



Філатова Наталія Юліївна,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: filatovaukraine@gmail.com
ORCID 0000-0003-4243-3990

doi: 10.21564/2414–990x.139.114079
УДК 347.441

РЕГУЛЮВАННЯ ОСОБЛИВОСТЕЙ УКЛАДЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОГОВОРІВ: ПОРІВНЯЛЬНО–ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Проаналізовано особливості укладення електронних договорів. Зроблено спробу відповісти на питання, чи існує необхідність в окремому регулюванні процедури укладення таких договорів на законодавчому рівні. Зокрема, досліджено особливості вираження оферти, акцепту і визначення моменту укладення електронних договорів. Проаналізовано особливості правового регулювання укладення електронних договорів на рівні міжнародних правових документів і законодавства окремих країн. На основі проведеного дослідження сформульовано такий висновок: внесення змін до чинного законодавства з метою особливого регулювання питань укладення електронних договорів найчастіше є надлишковим і суперечливим, воно призводить до виникнення паралельних режимів регулювання традиційних «паперових» договорів і електронних. Натомість існує необхідність у правильному застосуванні положень чинного законодавства з урахуванням специфіки електронних договорів.

Ключові слова: електронний договір; електронна форма; електронна комерція; публічна оферта; акцепт; момент укладення договору.

Філатова Н. Ю., кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков. e-mail: filatovaukraine@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4243-3990

Регулирование особенностей заключения электронных договоров: сравнительно-правовой анализ

Проанализированы особенности заключения электронных договоров. Предпринята попытка ответить на вопрос о том, существует ли необходимость в отдельном регулировании процедуры их заключения на законодательном уровне. Исследованы особенности выражения оферты, акцепта и определения момента заключения электронных договоров. Изучены особенности правового регулирования заключения электронных договоров на уровне международных правовых документов и законодательства отдельных стран. На основе проведенного исследования сформулирован следующий вывод: внесение изменений в действующее законодательство с целью

особого регулювання вопросов заключения электронных договоров зачастую является избыточным и противоречивым, оно приводит к возникновению параллельных режимов регулирования традиционных «бумажных» и электронных договоров. Однако существует необходимость в правильном применении положений действующего законодательства с учетом специфики электронных договоров.

Ключевые слова: електронний договір; електронна форма; електронна комерція; публічна оферта; акцепт; момент укладення договору.

Вступ. Укладення договорів за допомогою новітніх електронних технологій стає дедалі більш розповсюдженим явищем. Використання електронної пошти, різних месенджерів та інших подібних комунікаційних засобів суттєво пришвидшує і, як наслідок, спрощує процедуру погодження умов договору і досягнення консенсусу між сторонами. Крім того, цей механізм укладення договорів існує вже достатньо тривалий час (фактично, з кінця 90-х років ХХ ст.), що робить його ще більш привабливим для бізнесу: сторонам договору не доводиться бути першопрохідцями у застосуванні тих чи інших комунікаційних технологій, адже вони уже давно використовуються в практиці, а під час їх розроблення враховується досвід попередників.

Утім, у практиці правового регулювання укладення договорів за допомогою електронних засобів зв'язку, як і раніше, залишається низка питань. Зокрема, це питання, пов'язані з розмежуванням оферти і пропозиції роботи оферти, визначенням способів вираження акцепту, з'ясуванням часу і місця укладення договору, які знову актуалізуються в практиці укладання саме електронних договорів. Для вирішення цих питань у різних країнах були обрані різні підходи. У одних країнах були зроблені спроби внести зміни до законодавства для того, щоб особливим чином урегулювати порядок укладення електронних договорів. Тому фактично було створено два паралельних режими регулювання: для традиційних («паперових») договорів та електронних. У інших же країнах, навпаки, було вирішено не втручатися у сферу законодавчого регулювання, щоб уникнути подібних паралельних режимів. Навпаки, було зроблено висновок, що більш ефективним є не зміна існуючих положень класичного договірної права, а їх особливе застосування при вирішенні питань, що виникають при укладанні електронних договорів. Незважаючи на те, що саме цей, останній, підхід був підтриманий на міжнародному рівні при розробці типових законів, конвенцій і директив у сфері електронної комерції, питання про те, який з підходів є кращим, залишається все ще актуальним.

У цій статті на основі послідовного аналізу етапів укладання договору ми спробуємо дати відповідь на питання: чи існує необхідність в особливому законодавчому регулюванні укладення електронних договорів або ж досить застосування існуючих норм з урахуванням особливостей цих договорів?

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням укладення договорів з використанням електронних засобів зв'язку у вітчизняній юридичній науці приділяється доволі мало уваги. Серед учених, які займаються цією тематикою, можна назвати А. В. Чучковську (A.V. Chuchkovska) [1], О. С. Василенко

(O.S. Vasylenko) [2], Ю. О. Борисову (Yu.O. Borysova) [3] і В. С. Мілаш (V.S. Milash) [4]. З огляду на те, що останнім часом в Україні було прийнято низку законодавчих актів, що регулюють відносини в сфері електронної комерції (зокрема, Закон України «Про електронну комерцію» від 03.09.2015 р. № 675-VIII), і ведеться активна розробка нових законів у цій сфері (зокрема, законопроект «Про довірчі послуги»), здійснення поглибленого наукового аналізу цих питань є цілком виправданим. Що стосується зарубіжної правової доктрини, то серед учених, що займаються проблематикою укладення електронних договорів, слід особливо виділити Елізабет Мік (E. Mik) [5], Джульєт Морінджелло (D. Morindzhello) [6], Амелію Роулз (A. Roulz) [7], О. І. Савельєва (O.I. Saveliev) [8]. Утім, у доктрині права немає цілісного компаративного аналізу особливостей регулювання порядку укладення договорів у різних правових системах світу. Видається, що саме такий аналіз є необхідним для знаходження відповіді на питання, сформульованого нами у вступі.

