

**Філатова Н. Ю.,**

*к.ю.н., асистент кафедри цивільного права НЮУ ім. Ярослава Мудрого*

## **ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРІВ З ВИКОРИСТАННЯМ ЕЛЕКТРОННОЇ ФОРМИ ПРЕДСТАВЛЕННЯ ІНФОРМАЦІЇ**

Стрімкий розвиток засобів дистанційної комунікації між людьми чинить безпосередній вплив на всі сфери життя сучасного суспільства. Не є винятком і сфера ділового спілкування, що здійснюється з метою якнайшвидшого досягнення консенсусу між сторонами й укладення договорів між ними. При цьому використання новітніх

способів дистанційного спілкування має очевидні переваги перед більш традиційними засобами обміну інформацією. По-перше, найновіші способи зв'язку суттєво пришвидшують процедуру досягнення згоди між сторонами і, як наслідок, процедуру укладення договорів між ними. По-друге, ці способи допомагають уникнути бюрократичні перешкоди на шляху формування волевиявлення сторін. Таким чином, використання електронної форми представлення інформації істотно спрощує порядок укладення договорів.

У чинному законодавстві України електронна форма представлення інформації визначається як спосіб документування інформації, що означає створення, запис, передачу або збереження інформації у цифровій чи іншій нематеріальній формі за допомогою електронних, магнітних, електромагнітних, оптичних або інших засобів, здатних до відтворення, передачі чи зберігання інформації (ст. 3 Закону України «Про електронну комерцію»). Тобто, електронна форма розуміється у чинному законодавстві у широкому сенсі, включаючи в себе будь-які види нематеріальної (безпаперової) форми представлення інформації. Тому фактично електронна форма має місце як у випадку представлення інформації, створеної, збереженої чи переданої за допомогою сучасного комп'ютерного обладнання, так і більш застарілих форм, таких як телефакс, телекс тощо.

Водночас електронна форма представлення інформації (далі – «електронна форма фіксації») не є поняттям, тотожним електронній формі вчинення правочинів, яка з'явилась у статтях 205 і 207 ЦК України у зв'язку зі змінами, внесеними до Кодексу Законом України «Про електронну комерцію» (далі – Закон про електронну комерцію). З буквального аналізу цих статей випливає, що електронна форма вчинення правочину є різновидом письмової форми, оскільки вона згадується поряд з останньою в дужках. Водночас форма вчинення правочину згідно з ч. 2 ст. 207 ЦК України може вважатися письмовою лише тоді, коли вона містить усі необхідні реквізити, а саме підписи сторони (сторін) правочину. З огляду на це не будь-яка електронна форма фіксації може бути прирівняна до електронної (письмової) форми вчинення правочину, а лише та, яка містить підпис, передбачений законодавством або письмовою угодою сторін (ч. 3 ст. 207). Це може бути електронний цифровий підпис, створений в порядку, передбаченому однойменним законом, підпис одноразовим ідентифі-

катором, передбачений Законом про електронну комерцію, інший аналог власноручного підпису, зразок якого письмово погоджено між сторонами. За відсутності цих реквізитів правочин вважається вчиненим в усній формі, а його електронна форма фіксації вважатиметься підтвердженням факту його вчинення і погодження відповідних умов, і може мати силу доказу в разі спору.

Однак, незважаючи на те, що є лише технічною особливістю оформлення волі сторін, укладення договорів з використанням такої форми має суттєві особливості.

