

Влияние цифровизации на регулирование преддоговорных отношений в международном частном праве

 **О.В. Сергеева**

Старший научный сотрудник, отдел международного частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34. E-mail: olgbelusva@rambler.ru

Аннотация

Цифровизация общественной жизни оказала качественное влияние на установление трансграничных договорных связей, с одной стороны, упростив процесс взаимодействия потенциальных контрагентов, с другой — поставив вопрос о пригодности традиционных инструментов в качестве основы регламентации трансграничных отношений, осложненных «цифровым элементом». В статье анализируются основные изменения, которые внесла цифровизация в порядок заключения трансграничных контрактов. Подробно исследуются способы заключения онлайн-контрактов различными методами; дается оценка соответствия указанных способов заключения онлайн-контрактов требованиям актов Европейского союза в сфере электронной коммерции и защиты прав потребителей; исследуются подходы, воспринятые судебной практикой США. В статье поднимаются вопросы о предмете пользовательского соглашения и моменте его вступления в силу; проводится различие между практикой заключения традиционных и онлайн-контрактов на аукционах и электронных площадках в аспекте квалификации действия потенциального контрагента как направившего оферту или лишь сделавшего приглашение к оферте; уделяется внимание проблеме действительности онлайн-контрактов, заключенных несовершеннолетними, и практике применения «доктрины младенчества». Делается вывод о появлении в условиях цифровизации нового инструмента регулирования трансграничных преддоговорных и договорных отношений — пользовательского соглашения. Действие пользовательского соглашения не ограничивается посетителями сайта, принявшими его условия, но в части правил использования веб-сайта распространяется на всех пользователей. «Доктрина младенчества» в целях признания онлайн-контракта недействительным может не приниматься судом во внимание, если преимуществом договора воспользовался несовершеннолетний. На практике владельцы агрегатора, действуя в рамках национального и международного права, опираясь на принцип диспозитивности и пользуясь автономией воли, диктуют потенциальным участникам онлайн-сделок свои правила заключения и исполнения контрактов, по сути устанавливая особый торговый режим. Пользовательское соглашение в этом случае — зачастую массив документов, имеющих сложную архитектуру и регулирующих различные аспекты отношений между оператором веб-сайта, предоставляющим доступ к нему, и пользователями, по вопросам использования сервисов сайта, заказа услуг и товаров.



Ключевые слова

цифровизация, преддоговорные отношения, онлайн-контракты, пользовательское соглашение, электронная торговля, международное частное право, потребители.

Благодарности: Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках научного проекта № 18-29-16061 «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели».

Для цитирования: Сергеева О.В. Влияние цифровизации на преддоговорные отношения в международном частном праве / Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 162–184.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.162.184

Введение

Развитие информационно-телекоммуникационных технологий оказало существенное влияние на установление трансграничных договорных связей. С одной стороны, технологические достижения упростили взаимодействие как между потребителями товаров и услуг, так и между предприятиями; с другой стороны — поставили вопрос о пригодности традиционных инструментов в качестве основы регламентации трансграничных отношений, осложненных «цифровым элементом».

Современные технические возможности позволяют физическим и юридическим лицам из разных стран без труда вступать в договорные отношения (заключать онлайн-контракты) посредством нажатия нескольких кнопок на клавиатуре, не требуя при этом встреч. Особую востребованность такая форма взаимодействия получила среди потребителей в связи с появлением веб-сайтов производителей и дистрибьютеров товаров и услуг, электронных торговых площадок (платформ), электронных аукционов и т.п. Фактически сфера деловой активности вышла за пределы национальных границ [Терентьева Л.В., 2017: 187–200]; [Мажорина М.В., 2018: 193–217] и сосредоточилась в «кибер-пространстве» [Терентьева Л.В., 2018: 66–71], что позволило отдельным исследователям сделать вывод о появлении новых отраслей права, таких как кибер-право, технологическое право, интернет-право [Svantesson D., 2012: 567].

Вопрос о применимости традиционного нормативного регулирования, в том числе инструментов международного частного права (далее — МЧП) для управления средой заключения онлайн-контрактов не является новым для юридической общественности [Melnik T., 2008: 315–333], однако до сих пор остается дискуссионным. В настоящее время выделяют три подхода к

применимости правовых норм, регулирующих транснациональные онлайн-контракты [Hill J., 2008: 21–23]; [Little L., 2012: 20].

Согласно первому подходу, к транснациональным онлайн-контрактам допустимо применение традиционных материально-правовых и коллизионных норм, в том числе при разрешении споров. Однако по мнению сторонников данного подхода судам необходимо предоставить право модифицировать применимые правила таким образом, чтобы они были совместимы с онлайн-контрактами и их правовыми рамками. Такой подход получил широкое распространение в США, однако, характерный для стран англо-американской системы права, он не учитывает особенности законодательного строительства других государств, а потому, на наш взгляд, заслуживает внимания, но не может быть принят за основу.

Следует обозначить и противоположную точку зрения, согласно которой необходимо принятие новых законодательных актов, адаптированных к осуществлению договорных операций через Интернет в силу его природы. Такой взгляд имел особую популярность на заре развития цифровых технологий и онлайн-торговли [Al-Bayati M., 2014: 3].

Третьего подхода придерживаются страны Евросоюза, о чем свидетельствует законодательная практика последних лет, направленная на гармонизацию и модернизацию регулирования с учетом характеристик Интернета и его среды, что не лишает значения традиционные нормы гражданского и международного частного права.

Принятие новых законодательных актов, своего рода «интернет-правил» для онлайн-контрактов, может повлиять на правовую определенность и предсказуемость применения многих норм (это не означает, однако, отрицания автором необходимости разработки и принятия нормативных правовых актов, направленных на установление публично-правовых границ электронных операций¹). Необходимо также обратить внимание и на то, что частноправовой фундамент таких отношений независимо от «цифрового элемента» остается неизменным (это касается принципов, предмета, методов регулирования). Из этого следует вывод о применимости традиционных положений гражданского законодательства и законодательства о МЧП с оговоркой, указывающей на необходимость модернизации действующего регулирования².

¹ Следует положительно оценить разработку в целях урегулирования отдельных аспектов использования цифровых технологий законопроекта № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» от 20.03.2018 и законопроекта № 419090-7 «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ» от 20.03.2018.

² Об этом свидетельствует, в частности, разработка законопроекта № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (о цифровых правах) от 26.03.2018.

Обозначим основные изменения, которые внесла цифровизация в порядок заключения трансграничных контрактов.

1. Способ заключения договора

В традиционной практике договоры заключаются как в устной, так и в письменной форме «путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору» (ч. 2 ст. 434 ГК РФ).

Заключение онлайн-контрактов возможно посредством трех различных способов [Mann R., Siebeneicher T., 2008: 984–1012]: «shrink-wrap», «click-wrap» и «browse-wrap» [Рожкова М.А., 2018: 528]. «Shrink-wrap agreements» [Hayes D., 1997] заключаются преимущественно при покупке программного обеспечения, разработанного специализированными компаниями. В этом случае условия лицензионного соглашения включены в «пакет» и вступают в силу для пользователя при «открытии» сжатой упаковки пакета программного обеспечения (так называемые упаковочные лицензии).

Под «click-wrap agreement» понимается соглашение, заключаемое в электронном виде в Интернете посредством щелчка одной из сторон по кнопке «Я согласен», сопровождающей текст такого соглашения [Канашевский В.А., 2016: 22–25].

