

**ЧЕРКАШИН С. В.,**  
студент IV курсу  
(Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого)

**МІЛАШ В. С.,**  
доктор юридичних наук, професор  
(Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого)

УДК 346.3

### ОКРЕМІ АСПЕКТИ УКЛАДЕННЯ ЕЛЕКТРОННОГО ДОГОВОРУ

Стаття присвячена порівняльно-правовому аналізу чинного Закону України «Про електронну комерцію» із закордонними аналогами й стандартами.

**Ключові слова:** електронна комерція, електронний договір, укладення електронного договору.

Статья посвящена сравнительному анализу действующего Закона Украины «Об электронной коммерции» с зарубежными аналогами и стандартами.

**Ключевые слова:** электронная коммерция, электронный договор, заключение электронного договора.

The article deals with internet trading in Ukraine. The author compares contemporary law about electronic commerce with foreign legislation.

**Key words:** electronic commerce, electronic deal, conclude electronic deal.

**Вступ.** Сьогодні укладення правочинів в електронній формі не є поодиноким явищем як у цивільному, так і в господарському оборотах. Незважаючи на очевидні переваги електронної комерції, ефективно регламентувати таку систему досить важко. Господарський договір, укладений за допомогою сучасних засобів зв'язку, становить традиційні, засновані на домовленості сторін зобов'язальні правовідносини між суб'єктами господарювання, змістом яких є взаємні права й обов'язки у сфері господарської діяльності. Його специфіка полягає в матеріальному носіїві, на якому фіксується зміст договору. Укладання господарського договору в електронній формі виключає фізичний контакт сторін.

Дослідженням проблем електронної комерції займалися такі вчені, як І. Балабанов, Ю. Бурило, О. Дубів, М. Кулешів, Л. Новомлинський, В. Черешнюк, А. Чучковська, О. Шишка та інші. Попри весь обсяг наукових праць, аналіз переваг і недоліків чинного Закону України «Про електронну комерцію» представлений недостатньо.

**Постановка завдання.** Метою статті є порівняльна характеристика чинного Закону України «Про електронну комерцію» й міжнародних стандартів. У межах статті буде розглянуто проблемні питання правової регламентації електронної комерції у вітчизняному законодавстві, пов'язані з електронним документообігом між сторонами договору.

**Результати дослідження.** Вітчизняне законодавство тільки починає свій шлях у регламентації електронної комерції, тому має певні недоліки. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про електронну комерцію», електронна комерція є відносинами, спрямованими на отримання прибутку, що виникають під час учинення правочинів щодо набуття, зміни або



припинення цивільних прав та обов'язків, здійснених дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, унаслідок чого в учасників таких відносин виникають права та обов'язки майнового характеру.

Єдиного визначення електронної комерції в літературі немає, проте найбільш поширеною є визначення електронної комерції як учинення правочинів, передбачених законодавством, через мережі електров'язку, зокрема через Інтернет (Н. Солов'яненко, А. Шамраєв, М. Кулешів, І. Балабанов, Л. Новомлинський та інші). У свою чергу, серед авторів немає єдиної позиції щодо того, які правочини можуть учинятися через мережі електров'язку. Так, А. Шамраєв називає предметом електронної комерції відносини, що виникають під час учинення правочинів електронним способом. Н. Солов'яненко визначає електронну комерцію як укладання на міжнародних і внутрішніх ринках у комп'ютерній формі правочинів. І. Балабанов розуміє під електронною комерцією торгівлю через мережу Інтернет за допомогою комп'ютерів покупця та продавця.

Загалом же *електронна комерція* – це використання електронних комунікацій і технологій обробки цифрової інформації для встановлення та змін відносин власності між організаціями й між організаціями та індивідами. Електронній комерції притаманні певні ознаки:

1) електронна комерція є комплексним, системним явищем, що включає в себе відносини щодо вчинення правочинів, у сфері електронних документів та електронного документообігу;

2) мережі електров'язку є середовищем для вчинення;

3) електронна комерція заздалегідь не зв'язана з використанням тільки певної електров'язку, тобто укладення договорів можливе як через мережу Інтернет, так і через іншу мережу, що забезпечує електронний документообіг;

4) обмеження щодо переліку правочинів, що можуть учинятися з використанням мереж електров'язку, є виключно підходом національного правового регулювання. На нашу думку, за загальним правилом, повинна існувати презумпція про дозвіл учиняти будь-які правочини з використанням електронних засобів зв'язку, окрім випадків, передбачених законодавством.

