захист прав споживачів дозволяє відмовитися тільки від договору надання послуг або виконання робіт, якщо споживач компенсує виконавцеві понесені витрати. Абонентський договір працює по-іншому: споживач домовляється про послуги протягом певного періоду за фіксовану плату. Він платить гроші за те, що може прийти в будь-який момент і зажадати, щоб йому надали ці послуги.

Ян Оттман наголошує, що перед укладенням договору на маркетплейсі або перед вчиненням дій для участі в інтернет-аукціоні потенційні сторони договірних відносин повинні ознайомитися зі специфікою правового регулювання даного виду договорів, щоб уникнути неприємних сюрпризів. Дослідник також рекомендує обом сторонам ознайомитися з правилами маркетплейсу (наприклад, Загальними умовами укладення угод eBay). У випадку будь-яких сумнівів зацікавленим особам слід перед пропозицією ціни зв'язатися з продавцем, щоб заздалегідь уникнути можливих зловживань з боку продавця [178]

Велике значення для нівелювання можливості зловживання правами при укладенні договорів на маркетплейсах має інформаційна складова переддоговірних відносин. Заявлені продавцем деталі оферти повинні бути сформульовані максимально недвозначно, а потенційний покупець повинен уважно вивчити інформацію про предмет договору.

У рішенні Верховного Суду ФРН від 15.02.2017 у справі VIII ZR 59/16 зроблено висновок, що потенційні покупці повинні мати можливість ознайомитися з офертою в повному обсязі. Суд визначив, що при тлумаченні заяв про наміри, індивідуальні угоди між сторонами повинні мати переважне значення. За матеріалами справи продавець у рамках функції негайної купівлі-продажу на платформі eBay встановив фіксовану ціну в розмірі 100 євро, однак у заголовку пропозиції і в описі товару він недвозначно висловив свій намір про продаж товару тільки за ціною в 2600 євро. Зазначена сума в 100 євро служила виключно для утримання розміру зборів майданчика eBay на мінімальному рівні. Покупець же у свою чергу вважав, що купує товар за ціною в 100 євро.

Суд постановив, що пропозиція купівлі товару повинна розглядатися в повному обсязі для визначення ціни, за якою укладається договір купівлі-продажу. Тому, на думку Суду, в даному випадку був укладений договір купівлі-продажу за ціною в 2600 євро. Попри те, що за результатами розгляду спору в даному випадку покупцеві вдалося розірвати договір, тим не менше, судом було встановлено, що продавець і покупець повинні усвідомлювати, що індивідуальні домовленості мають переважне значення і тому повинні виражатися гранично недвозначно [184].

Судом також було наголошено, що при відсутності індивідуальних домовленостей між сторонами щодо умов договору в Інтернеті в разі сумнівів щодо умов укладення договору купівлі-продажу необхідно керуватися також положенням про укладення договорів, які включені до Загальних умов укладення угод eBay. Хоча Загальні умови угоди безпосередньо застосовуються виключно у відносинах між eBay і їх користувачем, проте, вони можуть використовуватися для тлумачення незрозумілих або неповних заяв про наміри.

Закони України «Про електронну комерцію», «Про захист прав споживачів» визначають, що на сайті Інтернет-магазину в загальному вільному доступі для необмеженого кола осіб повинна бути розміщена певна інформації (відомості), а саме:

- повне найменування юридичної особи або прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи – підприємця;
- адреса підприємства або місце реєстрації та місце фактичного проживання ФОП;
- адреса електронної пошти та інших засобів зв'язку;
- ідентифікаційний код для юридичної або фізичної особи – підприємця;
- якщо діяльність передбачає отримання ліцензії (наприклад, торгівля лікарськими засобами, алкоголем, тощо) – необхідно зазначити відомості про таку ліцензію, зокрема серія, номер, строк дії та дата видачі;
- порядок прийняття претензій покупця до продавця в разі їх виникнення;
- порядок формування кінцевої вартості товару щодо включення (невключення) певних податків у вартість товару;
- основні характеристики товару (детальний опис усіх характеристик та якостей, фотознімки тощо) та необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого й компетентного вибору покупцем;
- інформація про вартість, умови оплати та порядок доставки товару;
- гарантійні зобов'язання та інші послуги, пов'язані з утриманням чи ремонтом продукції (у більшості випадків на товари, придбані

в інтернет-магазині, поширюється така ж гарантія від виробника, як і на продукцію у звичайних магазинах);

- інші умови поставки або виконання договору (в разі їх наявності);
- мінімальну тривалість договору, якщо він передбачає періодичні поставки продукції;
- період прийняття пропозицій (якщо продавець закупає і постачає товар тільки під конкретне замовлення);
- порядок розірвання договору.

Така інформація повинна бути доведена до покупця до моменту укладення електронного договору (формування запиту на купівлю обраного товару).

У разі ненадання (не розміщення на сайті) такої інформації власник інтернет-магазину – суб'єкт підприємницької діяльності може нести адміністративну відповідальність за, зокрема:

- відсутність необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію або продавця (у випадках, визначених Законом України «Про електронну комерцію») – в розмірі тридцяти відсотків вартості одержаної для реалізації партії товару, виконаної роботи, наданої послуги, але не менше п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (85,00 грн), а у разі, коли відповідно до закону суб'єкт господарської діяльності не веде обов'язковий облік доходів і витрат, – у розмірі п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (85,00 грн);
- відмову в наданні громадянам-споживачам необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про товари (роботи, послуги), їх кількість, якість, асортимент, а також про їх виробника (виконавця, продавця) – накладення штрафу в розмірі

від одного до десяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 17,00 грн до 170,00 грн);

- надання недостовірної інформації про продукцію, в разі якщо ця інформація не зашкодила життю, здоров'ю та майну споживача – штраф від десяти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 170,00 грн до 850,00 грн).

РОЗДІЛ 4. ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ЗЛОВЖИВАННЯМ ПРАВАМИ ПРИ УКЛАДЕННІ ДОГОВОРІВ В ІНТЕРНЕТІ

4.1. Підстави відшкодування збитків, завданих зловживанням правами при укладенні договорів в Інтернеті

4.1.1. Юридичні наслідки зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті

Як зазначають дослідники, на сьогоднішній день в юридичній практиці наявна тенденція до надмірного посилення на зловживання правом. Однак, за такими діями часто криється відсутність позиції для захисту від неминучого стягнення, це так звана «кватирка, яка завжди відкрита» [51]. У таких випадках практикуючі адвокати пропонують звернути увагу суду на те, що інша сторона намагається ускладнити просту справу і під приводом зловживання уникнути відповідальності.

На думку Є.Ліджиєва, відсутність зловживання цивільним правом найкраще довести наявністю розумної мети здійснення тих чи інших дій, справедливих мотивів укласти угоду або подати заяву [51].

Важливим для вирішення в межах теми дослідження є питання наслідків зловживання правом при укладенні договорів в Інтернеті.

І. Спасибо-Фатєєва наголошує, що зловживання правом не є прямим деліктом і не є нормальним здійсненням права. На думку дослідниці, єдиною нормальною формою існування права є його здійснення (реалізація). Якщо ж право вживають, то для якоїсь іншої мети, а не для здійснення. Науковиця також звертає увагу на інструментарій, що дає змогу виявити наявність зловживання правом та негативних наслідків, якщо відбулося зловживання правом [44].

Важливим для диференціації саме зловживання правом є виявлення негативних наслідків. Специфіка негативних наслідків, на думку І. Спасибо-Фатєєвої, полягає в такому:

- негативні наслідки являють собою певний стан, до якого потрапляють інші суб'єкти, чиї права безпосередньо пов'язані з правами особи, яка ними зловживає;
- цей стан не задовольняє інших суб'єктів;
- для здійснення ними своїх прав не вистачає певних фактів та/або умов;
- настання цих фактів/умов безпосередньо залежить від дій іншої особи;
- остання може перебувати або не перебувати в конкретних правовідносинах із цими особами, які потерпають від зловживання нею правом [141].

Потрібно розмежовувати зловживання процесуальними правами та зловживання матеріальними (цивільними) правами. Вказані правові конструкції відрізняються як по суті, так і за правовими наслідками щодо їх застосування судом. При зловживанні процесуальними правами суд має право залишити без розгляду або повернути скаргу, заяву, клопотання, позов чи застосувати інші заходи процесуального примусу. Натомість правовим наслідком зловживання матеріальними (цивільними) правами може бути, зокрема, відмова у захисті цивільного права та інтересу, тобто відмова в позові. Серед головних наслідків зловживання цивільними правами дослідники також називають спричинення шкоди та порушення прав інших суб'єктів цивільних прав.

Шкода є сукупністю несприятливих особистих немайнових, а також майнових наслідків, що виникли в разі порушення суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи. Вона є однією з умов або підстав виникнення обов'язку щодо її відшкодування. Категорія «шкода» тісно пов'язана з питаннями цивільно-правової відповідальності. Серед підстав цивільно-правової відповідальності, поряд з протиправністю поведінки (дія чи бездіяльність) причинним зв'язком між протиправною поведінкою

і заподіяною шкодою виною особи, яка заподіяла шкоду, обов'язково виділяють наявність майнової та / або моральної шкоди.

У теорії цивільного права розмежовуються поняття «шкода» і «збитки». Шкода – це будь-яке знецінення блага, що охороняється правом, тому її поділяють на майнову та немайнову (моральну), а збитки – це грошова оцінка шкоди, яка має місце в разі неможливості відшкодування шкоди в натурі.

Майнова шкода являє собою майнові та/чи грошові збитки, спричинені юридичній або фізичній особі.

Збитками є:

1. Втрати, яких особа зазнала внаслідок вчинення кримінального правопорушення у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речей, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права;

2. Доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене.

Поняття майнової шкоди, завданої зловживання правом в Інтернеті охоплює:

1) заподіяну зловживанням правом особі пряму, безпосередню шкоду в її майновому та грошовому виразі;

2) не одержані внаслідок зловживання правом доходи;

3) інші збитки від зловживання правом.

У чинному законодавстві України всі наслідки немайнового характеру позначаються терміном «моральна шкода». Зміст цього поняття розкритий у постанові Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 року № 4 «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», де визначено, що моральна шкода – це втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ.

Термін «моральна шкода» визначається через поняття страждання, які заподіяні фізичній особі внаслідок фізичного або психічного впливу, що спричинило погіршення або позбавлення можливостей реалізації нею своїх звичок і бажань, погіршення відносин з людьми, інші негативні наслідки морального характеру. У свою чергу, «моральний характер» означає «пов'язаний з духовним життям людини».

Слід зазначити, що кваліфікація дій особи як зловживання правом може спричинити за собою певні правові наслідки. Так, частина 6 статті 13 ЦК України передбачає, що суд може зобов'язати особу припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом. Крім цього, виходячи з положень частини 3 статті 16 ЦК України, в разі зловживання особою своїм правом суд має право відмовити у захисті цивільного права та інтересу такої особи.

Аналіз матеріалів судової практики у спорах, що виникають з договорів, показує, що частина 3 статті 13 ЦК України та вищевказані способи захисту застосовуються нечасто.

Ще одним наслідком зловживання правом під час укладення договорів в Інтернеті може стати визнання його недійсним.

Невідповідність (або сумнівна відповідність) правочину хоча б до однієї з вимог чинності, що висувається законодавцем, має наслідком його недійсність. Доцільно також проаналізувати відповідність електронних правочинів вимогам, що висуваються ратифікованими Україною Міжнародними договорами.

Перша умова чинності правочину визначена ч. 1 ст. 203 ЦК – не суперечливість змісту правочину актам цивільного законодавства України, інтересам держави та суспільства, його моральним засадам. Зміст електронного договору купівлі-продажу (як і традиційного) складає:

1) учасники (сторони) правочину, що є виокремленими з-поміж інших учасників цивільних правовідносин таким чином, що їх ідентифікація була достатньою для судження про їх особу та правочиностатність;

2) права та обов'язки учасників (сторін) як предмет вчинюваного правочину.

Умова зазначення учасників здійснюваного правочину є доцільною для забезпечення сторін від дій зловмисників чи ненавмисних дій осіб. Учасники правочину мають бути впевнені в достатній правочиностатності їх контрагентів. Варто зауважити, що часто у виборі контрагента в торгових правовідносинах вирішальне значення має торгова марка, добре ім'я продавця, його репутація. Щодо другого елемента змісту правочину, то предмет інтернет-аукціону не повинен мати обмежень у цивільному обігу, а визначені в умовах права та обов'язки сторін не мають суперечити цивільному законодавству. Стосовно несуперечливості інтересам держави, то згідно зі ст. 8 Конституції України закони та інші нормативні акти приймаються на основі Конституції України.

А отже, зміст правочину має відповідати не тільки актам цивільного законодавства України, але й іншим нормативно-правовим актам, що були прийняті відповідно до Конституції України[145]. На інтереси держави варто дивитися ширше, адже Конституційний суд України у Рішенні від 8 квітня 1999 року №3 рп/99 у справі №1-1/99[146] визначив, що інтереси держави можуть повністю або частково збігатися або зовсім не збігатися з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій, з інтересами господарських товариств із часткою державної власності у статутному фонді, а також держава може вбачати свої інтереси і в діяльності приватних підприємств, товариств.

