

## АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ

УДК 347

DOI <https://doi.org/10.51989/NUL.2023.4.18>

### ОСОБЛИВОСТІ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ ОНЛАЙН В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ

**Кравцов Сергій Олександрович,**

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри цивільного судочинства, арбітражу  
та міжнародного приватного права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;  
старший науковий співробітник відділу європейського  
та порівняльного цивільного процесуального права  
Люксембурзького інституту міжнародного, європейського та  
регуляторного процесуального права Макса Планка (Люксембург)



Арбітражна угода, як прояв «автономії волі» сторін зовнішньоекономічних контрактів, має відображатися як у частині самого контракту, так і в окремому документі. У традиційному контексті арбітражна угода має укладатися безпосередньо сторонами з фізичною присутністю в місці укладання контракту. Але як міжнародні нормативно-правові акти, так і національне законодавство багатьох країн дозволяють сторонам обирати альтернативні способи укладання контрактів, визначаючи при цьому можливість розгляду потенційних спорів за допомогою онлайн-арбітражу. Як правило, арбітражна угода про онлайн-арбітраж застосовується до договорів електронної торгівлі, але може також бути частиною інших видів традиційних комерційних договорів, коли сторони узгоджують між собою механізми вирішення спорів за допомогою обміну електронними листами за допомогою електронної пошти. У статті здійснюється порівняльно-правовий аналіз доктринальних підходів, національного арбітражного законодавства та правозастосовної практики України та деяких країн світу щодо можливого використання онлайн арбітражної угоди як передумови для ефективного та швидкого розгляду справи, з однієї сторони, і як реалізація автономії волі сторін арбітражного розгляду, які надають перевагу інформаційним технологіям над традиційним вираженням форми арбітражної угоди, з іншої. Саме через призму практичної реалізації даного питання можна з впевненістю стверджувати про його важливість і необхідність у тій чи іншій правовій системі. Одним із основних векторів направленості українського арбітражного законодавства є необхідність впровадження певних елементів діджиталізації, але все-таки існують стримуючі фактори у вигляді відсутності уніфікованого підходу національних судів, які уповноважені розглядати справи щодо дійсності арбітражної угоди. Таким чином, пропонується внесення змін до національного законодавства України (ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») стосовно розширеного тлумачення дефінітивної конструкції «форма арбітражної угоди».

**Ключові слова:** арбітражна угода, онлайн-арбітраж, автономія волі, діджиталізація арбітражного розгляду.

#### **Kravtsov Serhii. Specific features of an online arbitration agreement in the context of globalisation**

An arbitration agreement, as a form of "party autonomy" to foreign economic contracts, should be reflected both in the contract itself and in a separate document. In the traditional context, an arbitration agreement should be concluded directly by the parties with a physical presence in the place of the contract. However, both international regulations and national laws in many countries allow the parties to choose alternative ways of concluding contracts, while determining the possibility of resolving potential disputes through online arbitration. As a rule, an online arbitration agreement applies to e-commerce contracts, but it may also be a part of other types

*of traditional commercial contracts where the parties agree on dispute resolution mechanisms by means of email exchange. The article provides a comparative legal analysis of doctrinal approaches, national arbitration legislation and law enforcement practice of Ukraine and some other countries of the world regarding the possible use of online arbitration agreements as a prerequisite for efficient and prompt consideration of a case, on the one hand, and as an exercise of the autonomy of will of the parties to arbitration proceedings who prefer information technology to the traditional expression of the form of an arbitration agreement, on the other hand. It is through the prism of practical implementation of this issue that one can confidently state its importance and necessity in a particular legal system. One of the main directions of Ukrainian arbitration legislation is the need to introduce certain elements of digitalisation, but there are still constraints in the form of the lack of a unified approach of national courts authorised to consider cases on the validity of an arbitration agreement. Thus, it is proposed to amend the national legislation of Ukraine (Article 7 of the Law of Ukraine "On International Commercial Arbitration") to expand the interpretation of the definitional construction "form of arbitration agreement".*