Ситуация, при которой условия договора доступны для ознакомления по ссылке на веб-сайте, но от пользователя не требуется выразить согласие с его условиями в явной форме, подпадает под понятие «browse-wrap agreement» [Савельев А.И., 2014: 117]. Соглашение, таким образом, заключается, если оперировать традиционными терминами, посредством совершения конклюдентных действий — в данном случае факта использования веб-сайта.

Вопрос, однако, заключается в юридической силе такого соглашения. Обратимся к опыту Евросоюза. Согласно Директиве ЕС об электронной торговле³ «условия контракта и общие условия, предоставляемые получателю, должны быть доступны таким образом, чтобы он мог их хранить и воспроизводить» (п. 3 ст. 10). Насколько требования п. 3 ст. 10 Директивы выполняются при заключении «click-wrap» и «browse-wrap agreements»?

³ Директива 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза от 08.06.2000 «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности, об электронной торговле» (Директива об электронной торговле) // СПС КонсультантПлюс.

Очевидно, что условия пользовательского соглашения должны быть доступными для ознакомления с ними на веб-сайте до принятия потребителем решения оформить заказ. У потребителя также должна быть возможность «загрузить» пользовательское соглашение. Разумеется, владельцы веб-сайтов по-разному могут интерпретировать положения Директивы ЕС об электронной торговле. В этом случае задача судов заключается в установлении факта принятия владельцем веб-сайта достаточных мер для того, чтобы покупатель обратил внимание на условия пользовательского соглашения.

При этом «Директива не влияет на законодательство, которое применяется к контрактным обязательствам в отношении договоров с потребителями; соответственно, данная Директива не может допустить лишения потребителя защиты, предоставленной ему законодательством государства-члена ЕС, в котором он постоянно проживает» (п. 55 преамбулы), и «применяется без ущерба для уровня защиты здоровья граждан и интересов покупателей, как это установлено актами Европейского союза» (п. 11 преамбулы). Так, в деле *Content Service Ltd v Bundesarbeitskammer*⁴ Суд ЕС постановил, что пункт пользовательского соглашения, который был отображен на веб-сайте в виде гиперссылки и который лишил потребителей права отказаться от договора, не может быть применен, даже если потребители приняли условия пользовательского соглашения [Belli V., 2012].

Британская компания *Content Service Ltd.* предложила онлайн-услуги через свой веб-сайт немецким потребителям. При оформлении своих заказов потребители должны были, отметив галочкой, принять условия пользовательского соглашения, которое было доступно по прилагаемой гиперссылке. После заключения договора потребители получили уведомление от поставщика услуг, что у потребителей отсутствует право на отказ от договора согласно подписанному ими пользовательскому соглашению. В групповом иске от имени потребителей, выдвинутом немецкой организацией *Bundesarbeitskammer* против компании, утверждалось, что последняя нарушила европейские правила о дистанционных договорах с потребителями, которые требуют, чтобы такой пункт был доведен до сведения потребителя посредством «долговечного носителя» до заключения договора⁵. Рассмотрев

⁴ Case C-49/11 *Content Service Ltd v Bundesarbeitskammer* [2012] CMLR 34. Available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0049_SUM&qid=1553083947936 (дата обращения: 25.02.2019)

⁵ В данном случае Суд Европейского союза ссылался на правила Директивы Европейского парламента и Совета ЕС № 97/7/ЕС от 20.05.1997 «О защите потребителей по договорам, заключаемым дистанционным способом», согласно ст. 5 которой «потребитель должен получить подтверждение в письменном виде либо подтверждение на ином долговечном носителе, возможность использования которого имеется у потребителя, информации, в том числе о возможности отказа от исполнения договора. Он должен получить подтверждение заблаговременно в процессе исполнения договора и не позднее момента поставки — в тех

дело, австрийский суд установил, что он недостаточно компетентен в вопросе толкования термина «долговечный носитель» применительно к гиперссылке сайта; вопрос был передан на рассмотрение Суда ЕС.

Исходя из анализа решения Суда ЕС, можно предположить, что условия пользовательского соглашения обязательны для потребителя, если метод, с помощью которого эти условия отображаются на веб-сайте, отвечает требованию «долговечного носителя»⁶. Суд установил, что использование гиперссылки «просмотр-завершение» не является долговечным средством и недостаточно уведомляет покупателя об условиях пользовательского соглашения. Вывод Суда ЕС может создать впечатление о проведении в законодательстве и практике ЕС различий между «click-wrap» и «browse-wrap agreements», что характерно для решений американских судов [Al-Bayati M., 2014: 110].

Фактически потребитель не может быть защищен от применения условий пользовательского соглашения, если поставщик товаров и/или услуг структурировал веб-сайт так, чтобы эти условия были в достаточной мере доступны покупателю. Полагаем, что требование предоставления информации на «долговечном носителе» будет соответствовать нормам законов о защите потребителей, если пользовательское соглашение будет заключаться посредством «click-wrap» метода, а условия пользовательского соглашения будут не только отображаться в цифровом виде на экране компьютера, но и смогут быть отправлены по электронной почте, если покупатель запросит такую опцию, или они смогут быть распечатаны непосредственно с помощью опции «распечатать условия», предоставленной оператором веб-сайта.

Необходимо повторить, что законы о защите прав потребителей в ЕС могут ограничивать применение в некоторых случаях условий пользовательских соглашений, и это не может быть отменено по соглашению сторон, например, путем выбора права или заключения соглашения о выборе суда.

случаях, если предметом договора являются товары, не предназначенные для поставки третьим лицам, за исключением случаев, когда такая информация уже была предоставлена потребителю до заключения договора в письменном виде либо на ином долговечном носителе, возможность использования которого имеется у потребителя». Директива утратила силу 13.06.2014 в связи с принятием Директивы Европарламента и Совета ЕС № 2011/83/ЕС от 25.10.2011 «О правах потребителей, изменяющая Директиву 93/13/ЕЭС Совета ЕС и Директиву 1999/44/ЕС Европарламента и Совета ЕС и отменяющая Директиву 85/577/ЕЭС Совета ЕС и Директиву 97/7/ЕС Европарламента и Совета ЕС» (далее — Директива о правах потребителей) // СПС КонсультантПлюс.

⁶ Директива о правах потребителей под «долговечным носителем» понимает «любой документ, позволяющий потребителю или продавцу хранить информацию, адресованную ему лично, таким образом, чтобы она была доступна в будущем в течение срока, соответствующего целям информации; при этом должна обеспечиваться неизменность указанной информации при ее воспроизведении» (п. 10 ст. 2).

В частности, особый режим защиты действует для онлайн-контрактов B2C (business to consumer)⁷ согласно Директиве о несправедливых условиях⁸.

В деле *Spreadex Ltd v. Cochrane*⁹ Высокий суд Англии отказал в удовлетворении иска о принудительном применении условий пользовательского соглашения в отношении потребителя на том основании, что эти условия крайне трудны для восприятия и не являются персонально обговариваемыми. Как следует из материалов дела, потенциальному клиенту предложили ознакомиться в режиме онлайн с документами, регулирующими отношения сторон на веб-сайте. По мнению судьи, «даже если бы в исключительных случаях ответчик действительно решил просмотреть документы, он столкнулся бы только с клиентским соглашением на 49 страницах, содержащих такое же количество сложных абзацев. Было бы чудом, если бы он прочитал второе предложение пункта 10 (3), не говоря уже о том, чтобы оценить его смысл или значение, и заявителю было бы совершенно иррационально предполагать, что клиент это сделал. Это был бы совершенно неадекватный способ привлечь клиента к ответственности за любые потенциальные сделки, которые он не санкционировал, и это еще один фактор, делающий второе предложение пункта 10 (3) несправедливым условием» (п. 21 решения).