Отже, можна зробити наступний висновок: у випадку доступу громадян України до електронних магазинів чи інтернет-аукціонів, їх діяльність має відповідати законодавству та інтересам України не залежно від місця їх реєстрації та розташування серверів. Насамперед інтереси суспільства, яке є різношаровим, різномовним, багатонаціональним та, відповідно, має свої культурні особливості, не просто задовольнити. Тому при організації аукціонів інформація про них розрахована на певну категорію можливих учасників. Комерційна діяльність, як традиційна, так і в мережі Інтернет не має нівелювати інтереси як всього прошарку українського суспільства, так і окремих його суспільних груп. Якщо безпосередній зв'язок під час провадження традиційної комерційної діяльності на теренах України потенційно збагачує виробника чи продавця на знання і щодо її правового поля, і щодо її культурних особливостей, моральних цінностей, то для діяльності e-commerce доцільно розробити керівництва для охочих провадити таку комерційну діяльність в українському інтернет-просторі.

Вимогу ч. 2 ст. 203 ЦК про необхідний обсяг цивільної дієздатності виконати складно, адже торгові інтернет-сервіси не вимагають доказів необхідної дієздатності – досягнення правочиноздатного віку, відсутності обмеження дієздатності за рішенням суду тощо. Учаснику достатньо заповнити анкетні дані онлайн-форми, а також мати електронну адресу (електронну поштову скриньку) та телефон для зв'язку. Під час укладання електронних правочинів, зокрема купівлі-продажу на інтернет-аукціоні типово вважається, що особа має необхідний обсяг цивільної дієздатності. За умов спору щодо чинності електронного правочину позивач має довести обставини, на які він посиляється щодо недотримання умови ст. 203 ЦК. Під час реєстрації учасника інтернет-аукціону примусово вилученого майна він відповідно до Порядку[107] надає свої ідентифікаційні дані: прізвище, ім'я, по батькові, серію і номер

паспорта [147], а для безпосередньої участі в інтернет-аукціоні має сплатити гарантійний внесок. Наявність в особі паспорта та документа про сплату початкового внеску свідчить про її фінансову спроможність та, відповідно, про наявний обсяг цивільної дієздатності. Звичайно, такий спосіб ідентифікації не є досконалим та існують можливості маніпулювання даними, проте така особа є покупцем, а отже, вигодонабувачем у разі перемоги на інтернет-аукціоні, допоки заінтересована особа не поставить під знак питання чинність правочину.

Недійсність правочину означає, що даний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. При цьому виділяють абсолютну недійсність (нікчемність) та відносну недійсність (оспорюваність) правочинів. Абсолютно недійсним (нікчемним) вважається правочин, якщо його недійсність встановлена законом. У цьому випадку визнання судом такого правочину недійсним не вимагається. Однак, у випадках, встановлених ЦК України, нікчемний правочин може бути визнаний судом дійсним. Відносно недійсним (оспорюваним) є правочин, недійсність якого прямо не встановлена законом, але одна зі сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом. У цьому випадку недійсність правочину встановлюється судом.

До абсолютно недійсних (нікчемних) правочинів законодавець відносить: вчинення правочину з порушенням обов'язкової нотаріальної або простої письмової форми, якщо закон передбачає такий наслідок; вчинення правочину малолітніми за межами їх дієздатності; вчинення правочину без дозволу органу опіки та піклування в разі, коли така згода є обов'язковою; вчинення правочину недієздатною фізичною особою; вчинення правочину, що порушує публічний порядок.

До відносно недійсних (оспорюваних) відповідно до ЦК України слід відносити: вчинення правочину, який неповнолітня особа вчинила за

межами її цивільної дієздатності без згоди батьків (усиновлювачів), піклувальника; вчинення правочину фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена, за межами її цивільної дієздатності без згоди піклувальника; вчинення правочину, який дієздатна фізична особа вчинила в момент, коли вона не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними; вчинення юридичною особою правочину, якого вона не мала права вчиняти; вчинення правочину внаслідок помилки; вчинення правочину під впливом обману; вчинення правочину під впливом насильства; вчинення правочину внаслідок зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною; вчинення правочину під впливом тяжкої обставини; вчинення фіктивного правочину; вчинення удаваного правочину.

За загальними правилами зміст договору в Інтернеті не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, міжнародним договорам, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, актам Президента України, постановам Кабінету Міністрів України, актам інших органів державної влади України, органів влади Автономної Республіки Крим у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Зміст електронного правочину не повинен суперечити положенням також інших, крім актів цивільного законодавства, нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до Конституції України.

Електронними правочинами, які порушують публічний порядок, вчиненими з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства, є такі, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, зокрема: правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування,

розпорядження об'єктами права власності українського народу – землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її надрами, іншими природними ресурсами; правочини щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права тощо. Однак спосіб вчинення правочину не повинен визначати його зміст, а тому така підстава його недійсності не розкриває особливості правової природи електронних правочинів.

Серед підстав недійсності електронного договору, пов'язаних із дефектами волі, специфічного вияву набуває укладення такого договору стороною під впливом помилки. Якщо особа, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. Істотне значення має помилка щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей і якостей речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням. Помилка щодо мотивів правочину не має істотного значення, крім випадків, встановлених законом.

Однак технічні особливості вчинення правочинів за допомогою засобів електронного зв'язку зумовлюють необхідність спеціального врегулювання можливих спорів сторін такого правочину, пов'язаних із допущеними помилками. З метою вдосконалення чинного законодавства, необхідним є врахування норм міжнародних договорів. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах [52] передбачає, що у випадках, коли яка-небудь фізична особа припускається помилки при введенні інформації в електронне повідомлення, що є предметом обміну з автоматизованою системою повідомлень іншої сторони, і ця автоматизована система повідомлень не надає цій особі можливості

виправити помилку, така особа або сторона, від імені якої діяла ця особа, має право відкликати ту частину електронного повідомлення, в якій було допущено помилку при введенні інформації, якщо ця особа або сторона, від імені якої діяла ця особа, повідомить іншу сторону про помилку в найкоротший можливий термін після виявлення помилки і вкаже, що в електронному повідомленні нею було зроблено помилку (ст. 14). Так само, як у Директиві Європейського парламенту та Ради про електронну комерцію [188], слід закріпити обов'язок суб'єкта підприємницької діяльності, коли він укладає електронний правочин зі споживачем, надавати останньому чітку, повну та однозначну інформацію про технічні засоби ідентифікації та виправлення помилок вводу до розміщення запиту, а також забезпечувати доступ до ефективних технічних засобів, що дадуть споживачу можливість виявляти та виправляти помилки вводу до розміщення запиту (ст. 10, 11).

Щодо вимоги вільного волевиявлення учасника правочину, що відповідає його внутрішній волі (ч. 3 ст. 203 ЦК), то за наявності належного учасника, який засобами інтернет-технологій з власної волі робить оферту, або правильно розуміючи її зміст, акцептує її – ця вимога в цілому виконується. При контроферті воля блокується іншою пропозицією. Якщо в момент вчинення правочину мають місце вади волі, то такий правочин є оспорюваним і визнається судом недійсним відповідно до ч. 1 ст. 229, ч. 1 ст. 230, ч. 1 ст. 231, ч. 1 ст. 232, ч. 1 ст. 233 ЦК. ВСУ зазначає, що обставини щодо яких помилилася сторона правочину, мають існувати саме на момент його вчинення[148]. Вади волі, за наявності яких правочин може бути визнаний судом недійсним, законодавець вбачає у випадках:

1) недобросовісних дій контрагента у вигляді незаконного впливу (ч.1 ст. 230, ч.1 ст. 231 ЦК від 16.01.2003 р.) його або третіх осіб на його користь. З урахуванням ознаки дистанційності електронних правочинів,

що вчиняються засобами інтернет-технологій, незаконний вплив контрагента або третіх осіб варто розглядати як психічний (ч.1 ст. 231 ЦК від 16.01.2003 р.) та інформаційно-психічний. Психічний вплив на учасника дистанційного електронного правочину може бути вчинений у безпосередньому контакті з ним. У випадку впливу на учасника дистанційного електронного правочину за допомогою засобів інформаційних систем (дистанційно) такий вплив є інформаційно-психічним. Незаконний сторонній вплив може бути вчинений у вигляді: навмисного введення в оману щодо обставин, що мають істотне значення (ч.1 ст. 230 ЦК) або необережного сприяння спотвореному розумінню змісту правочину (ч. 2 ст. 229 ЦК). Результатом першого є сторонньо скориговане неправильне розуміння потерпілою особою змісту і наслідків вчинюваного правочину, останнього – помилка сторони або сторін правочину. Навмисне введення в оману під час організації та проведення інтернет-аукціону вчиняється продавцем у формі інформаційного незаконного впливу – надання недостовірної інформації про лот, організатором інтернет-аукціону – допущення такого правопорушення за наявності методів протидії недобросовісній практиці. У більшості випадків організатор інтернет-аукціону позиціює себе як сторона, яка надає лише інтернет-майданчик для аукціонного торгу, проте він є учасником цивільних правовідносин – стороною за договором про надання послуг, тому має провадити свою діяльність на засадах справедливості, добросовісності (ч. 1 ст. 3 ЦК від 16.01.2003 р.), прозорості[86] з дотриманням моральних засад суспільства (ч. 4 ст. 13 ЦК від 16.01.2003 р.). Надаючи інструмент для організації та проведення інтернет-аукціону, його власник (організатор) зобов'язаний забезпечити рівність і охорону прав учасників (ч. 1 ст. 5 Закону України «Про електронну комерцію» від 03.09.2015 р.) інтернет-аукціонних відносин. У випадку правопорушення організатор має нести відповідальність (ст. ст.

22, 1210 ЦК від 16.01.2003 р.) за вади своїх послуг, що спричинили шкоду.

Щодо психічного тиску, то зазвичай суд розглядає його як погрозу життю, здоров'ю, неvigідні наслідки у професійній та інших сферах. Тяжка обставина ідентифікується за умови наявності одночасно двох ознак: каталізатор вчиненню правочину є вкрай неvigідні умови правочину для потерпілої сторони (ч.1 ст. 233 ЦК від 16.01.2003 р.), тяжка обставина, за відсутності якої вона не уклала би кабальний правочин. Під час інтернет-аукціону, зазвичай, тиск на його учасників виключається.

Власна помилка контрагента також може бути причиною визнання правочину недійсним. За відсутності незаконного стороннього впливу на неправильне розуміння змісту правочину, сторона, яка помилилася, відшкодовує збитки іншій стороні, які є наслідками визнання правочину недійсним. Законодавець звертає увагу на ч. 1 ст. 229 ЦК, де до обставин, що мають істотне значення, віднесено помилки щодо: природи правочину, прав та обов'язків сторін, про якість та властивість речі, які значно знижують її цінність або можливість її функціонального використання.

Умова дійсності правочину частини 5 ст. 203 ЦК щодо спрямованості правочину на реальне настання правових наслідків покликана виокремити фіктивні правочини, які укладаються з наміром приховати справжню мету його сторін. Під час проведення інтернет-аукціону є декілька можливостей вчинення фіктивних правочинів.

1. Зловмисна домовленість учасників інтернет-аукціону, з яких один – вигодонабувач зі зловмисної домовленості, а два і більше – є номінальними учасниками, які роблять цінові пропозиції за лот зависокими. Таким чином, добросовісні учасники не вступають у «нерозумні» торги, адже ціна лота може бути зловмисниками піднята

вище ринкової. Після закінчення торгів номінальні учасники один за одним відмовляються від підписання протоколу торгів або оплати лоту, а вигодонабувач, що надіслав невисоку цінову пропозицію, підписує протокол торгів як переможець. Описана вище діяльність, де номінальні учасники надсилаючи свої пропозиції по факту вчиняють фіктивний правочин, за ознаками не тільки спричиняє цивільно-правові наслідки – підстави оспорювання дійсності правочину, а й кримінально-правові – шахрайство відповідно до ч. 1, 2 ст. 190 Кримінального кодексу України від 05.04.2001 року[255].

Відповідно до ст. 234 ЦК фіктивний правочин є правочином, який вчиняється без наміру створення правових наслідків. Правовий наслідок надіслання цінових пропозицій номінальними учасниками – підвищення ціни лота з метою відсіяння інших учасників інтернет-аукціону для перемоги змовника-вигодонабувача, а не з метою стати переможцем інтернет-аукціону та придбання лота за свою цінову пропозицію. Таким чином, за наявності складного юридичного складу, що має послідовність юридичних фактів, пов'язаних суб'єктів, які мають одну мету – перемога на інтернет-аукціоні учасника-вигодонабувача.

Власне це забезпечено презумпцією правомірності правочину ст. 204 ЦК. Сама по собі незаконна процедура вибору переможця надає наслідки для визнання торгів на інтернет-аукціоні недійсними. Складний юридичний склад зловмисної домовленості учасників, що має ознаки шахрайства, складається з серії фіктивних правочинів учасника 1 та учасника 2, та дійсного правочину учасника-вигодонабувача. Фіктивність правочинів номінальних учасників та змову усіх учасників зловмисної схеми майже неможливо довести, адже можливість участі та відмова від підписання протоколу торгів встановлена правилами інтернет-аукціону[150]. Номінальні учасники в такому випадку зазнають збитків у розмірі гарантійного внеску, який не повертається в разі відмови

підписання протоколу по завершенні інтернет-аукціону. З Практики ВСУ з розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними[151] правочин є фіктивним, якщо ознака фіктивності властива обом сторонам правочину. Проте, правочину, що вчиняється на інтернет-аукціоні, притаманний складний юридичний склад, і складний суб'єктний склад. Відсутність або фіктивність хоча б одного правочину із юридичного складу має наслідок недійсність правочину в цілому. Проте, не всі суб'єкти інтернет-аукціону є змовниками, тому застосування ознаки фіктивності правочину за чинним законодавством є неможливим.