У зв'язку з цим **метою** цього дослідження є визначення оптимального і зваженого варіанту регулювання питань укладення електронних договорів. У рамках зазначеної мети ставляться такі **завдання**: здійснення порівняльно-правового аналізу правового регулювання питань укладення електронних договорів у різних країнах і на міжнародному рівні; здійснення аналізу існуючої судової практики в сфері вирішення спорів між сторонами електронних договорів; визначення підходів до вирішення тих чи інших проблем у сфері укладення електронних договорів.

Виклад основного матеріалу. Договори, які укладаються за допомогою електронних засобів зв'язку, фактично є певним різновидом цивільно-правових договорів як таких. Тому процедура їх укладення, так само як і процедура укладення будь-яких інших договорів, відбувається в декілька етапів. Традиційно в науці цивільного права їх називають офертою (тобто пропозиція укласти договір) і акцептом (тобто прийняття такої пропозиції). При цьому від того, як і коли були виражені оферта і акцепт, безпосередньо залежать час і місце укладення договору.

Однак, незважаючи на те, що укладення електронних договорів відбувається в тій же послідовності, що і будь-якого іншого договору, етапи їх укладення самі по собі мають деякі особливості. Це пояснюється тим, що форма вираження волі і оферента, і акцептанта у цих договорах є досить нетиповою: вона фіксується за допомогою різних електронних повідомлень. При цьому класичне договірне право донині залишається фактично «заточеним» під традиційні усну і «паперову» письмову форму, у зв'язку з чим електронна форма не завжди повною мірою відповідає положенням чинного законодавства. Розглянемо проблеми у правозастосовній практиці, що виникають у зв'язку з цим, у контексті окремих стадій укладення електронних договорів.

Оферта

Оферта традиційно визначається в законодавстві і правовій доктрині як пропозиція укласти договір, прийняття якої тягне за собою укладення договору.

Офертою вважається не всяка пропозиція укласти договір, а лише та, яка відповідає всім вимогам, що передбачені законодавством тієї чи іншої держави або сформульовані в її судовій практиці. Як правило, основними вимогами до оферти є те, що оферта повинна містити всі істотні умови майбутнього договору, і те, що вона має виражати намір оферента бути зв'язаним її умовами в разі акцепту. Однак законодавство і судова практика деяких держав нерідко висувають ще одну вимогу, згідно з якою оферта повинна бути адресована конкретній особі (або особам), а не звернена до невизначеного кола осіб. В інакшому випадку пропозиція укласти договір буде вважатися не офертою, а пропозицією робити оферти, що істотно впливає на визначення моменту укладення договору.

Ця проблема в правовій доктрині дістала назву «проблеми публічної оферти» і, як показує практика, безпосередньо стосується питань укладення договорів за допомогою засобів електронного зв'язку. Поряд з тими договорами, які укладаються шляхом обміну електронними повідомленнями між заздалегідь визначеними контрагентами через їх персоніфіковані електронні адреси, в сфері електронної комерції існує величезна кількість договорів, які укладаються суб'єктами підприємницької діяльності з будь-якою особою, яка звернулася до них. Для цього суб'єкти електронної комерції розміщують на сторінках веб-сайтів оголошення і рекламу своїх товарів (робіт, послуг), з якими може ознайомитися необмежене коло осіб. У зв'язку з цим у правозастосовній практиці неодноразово виникало питання про те, чи є подібні оголошення і реклама офертами.

Передусім слід зазначити, що в класичному договірному праві питання про розмежування публічної оферти і запрошення робити оферти вирішується по-різному. Фактично його вирішення залежить від того, який саме варіант обраний на рівні законодавства і судової практики певної держави. Так, у країнах англо-американського права, а також в Німеччині, пропозиція, адресована необмеженій кількості осіб, не має статусу оферти, а є лише запрошенням робити оферти. Так, у Німеччині офертою вважається тільки та пропозиція, яку адресовано конкретній особі (ст. 145 ГГУ). На відміну від цього у Франції, Італії, Російській Федерації та деяких інших країнах така пропозиція вважається офертою [9, с. 210–213]. Наприклад, згідно з цивільними кодексами РФ (частини 1, 2 ст. 437 ЦК Російської Федерації) і Республіки Білорусь (частини 1, 2 ст. 407 ЦК Республіки Білорусь) пропозиція, що містить всі істотні умови договору і з якої вбачається воля особи, яка робить таку пропозицію, укласти договір на зазначених у ній умовах з кожним, хто відгукнеться, визнається офертою (публічна оферта).

Однак з появою практики укладення договорів через мережу Інтернет дискусії навколо цього питання загострилися. Так, під час розробки міжнародних конвенцій, директив та інших нормативних актів виникла дискусія, чи існує необхідність у впровадженні особливих правил співвідношення оферти і запрошення до оферти для цілей регулювання порядку укладення електронних договорів. Результатом цього стало вироблення різних підходів до цього питання. Так, у Конвенції ООН про використання електронних повідомлень у міжнарод-

них договорах 2005 р. (далі – Конвенція про електронні повідомлення) було вирішено запровадити єдине правило співвідношення оферти і запрошення робити оферту при укладенні електронних договорів, незалежно від того який саме підхід до цього співвідношення був обраний у класичному договірному праві тієї чи іншої країни світу. Так, згідно зі ст. 11 Конвенції пропозицію укласти договір, яка зроблена за допомогою одного або декількох електронних повідомлень <...> [i] є загальнодоступною для сторін, які використовують інформаційні системи, <...> слід вважати запрошенням робити оферту (*а не офертою*), якщо тільки в цьому запрошенні ясно не вказується намір сторони, яка робить пропозицію, вважати себе зв'язаною в разі акцепту. Отже, Конвенція про електронні повідомлення фактично втрутилася у вирішення цього питання в тих країнах, де традиційно публічне оголошення вже вважається офертою. В офіційних роз'ясненнях цієї статті ЮНСІТРАЛ зазначила, що з огляду на потенційно безмежну аудиторію Інтернету, до визначення правового значення подібних «оферт» слід підходити з обережністю. Застосування презумпції зобов'язуючого наміру сторони може мати несприятливі наслідки для продавців, які володіють обмеженими запасами певних товарів, якщо продавець буде нести відповідальність за невиконання всіх замовлень, отриманих від потенційно необмеженого числа покупців [19, п. 197–207].