Практика рассмотрения дел в американских судах, в свою очередь, свидетельствует о том, что возможность принудительного применения условий пользовательского соглашения к отношениям сторон основывается не на различиях между бизнесом и потребителем, а на критерии доступности и «достаточной демонстрации» пользовательского соглашения, размещенного на веб-сайте [Moringiello J., Reynolds W., 2013: 452–500]. Таким образом, вероятность придания силы условиям пользовательского соглашения, заключенного методом «click-wrap», выше, чем условиям «browse-wrap agreements».

Так, в деле *Defontes v Dell Computers Corporation*¹⁰ судья счел неприменимыми к группе потребителей условия «browse-wrap agreement», доступные

⁷ Бизнес — потребитель.

⁸ Директива Совета Европейских сообществ № 93/13/ЕЭС от 05.04.1993 «О несправедливых условиях в договорах с потребителями» (далее — Директива о несправедливых условиях) // СПС КонсультантПлюс. Согласно ст. 3 Директивы, «...договорное условие, которое не является согласованным в индивидуальном порядке, признается несправедливым, если вопреки требованиям доброй совести оно приводит к значительному дисбалансу в вытекающих из договора правах и обязанностях в ущерб потребителю. 2. Условие не признается согласованным в индивидуальном порядке во всех случаях, когда оно было подготовлено заблаговременно, и потребитель, таким образом, не имел возможности повлиять на его содержание, в частности, в контексте предварительно составленного типового договора».

⁹ *Spreadex Ltd v Cochrane* [2012] EWHC 1290 (Comm) (18 May 2012). Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/1290.html> (дата обращения: 25.02.2019)

¹⁰ *Defontes v Dell Computers Corporation*, № Civ A PC 03-2636, 2004, WL 253560 (RI 06.01.2004). Available at: <https://caselaw.findlaw.com/ri-supreme-court/1499707.html> (дата обращения: 25.02.2019)

при переходе по гиперссылке, подчеркивая, что пользовательское соглашение не может иметь обязывающей силы, поскольку такая гиперссылка «незаметно расположена в нижней части веб-страницы».

Напротив, в деле *Scherillo v Dun & Bradstreet*¹¹ суд признал силу пользовательского соглашения, заключенного по принципу «click-wrap», подтверждая, что щелчка покупателя по значку «Я согласен» достаточно для подтверждения его согласия с условиями соглашения, независимо от того, ознакомился ли он с его полным текстом. Очевидна аналогия с заключением традиционного контракта — независимо от факта ознакомления покупателя с текстом договора, его подпись придает договору обязательную силу.

2. Предмет пользовательского соглашения и момент вступления его в силу

Интересным является вопрос не только о юридической силе условий «click-wrap» и «browse-wrap agreements», но и о предмете пользовательского соглашения: с чем соглашаются пользователи — с условиями использования веб-сайта или условиями операций через веб-сайт (условиями договора купли-продажи/оказания услуг)? Традиционно пользовательское соглашение определяет условия, на которых веб-сайт предоставляет доступ как к самому веб-сайту, так и к собственным товарам/услугам. При обращении к веб-сайту или оказываемым на нем услугам пользователи обязаны соблюдать правила пользовательского соглашения. Отдельно пользовательское соглашение может предусматривать порядок урегулирования претензий, включать раздел о рассмотрении споров в арбитраже, устанавливать запрет на участие в групповых исках¹² и т.п.

При этом условия использования веб-сайта, обозначенные в пользовательском соглашении, обязательны для пользователя с момента доступа к веб-сайту, независимо от выражения пользователем согласия. Посещение сайта само по себе может считаться юридически обязывающим действием, даже если на сайте не было заключено никакой сделки.

В ЕС в деле *Ryanair Ltd v Billigfluege.de Gmbh*¹³ ирландская авиакомпания подала в суд на немецкого оператора веб-сайта за нарушение условий использования своего веб-сайта, поскольку ответчик разместил на своем веб-

¹¹ *Scherillo v Dun & Bradstreet* 684 F Supp 2d 313 (EDNY 2010).

¹² См., напр.: Пользовательское соглашение eBay. Available at: <https://www.ebay.com/pages/ru/help/policies/user-agreement.html#7> (дата обращения: 25.02.2019)

¹³ *Ryanair Ltd v Billigfluege.de Gmbh* [2010] IEHC 47, [2010] IL [22]. Available at: https://everipedia.org/wiki/lang_en/Web_scraping/ (дата обращения: 25.02.2019)

сайте информацию, «скопированную» с сайта истца. Ответчик утверждал, что поскольку между сторонами отсутствует обязательное соглашение, он не совершил ни единого нарушения, а информация, размещенная на веб-сайте истца, в свою очередь, была в свободном доступе для всех пользователей.

При оценке такого аргумента суд учитывал, что условия пользовательского соглашения были доступны по гиперссылке, и ответчик должен был ознакомиться с ними перед использованием веб-сайта. Суд отклонил довод ответчика, что контракта не было.

Аналогичный вывод был сделан окружным судом американского штата Вирджиния в деле *Cvent Inc v Eventbrite Inc*¹⁴. Фирма, занимающаяся организацией онлайн-мероприятий, подала в суд на конкурента, утверждая, что последний нарушил условия использования его веб-сайта, незаконно скопировав с него информацию, и разместив ее на веб-сайте ответчика без двустороннего соглашения или разрешения. Ответчик просил отклонить иск, ссылаясь на отсутствие договорных отношений. Суд согласился с доводом истца о нарушении пользовательского соглашения. Тем не менее суд не был убежден, что условия пользовательского соглашения были отображены на веб-сайте. Суд установил, что истец не смог в должной степени привлечь внимание ответчика к условиям использования веб-сайта, которые были размещены с помощью гиперссылки «browse wrap»; соответственно, суд постановил, что ответчик не был связан этими условиями. Примечательно, что суд не отрицал довод истца о существовании «контракта», заключенного простым актом (действием) доступа к веб-сайту; тем не менее, суд не был удовлетворен тем, как были отображены условия пользовательского соглашения.

3. Приглашение к оферте и оферта

Традиционно заключению договора предшествует предложение совершить сделку, после чего следуют переговоры или оферта. Подписание единого документа в результате переговоров или акцепт оферты свидетельствуют о заключении такого соглашения. При заключении онлайн-контрактов фактически блокируется возможность провести переговоры, а разница между приглашением к оферте и офертой стирается.

