

Електронний договір: правовий аспект та особливості його укладання

Хижняк О.С.

менеджер із забезпечення інвестиційних проектів
ПАТ «Запоріжсталь»

Стаття присвячена аналізу правового існування електронного договору. Стисло описаний механізм укладання електронного договору. Визначено специфіку договорів, укладених за допомогою мережі, їх регулювання поряд із правовими вимогами держави. Окреслено необхідність покращення законодавчої бази у сфері правочинності застосування електронних договорів.

Ключові слова: електронна торгівля, електронний договір, оферта, комерційне електронне повідомлення, електронний цифровий підпис.

Хижняк Е.С. ЭЛЕКТРОННЫЙ ДОГОВОР: ПРАВОВОЙ АСПЕКТ И ОСОБЕННОСТИ ЕГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ

Статья посвящена анализу правового существования электронного договора. Кратко описан механизм заключения электронного договора. Определена специфика договоров, заключенных с помощью сети, их регулирования наряду с правовыми требованиями государства. Определена необходимость улучшения законодательной базы в сфере правомочности применения электронных договоров.

Ключевые слова: электронная торговля, электронный договор, оферта, коммерческое электронное сообщение, электронная цифровая подпись.

Khizhnyak E.S. ELECTRONIC CONTRACT: LEGAL ASPECT AND PECULIARITIES OF CONCLUSION

The article is devoted to the analysis of the legal existence of the electronic contract. The mechanism for concluding an electronic contract and its terms is briefly described. The specifics of contracts concluded with the help of the network, their regulation along with the legal requirements of the state are described. The necessity of increasing the legislative base in the field of eligibility for the application of electronic contracts has been determined.

Keywords: electronic commerce, electronic contract, offer, commercial electronic message, electronic digital signature.

Постановка проблеми у загальному вигляді. Жорстка конкуренція у ринковій економіці та стрімке зростання науково-технічного прогресу у світі зумовили розвиток нових форм торговельно-економічних відносин. На жаль, практика таких форм, які з'являються за прикладами розвинутих країн, випереджає законодавчі засади державного регулювання цього господарського сегменту і створює умови для нерегламентованого функціонування електронних торгів, що приводить до негативного результату.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням електронної комерції загалом та регулювання електронних торгів зокрема присвячені праці таких учених, як С. Кехель, П. Сінг, П. Дінс, Н. Джерк, Г. Дункан, К. Пейтель, А. Саммер, А. Воронова, Ю. Асадчев.

Виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми. Прирівнюючи електронні договори до договорів у письмовій формі, Закон про електронну комерцію вирішив проблеми в частині форми електронних договорів. Проте українське законодавство

є не досить уніфікованим для того, щоб усі положення Закону про електронну комерцію могли ефективно працювати. Зокрема, відсутність належного нормативного регулювання порядку використання електронного підпису несе потенційні ризики для сторін угод, що укладаються в режимі онлайн. Таким чином, Закон про електронну комерцію не зміг здійснити позитивний вплив на практику укладання електронних договорів у частині їх підписання.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою статті є розгляд сучасного стану та переваг практичного використання електронного документообігу й електронного цифрового підпису (ЕЦП), а також законодавчих та нормативних актів, які визначають організаційні принципи використання ЕЦП в Україні.

Викладення основного матеріалу дослідження. Електронна комерція настільки стрімко увійшла в наше життя, що законодавець не лише не встиг урегулювати правовідносини, що вже давно існують, а й навіть, на

мою особисту думку, не встиг зрозуміти, що таке врегулювання варто розпочати.

Віртуальне життя охопило сфери соціального спілкування та значно полегшило процедури набуття певних матеріальних благ. Від мобільного телефону до великогабаритного обладнання чи послуг перевезення – усе це сьогодні можна купити в Інтернеті. Якщо правовідносини залишаються у межах узгоджень і домовленостей, то й проблем не виникає. Проте коли правовідносини виходять за межі таких домовленостей (наприклад, не той товар поставлений чи взагалі не поставлений, або за товар виставляється додаткова оплата, або ж документи на товар відсутні), то виникає потреба у правовому механізмі примусового повернення до досягнутих домовленостей. Виникає конфлікт, до вирішення якого може долучитися, наприклад, суд. Отже, з огляду на відставання законодавця від прогресу у галузі інтернет-технологій проаналізуємо електронний договір на предмет його правового існування.