**Key words:** arbitration agreement, online arbitration, autonomy of will, digitalisation of arbitration proceedings.

Протягом останніх двох десятиліть роль міжнародного комерційного арбітражу як альтернативи розгляду спорів національними судами значно зростає у зв'язку з намаганням підвищити його значимість і усунення будь-яких суперечностей між сторонами щодо можливого прояву неупередженості суддів. Говорячи також про стрімкий розвиток економічних відносин у світі та надання переваги бізнес-спільнотою інформаційним технологіям, у даному контексті міжнародний комерційний арбітраж стає «окремою буферною зоною» для можливості сторонам договірних відносин відмовитися від можливого судового розгляду їх спору національними судами та виключити можливість застосування законодавства тієї країни (як матеріального, так і процесуального), яке може себе дискредитувати через наявність певних негативних наслідків для сторін спору. Тому більшість країн світу задля розширення меж допустимості використання інформаційних технологій в арбітражному розгляді намагається уніфікувати своє національне законодавство, приводячи його до єдиних стандартів, які закріплені в Типовому Законі ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж (далі – Типовий Закон ЮНСІТРАЛ).

Дана проблематика визначення особливостей онлайн арбітражної угоди в Україні хоча є відносно новою, але деякі аспекти знайшли своє відображення в роботах Юрія Притики [1, с. 186–188], Ірини Ізарової [2, с. 268–269], Володимира Нагнибіди [3, с. 46–50] тощо. Вважаємо за доцільне більш детально дослідити це

питання та виокремити основні концептуальні аспекти.

Арбітражні угоди, які укладаються за допомогою електронних засобів зв'язку, мають певні особливості щодо форми та інших умов їх дійсності. Через те, що дійсність внутрішніх та іноземних арбітражних угод може регулюватися різним законодавством, тому доречно їх аналіз здійснювати окремо.

Особливості дійсності внутрішніх арбітражних угод полягають як у процесуальних моментах укладання договорів, так і не менш важливого розумінні парадигми їх форми вираження. Окремим аспектом також можна визначити передання арбітражної угоди до національного суду в тих випадках, які визначаються як необхідні.

Під час укладання договору основне питання, яке вирішується сторонами спору, є вибір застосовного права як один з елементів прояву автономії волі сторін. Якщо ж сторонам все-таки не вдається визначитись із застосовним правом, то таким правом визначається право держави, у якій буде розглядатися клопотання про скасування арбітражного рішення. Так, у ст. 34 (2)(a)(i) Типового Закону ЮНСІТРАЛ передбачається, що арбітражне рішення підлягає скасуванню у випадку, якщо буде встановлено, що арбітражна угода є недійсною за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки – за законом держави розгляду даного клопотання.

На перший погляд, вказана норма передбачає колізійну прив'язку для визначення дійсності конкретної арбітраж-

ної угоди. Але аналіз наукових поглядів [4, с. 290] до даного питання демонструє наявність концептуально різних підходів. Досить цікавою є точка зору, відповідно до якої якщо між укладанням договорів і їх дійсністю є чітко визначений причинно-наслідковий зв'язок, і відповідно порушення процедури укладання договорів спричиняє їх недійсність, то таке правило має бути притаманне і правовій регламентації укладання арбітражної угоди [5].

Українська доктрина щодо міжнародного комерційного арбітражу в даному контексті є досить суперечливою та в деяких аспектах сумнівною. Так, М. Мальський передбачає, що до процедури укладення арбітражної угоди не може бути застосовані загальні цивілістичні підходи дійсності договору через відокремленість арбітражної угоди від основного договору [6, с. 225]. У свою чергу, критикуючи даний підхід, М. Михайлів зауважує, що недотримання форми арбітражної угоди не дає змоги вважати її укладеною, а тому неукладена угода не може породжувати будь-яких прав та обов'язків для сторін [7, с. 220].

Оскільки загальні правила укладання договору не є уніфікованими, то відповідно можна дійти висновку, що не може бути одностайного рішення щодо того, яким саме чином має укладатися арбітражна угода. Так, в одній із фундаментальних праць визначається, що акцепт договору може бути здійснений не тим самим шляхом, що і оферта. У випадку направлення оферти в письмовому вигляді стороні договору інша сторона може її акцептувати шляхом направлення електронного листа [8]. Дана точка зору, на наш погляд, є валідною й такою, що відображає сучасні тенденції розвитку міжнародного комерційного арбітражу.

