

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ  
ТЕРНОПІЛЬСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ ЕКОНОМІЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ  
ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ

Кваліфікаційна наукова  
праця на правах рукопису

**СТАХИРА ГАННА МИХАЙЛІВНА**

УДК 347.44:347.78

**ДИСЕРТАЦІЯ**

**ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ ЦИФРОВОГО КОНТЕНТУ**

Спеціальність 081–Право

Галузь знань 08–Право

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

  
Г.М. Стахира

Науковий керівник: **Калаур Іван Романович**, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, народний депутат України ІХ скликання

Тернопіль – 2020

## АНОТАЦІЯ

**Стахира Г. М. Цивільно-правове регулювання обігу цифрового контенту.** – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081–Право. – Західноукраїнський національний університет МОН України, Тернопіль, 2020.

Дисертація є комплексним дослідженням теоретичних та практичних проблем присвячених цивільно-правовому регулюванню обігу цифрового контенту.

Актуальність теми дисертаційної роботи зумовлена необхідністю розробки наукової концепції цивільно-правового регулювання обігу цифрового контенту, із виокремленням поняття цифрового контенту та визначенням його правової природи, обґрунтуванням доцільності впровадження до національного законодавства нового виду договірних відносин із постачання цифрових даних, характеристикою способів його здійснення, аналізом договірних зобов'язань у сфері обігу цифрового контенту за законодавством України та ЄС, а також встановленням відповідальності за їх невиконання чи неналежне виконання в умовах розвитку інформаційного суспільства та інтеграції України до єдиного цифрового ринку ЄС.

Поставлені в дисертаційному дослідженні мета і завдання зумовили обрання відповідної структури роботи, що об'єднує три розділи, в яких розглядаються такі питання: поняття та права природа цифрового контенту, договірні конструкції, що опосередковують обіг цифрового контенту, зміст договірних зобов'язань у сфері обігу цифрового контенту, постачання персональних даних, як виконання зустрічного зобов'язання кредитора у договорах про обіг цифрового контенту, відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договорів, що опосередковують обіг цифрового контенту за законодавством України, відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договірних зобов'язань у сфері обігу цифрового контенту в актах ЄС.

У дисертаційній роботі здійснено теоретичне узагальнення та запропоновано авторське вирішення наукового завдання, що полягає у всебічному дослідженні цивільно-правового регулювання обігу цифрового контенту, та сформульовано доктринальні та нормативні пропозиції щодо оновлення цивільного законодавства та удосконалення практики регулювання досліджуваних відносин в Україні.

Зокрема, у Розділі I «Цифровий контент як об'єкт цивільних прав» виокремлено та охарактеризовано цифровий контент, як нове благо, з приводу якого виникають цивільні правовідносини. Приділено увагу питанню еволюції визначення поняття даних у законодавстві України, встановленню особливих ознак даних, що можуть бути предметом договорів за якими здійснюється обіг цифрового контенту. На підставі аналізу генези доктринальних та законодавчих підходів до правового регулювання обігу цифрових даних, сформоване авторське поняття цифрового контенту.

Виокремлено способи здійснення постачання даних у цифровій формі за договорами, що опосередковують обіг цифрового контенту та обґрунтовано необхідність кваліфікувати електронне сховище даних, на яке було здійснено постачання цифрового контенту, як матеріальний носій інформації.

Проаналізовано характерні властивості цифрового контенту на предмет його можливого віднесення як до однієї з існуючих категорій об'єктів цивільних прав, так і нематеріальних благ. Розглянуто можливість поширення на цифровий контент правового режиму речі та речових прав, зокрема права власності, та обґрунтовано доцільність до правовідносин постачання цифрового контенту застосовувати техніку юридичної фікції та кваліфікувати цифровий контент як об'єкт речового права.

Доведено необхідність покладення на постачальника обов'язку отримання ліцензії на використання цифрового контенту, що є об'єктом авторського права та суміжних прав. Запропоновано новелізувати законодавство України у сфері авторського права та суміжних прав, доповнивши його положеннями про вичерпання майнових авторських прав на цифровий контент.

У Розділі II «Договірні зобов'язання у сфері обігу цифрового контенту за законодавством України та ЄС» обґрунтовано необхідність закріплення у Цивільному кодексі України договору постачання цифрового контенту, як окремого виду поіменованого договору з власним предметом, та іншими істотними умовами. Доведено неефективність застосування до правовідносин, об'єктом яких виступає цифровий контент положень про договори купівлі-продажу або надання послуг.

Встановлено доцільність покладення додаткових інформаційних обов'язків на постачальника цифрового контенту у договорах, укладених із споживачами.

Проаналізовано договірну конструкцію постачання цифрового контенту, виокремлено предмет договору, його істотні умови, здійснено характеристику сторін правовідношення, запропоновано класифікацію видів договору постачання цифрового контенту.

Обґрунтовується необхідність застосування юридичної фікції та поширення на персональні дані, що передаються на підставі договору постачання цифрового контенту правового режиму майна.

У Розділі III «Відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договірних зобов'язань у сфері обігу цифрового контенту» встановлена доцільність обмеження застосування положень Глави 51 ЦК України щодо реалізації права одержувача на припинення зобов'язання шляхом односторонньої відмови у випадку надання цифрового контенту на безоплатній основі.

Здійснено оцінку необхідності закріплення у договірних зобов'язаннях із обігу цифрового контенту за участю споживача відповідальності постачальника за недоліки, незалежно від наявності його вини.

У дисертаційному дослідженні значне місце відводиться правозастосовній практиці, виявленню проблем правового регулювання та шляхів їх вирішення, аналізу перспективного законодавства у цій сфері. Результатом цього стала розробка науково обґрунтованих пропозицій теоретичного та практичного характеру, направлених, зокрема на усунення недоліків правозастосування та удосконалення чинного законодавства України, які мають ознаки наукової новизни.

У дисертації уперше: 1) *визначено* авторське поняття цифрового контенту, під яким слід розуміти об'єкт цивільних правовідносин, сукупність даних, що створюються, генеруються, постачаються та зберігаються у цифровій формі, за винятком даних, які виступають предметом договорів у сфері надання: фінансових, правових, фінансово-консультаційних та медичних послуг у електронній формі, послуг, що забезпечують електронне з'єднання, азартних ігор; 2) *обґрунтовано* необхідність впровадження у національне законодавство поруч із поняттям цифрового контенту поняття товарів із цифровими елементами як рухомих речей, що містять у собі цифровий контент чи цифрову послугу, або пов'язані із їх використанням таким чином, що їх відсутність зумовила б неможливість виконання даним товаром основних функцій; 3) *доведено* необхідність застосування терміну «постачання» до понятійного виокремлення договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту; 4) *визначено*, що цифровий контент виступає цифровим записом нематеріального блага у вигляді твору (аудіо-, відео-), який охороняється законодавством в сфері авторського права, що зумовлює поширення на цифровий контент майнових та особистих немайнових прав автора; 5) *розроблено* авторське поняття договору постачання цифрового контенту як договору, відповідно до якого одна сторона (постачальник) забезпечує або зобов'язується забезпечити іншій стороні (одержувачу) доступ до цифрового контенту, або надання такого цифрового контенту для завантаження на персональний технічний пристрій, а інша сторона (одержувач) зобов'язується оплатити відповідну винагороду; 6) *виокремлено* істотні умови договору постачання цифрового контенту, зокрема: предмет, із визначенням функцій цифрового контенту, ціни (для відплатних договорів) та положення про використання постачальником персональних даних одержувача у комерційних цілях, строк виконання зобов'язання, тобто період у часі протягом якого постачальник на постійній основі забезпечуватиме доступ одержувачу до цифрових даних, або вказівка на визначену кількість разів завантаження цифрового контенту на персональний технічний пристрій одержувача, чи одноразового його надсилання на вказану одержувачем електронну пошту; 7) *обґрунтовано* доцільність термінологічного визначення кредитора і боржника у договірних зобов'язаннях у

сфері обігу цифрового контенту як одержувача цифрового контенту (фізична особа, в тому числі споживач, або юридична особа, котра зобов'язується сплатити ціну або вчинити іншу дію на користь кредитора) та постачальника цифрового контенту (фізична або юридична особа, котра забезпечує чи зобов'язується забезпечити доступ до цифрового контенту, або надати такий цифровий контент для завантаження); 9) *аргументовано* доцільність закріплення як істотної умови відплатного договору постачання цифрового контенту положення про монетизацію та можливість подальшого використання персональних даних одержувача постачальником цифрового контенту; 10) *запропоновано* під належним виконанням постачальником власних договірних зобов'язань розуміти передання цифрового контенту, визначеного умовами договору постачання цифрового контенту в обумовлені строки одержувачу, або зазначеному ним віртуальному серверу, чи матеріальному пристрою, непідконтрольному постачальнику; 11) *обґрунтовано* необхідність забезпечення одержувачу цифрового контенту права відмовитись від договору, і вимагати повернення сплаченої грошової суми, та припинення будь-якого використання його персональних даних, у випадку невиконання постачальником зобов'язання із надання негайного доступу до цифрового контенту, після укладення договору, та його непостачання протягом додатково визначеного одержувачем строку.

В дисертації удосконалено: 1) *поняття* електронної (цифрової) інформації, як даних, в тому числі аудіовізуальних, музичних творів (з текстом або без тексту), комп'ютерних програм, фонограм, відеограм, програм (передач) організацій мовлення, цифрова форма яких придатна для зчитування і відтворення за допомогою технічного пристрою, та які можуть існувати, і (або) зберігатися у вигляді цифрових записів у базі даних на зберігаючі пристроях комп'ютерів, серверів у мережі Інтернет, тощо, а також процесу передачі цифрових даних, що транслюються у режимі потокового мультимедіа або ретранслюються з використанням мережі Інтернет; 2) *визначення* цифрової послуги як послуги, що уможливує створення, обробку та зберігання цифрового контенту, поширення або будь-яку іншу взаємодію із даними у цифровій формі, що були створені чи



завантажені її користувачами; 3) *положення* про правову природу цифрового контенту, яка незалежно від форми вираження має речово-зобов'язальний характер, з віднесенням цифрового контенту до речей та поширення на нього правового режиму об'єкта права власності, що є проявом застосування юридичної фікції; 4) *визначення* ознак договору постачання цифрового контенту як двостороннього та відплатного, у випадку покладення на одержувача обов'язку сплатити встановлену у договорі ціну, або надати свої персональні дані, за винятком необхідності їх передання виключно для здійснення постачання цифрового контенту, без мети використання постачальником у жодних інших цілях; 5) *положення* про те, що у разі надання цифрового контенту в умовах діючої маркетингової стратегії постачальника, з метою ознайомлення одержувача із цифровим контентом, без вимоги виконання будь-якого зустрічного зобов'язання, договір постачання цифрового контенту є одностороннім та безвідплатним; 6) *конструкцію* договору постачання товарів із цифровими елементами, за яким постачання цифрового контенту є додатковим зобов'язанням та вважається безвідплатним; 7) *наукову позицію* про предмет договору постачання цифрового контенту, яким виступатиме сам цифровий контент, а процес його постачання є похідним обов'язком постачальника, виконання якого уможливорює забезпечення користування даними у цифровій формі одержувачем; 8) *положення* про обов'язки постачальника за договорами, що опосередковують постачання цифрового контенту, серед яких: а) постачати цифровий контент; б) передати одержувачу право власності на матеріальний носій даних, що містить цифровий контент; в) забезпечити відповідність цифрового контенту умовам договору; г) гарантувати можливість використання цифрового контенту згідно з умовами договору; д) разом із цифровим контентом передавати одержувачу необхідні документи; 9) *необхідність* закріплення у Законі України «Про захист персональних даних» положення, що дозволяє монетизувати використання персональних даних у договорах, укладених в мережі Інтернет; 10) *науковий підхід* до критеріїв пропорційності зменшення ціни договору постачання цифрового, якими є: 1) співвідношення ринкової вартості цифрового контенту належної якості на момент укладення договору та ціни договору;

2) співвідношення ринкової вартості аналогічного цифрового контенту належної якості та цифрового контенту з недоліком; 3) співвідношення витрат постачальника на обслуговування програмного та апаратного забезпечення, що уможливило постачання цифрового контенту за строковим договором, та цифрового контенту з недоліком.

У дисертації дістали подальшого розвитку: 1) *позиція* про доцільність розмежування поняття цифрового контенту, як даних у цифровій формі, та цифрової послуги, як додаткового виконання постачальником своїх договірних зобов'язань з метою створення, редагування, та/або зберігання такого цифрового контенту; 2) *виокремлення* способів постачання цифрового контенту, серед яких: цифрова трансмісія даних, закодованих у дискретні сигнальні імпульси та розміщених на зовнішніх матеріальних носіях інформації; завантаження цифрових даних одержувачами на їх персональні технічні пристрої; надсилання даних у формі стрімінгу он-лайн; будь-який інший спосіб, доступний для отримання цифрових даних; 3) *обґрунтування* необхідності окремого нормативно-правового регулювання договірних відносин постачання цифрового контенту, договорів купівлі-продажу, договорів у сфері надання послуг та застосування норм Глави 54 ЦК України до правовідносин купівлі-продажу товарів із цифровими елементами; 4) *положення* про застосування за аналогією ст. 768 ЦК України до правовідносин хостингу програмного забезпечення, що з часом (значно меншим ніж визначено у договорі) втратило свою функціональність, і зумовило псування електронного пристрою одержувача, та закріплення у законодавстві права одержувача вимагати: заміни цифрового контенту, якщо це можливо; відповідного зменшення розміру плати за користування контентом; безоплатного усунення недоліків цифрового контенту або відшкодування витрат на їх усунення; розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому завдані.

Практичне значення отриманих результатів полягає у можливості їхнього використання: у *правотворчій діяльності* – висновки та пропозиції, зроблені в результаті проведення дисертаційного дослідження, спрямовані на вдосконалення чинного законодавства України у сфері обігу цифрового контенту. Дисертаційне



дослідження містить низку пропозицій щодо внесення змін та доповнень до Цивільного кодексу України, Закону України «Про авторське право та суміжні права», Закону України «Про захист прав споживачів»; *правозастосовній діяльності* – шляхом застосування запропонованих рекомендацій і висновків в практичній діяльності суб'єктів надання послуг з постачання цифрового контенту, судових органів, а також щодо захисту цивільних прав та обов'язків суб'єктів договірних відносин з постачання цифрового контенту при наданні юридичних послуг та консультацій; *в навчальному процесі* – основні теоретичні положення, рекомендації практичного характеру стосовно вдосконалення цивільного законодавства, що висвітлені в дисертації можуть використовуватися в навчальному процесі Західноукраїнського національного університету.

**Ключові слова:** цифровий контент, цифрова послуга, договір постачання цифрового контенту, одержувач, постачальник, нематеріальні дані, монетизація персональних даних, авторське право на цифровий контент.

## SUMMARY

**Stakhyra H. Civil regulation of the supply of digital content.** – Qualifying scientific work on the rights of the manuscript.

The dissertation for the scientific degree of Philosophy doctor on specialty 081–Law. – West Ukrainian National University Ministry of Education and Science of Ukraine, Ternopil, 2020.

The dissertation is a complex research of theoretical and practical problems devoted to civil regulation of the supply of digital content.

The urgency of the dissertation is due to the need to develop a scientific concept of civil regulation of the supply of digital content, with the separation of the definition of digital content and determining its legal nature, substantiation of expediency of introduction to the domestic legislation of a new type of contractual relations on supply of digital data, characteristics of the methods of its implementation, analysis of contractual obligations in the field of digital content circulation under the legislation of Ukraine and the EU, as well as establishing responsibility for non-compliance or improper performance of contractual obligations in the context of the development of the information society and Ukraine's integration into the EU digital single market.

The goals and objectives set in the dissertation research led to the choice of the appropriate structure of work, which combines three sections, which address the following issues: the concept and legal nature of digital content, contractual structures that mediate the circulation of digital content, the content of contractual obligations in the field of digital content circulation, supply of personal data as fulfillment of the counter-obligation of the creditor in contracts for the supply of digital content, liability for non-performance or improper performance of contracts that mediate the circulation of digital content under the laws of Ukraine, liability for non-performance or improper performance of contractual obligations in the field of circulation of digital content in EU legislation.

The dissertation provides a theoretical generalization and offers an author's solution to the scientific problem, which is a comprehensive study of civil regulation of the supply of digital content, and formulates doctrinal and regulatory proposals to update civil law and improving the practice of regulating the studied relations in Ukraine.