Перш за все, використання цієї форми змушує по-новому переглянути проблему співвідношення публічної оферти і реклами. Це пов'язано з тим, що більшість електронних договорів укладаються в інформаційній системі особи, яка розмістила відомості про товари (роботи, послуги тощо) на своїй веб-сторінці, доступній для перегляду будь-якому користувачеві мережі Інтернет. На рівні міжнародних правових актів до вирішення цього питання був обраний, так би мовити, «обережний підхід». Так, згідно зі ст. 11 Конвенції ООН про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах 2005 року «пропозицію укласти договір, яка зроблена за допомогою одного або декількох електронних повідомлень і є загальнодоступною для сторін, що використовують інформаційні системи, слід вважати запрошенням робити оферти, якщо тільки в цій пропозиції *ясно* не вказується намір сторони, яка робить пропозицію, вважати себе зв'язаною в разі акцепту [1]. В офіційних роз'ясненнях цієї статті ЮН-СІТРАЛ зазначила, що з огляду на потенційно безмежну аудиторію Інтернету, до визначення правового значення подібних «оферт» слід підходити з обережністю. Застосування презумпції зобов'язуючого наміру щодо використання інтерактивних прикладних засобів може мати несприятливі наслідки для продавців, які мають обмежені запаси певних товарів, якщо продавець буде нести відповідальність за виконання всіх замовлень, отриманих від потенційно необмеженого числа покупців [2, с. 73-75].

По-різному це питання визначається й на рівні законодавств зарубіжних країн. Зокрема у Франції пропозиція, розміщена за допомогою електронних технологій для загального огляду, вважається офертою (публічною офертою) (ст. 1369-4 ЦК Франції) [3]. Водночас у Німеччині офертою вважається тільки та пропозиція, яку адресовано

конкретній особі (ст. 145 Німецького цивільного уложення) [4], і жодних винятків з цього правила для цілей укладання договорів з електронною формою фіксації волевиявлення сторін тут не передбачено.

У вітчизняному законодавстві це питання наразі врегульовано достатньо неоднозначно. Так, з положень ЦК (ст. 641, ст. 699 ЦК України) випливає, що за загальним правилом оферта повинна бути адресною, тобто, вона має бути звернута до конкретної особи. Однак з цього правила передбачено два винятки. Перший з них стосується тих випадків, коли в самій рекламі або іншій пропозиції, адресованій невизначеному колу осіб, зазначається, що вона є офертою. Так, при укладенні договорів з використанням електронної форми фіксації нерідко зустрічається ситуація, коли сторона, яка розмістила повідомлення на веб-сторінці, вказує, що це – договір публічної оферти. Другий виняток стосується договорів роздрібної купівлі продажу, при укладенні яких вважається, що товар, розміщений на вітрині, або інформація про який міститься у каталогах, рекламі, інших описах товару, є публічною пропозицією укласти договір.

Водночас Закон про електронну комерцію регулює це питання по-іншому. З аналізу ч. 2 ст. 8 і ч. 4 ст. 11 цього Закону випливає, що інформація, яка розміщена постачальником товарів (робіт, послуг тощо) у мережі Інтернет вважається офертою, а не просто запрошенням робити оферти. При цьому сфера регулювання цих норм не обмежується лише договорами роздрібної купівлі-продажу. Отже, Закон про електронну комерцію, на відміну від ЦК України, презюмує наявність публічної оферти в кожному випадку, коли суб'єкт електронної комерції розмістив повідомлення, що містить всі істотні умови майбутнього договору, на веб-сторінці. І хоча в цілому такий підхід можна вважати виправданим (зокрема, у випадках, коли йдеться про укладення договорів щодо надання доступу до певного програмного продукту в режимі онлайн, або про надання ліцензії (дозволу) на використання певної програми), він, тим не менше, не узгоджується із Цивільним кодексом України, який є основним актом цивільного законодавства.

Електронна форма фіксації обумовлює певні особливості і при вираженні стороною *акцепту* пропозиції укласти договір. Так, прийняття пропозиції укласти договір (акцепт) може виражатися різними способами (клік, заповнення типової анкети, формуляра тощо). При

цьому виникає питання, наскільки такий спосіб вираження акцепту відповідає чинному цивільному законодавству?

Згідно з ч. 2 ст. 642 ЦК України відповідь про прийняття пропозиції може полягати в конклюдентних діях (відвантаження товару, надання послуг, оплата та інше), якщо такі дії вчинені в межах строку для відповіді, встановленого офертою, і якщо інше не зазначено офертою або не встановлено законом. На доповнення до цього ч. 6 ст. 11 Закону про електронну комерцію визначено, що відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти електронний договір, про її прийняття (акцепт) може бути надана шляхом вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій *чітко роз'яснено* в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею. При цьому виникає закономірне питання: в яких випадках зміст дії вважається таким, що роз'яснений оферентом чітко?