Показательной в этой отношении является практика заключения контрактов на интернет-аукционах. Как правило, предложение товаров для продажи на аукционе само по себе не считается офертой, но является своего рода приглашением к ней. Оферта делается в момент, когда предмет аукциона получает наибольшую ставку; согласие аукциониста ее принять означа-

¹⁴ *Cvent, Inc v Eventbrite, Inc* 739 F Supp 2d 927 (2010). Available at: https://everipedia.org/wiki/lang_en/Web_scraping/ (дата обращения: 25.02.2019)

ет акцепт оферты, что подтверждается ударом молотка. Указанное правило нашло отражение, например, в § 2–328 Единообразного торгового кодекса США, согласно которому продажа с аукциона завершается, когда аукционист объявляет об этом ударом молотка или другим обычным способом. Если ставка заявлена в момент удара молотком, означающего принятие предыдущей ставки, аукционист может по своему усмотрению возобновить торги или объявить товар проданным.

Применение аналогичных правил при проведении онлайн-аукционов может привести к неопределенности.

Так, в Германии рассматривался спор между участниками онлайн-аукциона [Micklitz H.-W., Stuyck J., Terryn E., Droshout D., 2010: 598]. Истцом был потребитель, который приобрел через онлайн-аукцион автомобиль. Ответчик (продавец) установил минимальную начальную цену, с которой должен был начаться аукцион (приблизительно на 50% меньше фактической стоимости автомобиля). К сожалению ответчика, автомобиль получил только одну ставку к концу определенного времени, которая была эквивалентна стартовой цене, установленной продавцом. Истец произвел оплату и связался с продавцом для организации доставки. Продавец, в свою очередь, отказался продавать автомобиль по этой цене, ссылаясь на отсутствие договорных отношений ввиду того, что информация на веб-сайте онлайн-аукциона является приглашением к оферте, но не офертой, а сам продавец не стремился принимать предложения. Согласно условиям веб-сайта интернет-аукциона, с которыми согласились обе стороны, предложение товаров на веб-сайте для продажи следует рассматривать как приглашение к оферте, а не как оферту; в то же время пользовательское соглашение предусматривало, что продавец обязан принять самую высокую ставку.

Суд Мюнстера поддержал довод продавца и постановил аннулировать онлайн-контракт. Суд опирался на немецкий закон об аукционах, в котором говорится, что предложение товаров через аукционные платформы – приглашение к оферте, но не оферта. Кроме того, суд счел нелогичной ситуацию, при которой следовало бы ожидать, что продавец согласится продать автомобиль по цене, которая была на 50% ниже его рыночной стоимости. Не удивительно, что решение нижестоящего суда было отменено апелляционным судом г. Хамма, который опирался не на немецкий закон об аукционах, а на условия сайта, предусматривавшие, что продавец обязуется принять предложение о покупке по самой высокой ставке. Кроме того, суд пришел к выводу, исходя из характера и обычаев сделок купли-продажи через Интернет, что размещение автомобиля на веб-сайте онлайн-аукциона может рассматриваться как предложение, а не только как приглашение к оферте. Решение апелляционного суда было впоследствии поддержано и Федеральным верховным судом Германии.

Федеральный верховный суд постановил, что размещение товаров для продажи на веб-сайте онлайн-аукциона следует рассматривать как действительное предложение, а самую высокую ставку следует считать акцептом. Продавец обязан заключить договор при получении акцепта (наибольшей ставки) независимо от того, значительно ли меньше фактической (рыночной) цена предлагаемого товара. Перед немецкими судами в этом деле была поставлена задача определить наиболее приоритетный вариант: применить нормы традиционного закона об аукционах исходя из обстоятельств дела или, с учетом обычаев и практики ведения дел через Интернет, признать юридическую силу пользовательского соглашения, размещенного на веб-сайте интернет-аукциона.

В Нидерландах суды пришли к аналогичным выводам. В деле *X v Exco Cars BV*¹⁵, истец X, проживающий в Германии, приобрел через eBay в порядке онлайн-аукциона автомобильный двигатель у ответчика Exco cars, компании, базирующейся в Нидерландах. Перед предложением ставки X направил продавцу электронное письмо с вопросом о стоимости доставки товара в Германию, которая была определена ответчиком в 100 евро. Согласившись с условиями продавца, X сделал ставку и выиграл товар, что было подтверждено электронным письмом, отправленным ему из eBay. X осуществил платеж с учетом стоимости доставки. Через два дня после выигрыша товара и осуществления платежа X получил электронное письмо от продавца с просьбой внести дополнительную плату в размере 600 евро в качестве стоимости доставки и отправить старый двигатель. После отклонения новых условий продавца, X получил от продавца уведомление о возврате денежных средств, уплаченных в счет платежа, информирующее его об отмене продажи.

X возбудил дело против продавца в окружном суде г. Хертогенбоса, утверждая, что продавец не выполнил договорное обязательство по доставке товара, поскольку он не имел права изменять условия продажи после того, как договор купли-продажи был юридически оформлен. Продавец утверждал, что между сторонами не было заключено юридически обязывающего соглашения, квалифицируя размещенную им информацию на сайте eBay в качестве рекламы и приглашения к оферте, в то время как действительное предложение, по мнению продавца, сделано не было. Что касается подтверждающего электронного письма, которое было отправлено покупателю, продавец утверждал, что оно было направлено не им, а автоматической почтовой системой eBay. Следовательно, продавец не несет ответственности за подтверждение, отправленное без его согласия.

¹⁵ *Exco Cars BV v X* Court of Appeal Den Bosch 14 July 2008, LJN BE0004; Huub de Jong, 'Contracting online — a review of recent Dutch cases' (Bird & Bird, 10 May 2010). Available at: <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2012/contracting-online-review-recent-dutch-cases-050510> (дата обращения: 25.02.2019)

Оценив доводы сторон, суд пришел к выводу, что размещение товаров, выставленных на продажу на аукционе eBay, квалифицируется как действительное предложение, и наибольшую цену следует рассматривать как принятие этого предложения. Таким образом, продавец был обязан выполнить свое обязательство. Ехсо обжаловала решение суда первой инстанции, но апелляционный суд Хертогенбоса оставил решение в силе.

Чтобы понять, является размещение товаров на eBay приглашением к оферте или офертой, необходимо проанализировать предусмотренные eBay способы выставления товаров на продажу на своем веб-сайте: 1) «купить сейчас», 2) «купить сейчас» с опцией «сделать предложение»¹⁶, 3) «сделать ставку», и, наконец, 4) «сделать ставку» или «купить сейчас», чтобы купить товар немедленно, до начала торгов.

С точки зрения договорного права в отношении традиционных аукционных продаж, когда продавец объявляет товар для продажи на аукционе, он считается лишь направившим приглашение к оферте, поскольку договор можно считать заключенным лишь после того, как аукционист примет предложение (самую высокую ставку). В контексте практики аукциона eBay правило может быть другим. Когда продавец выставляет товар для продажи на аукционе eBay по принципу «сделать ставку», он с большей вероятностью делает действительное предложение, потому что победивший участник торгов обязан приобрести товар, и он автоматически направляется в PayPal для оплаты стоимости¹⁷.

Тот же самый анализ применяется, когда продавец выставляет предмет на аукцион с опцией «купить сейчас» по фиксированной цене. Без сомнения, предложение сделано в обоих случаях; однако это делается двумя различными способами.

Аналогичным образом к разрешению споров из онлайн-контрактов, заключенных на интернет-аукционах, подходят и американские суды. В деле *Lim v. TV Corporation Int'l*¹⁸, южнокорейский бизнесмен Лим принял участие в онлайн-аукционе, чтобы купить доменное имя «Golf.tv» у основанного в штате Делавэр предприятия DotTV — компании, специализирующейся на

¹⁶ Покупатель может сам предложить цену, которую готов заплатить за товар, если продавец допускает такую возможность.