In particular, Section I «Digital content as an object of civil rights» identifies and characterizes digital content as a new good for which civil relations arise. Attention is paid to the issue of evolution of the definition of data in the legislation of Ukraine, the establishment of special features of data that may be the subject of contracts for the supply of digital content. Based on the analysis of the genesis of doctrinal and legislative approaches to the legal regulation of digital data, the author's concept of digital content is formed.

The methods of data supply in digital form under agreements that mediate the circulation of digital content are identified and the need to qualify the electronic data warehouse to which the digital content was supplied as a tangible medium is substantiated.

The characteristic properties of digital for its possible classification as one of the existing categories of objects of civil rights and intangible assets content are analyzed. The possibility of distribution of legal regime of things and property rights, including ownership to digital content is considered. The expediency of applying the technique of legal fiction to the legal relations of digital content supply and qualifying digital content as an object of property law is substantiated.

The need for the provider to obtain a license to use digital content that is subject to copyright and related rights has been proven. It is proposed to amend the legislation of Ukraine in the field of copyright and related rights, supplementing it with provisions on the exhaustion of property copyrights for digital content.

Section II «Contractual obligations in the field of digital content circulation under Ukrainian and EU law» substantiates the need to enshrine in the Civil Code of Ukraine a contract for the supply of digital content as a separate type of named contract with its own subject, and other essential conditions. The inefficiency of application the provisions, which regulate the contracts of sale or services to legal relations of digital content supplying has been proved.

The expediency of imposing additional information responsibilities on the provider of digital content in contracts concluded with consumers has been established.

The contractual design of digital content supply is analyzed, the subject of the contract, its essential conditions are singled out, the characteristics of the parties of the

legal relationship are made, the classification of types of digital content supply contract is proposed.

The necessity of application of legal fiction and distribution on the personal data transferred on the basis of the contract of supply of digital content of a legal mode of property is proved.

Section III «Liability for non-performance or improper performance of contractual obligations in the field of digital content supply» establishes the expediency of limiting the application of the provisions of Chapter 51 of the Civil Code of Ukraine on exercising the recipient's right to terminate the obligation by unilateral refusal in case of the supply of digital content free of charge.

An assessment of the need for implementation the supplier's liability for defects, regardless of his fault in contractual obligations for the circulation of digital content with the participation of the consumer has been made.

In the dissertation research a significant place is given to law enforcement practice, identification of problems of legal regulation and ways to solve them, analysis of promising legislation in this area. The result was the development of scientifically grounded proposals of a theoretical nature, as well as practical, aimed, in particular, at eliminating the shortcomings of law enforcement and improving the current legislation of Ukraine, which have signs of scientific novelty.

In the dissertation for the first time: 1) the author's concept of digital content is defined, which should be understood as an object of civil law, a set of data created, generated, supplied and stored in digital form, except for data that are subject to contracts in the field of: financial, legal, financial consulting and medical services in electronic form, services providing electronic connection, gambling; 2) substantiated the need to introduce into domestic legislation along with the concept of digital content the concept of goods with digital elements as tangible movables that contain digital content or digital service, or related to their use in such a way that their absence would make it impossible to perform this product's main functions; 3) proved the need to apply the term «supply» to the conceptual separation of contracts under which the circulation of digital content; 4) it is determined that digital content is a digital recording of intangible assets in the form of a

work (audio, video), which is protected by copyright law, which leads to the extension of digital content of property and personal non-property rights of the author; 5) developed the author's concept of the contract for the supply of digital content as a contract under which one party (supplier) provides or undertakes to provide the other party (recipient) access to digital content, or providing such digital content for download to a personal technical device, and the other the party (recipient) undertakes to pay the appropriate remuneration; 6) the essential terms of the contract for the supply of digital content, in particular: the subject, defining the functions of digital content, prices (for remuneration contracts) and provisions on the use of personal data by the recipient for commercial purposes, the term of the obligation, ie the period during which the supplier will provide the recipient with access to digital data on a permanent basis, or an indication of a certain number of times of downloading digital content to the recipient's personal technical device, or sending it once to the e-mail specified by the recipient; 7) the expediency of terminological definition of the creditor and the debtor in the contractual obligations in the field of digital content as a recipient of digital content (individual, including consumer, or legal entity that undertakes to pay the price or take other action in favor of the creditor) and a digital content provider (a natural or legal person who provides or undertakes to provide access to digital content, or to provide such digital content for download); 9) the expediency of fixing the provision on monetization as an essential condition of a paid contract for the supply of digital content and the possibility of further use of the recipient's personal data by the digital content supplier is argued; 10) it is suggested that the supplier properly fulfills its contractual obligations to understand the transfer of digital content specified in the terms of the contract for the supply of digital content to the recipient or the specified virtual server or material device, uncontrolled supplier; 11) substantiated the need to ensure the recipient of digital content the right to withdraw from the contract and demand a refund, and termination of any use of his personal data, in case of failure of the provider to provide immediate access to digital content after the contract, and its non-delivery within the term additionally determined by the recipient.

The dissertation improves: 1) the concept of electronic (digital) information as data, including audiovisual, musical works (with or without text), computer programs,

phonograms, videograms, programs (programs) of broadcasting organizations, the digital form of which suitable for reading and reproducing by a technical device, and which may exist and (or) be stored in the form of digital records in a database on storage devices of computers, servers on the Internet, etc., as well as the process of digital data transmission in the mode of streaming multimedia or retransmitted using the Internet; 2) the definition of a digital service as a service that enables the creation, processing and storage of digital content, distribution or any other interaction with data in digital form that have been created or downloaded by its users; 3) provisions on the legal nature of digital content, which, regardless of the form of expression, has a binding nature, with the attribution of digital content to things and the extension of the legal regime of the object of ownership, which is a manifestation of legal fiction; 4) defining the features of the contract for the supply of digital content as bilateral and remunerative, in the case of imposing on the recipient the obligation to pay the contract price, or provide personal data, except for the need to transfer them exclusively for the supply of digital content. no other purposes; 5) the provision that in case of providing digital content in the current marketing strategy of the supplier, in order to acquaint the recipient with digital content, without requiring any counter-obligation, the contract for the supply of digital content is unilateral and free of charge; 6) construction of a contract for the supply of goods with digital elements, under which the supply of digital content is an additional obligation and is considered gratuitous; 7) a scientific position on the subject of the contract for the supply of digital content, which will be the digital content itself, and the process of its supply is a derivative responsibility of the supplier, the implementation of which allows the use of digital data by the recipient; 8) provisions on the obligations of the supplier under contracts that mediate the supply of digital content, including: a) supply digital content; b) transfer to the recipient the right of ownership of the tangible data carrier containing digital content; c) ensure compliance of digital content with the terms of the contract; d) guarantee the possibility of using digital content in accordance with the terms of the agreement; e) together with digital content to transmit the necessary documents to the recipient; 9) the need to enshrine in the Law of Ukraine «On Personal Data Protection» a provision that allows the monetization of the use of personal data in contracts concluded on the Internet;

10) a scientific approach to the criteria of proportionality of reducing the price of a digital supply contract, which are: 1) the ratio of the market value of digital content of appropriate quality at the time of the contract and the contract price; 2) the ratio of the market value of similar digital content of good quality and digital content with a defect; 3) the ratio of costs of the supplier for the maintenance of software and hardware that allows the supply of digital content under a fixed-term contract, and digital content with a defect.

The dissertation was further developed: 1) the position on the expediency of distinguishing between the concept of digital content as data in digital form and digital service as an additional fulfillment by the provider of its contractual obligations to create, edit and / or store such digital content; 2) identification of methods of digital content delivery, including: digital transmission of data encoded in discrete signal pulses and placed on external material media; downloading digital data by recipients to their personal technical devices; sending data in the form of streaming online; any other method available for obtaining digital data; 3) substantiation of the need for separate regulatory and legal regulation of contractual relations for the supply of digital content, sales contracts, contracts in the field of services and application of Chapter 54 of the Civil Code of Ukraine to legal relations of purchase and sale of goods with digital elements; 4) provisions on the application by analogy with Art. 768 of the Civil Code of Ukraine to the legal relationship of software hosting, which over time (much less than specified in the contract) lost its functionality, and caused damage to the electronic device of the recipient, and enshrined in law the right of the recipient to require: replacement of digital content; a corresponding reduction in the amount of payment for the use of content; free elimination of shortcomings of digital content or reimbursement of costs for their elimination; termination of the contract and compensation for damages caused to him.

The practical significance of the obtained results lies in the possibility of their use: in law-making - conclusions and proposals made as a result of dissertation research, aimed at improving the current legislation of Ukraine in the field of digital content. The dissertation research contains a number of proposals for amendments to the Civil Code of Ukraine, the Law of Ukraine «On Copyright and Related Rights», the Law of Ukraine «On Consumer Protection»; law enforcement activities - by applying the proposed recommendations and



conclusions in the practice of entities providing digital content, judicial authorities, as well as the protection of civil rights and obligations of the parties to the contract for the supply of digital content in the provision of legal services and advice ; in the educational process - the main theoretical provisions, recommendations of a practical nature for the improvement of civil law, covered in the dissertation can be used in the educational process educational process of the West Ukrainian National University.

**Keywords:** digital content, digital service, digital content supply contract, recipient, supplier, intangible data, monetization of personal data, copyright on digital content.

## СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

*в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:*

1. Стахира Г. М. Проблеми визначення поняття цифрового контенту. *Актуальні проблеми правознавства*. № 3 (11). 2017. С. 127–131.
2. Стахира Г. М. Речово-правові проблеми природи цифрового контенту. *Підприємництво, господарство і право*. № 11. 2017. С. 55–58.
3. Stakhira H. Providing of data as a counter performance in contract for supply digital content. *Legea si Viata*. № 12/2. 2017. S. 172–175.
4. Стахира Г. М., Калаур І. Р. Відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань з постачання цифрового контенту. *Право України*. № 2. 2019. С. 77–90. (Особистий внесок здобувача – положення про відповідальність за порушення договірних зобов'язань з постачання цифрового контенту в межах чинного цивільного законодавства: відповідальність за договорами купівлі-продажу, відповідальність у споживчих договорах, на підставі договору найму, на підставі законодавства у сфері захисту авторського права і суміжних прав; відповідальність сторін на підставі проекту Директиви Європейського парламенту і Ради 2015/0287 від 09.12.2015 р. про деякі аспекти, що стосуються договорів постачання цифрового контенту).
5. Stakhira H. Applicability of the law of de facto regimes. *Osteuropa Recht*. 2019. Heft 2. P. 207–222.
6. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Цифровий контент як об'єкт авторського права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. 2019. № 59. С. 167–170. (Особистий внесок здобувача – проаналізовано цифровий контент як об'єкт авторського права за законодавством України, зроблено висновки про необхідність внесення змін до ст. 177 ЦК України та ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).
7. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Концепція договору постачання цифрового контенту в умовах адаптації договірного права України до *acquis communitare* ЄС. *Форум Права*. 2020. 61(2). С. 56–64. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3702455>.

(Особистий внесок здобувача – досліджено можливість ефективного правового регулювання відносин обігу цифрового контенту діючими у національному цивільному законодавстві договірними конструкціями купівлі-продажу та найму; обґрунтовано необхідність виокремлення та запровадження до національного законодавства договору постачання цифрового контенту).

*які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:*

1. Стахира Г. М. Цивільно-правовий обіг цифрового контенту за посередництвом он-лайн платформ. *Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід*: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 21-22 квіт. 2017 р. Тернопіль, 2017. С. 311–314.

2. Стахира Г. М. Цифровий контент – необхідність законодавчої дефініції? *Одеські юридичні читання*: матеріали всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 10-11 лист. 2017 р. Одеса, 2017. С. 59–62.

3. Stakhyra H. Problem of legal regulation for contract of supplying digital content in Ukraine. *Economic and social development of Ukraine in XXI Century: national vision and globalization challenges*: collection of scientific articles, Ternopil, 6-7 of March 2017. Draft2Digital Publishing House, 2017. С. 184–186.

4. Стахира Г. М. Хмарні технології як об'єкт правового регулювання. *Сучасна університетська правова освіта і наука*: матеріали VIII міжнар. наук.-практ. конф., м.Київ, 23 лют. 2018 р. Київ, Т.2. 2018. С. 139–141.

5. Стахира Г. М. Цифровий контент як об'єкт права інтелектуальної власності. *Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід*: матеріали III міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 20-21 квіт. 2018 р. Тернопіль, 2018. С. 207–209.

6. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Проблеми та перспективи адаптації проекту Директиви Європейського Парламенту і Ради 2015/0287 про деякі аспекти, що стосуються договору поставки цифрового контенту до законодавства України. *Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 8 чер. 2018 р. Київ, 2018. С. 162–165.

(Особистий внесок здобувача – проаналізовано зобов'язання України, що містяться в Угоді про асоціацію із Європейським Союзом, в тому числі щодо адаптації законодавства у сфері постачання цифрового контенту).

7. Стахира Г. М. Захист персональних даних особи в контексті правовідносин постачання цифрового контенту. *Юриспруденція в сучасному просторі*: матеріали ІХ міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 1 бер. 2019 р. Київ, 2019. С. 138–140.

8. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Проблеми захисту прав цифрових споживачів у національному законодавстві. *Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід*: матеріали ІV міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 5-6 квіт. 2019 р. Тернопіль, 2019. С. 60–63. (Особистий внесок здобувача – проаналізовано проблеми захисту прав українських споживачів за договорами, що опосередковують обіг цифрового контенту, доведено необхідність гармонізації національного законодавства із вторинним правом Європейського Союзу).

## ЗМІСТ

<b>ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....</b>	<b>21</b>
<b>ВСТУП.....</b>	<b>22</b>
<b>РОЗДІЛ 1. ЦИФРОВИЙ КОНТЕНТ ЯК ОБ’ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ</b>	
1.1. Поняття цифрового контенту.....	33
1.2. Правова природа цифрового контенту.....	59
Висновки до розділу 1.....	85
<b>РОЗДІЛ 2. ДОГОВІРНІ ЗОБОВ’ЯЗАННЯ У СФЕРІ ОБІГУ ЦИФРОВОГО КОНТЕНТУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЄС</b>	
2.1. Договірні конструкції, що опосередковують обіг цифрового контенту.....	89
2.2. Зміст договірних зобов’язань у сфері обігу цифрового контенту.....	108
2.3. Постачання персональних даних як виконання зустрічного зобов’язання кредитора у договорах про обіг цифрового контенту.....	128
Висновки до розділу 2.....	144
<b>РОЗДІЛ 3. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕВИКОНАННЯ ЧИ НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ’ЯЗАНЬ У СФЕРІ ОБІГУ ЦИФРОВОГО КОНТЕНТУ</b>	
3.1. Відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договорів, що опосередковують обіг цифрового контенту за законодавством України.....	148
3.2. Відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договірних зобов’язань у сфері обігу цифрового контенту в актах ЄС.....	170
Висновки до розділу 3.....	191
<b>ВИСНОВКИ .....</b>	<b>196</b>
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....</b>	<b>209</b>
ДОДАТОК А.....	233
ДОДАТОК Б.....	237
ДОДАТОК В.....	238

## ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

У цій роботі скорочення вживаються в такому значенні:

ЄС	Європейський Союз
ГК України	Господарський кодекс України
Директива 2011/83/ЄС про права споживачів	Директива Європейського парламенту і Ради 2011/83/ЄС про права споживачів від 25.10.2011 р.
Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг	Директива Європейського Парламенту і Ради 2019/770 про деякі аспекти договорів постачання цифрового контенту та цифрових послуг від 20.05.2019 р.
Директива 2019/771 про договори купівлі-продажу	Директива Європейського Парламенту і Ради 2019/771 про деякі аспекти договорів купівлі-продажу товарів від 20.05.2019 р.
Проект Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту	Проект Директиви Європейського парламенту і Ради 2015/0287 про деякі аспекти, що стосуються договорів постачання цифрового контенту від 09.12.2015 р.
Проект Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу	Проект Регламенту Європейського Парламенту і Ради 2011/0284 щодо спільного європейського регулювання договорів купівлі-продажу від 11.10.2011 р.
Угода про асоціацію	Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р.
ЦК України	Цивільний Кодекс України

## ВСТУП

**Обґрунтування вибору теми дослідження.** Активний розвиток новітніх інформаційних технологій спричиняє появу нових суспільних відносин, що потребують правового регулювання. Впровадження до цивільного обороту цифрового контенту зумовлює необхідність розробки правового масиву у сфері регулювання договорів, що опосередковують його обіг. Особливість цифрового контенту як об'єкта цивільних прав обумовлена подвійністю його правової природи. Адже, з одного боку, цифровий контент має властивості, що дозволяють віднести його до категорії речей та застосовувати до правовідносин у сфері його обігу норми речового та зобов'язального права, а з іншого боку, він виступає об'єктом права інтелектуальної власності, на який поширюються майнові та особисті немайнові права автора.

