

Дмитро Сергійович СІЧКО

к.ю.н., доцент, Чорноморський національний університет ім. П. Могили

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7872-9120>

e-mail: [ds.sichko@gmail.com](mailto:ds.sichko@gmail.com)

## СВОБОДА ДОГОВОРУ: ПЕРЕДУМОВИ РОЗВИТКУ В УМОВАХ ДІДЖИТАЛІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ

*Цифрові технології вплинули на розвиток цивільно-правових відносин у галузі торгівлі, фінансових, освітніх, консалтингових послуг, сфери розваг тощо, зумовивши появу дистанційних форм оферти та акцепту. Визначено основні передумови розвитку принципу свободи договору в умовах діджиталізації економіки. Встановлено суперечливу практику суб'єктів господарювання на основі публічної оферти (публічного договору). Проаналізована практика потребує вивчення та осмислення з метою повнішого урахування у законодавстві потреб учасників цивільно-правових відносин у світі Інтернет-технологій.*

**Ключові слова:** договірне право, електронна комерція, принцип свободи договору, публічний договір, публічна оферта

### ВСТУП

Застосування цифрових технологій для автоматизації повсякденної роботи суб'єктів господарської діяльності, державних органів, установ та організацій забезпечило підвищення прозорості та ефективності процесів, сприяло доступності їх послуг (товарів) для широкого загалу, а також створило нові ринки – цифрових товарів та цифрових послуг. Також цифрові технології вплинули на розвиток цивільно-правових відносин у галузі торгівлі, фінансових, освітніх, консалтингових послуг, сфери розваг, тощо, зумовивши появу дистанційних форм оферти та акцепту. Розвиток «бізнесу у мережі» започаткував практику застосування принципу свободи договору учасниками цивільно-правових відносин у цій оновленій якості. Набутий досвід потребує вивчення та осмислення з метою повнішого урахування у законодавстві потреб учасників цивільно-правових відносин в електронній комерції.

Сучасні дослідження принципу свободи договору спрямовано на вивчення меж його дії, окреслених законодавством, діловою практикою та звичаями. Зокрема, Е.В. Вакулович, вивчаючи межі дії принципу свободи договору в укладанні публічного договору, доводить необхідність внесення змін у законодавство для врахування звичаїв ділового обороту [1, с. 26]. Зі свого боку В.М. Никифорак вивчає правозастосовну практику, норми матеріального права та звичаї ділового обороту крізь призму розумності, справедливості та добросовісності [2, с. 106]. У своїй статті Ю. Расько вивчає трансформацію принципу свободи договору в історичному процесі розвитку та досліджує його сучасний зміст за законодавством України та ЄС [3, с. 132-137].

В останні роки особливо помітною стає частка цивільно-правових досліджень з питань електронної комерції. У цьому напрямі помітними є дослідження таких науковців, як Н. Бутрин-Бока, яка торкається широкого кола питань електронної комерції: укладання електронних правочинів, застосування комерційних електронних повідомлень, забезпечення технічного захисту інформації тощо [4, с. 19-24]; С. Пилипенко, яка обґрунтувала положення про недоцільність та й не обґрунтованість виокремлення електронного договору в самостійну цивільно-правову конструкцію та ін. [5, с. 52].

Віддаючи належне внеску попередників відзначимо, що відчувається брак досліджень цивільно-правових

відносин в умовах цифрової економіки. Зокрема, залишилися недостатньо дослідженими питання застосування принципу свободи договору в умовах діджиталізації суспільних відносин, зокрема стосовно публічної оферти та акцепту.

### МАТЕРІАЛИ ТА МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ

У дослідженні застосовано методи системного аналізу і синтезу, діалектичний метод, метод порівняння та узагальнення. Інформаційною основою статті є наукові праці вітчизняних вчених, нормативно-правові акти, національна практика.

