

АКТУАЛЕН ПОГЛЕД ВЪРХУ ВОДЕНЕТО НА ПРЕГОВОРИ И СКЛЮЧВАНЕТО НА ДОГОВОРИ ВЪВ ВИРТУАЛНАТА СРЕДА¹

Иво Емануилов

Воденето на преговори и сключването на договори във виртуалната среда претърпя сериозно развитие в последното десетилетие. Последица от нарастването на технологичните възможности на Интернет, сключването на електронни сделки заема все по-голямо място във всекидневието на потребителите на световната мрежа. Като логично следствие на преден план излиза и проблемът за правното регулиране на т.нар. сключване на електронни договори във виртуалната среда. Необходимо е поставяне на дневен ред на няколко въпроса, които засягат сключването на сделки в тази среда, а именно: какво явление представлява виртуалната среда и по какъв начин се отличава от традиционната; как се осъществява сключването на сделките в тази среда и какви са специфичните особености, които отличават този механизъм от традиционния; какво е състоянието на българското законодателството в сферата на електронната търговия и какви са неговите източници; и на последно, но не и по значение място – каква е ролята на виртуалната среда в осъществяването на гражданския оборот. На тези въпроси ще се опитам да предложа отговори и да направя коментар с настоящата статия.

I. Понятие за „виртуална среда“ и особености

Виртуалната среда се оценява като качествено ново социално явление, което няма аналог в досегашната история². По своята същност тя представлява идеална среда, в която могат да се моделират и съществуват в своята динамика идеални явления, каквото е и самото право³. Съществуват редица определения, които акцентират върху различни качества на тази нова среда. Виртуалната среда е създаденото от информационните и комуникационни технологии пространство⁴, което физически не съществува и което предоставя възможност за обмен на данни между всеки от участниците в комуникационния процес. Предложената в теорията класификация на виртуалната среда на глобална и локална е ценна с оглед на разделението общи-специални качества на последната, но за целите на настоящото изследване ще разглеждам виртуалната среда като „глобална среда, в която действат и контактуват милиарди хора, границите ѝ се определят от комуникационните качества на Интернет“⁵. Тоест, в най-общ смисъл под „виртуална среда“ може да се разбира средата, създадена в рамките на Интернет пространството, която предоставя на всички нейни потребители достъп до стоки, услуги и ресурси. Това разбиране е насочено по-скоро към обслужване нуждите на гражданския оборот, отколкото към обогатяване на общотeorетичния понятиен апарат.

¹ Статията е публикувана в сп. „Общество и право“, бр. 9/2011 г., с. 70-84.

² Така Кискинов, В. Към обща теория на правото на информационното общество. - В: Юридически свят, кн.2/2009, с.17

³ Кискинов В., Цит. съч., с.18

⁴ Кискинов, В. Правната система. Част I. Онтология и методология. УИ „Св. Климент Охридски“, 2006 г., с.227

⁵ Кискинов, В. Цит.съч., с.228

Виртуалната среда като особено нефизическо пространство се отличава с редица качества, които влияят върху действието на правото в нея. Наред с идеалния ѝ характер, тя е относително независима от материалната действителност (доколкото наличието на информационни технологии, които да осъществяват обмена на данни, е необходимо за съществуването ѝ), и е управляема (доколкото самите информационни технологии са под човешки контрол)⁶. Виртуалната среда е достъпна, предоставяща възможности за моделиране на различни явления от обществената действителност, както и на оригинални идеални явления. Най-важните отлики на тази среда обаче са нейните възстановимост и системност, но преди всичко – автоматизмът⁷.

Една от най-важните особености на виртуалната среда по отношение на осъществяването на гражданския оборот е нейният автоматизъм. Той се изразява в автоматичното действие на технологиите без пряка и непосредствена намеса на човешка воля. Веднъж създаден, нормативният модел може да се осъществява във виртуалната среда многократно, без да е необходима човешка воля при всяко тяхно действие. Типичен пример за автоматизъм във виртуалната среда са процедурите на електронната търговия – виртуалният нормативен модел, изграден на основата на правните норми, установени с разпоредбите на Закона за електронната търговия (ЗЕТ), гарантира точно и еднакво приложение на тези норми при всеки конкретен случай, защото, веднъж заложен в информационната технология в съответствие с предписанията на закона, те са „неизчерпаеми генератори на правомерни правни последици“⁸. Именно автоматизмът като същностно качество на виртуалната среда предполага разглеждането на специфичните особености на режима на водене на преговори и сключване на договори спрямо традиционния механизъм, установен в разпоредбите на ЗЗД.