Підписавши Угоду про асоціацію із Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, Україна узяла на себе низку зобов'язань, серед яких забезпечувати поступову адаптацію законодавства України до *acquis* Європейського Союзу. Таким чином, Україна виразила готовність імплементувати у національне законодавство існуючі акти інститутів ЄС відповідно до визначених в угоді напрямків, серед яких: посилення економічних та торговельних відносин, які вестимуть до поступової інтеграції України до внутрішнього ринку ЄС, завдяки створенню поглибленої і всеохоплюючої зони вільної торгівлі, в тому числі нематеріальними об'єктами, до яких відноситься цифровий контент.

У травні 2019 року Європейським Парламентом та Радою було прийнято новий законодавчий інструмент у сфері обігу цифрового контенту – Директиву 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, яка набирає чинності для держав-членів ЄС 1 липня 2021 року. Процес імплементатії положень Директиви країнами-членами ЄС припадає на рекодифікацію національного



цивільного законодавства, що підвищує важливість дослідження положень цього нормативного акту у процесі адаптації українського законодавства.

Проблема віднесення цифрового контенту до категорії об'єктів цивільних прав, визначення договірних конструкцій, що обумовлюють виникнення, зміну та припинення цивільних правовідносин у сфері обігу цифрового контенту, не одержала належного вирішення у чинному українському законодавстві та висвітлення у теоретичних дослідженнях.

Саме тому, визначення правової природи цифрового контенту та розробка його поняття, обґрунтування доцільності впровадження до національного законодавства нового виду договірних відносин із постачання цифрових даних, способи його здійснення, аналіз договірних зобов'язань у сфері обігу цифрового контенту за законодавством України та ЄС, а також відповідальності за їх невиконання чи неналежне виконання, є надзвичайно актуальним в умовах розвитку інформаційного суспільства та інтеграції України до єдиного цифрового ринку ЄС.

Питання правового регулювання обігу цифрового контенту у національній правовій науці останніх років не були предметом комплексного дослідження. У науковій літературі висвітлювались лише окремі питання укладення договорів в мережі Інтернет, предметом яких виступають дані у цифровій формі, поширення та охорона авторських та суміжних прав на цифровий контент. Теоретичну основу дисертаційного дослідження становлять праці українських та зарубіжних науковців, зокрема Є. Барта, А. Бірюкова, В. Гавлік, О. Дзери, К. Зерова, І. Калаура, Н. Кузнецової, А. Кодинець, В. Кравця, М. Луза, В. Луця, Р. Майданика, Р. Маркевіч, О. Мельник, В. Мілаша, Д. Мурзіна, І. Новацької, В. Олюхи, Є. Пісулінського, М. Позняк-Недзельської, Л. Саванець, А. Сергеева, С. Сліпченко, Т. Таргоша, О. Харитонової, Є. Харитонова, Н. Хелбергер, Ф. Цоля, Н. Шалито, Д. Шостека, І. Якубівського, М. Шмідт-Кессела, К. Вендехорс, Г. Шульте-Нольке, Р. Шульца та інших.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами.** Дисертаційну роботу виконано відповідно до теми науково-дослідної роботи кафедри цивільного права і процесу Тернопільського національного економічного

університету «Гармонізація цивільного законодавства України з правом Європейського Союзу» (номер державної реєстрації – 0118U003550).

Під час виконання дисертаційної роботи здобувачка проводила наукові дослідження в Оснабрюцькому університеті (м.Оснабрюк, Німеччина) в рамках реалізації проекту «*Ostpartnerschaftenprogramm*», що фінансується фондом DAAD.

В рамках грандової програми Фонду королеви Ядвіги, дисертантка проводила наукові дослідження за темою дисертації в Ягеллонському університеті (м.Краків, Республіка Польща).

**Мета і завдання дослідження.** Метою дисертаційного дослідження є розв’язання комплексу теоретичних і практичних проблем регулювання обігу цифрового контенту, розробка договірної моделі, що його опосередковує, а також аналіз законодавства ЄС у даній сфері для запровадження ефективного регулювання договірних зобов’язань з обігу цифрового контенту та гармонізації національного законодавства із законодавством ЄС.

Для досягнення вказаної мети визначено такі основні завдання:

– здійснити всебічний порівняльний аналіз етимології поняття цифрового контенту, що міститься у українських та зарубіжних законодавчих та доктринальних джерелах, сформулювати дефініцію даного поняття у світлі необхідності розробки українського законодавства у сфері обігу цифрового контенту;

– з’ясувати правову природу цифрового контенту;

– розробити поняття та виокремити ознаки договору постачання цифрового контенту;

– здійснити порівняльний аналіз договірних конструкцій, що опосередковують обіг цифрового контенту за законодавством України та ЄС;

– охарактеризувати договірні зобов’язання у сфері обігу цифрового контенту;

– дослідити можливість використання персональних даних кредитора, як виконання зустрічного зобов’язання у відплатних договорах про обіг цифрового контенту;

– з’ясувати особливості цивільно-правової відповідальності за невиконання чи неналежне виконання умов договору про обіг цифрового контенту у чинному законодавстві України;

– розкрити підстави цивільно-правової відповідальності кредитора і боржника у договірних зобов’язаннях із обігу цифрового контенту за законодавством ЄС;

– обґрунтувати наукові висновки та пропозиції щодо удосконалення українського законодавства в сфері обігу цифрового контенту.

**Об’єктом дисертаційного дослідження** виступають цивільно-правові відносини, що виникають у зв’язку з укладенням, виконанням та припиненням договорів, на підставі яких здійснюється обіг цифрового контенту.

**Предметом дослідження** є акти законодавства України, вторинне право ЄС та законодавчі акти деяких зарубіжних країн, що регулюють обіг цифрового контенту, практика розгляду спорів, предметом яких виступає цифровий контент, доктринальні погляди, концепції, теорії.

**Методи дослідження.** Відповідно до поставлених мети і завдань основою методології дослідження стали діалектичний метод пізнання та системно-функціональний метод дослідження наукового матеріалу. Застосування формально-логічного методу дало змогу проаналізувати підходи у національній та зарубіжній доктрині до визначення поняття цифрового контенту. Порівняльно-правовий метод було використано при дослідженні положень законодавства зарубіжних країн, вторинного права ЄС про обіг цифрового контенту та їх порівнянні із відповідними положеннями нормативно-правових актів України, що уможливило здійснення пошуку шляхів вдосконалення чинного законодавства з питань правового регулювання обігу цифрового контенту. Системно-структурний метод застосовувався при тлумаченні правових категорій, в результаті чого поглиблено та уточнено понятійно-категоріальний апарат цивільно-правового регулювання договірних відносин з обігу цифрового контенту. З’ясування поняття і визначення кола істотних умов договору постачання цифрового контенту здійснено з використанням методів аналізу та синтезу. Логічний метод дослідження обумовив послідовність висловлених суджень, понять і висновків. Для з’ясування змісту

окремих законодавчих понять і теоретичних конструкцій, що регулюють обіг цифрового контенту використовувався герменевтичний метод. Застосування методу правового прогнозування дало змогу визначити можливі напрями гармонізації національного законодавства в сфері постачання цифрового контенту із законодавством ЄС.

**Наукова новизна отриманих результатів** дисертації полягає в тому, що вперше здійснене комплексне дослідження договірних правовідносин з обігу цифрового контенту; проведено порівняльно-правовий аналіз українського, іноземного та вторинного законодавства ЄС щодо обігу цифрового контенту, а також положення національної та зарубіжної доктрини у даній сфері. У результаті проведення наукової розвідки сформульовано низку положень, висновків і пропозицій, що мають істотне значення для розвитку наукових підходів та законодавчого регулювання з досліджуваної проблематики, а саме:

*вперше:*

1. визначено авторське поняття цифрового контенту, під яким слід розуміти об'єкт цивільних правовідносин, сукупність даних, що створюються, генеруються, постачаються та зберігаються у цифровій формі, за винятком даних, які виступають предметом договорів у сфері надання: фінансових, правових, фінансово-консультаційних та медичних послуг у електронній формі, послуг, що забезпечують електронне з'єднання, азартних ігор;

2. обґрунтовано необхідність впровадження у національне законодавство разом із поняттям цифрового контенту поняття товарів із цифровими елементами як рухомих речей, що містять у собі цифровий контент чи цифрову послугу, або пов'язані із їх використанням таким чином, що їх відсутність зумовила б неможливість виконання даним товаром основних функцій;

3. доведено необхідність застосування терміну «постачання» до понятійного виокремлення договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту;

4. визначено, що цифровий контент виступає цифровим записом нематеріального блага у вигляді твору (аудіо-, відео-), який охороняється

законодавством в сфері авторського права, що зумовлює поширення на цифровий контент майнових та особистих немайнових прав автора;

5. розроблено авторське поняття договору постачання цифрового контенту як договору, відповідно до якого одна сторона (постачальник) забезпечує або зобов'язується забезпечити іншій стороні (одержувачу) доступ до цифрового контенту, або надання такого цифрового контенту для завантаження на персональний технічний пристрій, а інша сторона (одержувач) зобов'язується оплатити відповідну винагороду;

6. виокремлено істотні умови договору постачання цифрового контенту, зокрема: предмет, із визначенням функцій цифрового контенту, ціни (для відплатних договорів) та положення про використання постачальником персональних даних одержувача у комерційних цілях, строк виконання зобов'язання, тобто період у часі, протягом якого постачальник на постійній основі забезпечуватиме доступ одержувачу до цифрових даних, або вказівка на визначену кількість разів завантаження цифрового контенту на персональний технічний пристрій одержувача, чи одноразового його надсилання на вказану одержувачем електронну пошту;

7. обґрунтовано доцільність термінологічного визначення кредитора і боржника у договірних зобов'язаннях у сфері обігу цифрового контенту як одержувача цифрового контенту (фізична особа, в тому числі споживач, або юридична особа, котра зобов'язується сплатити ціну або вчинити іншу дію на користь кредитора) та постачальника цифрового контенту (фізична або юридична особа, котра забезпечує чи зобов'язується забезпечити доступ до цифрового контенту, або надати такий цифровий контент для завантаження);

8. аргументовано доцільність закріплення як істотної умови відплатного договору постачання цифрового контенту положення про монетизацію та можливість подальшого використання персональних даних одержувача постачальником цифрового контенту;

9. запропоновано під належним виконанням постачальником власних договірних зобов'язань розуміти передання цифрового контенту, визначеного

умовами договору постачання цифрового контенту в обумовлені строки одержувачу, або зазначеному ним віртуальному серверу, чи матеріальному пристрою, непідконтрольному постачальнику;

10. обґрунтовано необхідність забезпечення одержувачу цифрового контенту права відмовитись від договору, і вимагати повернення сплаченої грошової суми, та припинення будь-якого використання його персональних даних, у випадку невиконання постачальником зобов'язання із надання негайного доступу до цифрового контенту, після укладення договору, та його непостачання протягом додатково визначеного одержувачем строку.

*удосконалено:*

1. поняття електронної (цифрової) інформації, як даних, в тому числі аудіовізуальних, музичних творів (з текстом або без тексту), комп'ютерних програм, фонограм, відеограм, програм (передач) організацій мовлення, цифрова форма яких придатна для зчитування і відтворення за допомогою технічного пристрою, та які можуть існувати, і (або) зберігатися у вигляді цифрових записів у базі даних на зберігаючих пристроях комп'ютерів, серверів у мережі Інтернет, тощо, а також процесу передачі цифрових даних, що транслюються у режимі потокового мультимедіа або ретранслюються з використанням мережі Інтернет;

2. визначення цифрової послуги як послуги, що уможливорює створення, обробку та зберігання цифрового контенту, поширення або будь-яку іншу взаємодію із даними у цифровій формі, що були створені чи завантажені її користувачами;

3. положення про правову природу цифрового контенту, яка незалежно від форми вираження має речово-зобов'язальний характер, з віднесенням цифрового контенту до речей та поширення на нього правового режиму об'єкта права власності, що є проявом застосування юридичної фікції;

4. визначення ознак договору постачання цифрового контенту як двостороннього та відплатного, у випадку покладення на одержувача обов'язку сплатити встановлену у договорі ціну, або надати свої персональні дані, за винятком необхідності їх передання виключно для здійснення постачання цифрового контенту, без мети використання постачальником у жодних інших цілях;

5. положення про те, що у разі надання цифрового контенту в умовах діючої маркетингової стратегії постачальника, з метою ознайомлення одержувача із цифровим контентом, без вимоги виконання будь-якого зустрічного зобов'язання, договір постачання цифрового контенту є одностороннім та безвідплатним;

6. конструкцію договору постачання товарів із цифровими елементами, за яким постачання цифрового контенту є додатковим зобов'язанням та вважається безвідплатним;

7. наукову позицію про предмет договору постачання цифрового контенту, яким виступатиме сам цифровий контент, а процес його постачання є похідним обов'язком постачальника, виконання якого уможлиблює забезпечення користування даними у цифровій формі одержувачем;

8. положення про обов'язки постачальника за договорами, що опосередковують постачання цифрового контенту, серед яких: а) постачати цифровий контент; б) передати одержувачу право власності на матеріальний носій даних, що містить цифровий контент; в) забезпечити відповідність цифрового контенту умовам договору; г) гарантувати можливість використання цифрового контенту згідно з умовами договору; д) разом із цифровим контентом передавати одержувачу необхідні документи;

9. необхідність закріплення у Законі України «Про захист персональних даних» положення, що дозволяє монетизувати використання персональних даних у договорах, укладених в мережі Інтернет;

10. науковий підхід до критеріїв пропорційності зменшення ціни договору постачання цифрового, якими є: 1) співвідношення ринкової вартості цифрового контенту належної якості на момент укладення договору та ціни договору; 2) співвідношення ринкової вартості аналогічного цифрового контенту належної якості та цифрового контенту з недоліком; 3) співвідношення витрат постачальника на обслуговування програмного та апаратного забезпечення, що уможлиблює постачання цифрового контенту за строковим договором, та цифрового контенту з недоліком.



*дістало подальший розвиток:*

1. позиція про доцільність розмежування поняття цифрового контенту, як даних у цифровій формі, та цифрової послуги, як додаткового виконання постачальником своїх договірних зобов'язань з метою створення, редагування, та/або зберігання такого цифрового контенту;

2. виокремлення способів постачання цифрового контенту, серед яких: цифрова трансмісія даних, закодованих у дискретні сигнальні імпульси та розміщених на зовнішніх матеріальних носіях інформації; завантаження цифрових даних одержувачами на їх персональні технічні пристрої; надсилання даних у формі стрімінгу он-лайн; будь-який інший спосіб, доступний для отримання цифрових даних;

3. обґрунтування необхідності окремого нормативно-правового регулювання договірних відносин постачання цифрового контенту, договорів купівлі-продажу, договорів у сфері надання послуг та застосування норм Глави 54 ЦК України до правовідносин купівлі-продажу товарів із цифровими елементами;

4. положення про застосування за аналогією ст. 768 ЦК України до правовідносин хостингу програмного забезпечення, що з часом (значно меншим ніж визначено у договорі) втратило свою функціональність, і зумовило псування електронного пристрою одержувача, та закріплення у законодавстві права одержувача вимагати: заміни цифрового контенту, якщо це можливо; відповідного зменшення розміру плати за користування контентом; безоплатного усунення недоліків цифрового контенту або відшкодування витрат на їх усунення; розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому завдані.

**Практичне значення отриманих результатів.** Основні теоретичні положення, висновки та рекомендації дисертаційного дослідження можуть бути використані у:

– правотворчій діяльності – висновки та пропозиції, зроблені в результаті проведення дисертаційного дослідження, спрямовані на вдосконалення чинного законодавства України у сфері обігу цифрового контенту. Дисертаційне дослідження містить низку пропозицій щодо внесення змін та доповнень до

Цивільного кодексу України, Закону України «Про авторське право та суміжні права», Закону України «Про захист прав споживачів»;

– правозастосовній діяльності – шляхом застосування запропонованих рекомендацій і висновків в практичній діяльності суб'єктів надання послуг з постачання цифрового контенту, судових органів, а також щодо захисту цивільних прав та обов'язків суб'єктів договірних відносин з постачання цифрового контенту при наданні юридичних послуг та консультацій;

– в навчальному процесі – основні теоретичні положення, рекомендації практичного характеру стосовно вдосконалення цивільного законодавства, що висвітлені в дисертації можуть використовуватися в навчальному процесі під час проведення лекційних та практичних занять з дисциплін «Цивільне право», «Право інтелектуальної власності», «Міжнародне приватне право», «Договірне право ЄС», «Зобов'язальне право».