Уже сам термін «електронна торгівля», наведений у ст. 3 Закону про електронну комерцію [1], застосовує поняття «електронний правочин», який вчиняється із використанням інформаційно-телекомунікаційних систем.

У розумінні Закону про електронну комерцію «електронний правочин – це дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснена з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем». У цьому плані Закон про електронну комерцію до усталеного поняття «правочин», наведеного у ст. 202 ЦКУ [2], додає кваліфікуючу ознаку електронного правочину, яка й робить його електронним: здійснений із використанням інформаційно-телекомунікаційних систем.

Та ж історія повторюється і з електронним договором. Порівняємо: електронний договір – домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронній формі договором (ст. 3 Закону про електронну комерцію); домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ст. 652 ЦКУ).

Як видно з наведених вище визначень, єдиною особливістю електронного договору є те, що він вчиняється в електронній формі. У цьому контексті варто нагадати, що ЦКУ встановлює дві форми договорів – усну і

письмову, хоча в ст. 639 ЦКУ є і диспозитивне правило про те, що «договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом». При цьому електронна форма договору не передбачається як одна із його можливих і правомірних форм. Абзац другий ч. 2. ст. 639 ЦКУ передбачає, що договір, який укладений за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, «вважається укладеним у письмовій формі».

Варто звернути увагу, що електронний договір не прирівнюється до договорів, укладених у письмовій формі, а є таким. Він вважається укладеним саме у письмовій формі. При цьому ст. 205 ЦКУ не настільки вже категорична щодо охоплення поняттям «письмовий» договорів, укладених в електронній формі. Відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦКУ «правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі». Таке формулювання письмової та електронної форми правочинів говорить про те, що договір в електронній формі швидше прирівнюється до письмового договору, аніж є таким. Бути письмовим договором чи прирівнюватися до письмового – деколи це може відіграти вирішальну роль.

А відповідно до ст. 207 ЦКУ «правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі електронних), у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони». Тобто знову ж таки договір, зміст якого зафіксований в електронних документах, є письмовим договором, а не прирівнюється до такого.

Електронний договір, надрукований на папері, не може бути оригіналом апріорі, тому що він електронний та існує без паперу. А електронний договір, наданий суду на електронному носіїв інформації, не є письмовим доказом, хоча ЦКУ його вважає договором, укладеним у письмовій формі.

30 листопада 2016 р. Президент підписав найважливіший законопроект № 4496 [3], що дозволяє укладати договори по e-mail, підписуючи їх в електронній формі та виставляючи invoice (рахунок). Підписаний документ вносить до ст. 6 закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» таку зміну: «У разі експорту послуг (крім транспортних) зовнішньоекономічний договір (контракт) може укладатися шляхом прийняття публічної пропозиції про договір (оферти) або шляхом обміну електронними повідомленнями, або іншим способом, зокрема – шляхом виставлення інвойсу, в

тому числі в електронному вигляді, за надані послуги».

Варто зауважити про існування поняття «електронний документ» та можливості перетворення його у візуальну форму. Так, згідно зі ст. 5 Закону № 851[4] «електронний документ – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа». При цьому, хоча він створюється, передається і зберігається електронними засобами, його можна перетворити у візуальну форму, якою є «відображення даних, які він містить, електронними засобами або на папері у формі, придатній для приймання його змісту людиною».

Та чи набуде такий документ у разі перетворення його у візуальну форму статусу оригіналу – ще питання. Частково відповідь на нього можна знайти у ст. 11 Закону про електронну комерцію, відповідно до якої електронний договір може містити «умови виготовлення та отримання паперових копій електронних документів». Тобто Закон про електронну комерцію візуальну форму електронного договору априорі не вважає оригіналом.

Відповідно до ст. 638 ЦКУ «договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору». При цьому згідно зі ст. 640 ЦКУ моментом, з якого договір вважається укладеним, є момент «одержання особою, яка спрямувала пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції». Пропозиція укласти договір називається офертою і «має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття» (ст. 641 ЦКУ). Відповідь про прийняття пропозиції називається акцептом, який має бути повним і безумовним (ст. 642 ЦКУ).