2. За відсутності законодавства у сфері інтернет-аукціонів, деякі електронні торгові майданчики зауважують, що вони не є інтернет-аукціонами та не провадять торги в розумінні законодавства України, проте їх діяльність фактично відповідає ознакам інтернет-аукціонної діяльності. Таким чином, декламування надання в користування торгового майданчика як дошки оголошень, проте застосування методів, способів та алгоритмів інтернет-аукціону має ознаки удаваного правочину в розумінні ст. 235 ЦК. Це відкриває можливості до зловживання.

3. Зловмисні дії організаторів інтернет-аукціону зводяться до маніпулювання електронними повідомленнями з метою підвищення ціни лоту учасників інтернет-аукціону. У такому випадку відбувається одразу два правопорушення: відповідно до ст. 230 ЦК вчинення правочину під впливом обману (використання електронного інструмента – штучної особи (бот) для досягнення мети у злочинний спосіб) та вчинення правочину в результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою (продавець і організатор, організатор і учасник). У такому випадку недійсність правочину зумовлена дефектом суб'єктного складу та спрямованістю на настання правових наслідків, що ним не обумовлені. Таким чином, внутрішня воля правопорушника – підвищення

ціни лоту без наміру перемогти в інтернет-аукціоні не відповідає зовнішньому прояву – участь в інтернет-аукціоні з наміром перемогти у торгах та набутти право власності або інше речове право.

Всі перелічені можливості укладання фіктивного/удаваного правочину під час інтернет-аукціону існують завдяки прогалинам у національному та міжнародному законодавствах та проблемах у визначенні збігу внутрішньої волі учасника інтернет-аукціону та зовнішньому прояву мети вступу у правовідносини. Лише другий пункт – фіктивна діяльність організаторів торгів – не потребує значних зусиль у доказуванні зловмисного наміру уникнути відповідальності, яка покладена на інтернет-аукціони перед учасниками торгів. Фактичні дії інтернет-аукціоніста та їх наслідки є тими юридичними фактами, що свідчать проти них. Наголошення на тому, що електронний торговий майданчик не є аукціоном, не спростовує наслідки його проведення. Проблемним питанням залишається виокремлення законодавцем істотних умов інтернет-аукціону для його ідентифікації та притягненні осіб до відповідальності.

Щодо останньої умови дійсності правочину, що викладена в ч. 6 ст. 203 ЦК, то правочин вчиняється батьками (усиновлювачами) в інтересах малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей. Охорона дитинства в Україні є стратегічним загальнонаціональним пріоритетом[152] відповідно до ч. 3 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» від 26.04.2001 р. Під час вчинення правочину на інтернет-аукціоні батьки (усиновлювачі), опікуни мають враховувати інтереси дітей, якщо такі дії мають істотно вплинути на їх можливості освіти, загального та культурного розвитку, житлові умови тощо. Таким чином, виставляючи лот на торги як продавець або купуючи товар на інтернет-аукціоні законний представник дитини зобов'язаний дотримуватися вимог ч.6 ст. 203 ЦК та ч. 1 ст. 18 Конвенції «Про права дитини»[153] від 20.11.1989 р.,

де закріплено, що найкращі інтереси дитини є предметом основного піклування батьків і законних опікунів. Так, відповідно до ч. 3 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» (2001) органи опіки та піклування зобов'язані здійснювати контроль за додержанням батьками або особами, які їх замінюють, майнових та житлових прав дітей при відчуженні жилих приміщень та купівлі нового житла. Обмеження щодо розпорядження майновими правами підопічного без дозволу опіки та піклування встановлені ст. 71 ЦК. Проте, використання в п. 4 ч. 1 ст. 71 ЦК такої ознаки майна як «цінне» без його тлумачення має наслідком неможливість визначити грошовий (чи якісний) еквівалент такого майна для встановлення для нього відповідного правового режиму.

Недійсність укладеного на інтернет-аукціоні договору купівлі-продажу визнається в судовому порядку. Судова практика про визнання примусових торгів недійсними, що має наслідком недійсність (неукладеність) договору купівлі-продажу має такі поширені підстави:

1. Прострочення строків повторної оцінки лоту, що є порушенням вимог ч. 6 ст. 57 Закону України «Про виконавче провадження» від 02.06.2016 р.

2. Залучення органом ДВС неуповноваженого суб'єкта до проведення оцінки майна [113], що є порушенням вимог ч. 1, ч. 2 ст. 20

Закону України «Про виконавче провадження» від 02.06.2016 р. Адже, з метою захисту законних інтересів держави та інших суб'єктів правовідносин у питаннях оцінки майна, майнових прав та використання її результатів, зокрема під час здійснення виконавчого провадження, оцінка майна здійснюється суб'єктом оціночної діяльності – суб'єктом господарювання, який має сертифікат суб'єкта оціночної діяльності, виданий у порядку, передбаченому Законом України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 р.

3. Реалізація майна за ціною, визначеною з порушенням вимог, установлених законом (ст. 215 ЦК).

4. Відсутність звернення стягнення на предмет іпотеки при проведенні прилюдних торгів на підставі примусового виконання судового рішення про стягнення заборгованості[154].

5. Не повідомлення боржника у письмовій формі про дату, час та місце проведення торгів та про стартову ціну, за якою майно пропонується на продаж, відсутність даних про отримання боржником такого повідомлення[155].

Вищенаведені порушення, свідчать про поширеність недотримання умов укладання правочину, що визначені ст. 215 ЦК, під час їх укладання, аукціонних правил, нормативно-правових актів України, а також помилкове застосування норм законодавства України.

Отже, нагальним є підвищення правової культури судів першої та апеляційної інстанції, що не звертають увагу та не перевіряють допустимість застосування норм законодавства, на які посилаються позивачі, а також постанови Верховного Суду України, його узагальнену практику та роз'яснення.

4.1.2. Фактична та юридична підстави відшкодування збитків, завданих зловживанням правами при укладенні договорів в Інтернеті

Враховуючи названі раніше особливості зловживань цивільним правом можна констатувати, що порушення меж призначення суб'єктивного цивільного права при його реалізації можна виявити лише за фактичними результатами діяння, тобто за ознакою заподіяння «зла».

По суті, зловживання правом – це заподіяння зла за допомогою наданого (незабороненого) права. Але нормативне визначення «зла», зрозуміло неможливе. Подальша змістовна конкретизація цього поняття

призводить до необхідності тлумачення категорії «зла» та визначення об'єкта, якому воно заподіюється [132].

В.А. Бачинін зазначає, що «визначальною онтологічною властивістю зла виступає його шкідливість, а найважливішою функціональною властивістю цього явища є спрямованість зла на пошкодження чи на руйнування певної корисної, природної або соціальної системи для окремої людини чи групи людей» [8; с. 65]. В юриспруденції під злом (залежно від галузі права та правової системи країни) розуміється шкода або збитки. Шкодою в юридичній літературі називається знищення матеріальних та нематеріальних благ. Під збитками зазвичай розуміють як реальну шкоду, так і упущену вигоду. Однак виникає питання, чи можна в інтерпретації «зла» обмежитися лише завданням шкоди і заподіянням збитків. Видається правильною думка О.О. Маліновського, який під «злом» розуміє також «будь-яке порушення прав, свобод та інтересів правових суб'єктів, створення ситуації, коли їх неможливо реалізувати тощо» [68, с. 34].

Вище призначення права – мінімізувати можливість заподіяння шкоди (збитків) одним суб'єктом іншому шляхом захисту інтересів особистості, суспільства, держави. Право вимагає реалізації добра і забороняє прояви зла. Водночас позитивне право іноді допускає заподіяння зла (наприклад, самозахист, необхідна оборона тощо), іноді не забороняє його (що й є по суті зловживанням правом у чистому вигляді). Але цього не можна уникнути, оскільки право не може бути всеохопним і повсюдним, бо інакше людина взагалі позбудеться свободи. Так, В.С. Соловйов зазначає: «Завдання права зовсім не в тому, щоб світ перетворився в Царство Боже, а в тому, щоб він не перетворився в пекло» [137, с.523].

Т. Полянський, як і ряд інших вчених, пропонує визначати шкоду, завдану зловживанням правом, виходячи із співвідношення (порівняння)

шкоди, завданої охоронюваним правом благом, та вигоди, отриманої особою внаслідок використання свого права. Якщо завдана шкода (майнова, моральна) є набагато більшою, ніж вигода (користь), здобута внаслідок правомірного здійснення особою свого права, то за наявності інших відповідних ознак таке діяння буде вважатися зловживанням [90, с.16]. Але як тоді це співвідноситься з класичними прикладами шикани, коли під час зловживання особа завдає шкоди іншій особі або суспільству взагалі без жодної користі для себе.

Виходить також, що особа, яка використовує своє право і завдає недозволену законом шкоду (меншу або таку, як і отримана вигода) діє цілком правомірно. Але законодавець ретельно обмежує випадки дозволеного заподіяння зла, оскільки це суперечить сутності права і вимагає значної уваги компетентних органів. Отже, такий підхід можна розглядати як неповний або лише як один із варіантів зловживання. Попри отриману значну суспільну користь, поведінку особи в частині заподіяної шкоди слід визнавати зловживанням.

Крім того, при зловживанні правом завдається не лише певна безпосередня (конкретна) шкода (пошкодження або знищення майна, погіршення екологічної ситуації, завдання шкоди честі, гідності тощо), але й шкода родова – певні суспільні відносини. Головне, щоб і права та інтереси, і суспільні відносини охоронялися законом. Так, особа, бажаючи уникнути кримінальної відповідальності, реалізує своє право бути обраним народним депутатом з метою отримати недоторканність і уникнути правосуддя через сплив строків давності і обмеження можливостей правоохоронних органів.

Таке зловживання завдає шкоди не лише суспільним інтересам та інтересам кожного громадянина, але й охоронюваним законом суспільним відносинам, що забезпечують ефективну, спрямовану на забезпечення добробуту усієї країни діяльність законодавчого органу

(унеможливлення прийняття закону злочинцем) та діяльність органів слідства і суду (злочинець ухиляється від правосуддя) [132, с.116].

Отже, наявність негативних наслідків у вигляді заподіяння шкоди захищеним законом суспільним відносинам, порушення охоронюваних позитивним правом прав, свобод та інтересів окремих осіб, суспільства й держави – є однією із сутнісних та загальних ознак зловживання. Саме в цьому полягає суспільна небезпечність цього явища. Адже не було б взагалі жодного сенсу забороняти зловживання правом, якби від нього не було б жодної шкоди.

О.С. Іоффе визначав цивільно-правову відповідальність як санкцію за правопорушення, наслідок, встановлений у законі на випадок його порушення [46, с. 208]. Сучасний підхід до визначення цивільно-правової відповідальності передбачає більш широкий функціонал цивільно-правової відповідальності, однак сутність загалом залишається однаковою – цивільно-правова відповідальність передбачає несприятливі наслідки для порушника. Суб'єкт цивільної відповідальності – той, хто не виконав свого правового обов'язку.

Загальною юридичною підставою всіх видів юридичної відповідальності вважається порушення норми права. Фактичною ж підставою цивільно-правової відповідальності є правопорушення як юридичний факт.

Цивільно-правова відповідальність передбачена за порушення як абсолютних, так і зобов'язальних прав, тобто невиконання цивільних обов'язків, що покладені на особу законом призводить до недоговірної виду відповідальності, а порушення умов договору – до договірної цивільно-правової відповідальності [144, с. 25].

Загальною умовою цивільної правової відповідальності виступає склад цивільного правопорушення, який включає в себе наявність завданої шкоди, протиправність поведінки заподіювача шкоди,

причинний зв'язок між поведінкою особи та шкідливим результатом, вину заподіювача шкоди. Однак, не кожна протиправна дія може бути підставою відповідальності за завдану шкоду. Деякі дії, що призводять до шкідливих наслідків, за своєю суттю не є протиправними. Протиправними є дії, які порушують норми законодавства і суб'єктивні права громадян, а незаконними – тільки ті дії, що порушують норму закону чи підзаконного акту. Тут слід звернути увагу на те, що у відносинах з публічним елементом нівелюються традиційні для приватного права характеристики правомірної та протиправної поведінки, адже рішення органів місцевого самоврядування можуть наносити шкоду іншим суб'єктам цивільного права, однак дані рішення будуть прийматися в межах повноважень органів місцевого самоврядування та з дотриманням норм законодавства. У відносинах з публічним елементом на перший план виходить критерій законності або незаконності прийнятого рішення, а не факт нанесення шкоди [144, с.295]. Однак для виникнення деліктного зобов'язання органу місцевого самоврядування недостатньо лише порушення норми публічного права, необхідно встановити факт порушення суб'єктивного цивільного права або охоронюваного законом інтересу, захист яких передбачений нормами цивільного права.

Одним із найбільш характерних зловживань при укладенні договорів в Інтернеті є введення сторони договору в оману. Визнання судом недійними правочинів, укладених в силу обману, регулюється ст. 230 ЦК України. Якщо одна зі сторін правочину навмисно ввела другу сторону в оману щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин визнається судом недійсним.

Обман – це навмисне введення в оману сторони правочину іншою стороною або особою, в інтересах якої вчиняється правочин. Обман слід відрізнити від помилки. Помилкою називають такий стан, при якому

людина вважає, що знає достовірні відомості, однак насправді вони не відповідають дійсності. Такий стан може виникнути з різних причин [112].

У звичайному житті оману часто пов'язано з браком знань у якійсь сфері. Деякі недобросовісні громадяни користуються цим і здійснюють різні протиправні дії. У результаті людина, що знаходиться в омані, позбавляється майна, грошей і інших цінностей. Найчастіше на практиці використовується умисне введення в оману.