II. Водене на преговори за сключване на договор във виртуалната среда

Воденето на преговори се определя в теорията като „взаимодействие между две лица, което има за цел сключването на договор, но самото то няма характеристиките на отправено предложение“⁹. Това определение търпи критика по отношение на думата „лица“. По-коректно е да се употреби изразът „страни“, защото, след като договорът се сключва между страни, логично е и преговорите да се водят между страни. Още повече, че в определени случаи преговори могат да се водят и от различни представители на страните. По този начин правната фигура на воденето на преговори се отграничава от сключването на договора и се поставя на самостоятелно разглеждане, което е обект на

⁶ Основателно тук може да бъде отправена критика по отношение на управляемостта на Интернет. Макар теоретично регулирането на Интернет да е възможно, на практика това пространство се моделира от волята на милиардите потребители на Мрежата. То няма централизирано управление и практически не се поддава на единен контрол. Контролът върху Мрежата, доколкото го има, е косвен, защото информационните технологии, които създават това пространство, не се намират и не могат и да се намират под управлението на една институция или орган (бил той и международен).

⁷ Вж. по-подробно за качествата на виртуалната среда у Кискинов, В. Цит.съч., с.229-232

⁸ Кискинов, В., Цит.съч., с.233

⁹ Така Стойчев, Кр. Преговори за сключване на договор и преддоговорна отговорност. Сиби, 2007 г. Второ преработено и допълнено изд., с.45-46. Също и Калайджиев, А. Облигационно право.Обща част. Пето преработено и допълнено издание. Сиби, 2010 г., с.74

редица научни изследвания, посветени на проблемите на сключването на договорите и преддоговорните отношения в широк смисъл въобще¹⁰.

В контекста на настоящото изследване, воденето на преговори във виртуалната среда изисква изясняването на природата на договорите, сключвани в тази среда. Преобладаващият брой случаи на договори, сключвани във виртуалната среда, засяга т.нар. кръг от потребителски договори, т.е. договори, по които едната страна е потребител по смисъла на § 13, т. 1 от допълнителните разпоредби на Закона за защита на потребителите (ЗЗП). В тези случаи става въпрос за електронен търговски обмен, който се осъществява по правилата, уредени в Директива 2000/31/ЕО (Директива за електронната търговия) и съответното ѝ транспониране в разпоредбите на ЗЕТ. В литературата правилно се отбелязва, че сключването на договори в условията на електронна търговия разкрива редица особености по отношение на доказване на волеизявленията, идентификация на страните и съдържание на договора¹¹. Безспорно във виртуалната среда отношенията се развиват по строго определен начин, като евентуално тяхно патологично развитие е практически блокирано поради предварителното програмиране на информационната технология, която следва определен алгоритъм. Това обаче се отнася преди всичко за т.нар. „online“ сделки, които не само се сключват, но и се изпълняват във виртуалната среда (преди всичко тук става въпрос за доставка на определено дигитално съдържание или извършване на електронна услуга)¹². При „offline“ сделките единствено сключването се извършва във виртуалната среда, докато изпълнението обикновено е свързано с материални и технически действия, които се осъществяват в реалния свят. Именно тук могат да възникнат различни отклонения от нормалното развитие на правоотношенията.