**МЕТА** статті полягає у вивченні передумов розвитку принципу свободи договору в діджиталізованій економіці.

### РЕЗУЛЬТАТИ

Поява принципу свободи договору у доктрині європейського права зумовлена тим, що ця засада стала основою правового механізму забезпечення економічних прав і свобод людини. Одним із перших зразків кодифікованого акту цивільного законодавства, що містив таке положення, став Цивільний кодекс (ЦК) Франції 1804 р., ст. 1107 якого встановлювала визнання державою юридичної сили як поіменованих, так і неіменованих договорів [6]. Цим визначено, що учасники цивільно-правових відносин можуть самостійно укладати зміст та форму правочинів (які не суперечать чинному законодавству), якщо цього потребує досягнення спільного інтересу. У цьому зв'язку принцип свободи договору став правовою основою для розвитку підприємництва та ринкової економіки у розвинених європейських країнах.

Подальша трансформація принципу переважно полягала у встановленні справедливих меж свободи договору, адже недобросовісне застосування призводило до зловживань. Прикладами є судові справи початку ХХ ст.: «Thompson v. London, Midland and Scottish Railway Co.» (1930) [7], «L'Estrange v. F. Graucob Ltd.» (1934) [8] тощо. У цих справах суд розглядав позов до недобросовісної сторони договору, яка внесла у договір пункт про «непритягнення себе до відповідальності за невиконання своїх зобов'язань», надрукувавши їх малопомітним дрібним шрифтом. Посилаючись на дію принципу свободи договору суди відмовляли у задоволенні позову.

Наведене показує, що принцип свободи договору насамперед не може застосовуватися для укладання «домовленостей», за якими одна з сторін отримуватиме необґрунтований результат. Наявність у договорі положень, які ставлять одну з сторін у заздалегідь не вигідне положення має розглядатися правосуддям як підстава визнання правочину нікчемним (як у справах «Canada Steamship Lines Ltd v The King» (1952), «Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.» (1959), «Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd.» (1973)) [3, с. 134].

Важливим етапом розвитку змісту принципу свободи договору стало осмислення його співвідносності з іншими правами та свободами людини і громадянина. Так, дискусія французьких цивілістів та конституціоналістів, що тривала на межі XX-XXI ст.ст. про те, чи знаходить принцип свободи договору хоча б непряме підтвердження нормами Основного Закону, дійшла до завершення у 2016 р. з доведенням того, що свобода договору впливає із положення п. 4 Декларації прав людини і громадянина (1789): «... свобода робити все, що не є шкідливим для інших ... у межах, які забезпечують іншим ... користування такими самими правами; такі межі можуть бути визначені лише законом» [9], а також із внесенням змін до ст. 1102 ЦК Франції [10], якими встановлено, що кожен вільний укласти або не укласти договір, обирати контрагента, визначати зміст і форму договору в межах, встановлених законом.

Наведені положення відповідають загальноприйнятому розумінню принципу свободи договору, які знайшли своє втілення у чинному національному законодавстві. Зокрема, у ч. 1 ст. 627 ЦК України [11] законодавець визначає поняття свободи договору як свободу волі особи в укладенні договору, у виборі контрагента та у визначенні умов договору – якщо такі умови не суперечать чинним нормативно-правовим актам, що регулюють цивільні відносини, звичаям ділового обороту, вимогам розумності та справедливості. Також, виходячи зі змісту ст. 6 ЦК України можна говорити, що свободу договору регламентовано і в інших формах. Зокрема, це і свобода вибору форми договору, і можливість укласти договір, який не передбачено актами цивільного законодавства, а також право суб'єктів відступити від деяких положень актів цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд.

Наведеним встановлено, що свобода волі є однією з головних ознак договірних відносин. Для застереження своїх інтересів за допомогою договорів сторони можуть активно взаємодіяти, домовлятися, досягати компромісів [1, с. 26].