Омана так само сприяє перекрученому формуванню волі учасника правочину, однак, на відміну від обману не є результатом навмисних, цілеспрямованих дій іншого учасника правочину. Виникненню омани може сприяти відсутність належної обачності, часом самовпевненість учасника угоди або дії третіх осіб [17].

Згідно положень чинного цивільного законодавства, обман має місце, якщо сторона заперечує наявність обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину, або якщо вона замовчує їх існування.

Відповідно до ЦК України (ст.230), «сторона, яка застосувала обман, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки в подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину» [161].

Правочин може бути визнаний вчиненим під впливом обману у випадку навмисного цілеспрямованого введення іншої сторони в оману щодо фактів, які впливають на укладення правочину. Ознакою обману, на відміну від помилки, є умисел: особа знає про наявність чи відсутність певних обставин і про те, що друга сторона, якби вона володіла цією інформацією, не вступила б у правовідносини, не вигідні для неї. Обман також має місце, якщо сторона заперечує наявність обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину, або якщо вона замовчує їх існування.

Тлумачення статті 230 ЦК України свідчить, що під обманом розуміється «умисне введення в оману сторони правочину його контрагентом щодо обставин, які мають істотне значення. Тобто при обмані завжди наявний умисел з боку другої сторони правочину, яка, напевно знаючи про наявність чи відсутність тих чи інших обставин і про те, що друга сторона, якби вона володіла цією інформацією, не вступила б у правовідносини, не вигідні для неї, спрямовує свої дії для досягнення цілі – вчинити правочин. Обман може стосуватися тільки обставин, які мають істотне значення, тобто природи правочину, прав та обов'язків сторін, властивостей і якостей речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням» [162].

Обман, що стосується обставин, які мають істотне значення, має доводитися позивачем як стороною, яка діяла під впливом обману. Отже, стороні, яка діяла під впливом обману, необхідно довести: «обставини, які не відповідають дійсності, але які є істотними для вчиненого нею правочину; що їх наявність не відповідає її волі перебувати у відносинах, породжених правочином; що невідповідність обставин дійсності викликана умисними діями другої сторони правочину» [112].

Тобто, правочин визнається вчиненим під впливом обману у випадку навмисного введення іншої сторони в оману щодо обставин, які впливають на вчинення правочину. На відміну від помилки, ознакою обману є умисел у діях однієї зі сторін правочину.

Відповідно до ч. 1, п. 1, 3, 4 та абз. 8 ч. 2 ст. 19 Закону України «Про захист прав споживачів» «нечесна підприємницька практика забороняється; нечесна підприємницька практика включає, серед іншого, будь-яку діяльність (дії або бездіяльність), що вводить споживача в оману або є агресивною; якщо підприємницька практика спонукає або може спонукати споживача дати згоду на здійснення правочину, на який в іншому випадку він не погодився б, така практика вводить в оману

стосовно основних характеристик продукції, таких як її наявність, ціни або способу розрахунку ціни, потреби у послугах; підприємницька практика є такою, що вводить в оману, якщо під час пропонування продукції споживачу не надається або надається в нечіткий, незрозумілий або двозначний спосіб інформація, необхідна для здійснення свідомого вибору» [118].

Відповідно до цивільного законодавства, вчинений під впливом обману правочин належить до правочинів з вадами волі, адже у таких випадках у сторони, яка діяла під впливом обману, внутрішня воля під впливом хибних відомостей про обставини правочину, спричинених діями третіх осіб, була сформована неправильно.

Обман може відбуватися як у вигляді активної поведінки або повідомлення про будь-які обставини, яких насправді немає (повідомлення недостовірних відомостей про предмет договору, надання підробних документів про право власності на продавану річ, про право на вчинення такого правочину), так і у вигляді свідомого замовчування обставин, які можуть перешкодити укладенню правочину. Не можуть визнаватися недійсними за коментованою статтею правочини сторін, одна з яких обіцяла другій стороні допомогти у працевлаштуванні, навчанні, будівництві тощо, але таких обіцянок не виконала. «Суб'єктом введення в оману може бути як сторона правочину, так і третя особа, яка діяла з відома або на прохання сторони правочину. Якщо ж обман здійснений третьою особою за власною ініціативою, підстав для визнання правочину недійсним немає» [47, с.90].

У разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій

послугі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування [112].

Якщо у зв'язку із вчиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною.

Аналізуючи зміст ст. 1166 ЦК України Є.О. Харитонов звертає увагу, що вона підлягає поширювальному трактуванню. Це слідує з того, що, хоча вона називається «Загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду», але в ній визначаються підстави не лише відповідальності, але й відшкодування шкоди взагалі, тобто, охоплюються правові категорії, які відрізняються низкою ознак. По-перше, «відповідальність» – це застосування санкцій, пов'язане з осудом поведінки порушника, тоді як «відшкодування шкоди» можливе і за відсутності поведінки особи, яка завдала шкоду (ст. 1187 ЦК). По-друге, відповідальність настає за наявності складу правопорушення, а відшкодування шкоди можливе і у випадку завдання її об'єктивно протиправною дією (ст. 1178 ЦК). По-третє, відповідальність завжди має метою виховний вплив на порушника, а відшкодування шкоди – захист інтересів потерпілого. Якщо в раніше чинному цивільному законодавстві йшлося про «відповідальність» за завдання шкоди (ст. 440 – 443, 445 – 452, 456 – 457, 461 ЦК УРСР 1963 р.), то в ЦК термін «відповідальність» використовується лише у ст. 1166, 1167, 1194, а в решті норм глави 82 ЦК йдеться про «відшкодування шкоди» [162, с. 1070].

Майновим і особистим немайновим благам суб'єктів цивільного права в процесі зловживання права нерідко заподіюється шкода. Дана позиція практично підтверджується тим, що більшість справ, що розглядаються в судах загальної юрисдикції, пов'язані з відшкодуванням завданої шкоди.

Інститут відшкодування шкоди в цивільному законодавстві — це інститут, що забезпечує реакцію суспільства на порушення норм права та виконує відновлювальну функцію, спрямовану на приведення майнового стану потерпілого до стану, що існував до правопорушення. За своєю суттю інститут відшкодування шкоди також відіграє допоміжну роль у забезпеченні виконання функцій іншими інститутами.

Відшкодування збитків — це одна з форм цивільно-правової відповідальності, яка залежно від підстав виникнення поділяється на договірну та позадоговірну.

Відповідальність, що настає в разі завдання будь-кому протиправної шкоди, коли заподіювач не перебуває в договірних відносинах із потерпілим, є деліктною (позадоговірною) відповідальністю.

Деліктна відповідальність — це наслідок позадоговірного завдання шкоди, що пов'язується з виникненням деліктного зобов'язання. За деліктним зобов'язанням правопорушник зобов'язаний у повному обсязі відшкодувати завдану шкоду, а інша сторона має право вимагати від заподіювача виконання цього зобов'язання. На відміну від договірної відповідальності, деліктна відповідальність є наслідком порушення загального правила — не завдавати шкоди іншому, тобто абсолютного права особи. Наслідком реалізації деліктної відповідальності є відновлення первинного стану потерпілого. Зобов'язання з відшкодування завданої шкоди — це позадоговірні зобов'язання, що виникають внаслідок порушення особистих немайнових і майнових прав потерпілого. Такі зобов'язання мають абсолютний характер і спрямовані на забезпечення найбільш повного відновлення цих прав за рахунок заподіювача шкоди або за рахунок інших осіб, на яких законом покладено обов'язок її відшкодування.

За загальним правилом заподіювач шкоди зобов'язаний відшкодувати завдану шкоду в натурі, тобто передати річ того самого

роду й такої самої якості чи полатодити пошкоджену річ або, у випадку неможливості відновлення попереднього статусу, відшкодувати завдані збитки в повному обсязі.

Розмір нанесених збитків, що підлягають відшкодуванню заподіювачем шкоди потерпілому, відповідно до ЦК України визначається відповідно до виконання робіт, необхідних для відновлення пошкодженої речі, або реальної вартості втраченого майна на момент вирішення спору. Отже, при вирішенні питання щодо способу відшкодування пріоритетним перед відшкодуванням збитків визнається обов'язок боржника відшкодувати шкоду в натурі, тобто надати річ того самого роду і якості або ж полатодити пошкоджену річ. Однак, даний спосіб є найменш характерним для відносин відшкодування шкоди, завданої під час зловживання правами в Інтернеті. Саме тому мова, зазвичай, ведеться про відшкодування саме збитків, завданих особі.

Незалежно від способу відшкодування шкоди заподіювач на вимогу потерпілого відшкодовує завдану ним шкоду в повному обсязі, включаючи й неодержані доходи.

Суб'єктом деліктної відповідальності є особа, яка завдала шкоду. Винятком із загального правила може бути випадок, коли безпосередній заподіювач шкоди та суб'єкт відповідальності не збігаються в одній особі, що прямо передбачено цивільним законодавством. Так, серед випадків неспівпадіння заподіювача та суб'єкта відповідальності закон передбачає відшкодування юридичною чи фізичною особою шкоди, завданої їхнім працівником під час виконання своїх трудових (службових) обов'язків; відшкодування шкоди, завданої посадовою або службовою особою органів державної влади; відшкодування шкоди, завданої малолітньою чи неповнолітньою особою; відшкодування шкоди фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення [162].

Суб'єктний склад зобов'язань із відшкодування шкоди в процесі їх реалізації як у межах матеріального права, так і в судовому процесі, може змінюватись. У суб'єктному складі може відбуватися заміна як потерпілого, так і суб'єкта деліктної відповідальності. Зокрема, така заміна може настати за умови суброгації та регресу. При суброгації на підставі відповідного акта відбувається перехід до страховика права вимоги, яке страхувальник має щодо заподіювача, тобто особи, винної в збитках [78].

Важливо також сказати, що деліктна відповідальність має суттєву відмінність від договірної відповідальності. Відшкодування шкоди відбувається на підставі імперативних цивільно-правових норм, дію яких неможливо змінити за згодою сторін, тоді як у договірній відповідальності умови можуть встановлюватися договором. Одночасно, дискусійним є питання врегулювання спору щодо відшкодування завданої шкоди при укладанні договорів в Інтернеті, адже щодо договорів, вчинених під впливом обману нерациональним є використання мір договірної відповідальності через дефект волі сторони в даному випадку.

З позицій теорії цивільного права для настання деліктної відповідальності необхідною вимогою є наявність складу правопорушення, а саме: протиправна поведінка заподіювача шкоди, наявність шкоди, причинний зв'язок між шкодою та протиправною поведінкою заподіювача, вина заподіювача.

Протиправність поведінки заподіювача шкоди характеризується тим, що неправомірна поведінка особи, яка завдала шкоду, як умова деліктної відповідальності передуює відшкодуванню. Тобто відшкодуванню підлягає шкода, завдана неправомірними, протиправними діями.

Протиправна поведінка особи – це діяння, які насамперед порушують норму права й одночасно порушують суб'єктивне право іншої конкретної особи. Таким чином, будь-яке завдання шкоди особі чи майну слід розглядати як протиправне. Протиправна поведінка найчастіше виражається в активних діях, які спричинили збитки в майновій сфері особи чи немайнових відносинах.

Поведінка заподіювача шкоди може полягати не тільки в його активних діях, а й у бездіяльності. Бездіяльність визнається протиправною, якщо особа, яка зобов'язана вчинити певні дії, свідомо їх не виконує.

Законом також передбачено випадки, коли шкоду було заподіяно, але поведінку заподіювача шкоди закон не визнає протиправною. Таким чином, шкоду може бути завдано й правомірними діями, до яких можна віднести дії, вчинені під час самозахисту від протиправних посягань; дії у стані крайньої необхідності, а також необхідну оборону, тобто дії з метою захисту законних прав та інтересів від протиправного посягання [78].

Питання щодо відповідальності за такі дії вирішується в законодавстві по-різному. Так, шкода, завдана під час самозахисту, у стані необхідної оборони, якщо не були перевищені її межі, не підлягає відшкодуванню.

Якщо ж шкода завдана у стані крайньої необхідності, то її має відшкодувати особа, яка її завдала, з правом зворотної вимоги до особи, в інтересах якої вона діяла. Обов'язок відшкодування шкоди може бути покладено на особу, в чиїх інтересах діяв заподіювач шкоди.

Але слід зазначити, що відшкодування шкоди за правомірне діяння не може розглядатися як деліктна відповідальність. Це стосується як відшкодування шкоди у стані необхідної оборони, так і крайньої необхідності. У зазначених випадках відсутня протиправність у діях заподіювача шкоди.

Обов'язковою передумовою виникнення відповідного деліктного зобов'язання є наявність об'єктивного причинно-наслідкового зв'язку, який пов'язується з протиправною поведінкою заподіювача шкоди та негативними наслідками такої поведінки.

Однією з особливостей деліктної відповідальності є те, що вона може наставати навіть без наявності вини заподіювача шкоди. Наприклад, відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, тобто діяльністю, яка пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів; зберіганням хімічних, радіоактивних речовин; утриманням диких звірів – що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює. У такому випадку вина заподіювача шкоди не вимагається, тобто особа, яка завдала шкоди джерелом підвищеної небезпеки, відповідає й за випадкове її завдання, без наявності вини. Дана обставина є надзвичайно важлива для з'ясування наслідків зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті, адже у випадках зловживання права в мережі суб'єкти такого зловживання зазвичай заперечують наявність у них вини.

Отже, інститут відшкодування шкоди, завданої зловживанням прав при укладенні договорів в Інтернеті надзвичайно важливий для регулювання відповідних цивільних правовідносин та має свою специфіку. Зокрема він виконує важливу відновлювальну функцію, без якої суть цивільного права в Інтернеті загалом зводиться до мінімуму. Крім того, даний інститут виконує й допоміжну функцію, яка полягає в забезпеченні функціонування інших цивільно-правових інститутів. Основні положення й особливості функціонування інституту відшкодування шкоди, завданої зловживанням правами при укладенні договорів в Інтернеті закріплені в цивільному законодавстві та потребують детального дослідження.