В преддоговорната фаза обаче, и по конкретно при воденето на преговори, между страните все още няма правоотношения, макар и в теорията да се сочи, че е възможно те да бъдат оформени и като такива по волята на страните¹³. Въпросът, който се поставя, е дали отношенията, които страните биха могли да имат преди сключването на договора във виртуалната среда, има някакво отношение към сключването или неключването му. По отношение на потребителските договори се твърди, че „самата им природа по правило изключва възможността да се водят преговори“¹⁴. Това мнение може да се сподели поради факта, че потребителските договори се сключват най-често при общи условия, което автоматично изключва възможността за водене на преговори, а евентуалното уговаряне на индивидуални клаузи се подчинява на режима на чл. 16 ЗЗД и чл. 298 ТЗ¹⁵. Не толкова лесен обаче е отговорът за воденето на преговори,

¹⁰ Вж. по-подробно за преддоговорните отношения у Стойчев, Кр. Цит.съч., с.43

¹¹ Вж. Христова, В. Договор, сключен в рамките на електронна търговия: уредба на електронната търговия в правото на защита на потребителите. – В: Европейско договорно право - потребителски договори. Съставители: М.Пашке, В.Павлова, Т.Пиперков. София, 2010. УИ „Св. Климент Охридски“, с.253

¹² Христова, В. Цит.съч., с.256

¹³ Така Стойчев, Кр. Цит.съч., с.91

¹⁴ Стойчев, Кр. Цит.съч., с.57 и сл.

¹⁵ Пак там.

когато договърът не е потребителски. Такива хипотези възникват между субекти, единият от които няма качеството „потребител“ в конкретната сделка, при сключване на договор чрез електронна поща, чрез софтуер за незабавна размяна на съобщения или чрез съвременните социални мрежи.

В хипотезата на водене на преговори за сключване на договор чрез използване на електронна поща отношенията са сходни с тези на сключване на договор по пощата¹⁶. Това означава, че в тези случаи би трябвало да се приложи нормата, закрепена в чл. 12 ЗЗД, по отношение на воденето на преговори. Като водене на преговори по електронна поща може да се приемат такива взаимодействия между страните, чиято цел едновременно е да подготви сключването на евентуален договор, но същевременно да няма характеристиките на предложение по смисъла на чл. 13 ЗЗД. Типични примери тук са разменени съобщения за най-ниска възможна цена за продажба на стока или извършване на услуга, изпращане на спецификация за доставка на определено количество от дадена стока и др.¹⁷ Тук е важно да се отчете и разпоредбата на чл. 290, ал. 1 ТЗ, която изрично сочи определени действия за „водене на преговори“. Изобщо взаимодействието между страните на фазата на воденето на преговори чрез електронна поща не показва отклонения спрямо традиционно установения режим. Общият и обективен критерий за преценка дали определено взаимодействие между страните е покана за водене на преговори (*invitatio ad offerendum*) или предложение за сключване на договор е свързан с целта на тези отношения (подготовката за сключване на договор) и степента на конкретизация на изявленията.

Що се отнася до воденето на преговори при използване на софтуер за незабавна размяна на съобщения, тук могат да се поставят няколко въпроса, а именно - по какъв начин ще се квалифицира този вид комуникация от гледна точка на облигационното право (между присъстващи или между отсъстващи), ще се отрази ли характерът на изявленията във виртуалната среда върху същината на процеса на водене на преговори, а също така какво би се случило в хипотезата, в която единият от субектите се идентифицира под чуждо име (респективно чужд акаунт, профил). Същността на комуникацията, осъществявана чрез софтуер за незабавна размяна на съобщения, се състои в предоставянето на комуникационен канал между два или повече субекта във виртуалната среда, който може да има не само текстов, но и аудио-визуален израз. Общуването чрез такъв софтуер е непосредствено в смисъл, че няма „трето лице“, което, макар и пасивно, да участва в комуникационния процес (тук се визира преди всичко ролята, която имат пощенските сървъри при използването на електронна поща). Практически с изпращането на съобщението от едната страна, адресатът по правило го получава мигновено, като същевременно винаги може да се установи евентуално разпадане на връзката или неполучаване на съответното съобщение. Следователно, поне доколкото съвременните достижения на Интернет позволяват адекватно

¹⁶ Вж. така Йосифова, Т. По въпроса за сключване на договор по електронен път. Дайджест „Търговско и конкурентно право“, кн.3/2007 г., с.29 и сл.

¹⁷ Вж. повече у Стойчев, Кр. Цит.съч., с.47

провеждане на пълноценна комуникация по този начин (особено с използването на видео и аудио средства, които практически изравняват комуникационната ситуация с тази, провеждана по телефон), може да се приеме, че воденето на преговори чрез такива средства се осъществява като между присъстващи.