**Апробація матеріалів дисертації.** Результати дисертаційного дослідження були оприлюднені на дванадцяти науково-практичних конференціях, а саме: II Міжнародній науково-практичній конференції «Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід», Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 21-22 квітня 2017 р.); Міжнародній конференції «Проблеми функціонування он-лайн посередницьких платформ в Україні», Оснабрюцький університет (м. Оснабрюк, Німеччина, 4-9 липня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Порівняльні аспекти польського та українського права», Ягеллонський університет (м. Краків, Республіка Польща, 22-23 вересня 2017 р.); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Одеські юридичні читання», Національний університет «Одеська юридична академія» (м. Одеса, 10-11 листопада 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Економічний і соціальний розвиток України у XXI столітті: національна візія та виклики глобалізації», Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 6-7 березня 2017 р.); VIII Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасна університетська правова освіта і наука», Національний авіаційний університет (м. Київ, 23 лютого 2018 р.); III Міжнародній

науково-практичній конференції «Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід», Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 20-21 квітня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС», Київський національний університет ім. Т. Шевченка (м. Київ, 8 червня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Прогалини у праві – роль юридичної фікції», Оснабрюцький університет (м. Оснабрюк, Німеччина, 12-15 грудня 2018 р.); IX Міжнародній науково-практичній конференції «Юриспруденція в сучасному просторі», Національний авіаційний університет (м. Київ, 1 березня 2019 р.); IV Міжнародній науково-практичній конференції «Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід», Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 5-6 квітня 2019 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «DCFR: порівняльно-правова перспектива», Оснабрюцький університет, Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 6-7 грудня 2019 р.).

**Структура та обсяг дисертації.** Дисертація складається із анотації державною та англійською мовами, списку публікацій здобувача за темою дисертації, вступу, трьох розділів, що містять сім підрозділів, висновків, списку використаних джерел (247 найменувань на 24 сторінках). Загальний обсяг дисертації становить 241 сторінок, із них основного тексту – 187 сторінок.

## РОЗДІЛ 1

### ЦИФРОВИЙ КОНТЕНТ ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

#### 1.1. Поняття цифрового контенту

Український законодавець не закріплює ні нормативного визначення поняття цифрового контенту, ні об'єктів, що існують у цифровій формі. З аналізу положень чинного національного законодавства випливає, що воно перебуває на етапі формування правової бази, яка стане регулятором суспільних відносин, пов'язаних із обігом цифрового контенту.

Першим нормативно-правовим актом, що визначив необхідність створення правових, організаційних, науково-технічних, економічних, фінансових, методичних та гуманітарних передумов розвитку інформатизації став Закон України «Про Національну програму інформатизації» від 04.02.1998 р. № 74/98-ВР [188]. Прийнятий на початку ери цифрового розвитку суспільства, коли інформаційні технології були далекими від щоденного життя споживачів, він, на наш погляд, є доволі застарілим. Положення даного акту встановлюють лише основні завдання інформатизації, серед яких: застосування та розвиток сучасних інформаційних технологій у відповідних сферах суспільного життя України; формування системи національних інформаційних ресурсів; створення загальнодержавної мережі інформаційного забезпечення науки, освіти, культури, охорони здоров'я тощо; створення загальнодержавних систем інформаційно-аналітичної підтримки діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування; підвищення ефективності національного виробництва на основі широкого використання інформаційних технологій; формування та підтримка ринку інформаційних продуктів і послуг; інтеграція України у світовий інформаційний простір. Досягнення зазначених цілей не можливе без розробки та прийняття низки спеціалізованих нормативно-правових актів, що регулюватимуть приватноправові відносини постачання цифрового контенту та цифрових послуг [222, с. 127].

Формування законодавчого масиву щодо регулювання ринку цифрових послуг України розпочинається із прийняттям Закону України «Про Основні засади

розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 роки» від 09.01.2007 р. № 537-V [189]. Серед цілей, які ставить перед собою законодавець у цьому правовому акті особливо важливу роль відіграє вдосконалення законодавства з регулювання інформаційних відносин. Проте, даний закон, як влучно зазначається у Цифровій адженді України – 2020, втратив свою актуальність [152, с.6]. Таким чином, постає гостра необхідність заповнення існуючих прогалин у національному законодавстві щодо регулювання ринку цифрових послуг, в тому числі напрацювання та затвердження дефініції цифрового контенту.

В умовах сьогодення питання цифрового контенту активно досліджується науковцями ЄС. Це зумовлено суб'єктивними та об'єктивними причинами, зокрема зростанням кількості правовідносин, предметом яких виступає цифровий контент, та появою законодавства, що регулює його обіг. Як зазначає Європейська комісія, визнання цифрового контенту елементом економіки ЄС, а також невід'ємною складовою, покликаною задовольнити щоденні потреби користувачів у інформації, комунікаціях, розвагах, соціальній інтеграції спричинило необхідність розробки та закріплення нормативного визначення поняття цифрового контенту. Стратегія єдиного цифрового ринку ЄС передбачає організацію технічного забезпечення та нормативного регулювання відкриття цифрових можливостей для громадян, суб'єктів підприємницької діяльності та закріплення ЄС як світового лідера з розвитку цифрової економіки [23].

Варто відзначити, що Угода про Асоціацію визначила основний курс розвитку національного законодавства у напрямку його гармонізації із європейським [225]. З метою долучення України до Єдиного цифрового ринку ЄС, та розробки ефективного нормативного регулювання у даній сфері, Кабінетом Міністрів України було схвалено Концепцію розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки, та затверджено план заходів щодо її реалізації [194]. Враховуючи курс гармонізації українського законодавства та законодавства ЄС, в тому числі щодо правового регулювання ринку цифрових послуг, вважаємо за необхідне дослідити доробок законодавства та доктрини ЄС у сфері регулювання відносин постачання цифрового контенту.

Здійснюючи аналіз правових актів ЄС та законодавства його країн-членів, зауважуємо відкритість питання формування єдиного підходу законодавчого визначення поняття цифрового контенту. У зв'язку із цим, немає єдності у позиціях правової доктрини щодо досліджуваної дефініції.

Вчені у своїх працях визначають цифровий контент як все цифрове наповнення, котре споживач може отримати через під'єднання до мережі Інтернет, або за допомогою інших зовнішніх каналів зв'язку, таких як CD- чи DVD-диски, а також інші послуги, одержані за допомогою мережі Інтернет [38, с.38]; усі види послуг, що надаються в електронній формі [86, с.185]; будь-які дані, чи інформація, представлені у формі бінарних кодів, наприклад, відеоігри на CD-дисках, електронні книги, повідомлення та пости у соціальних мережах [161]; інформаційно-розважальні матеріали, які розповсюджуються в цифровому вигляді по каналах зв'язку, призначених для використання на цифрових пристроях, таких як комп'ютер, мобільний телефон, спеціалізовані пристрої [199].

Не містить однакового визначення цифрового контенту і законодавство країн-членів ЄС.

Першим нормативно-правовим актом ЄС, що закріпив поняття цифрового контенту була Директива 2011/83/ЄС про права споживачів [18], відповідно до положень якої, цифровим контентом виступають дані, згенеровані та передані у цифровій формі. У п. 19 її преамбули, європейський законодавець визначає цифровий контент через сукупність об'єктів, таких як: комп'ютерні програми, мобільні додатки, ігри, музика, аудіовізуальні файли чи тексти, незалежно від того, чи доступ до таких даних відбувається через завантаження, чи потокову передачу даних.

З метою розроблення авторського визначення поняття цифрового контенту, яке, відтворюючи його основні характеристики, відповідало б праворозумінню і правозастосуванню законодавства України, вважаємо за доцільне детально проаналізувати дефініцію цифрового контенту, представлену в Директиві 2011/83/ЄС про права споживачів з ціллю її гармонізації, відповідно до національного законодавства.

Дослідження дефініції цифрового контенту слід розпочати із аналізу визначеного нею поняття даних. Варто відзначити, що воно не є новим для українського законодавця, проте, досі відсутня його уніфікована дефініція.

Вперше поняття даних в українському законодавстві з'явилося у 2001 році в підзаконному нормативно-правовому акті, а саме у наказі Департаменту спеціальних телекомунікаційних систем та захисту інформації Служби безпеки України «Про затвердження Порядку захисту державних інформаційних ресурсів у інформаційно-телекомунікаційних системах» та визначалося як інформація, яка передається мережею передачі даних незалежно від способу її фізичного та логічного представлення [180]. Вже наступного року, у зв'язку із стрімким розвитком глобальної мережі, та підключенням абонентів споживачів до неї, корегована дефініція даних з'являється у Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку підключення до глобальних мереж передачі даних», під якими розуміється інформація в електронному вигляді, яка створюється, зберігається та передається з використанням глобальних мереж [181].

Пізніше, у 2004 році поняття даних визначається у Законі України «Про електронні документи та електронний документообіг» як інформація, подана у формі, придатній для її оброблення електронними засобами [177]. Згаданий закон був першим в Україні законодавчим нормативно-правовим актом, що закріпив поняття даних. Дещо редаговану дефініцію цього поняття містить пізніше прийнятий Закон України «Про телекомунікації», за яким дані – інформація у формі, придатній для автоматизованої обробки її засобами обчислювальної техніки [195]. Узагальнюючи, варто відзначити, що обидва закони містять доволі подібне нормативне визначення, та розуміють дані перш за все як інформацію у цифровій формі.

Провівши аналіз законодавчої дефініції даних у нормативно-правових актах України, доходимо висновку, що незважаючи на єдиний підхід до розуміння даних, національне законодавство не містить їх уніфікованого визначення.

У свою чергу, як українська, так і зарубіжна доктрина, також не вирізняється спільною тенденцією у визначенні поняття даних. Так, одна група дослідників під



даними розуміє відомості, показники, необхідні для ознайомлення з ким-, чим-небудь, для характеристики когось, чогось або для певних висновків, рішень [209, с.210]; відомості, отримані шляхом вимірювання, спостереження, логічних або арифметичних операцій і представлені у формі, придатній для постійного зберігання, передачі і (автоматизованої) обробки [224]; сукупність свідчень, зафіксованих на конкретному носію у формі, що дозволяє їх обробку, передачу та зберігання [140, с.3], свідчення, факти, показники, що виражаються у будь-якій формі (в тому числі і числовій) [119, с.13], факти, поняття або інструкції, представлені в формі, придатній для пересилання, інтерпретації та опрацювання людиною, чи автоматизованими засобами [98, с.126].

Представники дещо іншого підходу, визначають дані як інформацію (наприклад: текст, знаки, звуки, малюнки), що виражена у формі, придатній для обробки засобами комп'ютерної техніки [66, с.55], закодований запис інформації, розшифрування якого відбувається шляхом використання спеціальних протоколів, що застосовувались у процесі кодування [57, с.286], інформацію, представлену у вигляді, придатному для обробки автоматичними засобами при можливій участі людини [125].

Здійснюючи аналіз поняття даних в контексті дослідження предмету договорів, що опосередковують обіг цифрового контенту, вважаємо, що під ними слід розуміти набір інформації, представлений у цифровій формі, придатній для обробки та відтворення технічними засобами. При цьому, формою їх вираження є цифровий запис бінарного коду [6, с.107]. На думку дослідників, цифровими даними виступають дані, кодування та обробка яких є нерозривно пов'язана із використанням технічного забезпечення та спеціалізованого програмування [54, с.57].

З метою детального аналізу поняття даних як цифрового контенту, доцільним видається з'ясування об'єктивних очікувань сторін в результаті укладення договорів, що опосередковують обіг цифрового контенту. Не виникає сумнівів, що одержувач цифрових послуг, укладаючи договір постачання цифрового контенту, очікує на отримання таких даних із інформацією, використання якої

уможлиблюється виключно шляхом вживання спеціальних технічних засобів. На думку Г. Шпор, саме форма представлення інформації в даних буде ключовим елементом, визначаючим її можливість бути предметом договору постачання цифрового контенту [66, с.46].

У цьому контексті не можливо оминати поняття, яким 23 березня 2017 року було новелізовано Закон України «Про авторське право та суміжні права», а саме – електронної (цифрової) інформації. Законодавець визначив її як аудіовізуальні твори, музичні твори (з текстом або без тексту), комп'ютерні програми, фонограми, відеограми, програми (передачі) організацій мовлення, що знаходяться в електронній (цифровій) формі, придатній для зчитування і відтворення комп'ютером, які можуть існувати і (або) зберігатися у вигляді одного або декількох файлів (частин файлів), записів у базі даних на зберігаючих пристроях комп'ютерів, серверів, тощо у мережі Інтернет, а також програми (передачі) організацій мовлення, що ретранслюються з використанням мережі Інтернет [173]. Даний термін був впроваджений на виконання положень Закону України «Про державну підтримку кінематографії в Україні», та покликаний перш за все визначити твір розміщений у глобальній цифровій мережі, а також встановити межі захисту майнових та особистих немайнових прав його автора. На наш погляд, представлена дефініція електронної (цифрової) інформації, хоч і містить часткове відображення поняття даних, проте, є значно вужчою, включає в себе лише різного роду твори, та обмежує коло технічних пристроїв, на яких вони генеруватимуться, змінюватимуться та зберігатимуться.

Розглядаючи згадану нормативну дефініцію, перш за все варто звернути увагу на ототожнення законодавцем поняття електронної та цифрової форми представлення інформації. З метою аналізу доцільності застосування зазначених понять, вважаємо за необхідне вивчити існуючі відмінності між електронною і цифровою формами представлення інформації. А. Земсков визначає електронною інформацію, котра розміщується, обробляється та поширюється за допомогою електронних носіїв [132, с.59]. На думку Г. Герсдорфа, електронна інформація – це такий тип інформації, що передається за допомогою електронних засобів зв'язку,

зокрема через мережу Інтернет. До електронної інформації вчений відносить мультимедіа, телекомунікаційні послуги, послуги радіомовлення [32]. Тобто, до інформації електронного виду науковці зараховують не тільки цифрову інформацію, представлену у формі бінарного коду, але й аналоговий та радіо сигнали. У літературі та нормативно-правових актах первинно застосовувалось саме поняття електронної інформації, електронного документообігу, електронних послуг – усього того, що існувало у матеріальній формі речей, документів, тощо, і, з розвитком інформаційних технологій було перетворено в сигнали різного типу (в тому числі, і аналогові). На сьогодні термін «електронний» застосовується для характеристики предметів, здатних до зчитування технічними пристроями будь-якого виду, а не лише персональними комп'ютерами.

Відповідно до міжнародного он-лайн словника технічних термінів *Tech Terms Computer Dictionary* під цифровою інформацією слід розуміти інформацію, що зберігається у формі двійкової системи (одиниць та нулів) [94]. На нашу думку, термін цифрова інформація є вужчим, характеризується її двійковою цифровою формою вираження та здатністю до обробки, і відтворення за допомогою спеціальних технічних пристроїв, програмного забезпечення.

Ще одним аргументом щодо необхідності внесення змін до ст.1 Закону України «Про авторське право та суміжні права» є потреба уникнення існування у законодавстві близьких за значенням термінів, котрим надана відмінна дефініція. Так, Закон України «Про електронну комерцію» дає визначення поняття електронної форми представлення інформації, аналіз якого буде здійснено далі у тексті дисертаційного дослідження.

Таким чином, для ефективності нормативного регулювання обігу цифрових даних, в тому числі і тих, що виступають об'єктом авторського права і суміжних прав, пропонуємо внести зміни до положення ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права», виклавши поняття електронної (цифрової) інформації в наступній редакції: «цифрова інформація – дані, в тому числі аудіовізуальні, музичні твори (з текстом або без тексту), комп'ютерні програми, фонограми, відеограми, програми (передачі) організацій мовлення, цифрова форма яких

придатна для зчитування, і відтворення за допомогою технічного пристрою, та, які можуть існувати і (або) зберігатися у вигляді цифрових записів у базі даних на зберігаючі пристроях комп'ютерів, серверів у мережі Інтернет, тощо, а також процес передачі цифрових даних, що транслюються у режимі потокового мультимедіа або ретранслюються з використанням мережі Інтернет».