Водночас під час розробки законодавства ЄС у сфері регулювання питань електронної комерції був підтриманий зовсім протилежний підхід, часто іменованій як «невтручання в існуюче договірне право» (*contract law neutrality approach*) [11, с. 578]. Згідно з ним, спеціальні правила, що регулюють питання, пов'язані з електронною комерцією, не повинні втручатися в регулятивну сферу традиційного договірного права і створювати так звані «паралельні режими» для паперових і електронних договорів. Тому і правила визначення оферти повинні встановлюватися положеннями договірного права тієї чи іншої країни, а не спеціальними нормами, прийнятими в зв'язку з появою нових засобів електронного обміну інформацією. Найбільш повно цей підхід відображений у Директиві ЄС 2000/31 / ЄС «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг на внутрішньому ринку, зокрема, про електронну комерцію (Директива про електронну комерцію)» від 08.06.2000 р. (далі – Директива 2000/31/ЄС). Так, у ст. 11 цієї Директиви, яка якраз регулює порядок укладення договорів у сфері електронної комерції, не тільки не порушується питання про те, що вважається офертою і як вона співвідноситься з пропозицією до оферти, а й взагалі не вживаються терміни «оферта» і «акцепт». Навпаки, в цій статті Директива оперує термінами «замовлення» і «підтвердження замовлення», які не тотожні за значенням «оферти» або «акцепту» [12].

Проблема запровадження спеціального правила співвідношення оферти і запрошення до оферти при укладенні електронних договорів була по-різному вирішена і на рівні національних законодавств й судової практики окремих країн. Наприклад, у Франції загальне правило, сформульоване ще задовго до появи електронних засобів зв'язку, було залишено незмінним і для електронних

договорів. Водночас у ЦК Франції з'явилась ст. 1369-4, яка дещо деталізувала загальне правило в контексті порядку укладення саме електронних договорів і визначила, що будь-яка особа, яка пропонує за допомогою електронних засобів зв'язку доставку товарів або надання послуг, вважається оферентом і є пов'язаною своєю офертою стільки, скільки її оферта доступна для ознайомлення.

Утім, у деяких країнах для електронних договорів було сформульовано спеціальне правило співвідношення оферти і запрошення до оферти, відмінне від правила, традиційно використовуваного для так званих «паперових» договорів. Наприклад, у Сінгапурі, країні загального права, де зазвичай підтримувалося правило, згідно з яким безадресна пропозиція укласти договір вважається лише пропозицією до оферти, а не офертою, для електронних договорів Вищим судом було сформульовано прямо протилежне правило. Так, у рішенні у справі *Chwee Kin Keong v Digilandmall.com Pte Ltd*, Високий суд Сінгапуру дійшов висновку, що при укладенні електронних договорів пропозицію укласти договір, адресовану необмеженій кількості осіб за допомогою сторінки в Інтернет, слід вважати не запрошенням до оферти, а безпосередньо офертою. Спір у цій справі виник у зв'язку з тим, що продавець лазерних принтерів через мережу Інтернет, вказуючи ціну за один принтер, допустив суттєву помилку: замість 1606 дол. США за один принтер зазначив 66 дол., у зв'язку з чим намагався в суді довести, що оголошення про продаж принтерів на веб-сторінці не є офертою, а тому й відповідь відповідачів на цю пропозицію не є акцептом. Порівнюючи особливості укладення договорів в офлайн і онлайн, суд зазначив, що в світі офлайн-торгівлі відбувається живий обмін інформацією між покупцем і продавцем товару: покупець не має змоги дізнатися про те, чи наявний той чи інший товар на складі у продавця, доки безпосередньо не звернеться до нього з пропозицією придбати цей товар, а продавець, встановивши наявність або відсутність відповідного товару, залишає за собою право прийняти або відхилити пропозицію покупця. Саме тому безадресна пропозиція товару в офлайн-торгівлі не є офертою. Однак в онлайн-торгівлі перспективний покупець може покладатися на інформацію з веб-сайту щодо наявності або відсутності товару, хоча й не може перевірити його фізичну наявність. Тому продавець товару зобов'язаний забезпечувати покупців актуальною інформацією про товар. І якщо продавець не вкаже на сайті, що товар недоступний або його немає в наявності, він повинен вважатися таким, що зробив оферту. При цьому закон не повинен формулювати правила тільки для того, щоб уберегти продавця від укладення договору не в його інтересах [13].

Подібним чином було впроваджене спеціальне правило співвідношення оферти і запрошення робити оферту при укладенні електронних контрактів і в Україні. Як відомо, згідно з загальним правилом, сформульованим у Цивільному кодексі України (ст. 641 ЦКУ), безадресна пропозиція укласти договір не є офертою. З цього правила ЦКУ передбачає два винятки: перший виняток полягає в тому, що пропозиція, адресована невизначеному колу осіб, вважається офертою, якщо в ній прямо вказано про це (ч. 2 ст. 641 ЦКУ). Наприклад, іноді володільці

сайту прямо вказують, що те чи інше оголошення, розміщене на веб-сторінці, є публічною офертою. Другий виняток передбачено ст. 699 ЦКУ, яка регулює особливості укладення договорів роздрібної купівлі-продажу. Так, пропозиція товару в рекламі, каталогах і в інших описах товару, адресованих невизначеному колу осіб, якщо вона містить усі істотні умови договору, вважається офертою. Також публічною офертою вважається виставлення товару, демонстрація його зразків або надання відомостей про нього в місцях його продажу, крім випадків, коли продавець явно визначив, що товар не призначений для продажу.