По отношение на характера на изявленията във виртуалната среда трябва да се вземат предвид разпоредбите на Закона за електронния документ и електронния подпис. Съгласно даденото в чл. 2, ал. 1 ЗЕДЕП определение на „електронно изявление“, то е „словесно изявление, представено в цифрова форма чрез общоприет стандарт за преобразуване, разчитане и визуално представяне на информацията.“ Изявленията, които страните си разменят в процеса на комуникация чрез системи за незабавна размяна на съобщения, попадат в полето, очертано от дефиницията на „електронно изявление“¹⁸. Електронното изявление може да бъде визуално представено, както и да бъде разчетено с писмени знаци (очевидно, след като комуникацията се осъществява чрез размяна на текстови съобщения). Изявлението може да съдържа и несловесна информация (графика, видео и др.), съгласно ал. 2 на същия член. Електронният документ, от своя страна, представлява електронно изявление, което е записано върху магнитен, оптичен или друг носител, който дава възможност да бъде възпроизведено (чл. 3, ал. 1 ЗЕДЕП). Същевременно законът приравнява електронния документ на писмен (чл. 3, ал. 2 ЗЕДЕП). Този факт сочи, че „във всички случаи, когато законодателят изисква писмена форма, независимо дали е за действителност или за доказване, тя ще бъде спазена, щом е съставен електронен документ.“¹⁹ При все това не бива да се забравя ограничението, постановено от чл. 1, ал. 2, съгласно който разпоредбите на ЗЕДЕП не се прилагат по отношение на сделки, за които се изисква квалифицирана писмена форма, както и когато държането на документа или на екземпляр от него има правно значение (ценни книги и други). *De lege ferenda* мислимо е въвеждането на т.нар. „процедура по нотариална заверка на електронния подпис“. Това би позволило преодоляване на ограничението, поставено по отношение на сделките, изискващи квалифицирана писмена форма, като същевременно би облекчило значително оборота. Разбира се, тук могат да бъдат изтъкнати редица рискове, които крие т.нар. „електронна нотариална заверка“. На първо място, ако подобна дейност се вмени в задължение на нотариусите, тя ще трябва да получи ясна нормативна регулация. На второ място, технологията, която ще позволява подобна заверка, задължително ще трябва да включва биометрични данни с оглед на по-голямата сигурност (това обаче ще доведе до усложнения и ще наложи нуждата от допълнителна квалификация на нотариусите). Под „биометрични данни“ имам предвид преди всичко пръстови отпечатьци и изображението на лицето, по които субектите могат да бъдат недвусмислено идентифицирани²⁰. На трето място, ще трябва да се предвидят сигурни механизми за идентификация на лицата, които практически да

¹⁸ Вж. Калайджиев, А. Електронно изявление и електронен документ. Дайджест „Пазар и право“, кн.1/2002

¹⁹ Пак там.

²⁰ В този смисъл е и легалната дефиниция, дадена в § 1, т. 16 от ДР на Закона за българските лични документи, според която биометрични данни са „изображението на лицето на гражданина и пръстовите му отпечатьци, които се използват за разпознаване и проверка на заявена самоличност.“

изключват възможността за подмяна на субектите. В документа със заключенията и препоръките на Петия международен форум по пилотната програма за електронен апостил и цифрова установяване на автентичността, проведен през 2009 г. в Лондон, се посочва, че в редица юрисдикции от общото право електронните нотариални актове са реалност, но същевременно поставят повече предизвикателства пред континенталните правни семейства²¹. Въпреки това в някои страни от континентална Европа като Франция вече има законодателство в този смисъл и се отбелязва, че през 2008 г. там е създаден и първият електронен нотариален акт²². Като основни предизвикателства се очертават изискването за едновременно присъствие на страните и нотариуса на всички етапи по издаването на нотариалния акт, запазването на електронния нотариален акт, значението на електронните подписи и запазването на интегритета и сигурността на акта. Така или иначе, *de lege lata* тази възможност остава недостъпна в България, както и в по-голямата част от страните от ЕС.

Характерът на изявленията във виртуалната среда при използване на системи за незабавна размяна на съобщения не се отразява на воденето на преговорите.