Електронний договір у цьому плані не є винятком. Він також укладається у два етапи: направлення оферти та її прийняття, акцепту (ч. 3 ст. 11 Закону про електронну комерцію). Особливістю є те, що й оферта, й акцепт направляються сторонами електронного договору в електронній формі. Із цього виникає те саме питання, яке поки що є проблемним: що є фіксацією змісту оферти і змісту акцепту. Ця особливість зумовлює й особливість електронного договору щодо змісту оферти як документу, в якому мають бути зазначені всі умови майбутнього електронного договору, адже акцепт має бути повним і безумовним, тобто містити відповідь: «згоден на усі ці умови».

Відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону електронна оферта, окрім істотних умов, може містити інформацію про:

- технологію (порядок) укладення договору (у тому числі технічні засоби ідентифікації сторони);
- можливість і порядок внесення змін до умов договору та виправлення помилок;
- спосіб зберігання та пред'явлення інформації в електронній формі й умови доступу до них;
- умови виготовлення та отримання паперових копій електронних документів;
- інші відомості.

Закон визначає додаткові обов'язки продавця в електронній комерції: він повинен забезпечити прямий, простий, стабільний доступ до необхідної інформації про себе, про товар, про доставку, про особливості використовуваних платіжних інструментів; зобов'язаний забезпечити повну відповідність предмета договору кількісним і якісним характеристикам, оперативно підтвердити отримання замовлення покупця; зобов'язаний підтвердити вчинення електронної угоди (у формі електронного документа, квитанції, товарного або касового чека, квитан, талона, іншого документа) в момент правочину або в момент виконання продавцем договору.

Як видно, всі ці особливості пов'язані з формою електронного договору та способом його укладення. І якщо ретельно дотримуватися всіх вказаних пропозицій Закону про електронну комерцію щодо умов договору, то можна зафіксувати його зміст на папері з метою використання у майбутньому спорі. Така фіксація буде корисною ще й для того, щоб уникнути такого спору, адже, знаючи, що покупець попіклувався щодо «паперової» фіксації електронних документів, свої шанси у спорі продавець оцінюватиме реальніше.

Особливістю електронної оферти є також регулювання Законом про електронну комерцію способу її направлення контрагенту за договором – майбутньому акцептанту. Так, електронна оферта може бути зроблена шляхом (ч. 4 ст. 11 Закону):

- надсилання комерційного електронного повідомлення (далі – КЕП);
- розміщення пропозиції (оферти) у мережі Інтернет або інших інформаційно-телекомунікаційних системах.

КЕП поширюються лише на підставі згоди на отримання таких повідомлень, наданої особою, якій таке повідомлення адресовано. Якщо такої попередньої згоди оферент не

має, він повинен у своєму КЕП зазначити, що отримувач може відмовитися від подальшого отримання таких повідомлень.

Ст. 10 Закону про електронну комерцію висуває такі вимоги до КЕП:

- воно має чітко ідентифікуватися як КЕП;
- особа, від імені якої надсилається КЕП, зобов'язана забезпечити прямий, простий доступ осіб, яким воно адресовано, до відомостей щодо правового статусу продавця в електронній комерції;
- КЕП щодо знижок, премій, заохочувальних подарунків тощо мають чітко ідентифікуватися як такі, а умови їх отримання мають бути доступними та не мати двозначного трактування;
- інформація про вартість товару, роботи, послуги повинна містити відомості щодо включення податків у її розрахунок та у разі доставки товару – інформацію про вартість доставки.

Електронний акцепт теж повинен відповідати певним вимогам, щоби вважатися таким. Такий акцепт може бути наданий шляхом:

- надсилання електронного повідомлення особі, яка зробила пропозицію укласти електронний договір, підписаного в порядку, передбаченому ст. 12 Закону про електронну комерцію;
- заповнення формуляра заяви (форми) про прийняття такої пропозиції в електронній формі, що підписується в порядку, передбаченому ст. 12 Закону про електронну комерцію;
- вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено продавцем (наприклад, здійснення оплати).

Способи розрахунків у сфері електронної комерції визначаються в електронному договорі з урахуванням вимог законодавства: з використанням платіжних інструментів, електронних грошей, шляхом переказу коштів, оплати готівкою або іншим способом. Продавець або інша особа, яка отримала оплату (наприклад, оператор платіжної системи) повинні надати покупцеві електронний документ, що підтверджує факт отримання коштів, із зазначенням дати здійснення розрахунку.

Отже, якщо сторона електронної угоди хоче мати якийсь юридичний захист у цій угоді, вона має вимагати від іншої сторони дотримання усіх цих приписів Закону.