Договір є різновидом правочину, до його форми застосовуються правила щодо форми правочину, передбачені ст. 205 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України. Частина 1 ст. 181 ЦК України закріплює вимоги щодо форми господарських договорів. Укладання господарського договору шляхом конклюдентних дій без документообігу, на нашу думку, є більш складним щодо фіксації договірних відносин способом. Сутність цього способу укладання господарського договору полягає в тому, що одна сторона направляє оферту іншій стороні, а остання акцептує шляхом учинення дій, що становлять зобов'язання з оферти. Зокрема, така конструкція викликає труднощі через відсутність у законодавстві процедури здійснення підтвердження прийняття до виконання.

У свою чергу, таке тлумачення піддається критиці, оскільки положення ч. 1 ст. 181 Господарського кодексу України закріплює виконання, а не підтвердження прийняття до виконання. На думку В. Черешнюк, як саме замовлення, так і підтвердження про прийняття його до виконання в господарських відносинах має здійснюватися в письмовій формі [7, с. 82]. Як зазначає цей автор, такий спосіб укладення потрібно пов'язувати з письмовою формою договору. Продовжуючи думку, можна сказати, що таке підтвердження здійснюється шляхом надання однією стороною акцепту про прийняття замовлення до виконання. Із цього випливає, що цей спосіб укладення господарського договору є укладенням договору шляхом обміну сторонами мінімальною кількістю документів. На підставі цього ми вважаємо, що особливості договору відсутні.

У свою чергу, також потрібно зазначити обмеження з боку законодавства України щодо укладення договору в бездокументарній формі. Відповідно до ч. 2 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», зовнішньоекономічний договір (контракт) укладається суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності або його представником у простій письмовій формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом. Також



у ч. 3 ст. 31 Закону України «Про міжнародне приватне право» вказується, що зовнішньоекономічний договір, якщо хоча б однією стороною є громадянин України або юридична особа України, укладається в письмовій формі незалежно від місця його укладення.

На нашу думку, одним із найбільш важливих і проблемних питань є момент укладення правочину та визначення на практиці час відправлення й отримання електронного документа, виходячи з положень ст. 16 Закону України «Про електронну комерцію». Вітчизняне законодавство встановлює, що договір укладається шляхом надсилання оферти та її подальшого акцептування сторонами, подібно до загального порядку укладення договорів, передбаченого в ЦК України. Законодавець указує, що сторони можуть дистанційно за допомогою мережі Інтернет надсилати оферти й отримувати на них відповідь. При цьому особливу увагу варто приділити визначенню моменту відправлення та отримання електронного документи, регламентованому ст. 16 Закону України «Про електронну комерцію». Питання часу отримання оферти має досить вагоме значення для правочину, оскільки, згідно з положенням ст. 645 ЦК України, може виникнути спір про чинність такої оферти.

Законодавець у ст. 16 Закону України «Про електронну комерцію» пов'язує момент відправлення документа з переданням останнього за межі інформаційної системи сторони, тоді як прийняття – з моментом отримання інформаційно-комунікаційною системою іншої сторони такого документа. При цьому законодавець застосує різні поняття, що пов'язані з електронним обміном даних. У Законі України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» термін «інформаційна система» визначається як організаційно-технічна система, у якій реалізується технологія обробки інформації з використанням технічних і програмних засобів. Поняття інформаційно-телекомунікаційної системи також надається в цьому Законі, який визначає її як сукупність інформаційних і телекомунікаційних систем, що в процесі обробки інформації діють як єдине ціле. Із технічного погляду інформаційно-телекомунікаційною системою називають організаційно-технічну систему, яка включає функції *інформаційної системи*, тобто організаційно-технічної системи, що реалізує певну технологію (або сукупність технологій) обробки інформації, та/або *телекомунікаційної системи*, тобто технічної системи, що реалізує певну технологію (або сукупність технологій) передачі даних шляхом їх кодування у формі фізичних сигналів. Наведене вживання термінів у питанні електронної комерції вважаємо невдалим через складність із позиції практики.

Для правильного розв'язання проблеми необхідно вказати на її важливу частину – поняття електронного обміну даними (далі – ЕОД). Відповідно до п. б ст. 2 Типового закону ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю, ЕОД – це електронна передача з одного комп'ютера на інший інформації з використанням узгодженого стандарту структуризації інформації. У літературі описані такі способи укладення договорів із використанням ЕОД.

Відповідно до першого підходу, для укладення договору особа розміщує публічну оферту на сервері, що підключений до мережі Інтернет. У такому разі для укладення договору особа заповнює форму договору та підписує його належним чином.

В іншому випадку сторони підписують договір за допомогою ЕОД після з'ясування всіх його істотних умов. У такому разі існування договору підтверджується записом на комп'ютері, який буде завірено, як правило, цифровим підписом.