По-сложен е въпросът с идентификацията на субектите в хипотези, в които единият субект се представя за някой друг. Това са случаите, при които устройството, което се използва за осъществяване на комуникацията, се използва от лице, което не е страната, с която другият субект води преговори, но твърди, че е неин представител, както и когато профилът на конкретното лице се използва неправомерно от друго. В първия случай е налице класически пример за извършване на действия от чуждо име без представителна власт. Тук въобще не е налице представителна власт поради липсата на юридически факт, който да я породява. Отношенията в този случай ще се уредят съгласно правилата за мнимото представителство, закрепени в чл. 42 ЗЗД. Ако обаче профилът (т.нар. акаунт) на дадено лице се използва неправомерно от друго, което се представя за притежателя на акаунта, ще сме изправени пред компютърно престъпление по чл. 319а, ал. 1 НК. Това престъпление е формално и е довършено с факта на проникването в чуждия профил. Конкретно в ситуацията на водене на преговори е мислимо и приложението на състава на компютърната измама по чл. 212а НК, стига, разбира се, да се изпълнени и останалите предпоставки (възбуждане или поддържане на заблуждение от дееца у някого с цел да набави за себе си или за друго облага, като внесе, измени, изтрие или заличи компютърни данни или използва чужд електронен подпис и с това причини на него или на друго зло).

III. Сключване на договор във виртуалната среда

В общия случай воденето на преговори предшества сключването на договор. Ако не се стигне до сключването на договор, отношенията между страните ще се уредят по съответните правила за преддоговорната отговорност, ако са налице предпоставките за търсене на такава. Договорът се смята сключен с постигането на

²¹ Вж. http://www.hcch.net/upload/e-app5_concl-sec.pdf, р.3

²² Вж. по-подробно доклада на *Movement Jeune Notariat*, публикуван на адрес: <http://www.mjn.fr/data/article-acteelectronique.pdf>

съгласие между страните, което означава пълно покритие между съдържанието на волеизявленията на предложителя (оферент) и на приемащия (акцептант)²³. Под „пълно покритие“ тук следва да се разбира съвпадение на волеизявленията както относно съществените, така и относно несъществените елементи на договора. Тази традиционна представа се отнася и за сключването на договори във виртуалната среда. Разликата идва от спецификата на електронните изявления и специалната им уредба в ЗЕДЕП. Ето защо според мен тук може да се говори за „електронен договор“.

В литературата са дадени редица дефиниции на понятието „електронен договор“. Това е всеки договор, който се сключва чрез употребата на електронни комуникационни средства при неговото изготвяне или размяна на насрещните волеизявления²⁴. В сравнителноправен аспект някои автори аргументират двуслойна структура на електронния договор. Технически погледнато, той се състои от поредица от нули и единици (двоичен код), които са записани върху магнитен носител. От друга страна, електронният договор може да бъде възприет само чрез преобразуване на двоичния код с предаване на данните към изходно устройство като екран или принтер. Това всъщност поставя въпросът дали електронният договор следва да се приравнява на писмения договор²⁵. Предвид факта, че съгласно чл. 3, ал. 2 ЗЕДЕП писмената форма е спазена със съставянето на електронен документ, може да се смята за вярно, че електронният договор има юридическата сила на писмения (с уговорката, че между двата вида са налице съществени отлики що се отнася до сключването и изпълнението в определени случаи). Някои автори посочват, че „особеното при електронното изявление е, че то не може да бъде направено без посредник, т.е. без лице, което изпраща, получава, записва и съхранява изявлението *по силата на възлагане* (курсивът мой – И.Е.) от лицето, от името на което е направено изявлението“²⁶. Това мнение не може да се сподели. Не възникването на особено мандатно отношение между титуляря, автора или адресата и посредника (по смисъла на чл. 6 ЗЕДЕП) е онова, което отличава електронното изявление. Възникването на такова отношение не е задължително, законът не го възвежда в императивно изискване. Телеологичното и систематично тълкуване на текста на чл. 6 ЗЕДЕП по-скоро навежда на мисълта, че това е една възможност за титуляря, автора или адресата на електронното изявление, която гарантира по-голяма сигурност при предаването на изявлението. Именно „възлагането“ е диспозитивният елемент тук – страната може да избере сама дали да възложи на посредника задълженията, изброени в чл. 6 ЗЕДЕП. Ето защо няма пречка електронните изявления да бъдат направени и без посредник – такива ще бъдат всички изявления, които отговарят на условията, изброени в чл. 2, ал. 1 ЗЕДЕП, при сделки, сключвани чрез използване на системи за незабавна размяна на съобщения.

