Название статьи: Заключение договора путем совершения конклюдентных действий в сети Интернет

Ключевые слова: заключение договора, конклюдентные действия, сеть Интернет, заключение договора в сети Интернет, конклюдентые действия в сети, путем совершения конклюдентных действий

Оформление для сносок:

Джумагулов Д.Д. Заключение договора путем совершения конклюдентных действий в сети Интернет // Закон. – 2023. – № 5. – С. 167.

Оформление для списка литературы:

Джумагулов Д.Д. Заключение договора путем совершения конклюдентных действий в сети Интернет // Закон. – 2023. – № 5. – С. 167–176.

содержание / contents

От редакции 1

Introduction

ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА

INTERVIEW

А.И. Савельев. ПРИЗЫВЫ К ИСПОЛЬЗОВАНИЮ ПИРАТСКИХ КОПИЙ НИ К ЧЕМУ ХОРОШЕМУ НЕ ПРИВЕДУТ 8

A.I. Savel'ev. CALLS FOR THE USE OF PIRATED COPIES WILL MAKE NOTHING GOOD

ТЕМА НОМЕРА: ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

TOPIC OF THE ISSUE: INTELLECTUAL PROPERTY

М.А. Рожкова, А.В. Ёрш, О.В. Исаева. ПОНЯТИЕ «ЦИТИРОВАНИЕ» В СОВРЕМЕННУЮ ЭПОХУ 16

M.A. Rozhkova, A.V. Ersh, O.V. Isaeva. THE CONCEPT OF "QUOTING" IN THE MODERN ERA

А.П. Сергеев. ВОЗМЕЩЕНИЕ УБЫТКОВ, ПРИЧИНЕННЫХ НЕЗАКОННЫМИ РЕШЕНИЯМИ РОСПАТЕНТА 26

A.P. Sergeev. RECOVERY OF DAMAGES CAUSED BY ILLEGAL DECISIONS OF ROSPATENT

Н.В. Иванов. ОСОБЕННОСТИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ИНФОРМАЦИОННОГО ПОСРЕДНИКА ЗА НАРУШЕНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА 37

N.V. Ivanov. PECULIARITIES OF LIABILITY OF THE INFORMATION INTERMEDIARY FOR VIOLATION OF AN EXCLUSIVE RIGHT

№ 5 Май 2023
May 2023
ЗАКОН

В.О. Калятин. В КАКИХ ПРЕДЕЛАХ МОЖНО ИСПОЛЬЗОВАТЬ СОДЕРЖАНИЕ БАЗ ДАННЫХ: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ 53

V.O. Kalyatin. TO WHAT EXTENT CAN THE CONTENT OF DATABASES BE USED: SOME PROBLEMS AND PERSPECTIVES

И.В. Шевелев, Т.С. Никифорова. КОМУ ПРИНАДЛЕЖАТ ПРАВА НА ПРОГРАММУ ЭВМ 64

I.V. Shevelev, T.S. Nikiforova. WHOM THE RIGHTS TO SOFTWARE BELONG TO?

Б.Е. Семенюта. О КВАЛИФИКАЦИИ ПРОГРАММ ДЛЯ ЭВМ КАК СОСТАВНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ 74

B.E. Semenyuta. ON THE QUALIFICATION OF COMPUTER PROGRAMMES AS COMPOSITE WORKS

А.Г. Серго. БЕСПИЛОТНИКИ И АВТОРСКОЕ ПРАВО (К ВОПРОСУ ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ «НЕДВИЖИМОСТИ» ДЛЯ СОЗДАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ) 83

A.G. Sergo. UAVs AND COPYRIGHT: ON THE ISSUE OF USING "REAL ESTATE" TO CREATE RESULTS OF INTELLECTUAL ACTIVITY

ЮРИДИЧЕСКОЕ ПРОШЛОЕ
LEGAL PAST

А.Н. Верещагин. НАЧАЛЬНЫЕ ШАГИ РУССКОГО АВТОРСКОГО ПРАВА (РЕШЕНИЕ ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩЕГО СЕНАТА О КУРСЕ ЛЕКЦИЙ Д.И. МЕЙЕРА) 92

A.N. Vereshchagin. FIRST STEPS OF THE RUSSIAN COPYRIGHT LAW (A DECISION OF THE RULING SENATE ON THE COURSE OF LECTURES BY D.I. MEYER)

ДИСКУССИОННЫЙ КЛУБ
DISCUSSION BOARD

А.В. Поляков. СВОБОДА И СПРАВЕДЛИВОСТЬ В ПРАВОВОМ ОСМЫСЛЕНИИ 97

A.V. Polyakov. FREEDOM AND JUSTICE IN LEGAL REASONING

содержание / contents

А.М. Молодкин. ПРИВЛЕЧЕНИЕ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЮРИСТА-КОНСУЛЬТАНТА 114