Узагальнюючи, варто відзначити, що предметом договорів, що опосередковують обіг цифрового контенту виступатимуть дані, під якими розуміється інформація представлена у цифровій формі (формі бінарного коду), придатна для обробки, перетворення та постачання одержувачу за допомогою спеціалізованих технічних пристроїв із використанням комп'ютерного програмування [89, с.185].

Зважаючи на те, що однією із ключових ознак цифрового контенту є генерування даних у цифровій формі, видається необхідним проаналізувати основні способи отримання цифрових даних шляхом їх генерування.

Важливе місце в системі існування даних, як предмета договорів постачання цифрового контенту, займає їх первинна генерація у цифровій формі. Тобто об'єкт, що визначається як цифровий контент, створюється його автором у формі бінарного коду, чи іншого електронного представлення інформації за допомогою спеціальних технічних засобів із використанням програмного забезпечення. Іншою формою виникнення цифрового контенту є створення цифрових даних шляхом застосування технологій діджиталізації (оцифрування) матеріальних об'єктів, та дискредитації об'єктів, що існують в аналоговій формі.

Продовжуючи аналіз дефініції цифрового контенту, що міститься в положеннях Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів, відзначаємо, що європейський законодавець закріплює за цифровим контентом обов'язкову ознаку – генерування у цифровій формі.

На перший погляд, представленій дефініції відповідатиме лише первинно створений у цифровій формі контент. Таке обмеження щодо предметів договорів постачання цифрового контенту, на нашу думку суттєво зменшує захист прав та створює додаткові обтяжливі зобов'язання для його кінцевого одержувача,

змушуючи, при укладенні договору постачання цифрового контенту, щоразу перевіряти чи такий контент є первинно створеним, чи виник в результаті діджиталізації та дискредитації [62, с.32; 215, с.60].

Саме тому, правове тлумачення поняття генерування даних у цифровій формі необхідно здійснювати широко як виникнення цифрових даних внаслідок первинного створення, та/або вторинної діджиталізації та дискредитації матеріальних об'єктів, і аналогових сигналів.

Наступним елементом, що характеризує договірні зобов'язання із передання цифрового контенту є процес постачання згенерованих даних у цифровій формі. На даному етапі доцільно охарактеризувати сам термін «постачання», та можливість його застосування у визначенні назви договору, за яким здійснюється обіг цифрового контенту.

Розробляючи нормативно-правове регулювання у сфері обігу цифрового контенту, європейський законодавець первинно використовує англійський термін «*supply*», котрий, відповідно до контексту у якому використовується, перекладається як «поставка» [4], «доставка» [148, с.450], «постачання» [226, с.157; 158, с.430].

З'ясовуючи україномовний відповідник назви договору, за яким здійснюється обіг цифрового контенту, важливим видається аналіз вимог законодавчої техніки, що міститься в Правилах оформлення проектів законів Апарату Верховної ради України, основним постулатом якої вважається визначення термінології закону таким чином, щоб її зміст відповідав змісту термінів, що містяться в офіційній діловій мові, спеціальних науках та чинному законодавстві [169, с.14].

Таким чином, варто зупинитись на обґрунтуванні доцільності використання саме поняття «постачання», а не термінів «доставка» та «поставка», адже як зазначав С. Алексеев, вироблення понятійного апарату юриспруденції є основною запорукою єдності правозастосовної практики. Поділяємо думку вченого стосовно того, що терміни як у правовій доктрині, так і у положеннях законодавства, правозастосовній діяльності, повинні бути гармонізованими. Порушення цієї єдності може привести до виникнення негативних для юридичної науки та практики випадків «розширення» або «звуження» існуючих термінів [107, с.30]. Враховуючи

вищенаведене, ключовим в обґрунтуванні назви договору за яким здійснюється обіг цифрового контенту є перелік прав та обов'язків кредитора та боржника, що закріплюється у нормативно-правових актах України під даним видом договору.

Для початку, доцільно проаналізувати договір поставки, відповідно до якого постачальник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується передати у встановлений строк товар у власність покупця для використання його у підприємницькій діяльності, або в інших цілях, не пов'язаних з особистим, сімейним, домашнім або іншим подібним використанням, а покупець зобов'язується прийняти товар і сплатити за нього певну грошову суму [233]. На нашу думку, дана законодавча конструкція не може застосовуватись до договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту. Аргументуючи власну позицію, зауважимо, що по-перше, договори постачання цифрового контенту є, в тому числі, і споживчими договорами, а отже, конструкція В-В (*business to business*) не відповідає їх істоті. По-друге, у правовідносинах, предметом яких виступає цифровий контент, кредитор не зобов'язується у кожному конкретному випадку передавати дані у власність боржнику. Для деяких договірних конструкцій (наприклад, договорів хмарного сховища даних) обов'язком кредитора виступатиме лише надання боржникові доступу до цифрових даних, розміщених на його сервері, за допомогою спеціального програмного забезпечення. По-третє, дискусійним є питання відплатності договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту, в тому числі, обов'язок боржника сплатити певну грошову суму за надання доступу до цифрових даних.

Аналізуючи договори за якими здійснюється доставка товарів (за посередництвом організацій поштового зв'язку, кур'єрської служби та інше), варто відзначити, що за своєю суттю вони є договорами про надання послуг. Відповідно до законодавчого визначення, за договором про надання послуг виконавець зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу [233]. В контексті аналізу договірної конструкції надання послуг, цікавою видається думка

Т. Л. Левшиної, яка зазначає, що всім послугам притаманна одна спільна ознака – результату передуює виконання дій, які не мають матеріального втілення, і які складають разом з ним єдине ціле. Тому, при наданні послуг продається «не сам результат, а дія, яка привела до нього» [154, с. 417]. На наш погляд, кваліфікація договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту, як договорів надання послуг є неоднозначною. По-перше, на підставі договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту, залежно від їх підтипу, передаватимуться дані одержувачу у власність, у користування на певний період часу. По-друге, у випадку укладення договору, предметом якого виступатимуть відносини із забезпечення струменевого постачання даних, на виконавця покладатиметься обов'язок протягом тривалого часу забезпечити матеріально-технічне та програмне устаткування, для можливості отримувати доступ до даних одержувачем. На наш погляд, такий спектр відносин, що опосередковані договором про обіг цифрового контенту є значно ширшим, ніж закладено у законодавчому та доктринальному визначенні послуги із доставки. Саме тому, вважаємо, що словосполучення «доставка цифрового контенту» також не відповідає предмету досліджуваних правовідносин.

Початково прийнятий проект Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту містить визначення терміну «*supply*» як надання доступу до цифрового контенту чи забезпечення доступності цифрового контенту (*providing access to digital content or making digital content available*) [73]. Враховуючи особливості передання цифрового контенту, а саме, забезпечення постійного тривалого доступу користувача до сервісу, на якому розміщується цифровий контент, із використанням технічного забезпечення одержувача, вважаємо термін «постачання цифрового контенту» найбільш вдалим для імплементації в українське законодавство як такий, що якнайточніше характеризує правовідносин між постачальником та одержувачем послуг, предметом яких виступає цифровий контент.

Ще одним аргументом, підсилюючим обґрунтованість назви договору постачання цифрового контенту є положення п. 19 преамбули Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів, що вказує на єдину типологію

договорів постачання електроенергії, води, газу та цифрового контенту. Іменуючи обидва типи договорів, європейський законодавець використовує назву «*supply*», що в україномовній версії має відповідників: договори постачання енергетичними та іншими ресурсами та договори постачання цифрового контенту. Таким чином, вважаємо необхідним закріпити в національному законодавстві термін «постачання цифрового контенту» для договорів, за якими здійснюється обіг цифрових даних.

Погоджуємось із позицією І. Новацької, яка зазначає, що у випадку договорів, що опосередковують обіг цифрового контенту, термін постачання даних нерозривно пов'язаний із характерною рисою його здійснення, а саме із цифровою формою [62, с.33].

Цифрова форма представлення даних не є новим терміном у науковій літературі та національному законодавстві. Так, під цим поняттям доктрина розуміє інформацію у цифрових кодах, символах, масивах чисел [120, с.22], дані у формі бінарного коду, що мають здатність до відтворення [61], інформацію, що складається із бітів [120, с.33], набір буквено-цифрових символів [119, с.115].

У цьому аспекті дослідження видається необхідним проаналізувати дефініцію електронної форми представлення інформації, що з'явилася у національному законодавстві у 2015 році із прийняттям Закону України «Про електронну комерцію». Під згаданим поняттям розуміється спосіб документування інформації, що означає створення, запис, передачу її збереження у цифровій чи іншій нематеріальній формі за допомогою електронних, магнітних, електромагнітних, оптичних або інших засобів, здатних до відтворення, передачі чи зберігання інформації. Електронною формою представлення інформації вважається документування інформації, що дає змогу її відтворювати у візуальній формі, придатній для сприйняття людиною [178]. На нашу думку, поняття електронної форми представлення інформації, хоч і містить риси цифрової форми представлення даних, не є її відповідником, оскільки включає в себе усі інші (крім цифрової) форми представлення інформації, та є ширшою категорією, що відповідно до правил законодавчої техніки не може застосовуватись як синонім цифрової форми даних.



Переконані, що у правовідносинах постачання цифрового контенту, цифрову форму представлення даних слід розуміти як набір цифрових кодів, що містять в собі інформацію, придатну для зчитування, обробки та відтворення за допомогою спеціальних матеріально-технічних засобів та визначеного програмного забезпечення. А «постачання даних у цифровій формі» необхідно інтерпретувати як цілісний вираз, що характеризує досліджувану форму обігу даних, суттєво звужує термін постачання, адаптуючи його виключно під правовідносини, предметом яких виступає цифровий контент.

З метою детального аналізу постачання даних у цифровій формі видається необхідним розглянути основні способи його здійснення. Першим і найбільш зрозумілим для правової характеристики є постачання даних у цифровій формі на матеріальному носіїві. Ним може виступати CD-, DVD- накопичувачі інформації, зовнішні диски, карти пам'яті та жорсткі диски комп'ютерів. На думку І. Новацької, постачанням даних у цифровій формі вважатиметься будь-який спосіб поставки, доставки отримувачу матеріального носія, на якому вміщено цифровий контент [62, с.33].

Наступним видом постачання даних у цифровій формі є запис цифрового контенту в пам'яті електронного пристрою одержувача. При цьому, для здійснення такого запису необхідна явно виражена згода одержувача цифрового контенту, а пристроєм, в пам'яті якого буде здійснено запис цифрових даних, може виступати персональний прилад (пам'ять комп'ютера), або сервер одержувача, чи вказаний ним сервер третьої особи – посередника. Варто звернути увагу на те, що в літературі вище зазначені види постачання цифрового контенту прирівнюють до постачання даних на матеріальному носію [62, с.33].

Поняття матеріального носія даних також є відомим українському законодавству. Проте, згадана дефініція застосовується виключно у спеціалізованих підзаконних нормативно-правових актах. Так, Наказ Міністерства транспорту України «Про затвердження Правил авіаційного електрозв'язку в цивільній авіації України» від 23.09.2003 р. № 736 містить поняття носія даних, під яким розуміється фізичне середовище, в якому забезпечуються: запис, перезаписування, накопичення,

зберігання та зчитування повідомлень даних у формі аналогового або цифрового сигналу даних [182]. Інший підзаконний нормативно-правовий акт цього ж міністерства, а саме Наказ «Про затвердження Правил інформаційного забезпечення системи управління безпекою польотів повітряних суден цивільної авіації України» від 19.03.2009 р. № 295 визначає поняття носія інформації як фізичне тіло, яке використовується під час запису для збереження в ньому, або на його поверхні, сигналів інформації [183].

Аналізуючи вищенаведені нормативні дефініції доходимо висновку про їх обмежене (спеціальне) застосування виключно для інтерпретації правового акту, якого вони стосуються. Для характеристики матеріального носія інформації, що є предметом договору постачання цифрового контенту, вважаємо за доцільне запровадити новелізоване, більш широке поняття матеріального носія.

З метою розробки власної дефініції матеріального носія даних, вважаємо доцільним звернути увагу на визначення, закріплене Директивою 2011/83/ЄС про права споживачів. Відповідно до ч. 10 ст. 2 матеріальним носієм вважається кожен інструмент, уможлиwiająчий накопичення адресованої споживачу, або суб'єкту підприємницької діяльності, інформації, у спосіб, забезпечуючий доступ до неї протягом періоду визначеного цілями її використання, шляхом відтворення у первинному вигляді. Варто відзначити, що саме ця дефініція матеріального носія, шляхом імплементації Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів, знайшла своє закріплення і в нормативних актах держав-членів ЄС (Закон Республіки Польща «Про права споживачів» [95], Закон Болгарії «Про надання фінансових послуг на відстані» [131], Закон Чеської Республіки «Про договір страхування» [103], та інші).

На виконання положень Угоди про асоціацію та впровадження законодавчого регулювання постачання цифрового контенту на матеріальному носію, вважаємо за доцільне закріпити в національному законодавстві поняття матеріального носія інформації, під яким розуміємо матеріальний пристрій, що уможливає прийом, запис, зберігання та відтворення на вимогу уповноваженої особи цифрових даних у їх первинному стані.

Наступною формою постачання цифрових даних, якій, на наш погляд, варто приділити увагу, є їх завантаження з серверу постачальника. Таке постачання відбувається шляхом надання постачальником доступу до цифрових даних з подальшою можливістю їх завантаження на персональний технічний пристрій одержувача. З цього моменту одержувач може на власний розсуд розпоряджатись даними, а постачальник не має доступу до їх модифікації, а також видалення із персонального пристрою одержувача у зв'язку із закінченням строку дії договору. Найчастіше таким способом завантажуються цифрові дані у формі електронних книг, документів, програмного забезпечення, що не потребує постійного оновлення.

У контексті цього питання цікавим для аналізу видається рішення Суду Справедливості ЄС у справі C-49/11 *Content Service Ltd* проти *Bundesarbeitskammer* від 5.07.2012 р., у якому суд кваліфікує електронну пошту та інтернет сторінку як матеріальний носій даних. Така позиція Суду Справедливості ЄС обґрунтовується тим, що при завантаженні даних з веб-сторінки безпосередньо на пристрій одержувача, або у хмарне сховище даних його особистої електронної пошти, забезпечується принцип неможливості будь-якого подальшого втручання постачальника до змісту даних, тобто дані завантажені у хмарне сховище електронної пошти та веб-сторінка, що уможлиблює доступ до них, розуміються матеріальним носієм [43].

Враховуючи позицію Суду Справедливості ЄС, та з метою формування діючого та ефективного законодавства в сфері постачання цифрового контенту, вважаємо за доцільне застосувати техніку юридичної фікції та кваліфікувати електронне сховище даних, на яке було здійснено постачання цифрового контенту, як матеріальний носій інформації.

Із поступовою заміною моделі постачання цифрових даних безпосередньо на матеріальний носій інформації одержувача (*Internet Service Providers*) на модель завантаження та роботи із даними у хмарному сховищі (*Applications service providers*) поширення набирає така форма постачання даних, при якій одержувачу надається доступ до даних, що знаходяться на сервері постачальника [59, с.110]. На відміну від попередньо описаних моделей надання одержувачу доступу до

цифрових даних, у випадку використання хмарного сховища, за постачальником залишається абсолютне право контролю над контентом (його завантаження на сервер, обробка, зміна, видалення), а одержувач, отримуючи доступ до нього, позбавлений права його завантажити на власній пристрій та отримати для розпорядження його копію. На наш погляд, така модель взаємодії із даними потребує якнайширшого нормативно-правового регулювання прав та обов'язків їх постачальника. Адже, використовуючи цифрову інформацію, одержувач може завантажувати на сервер постачальника власний контент, працювати із вже розміщеними на сервері постачальника даними. При цьому, важливим залишається питання охорони персональних даних одержувача, забезпечення їх схоронності, недопущення використання іншими особами, та інше (обумовлене метою укладеного договору постачання цифрового контенту).

З метою формулювання поняття цифрового контенту задля подальшого закріплення в українському законодавстві, вважаємо доцільним здійснити порівняльний аналіз доктринальних та законодавчих положень зарубіжних країн, що його визначають.