Однак Закон України «Про електронну комерцію» принципово змінив правило про співвідношення оферти і запрошення робити оферту в контексті укладення електронних договорів. Так, згідно з ч. 4 ст. 11 цього Закону пропозиція укласти електронний договір може бути зроблена шляхом відправки комерційного електронного повідомлення, розміщення пропозиції (оферти) в мережі Інтернет або в інших інформаційно-телекомунікаційних системах, з чого випливає, що оферта може бути виставлена на огляд для будь-якого користувача мережі Інтернет. Про це свідчать й інші положення зазначеного Закону, зокрема, ч. 2 ст. 8 цього Закону, відповідно до якої покупець (замовник, споживач) товарів, робіт, послуг у сфері електронної комерції іменується особою, яка приймає (акцептує) пропозицію іншої сторони про укладення договору. Отже, особа, яка є продавцем (виконавцем) товарів (робіт, послуг) і яка розміщує оголошення на певному веб-сайті, є оферентом.

Таким чином, Закон України «Про електронну комерцію» передбачає, що пропозиція укласти договір, розміщена за допомогою електронних засобів зв'язку, вважається публічною офертою незалежно від того, який вид договору в ній пропонується укласти (не тільки договір роздрібної купівлі-продажу, а й будь-який інший договір), і чи міститься в цій пропозиції застереження про те, що вона є офертою. З цього випливає, що на відміну від ЦКУ, згідно з яким публічна оферта є певним винятком із загального правила, Закон України «Про електронну комерцію» передбачає, що публічна оферта – це, навпаки, якість загального правила, і лише якщо вона не відповідає вимогам, передбаченим ЦКУ і цим законом, вона вважається запрошенням робити оферту. А це, в свою чергу, свідчить про колізію між положеннями ЦКУ та Закону України «Про електронну комерцію», яка може вирішуватися по-різному: з одного боку, Цивільний кодекс України є основним актом цивільного законодавства (ч. 2 ст. 4 ЦКУ) і підлягає переважному застосуванню, проте, з іншого боку, положення Закону України «Про електронну комерцію» є спеціальними по відношенню до норм ЦКУ. Така суперечливість законодавства є небезпечною, оскільки може призвести до неоднозначної судової практики.

Очевидно, що зазначена ситуація демонструє певну недосконалість підходу, згідно з яким питання про співвідношення оферти і запрошення до оферти при укладенні електронних договорів має бути обов'язково особливим чином урегульоване на законодавчому рівні. Незважаючи на те, що порядок укладення договорів з використанням електронних засобів зв'язку має свою специфіку,

яка безпосередньо відображається на співвідношенні оферти і пропозиції до оферти, для вирішення цього питання не слід змінювати існуючі правила цього співвідношення, варто застосовувати їх з урахуванням цієї специфіки, виходячи з обставин конкретної справи. Наприклад, якщо суб'єкт підприємницької діяльності продає товари через інтернет-магазин, то він потенційно не може розмістити на своєму сайті всі істотні умови майбутнього договору: він розмістить на ньому інформацію про товар (зображення товару, його основні характеристики, інформацію про якість та інше) і про його ціну. Але він не зможе визначити замість конкретного покупця місце доставки товару, спосіб оплати та інші умови, які зможе визначити лише покупець, і без яких у цьому випадку укласти договір неможливо. Отже, повідомлення продавця, розміщене на сайті, не буде офертою, а ось замовлення покупця, оформлене з використанням цього сайту, можна вважати такою. Протилежна ситуація складається, якщо предметом договору, що укладається за допомогою мережі Інтернет, є надання користувачам онлайн доступу до певної програми або музичного твору (так звані «цифрові товари»). У цьому випадку на сайті розробника програми розміщується ліцензійний договір, для укладання якого користувач повинен натиснути клавішу «я згоден з умовами». Очевидно при цьому, що договір уже містить усі істотні умови, і користувач не може їх змінити або запропонувати свої, а товар, який виступає предметом такого договору, є невичерпним за своєю природою, і тому може бути в будь-який момент наданий будь-якому користувачеві. Тому в цьому випадку проект договору, розміщений на сайті, слід вважати публічною офертою, а відповідь користувача за допомогою кліка – акцептом.

Акцепт є другою обов'язковою стадією укладення будь-якого договору. Згідно із загальним правилом, акцепт повинен відповідати двом основним вимогам: бути повним (містити згоду з усіма умовами договору, запропонованими в оферті) і безумовним (не містити нових умов і не змінювати запропонованих).

Однак окрім змісту акцепту, важлива також форма і способи його вираження, особливо в країнах континентального права, в яких формальним вимогам приділяється окрема увага, а їх недотримання часом може спричинити недійсність правочину. Так, з аналізу положень ЦК України випливає, що існують такі форми вираження акцепту: 1) усна; 2) письмова, шляхом надання оференту письмового документа (якщо певний договір повинен бути укладений у письмовій формі); 3) конклюдентна, тобто шляхом виконання умов договору, зазначених в оферті (відвантаження товарів, надання послуг, виконання робіт, сплата відповідної суми тощо) (ч. 2 ст. 642 ЦК України); 4) мовчазна, у випадках, установлених договором або законом (ч. 3 ст. 205 ЦК України).