Оскільки Закон про електронну комерцію був прийнятий лише нещодавно, у практиці вітчизняних судів це питання ще не поставало. Водночас воно достатньо часто виникало у практиці судів зарубіжних країн, і найбільш розгорнуто було проаналізовано у судовій практиці країн загального права. В рішеннях судів цих країн (зокрема, в рішеннях судів США) була проведена своєрідна класифікація електронних договорів в залежності від способу вираження згоди акцептанта на їх укладення. Так, в тих випадках, коли для укладення договору особа повинна клікнути на певній клавіші або поставити «галочку» біля значка «я приймаю умови договору», договір іменується «*click-wrap contract*». Такий договір може бути укладений, тільки якщо користувач засвідчує свою згоду на укладення договору і факт ознайомлення з його умовами шляхом натискання на певну клавішу. Якщо ж виконання дій такого роду інформаційною системою суб'єкта електронної комерції не вимагається, такий договір іменується «*browse-wrap contract*». Для укладення такого договору користувачеві достатньо перейти на будь-яку веб-сторінку за гіперпосиланням, завантажити програмний продукт, додаток або виконати інші подібні дії [5, с. 282-284].

У судовій практиці зарубіжних країн обидва способи вираження волі Інтернет-користувачів вважаються прийнятними для укладення договору. Водночас, беручи до уваги те, що більшість договорів у

сфері електронної комерції є договорами приєднання, суди в кожному конкретному спорі прагнуть захистити права більш слабкої сторони - сторони, яка приєдналася до договору. Тому часто предметом окремого розгляду стає не факт укладення договору, а факт обізнаності сторони щодо умов договору. Якщо розумна особа (*reasonable person*) в момент укладення договору об'єктивно не могла помітити посилання на умови договору або текст цих умов, розміщений на веб-сторінці, відповідні умови вважаються недійсними. При цьому судова практика виходить з того, що від подібних позовів в більшій мірі захищені контракти типу «click-wrap».

Водночас під час розгляду спорів з приводу договорів типу «browse-wrap» суди більше уваги звертають на обставини їх укладення і частіше стають на захист сторони, яка приєдналася. У зв'язку з цим судами була сформульована наступна правова позиція: при розгляді спорів, що стосуються договорів типу «browse-wrap», в першу чергу необхідно з'ясувати, чи може Інтернет-користувач *фактично помітити* посилання на умови договору перш, ніж відкрити певну Інтернет-сторінку, сам факт відвідування якої вже вважається прийняттям умов договору та акцептом. Іншими словами, суди в кожному конкретному випадку, повинні з'ясувати, чи було дотримано вимоги «достатньої помітності умов укладення договору (*conspicuous enough terms*)» з боку особи, яка розмістила ці умови на сайті [6, с. 6].

Таким чином, для практики застосування положень Закону про електронну комерцію корисним буде використання підходів зарубіжної судової практики, охарактеризованих вище. Вбачається, що конклюдентна дія типу «кліка», переходу на іншу сторінку за гіперпосиланням тощо, вважатиметься акцептом лише тоді, коли вона була описана в інформаційній системі оферента таким чином, що була для акцептанта достатньо помітною і акцептант міг однозначно зрозуміти, що саме ця дія вважатиметься акцептом.

Використання електронної форми фіксації відображується і на визначенні моменту укладення договору. Згідно з ч. 1 ст. 640 ЦК України, яка формулює правило укладення консенсуальних договорів, договір вважається укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Однак у випадках використання сторонами електронної форми фіксації при укладенні договору неминуче виникає

питання: коли саме вважається, що акцепт, виражений в електронній формі і відправлений за допомогою електронних засобів, одержано оферентом? Адже в практиці може виникнути ситуація, коли повідомлення про акцепт потрапляє в розділ «спам», приходить у форматі, який не може бути прочитаний електронними засобами оферента, тощо.