Крім того, укладання договорів, у яких міститься арбітражна угода через вебдодатки, можливе шляхом прийняття пропозиції і лише в тому випадку, коли стороні спору було досить зрозуміло про наявність такої арбітражної угоди в тексті договору. На підтвердження даної тези можна навести приклад рішення Європейського Суду Правосуддя у справі *Jaouad El Majdoub v CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*. У даній справі позивач придбав транспортний засіб у відповідача через

сайт компанії шляхом "*click-wrapping*". Відповідач, розуміючи, що ціна є заниженою, в односторонньому порядку розірвав договір. Обравши такий спосіб покупки, незважаючи на те, що обидва контрагенти знаходились у Німеччині, сторони передбачили передачу розгляду можливих спорів до суду Льовина (Бельгія) у застереженні про вибір юрисдикції. Усе-таки позивач звернувся з позовом до німецького суду, зауважуючи, що дане застереження в договорі прямо порушує ст. 23(1) (а) Регламенту Ради ЄС No 44/2001 «Про юрисдикцію та визнання і виконання судових рішень у цивільних та комерційних справах від 16 січня 2001 р. (Регламенту Брюсель I )», оскільки вищезазначене застереження не укладено в «письмовій формі». Суд, який розглядав цей спір, вважав, що метод укладання договору "*click-wrapping*" дозволяє обом сторонам зберегти та роздрукувати як загальні умови договору, так і застереження про вибір юрисдикції з урахуванням того, що після натискання на посилання (active link) даний договір відкривається на новій інтернет-сторінці. Європейський Суд Правосуддя, розглядаючи поставлене перед ним питання про відповідність "*click-wrapping*" методу укладання договору ст. 23(1)(а) Регламенту Брюсель I, дійшов наступних висновків, що ст. 23(2) Регламенту Брюсель I має тлумачитись таким чином, що метод акцептування загальних умов договору купівлі-продажу за допомогою методу "*click-wrapping*", у якому міститься застереження про вибір юрисдикції, слід вважати повідомленням за допомогою електронних засобів, яке забезпечує надійну фіксацію та погодження її сторонами договору. Найголовніше, що у стороні договору є можливість ознайомитись із формою та змістом такого виду угоди ще до її підписання шляхом збереження та роздрукування [9].

Більш детально правова природа онлайн арбітражної угоди під час укладання онлайн договорів методом "*click-wrapping*" розкривається в правозастосовній діяльності національних судів США. У справі *Daniel Berman V. Freedom Financial Network LLC* позивач оскаржував дійсність арбітражної угоди як складової частини онлайн-договору, до якого приєднувався

позивач під час здійснення купівлі товарів. Суд, не погоджуючись із даними доводами, зауважив, що на сайті відповідача належним чином розміщені інформаційні матеріали щодо умов купівлі-продажу товарів, із якими будь-який користувач може ознайомитися попередньо. Крім того, будь-який онлайн-правочин, який здійснюється через сайт відповідача, має дворівневий ступінь оповіщення про умови таких зобов'язань і про обрання арбітражу як належного способу врегулювання спорів: 1) під час виявлення згоди на придбання певного товару через спеціальне посилання користувач має поставити відмітку «Я згоден»; 2) під час користування сайтом відповідача автоматично з'являється *browsewrap* угода, із якою можна ознайомитися через окреме гіперпосилання. І те, що користувач продовжує використання даного сайту, свідчить про надання згоди з умовами проведення торговельних операцій, які здійснюються через даний вебсайт. На підставі викладених доводів суд зробив висновок, що арбітражна угода вважається дійсною та відповідає всім вимогам щодо її форми та змісту за двох умов:

– вебсайт має забезпечити досить помітне повідомлення щодо умов договору, до яких приєднується користувач (споживач);

– сам користувач вебсайту (споживач) здійснює деякі дії, такі як натискання на відповідні кнопки погодження з умовами договору, і таким чином недвозначно висловлює свою згоду з цими умовами [10].

Цей приклад демонструє нам ідеальну конструкцію «онлайн-угоди», за якої сторони під час натискання на активні посилання тим самим погоджуються з її умовами. І головним у даному контексті є те, що погодження умов договору має відбуватися в окремому інтернет-посиланні.