²³ Калайджиев, А. Облигационно право.Обща част. Пето преработено и допълнено издание. Сиби, 2010 г., с.90

²⁴ Така Христова, В. Цит.съч., с.262

²⁵ Вж. Wright, C S. Electronic Contracting in an Insecure World. GIAC Legal Issues (GLEG). SANS Legal Issues in Information Technology and Information Security, LEG-523, 2008

²⁶ Голева, П. Сключване на договор в електронна форма в светлината на Закона за задълженията и договорите и на Закона за електронния документ и електронния подпис. Дайджест „Пазар и право“, кн.8/2001 г.

Договорът се сключва чрез два насрещни и съвпадащи волеизявления – предложение (оферта) и приемане (акцепт)²⁷. Тази традиционна конструкция е претворена в ЗЕТ, където „предложението“ е заместено с термина „изявление за сключване на договор“ (вж. напр. чл. 8, ал. 1, т. 3 in fine ЗЕТ). От друга страна, Директивата за електронната търговия въвежда трета група понятия, а именно – „поръчка“ и „потвърждаване на поръчката“. Поръчката по смисъла на Директива 2000/31/ЕО и съответно изявлението за сключване на договор по ЗЕТ следва да се смятат за равносилни на предложение (което е установеното понятие в българското законодателство по отношение на сключването на договори), а потвърждаването от доставчика на услуги има ефекта на приемане²⁸. Сключването на договор във виртуалната среда обхваща няколко стъпки. На първо място, ако става въпрос за предоставяне на услуги на информационното общество, то получателят на услугата е необходимо да вземе решение да я приеме, в който случай той прави изявление за сключване на договора, което изпраща на доставчика на услугата (напр. договор за хостинг)²⁹. На второ място, доставчикът трябва да потвърди получаването на изявлението без неоправдано забавяне (чл. 10, ал. 2 ЗЕТ). Според чл. 11 ЗЕТ изявлението за сключване на договора и потвърждението за неговото получаване се смятат за получени, когато техните адресати имат възможност за достъп до тях. Правилно се отбелязва, че възможността за достъп трябва да се свързва с възможността да се прочете съобщението, ако адресатът пожелае това, без значение дали действително го е прочел (вж. и чл. 10, ал. 2 ЗЕДЕП)³⁰. Тук внимание заслужава разглеждането на чл. 10, ал. 1 ЗЕДЕП. Според този текст изявлението е получено с постъпването му в информационна система, посочена от адресата. Когато такава не е посочена конкретно, то изявлението е получено в която и да е от системите на адресата, а ако последният няма такава – с изтеглянето му от системата, в която то е постъпило. Така и в трите хипотези рискът лежи върху адресата. Доставчикът на услугата съгласно чл. 8 ЗЕТ трябва предварително да информира получателя по „ясен, разбираем и недвусмислен начин“ относно техническите стъпки по сключването на договора и правното им значение, дали договорът ще бъде съхраняван от доставчика и как може да бъде получен достъп до него, какви са техническите средства за установяване и поправка на грешки при въвеждането на информация, преди да бъде направено изявлението за сключване на договора, както и езиците, на които договорът може да се сключи. Важно е да се отбележи, че според чл. 12 ЗЕТ разпоредбите на чл. 8 и чл. 10

²⁷ Вж. вместо всички Христова, В. Цит.съч., с.263. Би могло да се оспори доколко волеизявленията са „съвпадащи“ и какъв е точният смисъл, който се влага в това понятие. Според мен волеизявленията не са съвпадащи (в смисъл, че са с еднакво съдържание), а по-скоро съгласуващи се. На предложението на оферента се отговаря с акцепт, който е по съществото си съгласуван със съдържанието на офертата неин отговор, а не съвпадащ с нея, тъй като, ако имаше съвпадение, то тогава между страните не би възникнала договорна обвързаност, защото разменените волеизявления ще са всъщност размяна на една и съща информация.