4.2. Порядок визначення розміру та відшкодування збитків, завданих в результаті зловживання правами при укладенні споживчих договорів в Інтернеті

Платформи інтернет-торгівлі зазвичай встановлюють додаткові обмеження, покликані убезпечити сторону договору від зловживань з боку іншого контрагента. До таких обмежень зазвичай відносяться заходи технічного характеру (заборона існування декількох акаунтів, пов'язаних з однією особою, заборона участі в інтернет-аукціонах афілійованих осіб, утримання грошових сум до фактичного виконання умов договору сторонами), фінансового характеру (необхідність сплати комісії за виставлення об'яви, продаж товару тощо) або відповідальності до порушників (зменшення рейтингу, блокування акаунту, зменшення кількості доступних функцій).

Дані заходи можуть також слугувати додатковими елементами системи спрощення порядку відшкодування шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні споживчих договорів в Інтернеті.

Цікавим у цьому сенсі є досвід вирішення питання про визначення розміру завданої шкоди у випадку ухилення від укладення договору за результатами інтернет-аукціону. Верховний суд ФРН при вирішенні справи щодо відшкодування завданої таким чином шкоди 2014 року встановив, що Ebay-аукціони принципово є пропозиціями укладення договору купівлі-продажу з умовою, тобто, обов'язковість укладення договору до закінчення аукціону може бути обмежена.

Унаслідок цього обмеження договір купівлі-продажу може бути не укладено в разі, якщо Ebay-аукціон відміняється з поважної причини. Поважна причина зупинки Ebay-аукціону може бути пов'язана як з обмеженнями, передбаченими законодавством Німеччини, так і з порушенням правил торгівлі Ebay-платформи [23].

Таким чином, будь-який Ебай-аукціон слід розуміти як ofertу з умовою її можливого обґрунтованого відкликання. Верховний суд Німеччини вказав при цьому на своє попереднє Рішення від 8 червня 2011 року (VIII ZR 305/10) і на § 145 Цивільного Кодексу (BGB) [181].

Початковим пунктом даного рішення послужив спір, який викликала виставлена в кінці грудня 2011 року на Ебай-платформі пропозиція про продаж двигуна до автомобіля. 4 січня 2012 року продавець зняв свою пропозицію і, таким чином, перервав аукціон. До цього моменту ціна двигуна досягла вже 1509 євро.

У позасудовому листуванні з майбутнім позивачем продавець повідомив йому, що він уже продав двигун, так як отримав більш вигідну пропозицію поза межами Ебай-платформи [23].

Покупець, права якого були порушені, у свою чергу, вказав продавцю на те, що це не є законною підставою для скасування Ебай-аукціону і зажадав відшкодування збитку в розмірі 3500 євро, обґрунтовуючи свою вимогу різницею між ринковою вартістю двигуна в розмірі 5000 євро і його ставкою.

Відповідно, з цієї скаргю покупець звернувся до місцевого суду міста Волфсбург. У самому процесі, однак, відповідач представив інше обґрунтування дострокового закінчення Ебай-аукціону. За його твердженням, двигун не міг бути допущений до установки на транспортному засобі, про що він не знав, виставляючи його на Ебай-аукціон. Таким чином, в описі властивостей виставленого їм на аукціон предмета була допущена помилка, про яку він дізнався тільки під час аукціону, і внаслідок якої він був змушений, щоб уникнути негативних наслідків, достроково припинити Ебай-аукціон.

Після того, як суд першої інстанції відхилив позов, позивач подав апеляцію до Земельного суду міста Брауншвейг, який змінив попереднє рішення і задовольнив скаргу позивача.

Відповідач, у свою чергу, не погодився з цим рішенням і звернувся за роз'ясненням до Верховного суду Німеччини, з проханням скасувати рішення Земельного суду міста Брауншвейг і залишити в силі перше рішення суду міста Волфсбург.

Верховний суд Німеччини розглянув дану справу і вказав в першу чергу на те, що згідно зі статтями 280 частина 1 та 281 частини 1, 3 Цивільного Кодексу (BGB) позивач мав право вимагати відшкодування збитку в розмірі 3500 євро, як різницю між ринковою вартістю двигуна в розмірі 5000 євро і його ставкою.

Далі Верховний суд Німеччини встановив, що до моменту скасування Ебай-аукціону між продавцем і дав найвищу ставку покупцем було укладено дійсний договір купівлі-продажу. Отже, продавець мав право тільки за певних, встановлених законом, обставин зупинити Ебай-аукціон і відкликати свою пропозицію.

І хоча в даному випадку, на думку суду, відповідач все-таки міг мати законну підставу зупинити Ебай-аукціон і відкликати свою пропозицію, він повинен був про це відразу ж повідомити покупцеві, що, однак, не було зроблено.

Обґрунтовуючи своє рішення тим, що суд другої інстанції не встановив, чи дійсно в основі зупинки Ебай-аукціону лежала помилка, Верховний суд скасував його рішення і відправив справу назад на повторний розгляд.

Таким чином, судом було визначено, що зупинка Ебай-аукціону можлива тільки при наявності законної підстави, пов'язаної або з обмеженнями, передбаченими законодавством, або з порушенням правил торгівлі Ебай-платформи [23].

Окрім збитків зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті може призводити й до завдання моральної шкоди. Право особи на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав

передбачено Цивільний кодекс України, Конституцією України та багатьма іншими нормативно-правовими актами. Так, ст. 16 ЦК України закріплює, що одним із способів захисту цивільних прав та інтересів кожної людини є відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Згідно чинного вітчизняного законодавства під моральною шкодою розуміються втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній або юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб.

Підставами для відшкодування моральної шкоди можуть бути: порушення майнових прав (ст.386, ст.396 ЦК України), особистих немайнових прав особи (ст.280 ЦК України), а також зобов'язань у випадках, передбачених договором або законом (ст.611 ЦК України), прийняття неправомірних рішень, а також дій чи бездіяльності органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб (ст. 1167 ЦК України) заподіяння каліцтва, іншого ушкодження здоров'я або смерті особи (ст. 1168 ЦК України) та інші.

Такий спосіб захисту прав та інтересів суб'єктів цивільного права, як відшкодування моральної шкоди, було впроваджено у вітчизняне законодавство під час прийняття Закону України «Про внесення змін і доповнень до положень законодавчих актів України, що стосуються захисту честі, гідності та ділової репутації громадян і організацій» 6 травня 1993 р. Даним Законом Цивільний Кодекс УРСР 1963 року було доповнено новим способом захисту цивільних особистих прав – відшкодування моральної шкоди. Згодом на рівні Конституції України було закріплено право на відшкодування моральної шкоди (статті 32, 56, 62, 152).

Згідно ч.1 ст.23 чинного Цивільного кодексу України особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення

її прав. Під моральною шкодою зазвичай розуміються втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній або юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб [161].

Зобов'язання з відшкодування будь-якої шкоди може виникати на підставі порушення охоронюваних законом суб'єктивних особистих немайнових і майнових прав та інтересів відповідних суб'єктів. У сучасній правозастосовчій практиці переважає підхід, за яким одне правопорушення може призводити до настання негативних наслідків для суб'єкта права як у майновій, так і немайновій сферах, а отже, бути підставою для відшкодування як майнової, так і моральної шкоди. Моральна шкода відшкодовується незалежно від майнової шкоди, спричиненої тим же правопорушенням, а розмір моральної шкоди не пов'язаний із розміром майнової шкоди.

Чинне законодавство закріплює два випадки відшкодування моральної шкоди, а саме компенсація моральної шкоди може бути визначена умовами договору або її настання передбачено законодавством.

Однак, Верховним Судом при розгляді справи № 216/3521/16-ц було зроблено висновок, що судами має враховуватися той факт, що моральна шкода за порушення цивільно-правового договору може бути компенсована і в тому разі, якщо це прямо не передбачено законом або тим чи іншим договором, і підлягає стягненню на підставі статей 16 та 23 ЦК України і статей 4 та 22 Закону про захист прав споживачів навіть у тих випадках, коли умовами договору право на компенсацію моральної шкоди не передбачено [110].

Таким чином, Верховним Судом було змінено правову позицію щодо підстав виникнення права на відшкодування моральної шкоди за споживчими договорами, висловлену в постанові Великої Палати Верховного Суду від 20 березня 2019 року у справі № 761/26293/16-ц,

згідно положень якої «відшкодування моральної шкоди в разі порушення зобов'язання (стаття 611 ЦК України) може здійснюватися виключно у випадках, що прямо передбачені законом, а також якщо умови про відшкодування передбачені укладеним договором. Відповідно до положень статей 4, 22 Закону України «Про захист прав споживачів» споживачі мають право на відшкодування моральної шкоди тільки в разі її заподіяння небезпечною для життя і здоров'я людей продукцією у випадках, передбачених законом» [98].

Таким чином, Верховним Судом було визнано, що статті 4 та 22 чинного Закону про захист прав споживачів передбачають право суб'єкта цивільного права на відшкодування моральної шкоди у правовідносинах між споживачами та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг.

Дане положення є цілком актуальним для моральної шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів у мережі Інтернет, адже для такого виду договорів характерна відсутність серед умов договору положень щодо відшкодування моральної шкоди за порушення умов такого договору сторонами.

Розширення сфери застосування норм Закону України «Про захист прав споживачів» на відносини, що відбуваються із застосуванням сучасних технологій, у сфері електронної комерції та використання розширеного підходу до визначення підстав відшкодування моральної шкоди – позитивний імпульс для збільшення обсягів договірних відносин у сфері Інтернет та поліпшення їх захищеності від порушення прав та інтересів споживачів.

Важливим питанням для успішного відшкодування завданої моральної шкоди в результаті зловживання правами при укладенні договорів у мережі Інтернет є об'єктивне та вмотивоване визначення розміру такої шкоди. Саме тому стає питання механізму визначення

розміру моральної шкоди, завданої при укладенні договорів в мережі Інтернет.

В абсолютній більшості випадків суд визначає розмір завданої моральної шкоди самотійно. Дане твердження ґрунтується на ч. 3 ст. 23 ЦК України: «Розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вина є підставою для відшкодування, а також з урахуванням інших обставин, які мають істотне значення. При визначенні розміру відшкодування враховуються вимоги розумності і справедливості» [161].

Юридичним базисом для коректного визначення розміру будь-якої заподіяної моральної шкоди попри відсутність юридичного прецеденту серед джерел права в Україні слід вважати постанову Пленуму Верховного Суду України №4 від 31.03.1995 «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», в якій Верховним Судом України було визначено коло обставин, які підлягають з'ясуванню під час вирішення судом питання щодо відшкодування моральної шкоди.

Згідно з ч. 2 п. 5 Постанови, доведенню підлягають:

- 1) наявність моральної шкоди;
- 2) протиправність діяння її заподіювача;
- 3) наявність причинного зв'язку між шкодою і протиправним діянням заподіювача;
- 4) наявність вини останнього в заподіянні шкоди [121].

Отже, судом має бути з'ясовано, чим підтверджується факт заподіяння моральних чи фізичних страждань або втрат немайнового характеру, за яких обставин чи якими діями (бездіяльністю) вони

заподіяні, в якій грошовій сумі чи в якій матеріальній формі позивач оцінює заподіяну йому шкоду та з чого він при цьому виходить, а також інші обставини, що мають значення для вирішення спору [37]. Аналіз судової практики дає змогу зробити висновок, що вищезазначені обставини є ключовими для успішного доказування наявності певного розміру моральної шкоди.

Визначаючи розмір відшкодування моральної шкоди, суд повинен наводити в рішенні відповідні мотиви – такий висновок зробив Верховний Суд у постанові №205/5260/16 [100].

Які ж особливості є в механізмі визначення розміру моральної шкоди завданої при укладенні договорів у мережі Інтернет? Очевидно, що такі особливості зумовлені особливостями самих договорів у мережі Інтернет. Серед таких особливостей необхідно назвати відносна невизначеність контрагента за договором; обмеженість інформації щодо продукту щодо якого здійснюється правочин; особливості здійснення оферти та акцепту за такими видами договорів. Дані особливості зумовлюють специфіку визначення розміру моральної шкоди, а саме визначення суб'єкта заподіяння шкоди, його вини та причинно-наслідкового зв'язку між його діяльністю та настанням негативних наслідків для особи.

ВИСНОВКИ

В умовах пандемії COVID-19 карантин в Україні зумовив обмеження цивільних прав у сфері договірного права, визначення пріоритету електронної форми договору в умовах необхідності забезпечення охорони здоров'я суспільства. У межах дослідження було доведено, що механізми захисту суб'єктивних прав у мережі Інтернет потребують доопрацювання та пристосування до умов карантинних заходів.

Чинне вітчизняне законодавство передбачає можливість укладення договорів у електронній формі. Електронний договір має містити усі істотні умови, встановлені чинним законодавством для такого виду договорів. Договори, укладені в електронній формі, прирівнюються за юридичною силою до правочинів, укладених у письмовій формі. Законодавець надає широкий перелік можливостей укладення договорів в Інтернеті, однак чинне законодавство та судова практика з питань захисту прав сторін договорів в Інтернеті потребують вдосконалення шляхом закріплення додаткових гарантій дотримання прав сторонами договірних правовідносин під час укладення договору в Інтернеті, а також більшої деталізації процесу та способів надання та засвідчення електронних доказів.