A.M. Molodkin. BRINGING A LAWYER-CONSULTANT TO SUBSIDIARY LIABILITY

ЮРИДИЧЕСКАЯ ХРОНИКА

LEGAL CHRONICLE

I. **С.Ю. Филиппова.** Особенности гражданско-правового статуса военнообязанных, не явившихся по повестке 123

II. **Г.А. Есаков.** Конституционализация жестких антикартельных практик 132

III. **Ю.И. Стукачева.** Все новое — хорошо забытое старое: предпроверочный анализ как индульгенция XXI века 135

I. **S.Yu. Filippova.** Peculiarities of the Civil Law Status of Persons Liable for Military Service Who Ignored Summons

II. **G.A. Esakov.** Constitutionalization of Tough Anti-Cartel Practices

III. **Yu.I. Stukacheva.** Everything New is Well-Forgotten Old: Pre-Audit Analysis as an Indulgence of the 21st Century

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

THEORY AND PRACTICE

Д.В. Винницкий, Д.А. Курочкин. КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ ТЕХНИКИ И СИСТЕМНОЙ СВЯЗИ РЕШЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ ПО НАЛОГОВЫМ ВОПРОСАМ 141

D.V. Vinnitsky, D.A. Kurochkin. LEGAL TECHNIQUE AND LOGICAL LINKS IN THE DECISIONS OF THE RF CONSTITUTIONAL COURT ON TAX MATTERS: A CONCEPTUAL ANALYSIS

ЗАКОН

М.А. Церковников. О КОНКУРЕНЦИИ КРЕДИТОРОВ ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ ПЕРЕДАТЬ ИНДИВИДУАЛЬНО-ОПРЕДЕЛЕННУЮ ВЕЩЬ В СЛУЧАЕ ДВОЙНОЙ ПРОДАЖИ ИЛИ АРЕНДЫ 148

M.A. Tserkovnikov. ON THE COMPETITION OF CREDITORS IN OBLIGATIONS TO TRANSFER AN INDIVIDUALLY DEFINED THING IN THE EVENT OF A DOUBLE SALE OR LEASE

В.Г. Домшенко. ДОСУДЕБНЫЙ ПОРЯДОК УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРА ПО ГРУППОВОМУ ИСКУ: В ПОИСКАХ ОПТИМАЛЬНОЙ МОДЕЛИ 157

V.G. Domshenko. PRE-TRIAL PROCEDURE FOR SETTLING A DISPUTE ON A CLASS ACTION: IN SEARCH OF AN OPTIMAL MODEL

Д.Д. Джумагулов. ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРА ПУТЕМ СОВЕРШЕНИЯ КОНКЛЮДЕНТНЫХ ДЕЙСТВИЙ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ 167

D.D. Dzhumagulov. CONCLUSION OF A CONTRACT BY PERFORMING IMPLICATIVE ACTIONS ON THE INTERNET

Е.Н. Мельникова. ПРАВОВАЯ КВАЛИФИКАЦИЯ МОДЕЛИ МАШИННОГО ОБУЧЕНИЯ НА ОСНОВЕ ТЕХНИЧЕСКОГО АНАЛИЗА ЭТОГО ПРОЦЕССА 177

E.N. Melnikova. LEGAL QUALIFICATION OF A MACHINE LEARNING MODEL BASED ON A TECHNICAL ANALYSIS OF SUCH LEARNING

Е.А. Дмитрикова, А.А. Карицкая, А.А. Трофимов. КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ КОНТРОЛЬНО-НАДЗОРНОГО ПРОИЗВОДСТВА И ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛАМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ 187

E.A. Dmitrikova, A.A. Karitskaya, A.A. Trofimov. CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF DIFFERENTIATION OF CONTROL AND SUPERVISORY PROCEEDINGS AND PROCEEDINGS ON ADMINISTRATIVE OFFENCES

ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРА ПУТЕМ СОВЕРШЕНИЯ КОНКЛЮДЕНТНЫХ ДЕЙСТВИЙ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ

ДАНИИЛ ДМИТРИЕВИЧ ДЖУМАГУЛОВ

факультет права НИУ ВШЭ

В данной статье автор рассуждает об общих положениях конклюдентных действий и приходит к выводу о том, что их использование в гражданском обороте увеличивается по мере развития технических средств, которые предполагают взаимодействие с объектом без непосредственного участия физического лица в процессе совершения сделки. Далее автор анализирует конклюдентные действия в сети Интернет и предлагает осуществлять их регулирование путем постепенного усложнения привычного паттерна поведения и необходимости учета совокупности конклюдентных действий, при этом такая совокупность действий может быть различной в зависимости от степени значения предмета договора.

Ключевые слова: *конклюдентные действия, форма сделки, волеизъявление, заключение договора в сети Интернет*

DOI: 10.37239/0869-4400-2023-20-5-167-176

Общие положения о конклюдентных действиях

Современные правопорядки, как правило, стремятся к расширению принципа свободы формы, все реже ограничивая устную форму и конклюдентные действия[1]. Расширение этого принципа имеет под собой несколько причин, вызван-

[1] См.: *Jansen N., Zimmermann R.(eds.)* Commentaries on European Contract Laws. Oxford, 2018. P. 250–251.