Інші кейси є прикладом негативних наслідків укладання договору, коли сторона не має можливості ознайомитися з його змістом і, як наслідок, автоматично погоджується не тільки з його істотними умовами в загальноцивілістичному розумінні, але й із наявними «наріжними каменями» таких договорів (такими як застереження про вибір суду, арбітражна угода тощо).

У справі *Specht v. Netscape Communications Corp.* перед апеляційним Судом США

Другого округу під час розгляду справи про дійсність арбітражної угоди, яка була частиною програмного забезпечення, постало проблемне питання: чи можна вважати погодженням користувача (споживача) умов як ліцензійної, так і арбітражної угоди під час натискання на інтернет-посилання «Завантажити програму»? У цій справі позивачі не заперечували того факту, що перед завантаженням програмного забезпечення їм автоматично демонструвався текст ліцензійної угоди, і вони повинні були натиснути на спеціальне інформаційне віконце «ТАК» для успішного завершення завантаження. Але, розглядаючи конкретні як технічні, так і юридичні аспекти даної справи, Суд прийшов до наступних висновків. Через те, що користувач Інтернету не знав і не міг знати про наявність умов ліцензійної угоди до моменту пропозиції відповідача завантажити безкоштовне програмне забезпечення, тому відповідно відповідачі не мали можливості ознайомитися з їхнім змістом, оскільки вони були розташовані на екрані, який користувач повинен був проскролити для того, щоб побачити повний текст арбітражної угоди. Як результат, дані дії Суд кваліфікував як відсутність остаточної згоди з положенням про арбітраж в умовах ліцензійної угоди [11].

Діджиталізація багатьох сфер суспільних відносин, суцільне використання гаджетів стає таким каталізатором, без якого ми вже не можемо уявити своє життя. Так, можна придбати що-небудь, отримати необхідну для вас послугу через спеціальні онлайн-платформи. Але є інший бік цієї «цифрової епохи», який може стосуватися кожного з нас. У справі *B.D. v. Blizzard Entm't* неповнолітня дитина та її батько звернулись до суду з позовом до відповідача з твердженнями, що онлайн-гра *Overwatch* заохочує азартні ігри, оскільки дитина витратила реальні кошти свого батька, купуючи в цій грі випадкові «схриньки-сюрпризи», які дають можливість отримати бажану ігрову ціль. Придбаваючи такі «ігрові артефакти», користувач погоджувався з умовами договору, який і містив арбітражну угоду. Під час розгляду справи в суді першої інстанції суд відхилив клопотання відповідача про передачу справи до арбітражу у зв'язку

з тим, що форма такого договору не дозволяла користувачу реально зрозуміти всі істотні умови. Суд апеляційної інстанції, не погодившись із таким висновком, скасував дане рішення і визнав арбітражну угоду дійсною, наділивши його юрисдикційною силою розгляду спору. Одним із основних мотивів було те, що, виявляючи бажання грати в онлайн-гру, дитина зареєструвалася на вебсайті та отримала доступ до свого акаунту. Під час такої реєстрації власником сайту декілька разів пропонувалося висловити згоду з умовами використання такої онлайн-платформи. За умови незгоди зазначалося, що користувач не має права завантажувати таку гру або здійснювати будь-які комерційні операції. Але продовжуючи грати, користувач вступив у триваючі та орієнтовані на майбутнє правовідносини (*continuing, forward-looking relationship*) [12]. У даному випадку можна побачити яскравий приклад того, як використання онлайн-ресурсів може спричинити негативні наслідки навіть тоді, коли особа не усвідомлює наслідки погодження з умовами онлайн арбітражної угодою.