Роз'яснення цих питань надавалися, зокрема, Комісією ЮН-СІТРАЛ, в яких вона зазначала, що моментом одержання електронного повідомлення, що містить акцепт, слід вважати момент, коли в одержувача повідомлення (адресата) *створюється можливість його вилучення (retrieve)* за електронною адресою, вказаною ним. При цьому Комісія наголосила, що нею було свідомо обрано такий підхід, який не запроваджує додаткових і більш обтяжливих правил щодо визначення моменту отримання електронних повідомлень порівняно з повідомленнями у традиційній паперовій формі. Зважаючи на те, що й при одержанні паперових повідомлень залишається ризик неможливості їх прочитання і сприйняття адресатом повідомлення, аналогічний ризик є природним і допустимим при одержанні електронних повідомлень. [2, с. 69-70]. Аналогічний підхід втілено й в Законі про електронну комерцію, згідно з ч. 2 ст. 16 якого, якщо інше не передбачено законом або договором, електронний документ (повідомлення) вважається отриманим суб'єктом електронної комерції у момент, коли такий документ (повідомлення) *отриманий інформаційно-телекомунікаційною системою суб'єкта*.

Однак, як відомо, не всі договори є консенсуальними за своєю природою. Для реальних договорів ЦК України формулює інше правило, згідно з яким, якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії (ч. 2 ст. 640 ЦК). Цікавим є те, що ч. 4 ст. 13 Закону про електронну комерцію встановлено правило, яке фактично перетворює усі електронні договори, на реальні. Це правило полягає в наступному: якщо особа, яка одержала пропозицію укласти електронний договір (оферту), протягом строку для відповіді не здійснила оплату відповідно до зазначених у пропозиції умов, така пропозиція вважається неприйнятою. Звісно, таке правило не відповідає ані самій ідеї, що покладена в основу розмежування ре-

альних і консенсуальних договорів, ані усталеній практиці укладення електронних договорів. Адже відомо, що часто оплата за товар за договорами в сфері електронної комерції проводиться лише при отриманні товару у відділеннях поштового зв'язку, якщо покупець приймає цей товар. Якщо вважати, що покупець, який не здійснив оплату товару, не є в даному випадку акцептантом договору, то і договір вважається неукладеним. Отже, у продавця не виникає обов'язку відправити товар покупцеві до моменту надходження на його рахунок оплати. На жаль, уже зараз в судовій практиці зустрічаються рішення, в яких наведена норма Закону про електронну комерцію тлумачиться саме у такий спосіб.

Підсумовуючи все сказане вище, слід зазначити, що укладення договорів з використанням електронної форми фіксації набуває нині дедалі більшої популярності. Тому забезпечення належного правового регулювання в цій галузі є вкрай важливим. В Україні в цьому напрямку була розроблена і прийнята низка нормативно-правових актів, які дозволили істотно впорядкувати відносини, що виникають при укладанні договорів такого роду. Однак переоцінювати заслуги законодавця не варто, оскільки правове регулювання в цій сфері залишається досить суперечливим. В цілому, існує серйозна необхідність у приведенні законодавства, яке регулює відносини між суб'єктами електронної комерції, у відповідність з міжнародними правовими актами.

#### **Список використаних джерел**

1. Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах [Електронний ресурс]. – Режим доступа: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf)
2. Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах [Електронний ресурс]. – Режим доступа: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf)
3. French Civil Code [Електронний ресурс]. – Режим доступа: [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/7754/105592/version/4/file/Code\\_civil\\_20130701\\_EN.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/7754/105592/version/4/file/Code_civil_20130701_EN.pdf)
4. German Civil Code [Електронний ресурс] // Режим доступа: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html)
5. Mootz, Francis Joseph, After the Battle of the Forms: Commercial Contracting in the Electronic Age. I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Soci-



ety, Vol. 4, p. 271, 2008; UNLV William S. Boyd School of Law Legal Studies Research Paper No. 08-33. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=981288>

Moringiello, Juliet M. and Reynolds, William L., Electronic Contracting Cases 2009-2010 (June 22, 2010). Business Lawyer, Vol. 66, 2010; Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 10-16; U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2011-14. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1628688>