Ст. 12 Закону про електронну комерцію регулює порядок підписання електронного договору, до якого відповідно до ст. 11 цього ж Закону прирівнюється надіслання підписа-

ного акцепту. Так, моментом підписання електронного договору є використання:

- електронного підпису або електронного цифрового підпису відповідно до Закону про ЕЦП [5] за умови використання засобу електронного цифрового підпису всіма сторонами електронного правочину;
- електронного підпису одноразовим ідентифікатором;
- аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін.

Щодо електронного підпису чи електронного цифрового підпису варто досліджувати спеціальне законодавство.

Відповідно до ст. 3 Закону про електронну комерцію «одноразовий ідентифікатор – це алфавітно-цифрова послідовність, що її отримує особа, яка прийняла пропозицію (оферту) укласти електронний договір шляхом реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції, що надав таку пропозицію». Він може передаватися суб'єктом електронної комерції, що пропонує укласти договір, іншій стороні електронного правочину засобом зв'язку, вказаним під час реєстрації у його системі, та додається (приєднується) до електронного повідомлення від особи, яка прийняла пропозицію укласти договір. Іншими словами, одноразовий ідентифікатор – це певна комбінація цифр і літер або тільки цифр чи тільки літер, яку покупець товару чи послуги отримує засобами електронної пошти, мобільного зв'язку чи в будь-який інший спосіб та вводить у текст оферти у певному місці. Після цього й відбувається ідентифікація покупця разом із прийняттям його акцепту.

Третій спосіб полягає у тому, що продавець має певні зразки власноручного підпису покупця та, отримавши такий підпис засобами електронного зв'язку, здійснює ідентифікацію покупця як акцептанта.

Варто зауважити, що покупець (замовник, споживач) у своїх же інтересах «повинен отримати підтвердження вчинення електронного правочину у формі електронного документа, квитанції, товарного чи касового чека, квитан, талона або іншого документа у момент вчинення правочину або у момент виконання продавцем обов'язку передати покупцеві товар». Таке підтвердження покупцеві потрібне у разі необхідності пред'явлення претензій продавцеві. Воно має містити:

– умови і порядок обміну (повернення) товару або відмови від виконання роботи чи надання послуги;

– найменування продавця (виконавця, постачальника), його місцезнаходження та порядок прийняття претензії щодо товару, роботи, послуги;

– гарантійні зобов'язання та інформацію про інші послуги, пов'язані з утриманням чи ремонтом товару або з виконанням роботи чи наданням послуги;

– порядок розірвання договору, якщо строк його дії не визначено.

Використання персональних даних у сфері електронної комерції може здійснюватися тільки в разі створення суб'єктом електронної комерції умов для захисту таких даних. Сама реєстрація фізичної особи в інформаційній системі суб'єкта електронної комерції означає надання ним згоди на використання та обробку його персональних даних. Сторони зобов'язані забезпечити захист персональних даних, які стали їм відомі з електронних документів (повідомлень) під час здійснення електронних угод. Сторони електронних угод несуть відповідальність за невиконання своїх зобов'язань у порядку, визначеному законом або договором. Електронні документи (повідомлення), пов'язані з електронною угодою, можуть бути представлені як письмові докази сторонами та іншими особами, які беруть участь у судовому розгляді справи. У зв'язку з цим сторони повинні забезпечити зберігання електронних документів (повідомлень) протягом терміну, не меншого, ніж термін позовної давності. При цьому надання послуг зберігання електронних документів (повідомлень) є видом господарської діяльності, що не підлягає ліцензуванню і не вимагає отримання будь-яких документів дозвільного характеру.

Таким чином, Закон про електронну комерцію за браком практики його застосування, можливо, і страждає на недосконалість, проте все ж надає певні гарантії сторонам електронного договору, але тільки у разі, якщо детально виконувати вимоги Закону.

Для того щоб мати певні правові гарантії захисту порушених прав, стороні електронного договору насамперед варто попікуватися про докази його укладення, а також про докази укладення його на певних умовах. Тобто щоб довести факт порушення прав сторони електронного договору, вона має довести не лише факт його укладення, але і факт укладення його на певних умовах.