Варто зазначити, що у науковій літературі наявні два основні підходи до визначення поняття цифрового контенту. Перший – відображений у доктрині загального права, та закріплює «вузьку» дефініцію цифрового контенту. Так, Американський інституту права у монографії «Принципи права. Цифрові договори», написаній з метою запровадження єдиного регулювання договорів, предметом яких виступають цифрові дані, визначає, що цифровим контентом є творча діяльність, виражена у цифровій формі (*digital art*), а також електронні бази даних (*digital database*). Тобто, фактично доктрина загального права відносить до цифрового контенту виражені у електронній формі книги, фільми, музику, фотографії, малюнки, а також бази даних, виключаючи програмне забезпечення. У наведеному науковому дослідженні вчені обґрунтовують необхідність розробки відмінного нормативно-правового регулювання обігу комп'ютерного програмування виходячи із істотної різниці у обсязі прав та обов'язків його постачальника [39, с.27].

На відміну від країн загального права, континентальна правова система прийняла підхід «широкої» дефініції цифрового контенту. Так, Директива 2011/83/ЄС про права споживачів (перший нормативно-правовий акт ЄС, що закріпив легальну дефініцію досліджуваного поняття) відносить до цифрового контенту як цифрові дані, що постачаються у будь якій формі, так, і програмне забезпечення технічних пристроїв [18].

Прийняття вищезгаданої директиви стало поштовхом до впровадження у національне законодавство про захист прав споживачів країн-членів ЄС правової конструкції договору постачання цифрового контенту споживачеві, та самої дефініції цифрового контенту.

Так, аналізуючи законодавство Республіки Польща, зауважуємо, що прийнятий Закон Республіки Польща «Про права споживачів» від 30.05.2014 р. вперше надає правову дефініцію цифровому контенту, та встановлює, що даний закон буде застосовуватись до правовідносин між споживачем та суб'єктом господарювання [95].

Деяко відмінний підхід бачимо у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, де цифровий контент визначається як дані, що генеруються та поставляються в цифровій формі, незалежно від того чи їхні особливості визначаються споживачем, включаючи відео- та аудіо- контент, зображення, тексти, комп'ютерні ігри, програмування, цифровий контент, що уможливорює персоналізацію апаратного та програмного забезпечення, за винятком:

- i. Фінансових послуг, в тому числі інтернет-банкінгу;
- ii. Правових або фінансових консультаційних послуг, що надаються в електронній формі;
- iii. Електронних медичних послуг;
- iv. Послуг, що мають на меті забезпечення електронного з'єднання, а також інших, пов'язаних послуг;
- v. Азартних ігор;

vi. Створення нового цифрового контенту, або зміни існуючого цифрового контенту споживачем, або інші способи взаємодії із творами інших користувачів [74].

Аналізуючи поняття цифрового контенту запропоноване у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу доходимо висновку, що каталог об'єктів, які визначаються як цифровий контент є доволі широким.

Не можливо не виділити появу у легальній дефініції цифрового контенту, що міститься у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу поняття споживача. Це, насамперед пов'язується із першочерговою метою регулювання відносин у сфері купівлі-продажу поміж суб'єктами підприємницької діяльності та споживачами, задля якої і розроблявся проект Регламенту. Проте, відповідно до п. 1 ст. 7 положення Регламенту поширюються також на приватноправові відносини купівлі-продажу між двома суб'єктами підприємницької діяльності, якщо принаймні одна зі сторін є суб'єктом малого або середнього підприємництва.

У зв'язку із наведеним, розмірковуючи про можливість запровадження поняття цифрового контенту, що закріплюється проектом Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу у законодавство України, вважаємо за доцільне не обмежувати застосування цього легального визначення виключно до відносин між споживачем та суб'єктом підприємницької діяльності, а особу, яка споживає цифровий контент визначити як одержувача цифрового контенту.

З метою виокремлення особливостей, притаманних об'єктам, що виступають цифровим контентом в розумінні проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, та розробки власного визначення цифрового контенту, вважаємо за необхідне приділити увагу заключному звіту Європейської комісії «Послуги цифрового контенту для споживачів: оцінка проблем» [14], котрий містить перелік об'єктів, що визначаються як цифровий контент, зокрема:

а) медіа-сервіси, що містять візуальний чи аудіо-контент, котрий завантажується користувачами на їх персональні пристрої (*downloading*) чи транслюється через мережу Інтернет у режимі реального часу (*streaming*). При цьому, споживач даних послуг не зобов'язаний вчиняти будь-яких додаткових дій.

b) Комп'ютерні ігри.

Цікавим є положення про надання дозволу користувачеві використовувати цифровий контент у режимі реального часу. Проривом у розвитку ринку цифрового контенту стала поява мережевих ігор типу MMORPG (*Massive Multiplayer Online Role-Playing Games*), у яких гравці з різних держав спільно грають у комп'ютерну гру, одночасно використовуючи програмування та створюючи предмети, що можуть використовуватись як їхніми дійовими особами у грі, так і іншими гравцями [92].

c) Контент користувачів (*user-created content*) – послуга створення та модерування користувачами цифрового контенту, з можливістю визначення кола осіб, що мають до нього доступ.

d) Персоналізовані он-лайн послуги (*personalisation services*), котрі надають користувачам можливість персоналізувати існуюче апаратне чи програмне забезпечення шляхом введення своїх особистих даних. Дані послуги широко використовуються споживачами як додатки-програми для спілкування у мобільних пристроях та соціальних мережах.

e) Мережеві послуги зв'язку та комунікації (*communication services*), котрі покликані забезпечити їх користувачам зв'язок із іншими користувачами у цифровій формі, без зміни існуючого контенту або створення нових комунікацій іншими користувачами.

f) Послуги системного програмного забезпечення (*system software services*), що споживаються для безперебійної роботи апаратного забезпечення комп'ютерних пристроїв, та створюють цифрову платформу для функціонування програмного забезпечення.

g) Програмне забезпечення як послуга (*software-as-a-service*) – програмне забезпечення, що розміщується постачальником чи провайдером послуг, та доступне до завантаження на персональні комп'ютерні пристрої споживачів через мережу Інтернет [14].

Варто відзначити, що у найновіших дослідженнях у сфері обігу цифрового контенту вчені виділяють ще одну, не менш важливу категорію об'єктів – цифровий контент, що постачається із використанням технології хмарного сховища даних

(*Cloud computing*). Відповідно до положень закріплених у Робочому документі Комісії ЄС «Розв'язання потенціалу хмарних технологій» від 27.09.2012 р. хмарними технологіями вважаються технології, що уможливають встановлення швидкого спільного доступу користувача до даних. Такий доступ забезпечується кожному з конфігурованих комп'ютерних ресурсів, із мінімальним втручанням у даний процес постачальника послуг [7]. Наведена дефініція, перш за все, підкреслює технологічні особливості «хмари», проте, більшої уваги заслуговує аналіз правовідносин, що виникають внаслідок застосування даних технологій.

I. Новацька, виділяє три основні моделі технології хмарного сховища даних:

а) Інфраструктурні послуги (*Infrastructure as a service*) – модель, що характеризується постачанням технологічної інфраструктури, зокрема серверів, програмного забезпечення, встановлення та використання якого є необхідною умовою для функціонування серверу [62, с.38].

б) Послуги інформаційних платформ (*Platform as a service*) – модель хмарних технологій, що характеризується постачанням апаратного та програмного забезпечення, за допомогою якого одержувач може створювати та керувати різноманітними додатками. Зручність такого сервісу полягає в тому, що постачальник розміщує усі необхідні засоби на власному сервері, а одержувачу необхідно лише отримати доступ до нього, не встановлюючи додаткове програмне забезпечення [51].

с) Послуги програмного забезпечення (*Software as a service*) – модель хмарних технологій, для якої характерними є надання ліцензії та можливість використання програмного забезпечення, розробка постачальником веб-програми, її розміщення на віддаленому сервері, з можливістю управління нею та надання доступу одержувачу через під'єднання до хмарного сховища (сервера) постачальника [85]. Використовуючи дану модель одержувач не стає власником програмного забезпечення, а лише набуває можливості тимчасового використання.

У світлі розуміння підходу до визначення цифрового контенту наведеного у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, на нашу думку, варто приділити особливу увагу аналізу даних, що попри генерування та постачання у



цифровій формі, не охоплюються поняттям цифрового контенту, закріпленого в ст. 2 досліджуваного акту. До них належать: фінансові послуги, в тому числі інтернет-банкінг; правові або фінансово-консультаційні послуги, що надаються в електронній формі; електронні медичні послуги; послуги, що мають на меті забезпечення електронного з'єднання, а також інші, пов'язані послуги; азартні ігри.

У науковому коментарі до проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, Р. Шульце, пов'язує закріплення вищенаведених винятків передусім із їх правовою природою. Так, суть фінансових, правових та інших консультаційних послуг, електронних медичних послуг та послуг електронного з'єднання не мають на меті передачу споживачеві даних у цифровій формі. Особливістю їх надання – є електронна форма представлення інформації, а тому наведені різновиди правовідносин слід регулювати законодавством у сфері електронної комерції [9, с.45].

Аналізуючи положення проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, що містять поняття цифрового контенту, вважаємо, що зміст правовідносин передбачених у винятках ст. 2 виходить за межі розуміння правової природи цифрового контенту. Крім того, «електронна форма» даних правочинів характеризує не їх суть, як у випадку із цифровим контентом, а винятково спосіб їх вчинення. Тому, при розробці легальної дефініції цифрового контенту, вважаємо за необхідне вилучити об'єкти, що характеризуються виключно електронним способом представлення інформації, або електронною формою вчинення дій, з даного поняття, як такі, що регулюються законодавством у сфері електронної комерції.

З метою з'ясування відмінностей встановлення розмежування та між цифровим контентом та предметом послуги, що надається у електронній формі, варто звернути увагу на виокремлення предмету договору, що укладається. Предметом договору в залежності від його типу можуть виступати речі, майно [128, с.95], певний об'єкт [128, с.284], надання посередницьких послуг [128, с.316]. Тобто, предметом будь-якого договору є намір сторін отримати об'єкт, як річ так і майно, нематеріальне благо, послугу, виконану роботу та інше, заради якого договір було укладено. Виходячи із цієї позиції, предметом договорів електронних фінансових чи

банківських послуг виступатиме надання самої послуги (наприклад, кредитування), а не її цифрове вираження, що підтверджує тезу про регулювання таких правовідносин законодавством у сфері електронної комерції. У випадку ж укладення договорів, предметом яких виступає цифровий контент, на електронний пристрій одержувача постачаються дані у цифровій формі, наприклад, у вигляді безперервної он-лайн трансляції (*streaming*).

Виходячи із зазначеного, доходимо висновку, що на підставі проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, цифровим контентом виступатимуть лише такі дані, форму яких не можливо змінити для досягнення цілей договору, предметом якого вони виступають. Отже, з метою закріплення у національному законодавстві поняття цифрового контенту важливо врахувати положення досліджуваного акту та виключити із його поняття перелік об'єктів, що можуть існувати як у цифровій, так і будь-якій іншій формі, не втрачаючи свого істотного призначення.

Пристосовуючись до нових ринкових умов, змінюється не тільки загальноєвропейське законодавство, але і національне законодавство країн-членів ЄС шляхом імплементації поняття цифрового контенту. Так, в умовах новелізації законодавства у сфері захисту прав споживачів та прийняття нового Закону Республіки Польща «Про захист прав споживачів» сформовано поняття цифрового контенту як даних, що генеруються та постачаються у цифровій формі [95]. Разом із тим, як зазначають науковці, запровадження дефініції цифрового контенту в законодавство про захист прав споживачів є недостатнім. Адже, відсутність визначення даного поняття у цивільному кодексі може привести до неможливості його застосування до правовідносин, сторонами яких виступають суб'єкти приватного права [93, с.21].

Неоднозначність визначення цифрового контенту сприяла розробці європейським законодавцем єдиного уніфікованого акту, покликаного регулювати правовідносини його поставки – проекту Директиви Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти, що стосуються договорів поставки цифрового контенту

№ 2015/0287 від 09.12.2015 [73]. У наведеному документі цифровий контент визначається як:

- a) дані, що генеруються та постачаються у цифровій формі, зокрема відео- та аудіо- додатки, комп'ютерні ігри та інші види програмування;
- b) послуга, уможливаюча створення, обробку або зберігання у цифровій формі даних, отриманих від споживача;
- c) послуга, що надає можливість поширювати або іншим чином впливати на дані у цифровій формі, отримані від інших її користувачів.

Основною особливістю, що вирізняє поняття цифрового контенту, наведеного у проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту від представленою у Директиві 2011/83/ЄС про права споживачів та проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, вважаємо віднесення послуг до переліку об'єктів, що виступають цифровим контентом.

Національне законодавство не містить єдиного підходу до нормативного визначення послуги. На наш погляд, для його правової інтерпретації варто розглянути найбільш поширені законодавчі та наукові підходи до даного поняття. Так, Закон України «Про захист прав споживачів» визначає послугу як діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб [186]. ЦК України у свою чергу не закріплює визначення послуги, проте містить поняття договору надання послуг, відповідно до якого, одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу. З законодавчого визначення договору про надання послуг можемо виділити поняття послуги, що являє собою певну дію, спрямовану на виконання вимог її замовника. На нашу думку, у науковій літературі поняття послуги найбільш вдало запроваджене у праці Н. Дроздової, котра визначає її як дію, що виражена в конкретному корисному нематеріальному результаті, створеному працею особи [129, с.14]. Цікавим для порівняння є визначення послуги

у праці Н. Федорченко як діяльності, яка здійснюється для виконання цивільного обов'язку, і не пов'язана зі створенням майнового блага [227, с.241]. На підставі наведеного, вважаємо, що включення до поняття цифрового контенту послуг, що уможливають створення, обробку або зберігання у цифровій формі даних, отриманих від споживача та послуг, що надають можливість поширювати або іншим чином впливати на дані у цифровій формі, отримані від інших користувачів, що міститься у дефініції наведеній у проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту є недоцільним, та не відповідає сутності поняття цифрового контенту. Закріплення такої дефініції у національному законодавстві зумовило б виникнення як для одержувача цифрового контенту, так і для його постачальника (а у випадку виникнення спору, для судового органу) додаткових складнощів у виборі правових норм, що застосовуватимуться до таких правовідносин.

Погоджуємось із думкою І. Новацької, що у випадку укладення договору постачання цифрового контенту на постачальника можуть бути покладені обов'язки модерації електронного сервера, оновлення програмного забезпечення та інше. Проте, дані додаткові послуги не вважатимуться окремим видом цифрового контенту, а лише допоміжними та забезпечуючими функціонування цифрових даних, про які сторони попередньо домовились у договорі. Така правова конструкція має подібні риси із послугами обслуговування клієнта, як додатковими обов'язками за договором купівлі-продажу товару певного виду [62, с.42].

Включення додаткових послуг до поняття цифрового контенту, а отже побудова «широкої» дефініції у проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, обґрунтовується європейським законодавцем перш за все необхідністю підтримки та збереження здорової конкуренції на ринку цифрових послуг [73, с.13].

Протягом 2015-2019 років Європейською Комісією були напрацьовані та подані на розгляд до Європейського Парламенту численні доповнення, зауваження та пропозиції внесення змін до проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту. Зазначене зумовило прийняття 20 травня 2019 року

Європейським Парламентом та Радою нової Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг [15].

Як випливає із самої назви нормативно-правового акту нова Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг звужує поняття цифрового контенту, визначаючи його як дані, що генеруються та постачаються у цифровій формі. На перший погляд така дефініція є аналогічною раніше закріпленій у Директиві 2011/83/ЄС про права споживачів. Проте, нове спеціальне законодавство містить і суміжне, досі не відоме правовим актам Європейського Союзу поняття цифрової послуги, під якою розуміє: а) послугу, що забезпечує споживачеві можливість генерувати (створювати), змінювати (опрацьовувати) та зберігати дані, або доступ до таких даних у цифровій формі; б) послугу, що уможлиблює спільне використання попередньо розміщених чи згенерованих споживачем, або іншими її одержувачами, цифрових даних, або будь-які інші форми взаємодії за допомогою таких даних [15].

На нашу думку, відокремлення поняття цифрового контенту від поняття цифрової послуги, що спрямована на обслуговування такого контенту, та без його існування втрачає свою цінність, є обґрунтованим. Закріплюючи визначення цифрового контенту в українському законодавстві необхідно враховувати чітке розмежування понять цифрового контенту, цифрової послуги як предмету договорів постачання цифрового контенту, та послуги як предмету окремої договірної конструкції. При цьому, цифрову послугу слід визначати як послугу, що уможлиблює створення, обробку та зберігання цифрового контенту; або поширення чи будь-яку іншу взаємодію із даними у цифровій формі, створеними або завантаженими користувачами.