ных техническим прогрессом. Во-первых, расширение принципа свободы формы объясняется ростом числа совершаемых сделок и вследствие этого ростом интенсивности экономического оборота. Субъекты совершают множество различных сделок даже в самых, казалось бы, повседневно-бытовых отношениях. Помимо типичных примеров, которые приводились для иллюстрации бытовых сделок в XIX–XX веках, таких как покупка продуктов или иных товаров в магазине и оплата проезда в транспорте, современный быт предполагает множество иных типов повседневных трансакций, в частности автоматическую оплату парковки на городской стоянке для автотранспорта, оплату подписок с ежемесячной автоматической пролонгацией на различные потоковые мультимедиасервисы, выдачу согласия на обработку данных при регистрации на сайте в сети Интернет, оплату покупок в интернет-магазинах и т.д. Отличие этих типов трансакций от тех, которые представлялись модельными при формулировании правил о форме в кодификациях XIX века, состоит в том, что в отношениях в Сети отсутствует непосредственный контакт субъектов между собой, а также скорость совершения подобных трансакций. Во-вторых, либерализация требований к форме обусловлена расширением возможных способов доказывания факта совершения юридически значимого действия. Возможность представить в качестве достоверных доказательств запись аудио- или видеофиксации переговорного процесса или самого факта заключения устной сделки, переписку по электронной почте или в мессенджере, скриншоты страниц или иной цифровой след субъектов, позволяют восполнить те функции формы, которые предписывались письменной форме в виде единого документа в XIX веке[2].

Многие современные исследователи подчеркивают, что выполнение формальностей, связанных с «одеванием» волеизъявления в требуемую законодателем форму, чаще всего занимает дополнительное время и несет риски непредвидимых санкций при несоблюдении требований формы. Однако встречается и иное мнение. Количество норм, устанавливающих квалифицированные требования к форме в современном законодательстве стран Европы, значительно возросло по сравнению с тем количеством, которое было характерно для времени модерна и господства принципа *laissez faire*, когда принцип свободы формы провозглашался в качестве максимы[3]. Сторонники экономического подхода к анализу правового регулирования (*Law and Economics*) также отмечают, что литигационные издержки, необходимые для доказывания факта заключения договора в устной форме, будут существенно превышать издержки на составление соглашения в письменной форме[4]. Вероятно, что подобное рассуждение можно признать верным применительно к устной форме, если оставить за скобками аргументы об идеологии принципа свободы формы как продолжении общеправовой идеи частной автономии, но какие-либо ограничения в отношении конклюдентной формы для традиционного заключения договора представляются излишними. Как правило, при совершении конклюдентных действий не стоит вопрос доказывания самого факта совершения акта, а потому отсутствуют и политико-правовые соображения против расширения круга возможных случаев применения конклюдентных действий.

Идея о том, что сделка может быть совершена не только посредством слов, выраженных устно или зафиксированных на каком-либо носителе, была известна уже в классический период римского права[5]. Слова являются основным, но не единственным способом донесения информации до рецепиента о намерении создать правовые последствия. В.М. Хвостов справедливо указывает, что «слово — не единственный способ изъявления воли»[6]. Если само поведение свидетельствует о стремлении лица создать определенные правовые последствия, а реципиент может воспринять это поведение и интерпретировать его как волю лица, направленную на достижение правового результата, то правопорядок не должен препятствовать юридической силе такой формы волеизъявления. Например, когда представитель возвращает представляемому оригинал доверенности,

[2] См.: *Bernard K.-H.* Formbediirftige Rechtsgeschafte. Berlin, 1979. S. 32–36; *Plewe L.* Die gesetzliche Formen des RechtsgeschSfts. Aachen, 2003. S. 14–19; *Татаркина К.П.* Форма сделок в гражданском праве России. Томск, 2012. С. 57–64.

[3] См.: *Kötz H.* European contract law. 2-th. yd. Oxford, 2017.

[4] См.: *Каралетов А.Г.* Экономический анализ права. М., 2016. С. 456.

[5] См.: *Дождев Д.В.* Римское частное право: учеб. / под. ред. В.С. Нерсесянца. 3-е изд. М., 2014. С. 145.

[6] См.: *Хвостов В.М.* Указ. соч. С. 128.

не оставляя каких-либо словесных комментариев этому действию, то представляемый без труда интерпретирует в этом действии отказ представляемого от полномочий. Аналогичным образом возврат должнику документа, подтверждающего долг (например, расписки), свидетельствует о прощении долга или подтверждении исполнения обязательства со стороны должника, если оно было исполнено на момент возврата документа.

Гражданский кодекс РФ называет конклюдентные действия в качестве одной из возможных форм выражения воли. Согласно п. 2 ст. 158 ГК РФ сделка, которая может быть совершена устно, считается совершенной и в том случае, когда из поведения лица явствует его воля совершить сделку.

> Таким образом, ГК РФ в качестве конклюдентных действий понимает поведение, из которого явствует воля лица совершить сделку. Основанием для этого служит то, что поведение лица неразрывно связано с волей, и если оно стремится к заключению договора, то нет никакого смысла ограничивать лицо только устной или письменной формой сделки.

Так, Д.И. Мейер писал, что «известные телесные движения находятся в такой тесной связи с движениями души, что несомненно свидетельствуют о выражении воли»[7].

При этом использование конклюдентных действий возможно и в тех случаях, когда простое устное волеизъявление было бы недостаточным (применительно к реальным договорам): непосредственно в тексте ГК РФ указано, что правовые последствия порождает конклюдентный акцепт письменной оферты (п. 3 ст. 434). При этом судебная практика в целом расширительно толкует конклюдентные действия. Так, договор считается заключенным в случае, если акцептант приступил к исполнению предложенного договора даже при условии, что он не выполнил условия оферты в полном объеме[8]. Кроме того, судебная практика не ограничивается только совершением сделки и считает в некоторых случаях допустимым использовать конклюдентные действия для внесения изменений в договор, уже заключенный в письменной форме, если стороны своими действиями признают внесенные изменения[9].