¹⁷ Пользовательское соглашение eBay гласит, что: «Вы обязуетесь внимательно ознакомиться со всем содержимым объявления, прежде чем делать ставку или оформить покупку. Вы вступаете в имеющий юридическую силу договор о покупке, когда обязуетесь купить товар, когда ваше предложение о покупке принимается продавцом или когда выигрываете аукцион (либо делаете ставку иным образом)». Available at: <https://www.ebay.com/pages/ru/help/policies/user-agreement.html#7> (дата обращения: 25.02.2019)

¹⁸ *Lim v The .TV Corporation Int'l* 99 Cal App 4th 684, 121 Cal Rptr 2d 333 (2002) — URL: https://scholar.google.com/scholar_case?case=55575491410129940&q=%2299+Cal.App.4th+684&hl=en&as_sdt=2002 (дата обращения: 25.02.2019)

продаже доменных имен, заканчивающихся расширением «.tv». Сделанная Лимом ставка позволила ему выиграть доменное имя, что было позже подтверждено отправленным аукционистом письмом с просьбой произвести оплату. После платежа Лим получил от продавца электронное письмо, в котором сообщалось, что он решил отозвать согласие на сделку и освободить его от сделанной ставки (предложения). Продажа была отменена, а оплата была возвращена. Лим обратился в суд, ссылаясь на односторонний отказ от исполнения договора со стороны ответчика. Лим утверждал, что предложение доменного имени на веб-сайте онлайн-аукциона являлось офертой ответчика, а сделанная Лимом ставка стала принятием этого предложения (акцептом). Ответчик возразил, что у покупателя возникло непонимание квалификации их отношений в процессе аукционной продажи, и предложение доменного имени было приглашением, но не офертой.

Суд первой инстанции поддержал ответчика и постановил отклонить иск истца. Суд апелляционной инстанции решение суда первой инстанции отменил ввиду того, что договор был заключен, когда была сделана самая высокая ставка, подчеркнув, что ответчик сделал предложение, а ставка истца является принятием такого предложения.

Исходя из вышеизложенного, можно утверждать, что обычаи и практика онлайн-рынка создали правила, которые доступны профессиональным участникам интернет-операций, и эти правила отличаются от применимых к традиционным договорам.

Неопределенность возникает и при решении вопроса, является демонстрация товаров на сайте предложением или приглашением к оферте при заключении контрактов на электронных торговых площадках и веб-сайтах розничных торговцев и производителей. Традиционно системы общего и континентального права подходят к решению этого вопроса по-разному. В странах общего права такая «демонстрация» является приглашением к оферте, но не предложением; предложение делается в момент, когда покупатель берет товар и «относит» его к продавцу с тем, чтобы оплатить; дальше решение за продавцом — принять такое предложение или нет. В странах континентальной системы права такая «демонстрация» считается действительным предложением, а не приглашением к оферте [Al-Bayati M., 2014: 101–102].

На онлайн-овых торговых площадках, таких как Amazon или eBay, товары различных брендов и производителей предлагаются к продаже по заранее установленным ценам. Покупатели, оформляя заказы и осуществляя платежи, получают электронные письма от торговой площадки (но не от реальных продавцов), подтверждающие получение заказа. На наш взгляд, такая «демонстрация» товаров может расцениваться как действительное предложение, и заказ клиента является принятием такого предложения. Такой под-

ход может быть подтвержден природой электронных торговых площадок, которые действуют как посредники между продавцами и покупателями, но не являются владельцами/производителями предлагаемых товаров.

Вместе с тем очевидно, что единые правила операций на электронных площадках отсутствуют. Фактически электронные площадки самостоятельно формируют свою «правовую базу» и, соответственно, условия продажи. Например, на веб-сайте Amazon есть две категории товаров, предлагаемых для продажи: продукция, предлагаемая самой площадкой Amazon, и продукция, предлагаемая сторонними продавцами. Согласно правилам Amazon, предложение собственной продукции не является офертой (лишь приглашением к ней); в то же время в правилах отсутствует определенность квалификации предложения товаров сторонними продавцами, использующими веб-сайт. Представляется, что них указанное правило не распространяется, и товары, выставленные на продажу сторонними продавцами, являют собой действительные предложения, а не только приглашение к оферте. Аналогичное предположение применимо и к процессу продажи на eBay «купи сейчас», когда заключение договора купли-продажи происходит при нажатии покупателем соответствующей кнопки.

Подобные вопросы должны быть разрешены в пользовательском соглашении, размещенном на веб-сайте, как это указано, в частности, в параграфе 39 преамбулы Директивы о правах потребителей, согласно которому «в отношении дистанционных контрактов, заключаемых посредством веб-сайтов, важно гарантировать, что потребитель может полностью прочитать и понять существенные условия контракта до оформления заказа». Решение вопроса о квалификации размещенной на сайте информации в качестве оферты или приглашения к оферте также является существенным.

4. Действительность онлайн-контрактов и доктрина «младенчества»

В 1993 г. американский карикатурист Питер Штайнер опубликовал картинку в «Нью-Йоркере»: собака сидела за настольным компьютером и разговаривала с другой собакой, стоящей рядом с ним. Текст гласил: «В Интернете никто не знает, что ты — собака» [Cavna M., 2013]. Без сомнения, главная идея карикатуры заключается в «анонимности» пользователей Интернета, которая ставит перед правом ряд серьезных вопросов. Один из таких вопросов связан с определением законности транзакций, которые несовершеннолетние проводят на веб-сайтах и электронных площадках, и, в частности, с тем, могут ли такие транзакции считаться действительными юридически обязывающими контрактами.

Определение действительности онлайн-контрактов, заключаемых несовершеннолетними, входит в сферу традиционной «доктрины младенчества» (*infancy doctrine*), согласно которой несовершеннолетних нельзя принудить выполнять обязательства, вытекающие из любых договоров, которые они могут заключить, за исключением некоторых обстоятельств, когда закон позволяет им заключать действительные соглашения [Preston C., Crowther B., 2012: 47–80]. Так называемая «доктрина младенчества» защищает лиц, не достигших установленного законом возраста совершеннолетия, как от рекомендаций «лукавых взрослых», так и от их собственных неправильных решений. Доктрина основана на предположении, что несовершеннолетние, как правило, легко поддаются влиянию и не способны понять природу юридических обязательств, возникающих в связи с заключением сделки¹⁹. Для простоты применения американскими судами было решено указанное правило распространить на все категории несовершеннолетних.

Хотя доктрина и содержит ряд исключений, тем не менее несовершеннолетним позволяется расторгнуть договор. Право расторгнуть договор действует в течение «разумного периода» после достижения совершеннолетия до тех пор, пока несовершеннолетний не ратифицирует договор как совершеннолетний. Все штаты позволяют несовершеннолетнему расторгнуть договор и не выполнять его в дальнейшем. Расторжение сделки, как правило, требует от несовершеннолетнего лишь возврата материальной выгоды, полученной им в связи с заключением договора. Однако доктрина и практика попытались предусмотреть ограничения для применения названного правила.