Не менш важливим аспектом є питання належного посвідчення договору, якому законодавець приділяє особливу увагу. Ступінь захищеності електронного цифрового підпису та його правове визнання відіграють важливу роль у вчиненні юридично значущих дій через мережі електронного зв'язку, а тому актуальним є питання визначення поняття «електронний цифровий підпис». У законодавчих актах зарубіжних країн передбачено, що вони встановлюють правові умови використання в електронних документах саме такого виду електронного підпису, як електронний цифровий підпис, що пов'язано з його особливою надійністю [8, с. 142]. Використання електронного цифрового підпису для посвідчення електронного документа надає можливість говорити про рівнозначність останнього власноручному підпису на паперовому носіїві. При цьому передбачається, що дія таких законодавчих актів не поширюється на відносини, які виникають при використанні інших видів електронного підпису.



Використання такого підпису в електронній комерції можливе так: 1) якщо сторони домовилися використовувати не електронний цифровий підпис, а будь-який інший надійний вид електронного підпису, то такі правовідносини будуть регулюватися як загальною нормою, що дозволяє використовувати будь-які види електронного підпису, а також відповідними положеннями договору, які встановлюють процедуру використання такого виду підпису, при цьому законодавство про електронні цифрові підписи на такі електронні підписи не буде поширюватися; 2) якщо сторони домовилися використовувати у своїх відносинах електронний цифровий підпис, то такі правовідносини будуть регулюватися як загальною нормою, що дозволяє використовувати будь-які види електронного підпису, спеціальним законодавством, що встановлює компетентний правопорядок регулювання відносин у сфері електронних цифрових підписів, а також відповідними положеннями договору, якщо диспозитивні норми спеціального законодавства надають сторонам таку можливість.

Для визнання електронного цифрового підпису як рівноцінного власноручному підпису встановлено такі вимоги: 1) сертифікат ключа підпису повинен бути дійсним на момент підписання електронного документа; 2) електронний цифровий підпис повинен пройти перевірку на оригінальність (дійсність) за допомогою відкритого ключа електронного цифрового підпису, який повинен мати відповідний сертифікат провайдера сертифікаційних послуг; 3) особа, котра підписала електронний документ за допомогою електронного цифрового підпису, повинна правомірно володіти закритим ключем, який використовується для створення електронного цифрового підпису; 4) електронний цифровий підпис повинен використовуватися відповідно до відомостей, зазначених у сертифікаті ключа підпису. Відповідно, відкритий ключ електронного цифрового підпису являє собою електронний документ з електронним цифровим підписом уповноваженої особи провайдера сертифікаційних послуг, який включає в себе відкритий ключ електронного цифрового підпису та видається провайдером сертифікаційних послуг особам, котрі здійснюють електронну комерцію, для підтвердження дійсності електронного цифрового підпису й ідентифікації володільця сертифіката відкритого ключа підпису.

Останнім варіантом є укладення договорів при посередництві спеціалізованої інформаційної системи відповідно до правил власника такої системи. Як приклад можна навести укладення договорів про надання короткострокових міжбанківських кредитів через систему «Reuter Dealing», власником якої є компанія «Reuter Limited». Для підписання договорів у цій системі застосовується індивідуальний код користувача системи та код дилера такого договору. Уважаємо, що необхідно змінити конструкцію про визначення часу переходу електронного документа з інформаційної системи продавця до інформаційно-комунікаційної системи покупця, урахувавши міжнародну практику.

**Висновки.** Отже, законодавче визначення питання обміну електронними документами між сторонами електронного договору потребує вдосконалення, що зумовлює необхідність подальших досліджень у цьому напрямі.

#### Список використаних джерел:

1. International Chamber of Commerce “eTerms 2004” [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Making-businessesasier/Tools-for-E-business/Electronic-invoicing/termscontracting/ICC-eTerms-2004/>.
2. Про електронну комерцію : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/675-19>.
3. Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80>.
4. Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах, принята Резолюцией 60/21 Генеральной Ассамблеи от 23.11.2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступа : [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/elect\\_com.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/elect_com.shtml).



5. Модельный закон об электронной торговле, принятый Межпарламентской ассамблеей государств-участников СНГ от 25.11.2008 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997\\_k75](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_k75).

6. Типовой закон об электронной торговле Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли от 16.12.1996 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_321](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_321).

7. Черешнюк В.Н. Неоднозначність законодавчих положень щодо форми господарського договору / В.Н. Черешнюк // Юридика Україна. – 2007. – № 1. – С. 81–84.

8. Чучковська А.В. Правове регулювання електронної комерції в Україні : [навчальний посібник] / А.В. Чучковська. – К. : Центр учбової літератури, 2007. – 224 с.

9. Шишка О.Р. Електронна комерція – нова ера електронних зобов'язальних відносин / О.Р. Шишка // Право та управління. – 2012. – № 1. – С. 651–661. – С. 652.