Конклюдентные действия имеют достаточно широкую область применения в различных видах отношений, на что в литературе не обращается должного внимания. Например, в учебнике гражданского права МГУ им. Ломоносова конклюдентной форме сделок посвящен только один абзац, а в качестве примера приводится только сделка субъекта с автоматом о покупке товара, лежащего внутри автомата[10]. В реальности конклюдентные действия не ограничиваются взаимодействием с автоматом или конклюдентным акцептом по договору. В этой форме могут совершаться многие односторонние сделки. Например, конклюдентный отказ от договора, конклюдентный выбор в альтернативном обязательстве (кредитор узнает о совершившемся выборе должника в момент исполнения), отказ от полномочий (осуществляемый посредством возврата доверенности представляемому), отказ от наследства и т.д. Также возможны следующие примеры: согласие с условиями обработки персональных данных путем нажатия кнопки, привязка банковской карты к аккаунту и т.д.

В практике также встречаются случаи заключения договора посредством двух волеизъявлений, выраженных конклюдентными действиями: конклюдентной оферты и конклюдентного акцепта. В одном из дел, рассмотренных ВС РФ, жильцы многоквартирного дома проголосовали за выбор управляющей организации[11]. После голосования договор об управлении многоквартирным домом и предоставлении коммунальных услуг заключен с управляющей организацией не был. В Правилах предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям

---

[7] *Мейер Д.И.* Русское гражданское право: чтения, изданные по запискам слушателей / под ред. А.И. Вицына. СПб., 1894. С. 120.

[8] Пункт 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора».

[9] Пункт 5 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 05.05.1997 № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров».

[10] Гражданское право: учеб. в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2019. С. 403.

[11] Определение Верховного Суда РФ от 14.07.2015 № 35-КГ15-1.

помещений в многоквартирных домах и жилых домов, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 6 мая 2011 г. № 354[12], указывается, что управляющая организация, выбранная в установленном жилищным законодательством порядке для управления многоквартирным домом, приступает к предоставлению коммунальных услуг потребителям в многоквартирном доме с даты, указанной в решении общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме о выборе управляющей организации, или с даты заключения договора управления многоквартирным домом, в том числе с управляющей организацией, выбранной органом местного самоуправления по итогам проведения открытого конкурса, но не ранее даты начала поставки коммунального ресурса по договору о приобретении коммунального ресурса, заключенному управляющей организацией с ресурсоснабжающей организацией. Таким образом, публикация итогов открытого конкурса, согласно указанным Правилам, рассматривается в качестве оферты о заключении договора с выбранной по результатам голосования собрания жильцов управляющей компанией. В свою очередь, фактическое начало предоставления жильцам коммунальных услуг должно квалифицироваться как акцепт. Именно к такой квалификации действий сторон пришел ВС РФ в рассматриваемом деле.

При этом совершение сделки с помощью конклюдентных действий может доказываться не только фактами, подтверждающими сами действия, но и с помощью иных доказательств, в том числе письменных. Например, в ранее рассмотренном деле о выборе управляющей организации ВС РФ в качестве допустимых и относимых доказательств рассматривал документы о проведении жильцами общего собрания и публикацию этих документов на сайте. Аналогичная ситуация допустима в случае, когда договор займа не был оформлен в письменной форме вопреки требованиям ст. 808 ГК РФ. Факт заключения договора путем конклюдентных действий может доказываться с помощью письменных доказательств: платежных документов, расписок о получении денежных средств, переписки сторон[13].

> Следует отметить, что под конклюдентными действиями мы понимаем не всякое поведение стороны сделки. Часто под конклюдентными действиями понимают кивок, показ жестов и т.п., однако использование вследствие недуга языка жестов или дактильной азбуки не переводит устную форму сделки в конклюдентные действия, поскольку по отношению к последнему мы подразумеваем совершение конкретных действий или поступка[14], направленных на совершение сделки.

Позволим себе развить эту мысль и представим, что два гражданина заключили договор с помощью жестов, пусть они и могли проговорить условия. Нам кажется верным отметить, что в этом случае жесты являются разновидностью языка общения, и данная ситуация должна считаться заключением договора в устной форме. Безусловно, разделить общение (во всех его видах) и выражение воли на совершение сделки сложно на практике, а тем более сложно определить, с чем мы имеем дело: с устной формой или конклюдентными действиями.

Это наталкивает на мысль о том, что когда мы говорим про устную форму, то имеем в виду взаимодействие уровня субъект — субъект, а когда мы говорим про конклюдентные действия, то речь идет про взаимодействие субъект — объект, связанный с другой стороной сделки и выражающий его волю. Примерами этого могут быть случаи, когда лицо покупает кофе с помощью автомата либо когда лицу доставлен товар и оно его принимает, тем самым заключая договор поставки. То есть взаимодействует непосредственно с объектом, пусть в этой ситуации может присутствовать устное общение, например с консультантом, помогающим выбрать подходящий сорт кофе в автомате, или с перевозчиком товара во втором случае.