²⁸ Вж. подробна аргументация у Йосифова, Т. Цит. съч., с.29 и сл.

²⁹ Вж. чл.1, ал.2 ЗЕТ, където изрично е закрепено, че „Електронната търговия по смисъла на този закон е предоставянето на услуги на информационното общество“. Според чл.1, ал.3 ЗЕТ „Услуги на информационното общество са такива услуги, които обикновено са възмездни и се предоставят от разстояние чрез използването на електронни средства след изрично изявление от страна на получателя на услугата.“

³⁰ Йосифова, Т. Цит.съч., с.29 и сл.

ЗЕТ се прилагат задължително, когато получател на услугата е потребител по смисъла на ЗЗП, както и че тези разпоредби не се прилагат, когато договорът е сключен „изключително чрез електронна поща или други равностойни средства за размяна на индивидуални изявления“ (чл. 12, ал. 2 ЗЕТ). Предвид предметния обхват на ЗЕТ (предоставяне на услуги на информационното общество – чл. 1, ал. 2 ЗЕТ) това разрешение е разбираемо. Традиционно договорите, сключвани по електронна поща, не се отличават съществено от тези, сключвани по обикновената поща. Както бе посочено по-горе, при сключване на договор по електронна поща е налице договаряне между отсъстващи, като приложение тук намират съответните правила на чл. 13 и чл. 14 ЗЗД³¹. При това положение няма основание да се изисква от доставчика предоставянето на детайлната информация, изчерпателно изброена в чл. 8 ЗЕТ, тъй като получателът разполага с възможността да проучи детайлно всичко, свързано с проектирания договор и с услугите, предоставяни от доставчика, преди да отправи изявление за сключване на договор. В този случай получателът ще може да влезе и в процес на водене на преговори с доставчика. Именно размяната на индивидуални изявления е онова, което стои в основата на проведеното разграничение. От друга страна, разбираема е императивността на закона по отношение на хипотезите, в които едната страна е потребител. Традиционната защитна функция на нормите на потребителското право се изразява във високия интензитет, с който се пази интересът на потребителя³². Ето защо е от изключително значение именно на тази категория получатели на услуги (която всъщност е и най-голямата) да бъде гарантирано максимално правото на информираност относно всички стъпки по сключването на договори в процеса на електронната търговия (и във виртуалната среда въобще).

Според закона доставчикът е длъжен да предоставя на получателя на услугата общите условия и съдържанието на договора по такъв начин, който позволява съхраняването и възпроизвеждането им (чл. 9 ЗЕТ). Тази разпоредба следва да се тълкува в смисъл, че доставчикът е длъжен да предостави достъп до общите условия и до съдържанието *преди и по време* на сключване на договора, за да може получателът да се запознае със съдържанието им³³. Тъй като по общото гражданско законодателство (чл. 16 ЗЗД) се изисква писмено потвърждаване на общите условия, за да бъде приемането действително, се налага извеждане по тълкувателен път на съответното приложение на текста във виртуалната среда. Обикновено общите условия се предоставят от доставчика на видно място, от което с едно кликуване могат да бъдат прочетени. Освен това, при сключване на конкретния договор, те се визуализират пред потребителя, който има възможност с натискане на бутон или избор от две възможности да потвърди съгласието си с общите условия. Предвид факта, че договорите се съхраняват като записи в бази данни на сървърите на доставчика, които притежават характеристиките на електронен документ по смисъла на чл. 3, ал. 1 ЗЕДЕП (такъв запис е електронно изявление, което е записано върху носител, който дава

³¹ Вж. така и Йосифова Т., Цит.съч., с.29 и сл.

³² Вж. Атанасов, Б. Преддоговорни задължения. – В: Европейско договорно право - потребителски договори. Съст.: М.Пашке, В.Павлова, Т.Пиперков. София, 2010. УИ „Св. Климент Охридски“, с.49

³³ Така и Йосифова, Т. Цит.съч., с.29 и сл.

възможност да бъде възпроизведено), и като се съобрази, че писмената форма се смята за спазена, ако е съставен електронен документ (чл. 3, ал. 2 ЗЕДЕП), то може да се смята, че изискванията на чл. 16, ал. 1 ЗЗД са спазени и в тази хипотеза.