Слушним видається подальше узагальнення касаційними судами практики застосування частини 3 статті 13 ЦК України та розширення легальної дефініції поняття зловживання правом. Це дозволить значним чином поліпшити розуміння цього інституту і розвинути практику його застосування відповідно до його первинного призначення.

Питання зловживання суб'єктивними правами при укладенні договорів у мережі Інтернет є дійсно актуальним та нагальним для вирішення в сучасних реаліях розвитку цифрових технологій. Дії осіб у

мережі Інтернет можуть мати ознаки зловживання суб'єктивними правами, пов'язаними зі зловживанням свободою договору, за умов наявності у сторін дієздатності; наявності факту вчинення конкретних дій чи бездіяльності, спрямованих на реалізацію свободи договору; перевищення меж, реалізації свободи договору; наявності умислу з метою досягнення певної мети.

В умовах інтернет-середовища зловживання правом набуває специфічних форм, що пояснюється особливостями комунікації між сторонами договору. Серед найбільш поширених зловживань правом при укладенні договорів в Інтернеті залишається свідоме введення в оману сторони потенційного договору недостатнім визначенням статусу пропозиції в Інтернеті.

Для споживача розмитість меж таких пропозицій означає втрачену нагоду укладення угоди, адже споживач, натискаючи на відповідну кнопку «Купити», залишається впевненим, що вже придбав товар за вказаною ціною, однак продавцем дана згода використовується для укладення іншої, не вигідної покупцю угоди або інших зловживань.

Аналогічним за формою зловживанням є застосування двозначних для тлумачення даних опису товарів і умов доставки. Введення в оману потенційного покупця – є прямим порушенням законодавства у сфері захисту прав споживачів. Велике значення для нівелювання можливості зловживання правами при укладенні договорів на маркетплейсах має інформаційна складова переддоговірних відносин. Заявлені продавцем деталі оферти повинні бути сформульовані максимально недвозначно, а потенційний покупець повинен уважно вивчити інформацію про предмет договору.

Дві інші протилежні за змістом форми зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті полягають у примушенні до укладення договору та безпідставному ухиленні від укладення договору.

Безпідставне ухилення від укладення договору полягає у свідомій відмові від укладення договору при наявності необхідних підстав для його укладення – відмова відчуження на умовах ціни за аукціоном; відмова від укладення договору за результатами конкурсу; відмова від укладення публічного договору тощо.

Примушення до укладення договору зазвичай полягає в укладенні договору зі стороною поза її волею, в автоматичному режимі. Серед прикладів таких зловживань можна навести автоматичне продовження підписки інтернет-сервісу, додатку; укладення угод за замовчуванням (розсилки, участь в оновленні, прайм-сервіс) тощо. На відміну від законодавства ЄС вітчизняне законодавство не передбачає детального регулювання питань зловживання правами, що призводять до укладення автоматичних угод. Вітчизняна судова практика також не демонструє ефективних засобів захисту від примушення до укладення договорів в Інтернеті.

На жаль, вітчизняна судова практика не має прикладів розгляду спорів щодо скасування автоматичних підписок на стрімінгові сервіси тощо, однак з матеріалів судової практики сусідніх держав можемо зробити висновок, що при розгляді справ про повернення грошей за підписку, яка споживачеві не потрібна, суди зазвичай стають на бік сервісу.

Зловживання правом при укладенні договорів на онлайн-аукціонах може вчинятися саме користувачами платформи, а сам сервіс не може притягатися до відповідальності за порушення цивільних прав своїх користувачів продавцями.

Наступним потенційно шкідливим для сторони договірних правовідносин способом використання свободи договору є проведення переговорів без мети укладення договору. Типовим випадком такого зловживання правом є імітація переддоговірної діяльності (розміщення рекламних оголошень, публічна обіцянка винагороди, проведення переговорів), яка має на меті збір персональних даних з метою формування баз персональних даних для рекламних акцій або маркетингових досліджень. Такий вид діяльності характерний для ріелторів та інших посередників та рекламних компаній, які таким чином формують необхідні для їх комерційної діяльності бази потенційних клієнтів, об'єктів тощо.

Слід констатувати необхідність імплементації положень законодавства ЄС в сфері захисту цивільних прав в мережі Інтернет та уніфікації положень чинного цивільного законодавства в питанні заборони зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. Додаткової актуальності в реаліях сьогодення набувають питання захисту персональних даних осіб, що вступають у договірні відносини в Інтернеті, а також проблемні питання відшкодування шкоди, завданої зловживаннями прав при реалізації свободи договору в Інтернеті.

На сьогоднішній день в юридичній практиці наявна тенденція до надмірного посилення на зловживання правом. Однак, за такими діями часто криється відсутність позиції для захисту від неминучого стягнення.

Інститут відшкодування шкоди, завданої зловживанням прав при укладенні договорів в Інтернеті надзвичайно важливий для регулювання відповідних цивільних правовідносин та має свою специфіку. Зокрема, він виконує важливу відновлювальну функцію, без якої суть цивільного права в Інтернеті загалом зводиться до мінімуму. Крім того, даний інститут виконує й допоміжну функцію, яка полягає в забезпеченні функціонування інших цивільно-правових інститутів. Основні положення

й особливості функціонування інституту відшкодування шкоди, завданої зловживанням правами при укладенні договорів в Інтернеті закріплені в цивільному законодавстві та потребують детального дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНІХ ДЖЕРЕЛ

1. «Никто не думает о eBay»: что случилось с одной из крупнейших торговых площадок в мире и почему она продаёт свои активы. URL: <https://vc.ru/trade/110338-nikto-ne-dumaet-o-ebay-cto-sluchilos-s-odnoy-iz-krupneyshih-torgovyh-ploshchadok-v-mire-i-pochemu-ona-prodaet-svoi-aktivy>
2. «SMART споживач» опис платформи та її функціональні можливості / Департамент розвитку підприємництва та регуляторної політики. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=bba83927-5c1f-433c-9fe5-5830c09dc4f7&title=SmartSpozhyvachOpisPlatformiTaYiiFunksionalniMozhlivosti>
3. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве. *Известия АН СССР. Отделение экономики и права.* 1946. № 6. С. 401–464.
4. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве. *Изв. АН СССР. Отд. экономики и права.* 1946. № 6. С. 422–436.
5. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве. *Изв. АН СССР. Отд. экономики и права.* 1946. № 6. С. 424–436.
6. Бакалінська О.О. Категорія «добросовісність» у цивільному праві України. *Часопис Київського університету права.* 2011. № 4. С. 200-204.
7. Барбашин С. Електронні документи: використання у господарській діяльності та суді. URL:

<https://www.hsa.org.ua/blog/elektronni-dokumenty-vykorystannya-u-gospodarskij-diyalnosti-ta-sudi/>

8. Бачинин В.А. Этика: энциклопедический словарь. СПб.: Издательство Михайлова В. А., 2005. 288 с.

9. Белоножкин А.Ю. Содержание и формы злоупотребления субъективным гражданским правом: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Волгоград, 2005. 206 с.

10. Белова Ю. Приватне життя та захист персональних даних в інтернет-середовищі. *Закон і бізнес*. 2020. URL: https://zib.com.ua/ua/147211-privatne_zhittya_ta_zahist_personalnih_daniv_v_internet-sere.html

11. Белянцев М. І., Шестопалова Л. В. Інфраструктура товарного ринку. Київ. Центр навчальної літератури, 2005. 416 с.

12. Боброва Д.В. Зобов'язання, що виникають з публічного обіцяння винагороди (оголошення конкурсу). Цивільне право: навчальний посібник для студентів юрид. вузів та факультетів. С. 301

13. Богарада С. Правові аспекти організації роботи маркетплейсів. URL: <https://legalitygroup.com/pravovi-aspekty-marketplace/>

14. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. М. 1999. С. 225.

15. Булеца С.Б. Здійснення та виконання суб'єктивних цивільних прав та обов'язків у медичних правовідносинах. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. Вип. 43. С. 111-115.

16. Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав. М.: «ВолтерсКлувер», 2009. 203 с.

17. Введення в оману: відповідальність. Обман і помилка – в чому різниця? URL: <https://bizreview.com.ua/vvedennya-v-omanu-vidpovidalnist-obman-i-pomilka-v-chomu-riznitsya/>

18. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. В.Т. Бусел. Київ: ВТФ «Перун», 2005. 3209 с.
19. Ветер Н.Ю. Злоупотребление правом при осуществлении вещных прав. *Научный журнал КубГАУ*. 2015. № 2 (106). С. 468-483.
20. Використання права на зло. Касаційні суди ВС сформували концепцію «вжиття права на зло» поступово вивівши її із зловживання правом. *Юридична практика*. 2021. № 35-36 (1236-1237). URL: <https://pravo.ua/articles/vykorystannia-prava-na-zlo/>
21. Відкриваємо Маркетплейс. URL: <https://legal-support.top/vidkrivaemo-marketplace/>
22. Волков В.А. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики. Москва: Волтерс Клувер, 2009. 464 с.
23. Гамзе О. Ebay-аукционы необходимо рассматривать как предложения с оговоркой. *Neue Zeiten*. 2019. URL: <http://neuezeiten.rusverlag.de/2019/03/02/7711/>
24. Глушко С. Гра з правочинами: за допомогою яких дій боржник намагається унеможливити повернення боргу. 2021. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1167934/>
25. Гоголіна Г.В. Застосування основних принципів електронної комерції при проведенні інтернет-аукціону. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 1. С. 162-165.
26. Голубева Н. Порядок заключения договоров в электронной форме по законодательству Украины. *ЯиЗакон*. 2016. URL: <https://yaizakon.com.ua/poryadok-zaklyucheniya-dogovorov-v-elektronnoj-forme-po-zakonodatelstvu-ukrainy/>
27. Голубева Н.Ю. Порядок укладення договорів в електронній формі за законодавством України. *Методологічні засади вдосконалення цивільного процесуального права : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф.*

до 150-річчя від дня народження Є. В. Васьковського (8 квітня 2016 р.).
Одеса : Юрид. л-ра, 2016. С. 3-10.

28. Гончаренко Є. «Використання права на зло»: практика Верховного Суду. URL: <https://blog.liga.net/user/yehoncharenko/article/39339>

29. Гончарова А.В., Фавстіна М.В. Правова природа виникнення зобов'язань з гри й парі: теоретичне формулювання та правові колізії. Наук. вісн. Ужгород. нац. ун-ту. Серія «Право». 2015. Вип. 31, т. 2. С. 28–30.

30. Горбась Д.В. Здійснення суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб: поняття, способи, межі : автореф. дис. ... канд. юрид. Наук : 12.00.03. – К., 2009. 20 с.

31. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>

32. Гражданское право: учебник: в 3 т. / А.П. Сергеев [и др.]; под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: ТК Велби, 2002. Т. 1. 632 с.

33. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 2001. 411 с.

34. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 2001. 411 с.

35. Держпродспоживслужба: Кількість скарг на зловживання в сфері інтернет-торгівлі в Україні зростає. Питання потребує врегулювання на законодавчому рівні. Урядовий портал. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/249822720>

36. Дроздов О. Порухення прав людини в Інтернеті: кого притягати до відповідальності та як довести вину. *Закон і бізнес*. 2020. URL: https://zib.com.ua/ua/132023-porushennya_prav_lyudini_v_interneti_kogo_ta_yak_prityagati_.html

37. Дроздова О. Відшкодування моральної шкоди: як правильно виразити переживання у гривнях? *Юрліга*. URL: https://jurliga.ligazakon.net/analytics/182283_vdshkoduvannya-moralno-shkodi-yak-pravilno-viraziti-perezhivannya-u-grivnyakh
38. Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М.: Лекс–Книга, 2002. 160 с.
39. Жутова С.М. Особливості укладання угод через мережу Інтернет. *Молодий вчений*. 2017. № 11. С. 875-879.
40. Загальна декларація прав людини ООН від 10 грудня 1948 р. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_015.
41. Зайцева С.Г. Злоупотребление правом» как правовая категория (вопросы теории и практики): дис. ... кандидата юрид. наук. Коломна, 2003. 198 с.
42. Звіт за результатами дослідження ринку реалізації арештованого майна шляхом проведення електронних торгів: Схвалено Антимонопольним комітетом України протокол № 67 від 20.09.2016. URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/imported_content/5d690f4390511.pdf
43. Звонарева О. О правовой основе заключения договоров через Интернет. *ItWeek*. 2013. URL: <https://www.itweek.ru/infrastructure/article/detail.php?ID=151674>
44. Зловживання процесуальними і матеріальними правами – судді ВС розповіли про судову практику. 2021. <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1114247/>
45. Зміни в Законі України «Про захист прав споживачів». URL: <http://oblvet.org.ua/novini/zmni-v-zakon-ukrani-pro-zahist-prav-spojivachv/>
46. Иоффе О. С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 786.

47. Іванов В. Правове регулювання інтернет. Деякі аспекти. Харківська правозахисна група. 2002. URL: <https://khpg.org/1039006699>
48. Ігнатенко В. М. Конкурс в цивільному праві. *Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб.* 2000. № 42. С. 61—62.
49. Карнаух Б. Зловживання правом та його правові наслідки. Підприємство, господарство і право. 2020. № 9. С. 31-36.
50. Кізлова О.С. Право на захист персональних даних у мережі Інтернет. *Науковий вісник ХДУ: Серія Юридичні науки.* 2018. № 2. Т. 1. С. 52-56.
51. Климачева К. Ссылка на недобросовестность: когда использовать и как отбиваться. *Право.РУ.* 2020. URL: https://pravo.ru/story/225570/?mob_search=
52. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах від 23.11.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_e71#Text
53. Кот О.О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики. Київ: Алерта, 2017. 494 с.
54. Кочеров М. Електронне повідомлення – реклама чи оферта? *Ліга Закон.* 2019. URL: <https://uz.ligazakon.net/#/articles/EA012772/2/2>
55. Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты. М.: Волтерс Клувер, 2010. 208 с.
56. Кривошеев Н.А. Актуальные правовые проблемы электронной коммерции в Европейском союзе. *Традиции и новации в системе современного российского права.* 2018. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=4hZqDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false>
57. Кузьміна М.М. Правове регулювання захисту прав споживачів в Інтернет-торгівлі. *Право та інновації.* 2014. № 3. С. 36-42.