Так, Аллан Фернсуорт предлагает отказаться от применения «доктрины младенчества» в отношении уже исполненных договоров. Он интерпретирует контракт, как «обещание или набор обещаний», чтобы предположить, что контракты могут существовать только в том случае, если обмены «относятся к будущему», что является так называемым «незавершенным контрактом», и таким образом не будут охватывать исполняемую сделку, такую как сию-

¹⁹ См.: *City of New York v. Stringfellow's of N.Y., Ltd.*, 684 N.Y.S.2d 544, 550–551 (App. Div. 1999). «Несовершеннолетие ... — это правовая недееспособность, а несовершеннолетний ... по общему мнению, испытывает недостаток в суждениях, поскольку его нормальное состояние — это некомпетентность. Кроме того, считается, что несовершеннолетний не обладает достаточными знаниями взрослого человека о возможных последствиях своего действия или бездействия, а также способностью эффективно использовать имеющиеся у него знания. Следить за соблюдением интересов несовершеннолетних является обязанностью государства, поскольку презюмируется, что несовершеннолетних следует оберегать от их собственной глупости и неосмотрительности, и препятствовать тому, чтобы взрослые использовали их с целью извлечения выгоды»; см. также: *Loveless v. State*, 896 N.E.2d 918, 920–921 (Ind. Ct. App. 2008) («Правило о том, что несовершеннолетний может отказаться от сделки, которую он заключил со взрослым, основано на предположении, что между сторонами сделки в процессе переговоров всегда присутствует неравенство, и, следовательно, существует вероятность того, что взрослый человек может этим воспользоваться»).

минутная продажа яблок за наличный расчет [Farnsworth A., 2004: 940]. Если исходить из логического завершения сделки, это говорит о том, что несовершеннолетний не может отказаться от какого-либо совершенного обмена ввиду отсутствия контракта для отказа. Однако такое толкование контракта не было воспринято ни учеными, ни судебной практикой.

Другое дело, если речь идет о «необходимых товарах» (полагаем, что к этой категории относятся и услуги. — О.С.). «Общество хочет разрешить несовершеннолетним приобретать предметы, необходимые для их выживания, когда у несовершеннолетнего нет иного выхода. Поэтому мы призываем взрослых заключать такие договоры, заверяя торговцев, что договоры, заключенные несовершеннолетними на покупку таких предметов, будут иметь обязательную силу» [Daniel J., 2007: 239]. Применимость этого исключения основана на потребности несовершеннолетнего в момент заключения договора, а не на характере товара — предмета сделки. Такой подход накладывает на торговцев дополнительное бремя в виде принятия решения, является ли товар необходимостью для несовершеннолетнего.

Хотя общество требует такого исключения из «доктрины младенчества», закон ограничивает сферу его применения. Таким образом, если несовершеннолетний заключает договор на покупку того, что обычно является необходимостью, но чем он уже обладает благодаря родителям, или они готовы это предоставить, то договор не будет являться обязательным, и несовершеннолетнему будет разрешено от него отказаться. Кроме того, даже при действительном заключении контракта на такие «необходимые» предметы несовершеннолетний никогда не несет ответственности за сумму, превышающую фактическую стоимость таких товаров.

Общепринятым является подход, в соответствии с которым при разрешении споров оценка необходимости покупки несовершеннолетним товаров должна осуществляться в два этапа. Во-первых, суд должен установить, является ли по закону предмет договора необходимостью в принципе [Young J., 2010: 431]. Во-вторых, следует выяснить, является ли предмет договора необходимостью для данного несовершеннолетнего. Судебная практика по данному вопросу любопытна и весьма неоднозначна. Так, расходы на еду, одежду, жилье и медицинские услуги американские суды традиционно относят к категории необходимых потребностей. Образование также обычно попадает в этот список [Preston C., Crowther B., 2012: 53].

Может ли автомобиль считаться необходимой потребностью несовершеннолетнего? В деле *Bowling v. Sperry* суд, похоже, ответил на этот вопрос утвердительно. Хотя суд и указал, что автомобиль, приобретенный подростком, не был столь необходим, он отметил, что «каждый старшеклассник сегодня мечтает о собственном автомобиле, и поскольку у многих из них он

есть, автомобиль при таких обстоятельствах может считаться необходимой потребностью»²⁰.

Решение по более раннему делу *Star Chevrolet Co. v. Green*, показало, что суд отказался признавать автомобиль необходимой, поскольку несовершеннолетний уже имел в пользовании машину²¹. Разумеется, вторая машина не была квалифицирована как необходимость.

Другими исключениями из сферы применения «доктрины младенчества» являются эмансипация, заключение трудового договора, введение в заблуждение относительно возраста и т.п. В целом необходимые исключения являются гарантом справедливого применения «доктрины младенчества», что может быть несколько проблематичным, если речь идет об онлайн-среде.

В деле *AV v iParadigms LLC*²² группа старшеклассников обратилась к онлайн-сервису по проверке на плагиат, чтобы узнать процент оригинальности выполненного ими задания. Однако, прежде чем они смогли отправить свое задание, веб-сайт обязал их создать учетную запись пользователя, что потребовало от них принятия соглашения об использовании веб-сайта по принципу «click-wrap». После завершения регистрации учетной записи, школьники смогли направить свои работы для проверки на плагиат.

Однако старшеклассники не хотели, чтобы их документы были архивированы в базе данных сайта, поэтому они добавили соответствующее заявление в начале своего документа. Работа программного обеспечения для обнаружения плагиата полностью автоматизирована и не контролируется человеком; таким образом, программному обеспечению было невозможно распознать такое заявление. Позже, когда школьники обнаружили, что их работы были архивированы, они подали в суд на веб-сайт, утверждая, что их права на интеллектуальную собственность были нарушены. Суд не поддержал этот аргумент, ссылаясь на пользовательское соглашение.

Тогда школьники заявили о расторжении договора в соответствии с «доктриной младенчества». Суд, однако, посчитал это невозможным ввиду того, что после получения несовершеннолетними выгоды от услуг, предоставляемых веб-сайтом, они больше не могут требовать защиты в соответствии с «доктриной младенчества». Другими словами, несправедливо сохранять две льготы и требовать возмещения убытков одновременно.

Представляется, что решение суда было бы другим, если бы предметом онлайн-контракта был материальный товар. В таком случае суд постановил бы вернуть товар продавцу, чтобы аннулировать договор в соответствии с

²⁰ *Bowling v. Sperry*, 184 N.E.2d 901, 904 (Ind. App. 1962).

²¹ *Star Chevrolet Co. v. Green*, 473 So. 2d 157, 161 (Miss. 1985).

²² *AV v iParadigms, LLC* 544 F Supp 2d 473 (ED Va 2008). Available at: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5105> (дата обращения: 25.02.2019)

«доктриной младенчества». Другими словами, существует разница между продажей товаров и оказанием услуг нематериального характера с точки зрения получения выгоды от реализации контракта.

Аналогичного подхода придерживался суд в деле *IB v Facebook Inc.*²³, в котором родители двух несовершеннолетних подали жалобу на Facebook за то, что Facebook принимал несанкционированные платежи с банковских карт родителей. Несовершеннолетние использовали кредитные карты родителей для покупки игрового кредита Facebook Ninja Saga, в итоге платежи превысили несколько сотен долларов. Обнаружив несанкционированные транзакции, родители связались с Facebook для возмещения денежных средств, но их запрос был отклонен, в связи с чем родители обратились в суд. Истцы ссылались на возраст несовершеннолетних и утверждали, что договор о покупке игрового кредита между ними и Facebook был недействительным в соответствии с «доктриной младенчества». Ссылаясь на вывод суда в деле *AV v iParadigms LLC*, Facebook требовал иск отклонить: отказ от договора онлайн-покупки в соответствии с «доктриной младенчества» не может быть поддержан после того, как несовершеннолетние уже получили выгоду от приобретенного игрового кредита.