Як уже зазначалося вище, сторона електронного договору може отримати паперові копії. Це право відповідно до ч. 2 ст. 10 Закону про електронну комерцію може бути умовою договору. Варто лише на стадії укладення договору попікуватися про те, щоб ця умова була включена в текст електронного договору, а також про те, щоб це право було реалізовано, тобто щоб зацікавлена сторона такі паперові копії отримала.

Фіксація на електронних носіях є дещо складнішою, оскільки зрозуміло, що у разі спору кожна сторона може апелювати до власної версії інформації, записаної на її електронному носії. Наприклад, продавець може надати свою версію відправленої покупцеві електронної оферти, а покупець – свою версію отриманої електронної оферти. Очевидно, що для усунення розбіжностей між такими версіями електронної оферти суд змушений буде звертатися до фахівця за роз'ясненням у вигляді пояснень у суді чи у вигляді висновку, наприклад, судово-технічної експертизи. Але краще заздалегідь попікуватися саме про паперові копії електронних документів.

Ще один перспективний шлях – це фіксація та надання суду скріншотів. Скріншот – це копія з екрану, яка містить інформацію з інтернет-сторінки. Для цього призначена клавіша PrintScreen, яка виконує функцію фіксації сторінки сама або з одночасним натисканням інших клавіш, наприклад Ctrl. Після цього за допомогою програми Paint у стандартній версії Windows відповідне зображення потрібно зберегти у форматі jpeg.

Наразі нотаріуси відмовляють у нотаріальному посвідченні роздруківок електронного листування, у тому числі скріншотів. Це пов'язано з тим, що Законом про нотаріат [6] такі нотаріальні дії не прописані, проте й не заборонені.

Для того щоб заповнити цю лакуну, розроблено проект закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет (№ 4629 від 10 травня 2016 р.), яким пропонується внести зміни до Закону про нотаріат, надавши нотаріусам право на звернення заінтересованих осіб забезпечувати докази в Інтернеті шляхом складання відповідного протоколу. Цей законопроект зараз включено до розгляду на найближчій сесії. Крім того, очікує розгляду проект закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо

надання повноважень нотаріусам забезпечувати докази» (№ 2716 від 23 квітня 2015 р.), але в ньому конкретно про мережу Інтернет не говориться і процедура фіксування доказів надто складна.

Оскільки фіксування доказів у мережі Інтернет за допомогою нотаріуса – недешево задоволення, то можна припустити, що користуватися цим правом у контексті застосування Закону про електронну комерцію доцільне лише у разі здійснення закупівельної діяльності на своєму корпоративному електронному майданчику.

Висновки з цього дослідження. Електронний договір закон визначає як домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, оформлену в електронній формі (тобто дистанційно і з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем). Електронний договір укладається і виконується у порядку, передбаченому Цивільним і Господарським кодексами України, а також іншими актами законодавства.

Електронний договір вважається укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію, акцепту іншої сторони. Акцепт може бути надано у формах 1) передачі оференту електронної пошти; 2) запо-

внення формуляра про прийняття оферти; 3) вчинення дій, які вважаються акцептом, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі, у якій розміщена така пропозиція, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею. Перша і друга із зазначених форм акцепту повинні бути підписані за допомогою:

– електронного підпису або електронного цифрового підпису відповідно до ЗУ «Про електронний цифровий підпис» (за умови використання засобів електронного цифрового підпису всіма сторонами електронної угоди);

– електронного підпису одноразовим ідентифікатором, коментованим Законом (дані в електронній формі у вигляді алфавітно-цифрової послідовності, які необхідно вводити «під час кожного входу в інформаційну систему підприємства електронної комерції»);

– аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) – за письмовою згодою сторін.

Отже, електронний договір відбувся. Юридично він уже існує, хоча зрозуміло, що до повноцінного та досконалого юридичного інструменту йому ще треба пройти шлях юридичного застосування.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Закон України від 03.09.2015 р. № 675-VIII «Про електронну комерцію».
2. Хижняк О.С. Використання електронного документообігу й електронного цифрового підпису промисловими підприємствами у збутовій і закупівельній діяльності: переваги і недоліки. Науковий журнал «Причорноморські економічні студії». – Одеса. – Випуск 10. – 2016. – С. 154.
3. Закон України від 21.04.2016 р. № 4496 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо усунення адміністративних бар'єрів для експорту послуг)».
4. Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 р. № 851-IV.
5. Закон України від 22.05.2003 р. № 851-IV «Про електронний цифровий підпис».
6. Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII «Про нотаріат».