58. Курц Н. А. Порядок заключения договоров и структура договорных связей в государственных и муниципальных закупках: монография. Москва: Юстицинформ. 2018. 196 с.

59. Куценко С. Захист особистих та персональних даних в Інтернеті: проблеми законодавчого врегулювання. *Українське право*. 2017. URL: https://ukrainepravo.com/scientific-thought/legal_analyst/zakhist-osobistikh-ta-personalnikh-danikh-v-interneti-problemi-zakonodavchogo-vregulyuvannya/

60. Легальные букмекерские конторы в Украине. Легальні букмекери. 2021. URL: <https://legalnibukmekery.com/ru/>

61. Ленгер Я.І. Поняття та критерії категорії добросовісності в праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія Право*. 2008. Вип. 9. С. 34–36.

62. Лерхе П. Пределы основных прав. *Государственное право Германии*. Т. 2. М., 1994. С. 234–240.

63. Лідовець Р.А. Право сторін на укладення договору не передбаченого законом, як один з елементів свободи договору. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. Збірник наукових статей. 2003. Випуск XI. С. 97 – 103

64. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук./ Київський Національний університет ім. Т.Шевченка. К., 2001. С.11.

65. Майна Г.Є. Співвідношення зобов'язань із публічної обіцянки винагороди, гри та парі. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 1. С. 88-91.

66. Максименко С.Т. Осуществление гражданских прав и исполнение обязанностей : дис. ... канд. юрид. наук: 12.712. Саратов, 1970. 280 с.

67. Малеин Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М.: Юрид. лит., 1985. 189 с.
68. Малиновский А.А. Злоупотребление правом. М.: МЗ-Пресс. 2002. 128 с.
69. Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва: Юрлитинформ, 2007. 352 с.
70. Малиновский А.А. Пределы субъективного права. URL:<http://www.zonazakona.ru/law/comments/138/>.
71. Малютина А. Приз за подписку: как устроены и чем оборачиваются розыгрыши в Instagram. *РБК*. 2021. URL: <https://style.rbc.ru/life/5fe499069a794778949bbdab>
72. Мартынив А. Злоупотребление правами. *Юридическая практика*. 2014. №33 (869). URL: <https://pravo.ua/articles/zloupotreblenie-pravim/>
73. Мирошникова Н.И. Механизм осуществления субъективных гражданских прав: учеб. пособие. Ярославль: Изд. Ярославского госуд. университета, 1989. 83 с.
74. Митник А.А., Єльчанінов Ю.В. Правові аспекти договірних відносин у мережі Інтернет. *Право і суспільство*. 2019. №5. С. 99-106.
75. Мілаш В.С. Правові аспекти виникнення та реалізації договірних відносин у мережі Інтернет. *Правове регулювання відносин у мережі Інтернет*: кол. монографія / кол. авторів А. П. Гетьман [та ін.]; за ред. С.В. Глібко, К.В. Єфремова. Харків, 2016. Розд. 2, підр. 2.1. С. 52–91.
76. Мілетич О.О. Зловживання правом: теоретико-прикладний аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2015. 18 с.
77. Мінекономіки ініціює регулювання інтернет-комерції. URL: <https://yur-gazeta.com/golovna/minekonomiki-iniciyue-regulyuvannya-internetkomerciyi.html>

78. Мішкоров О. Загальні положення й особливості відшкодування деліктної шкоди. *Юрист і Закон*. 2016. №40. URL: <https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine/900386>

79. Мойш М. Автоматическое продление подписки — это законно? 2021. URL: <https://journal.tinkoff.ru/subscription-renewal/>

80. Нагорний О. Судова практика ознак несправедливих умов договору. *Національна асоціація адвокатів України*. 2017. URL: <https://unba.org.ua/publications/2430-sudova-praktika-oznak-nespravedlivih-umov-dogovoru.html>

81. Насадюк А. Маркетплейс, предоставляющий информацию о продукте или услуге третьих лиц, не несет ответственности за распространение товара, нарушающего законодательство Европейского Союза. *Юридическая практика*. 2020. № 16-17 (1165-1166). URL: <https://pravo.ua/articles/marketplejs-ne-nesen-otvetvennosti-za-rasprostranie-kontrafakta-cherez-platformu/>

82. Недійсність електронного правочину. URL: https://protocol.ua/ru/nediysnist_elektronnogo_pravochinu_5/

83. Неруш М.Ю. Игры и пари (гражданско-правовой и криминалистический аспекты): автореф. дис. ... канд.. юрид. наук. Москва, 2003. 25 с.

84. Нечваль Я. Зловживання правом та «використання права на зло»: практичний аспект. URL: https://protocol.ua/ru/zlovgivannya_pravom_ta_vikoristannya_prava_na_zlo_p_raktichniy_aspekt/

85. Новицкий И. Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. Москва: Госюриздат, 1954. С. 153

86. Новоселова Л. А. Публичные торги в рамках исполнительного производства. Москва: Статут, 2006. 253 с.

87. Пандемия COVID-19. *Deutsche Welle*. 2021. URL: <https://www.dw.com/en/about-dw/s-30688>
88. Плигач Т. Стандартні договірні застереження: захист і гарантії передавання персональних даних третім країнам. *Юрист і Закон*. 2021. №33-34. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA015041
89. Поляков В. В., Щенин Р.К. Мировая экономика и международный бизнес. 5-е изд. стер., Москва, 2008. 688 с.
90. Полянський Т. Зловживання правом як специфічне правопорушення. *VIVAT IUSTITIA*. 2006. Вип. 5. С. 15-19.
91. Полянський Т. Т. Зловживання правом (загальнотеоретичне дослідження) : монографія. Київ: Ред. журн. «Право України» ; Харків: Право, 2013. 376 с.
92. Пономаренко К.Д. Визначення належного здійснення суб'єктивного цивільного права. *Правове життя сучасної України: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції* (м. Одеса, 17 вересня 2018 р.) / за ред. Г.О. Ульянової ; уклад.: О.В. Дикий, І.І. Братінов. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 459-461.
93. Поп-Стасів В., Струков Б. Як продати землю на eBay. Перспективи запровадження ринку землі в Україні. *Юридична газета*. 2019. №28-29 (682-683). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/zemelne-agrarne-pravo/yak-prodati-zemlyu-na-ebay.html>
94. Попов С. Що таке вживання права на зло: позиція Верховного Суду. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/194861-scho-take-vzhivannya-prava-na-zlo-pozitsiya-verkhovnogo-sudu>
95. Постанова Верховного Суду від 08 липня 2020 року у справі № 214/5314/17 (провадження № 61-41433св18). URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90591421>

96. Постанова Верховного Суду України від 09 лютого 2021 року у справі № 910/5251/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94802527?fbclid=IwAR2uD26lTW-9EzsP9DkJJoY--QrRAUXmhBTyu94RERc_3yy6_jwrUR8vkUxs
97. Постанова Верховного Суду України від 10 лютого 2021 року у справі № 754/5841/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94938438>
98. Постанова від 20.03.2019 № 761/26293/16-ц Верховний Суд. Велика Палата. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/81574008>
99. Постанова Касаційного господарського суду від 11.06.2019 р. у справі №904/2882/18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/82426143>
100. Постанова КЦС ВП від 03.05.2018 року у справі №205/5260/16. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS181206.html
101. Постанова КЦС ВС від 07 липня 2021 року у справі № 587/2051/18. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=98298873&red=1000033c7c5ac6bfb0ff8bbe4e5e97f2645ec1&d=5>
102. Постанова Судової палати у цивільних справах ВС України від 24.10. 2012 р., справа № 6-116цс12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27226081>
103. Постанова Судової палати у цивільних справах ВС України від 29.06.2016 р. у справі № 6-370цс16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58736540>
104. Постанова Судової палати у цивільних справах ВС України від 5 квітня 2017 року справа № 442/4240/14-ц, провадження № 6-2567цс16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66327934>

105. Постанова Судової палати у цивільних справах ВС України, справа № 6-372цс16 від 27.04.2016 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57463802>

106. Правила Віоліті (без авторизації). URL: <https://violity.com/rules>

107. Правила проведення електронних аукціонів із розподілу часток щорічної національної квоти на імпортування озоноруйнівних речовин: затв. наказом Державного підприємства «СЕТАМ» від 02.11.2017 р. № 92. URL :<https://setam.net.ua/pravila-torgiv-minpryrody>.

108. Правила проведення електронних торгів арештованими активами з АРМА: затв. наказом № 84 ДП «Сетам» від 26.10.2017 року. URL: <https://setam.net.ua/pravila-torgiv-arma>.

109. Правила та умови. URL: <https://parimatch.com/uk/terms-and-conditions>

110. Правова позиція від 01.09.2020 № 216/3521/16-ц. Про відшкодування моральної шкоди за порушення договору банківського вкладу. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/VSP04958>

111. Правове регулювання відносин у мережі Інтернет: монографія / за ред. С.В. Глібка, К.В. Єфремової. Харків : Право, 2016. 360 с.

112. Правові наслідки вчинення правочину під впливом обману. URL:

https://wiki.legalaid.gov.ua/index.php/%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D1%96_%D0%BD%D0%B0%D1%81%D0%BB%D1%96%D0%B4%D0%BA%D0%B8_%D0%B2%D1%87%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F_%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D1%87%D0%B8%D0%BD%D1%83_%D0%BF%D1%96%D0%B4_%D0%B2%D0%BF%D0%BB%D0%B8%D0%B2%D0%BE%D0%BC_%D0%BE%D0%B1%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D1%83

113. Приходько Г. Маркетплейсы по типам участников: C2C, B2C и B2B. *Rademade.com*. 2020. URL: <https://ru.wiki.rademade.com/marketplace-c2c-b2c-b2b>
114. Приходько Г. Типология маркетплейсов: 4 вида для понимания рынка с примерами. *Rademade.com*. 2020. URL: <https://ru.wiki.rademade.com/4-typology-of-marketplaces>
115. Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор: Закон України від 14.07.2020 № 768-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/768-20#Text>
116. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 № 851-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text>
117. Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 № 675-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text>
118. Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 № 1023-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text>
119. Про іпотеку: Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV. Дата оновлення: 19.10.2016. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/898-15/paran372#n372>
120. Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 р. № 922-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 9. ст. 89.
121. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: Постанова Верховного суду України від 31.03.1995 № 4. Офіційний вебпортал парламенту України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95#Text>
122. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 р. № 9. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09/>

123. Прокопенко В. Як укласти e-contract. *Юридична газета*. 2020. №19 (725). URL: <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/yak-uklasti-econtract.html>
124. Рассолов М.М. Информационное право. М.: Проспект, 2015. 352 с.
125. Резнікова В.В. Зловживання правом: поняття та ознаки. *Університетські наукові записки*. 2013. № 1. С. 23-35.
126. Резнікова В.В. Зловживання правом: поняття та ознаки. *Університетські наукові записки*. 2013. № 1. С. 23-35.
127. Рішення Київського районного суду м. Одеси № 96021287 від 26.03.2021. URL: <https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/96021287/>
128. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційними поданнями Вищого арбітражного суду України та Генеральної прокуратури України щодо офіційного тлумачення положень статті 2 Арбітражного процесуального кодексу України від 8 квітня 1999 року №3 рп/99. справа № 1-1/99. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99>
129. Рішення Суворовського районного суду міста Одеси від 17 червня 2021 р. у справі № 523/16981/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97887357>
130. Рогач О.Я. Зловживання правом: теоретико-правове дослідження. Ужгород: Ліра, 2011. 368 с.
131. Рогач О.Я. Ознаки зловживання правом. *Науковий вісник Ужгородського університету*: Серія: Право. в 2-х ч. / гол. ред. Ю.М. Бисага. 2011. Вип. 15, Ч. 1. С. 75–78.
132. Рубашенко М.А. Зловживання правом як загальноправова категорія: допустимість, сутність, кваліфікація. *Юридичний журнал*. 2010. № 4. С. 110–119.

133. Рябченко Ю.Ю. Судовий захист прав споживачів при придбанні продукції через Інтернет (постановка проблеми). *Форум права*. 2009. № 1. С. 484–490. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2009-1/09rjjipp.pdf>

134. Савчук Т. Робота, їжа, лікарі та концерти: як коронавірус ще більше переніс життя в інтернет. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.radiosvoboda.org/a/30495462.html>

135. Сазанова И.В. Злоупотребление субъективным гражданским правом: монография. Южно-Сахалинск: СахГУ, 2009. 120 с.

136. Самойлова М.В. Осуществление права личной собственности граждан СССР. *Вопросы гражданского права и процесса: сб. ст.* – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1969. С. 28–48.

137. Соловьев В. С. Оправдание добра. М.: «Республика», 1996. 588 с.