Принцип свободи договору знайшов послідовне втілення у Законі України «Про електронну комерцію» [12], ч. 1 ст. 5 якого визначає, що електронна комерція здійснюється на засадах таких свобод: провадження підприємницької діяльності; вибору контрагента, електронних засобів, видів та форм діяльності; вчинення електронних правочинів.

Правовий механізм реалізації свободи вибору контрагента в мережі Інтернет розкривають положення абз. 3 ч. 1 ст. 641 ЦК України. Зі змісту норм випливає, що публічною пропозицією (офертою) укласти договір є документи (або інформація в іншій формі), відкриті для

користувачів мережі, та які містять пропозицію укласти договір (адресовану особам, що наділені відповідною правосуб'єктністю) й істотні умови пропонованого договору. Отже, публічну оферту сайту суб'єкта господарювання, викладену у вигляді окремого електронного документа, можуть доповнювати інші опубліковані відомості, які містять істотні умови договору.

Цей підхід знаходить застосування на практиці. Наприклад, у публічному договорі (оферті), який опубліковано в Інтернет-магазині Епіцентр (<https://epicentrk.ua/ua/info/terms-of-use/>) обумовлено, що товар або послуга, контактні дані Продавця (телефони та адреса), ціни на товари та послуги, а також найменування Продавця – іншої особи зазначаються на сайті або картці сайту Інтернет-магазину [13]. Аналіз публічних договорів інших Інтернет-магазинів (<https://agro-ukraine.com/>, <https://elmir.ua/ua/>, <https://www.mojo.ua/ua/> тощо), показує, що такий підхід є загальноприйнятним. Водночас деякі з цих оферт містять положення про те, що ціна товару на сайті має ознайомчий характер, а остаточною є ціна, яку вказав менеджер під час оформлення замовлення.

Порівняння вищенаведених норм з іншими положеннями законодавства показує, що окремі питання ціни товару чи послуги у договорі публічної оферти потребують детальнішого врегулювання.

По-перше, уточнення потребує вищезгадана норма абз. 3 ч. 1 ст. 641 ЦК України у частині способу подання користувачеві інформації (документа) про істотні умови договору поза договором публічної оферти: зокрема, чи є таким «документом» сторінка окремо взятого товару (картка товару)?; чи потребує інформаційний блок на такій сторінці маркування «істотні умови»?; чи не перешкоджає сприйняттю потенційним покупцем (замовником) те, що істотні умови співпраці знаходяться на різних сторінках сайту?

По-друге, Закон України «Про електронну комерцію» [12] визначає вимоги до пропозиції укласти електронний договір (ч. 1 ст. 11) та до електронного договору (ч. 2 ст. 11). Зокрема, пропозиція укласти електронний договір (оферта) має містити істотні умови, передбачені законодавством для відповідного договору, а також «... посилання на умови, що включаються до договору, шляхом перенаправлення (відсилання) до іншого електронного документа і порядок доступу до такого документа». Так, усталений практикою підхід до визначення ціни товару (послуги), а саме внесення у публічну пропозицію положення про те, що ціни на товари (послуги) визначаються продавцем самостійно та вказані на сайті Інтернет-магазину, – містить ознаки порушення вищезгаданої норми.

По-третє, важливою, але досі не врегульованою цивільним правом властивістю електронної комерції, є практика індивідуалізації істотних умов публічного договору. Такими умовами насамперед є ціна товару (послуги), розмір пропонованої знижки, умови оплати та доставки, терміни виконання замовлення тощо. Наприклад, Інтернет-магазини можуть пропонувати «миттєву знижку» для відвідувачів, які ще не здійснили покупку, але повторно відвідали цей сайт. Тоді як для відвідувачів, котрі вже зробили покупку, така пропозиція не надається.

Іншим прикладом є методи вибіркового ціноутворення на Інтернет-сторінках підприємств гостинності.

Сайти з бронювання номерів можуть пропонувати вищу ціну користувачам, які (за даними геолокації) перебувають у населеному пункті, де знаходиться такий готель, і навпаки, нижчу ціну – для відвідувачів з інших регіонів, які тільки ознайомлюються з можливостями тимчасового розміщення у цій місцевості.