Суд удовлетворил ходатайство Facebook об отклонении аргумента истцов в отношении недействительности договора онлайн-покупки в соответствии с «доктриной младенчества», подчеркнув, что с момента, как несовершеннолетний воспользовался преимуществом договора, не может быть предъявлено требование о признании его недействительным.

Как показывает практика, многие крупные корпорации — Apple, Google и т.п. в связи с участвующим использованием несовершеннолетними платных сервисов внедрили в свои приложения механизмы возврата денежных средств²⁴. Однако это не решает всех проблем, возникающих при обращении несовершеннолетних к онлайн-услугам.

Выводы судов подтверждают непредсказуемость рассмотрения дел, связанных с действительностью онлайн-контрактов, заключенных несовер-

²³ *IB v Facebook* 905 F Supp 2d 989 (2012) Available at: <https://casebriefsco.com/casebrief/ib-v-facebook-inc> (дата обращения: 25.02.2019)

²⁴ Например, пользователи Apple, обнаружив у себя нежелательную покупку, могут на сайте технической поддержки указать, что не давали согласия на это приобретение и по-английски подробно объяснить причину отказа, например, что приложение куплено ребенком. Если обращение было направлено в течение 24 часов, деньги, скорее всего, вернут.

Деньги за покупку в Google Play можно вернуть тремя способами: отменить платеж в течение двух часов после покупки; если с момента покупки прошло не более двух дней, возврат можно сделать через специальную форму; если прошло более 48 часов можно написать разработчику приложения. Available at: <https://yandex.ru/turbo?text=https%3A%2F%2Fjournal.tinkoff.ru%2Fmobile-apps-return%2F> (дата обращения: 13.02.2020)

шеннолетними. «Доктрина младенчества» далеко не всегда при рассмотрении споров, вытекающих из онлайн-контрактов, принимается судами во внимание. Вместе с тем бизнес также должен понимать последствия отсутствия проверки возраста анонимных участников онлайн-контрактных отношений.

Заключение

На основании изложенного можно сделать вывод о появлении в условиях цифровизации нового инструмента регулирования трансграничных преддоговорных и договорных отношений — пользовательского соглашения. Являясь соглашением между посетителем и оператором веб-сайта, пользовательское соглашение вместе с тем выражает волю исключительно последнего, но, будучи договорным условием, «стоит», с некоторыми оговорками, выше норм закона.

Кроме того, как свидетельствует практика, действие пользовательского соглашения не ограничивается посетителями сайта, принявшими его условия, но в части правил использования веб-сайта распространяется на всех пользователей; а «доктрина младенчества» в целях признания онлайн-контракта недействительным может не приниматься судом во внимание в случае, если несовершеннолетний воспользовался преимуществом договора.

Фактически применимость условий пользовательского соглашения зависит от двух факторов:

Соответствие требованиям законодательства в части осуществления электронной торговли. Речь идет прежде всего о доступности, наглядности размещения и «долговечности носителя» пользовательского соглашения. В данном случае заключение «click-wrap agreements» имеет некоторое преимущество перед «browse-wrap agreements».

Соответствие законодательству о защите прав потребителей. Например, согласно ст. 1212 ГК РФ, выбор сторонами договора с участием российского потребителя иностранного права не влечет за собой лишение такого потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами российского права, если контрагент потребителя (профессиональная сторона) осуществляет свою деятельность в России либо любыми способами направляет деятельность на территорию России или территории нескольких стран, включая территорию России, при условии, что договор связан с такой деятельностью профессиональной стороны. Аналогичные правила действуют во многих зарубежных правовых порядках. Примером особой меры защиты потребителя в рамках ЕС являются, в частности, Директива о несправедливых условиях и Директива о правах потребителей.

Следует обратить внимание на тот факт, что на практике владельцы агрегатора, действуя в рамках национального и международного права, опираясь на принцип диспозитивности и пользуясь автономией воли, диктуют потенциальным участникам онлайн-сделок свои правила заключения и исполнения контрактов, по сути, устанавливая особый торговый режим. Пользовательское соглашение в этом случае зачастую представляет собой массив документов, имеющих сложную архитектуру и регулирующих различные аспекты отношений между оператором веб-сайта, предоставляющим к нему доступ, и пользователями по вопросам использования сервисов сайта, заказа услуг и товаров.



Библиография

Канашевский В.А. Коллизионное регулирование договоров с участием потребителей // Международное публичное и частное право. 2016. N 4. С. 22–25.

Мажорина М.В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. N 1. С. 193–217.

Рожкова М.А. и др. Право в сфере Интернета: сборник статей. М.: Статут, 2018. 528 с.

Рожкова М.А. Агрегаторы, платформы, «владельцы агрегаторов»: некоторые комментарии к Закону об агрегаторах // Закон.ру. 2018. 13 августа.

Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2014. 543 с.

Терентьева Л.В. Концепция суверенитета государства в условиях глобализационных и информационно-коммуникационных процессов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. N 1. С. 187–200.

Терентьева Л.В. Понятие кибер-пространства и очерчивание его территориальных контуров // Правовая информатика. 2018. N 4. С. 66–71.

Al-Bayati M. Reform of the Iraqi Private International Law on Transnational Online Contracting: Lessons from the EU and the USA. PhD thesis. Bangor University, 2014, 300 p.

Belli V. ECJ Rules that Information Provided via Website or Hyperlink Does Not Meet Requirements of Consumer Distance Contracts. Mondaq, 6 August. Available at: <http://www.mondaq.com/x/190226/Consumer+Law/Van+Bael+Bellis> (дата обращения: 25.02.2019)

Cavna M. “Nobody knows you’re a dog “: As Iconic Internet Cartoon Turns 20, Creator Peter Steiner Knows the Joke Rings as Relevant as Ever. Available at: http://www.washingtonpost.com/blogs/comic-riffs/post/nobody-knows-youre-a-dog-as-iconic-internet-cartoon-turns-20-creator-peter-steiner-knows-the-joke-rings-as-relevant-as-ever/2013/07/31/73372600-f98d-11e2-8e84-c56731a202fb_blog.html (дата обращения: 25.02.2019)

Daniel J. Virtually Mature: Examining the Policy of Minors’ Incapacity to Contract Through the Cyberscope. Gonz. Law Review, 2007, vol. 43, pp. 240–269.

Farnsworth E. Contracts. New York: Aspen, 2004. 940 p.

Hayes D. The Enforceability of Shrink-wrap License Agreements On-Line and Off-Line. Fenwick & West LLP, 1997, March. Available at: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ShrinkwrapFenwick.pdf> (: 25.02.2019)

Hill J. Cross-Border Consumer Contracts. Oxford: University Press, 2008, 466 p.

Little L. Internet Choice of Law Governance. Temple University Legal Studies Research Paper Series, 2012, no 20, pp. 1–24.

Mann R., Siebeneicher T. Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting. Columbia Law Review, 2008, no 4, pp. 984–1012.