По нашему мнению, различие между конклюдентными действиями и устной формой должно приводить к практическим последствиям. В частности, речь идет

[12] См.: Постановление Правительства РФ от 06.05.2011 № 354 (ред. от 23.09.2022) «О предоставлении коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов» (вместе с «Правилами предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов»).

[13] Обзор судебной практики ВС РФ. 2015. № 3 (утв. Президиумом ВС РФ 25.11.2015).

[14] *Татаркина К.П.* Указ. соч.

о норме п. 1 ст. 162 ГК РФ, согласно которой несоблюдение простой письменной формы, в тех случаях, когда закон не устанавливает конституирующую форму сделки, влечет запрет ссылаться на свидетельские показания. По нашему мнению, указанное правило должно применяться только в случаях совершения сделки в устной форме. Запрет ссылаться на свидетельские показания призван мотивировать стороны формализовать свои соглашения и отказываться от устной формы. Также запрет ссылаться на свидетельские показания способствует процессуальной экономии, исключая возможные споры, в которых основные доказательства строятся лишь на показаниях свидетелей. Эти политико-правовые аргументы в меньшей степени относятся к сделкам, совершаемым в Сети путем конклюдентных действий, поскольку в Сети возможна формализация поведения (подробнее об этом будет сказано несколько позже) и значительная экономия по причине типизации отношений, а значит, данные аргументы теряют свое значение.

> В отношении же классических конклюдентных действий мы исходим из тезиса о том, что нет никакого смысла лишать силы конкретные виды доказательств путем буквального толкования закона, поскольку это блокирует возможность судьи проанализировать и оценить их относимость, допустимость и достоверность при решении конкретного дела.

Однако в литературе высказывается и иная аргументированная позиция в пользу распространения правил п. 1 ст. 162 ГК РФ на конклюдентную форму сделок[15].

Использование конклюдентных действий в гражданском обороте увеличивается по мере развития технических средств, которые предполагают взаимодействие с объектом без непосредственного участия физического лица в процессе совершения сделки.

По этой причине нам представляется интересным проанализировать отношения в сети Интернет, которые развиваются по пути снижения взаимодействия между субъектами и увеличения взаимодействия между субъектом и объектом. Так, в большинстве случаев лицо работает с сайтом, приложением, сервисом, контентом, которые созданы для широкой аудитории и предполагают контакт не с субъектом, а с объектом даже в момент оплаты или доставки товара, которая в большинстве своем уже автоматизирована (т.е. реализована через объект).

Конклюдентные действия в Сети как будущая цифровая форма

Рост использования Интернета и реализация большинства экономических операций в нем привели к возникновению нового вопроса для юриспруденции: требуют ли правоотношения в Сети самостоятельного регулирования?

Законодатель ответил на него и в 2019 году ввел понятие «цифровые права» в Гражданский кодекс РФ (ст. 141.1). Оно вызвало довольно много вопросов[16] с точки зрения юридической техники и обоснованности его введения, однако они не представляются интересными, поскольку нам кажется очевидным, что когда речь идет о цифровых отношениях, то в первую очередь мы подразумеваем «цифровую форму», а не «цифровые права». Это объясняется тем, что право не меняется от того, как именно стороны его согласовывали. Так, в сущности, аренда не перестает быть арендой, если она заключена с помощью сети Интернет. Иной подход приведет к тому, что при возникновении нового способа передачи информации необходимо будет изобретать новое правовое регулирование.

Юридический метод является методом абстрагирования. Законодатель на основе обобщения реального опыта создает абстрактные правовые правила, направленные на разрешение широкой группы правовых ситуаций. Действие юридического метода можно описать следующим образом: из всех фактических обстоятельств реальной жизни выделяются те, что считаются необходимыми для решения конкретного

[15] Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 208 (автор комментария к ст. 162 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

[16] *Рожкова М.А.* Цифровые права (digital rights) — что это такое и нужны ли они в Гражданском кодексе? // Закон.ру. 2020. 17 авг. URL: https://zakon.ru/blog/2020/08/17/cifrovye_prava_digital_rights__chto_eto_takoe_i_nuzhny_li_oni_v_grazhdanskom_kodekse (дата обращения: 17.04.2023).

казуса, и к кругу этих фактических обстоятельств (гипотезе) предлагается решение.

Таким образом, на основе обобщения реальных ситуаций впоследствии создаются абстрактные правовые правила, направленные на регулирование отдельных групп правоотношений. Следовательно, дублирование правового материала для каждой вновь возникающей сферы человеческой коммуникации представляется неоправданным. Технический прогресс неостановим, и с течением времени в любом случае возникают неизвестные ранее формы взаимодействия. Задача юридического метода заключается не в создании нового пласта норм, направленных для регулирования этой новой сферы общественных отношений, а в том, чтобы понять, какие из существующих правовых конструкций могут применяться для разрешения спорных ситуаций в новых условиях. Применение существующих норм к новой сфере общественных отношений может потребовать их адаптации, однако это возможно с помощью расширительного толкования нормы или, наоборот, ее телеологической редукции[17]. И только в том случае, когда становится очевидно, что существующих норм недостаточно, а дыры в регулировании не получается закрыть даже путем толкования, необходимо создание новых положений.