У практиці ж укладення електронних договорів укорінилися доволі специфічні форми вираження волі акцептанта, які варіюються залежно від того, в якому порядку укладається той чи інший договір. Так, якщо договір укладається через певний інтернет-магазин з будь-якою особою, яка звернеться (тобто, в автоматизованому режимі), то акцепт, як правило, виражається «кліком» або іншою дією, пов'язаною із завантаженням відповідної веб-сторінки. У зв'язку з цим у доктрині

та судовій практиці країн загального права виникла ціла класифікація електронних договорів залежно від способу вираження згоди на укладення договору. Найбільш поширеною, якщо не сказати класичною, є дихотомічна класифікація електронних договорів, згідно з якою виділяють *click-wrap* і *browser-wrap*-контракти [15; 16; 17]. Так, перший різновид договорів (*click-wrap*-контракти) характеризується тим, що особа, яка приєдналася до умов договору, має можливість ознайомитися з ними до моменту вираження своєї згоди, а сама згода виражається шляхом «кліка» на відповідному інтерактивному зображенні на екрані (наприклад, шляхом проставлення «галочки» у вікні «я згоден з умовами договору»). Друга група контрактів охоплює ситуації, коли умови договору доступні для ознайомлення за посиланням на веб-сайті, але користувач не обов'язково повинен пройти за цим посиланням, щоб висловити згоду на укладення договору. Користувач у даному випадку взагалі не висловлює своєї згоди в явній формі, – його згода висловлюється шляхом простого завантаження певної сторінки, повторного звернення до сторінки веб-сайту або непокидання цієї сторінки протягом певного часу. Найчастіше договори типу *browser-wrap* – це договори, що містять заборону на копіювання змісту веб-сторінки без дозволу власника сайту, договори про збір та обробку персональних даних відвідувачів сайту тощо.

Таким чином, якщо розглядати *click-wrap*-контракт, то закономірно виникає питання: до якої форми вираження акцепту з тих, що передбачені законодавством, належить «клік»? Очевидно, що це не усне вираження згоди з умовами договору, не письмовий документ, що відправляється суб'єкту електронної комерції, і не мовчання, оскільки споживач здійснює якусь дію за допомогою клавіш миші, клавіатури або інших пристроїв. Єдиний варіант, який залишається, – це віднести «клік» до виконання акцептантом так званих «конклюдентних дій», заздалегідь визначених в оферті (типу відвантаження товарів, надання послуг, виконання робіт, здійснення оплати і т. п.). Однак і тут існує певна проблема: справа в тому, що такі дії, як зазначено в ч. 2 ст. 642 ЦК України, мають бути спрямовані *на виконання умов* майбутнього договору, зазначених в оферті. Натискання ж клавіші (клік) навряд чи можна вважати дією щодо виконання умов договору, скоріше це *дія, спрямована на укладення* договору, а не на його виконання. Отже, неможливо однозначно віднести «клік» до конклюдентних дій при буквальному тлумаченні зазначеної норми ЦК України.

Вважаємо, що ця обставина красномовно свідчить, з одного боку, про певну непристосованість норм матеріального права до нових реалій, що виникли у зв'язку з поширенням електронної торгівлі. З іншого боку, видається недоцільним вносити будь-які спеціальні зміни до відповідних положень чинного законодавства спеціально для того, щоб передбачити в них новітні форми й способи вираження акцепту типу «кліка». Так чи інакше, в практиці завжди будуть виникати якісь нововведення, які не в повній мірі будуть відповідати існуючим положенням закону. Звісно ж, що ця обставина має служити стимулом не для того, щоб щохвилини вносити зміни до чинних нормативно-правові актів, а для того, щоб тлумачити і застосовувати їх на практиці таким чином, щоб новітні

форми вираження волі акцептанта (як «клік») були визнані належними формами вираження акцепту.

Що стосується browse-wrap-контрактів, то питання про допустимість форми вираження акцепту при їх укладенні є ще більш неоднозначним. У цьому разі на веб-сторінці міститься посилання на певний договір, однак для того, щоб він був укладений, Інтернет-користувач не повинен висловлювати свою згоду на укладення договору певною дією. Згода з умовами такого договору в цьому випадку є не вираженою, а презюмованою. При цьому поведінка Інтернет-користувача може бути прирівняна або до конклюдентних дій (наприклад, в разі, коли факт укладення договору залежить від переходу Інтернет-користувача на будь-яку сторінку за гіперпосиланням), або до мовчання (у разі, коли факт укладення договору залежить від простого непокидання Інтернет-користувачем певної веб-сторінки протягом певного часу). Якщо у випадку з конклюдентними діями ніяких проблем не виникає (бо відповідно до закону вони є однією з можливих форм вираження акцепту), то у випадку з мовчанням питання вирішується інакше. Мовчання, як було нами зазначено вище, може вважатися акцептом лише в тому разі, коли це передбачено законом або договором. У законі щодо електронних договорів застереження про можливість їх укладення за мовчазною згодою немає. Договором між сторонами таке застереження теж, як правило, не може бути передбачене, тому що ніякого договору як такого до моменту завантаження сайту ще не існує. Виходячи з цього, при укладанні електронних договорів акцепт не може виражатися в формі мовчання. Отже, життєздатність browse-wrap-контрактів фактично неможлива.