Вбачається, що подібна практика порушує імперативні норми ЦК України [11] стосовно основних умов публічного договору, зокрема:

– ч. 2 ст. 633 про те, що суб'єкт електронної комерції повинен пропонувати однакові умови публічного договору для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги;

– ч. 3 ст. 633 про те, що підприємець не може надавати перевагу одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору.

Вищенаведене вказує на необхідність чітко окреслити межі застосування свободи договору у дистанційних формах оферти та акцепту. Проте з огляду на доктринальне розуміння принципу свободи, а саме свободи укладати договір відповідно до звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості, а також з огляду на історичне значення цього принципу для економічного розвитку суспільства загалом, вважаємо, що законодавче врегулювання цих суперечностей слід проводити на засадах диспозитивності.

Зберігаючи право суб'єктів електронної комерції індивідуалізувати ціни та інші істотні умови, законодавець уникатиме обмеження свободи підприємництва та сприятиме удосконаленню конкурентного середовища в електронній комерції. Водночас технічні можливості індивідуалізувати пропозицію не є безмежними, адже оброблення персональних даних покупців (замовників послуг) суб'єктами підприємництва у комерційних цілях обмежується чинним законодавством з метою захисту прав людини і громадянина.

Втім, особливості реалізації свободи договору в умовах електронної комерції не обмежується лише маркетинговим складником. Окрім індивідуалізації істотних умов, сучасні технології створюють можливості для різноманітних зловживань, заснованих на маніпулюванні відомостями про умови та наслідки договору. Запобігання цим зловживанням передбачає накладання певних обов'язків на суб'єктів електронної комерції, які повинні докладати достатніх зусиль, щоб покупець товару (замовник послуги) сповна усвідомлював наслідки акцептування публічної оферти.

Зокрема, одним із таких обов'язків може бути своєчасне та повне інформування контрагента перед акцептуванням оферти про всі умови договору, а також про всі можливі несприятливі наслідки у разі їх порушення. Таке інформування повинне передбачати надання відомостей у такому обсязі, який дає змогу оцінити необхідність придбання товару, замовлення послуг або робіт. Наприклад, у сфері підприємництва – це інформування контрагента не лише про сприятливі для нього умови, а й про несприятливі, у вигляді додаткових санкцій, доплат, прихованих відсотків чи інших умов; у сфері гостинності та тимчасового розміщення (у світлі вищенаведеного прикладу) – це інформування

про зниження / підвищення цін залежно від терміновості бронювання номеру; у сфері споживчого кредитування – це інформування про умови споживчого кредитування, зокрема, про порядок відмови від договору про споживчий кредит (відповідно до ст.ст. 9, 16 Закону України «Про споживче кредитування» [0]).

Встановлення таких правил, з одного боку, є свідченням сумлінності суб'єкта підприємницької діяльності – творця публічної оферти, а з іншого – створює основу для усвідомленої участі в договірних відносинах замовника як апіорі «слабшої» сторони; адже саме замовника досить часто позбавлено змоги визначити умови договору, оскільки він перебуває в умовах економічної нерівності відносно продавця товару (послуги) [0, с. 106].

У зв'язку з цим певні обмеження свободи договору є необхідними для подолання нерівності сторін на етапі обговорення публічної оферти: друга сторона може розуміти стандартні умови договору, бути незадоволеною ними, проте не має змоги акцептувати оферту на кращих умовах. Пропоновані умови можуть бути прийняті або відкинута покупцем (замовником): відмовляючись від акцептування, покупець реалізовує свободу укладати чи не укладати договір, обирати контрагента тощо.