Melnik T. Can We Dicker Online or is Traditional Contract Formation Really Dying — Rethinking Traditional Contract Formation for the World Wide Web. Michigan Telecommunications and Technology Law Review, 2008, issue 1, pp. 315–333.

Micklitz H-W., Stuyck J., Terryn E., Droshout D. (2010) Cases, Materials and Text on Consumer Law. Oxford: Hart, 598 p.

Moringiello J., Reynolds W. From Lord Coke to Internet Privacy: The Past, Present, and Future of the Law of Electronic Contracting. Maryland Law Review, 2013, issue 2, pp. 452–500.

Preston C., Crowther B. Infancy Doctrine Inquiries. Santa Clara Law Review, 2012, no 1, pp. 47–80.

Svantesson D. Private International Law and the Internet. Wolters Kluwer, 2012. 567 p.

Young J. From the Mouths of Babes: Protecting Child Authors from Themselves. West Virginia Law Review, 2010, vol. 112, pp. 431–467.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

The Influence of Digitalization on Regulating Precontractual Relations in Private International law



Olga Sergeeva

Senior Research Fellow, Department of Private International Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia. E-mail: olgbelusva@rambler.ru



Abstract

Digitalization of public life has a qualitative impact on the establishment of cross-border contractual relations, on the one hand, simplifying the process of interaction between potential counterparties, on the other hand, raising the question of the suitability of traditional instruments as a basis for regulating cross-border relations complicated by the “digital element”. The main changes that “made” digitalization in the procedure of the conclusion of cross-border contracts are analyzed in the article. The ways of concluding online contracts using the “shrink-wrap”, “click-wrap” and “browse-wrap” methods are studied in detail; an appraisal is made of the conformity of the specified methods of concluding online contracts with the requirements of acts of the European Union in the field of electronic commerce and consumer protection; the approaches taken by US court practice are explored. The questions about the subject of the user agreement and

the moment of its entry into force are raised in the article; a distinction is made between the practice of concluding traditional and online contracts at auctions and electronic platforms in terms of qualifying the action of a potential counterparty as having made an offer or just made an invitation to offer; attention is paid to the problem of the validity of online contracts concluded by minors, and the practice of applying the “doctrine of infancy”. The conclusion is made about the appearance in the conditions of digitalization of a new instrument for regulating cross-border pre-contractual and contractual relations — a user agreement. The user agreement is not limited to visitors of the site who have accepted its terms, but, the rules for using the website are applied to all users; and the “infancy doctrine” in order to invalidate an online contract may not be taken into account by the court if the minor takes advantage of the contract. In practice, the owners of the aggregator, acting under national and international law, relying on the principle of disposition and taking advantage of the autonomy of the will, dictate to potential participants of online transactions their rules for entering into and executing contracts, in effect, establishing a special trading regime. The user agreement in this case is often an array of documents that have a complex architecture and regulate various aspects of the relationship between the website operator providing access to it and users on the use of website services, ordering services and goods.



Keywords

digitalization; precontractual relations; online-contracts; user agreement; electronic commerce; private international law; consumers.

Acknowledgments: The study was supported by the Russian Fund of Fundamental Researches, project no 18-29-16061 «Cell Law within Cell Society: New Regulative models».

For citation: Sergeeva O.V. (2020) The Influence of Digitalization on Regulation of Precontractual Relations in Private International Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 162–184 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.162.184



References

- Al-Bayati M. (2014) Reform of the Iraqi Private International Law on Transnational Online Contracting: Lessons from the EU and the USA. PhD thesis. Bangor University, 300 p.
- Belli V.B. (2012) ECJ Rules that Information Provided via Website or Hyperlink Does Not Meet Requirements of Consumer Distance Contracts. Mondaq, 6 August. Available at: <http://www.mondaq.com/x/190226/Consumer+Law/Van+Bael+Bellis> (accessed: 25.02.2019)
- Cavna M. (2013) “Nobody knows you’re a dog”: As Iconic Internet Cartoon Turns 20, Creator Peter Steiner Knows the Joke Rings as Relevant As Ever. Available at: http://www.washingtonpost.com/blogs/comic-riffs/post/nobody-knows-youre-a-dog-as-iconic-internet-cartoon-turns-20-creator-peter-steiner-knows-the-joke-rings-as-relevant-as-ever/2013/07/31/73372600-f98d-11e2-8e84-c56731a202fb_blog.html (accessed: 25.02.2019)
- Daniel J. (2007) Virtually Mature: Examining the Policy of Minors’ Incapacity to Contract Through the Cyberscope. *Gonz. Law Review*, vol. 43, pp. 240–269.
- Farnsworth E. (2004) *Contracts*. New York: Aspen, 2004. 940 p.

- Hayes D. (1997) The Enforceability of Shrink-wrap License Agreements On-Line and Off-Line. Fenwick & West LLP. Available at: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ShrinkwrapFenwick.pdf> (accessed: 25.02.2019)
- Hill J. (2008) *Cross-Border Consumer Contracts*. Oxford: University Press, 466 p.
- Kanashevskiy V.A. (2016) Conflicts-of-law regulation of contracts with participation of consumers. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 4, pp. 22–25 (in Russian)
- Little L. (2012) Internet Choice of Law Governance. Temple University Legal Studies Research Paper Series, no 20, pp. 1–24.
- Mann R., Siebeneicher T. (2008) Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting. *Columbia Law Review*, no 4, pp. 984–1012.
- Mazhorina M.V. (2018) Private International Law in Context of Globalization: from Privatization to Fragmentation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 193–217 (in Russian)
- Melnik T. (2008) Can We Dicker Online or is Traditional Contract Formation Really Dying — Rethinking Traditional Contract Formation for the World Wide Web. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, issue 1, pp. 315–333.
- Micklitz H-W., Stuyck J., Terryn E., Droshout D. (2010) *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oxford: Hart, 598 p.
- Moringiello J., Reynolds W. (2013) From Lord Coke to Internet Privacy: The Past, Present, and Future of the Law of Electronic Contracting. *Maryland Law Review*, issue 2, pp. 452–500.
- Preston C., Crowther B. (2012) Infancy Doctrine Inquiries. *Santa Clara Law Review*, no 1, pp. 47–80.
- Rojkova M.A. et al. (2018) *Law in the sphere of Internet*. Moscow: Statut, 528 p. (in Russian)
- Rojkova M.A. (2018) Aggregators, platforms, «owners of aggregators»: several comments to the Act concerning aggregators. *Zakon.ru*. Available at: https://zakon.ru/blog/2018/8/13/agregatory_platformy_vladelcy_agregatorov_nekotorye_kommentarii_k_zakonu_ob_agregatorah (accessed: 25.02.2019)
- Savelyev A.I. (2014) *Electronic commerce in Russia and in foreign countries: legal regulation: study guide*. Moscow: Statut, 543 p. (in Russian)
- Svantesson D. (2012) *Private International Law and the Internet*. Wolters Kluwer, 567 p.
- Terentieva L.V. (2017) Concept of Sovereignty in the Conditions of Global and Information Communication Processes. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 187–200 (in Russian)
- Terentieva L.V. (2018) The concept of cyberspace and outlining its territorial contours. *Pravovaya informatika*. no 4, pp. 66–71 (in Russian)
- Young J. (2010) From the Mouths of Babes: Protecting Child Authors from Themselves. *West Virginia Law Review*, vol. 112, pp. 431–467.