Однак такий стан справ видається нам не зовсім правильним. Browse-wrap-контракти мають право на існування і, як показує практика, є доволі поширеним інструментом у сфері електронної комерції. Як правильно зазначається в судовій практиці і в доктрині зарубіжних країн, основний акцент при аналізі таких контрактів слід робити не на формі вираження згоди на їх укладення як такої, а на способі повідомлення акцептанта про наявність договору і про його зміст, здатності акцептанта помітити і ознайомитися з цими умовами до того, як договір буде укладено, і т. ін. Саме тому суди США, зокрема, при аналізі таких контрактів, використовують так званий «тест на розумну взаємодію між сторонами» («reasonable communicativeness test») [6], згідно з яким при розгляді спорів, що виникають у зв'язку з укладенням browse-wrap-контрактів повинно бути встановлено, що власник Інтернет-сайту (або інша особа, що має певні права на сайт) розмістив на Інтернет-сторінці явне і недвозначне попередження про існування договірних умов, яке здатен помітити будь-який пересічний Інтернет-користувач [18]. Іншими словами, головне, щоб користувач Інтернету (він же сторона за договором) був належним чином попереджений про можливість укладення з ним договору і це попередження було досить помітним при перегляді веб-сторінки.

Аналогічний підхід має застосовуватися не тільки в країнах загального права, а й у країнах континентального права, оскільки немає нічого незаконного або неприйняттого в самій по собі практиці укладання browse-wrap-контрактів.

У зв'язку з цим видається, що в цьому випадку якраз-таки доцільно внести зміни до чинного законодавства (зокрема, до ч. 3 ст. 205 ЦК України), якими передбачити, що воля сторони на вчинення правочину може бути виражена у формі мовчання не тільки в тих випадках, коли це прямо передбачено договором або законом, а й коли це впливає з попередньої ділової практики сторін і зі звичаїв ділового обороту. До речі, таке правило вже міститься в законодавствах деяких країн континентального права (зокрема, ч. 3 ст. 438 ЦК Російської Федерації, ч. 2 ст. 454 ЦК Вірменії тощо).

Момент укладення договору. Успішний обмін повідомленнями, що містять оферту і акцепт веде до укладення договору. Однак виникає питання: в який саме момент договір може вважатися укладеним? У зв'язку з певними особливостями електронного обміну інформацією це питання набуває важливе практичне значення. Зокрема, електронне повідомлення, яке містить акцепт, може надійти в розділ «спам», бути непридатним для читання через специфічний формат, потрапити на сервер, який заблоковано згідно з розпорядчим актом органу державної влади (як це мало місце в зв'язку з блокуванням ряду російських сайтів на підставі Указу Президента № 133/2017 від 15.05.2017 р.) тощо. У цих випадках хоча формально таке повідомлення і вважається одержаним оферентом, однак можливості ознайомитися з його змістом в оферента немає.

Узагалі момент укладення договору визначається в різних державах по-різному. Як відомо, існує чотири основні теорії визначення цього моменту: декларативна теорія, «правило поштової скриньки», інформаційна теорія і теорія отримання. Згідно з «декларативною» теорією договір укладається в момент, коли одержувач оферти тим чи іншим чином проявляє свій намір прийняти оферту, навіть якщо оференту про це ще не відомо. Відповідно до «правила поштової скриньки», традиційно застосовуваним у більшості країн загального права, акцепт оферти набуває чинності з моменту його відправки одержувачем оферти (наприклад, коли лист опущено в поштову скриньку). У свою чергу, у країнах континентального права підтримана теорія «отримання», яка полягає в тому, що акцепт набуває чинності, коли він досягає оферента. Нарешті, відповідно до інформаційної теорії для укладення контракту необхідно, щоб акцепт був не тільки отриманий оферентом, але оферент також був обізнаний про факт акцепту його оферти [9, с. 214; 12].

Утім, жодна з вищевказаних теорій визначення моменту укладення договору не позбавлена недоліків, так як кожна з них покладає певні ризики неотримання акцепту на оферента або акцептанта. Тому поява та поширення можливості укладати договори за допомогою електронних засобів зв'язку змусила вчених, суб'єктів правотворчості і правозастосовної діяльності знову порушити питання про правильність обраної в тій чи іншій державі теорії [7; 13]. За підсумками дискусій з цього приводу на рівні міжнародних правових актів був переважно підтриманий підхід «невтручання в положення договірною права» (*contract law neutrality approach*). Так, ні в Директиві 2000/31/ЄС, ні в Типовому законі ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю, ні в Конвенції про

електронні повідомлення питання визначення моменту укладення електронного договору не було розкрито жодним чином. Навпаки, Конвенція про електронні повідомлення містить тільки правила визначення моменту відправки і доставки *електронних повідомлень*, але не правила визначення моменту *укладення самого електронного договору* (ст. 10 Конвенції). Роз'яснюючи цю обставину, ЮНСІТРАЛ вказала, що при підготовці ст. 10 Конвенції про електронні повідомлення було взято до уваги ту обставину, що договори в більшості випадків не охоплені однаковим міжнародним режимом. У різних правових системах для визначення моменту укладення договору використовуються різні підходи, і тому не слід встановлювати особливе правило визначення моменту укладення електронних договорів, яке відрізнялося б від обраних в тій чи іншій державі підходів. На думку ЮНСІТРАЛ, важливо просто створити функціональні еквіваленти існуючих підходів до визначення моменту укладення договорів для електронного середовища, проте не змінювати їх по суті [19, п. 175].

Однак при аналізі національних законодавств окремих країн стає зрозумілим, що такий підхід не скрізь був підтриманий: з появою електронних договорів в законодавства окремих країн були внесені спеціальні правила визначення моменту укладення саме цих договорів, які відрізняються від правил визначення моменту укладення традиційних «паперових» договорів.