## ВИСНОВКИ

Узагальнення всього вищенаведеного дає змогу констатувати, що основними передумовами розвитку принципу свободи договору в умовах діджиталізації економіки є: 1) підвищення доступності товарів, робіт та послуг, які замовляються (надаються) через мережеві технології; 2) індивідуалізація положень публічної оферти суб'єктами електронної комерції з метою досягнення вигідніших умов; 3) забезпечення своєчасного та повного інформування контрагента перед акцептуванням оферти.

Результати досліджень діяльності суб'єктів електронної комерції показують, що є поширеною практика індивідуалізації істотних умов для категорій незареєстрованих користувачів, які розрізняються на основі частотності відвідування вебсайту суб'єкта, їх геолокації, чи інших технологічних параметрів. З огляду на те, що суб'єкти діють на основі публічної оферти (публічного договору) ця практика суперечить вимогам цивільного законодавства. Проте, зважаючи на вимоги розумності та справедливості, які покладено в основу принципу свободи договору, вважаємо за доцільне розглядати таку практику (за умов функціонування такого суб'єкта в умовах конкурентного ринку) як належну. Тому законодавче врегулювання виявлених суперечностей слід провести на засадах диспозитивності.

Вважаємо обґрунтованим покладання на сторону договору-розробника публічної оферти додаткового зобов'язання сприяти другій стороні в усвідомленій участі у договірних відносинах. Таке зобов'язання, як правовий засіб забезпечення свободи волі, є необхідним для забезпечення добросовісності контрагентів в умовах цифрової економіки (особливо у сферах дистанційного споживчого кредитування, надання інших фінансових послуг, онлайн-розваг, роздрібною торгівлі тощо).

## Список використаних джерел

1. Вакулович Е.В. Визначення меж дії принципу свободи договору в зобов'язальному праві (на прикладі публічного

договору). *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2020. № 1. С. 24-27.

2. Никифорак В.М. Межі свободи договору крізь призму розумності, справедливості та добросовісності. *Юридичний вісник*. 2019. № 4. С. 104-111.

3. Расько Ю. Трансформація принципу свободи договору у процесі історичного розвитку. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія «Право»*. 2022. № 69. С. 132-137.

4. Бутрин-Бока Н. Купівля товарів онлайн в Україні. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2021. № 2. С. 19-24.

5. Пилипенко С. Особливості правового регулювання відносин за договором, укладеним в електронній формі. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. №8. С. 48-53.

6. L'esprit des législateurs de 1804 quant a la liberte contractuelle. URL: <https://www.etudier.com/dissertations/l'Esprit-Des-L%C3%A9gislateurs-De-1804-Quant/546991.html>

7. Thompson v London, Midland and Scottish Railway Co. URL: [https://www.iclr.co.uk/document/1890631917/casereport\\_49270/html](https://www.iclr.co.uk/document/1890631917/casereport_49270/html)

8. L'Estrange v E. Graucob Ltd. URL: <https://www.lawteacher.net/cases/lestrange-v-graucob.php>

9. L Hauchard. L'affirmation de la liberte contractuelle. URL: <https://www.lepetitjuriste.fr/l'affirmation-de-liberte-contractuelle/>

10. Article 1102 - Code civil – Legifrance. URL: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000032040782](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032040782)

11. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

12. Про електронну комерцію: Закон України від 3 вересня 2015 року № 675-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text>

13. Публічна оферта сайту Епіцентр. URL: <https://epicentrk.ua/ua/info/terms-of-use/>

14. Про споживче кредитування: Закон України від 15 листопада 2016 року № 1734-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1734-19#Text>

### **References**

1. Vakulovych E.V. Determination of the limits of the principle of freedom of contract in mandatory law (on the example of a public contract). *Actual problems of domestic jurisprudence*. 2020. № 1. pp. 24-27. [in Ukrainian].

2. Nykyforak V.M. Limits of freedom of contract through the prism of reasonableness, justice and good faith. *Legal Bulletin*. 2019. № 4. pp. 104-111. [in Ukrainian].