138. Соловьяненко Н.И. Правовые проблемы электронной коммерции. *Материалы I Всероссийской конференции «Право и интернет: теория и практика»* (2 ноября 1999 года, Москва). URL: <https://ifap.ru/pi/01/r02.htm>

139. Солонина Є. Сфера послуг і карантин: що змінилося для малого бізнесу. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://www.radiosvoboda.org/a/sfera-posluh-i-karantyn/30500236.html>

140. Сорока А. «Гра нікуди не поділася». Що відбувається з легалізацією букмекерів в Україні. *НВ*. URL: https://azart.nv.ua/ukr/news/mihaylo-koval-pro-bukmekerv-v-ukrajini-50175141.html?utm_content=set_lang

141. Спасибо-Фатеева И. Поняття та критерії визначення зловживання правом: презентація. 2021. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Spasybo_Fateieva.pdf

142. Спасибо-Фатєєва І.В. Зловживання правом. Збірка статей. Х.: ЕКУС, 2021. 308 с.

143. Спасова К.І. Відшкодування шкоди завданої розповсюдженням недостовірної інформації в соціальних мережах. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2019. № 42. Т.1. С. 162-165.

144. Спасова К.І. Порухення немайнових прав інтелектуальної власності в соціальних мережах. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. № 3(28). Т. 1. С. 126-130.

145. Стрикун Г. Правове врегулювання торгівлі через Інтернет. 2019. URL: <https://platforma-msb.org/pravove-vregulyuvannya-torgivli-cherez-internet/>

146. Судді Верховного Суду поділилися актуальною судовою практикою з питання доказування на підставі електронних доказів. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1155803/>

147. Судова практика розгляду справ про розкриття банками інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб: Лист Верховного Суду від 21.12.2009 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/VS090952?an=168>

148. Тихомиров Д.О., Харченко Н.П. Зловживання правом як відхилення від правомірної поведінки. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. Випуск № 38. Том. 1. 2016. С. 26-29.

149. Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М. Ю. Тихомирова. М., 1998. С. 207.

150. Томаров І. Спростувати вину при порушенні авторських прав. Версія 2020. *Legal Shift*. URL: <http://www.legalshift.com.ua/?p=1619>

151. Торги арештованим майном – CETAM. URL: <https://education.zakupki.prom.ua/torgi-areshtovanim-maynom-setam/>

152. Торговая площадка Aukro.ua закрылась. URL: <https://ain.ua/2016/09/06/marketplejs-aukro-ua-zakryvaetsya/>
153. Тіхонова М.А. Щодо проблеми зловживання правом. 2013. URL: [http://zt.knute.edu.ua/files/2013/2\(67\)/uazt_2013_2_29.pdf](http://zt.knute.edu.ua/files/2013/2(67)/uazt_2013_2_29.pdf)
154. Ухвала ВС України від 24.11.2010 р. у справі № 6-615св10. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12615138>.
155. Ухвала Судової палати у цивільних справах ВС України від 27.08.2003 р. Вісник Верховного Суду України. 2004. № 1. С. 3-5.
156. Филина Ф. eBay в России: как развиваются онлайн-аукционы. Forbes. 2017. URL: <https://www.forbes.ru/kompanii/348403-ebay-v-rossii-kak-razvivayutsya-onlayn-aukciony>
157. Филипов К. Click-wrap соглашение: понятие и критерии действительности. 2020. URL: https://zakon.ru/blog/2020/5/11/click-wrap_soglasenie_ponyatie_i_kriterii_dejstvitelnosti
158. Філатова Н. Правочини з використанням електронної форми представлення інформації. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 136. С. 40-55.
159. Фоминых О. М. Признание недействительными торгов и заключенных на них договоров: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03. Москва, 2014. 227с.
160. Хоменко М., Коробцова Н. Основні гарантії і механізми захисту прав споживачів під час придбання продукції через мережу Інтернет. Підприємництво, господарство і право. 2019. №3. С. 74-79.
161. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. Офіційний вебпортал парламенту України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
162. Цивільний кодекс України: науково-практ. комент. [6-е вид.] /За ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубевої. Х.: Одиссей, 2009.

163. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>

164. Цюкало Ю.В. Щодо розуміння свободи договору: теоретико-прикладний аспект. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 209-212.

165. Что такое аукцион и как в нем участвовать? *Ebay.com*. URL: <https://pages.ebay.com/ru/ru-ru/qa/auction.html>

166. Шагака О.В. Актуальні питання обмеження та захисту цивільних прав в мережі Інтернет в умовах карантинних обмежень. *Проблеми правового регулювання цивільних відносин в умовах COVID-19* : матер. Всеукр. науково-практичної онлайн-конференції (23 квітня 2020 р.). За заг. ред. д.ю.н., проф. Є. О. Харитонова. Одеса : Фенікс, 2020. С. 125-126. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/12616>

167. Шагака О.В. Визначення розміру моральної шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. *Сталий розвиток суспільства та держави: сучасні виклики та перспективи розвитку*: у 2 т. мат. Всеукр. наук. конф. Молодих вчених (м. Одеса, 27 листопада 2020 р.). За ред. М. Р. Аракеляна, К.І. Спасової. Т. 1. Одеса, Видавничий дім «Гельветика», 2020. С. 171-173.

168. Шагака О.В. Відшкодування моральної шкоди як інструмент захисту прав у сфері ІТ-відносин. *Науково-практичний журнал «Часопис цивілістики»*. № 29. 2018. С. 133-136. URL: <http://clj.nuoua.od.ua/archive/29/28.pdf>

169. Шагака О.В. Зловживання свободою договору при укладенні договорів в мережі інтернет. *Knowledge, Education, Law, Management*. 2021. № 3 (39). vol. 2. URL: <http://kelmczasopisma.com/ua/viewpdf/6557>

170. Шагака О.В. Ознаки зловживання правами при укладенні договорів в мережі Інтернет. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчя*

проголошення незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України) : у 2 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 21 трав. 2021 р.) / за загальною редакцією С. В. Ківалова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. Т. 2. С. 487-489.

171. Шагака О.В. Розмежування вимог про відшкодування моральної шкоди як майнових та немайнових. *Правове життя сучасної України*: у 2 т. : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.) / відп. ред. Г.О. Ульянова. – Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2019. Т.2. С. 542-544.

172. Шагака О.В. Сучасне бачення визначення підстав відшкодування моральної шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні споживчих договорів в Інтернеті. *Цивілістичні проблеми колізії приватних та публічних інтересів в умовах пандемії COVID-19* : матер. Всеукр. наук.-практ. конф. За заг. ред. д.ю.н., проф. Є.О. Харитонова. Одеса : Фенікс. 2020. С. 86-88.

173. Шагака О.В. Ухилення від укладення договорів в мережі Інтернет. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 7. С. 326-328. URL: http://lsej.org.ua/7_2021/84.pdf

174. Шагака О.В. Форми зловживання правом при укладенні договорів в інтернеті. *Право.ua*. № 1. 2021. С. 191-196.

175. EBay Wins Important Victory in Copyright Suit. Los Angeles Times. 2001. URL: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2001-sep-07-fi-43092-story.html>

176. Goncharenko, V., Spasova, E., & Kalitenko, O. (2019). Protection of civil rights and legal interests in Ukraine. *Amazonia Investiga*. № 8 (22). P. 135-140.

177. Kalitenko, O., Anikina, G., Spasova, E., & Shahaka, O. (2021). The restrictions of the freedom of information during the Covid-19 pandemic. *Cuestiones Políticas*. 39(70). 426-445. <https://doi.org/10.46398/cuestpol.3970.26>
178. Ottmann J. eBay Vertrag -Auktionen und ihre Besonderheiten. *Rechtanwälte Ottmann & Khazanov*. 2018. URL: <https://www.rokpartner.de/ratgeber/vertragsrecht-und-haftung/ebay-auktionen-und-ihre-besonderheiten/>
179. Persson S. Browserwrap agreements: Are you covered? *Data Protection Report*. 2018. URL: <https://www.dataprotectionreport.com/2018/11/browserwrap-agreements-are-you-covered/>
180. Pressemitteilung Nr. 113/16 vom 5.7.2016, Pressemitteilung Nr. 144/16 vom 24.8.2016. *Der Bundesgerichtshof*. URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=76796&pos=0&anz=1>
181. Pressemitteilung Nr. 78/11 vom 6.5.2011, Pressemitteilung Nr. 101/11 vom 8.6.2011. URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=56908&pos=0&anz=1>
182. Pressemitteilung Nr. 86/16 vom 12.5.2016, Pressemitteilung Nr. 143/16 vom 24.8.2016. *Der Bundesgerichtshof*. URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75972&pos=0&anz=1>
183. ProZorro: сім схем обходу — сім методів боротьби з тим. *УКРінформ*. 2018. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-economy/2543102-prozorro-sim-shem-obhodu-sim-metodiv-borotbi-z-tim.html>

184. Urteil des VIII. Zivilsenats vom 15.2.2017 - VIII ZR 59/16. *Der Bundesgerichtshof*. URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=77618&pos=0&anz=1>

185. User Agreement. *Ebay.com*. URL: <https://www.ebay.com/help/policies/member-behaviour-policies/user-agreement?id=4259#6>

186. Шадська У. ТОП-10 питань у сфері захисту персональних даних. *Громадський простір*. URL: <https://www.prostir.ua/?library=top-10-pytan-u-sferi-zahystu-personalnyh-danyh>

187. Шувар Н. Fair use у просторах Інтернету: як захистити себе та не порушити права інших. *Центр демократії та верховенства права*. 2021. URL: <https://cedem.org.ua/analytics/fair-use-internet/>

188. Юридическая модель маркетплейса. URL: <https://vc.ru/legal/46135-yuridicheskaya-model-marketpleysa>

189. Як юридичні виклики змінюють ринок e-commerce в Україні. URL: https://www.ey.com/uk_ua/law/how-legal-issues-are-affecting-ukrainian-e-commerce-market

ДОДАТОК

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧКИ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації

1. Шагака О.В. Відшкодування моральної шкоди як інструмент захисту прав у сфері ІТ-відносин. *Науково-практичний журнал «Часопис цивілістики»*. № 29. 2018. С. 133-136. URL: <http://clj.nuoua.od.ua/archive/29/28.pdf>

2. Kalitenko, O., Anikinar, G., Spasova, E., & Shahaka, O. (2021). The restrictions of the freedom of information during the Covid-19 pandemic. *Cuestiones Políticas*. 39(70). 426-445. <https://doi.org/10.46398/cuestpol.3970.26>

3. Шагака О.В. Ухилення від укладення договорів в мережі Інтернет. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 7. С. 326-328. URL: http://lsey.org.ua/7_2021/84.pdf

4. Шагака О.В. Форми зловживання правом при укладенні договорів в інтернеті. *Право.ua*. № 1. 2021. С. 191-196.

5. Шагака О.В. Зловживання свободою договору при укладенні договорів в мережі інтернет. *Knowledge, Education, Law, Management*. 2021. № 3 (39). vol. 2. URL: <http://kelmczasopisma.com/ua/viewpdf/6557>

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації

6. Шагака О.В. Розмежування вимог про відшкодування моральної шкоди як майнових та немайнових. *Правове життя сучасної України: у 2 т. : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.) / відп. ред. Г.О. Ульянова. – Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2019. Т.2. С. 542-544.*

7. Шагака О.В. Визначення розміру моральної шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні договорів в Інтернеті. *Сталий розвиток суспільства та держави: сучасні виклики та*

перспективи розвитку: у 2 т. мат. Всеукр. наук. конф. Молодих вчених (м. Одеса, 27 листопада 2020 р.). За ред. М. Р. Аракеляна, К.І. Спасової. Т. 1. Одеса, Видавничий дім «Гельветика», 2020. С. 171-173.

8. Шагака О.В. Сучасне бачення визначення підстав відшкодування моральної шкоди, завданої в результаті зловживання правами при укладенні споживчих договорів в Інтернеті. *Цивілістичні проблеми колізії приватних та публічних інтересів в умовах пандемії COVID-19* : матер. Всеукр. наук.-практ. конф. За заг. ред. д.ю.н., проф. Є.О. Харитонova. Одеса : Фенікс. 2020. С. 86-88.

9. Шагака О.В. Актуальні питання обмеження та захисту цивільних прав в мережі Інтернет в умовах карантинних обмежень. *Проблеми правового регулювання цивільних відносин в умовах COVID-19* : матер. Всеукр. науково-практичної онлайн-конференції (23 квітня 2020 р.). За заг. ред. д.ю.н., проф. Є. О. Харитонova. Одеса : Фенікс, 2020. С. 125-126. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/12616>

10. Шагака О.В. Ознаки зловживання правами при укладенні договорів в мережі Інтернет. *Наука та суспільне життя України в епоху глобальних викликів людства у цифрову еру (з нагоди 30-річчя проголошення незалежності України та 25-річчя прийняття Конституції України)* : у 2 т. : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 21 трав. 2021 р.) / за загальною редакцією С. В. Ківалова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. Т. 2. С. 487-489.

Відомості про апробацію результатів дисертації

Результати дисертаційного дослідження підготовлено і обговорено на кафедрі цивільного права, а також на засіданні фахового семінару кафедр цивільного права та права інтелектуальної власності та патентної юстиції Національного університету «Одеська юридична академія». Основні результати дисертаційного дослідження доповідалися на

наукових, науково-практичних конференціях, зокрема: Міжнародній науково-практичній конференції «Правове життя сучасної України» (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.), Всеукраїнській науковій конференції молодих вчених «Сталий розвиток суспільства та держави: сучасні виклики та перспективи розвитку» (м. Одеса, 27 листопада 2020 р.); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Цивілістичні проблеми колізії приватних та публічних інтересів в умовах пандемії COVID-19» (м. Одеса, 2020 р.), Всеукраїнській науково-практичній онлайн-конференції «Проблеми правового регулювання цивільних відносин в умовах COVID-19» (23 квітня 2020 р.).