Наприклад, якщо проаналізувати законодавства пострадянських держав, то можна виявити, що у всіх цих країнах на рівні цивільних кодексів традиційно підтримувалася так звана «теорія отримання», згідно з якою договір визнається укладеним у момент одержання особою, яка направила оферту, її акцепту. Однак у деяких державах СНД на рівні спеціального законодавства, що регулює сферу електронної комерції та електронного документообігу, були запроваджені норми, якими фактично була підтримана *інформаційна теорія* визначення моменту укладення саме електронних договорів. Наприклад, згідно зі ст. 22 Закону Республіки Молдова «Про електронну торгівлю» оферта або акцепт вважаються отриманими з моменту відправлення одержувачем оферти або акцепту електронного повідомлення про їх отримання, якщо інше не передбачено домовленістю сторін. При цьому якщо таке повідомлення не отримано відправником протягом строку дійсності оферти, відправник може повідомити про це одержувача і вказати строк, протягом якого підтвердження повинно бути надіслано. Якщо підтвердження не отримане в зазначений строк, електронний договір не вважається укладеним. А Закон Республіки Молдова «Про електронний підпис та електронний документ» додатково до цього прямо вказує: в разі, коли між підписантом електронного документа і його одержувачем не погоджене інше, електронний документ вважається прийнятим одержувачем, якщо він: а) надходить в інформаційну систему, з якої одержувач здатний вилучити електронні документи; б) надходить в зазначену одержувачем інформаційну систему в формі, доступній для його використання в цій системі (ч. 4 ст. 20 вказаного Закону). Таким чином, з аналізу зазначених положень випливає, що для визначення моменту укладення електронного договору важливий не тільки

факт отримання оферентом електронного повідомлення, що містить акцепт, а й факт отримання можливості ознайомлення зі змістом цього повідомлення.

В Україні ж питання про визначення моменту укладення електронного договору не було врегульовано особливим чином. Щодо електронних договорів діє те ж правило, що і для будь-яких інших договорів, а саме: договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції (ч. 1 ст. 640 ЦК України). Водночас Законом України «Про електронну комерцію» були запроваджені правила визначення моменту відправки і доставки електронних повідомлень. Так, згідно з ч. 2 ст. 16 цього Закону електронний документ (повідомлення) вважається отриманим суб'єктом електронної комерції в момент, коли такий документ (повідомлення) отримано інформаційно-телекомунікаційною системою суб'єкта, якщо інше не передбачено законом або договором.

Очевидно, що питання про момент укладення електронного договору дійсно є непростим. По суті, його рішення полягає в пошуку збалансованого розподілу ризиків неотримання повідомлення, що містить акцепт, між оферентом і акцептантом. Як було зазначено вище, при укладенні договорів з використанням електронних засобів зв'язку оферент несе додаткові ризики, пов'язані з неможливістю ознайомитися зі змістом електронного повідомлення, яке містить акцепт, через різні технічні недоліки такого повідомлення.

Однак наявність зазначених ризиків не є, на нашу думку, достатньою причиною для формулювання нових правил визначення моменту укладення всіх без винятку електронних договорів. Переконані, що закон у цьому разі повинен містити певну презумпцію, завдяки якій ризики між оферентом і акцептантом при укладенні електронного договору розподіляються більш-менш рівномірно. Очевидно, що «правило отримання» цілком дозволяє провести такий розподіл, оскільки інший варіант (а саме інформаційна теорія), ймовірно, покладе непропорційні ризики на акцептанта, який буде змушений чекати від оферента підтвердження його поінформованості про акцепт, що, в кінцевому рахунку, може уповільнити цивільний оборот.

Водночас для електронних договорів, які укладаються за допомогою так званих Інтернет-магазинів, тобто в автоматизованому режимі і з будь-ким, хто звернеться, необхідним є запровадження вимоги, згідно з якою продавець (виконавець) товару (роботи, послуги) зобов'язаний підтвердити факт одержання від покупця (замовника) повідомлення, яке містить замовлення товару (роботи або послуги). Така вимога цілком узгоджується з положеннями ст. 11 Директиви 2000/31/ЄС, однак не змінює жодним чином правил визначення моменту укладення договору, обраних у відповідній державі. Вона існує окремо від цих правил і спрямована на захист інтересів слабшої сторони договору, тобто, споживача.

Висновок. Механізм укладення електронних договорів має свою специфіку, яка проявляється на всіх стадіях їх укладення (як оферти, так і акцепту). Як правило, намагаючись відшукати універсальний підхід до регулювання питань укладення договорів такого роду, пропонується в першу чергу внести зміни

в чинне законодавство. Однак такий підхід виявляється не завжди виправданим, а окреме регулювання цих питань – надмірним і суперечливим, хоча в деяких випадках воно допомагає більш ефективно вирішити ті чи інші питання в практиці правозастосування.

Так, внесення змін до правил співвідношення оферти і запрошення до оферти навряд чи можна вважати доцільним. Правильне розв'язання цього питання залежить не від зміни відповідної матеріально-правової норми або введення нової норми для цілей регулювання питань укладення електронних договорів, а від правильного застосування існуючих норм у конкретних ситуаціях. Тут ми продемонстрували приклади, в яких доцільно вважати пропозицію, адресовану невизначеному колу осіб, офертою, а в яких – лише запрошенням до оферти. Тож перші – пропозиції, що стосуються продажу цифрових продуктів (аудіо-, відеозаписів, програмних продуктів та інше), а другі – пропозиції, що стосуються фізичних товарів, які вимагають доставки за певною адресою, оплати через певну платіжну систему та ін.

Що стосується акцепту, то норми, які передбачають форми його вираження, потребують певної адаптації до сучасних реалій або, як мінімум, розширеного тлумачення їх на практиці. Так, «клік» в правозастосовній практиці слід прирівнювати до конклюдентних дій, які підтверджують волю акцептанта на укладення договору. Мовчання Інтернет-користувача (яке, зокрема, проявляється в непокиданні ним веб-сторінки протягом певного часу) також має вважатися акцептом договірних умов, коли йдеться про укладення так званих «browse-wrap»-договорів. Однак для цього в чинне законодавство (зокрема, в ст. 205 ЦК України) повинні бути внесені зміни, згідно з якими мовчання може виражати волю особи на укладення договору також, якщо це впливає з попередньої ділової практики сторін і звичаїв ділового обороту.