Нова Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг містить ще одну, надзвичайно важливу дефініцію товару з цифровими елементами, визначаючи його як матеріальну рухому річ, що містить у собі цифровий контент чи цифрову послугу, або пов'язана із їх використанням таким чином, що відсутність цифрового контенту або цифрової послуги зумовила б неможливість виконання даним товаром його основних функцій. Такий товар, що

має речову форму та нерозривно пов'язаний із цифровими даними, в літературі дістав назву Інтернет речей (*Internet of things*). Варто зазначити, що до затвердження Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг законодавство ЄС не містило ані поняття, ані спеціального регулювання обігу товарів із цифровими елементами.

Цифровий контент виступає інтегральною частиною товарів із цифровими елементами, тому правові норми, що регулюють обіг цифрового контенту мають застосовуватися і до правовідносин, об'єктом яких виступають товари із цифровими елементами. Вважаємо, що існування на національному ринку товарів, що мають характерні ознаки вбудованого цифрового контенту, необхідного для виконання їхніх основних функцій, зумовлює доцільність запровадження легального поняття вбудованого цифрового контенту до кола правових норм, що регулюватимуть відносини обігу цифрового контенту в Україні.

Для компаній-дистриб'юторів, інтернет-майданчиків, та інших постачальників цифрового контенту, а також і для пересічних споживачів, цифровий контент – це інформаційний, розважальний або ігровий продукт, який поширюється цифровими мережами, або в цифровій формі на фізичному носію, і використовується, записується та копіюється без погіршення його якості [214, с.312].

Поняття «цифровий контент» також має інші значення. Виробники мультимедійного контенту пов'язують цей термін з будь-яким мультимедійним продуктом, створеним за допомогою цифрових технологій і представленим в цифровій формі. Оператори зв'язку розуміють під цифровим контентом особливий різновид даних, що передаються за допомогою системи *broadcast* (передачі цифрового сигналу пристроям, які мають технічну здатність його прийняти, опрацювати та відтворити) або *multicast* (передача цифрового сигналу, який надсилається визначеному переліку адресатів) [240].

З метою розвитку національного цифрового ринку, захисту прав виробників, дистриб'юторів та споживачів цифрового контенту доцільно закріпити як у ЦК України, так і в спеціальному нормативно-правовому акті – Законі України «Про захист прав споживачів» дефініцію поняття цифрового контенту.

Враховуючи позитивні надбання доктрини у визначенні поняття цифрового контенту, положення законодавства ЄС, спробуємо дати авторське визначення поняття цифрового контенту. Цифровий контент – це об’єкт цивільних правовідносин, сукупність даних, що створюються, генеруються, постачаються та зберігаються у цифровій формі, за винятком даних, що виступають предметом договорів у сфері надання фінансових, правових та фінансово-консультаційних послуг у електронній формі, електронних медичних послуг, а також послуг, що забезпечують електронне з’єднання, азартних ігор.

Підсумовуючи, доходимо висновку, що цифровий контент – це узагальнюючий термін, який найчастіше застосовують для опису та характеристики створених цифрових об’єктів, розповсюдження мультимедійних товарів у цифровій сфері, даних, згенерованих і поширених у цифровій формі, а також позначення вбудованого програмного забезпечення, необхідного для виконання товаром своїх функцій.

## **1.2. Правова природа цифрового контенту**

У сучасному світі глобальна мережа Інтернет постає не лише як зручний спосіб отримання інформації, комунікації, але як особливий вид ринку з постачання товарів, що втратили свою єдину матеріальну форму вираження, надання послуг з обробки та зберігання нематеріальних цінностей. Це зумовлює необхідність з’ясування їх правової природи, класифікації та, зрештою, можливості застосування норм існуючого матеріального права до правовідносин, предметом яких виступають вказані об’єкти.

Як влучно зазначає О. І. Харитонova, предметом правового регулювання в мережі Інтернет виступають суспільні відносини, в той час, коли об’єктом такого регулювання буде предмет пізнання у будь-якій формі вираження як матеріальний, так і нематеріальний. Для регулювання суспільних відносин, що виникають в мережі Інтернет, така мережа визначається як об’єкт правового впливу. Водночас у мережі виникають суспільні відносини, які становлять предмет правового

регулювання різноманітних галузей права [229, с.163-164]. Саме таким предметом, що потребує з'ясування його правової природи та особливого правового регулювання є цифровий контент.

Найпростішим прикладом нематеріальних товарів виступають електронні книги, музика та фільми, доступні для перегляду та завантаження у режимі он-лайн. Вони не мають матеріального вираження, а існують лише у цифровій формі.

Викликом для сучасного законодавця є визначення природи сучасних мережевих комп'ютерних ігор типу *MMORPG (Massive Multiplayer Online Role-Playing Games)*, у яких користувач у режимі реального часу створює свій персонаж, керує ним, здійснює операції купівлі-продажу, з використанням реально існуючої валюти, та платіжних систем, як віртуальних благ для героя (одягу, зброї), так і реальних товарів. Наприклад, герой користувача може відвідати віртуальний заклад харчування, що існує на просторах інтернет-гри, замовити та оплатити їжу, а її доставка у реальній формі та часі буде здійснена за місцезнаходженням гравця.

Поява та активне використання нематеріальних товарів, потребує з'ясування їх правової природи, визначення ефективного правового регулювання, договірних конструкцій, застосовуваних для регулювання правовідносин пов'язаних з їх обігом.

Зміст категорії об'єктів цивільних прав полягає у встановленні для них певного режиму правового регулювання, тобто передбачення можливості здійснення щодо них правочинів, спрямованих на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. До числа таких об'єктів відносять матеріальні та нематеріальні блага, або діяльність, пов'язану із їх створенням та подальшим обігом.

Матеріальними благами виступають речі, а також результати робіт та послуг, що мають речову форму. До матеріальних благ доктрина також відносить послуги, не пов'язані із створенням чи зміною речі, котрі створюють враження матеріального, хоч не обов'язково речового характеру (наприклад, послуги зберігання чи перевезення). Різноманітний характер вищенаведених об'єктів цивільних прав презюмує і різноманітність правовідносин, що виникають на їх основі. Так, речі виступають об'єктами речового права, тоді як послуги, а також



майнові права і обов'язки, можуть виступати об'єктами зобов'язального чи корпоративного права [126, с.394, 396].

Національний законодавець визначив, що об'єктами цивільних прав виступають речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага [233].

Регулювання відносин обігу цифрового контенту зумовлює необхідність визначення правового режиму, що йому відповідатиме. На нашу думку, першим кроком у даному напрямку є встановлення можливості ефективного застосування існуючого нормативного масиву для регулювання відносин обігу цифрового контенту. У зв'язку із зазначеним, необхідно проаналізувати характерні властивості цифрового контенту на предмет його можливого віднесення як до однієї з існуючих категорій об'єктів цивільних прав, так і нематеріальних благ.

Аналіз основних властивостей цифрового контенту, а саме: його здатність задовольняти економічні людські потреби (споживча вартість) [151] та можливість визначення уречевленої суспільної праці його виробника (майнова вартість) [109] уможлиблює віднесення цифрового контенту до нових економічних благ ХХІ століття.

Нематеріальний характер досліджуваного об'єкта дозволяє припустити його приналежність до категорії нематеріальних благ. Варто відзначити, що ЦК України не закріплює окремої дефініції нематеріального блага та блага в цілому (як загальної категорії об'єктів цивільних прав), проте ст. 177 ЦК України містить каталог об'єктів, що виступають благами у розумінні національного законодавця. До їх переліку відносять: речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Невичерпність переліку об'єктів цивільних прав вказує на підтримку національним законодавцем доктринальної теорії під назвою «благо-об'єкт», відповідно до якої, кожне благо – все те, що об'єктивно існує та завдяки своїм корисним властивостям здатне задовольняти потребу, і буде об'єктом цивільних прав [208].

Благо, як об'єкт цивільного права характеризується наявністю вичерпних цивільних прав, що йому відповідають. Звертаючись до вже відзначеної ст. 177 ЦК України бачимо, що законодавець визначає благом у першу чергу речі. Під річчю розуміється предмет матеріального світу, щодо якого виникають цивільні права та обов'язки. Відповідно до ст. 319 ЦК України право власності на річ надає уповноваженому (тобто власнику речі) абсолютне, і виключне право вчиняти стосовно свого майна будь-які дії, що не суперечать закону.

Існування цифрового контенту, як цифрового запису даних, незалежно від форми його розміщення, зумовлює сумніви стосовно можливості поширення на цифровий контент правового режиму речі та речових прав, зокрема права власності.

Для з'ясування поняття речі, на нашу думку, варто проаналізувати доктринальні положення, що його визначають. Під речами у цивільному праві розуміються всі предмети матеріального світу, які можуть задовольняти певні потреби людини і бути в її володінні [230, с.108]; все те, за допомогою чого можна задовольнити ту чи іншу потребу, і з приводу чого виникають цивільні правовідносини [231, с.138]; предмети матеріального світу, які задовольняють відповідні потреби учасників цивільних правовідносин завдяки їх фізичним, хімічним, біологічним та іншим властивостям, що визначають їх товарний характер, а також сферу та напрями використання в людській діяльності [232, с.219 ].

Найбільш поширеними концепціями визначення речі у праві є дві: філософська та натуралістична. Філософська концепція речі ґрунтується на дуалістичному сприйнятті природи речі, річ у її розумінні має універсальний характер, та охоплює як матеріальні предмети, так і безтілесні речі. Натуралістична концепція речі прив'язує річ до фізичних законів природи, матеріалізуючи її, та розглядає річ виключно як матеріальний предмет. Різниця між даними підходами є проявом інтерпретації двох філософських течій – матеріалізму та ідеалізму у праві [200, с.32].

Розвиток наукового прогресу розмежовує поняття матеріального вираження у визначенні речі. Так, деякі науковці схилиються до думки, що для формування правового режиму окремих об'єктів цивільних прав (з-поміж яких представлений

цифровий контент) варто розширити матеріалістичне поняття речей, додавши категорію «безтілесної речі» [108, с.157].

З метою уніфікації правового режиму різнорідних об'єктів цивільних прав часто застосовують концепцію, згідно з якою безтілесним майном вважаються майнові права, які тільки формально віднесені до речей, хоча насправді не мають вираженої матеріальної форми. Згідно з позицією представників цього підходу, під безтілесними речами найчастіше розуміють права, що мають вартість і грошову оцінку. У цьому випадку безтілесні речі зводяться до майнових прав, що були сформалізованими та названими речами [142, с.37]. Цікавою є позиція К. Скловського, котрий зазначає, що у випадку застосування до речей, котрі не мають матеріального вираження режиму речового права, має місце ефективний та зручний прийом юридичної техніки [207, с.25].

Актуальною для з'ясування правової природи цифрового контенту залишається позиція Ю. Гамбарова, висловлена ще на початку ХХ століття про те, що європейська юриспруденція створює нову концепцію безтілесних речей, котра суттєво відрізняється від римської. Така концепція охоплює всі блага, що не мають тілесного вираження, проте охороняються об'єктивним правом. Таким чином, впроваджується фікція речі для вищезгаданих об'єктів права, які не володіючи формальними властивостями речі, прирівнюються до неї [121, с.315].

Такий підхід застосування законодавчої техніки підтримував і Д. Мурзін, підкреслюючи, що до моменту врегулювання нововиниклих правовідносин законодавчо, тільки принципове визнання цих об'єктів об'єктами права власності здатне забезпечити їх власникам адекватний і надійний захист [164, с. 312].

Вважаємо, що поява у цивільному обігу цифрового контенту покликана змінити класичне уявлення речі у праві тільки як матеріального предмету, оскільки такий підхід до розуміння речі лишає речове право практичності і служить додатковим фактором, який буде уповільнювати динаміку цивілізаційного прогресу.

З вищенаведеного слідує, що як законодавець, так і правова доктрина України, під річчю мають на увазі предмет матеріального світу. Слід підкреслити, що саме

предмет матеріального світу, а нематеріальний предмет, а звідси – нематеріальний характер цифрового контенту не створює неможливості його віднесення до речей.

Варто звернути увагу на те, що у 2005 році законодавець новелізує ст. 190 ЦК України, доповнюючи її ч.2 наступного змісту «майнові права є неспоживною річчю. Майнові права визнаються речовими правами», прирівнюючи безтілесні майнові права до поняття речей, тим самим розширює останнє, дозволяє застосовувати правовий режим майна до речей, що не мають чітко вираженої матеріальної форми.

Таке змішання правових режимів є характерним переважно для англо-американської правової системи, де прийнято розмежувати речі на «речі у володінні» (*choses in possession*), тобто речі, що мають чітко виражену матеріальну форму, та «речі у вимозі» (*choses in action*), тобто речі, що не мають матеріальної форми, до яких можна застосувати поняття «безтілесної речі», притаманне римському приватному праву [126, с.397].

У літературі зазначається, що безтілесні речі, якими виступають абстрактні права, є результатом розвитку юридичної техніки, яка, як і інші види техніки віднайшла способи та засоби перевтілення конкретних речей в поняття, концепції, цифри, для більшої зручності в оперуванні ними, і в результаті цього юридичні абстракції витіснили тілесні речі [202, с.53].

Аналізуючи законодавство країн-членів ЄС можемо дійти висновку щодо відсутності однозначного трактування поняття речі та поширення речового права на цифровий контент. Так, Цивільний кодекс Німеччини визначає річ як «тілесний предмет» [31]. Подібну позицію займає законодавець Республіки Польщі, котрий до поняття речі відносить лише матеріальні предмети [48]. У той час французький законодавець притримується концепції «широкого поняття речі», відносячи до категорії речей предмети, що не мають чітко вираженої матеріальної форми, серед яких – цифровий контент [28].

Підтримуючи правову позицію віднесення до речей виключно матеріальних предметів у польському цивільному законодавстві, Є. Васілковскі досліджує дві складові поняття речі. По-перше вчений вказує на визначення речі, як матеріального

втілення природи [97, с.8]. У даному контексті, вважаємо неможливим віднести цифровий контент до категорії речей, адже він не виступає частиною природи, та не створюється нею. Проте друга складова, яку виділяє вчений, а саме самостійність речей, тобто їх здатність виступати об'єктами цивільних правовідносин [97, с.8] слугує ствердним аргументом поширення на цифровий контент правового режиму речі. Підтримуємо позицію І. Новацької, котра зазначає, що цифровий контент, навіть позбавлений матеріальної форми запису (запису на цифровому носію інформації) все ж таки, подібно до речей, залишається предметом обігу, що знову ж таки дає підстави поширити на відносини з його обігу режим речових відносин [62, с.58].

Варто зауважити, що не зважаючи на однозначність дефініції речей у німецькому праві, у доктрині ведуться дискусії щодо можливості поширення на цифровий контент правового режиму речі. З одного боку, дослідники переконують, що цифровий контент не є річчю, бо не має в собі матеріального втілення. Навіть якщо цифровий контент помістити на матеріальний носій – матиме місце виникнення речових прав стосовно цього носія, але не стосовно цифрових даних на ньому. Це також стосується випадків, коли цифровий носій втрачено, пошкоджено чи знищено. Адже, втрата певного носія оцифрованих даних не завжди тягне за собою втрату цифрового контенту, що зберігався на ньому [29, с.1125].

З іншого боку, існує твердження, що цифровий об'єкт набуває матеріальної форми і стає предметом речового права з моменту його запису на матеріальному носію. Таким носієм може бути CD, DVD - диск, жорсткий диск комп'ютера, навіть запис на сервері у хмарному сховищі даних [60].

Прихильники поширення на цифровий контент правового режиму речі, обґрунтовують власні позиції виходячи із можливості укладення договорів позички електронних журналів, що знаходяться на конкретному сервері, договорів зберігання у хмарному сховищі даних, інших правочинів, властивих об'єктам речового права, в тому числі звернення стягнення на цифровий контент [29, с.1125].

У той самий час поширення правового режиму речі на цифровий контент викликає ряд істотних питань щодо охорони одержувача цифрового контенту, у

випадку порушення його прав третіми особами, володіння та розпорядження цифрового контенту особою, що отримала його на законних підставах, можливість цифрового контенту бути предметом повторного обігу (у випадку, якщо його одержувач захоче далі постачати цифровий контент іншій особі). Вважаємо, що відповіді на ці питання містяться у нормах речового права, а права одержувача цифрового контенту слід захищати в той самий спосіб, що і права власника речі, на якій такий контент вміщено [212, с.55].