В этом ключе интерес представляет немецкий подход к регулированию сделок, совершаемых в Сети. Германское гражданское уложение (далее — ГГУ) не использует понятие «конклюдентные действия», а сами эти действия, как правило, не выделяются в качестве самостоятельной формы сделки[18]. При этом в определенных ситуациях нормы ГГУ допускают конклюдентные действия и молчание в качестве способа выражения воли (§ 455, 545). Для описания формы трансакций, совершаемых в Сети, немецкий законодатель разработал две специальные формы: электронная форма (*elektronische Form*, § 126a) и текстовая форма (*Textform*, § 126b). Обе формы появились в тексте ГГУ сравнительно недавно — в 2001 году.

Текстовая форма (*Textform*) представляет собой наиболее неформальный подвид письменной формы. Ключевая ее особенность состоит в том, что такая форма не требует собственноручной подписи. Для текстовой формы важно лишь то, чтобы волеизъявление могло быть зафиксировано на каком-либо носителе в течение длительного времени, и из его содержания возможно установить лицо, совершившее волеизъявление[19]. В немецких исследованиях указывается, что текстовая форма в значительно меньшей степени выполняет функции доказательства волеизъявления и подтверждения серьезности намерений при совершении сделки, которые характерны для обыкновенной письменной формы, но такая форма оказывается удобной для потребительских трансакций, совершаемых в Сети[20]. В комментариях к ГГУ перечисляется подробный перечень случаев, когда возможно применение текстовой формы. Обычно это случаи различных незначительных потребительских сделок, таких как оплата коммунальных услуг, созыв собрания собственников недвижимости, различные запросы об информации и уведомления (например, запрос информации об овердрафте, уведомление об увеличении процентной ставки по кредиту)[21]. При этом текстовая форма не может служить адекватной заменой письменной форме: если закон устанавливает требование к письменной форме, то совершение сделки в текстовой форме приведет к ее ничтожности ввиду несоблюдения требования о форме[22].

Текст нормы § 126*b* указывает, что текстовая форма означает, что волеизъявление должно быть совершено в документе либо иным способом, позволяющим воспроизводить буквы в течение длительного срока. Термин «документ» включает как документ, составленный на бумажном носителе, так и на электронном. В качестве примеров документов, составленных на бумажном носителе, соответствующих письменной форме, можно привести скан-копию оригинала документа без подписи, документ с факсимильной под-

[17] О методах толкования см.: *Васьковский Е.В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002.

[18] См.: *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. 2. Полутом 2. М., 1950. С. 149.

[19] *Staudinger J.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin, 2022. § 126. Rn. 1, 29.

[20] См.: *Janal R.* Die Errichtung und der Zugang einer Erklärung in Textform gem § 126b BGB. MDR 2006.

[21] См.: *Staudinger J.* Op. cit. § 126. Rn. 11–24.

[22] В немецком праве несоблюдение установленной законом формы во всех случаях приводит к ничтожности сделки. Нормы наподобие п. 1 ст. 162 ГК РФ о запрете ссылаться на свидетельские показания при совершении сделки в ненадлежащей форме в немецком праве отсутствует.

письью, компьютерный факс и любые иные бумажные документы без подписи, необходимой для письменной формы, но позволяющие определить содержание и личность волеизъявителя. В качестве электронного носителя может выступать любой цифровой документ, составленный без использования электронной подписи, скриншот, доступ к веб-сайту, сообщение, направленное по электронной почте, текстовый файл, сохраненный на *CD*, дискете или флеш-карте. Возможность распечатать электронный документ на бумажном носителе является квалифицирующим признаком для соблюдения текстовой формы.

> Однако если лицо, оказывающее потребителям услуги, разместит информацию на сайте в Сети, то такое размещение не создает для потребителей презумпцию знания о содержании этой информации, даже когда для уведомления допускается текстовая форма, а информация на сайте может быть распечатана на бумажном носителе. Уведомление потребителя об услуге требует персональной коммуникации.

Например, отправление в электронном письме потребителю ссылки на размещенную на сайте информацию об услуге будет надлежащим уведомлением в текстовой форме[23].

Также для возможности идентификации лица, изъявившего волю в текстовой форме, соответствующий документ должен содержать его имя (наименование) и иные достаточные данные[24].

Важно подчеркнуть, что текстовая форма сделки была разработана для того, чтобы упростить удаленное взаимодействие субъектов экономического оборота. Для множества бытовых сделок нет нужды в письменной форме и собственноручной подписи. Свобода формы позволяет совершать такие сделки и устно. Например, возможно заключить устный договор между отсутствующими сторонами с помощью телефонного звонка. Однако устная форма не создает необходимой формальной определенности договора и потому зачастую является недостаточной. Текстовая форма представляет собой промежуточный вариант между простой письменной и устной формами, удобный для совершения повседневных сделок в Сети, так как не требует каких-либо дополнительных реквизитов, кроме самого текста и указания на лицо, предлагающее этот текст. При этом законодатель отчетливо понимал, что текстовая форма не несет функций, присущих письменной форме, и потому существенно ограничил сферу возможного применения этой упрощенной формы.