3. Rasko Yu. Transformation of the principle of freedom of contract in the process of historical development. *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University. "Law" series*. 2022. № 69. pp. 132-137. [in Ukrainian].

4. Butryn-Boka N. Buying goods online in Ukraine. *Actual problems of domestic jurisprudence*. 2021. № 2. pp. 19-24. [in Ukrainian].

5. Pylypenko S. Peculiarities of legal regulation of relations under a contract concluded in electronic form. *Entrepreneurship, economy and law*. 2020. № 8. pp. 48-53. [in Ukrainian].

6. L'esprit des législateurs de 1804 quant a la liberte contractuelle. URL: <https://www.etudier.com/dissertations/l'Esprit-Des-L%C3%A9gislateurs-De-1804-Quant/546991.html>

7. Thompson v London, Midland and Scottish Railway Co. URL: [https://www.iclr.co.uk/document/1890631917/casereport\\_49270/html](https://www.iclr.co.uk/document/1890631917/casereport_49270/html)

8. L'Estrange v E. Graucob Ltd. URL: <https://www.lawteacher.net/cases/lestrange-v-graucob.php>

9. L Hauchard. L'affirmation de la liberte contractuelle. URL: <https://www.lepetitjuriste.fr/l'affirmation-de-liberte-contractuelle/>

10. Article 1102 - Code civil – Legifrance. URL: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000032040782](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032040782)

11. Civil Code of Ukraine: Law of Ukraine dated January 16, 2003 No. 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> [in Ukrainian].

12. On electronic commerce: Law of Ukraine dated September 3, 2015 No. 675-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text> [in Ukrainian].

13. Public offer of the Epicenter site. URL: <https://epicentrk.ua/ua/info/terms-of-use/> [in Ukrainian].

14. On consumer lending: Law of Ukraine dated November 15, 2016 No. 1734-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1734-19#Text> [in Ukrainian].

### **Dmytro SICHKO**

PhD in Legal Sciences, Associate Professor, Petro Mohyla Black Sea National University

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7872-9120>

e-mail: [ds.sichko@gmail.com](mailto:ds.sichko@gmail.com)

## **FREEDOM OF CONTRACT: PREREQUISITES FOR DEVELOPMENT IN THE CONDITIONS OF DIGITALIZATION OF THE ECONOMY**

Digital technologies influenced the development of civil-law relations in the field of trade, financial, educational, consulting services, entertainment, etc., leading to the emergence of remote forms of offer and acceptance. The development of "business on the network" initiated the practice of applying the principle of freedom of contract by participants in civil-law relations in this renewed capacity. The acquired experience needs to be studied and understood in order to take into account in the legislation the needs of participants in civil-law relations in the world of Internet technologies. The purpose of the paper is to study the prerequisites for the development of the principle of freedom of contract in the digitalized economy. Based on the research materials, it was determined that the main prerequisites for the development of the principle of freedom of contract in the conditions of digitalization of the economy are: 1) increasing the availability of goods, works and services that are ordered (provided) through network technologies; 2) individualization of the provisions of the public offer by e-commerce entities in order to achieve more favorable conditions; 3) provision of timely and complete information to the counterparty before accepting the offer. The results of research into the activities of e-commerce entities show that there is a widespread practice of individualizing essential conditions for categories of unregistered users, which differ based on the frequency of visits to the entity's website, their geolocation, or other technological parameters. Considering the fact that the subjects act on the basis of a public offer (public contract), this practice contradicts the requirements of civil legislation. However, taking into account the requirements of reasonableness and justice, which are the basis of the principle of freedom of contract, we consider it appropriate to consider such a practice (if such an entity operate in a competitive market) as appropriate. We consider it justified to place on the side of the contract developer of the public offer an additional duty to assist the other party in conscious participation in contractual relations. Such an obligation as a legal means of ensuring freedom of will is necessary to ensure the good faith of counterparties in the digital economy.

**Keywords:** contract law, electronic commerce, principle of freedom of contract, public contract, public offer