Отже, розвиток інформаційних технологій у світі є досить стрімким, що, як наслідок, є проявом впровадження онлайн-ресурсів майже у всі сфери нашого життя, починаючи від звичайного користування смартфоном до можливості придбавати товари чи послуги на онлайн-платформах. Саме тому це призвело до розробки спеціальних (онлайн) механізмів вирішення спорів, а для використання такого механізму необхідна передумова у вигляді арбітражної угоди (онлайн). Саме такого виду арбітражна угода має породжувати наслідки для всіх учасників розгляду спорів, які надали перевагу міжнародному комерційному арбітражу перед національ-

ним судовим способом захисту, у вигляді швидкого та ефективного розгляду справи й надання можливості реалізувати право на примусове виконання арбітражного рішення. Але відсутність єдиноуніфікованого підходу в національному законодавстві країн-членів Нью-Йоркської Конвенції 1958 р. породжує певні негативні наслідки для сторін спору. Проведений аналіз міжнародного та національного законодавства надає право зробити висновок про необхідність більш чіткої правової регламентації «онлайн арбітражної угоди» в українському законодавстві.

Так, у статті 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» пропонується дати більш широке визначення форми арбітражної угоди шляхом включення туди деталізованого опису та доповнення її ч. 3 такого змісту: «*Арбітражна угода є укладеною шляхом погодження (акцептування) сторонами з умовами та наслідками її застосування на онлайн-платформах, вебсайтах тощо чи шляхом використання інших інформаційних технологій, обміну електронними листами через офіційні електронні адреси, які дають змогу ідентифікувати адресата. У випадку виявлення наміру укладення арбітражної угоди шляхом обміну електронними листами або погодження із запропонованим варіантом (онлайн-форма документа – наприклад «Google документ») його викладення, таке волевиявлення має бути підтверджено цифровим підписом*». Ці пропозиції дозволять національним судам під час розгляду справ щодо визнання арбітражної угоди недійсною, визнання та приведення до виконання чи скасування арбітражного рішення розширити з точки зору юридичної техніки можливості правового обґрунтування щодо форми вираження та умов дійсності арбітражної угоди.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Притика Ю.Д. Онлайн-арбітраж: поняття, ознаки та перспективи впровадження в Україні / Ю.Д. Притика. Вісник Національної академії правових наук України : зб. науков. праць. 2018. № 3. С. 186–196.
2. Альтернативне вирішення спорів : підруч. / за заг. ред. Ю.Д. Притики. [Кол. авторів Ю.Д. Притика, Р.Ю. Ханік-Посполітак, С.О. Кравцов та ін.]. Київ : ВД «Дакор», 2021. С. 268–269.
3. Нагнибіда В. Встановлення підстав арбітражного розгляду як елемент механізму правозастосування при вирішенні міжнародних комерційних спорів / В. Нагнибіда. *Evropský politický a právní diskurz*. 2020. Sv. 7. Vyd. 2. С. 46–53. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/evpopr\\_2020\\_7\\_2\\_8](http://nbuv.gov.ua/UJRN/evpopr_2020_7_2_8)

4. Berg A.J. van den. The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation. Deventer ; Boston : Kluwer Law and Taxation, 1981. P. 290.

5. Schlosser P., Stein F. and M. Jonas (eds.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, vol. X: sects. 1025–1066, 23rd ed. Tübingen : Mohr Siebeck, 2014. [https://www.mohrsiebeck.com/fileadmin/user\\_upload/Editionen\\_etc/Stein\\_Jonas\\_23/Stein\\_Jonas23\\_9783161529054\\_ZPO10.pdf](https://www.mohrsiebeck.com/fileadmin/user_upload/Editionen_etc/Stein_Jonas_23/Stein_Jonas23_9783161529054_ZPO10.pdf)

6. Мальський М.М. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти : монографія / М.М. Мальський. Львів : Літопис, 2013. 374 с.

7. Михайлів М.О. Правові наслідки недотримання форми арбітражної угоди. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 218–222.

8. Bar v. C., Clive E., Schulte-Nölke H. et al. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). [http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law\\_en.pdf](http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf)

9. Jaouad El Majdoub v. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=164356&doclang=en>

10. Berman v. Freedom Fin. Network, LLC, Case No. 18-cv-01060-DMR (N.D. Cal. Jun. 11, 2018). <https://casetext.com/case/berman-v-freedom-fin-network-llc>

11. Specht v. Netscape Communications Corp., 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002). <https://casetext.com/case/specht-v-netscape-communications-corp-2>

12. B.D. v. Blizzard Entm't, 76 Cal.App.5th 931, 292 Cal. Rptr. 3d 47 (Cal. Ct. App. 2022). <https://casetext.com/case/bd-v-blizzard-entmt>