Нарешті, при визначенні моменту укладення договору втручання в існуючі матеріально-правові норми договірного права, встановлені законодавством країн СНД, навряд чи є доречним. Навпаки, ці норми повинні залишатися незмінними (принаймні, на даному етапі розвитку рівня техніки). Водночас допустимо і навіть необхідно запровадити на законодавчому рівні правила визначення моменту відправки і доставки електронного повідомлення. Це сприяє правильному застосуванню матеріально-правової норми до випадків укладення договорів за допомогою електронних засобів зв'язку.

References:

1. Chuchkovs'ka, A.V. (2007). *Pravove rehuliuвання elektronnoi komertsii v Ukraini*. Kyiv: Tsentr uchbovoi literatury [in Ukrainian].
2. Vasylenko, O.S. (2011). Unifikatsiya pravyl elektronnoi komertsiji v ramach Konventsiji OON pro vykorystann'a elektronnyh povidomlen' v mizhnarodnyh. *Derzhava i pravo. Jurydychni I politychni nauky – The State and the Law. Juridical and Political sciences, issue 54, 563–569* [in Ukrainian].
3. Borysova, Yu.O. (2012). Tsyvilno-pravove rehuljuvann'a vidnosyn u sferi elektronnoi komertsiji. *Extended abstract of candidate's thesis*, Kyiv [in Ukrainian].
4. Milash, V.S. (2015). Pytannia zakonodavchoji jurydyktsiji derzhavy v konteksti rehuliuвання dohovirnyh vidnosyn u sferi elektronnoi komertsiji. *Pravo ta innovatsiji – The Law and Innovations, issue 1, 42–49* [in Ukrainian].

5. Mik, Eliza Karolina (2010). Evaluating the Impact of the Un Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts on Domestic Contract Law – The Singapore Example. *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, eds. Ying-jeou Ma. URL: <https://ssrn.com/abstract=2052995>.
6. Moringiello, Juliet M. (2005). Signals, Assent and Internet Contracting. *Rutgers Law Review*, issue 57. URL: <https://ssrn.com/abstract=859485>.
7. Rawls, Amelia (2009). Contract Formation in an Internet Age. *Columbia Science and Technology Law Review*, issue 10. URL: <https://ssrn.com/abstract=1818330>.
8. Savel'ev, A.I. (2014). Jelektronnaja kommercija v Rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie. Moscow: Statut [in Russian].
9. Sasso, L. (2016). Certain comparative notes on electronic contract formation. *Pravo vysshey shkoly i ekonomiki – The Law. The journal of the Higher School of Economy*, issue 17 (1), 204–229.
10. Youseph Farah (2009). Electronic Contracts and Information Society Services Under the E-commerce Directive. *J. Internet L.*, issue 12, 3–22.
11. Jane Winn & Jens Haubold (2002). Electronic Promises: Contract Law Reform and E-Commerce in a Comparative Perspective. *EUR. L. REV.*, ISSUE 27 (5), 56.
12. Maryke Silalahi Nuth (2008). *Electronic Contracting in Europe*. URL: <http://www.complexserien.net/sites/complexserien/files/Complex%202008-02.pdf>.
13. Phang, Andrew (2005). The Frontiers of Contract Law – Contract Formation and Mistake in Cyberspace - The Singapore Experience. *Singapore Academy of Law Journal*, issue 17, 361. URL: <https://ssrn.com/abstract=843125>.
14. Russ, Brian (2016). All Wrapped Up and Nowhere to Gogo: Wrap Contracts Meet the Wrapture. URL: <https://ssrn.com/abstract=2731804>.
15. Mootz, Francis Joseph (2008). After the Battle of the Forms: Commercial Contracting in the Electronic Age. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, issue 4, 271. URL: <https://ssrn.com/abstract=981288>.
16. Moringiello, Juliet M. and Reynolds, William L. (2010). Electronic Contracting Cases 2009-2010. *Business Lawyer*, issue 66. URL: <http://ssrn.com/abstract=1628688>.
17. Kim, Nancy S. (2015). Wrap Contracting and the Online Environment: Causes and Cures. *California Western School of Law Research Paper*, issue 15-08. URL: <https://ssrn.com/abstract=2650132>.
18. Specht v. Netscape Communications Corp. [2002] 306 F. 3d 17.
19. CUECIC *Explanatory Note*. URL: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/elect-com/06-57452_Ebook.pdf.

Filatova N. Yu., PhD in Law, Assistant of the Civil Law Department N 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: filatovaukraine@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4243-3990

The regulation of peculiarities of electronic contracting: comparative analysis

Contract formation by electronic means nowadays is a widespread phenomenon. Nevertheless electronic contracting has been thoroughly explored by scholars all over the world and regulated both internationally and domestically, there still remain some issues which need to be carefully analyzed. In our view, the most essential question raised by electronic contracting is whether there is a need to amend substantial contract law provisions with regard to peculiarities of contracts concluded by electronic means. Seeking the answer to this question several approaches have been formulated, but none of them seems to be completely appropriate.

In this paper the answer is also attempted to be found. For this purpose a comparative analysis of doctrine, legislation and judicial practice of certain states is performed. Particularly, offer, acceptance and moment of electronic contract formation are explored. On the basis of this research the following conclusion is done: amendments to substantial contract law provisions are not always necessary to improve the regulation of electronic contracting. Nevertheless the provisions of law should be applied correctly to the disputes arising from electronic contract formation taking into account the peculiarities of such contracts.

Keywords: electronic contracting; electronic form; electronic signature; digital signature; e-commerce.

Надійшла до редколегії 06.11.2017 р.