IV. Особенности при договорни отношения с международен елемент във виртуалната среда

Сключването на договори във виртуалната среда носи белезите на тази среда. Една от най-съществените нейни особености е универсалността и наднационалния ѝ характер. Това означава, че в тази среда не съществуват физически граници и че достъп до нея може да получи всеки субект, който разполага с достъп до Интернет. Въпреки нейната наднационалност, обаче, не могат да се отрекат онези граници, които правото установява, за да регулира отношенията в тази иначе неуправляема централизирана среда.

Интересни въпроси поставя сключването на договора, когато едната от страните се намира в друга държава (т.нар. отношения с международен елемент). Този въпрос придобива особено голямо значение с оглед на навлизането на Web 2.0 и особено с развитието на “cloud computing” услугите³⁴.

Съгласно чл. 14, ал. 3 ЗЗД договарът се смята сключен в мястото, където е направено предложението. В литературата се посочва голямото значение на мястото на сключване на договора поради привръзката на международното частно право *lex loci contractus*, според която договарът се урежда от закона на държавата, в която е сключен³⁵. Когато договарът се сключва по електронен път, съответно приложение ще намерят разпоредбите на чл. 12 ЗЕДЕП. Мястото, където е направено предложението, е мястото на изпращане на електронното изявление, а съгласно чл. 12, ал. 1 ЗЕДЕП то се смята изпратено в мястото на дейност на неговия титуляр. В ЗЕДЕП се провежда разграничение между титуляр и автор на електронното изявление, тъй като много често лицето, което фактически извършва волеизявлението (автор), и лицето, от чието име то се извършва (титуляр), не съвпадат. Съгласно чл. 4, изр. 2 ЗЕДЕП титулярят на електронното изявление е лицето, от името на което е извършено електронното изявление. Тълкуван в систематична връзка с чл. 12, ал. 1 ЗЕДЕП, този текст довежда до извода, че предложителят е титулярят на електронното изявление³⁶. Мястото на дейност не е легално дефинирано понятие и следователно то трябва да се изведе по тълкувателен път. Според проф. Калайджиев това понятие е заимствано от чл. 1 на Виенската конвенция за международната продажба на стоки и има смисъла на място, в което предложителят извършва каквато и да е дейност – и стопанска, и нестопанска³⁷.

³⁴ Повече за “cloud computing” услугите и тяхното влияние върху договорното право вж. у Емануилов, И. Правни аспекти на “cloud computing” услугите. Съвременен право, бр.2/2011 г., с. и Сулев, Г. Правно регулиране на компютърни ресурси – т. нар. облачни услуги. Общество и право, бр.4/2011 г., с.64-76

³⁵ Така Калайджиев, А. Цит.съч., с.95

³⁶ Вж. подробна аргументация, а също и обосновка на разграничението между автор и титуляр на електронното изявление у Калайджиев, А. Цит.съч., с.75 и сл. и с.95

³⁷ Калайджиев, А. Цит.съч., с.95

Когато титулярят има повече от едно място на дейност или няма място на дейност, ще се приложат съответно правилата на чл. 12, ал. 3 и ал. 4.

Когато договарянето включва международен елемент, ще се прилагат Кодекса на международното частно право, Римската конвенция за приложимото право към договорните задължения от 1980 г., както и Виенската конвенция за международната продажба на стоки, а по отношение на компетентната юрисдикция да разреши възникнали спорове между страните – Регламентът Брюксел I³⁸.

Традиционно воденето на преговори и сключването на договори като че ли не поражда значителни дискусии сред практикуващите юристи и се приема за сравнително безспорна материя. Виртуалната среда обаче, като ново социално явление, поставя пред правната уредба и нови проблеми. Някои от разрешенията остават традиционни, но други търпят съществени промени, породени от качествата на новата среда. При всички случаи при воденето на преговори и сключването на договори във виртуалната среда следва да се отчитат всички нейни съществени качества, за да се постигне оптимално функциониране на гражданския оборот.

³⁸ Вж. по-подробно у Йосифова, Т. Цит.съч., с.29 и сл.