Электронная форма (*elektronische Form*) представляет собой не самостоятельный вид формы, а квалифицированный вид письменной формы. С согласия сторон или в установленных законом случаях можно использовать электронную форму, когда закон предусматривает обязательную письменную форму. Электронная подпись на документе позволяет получателю установить дату последнего изменения документа, это гарантирует подлинность содержания документа. Электронная форма представляет собой цифровой ключ, созданный с помощью метода асимметричного шифрования. Этот метод предполагает, что цифровой ключ разделен на два вида: закрытый и открытый. Закрытый ключ доступен только владельцу цифровой подписи, с помощью него он ставит подпись на документах, а специальный персональный код гарантирует защиту от доступа иных лиц. Открытый ключ доступен для всех третьих лиц, с помощью него происходит идентификация владельца электронной подписи.

> Функциональным аналогом немецкой электронной формы сделки в российском праве является электронная подпись, предусмотренная Законом об электронной подписи[25]. Однако, с точки зрения российского законодателя, электронная подпись представляет собой не самостоятельный тип формы сделки, а цифровой аналог собственноручной подписи.

С 1 октября 2019 года в абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ указано, что письменная форма сделки считается соблюденной также в случае совершения лицом сделки с помощью электронных либо иных технических средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки, при этом тре-

[23] См.: решение Федерального верховного суда Германии: BGH vom 29.04.2010 — I ZR 66/08.
[24] См.: *Staudinger J.* Op. cit. § 126. Rn. 30.
[25] Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ (ред. от 14.07.2022) «Об электронной подписи».

бование о наличии подписи считается выполненным, если применен любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю.

Какой-либо функциональный аналог текстовой формы сделок в российском праве отсутствует. ГК РФ не предусматривает менее формализованный способ письменной фиксации волеизъявления, чем простая письменная форма.

Нам представляется, что этот пробел российского регулирования можно закрыть через понятие конклюдентных действий. Конклюдентные действия характеризуются тем, что волеизъявление субъекта при их совершении выражается путем совершения действий. Совершение сделок в Сети в большинстве случаев предполагает согласие субъекта, выраженное в виде клика мышкой по кнопке «согласен» или в виде постановки галочки в чекбоксе и иных подобных способов. Таким образом, пользователи принимают условия лицензионных соглашений или выражают согласие на сбор и обработку персональных данных. Это согласие внешне похоже на подпись, характерную для письменной формы сделок.

> Однако квалификация подобных действий в качестве письменной формы игнорирует суть явления и функции, которые преследует письменная форма.

Во-первых, письменная форма подтверждает ясность факта содержания сделки. Собственноручная подпись на бумажном документе презюмирует, что подписант ознакомлен с содержанием документа[26]. Во-вторых, письменная форма служит подтверждению серьезности намерений лица, совершающего сделку. Письменная форма призвана «вызвать у лиц, совершающих акт, вполне обдуманную, серьезную волю»[27]. Эти функции, характерные для письменной формы, полностью отсутствуют у действий, совершаемых путем клика мышкой по кнопке. Поведение пользователя при такой форме взаимодействия не предполагает подробное ознакомление с условиями лицензионного соглашения или согласия на обработку данных, а клик мышкой не создает той же осознанности действия, которую дает собственноручная подпись на документе. В связи с указанными особенностями предлагается рассматривать данные действия в качестве конклюдентных.

Поскольку взаимодействие на уровне приложений и программ всегда строится на принципе «запрос — ответ», а взаимодействие с интерфейсом приводит к изменению базы данных (проще говоря, приводит к записи ответа), то, безусловно, такое поведение является формализуемым. Для того чтобы оформить заказ или услугу, необходимо принять оферту, ввести данные в конкретные формы и произвести оплату. Все фиксируется и впоследствии может быть представлено как конкретный перечень действий, совершенных конкретным лицом. Это позволяет нам сказать, что конклюдентные действия в Сети в значительной степени отличаются от привычных конклюдентных действий. Думается, что называть эту ситуацию самостоятельной цифровой формой преждевременно, поскольку она только начинает приобретать свои очертания.

На данном этапе развития Интернета, полагаем, рано говорить о создании полноценного регулирования цифровой конклюдентной формы, а тем более о доказательствах и доказывании в отношении заключенных таким образом договоров, поскольку Сеть продолжает развиваться и при отсутствии уверенности в дальнейшей устойчивости общественных отношений их регулирование необходимо осуществлять с помощью толкования и уточнения уже существующих норм путем судебного правотворчества, а не с помощью принятия новых законов и изменения Гражданского кодекса.

Мы считаем разумным акцентировать внимание на том, что волеизъявление должно быть очевидным для противной стороны и третьих лиц, поскольку в простоте заключения договора путем конклюдентных действий кроется основная проблема в виде ошибочного восприятия действий, создающая неопределенность во взаимоотношениях сторон. Отсюда вытекают наши предложения о регулировании заключения договора путем совершения конклюдентных действий в Сети. Мы сформулировали их следующим образом.

---

[26] См. подробнее: *Татаркина К.П.* Указ. соч. С. 57–64; *Furrer F.* Heilung des Formmangels im Vertrag. Zurich, 1992. S. 27–30.

[27] См.: *Митюков К.А.* Курс римского права. 2-е изд. Киев, 1902. С. 43.

1. Для заключения договора, не приводящего к изменению размера имущества подписанта сейчас или в будущем, но связанного с персональными данными либо с получением согласия с правилами ресурса (приложения, программы), необходимо удержание кнопки согласия как минимум 5 секунд[28].

2. Для заключения договора, направленного на изменение размера имущества подписанта сейчас или в будущем, необходимо как минимум совершение двух действий:

— нажатие кнопки согласия как минимум 5 секунд;

— с помощью клавиатуры, экрана смартфона или джойстика вручную написать фразу «я согласен со всеми условиями» или аналогичную, если количество символов больше или равно количеству в указанной фразе, а смысл фразы точно выражает полное согласие на заключение договора.

3. Для заключения договора, направленного на изменение размера имущества подписанта сейчас или в будущем без необходимости совершения дополнительных действий со стороны подписанта (т.е. использование модели подписки или абонентской платы), необходимо как минимум совершение двух действий:

— произвести оплату с личного или корпоративного счета либо привязать такой счет с автоматическим подтверждением проведения трансакции со стороны банка;

— с помощью клавиатуры, экрана смартфона или джойстика вручную написать фразу «я согласен со всеми условиями» или аналогичную, если количество символов больше или равно количеству в указанной фразе, а смысл фразы точно выражает полное согласие стороны на заключение договора.

[28] Данная модель уже иногда используется на сайтах, например на сайте *crunchbase.com* при проверке посетителя, чтобы отличить программу от настоящего посетителя (кнопка называется *Press & Hold*). Такой вариант представляется предпочтительным по сравнению с нажатием кнопки, которое может произойти случайно и привести к передаче персональных данных, на что пользователь не имел намерения.

Что касается последствий совершения сделок без соблюдения указанных требований, на начальном этапе внедрения регулирования признание таких сделок недействительными представляется нам чрезмерным. По этой причине мы предлагаем считать подобную сделку совершенной в устной форме.

> Предложенное регулирование построено на балансе усложнения уже привычного паттерна поведения и необходимости совокупности конклюдентных действий (их количество может постепенно расти, плавно увеличивая достоверность и точность волеизъявления без получения негативного экономического эффекта в виде снижения количества заключаемых договоров), если речь идет об изменении размера имущества сторон.

Безусловно, возможно предложить и другую совокупность конклюдентных действий, нам было важно показать саму возможность подобного регулирования.

На наш взгляд, данный подход является наиболее предпочтительным в регулировании заключения договоров в Сети, поскольку он позволит создать плавное и полноценное регулирование данных отношений шаг за шагом, сначала с помощью судебного правотворчества, а уже после путем изменения гражданского законодательства.

Conclusion of a Contract by Performing Implicative Actions on the Internet

In this article, the author discusses the general provisions of implicative actions and comes to the conclusion that their use in civil turnover increases with the development of technical means that involve interaction with the object without the direct participation of an individual in the transaction process. Further, the author analyses the implicative actions on the Internet and proposes to regulate them by gradually complicating the usual pattern of behavior and the need to take into account the set of the implicative actions, while such a set of actions may be different depending on the degree of significance of the subject of the contract.

Keywords: *implicative actions, form of transaction, expression of will, conclusion of an agreement on the Internet*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Daniil D. Dzhumagulov
National Research University "Higher School of Economics"

REFERENCES

Bernard, K.-H. Formbediirftige Rechtsgeschafte. Berlin, 1979.

Dozhdev, D.V. Roman private law: Textbook [*Rimskoe chastnoe pravo: ucheb.*]. 3d ed. Moscow, 2014.

Ennektserus, L. Course of German Civil Law [*Kurs germanskogo grazhdanskogo prava*]. Vol. 2. Half vol. 2. Moscow, 1950.

Furrer, F. Heilung des Formmangels im Vertrag. Zurich, 1992.

Janal, R. Die Errichtung und der Zugang einer Erklarung in Textform gem § 126b BGB. MDR 2006, 368 s.

Jansen, N., Zimmermann, R.(eds.) Commentaries on European Contract Laws. Oxford, 2018.

Karapetov, A.G. Economic Analysis of Law [*Ekonomicheskiy analiz prava*]. Moscow, 2016.

Khvostov, V.M. System of Roman law: lecture notes. The general part [*Sistema rimskogo prava: konspekt lektsiy. Obshchaya chast'*]. 4th ed. Moscow, 1908.

Kotz, H. European contract law. 2-th. ud. Oxford, 2017.

Meyer, D.I. Russian Civil Law: Readings published by the notes of listeners [*Russkoe grazhdanskoe pravo: Chteniya, izdannye po zapiskam slushateley*]. St. Petersburg, 1894.

Mityukov, K.A. Course of Roman law [*Kurs rimskogo prava*]. 2nd ed. Kiev, 1902.

Plewe, L. Die gesetzliche Formen des RechtsgeschSfts. Aachen, 2003.

Staudinger, J. Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch. Berlin, 2022.

Sukhanov, E.A. (ed.) Civil law: textbook [*Grazhdanskoe pravo: ucheb.*]. 2nd ed. Moscow, 2019.

Tatarkina, K.P. The form of transactions in the civil law of Russia [*Forma sdelok v grazhdanskom prave Rossii*]. Tomsk, 2012.

Vas'kovskiy, E.V. Civilistic methodology. The doctrine of the interpretation and application of civil laws [*Tsivilisticheskaya metodologiya. Uchenie o tolkovanii i primenenii grazhdanskikh zakonov*]. Moscow, 2002.