Такий підхід викликав гучну дискусію у європейській доктрині, пов'язану із можливістю поширення правового режиму речі на цифровий контент та його правових наслідків. Дефініція цифрового контенту як даних, що генеруються і постачаються у цифровій формі, зумовила виникнення значної категорії товарів, що можуть визначатись як цифровий контент. При цьому, надання правового режиму речі усім цим об'єктам, призвело б до надмірної правової охорони, що межує із обмеженням доступу суспільства до інформаційних ресурсів.

На нашу думку, конструкція ст. 179 ЦК України містить «широке» поняття речі, дозволяючи поширити правовий режим речей на об'єкти, що позбавлені матеріальної форми вираження, якими і виступає цифровий контент. Вважаємо за доцільне до правовідносин постачання цифрового контенту застосовувати техніку юридичної фікції та кваліфікувати цифровий контент як об'єкт речового права. Водночас, потрібно розділяти право власності на матеріальний носій, на якому вміщений цифровий контент, та право власності на цифровий контент.

У зв'язку із прийняттям концепції «широкого» поняття речі в українському законодавстві, з'являється проблема поширення речового права на цифровий контент. Так, визнання права власності на цифровий контент спричинить формування нових типів правовідносин, серед яких – відшкодування шкоди, шляхом звернення стягнення на цифровий контент, його витребування з чужого незаконного володіння, проблема захисту непорушності права власності на цифровий контент, що знаходиться у хмарному сховищі, якщо володільцем такого сховища (та/або серверу на якому воно розміщується) є інша особа, деліктна

відповідальність, що настає у випадку завдання шкоди власнику цифрового контенту [213, с.139].

Розвиток новітніх інформаційних технологій привів до виникнення на ринку товарів нового об'єкта, що має одночасно матеріальну форму вираження та вбудоване програмне забезпечення. Особливою ознакою, що відрізняє такі товари від звичайних електроприладів є те, що як технічна справність, так і виконання програмним забезпеченням своїх функцій є однаково важливим для існування товарів даного виду. Разом із цим, програмне забезпечення згаданих речей володіє певного виду незалежністю від зовнішніх факторів. Так, програмне забезпечення «розумного холодильника» (*smart refrigerator*) може бути налаштоване у спосіб, що дозволяє програмі відстежувати наявність деяких продуктів харчування, а у випадку їх відсутності – робити самостійне замовлення таких товарів у Інтернет-магазині та, навіть, використовувати платіжну карту власника для розрахунків.

Погоджуємось із позицією К. Аштона про те, що розробка правого регулювання обігу товарів із вбудованим цифровим вмістом є надзвичайно актуальною проблемою законодавства XXI століття, адже комп'ютерні технології мають здатність самостійно генерувати та накопичувати дані без будь-якого стороннього втручання фізичної особи. Такі технології можуть, шляхом надсилання електронного повідомлення, інформувати власника речі (або іншу особу визначену власником) про кількість та якість вміщених товарів, потребу їх заміни та інше [1].

Досліджуючи правову природу товарів із вбудованим цифровим вмістом М. Луз виокремлює новий тип договірних відносин, так званий договір, що укладається між технічними пристроями без участі фізичної та юридичної особи (*machine to machine contract*) [52, с.2]. Проблемними в даному контексті видаються питання класифікацій таких договорів як укладених технічними пристроями від імені, та на користь їх власника, або як договорів, що укладаються технічними пристроями від власного імені на користь їх власника. Відповідь на поставлені питання допоможе вирішити межі відповідальності за помилки зумовлені несправним програмним забезпеченням власника речі, із вбудованим цифровим

вмістом, та розробника комп'ютерного програмного забезпечення, що призвело до негативних наслідків (і може кваліфікуватись як несправність товару).

Розробляючи законодавство у сфері обігу цифрового контенту європейський законодавець у Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг вводить поняття товарів із цифровими елементами, та створює спільне правове регулювання для їх обігу та цифрового контенту, зазначаючи неможливість відділення цифрової складової від такого виду товарів, без втрати ними спроможності виконання власних функцій [15]. Зазначене зумовлює доцільність доповнення переліку об'єктів цивільних прав товарами із цифровим вмістом. Правове регулювання обігу таких товарів та цифрового контенту, зважаючи на їх спільну правову природу, повинно бути уніфікованим.

Подвійна правова природа, притаманна цифровому контенту, що виявляється у поєднанні його матеріальної (цифровий носій) та нематеріальної (дані, що генеруються та постачаються лише он-лайн) форми вираження спричинює необхідність аналізу можливості віднесення цифрового контенту до однієї із існуючих категорій об'єктів цивільних прав, та надання цифровому контенту режиму нематеріального блага в розумінні ст. 199-201 Глави 15 ЦК України.

З метою дослідження цифрового контенту як об'єкта авторського права, перш за все необхідно проаналізувати його нематеріальні властивості. Як відомо, законодавство чітко визначає перелік прав та обов'язків особи, якій належить матеріальне благо, та містить прогалину у такому визначенні стосовно нематеріальних благ, що виступають витвором людського інтелекту [69].

На відміну від норм права, що охороняють матеріальні блага та містять положення спрямовані на захист кожного з них, у нормах права про охорону нематеріальних благ існують межі, встановлені між об'єктами, котрим належить така охорона, і об'єктами, що її позбавлені.

На нашу думку, влучне визначення нематеріального блага у своїх працях наводить В. Гавлік, та розуміє його як результат творчої діяльності людини, що створює для його автора ряд абсолютних і виключних суб'єктивних прав. При цьому науковець вважає, що правова охорона всіх нематеріальних благ-об'єктів



інтелектуальної власності є нерациональною, адже, вона б суттєво загальмувала розвиток літературної, артистичної, наукової, винахідницької та господарської діяльності [30, с.141].

З поміж усіх нематеріальних об'єктів необхідним видається виокремити ті, що виступають нематеріальним благом в розумінні законодавця.

М. Позняк-Недзельська, виділяє два основних критерії, наявність яких дозволяє стверджувати, що даний об'єкт виступає благом, в розумінні законодавця, і відповідно підлягає нормативній охороні. По-перше, особливості такого охоронюваного блага повинні бути зазначені в нормі права, або такі особливості можна виділити з наданого законодавцем переліку благ, віднесення до котрих ставиться під сумнів. По-друге, норми права повинні містити додаткову охорону благ, через встановлення абсолютних і виключних прав, що такому благу відповідають.

Сформований у Директиві 2011/83/ЄС про права споживачів та проєкті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту європейським законодавцем та доктриною прикладовий каталог об'єктів, що виступають цифровим контентом дозволяє висловити твердження про те, що у переважній більшості випадків цифровий контент виступатиме цифровим записом нематеріального блага у вигляді твору (аудіо-, відео-), що охороняється законодавством в сфері авторського права.

На нашу думку, цифровий контент у даному випадку буде об'єктом в якому втілено (виражено) твір. Закон України «Про авторське право та суміжні права» містить положення, що характеризують виключно матеріальний об'єкт в якому втілено (виражено) твір. Проте, цифровий запис твору, що виступає цифровим контентом є однією із видів зовнішньої форми вираження твору. Істотною у даному контексті видається характеристика тих категорій творів, що можуть бути виражені у формі цифрового запису і бути об'єктом обігу, та взаємозв'язок між твором та цифровим контентом, що виступає об'єктом його втілення, оскільки існування виключних авторських прав матиме безпосередній вплив на права та обов'язки сторін, що укладають договір постачання цифрового контенту.

Закон України «Про авторське право та суміжні права» не закріплюючи загальної дефініції твору, визначає лише його різновиди: аудіовізуальний твір, твір архітектури, твір образотворчого мистецтва, твір ужиткового мистецтва та інше. Натомість законодавство більшості європейських країн у сфері інтелектуальної власності містить зазначене поняття. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону Республіки Польща «Про авторське право та суміжні права» твором виступає кожен вияв творчої діяльності, що має індивідуальний характер, незалежно від вартості, призначення та способу вираження [96]. Вирізняючи окремі види творів, законодавець Чеської республіки теж надає узагальнену дефініцію, відповідно до якої твором є вираз у мовленні чи письмі унікального результату творчої діяльності автора, що існує у будь якій об'єктивній формі, включаючи електронну [104].

Дефініція твору є предметом дискусій і у сучасній доктрині. На думку В. Серебровського, твором виступає сукупність ідей, думок і образів, котрі в результаті творчої діяльності автора отримали своє зовнішнє вираження у формі, доступній для сприйняття людиною через її відчуття та подальше відтворення [205, с.507]. При цьому, вчені підтримують позицію, що твір є комплексом ідей та образів (тобто нематеріальним благом), що отримали своє об'єктивне вираження у готовій праці [123, с.59], унікальним та неповторним вираженням об'єктивної реальності [237, с.11], результатом розумової діяльності людини [237, с.19].

Вважаємо, що існування легальної дефініції твору в українському законодавстві є безперечно вагомою, проте, не достатньою підставою для віднесення конкретного виду цифрового контенту до категорії творів, та забезпечення автору охорони його особистих та майнових прав [221, с.167]. На думку дослідників, дві основні риси нематеріального блага уможливають здійснення його правової охорони: створення в процесі творчої діяльності та оригінальність. З позиції авторського права оригінальність твору полягає у творчому і індивідуалізованому способі вираження або формі виконання твору. При цьому, така творча діяльність не обов'язково характеризується створенням нового твору *ex nihilo* «з нуля», охорона надається таким творам, що були створені на основі інших охоронюваних творів, проте

зберігають у собі риси індивідуального та оригінального підходу автора, та не є копією існуючого твору [155, с.57-58].

Таким чином, охорона майнових та особистих немайнових авторських прав повинна надаватись цифровому контенту, створеному у результаті індивідуальної, творчої діяльності автора. Водночас, вважаємо за недоцільне здійснювати охорону прав інтелектуальної власності на об'єкти, згенеровані програмним забезпеченням веб-сторінок, хмарних серверів та інше, як на цифровий контент позбавлений індивідуального та творчого характеру діяльності його автора.

Аналізуючи природу цифрового контенту, В. Катнер наголошує, що він є формою вираження нематеріального блага, при цьому його особливістю є незалежність (відірваність) від матеріального носія [45, с.1358]. Тобто цифровий контент може існувати як інтегральна частина матеріального носія – у випадку CD-R дисків, так і незалежно від того чи вміщений він на конкретному матеріальному носію. Таким чином, його зовнішня форма вираження – бінарний код, є унікальним та неповторним результатом творчої розумової діяльності людини, що дозволяє припустити віднесення цифрового контенту до переліку творів. Істотне значення матиме встановлення розмежування між твором, що безпосередньо виступає цифровим контентом (комп'ютерна гра, файл у хмарному сховищі даних) та цифровим контентом, що є лише зовнішньою формою вираження твору (цифровий запис вміщений на інформаційному носію). У випадку, коли предмет, що уособлює твір має матеріальний характер, речові права на нього та майнові права автора на цифровий контент існуватимуть паралельно, незалежно один від одного [221, с.137]. Ця засада знаходить своє відображення у ст. 12 Закону України «Про авторське право та суміжні права», відповідно до якої, авторське право і право власності на матеріальний об'єкт, в якому втілено твір, не залежать одне від одного. Відчуження матеріального об'єкта, що містить твір, не означає відчуження авторського права і навпаки. Якщо способом вираження твору виступатиме цифровий запис, то положення ст. 12 застосовуватиметься до інформаційного носія (CD-, DVD-, інше).

Існують ситуації, коли цифровий контент безпосередньо записується на сервері постачальника хостингових послуг, або в пам'яті персонального комп'ютера. У

такому випадку матеріальним об'єктом, в якому втілено твір, буде сам цифровий контент.

Варто відзначити, що створення автором твору у вигляді цифрового контенту часто пов'язано із використанням матеріальних об'єктів, які не є власністю автора, чужого програмного забезпечення, що спричинює появу нового об'єкта – певної кількості цифрових даних, стосовно котрих усі майнові і особисті права належать автору.

В українському законодавстві відсутнє чітке регулювання обігу цифрового контенту, а як наслідок, немає підстав поширювати право власності на цифровий контент (як форму вираження твору), що в свою чергу зумовлює існування колізії між речовими правами власника та автора цифрового контенту, особливо у випадку першого оприлюднення твору.

Водночас, не можна ігнорувати проблему існування майнових авторських прав на цифровий контент, що виникли внаслідок повторного оприлюднення твору.

Враховуючи положення Закону України «Про авторське право та суміжні права» розповсюдження цифрового контенту шляхом його завантаження та подальшого запису у пам'яті персонального технічного пристрою споживача з метою виконання договору постачання цифрового контенту підлягає виключному праву автора, а майнові права на цифрові копії належать споживачу. Водночас авторські майнові права на примірник твору все ще належать автору.

У даному контексті вважаємо за доцільне звернути увагу на правову позицію законодавця та Пленуму Вищого господарського суду України щодо використання твору в мережі Інтернет. Положення ст. 453, 454 ЦК України та ст. 15, 39, 40 Закону України «Про авторське право та суміжні права» встановлюють виключне право автора, виконавця, виробника фонограм та відеограм на надання доступу будь-якій особі до твору, фонограми та зафіксованого виконання з місця та в час, обраних нею. Варто відзначити, що у випадку, коли особа має намір розмістити об'єкт, на який поширюються права інтелектуальної власності, у мережі Інтернет, їй необхідно отримати відповідний дозвіл від його автора, виконавця, виробника фонограм, відеограм [229, с.186]. Ще одним значним виключним правом автора є право на

економічну експлуатацію твору в будь-який спосіб. Враховуючи зазначене, обов'язком постачальника цифрового контенту є отримання дозволу на його використання та розповсюдження у мережі Інтернет.

Встановлюючи у ст. 440 ЦК України, з-поміж інших майнових прав інтелектуальної власності, право на використання твору, законодавець не надав його визначення. У доктрині під правом на використання твору розуміють поширення правомочностей на його відтворення або копіювання [111, с.456-457], можливість автора самостійно вирішувати питання надання доступу до твору іншим особам [205, с.217], вилучення його корисних властивостей у спосіб, що не суперечить закону [160, с.7].

Однією із форм використання твору є його відтворення, що полягає у виготовленні одного чи декількох примірників твору в будь-якому матеріальному виразі, в тому числі у звуко- і відеозаписі, а також його запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (включаючи цифрову), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер [173]. Доповнюючи наведену у Законі України «Про авторське право та суміжні права» дефініцію відтворення твору, Вищий господарський суд України у постанові № 12 від 17.10.2012 р. зазначає, що під категорією відтворення твору розуміється також його розміщення у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного споживання [176]. Усе вищенаведене зумовлює виникнення, в першу чергу для автора, та потенційного користувача глобальної мережі, ряду проблем. Однією із них є можливість припущення автоматичної згоди автора, що розмістить твір у мережі Інтернет, на його використання іншими користувачами. Адже, як зазначає О. Харитонova, користувач мережі під час здійснення ним будь-якої активності створює, як мінімум, сім тимчасових копій цього твору: по одній копії в моделах передаючого та приймаючого комп'ютерів, в одному чи кількох проміжних комп'ютерах, маршрутизаторах, у браузері, а також в оперативній пам'яті, у відеодекомпресійному чіпі та у відеокарті самого приймаючого комп'ютера, притому не враховуючи копії, що зберігаються на жорсткому диску користувача комп'ютера [229, с.187]. У випадку презумпції поширення майнового авторського

права на кожную із копій твору, користувач повинен сплатити автору винагороду за таке використання. На нашу думку, вищезазначений підхід є нераціональним та суттєво порушує права користувачів в Інтернеті.

У національному законодавстві закріплений підхід «вичерпання» майнових авторських прав, що полягає у створенні таких умов правового регулювання, які унеможливають існування подвійної винагороди автора за розповсюдження одного і того ж твору на відповідній території [122, с.21]. У разі розміщення у мережі Інтернет цифрової копії примірника твору його автором, або особою, що володіє дозволом на використання та поширення твору, автор втрачає майнове право на кожную із цифрових копій. Враховуючи, що створення цифрової копії твору не вимагає додаткових зусиль третьої особи, та відбувається шляхом використання програмного забезпечення, будь-яка особа набуває можливості безоплатного отримання цифрової копії твору та її подальшої передачі іншим користувачам на підставі відплатного договору постачання цифрового контенту [229, с.188], що порушує майнові права автора.

Наведене положення про «вичерпання» авторського права містяться в ч. 7 ст. 15 Закону України «Про авторське право та суміжні права», відповідно до якої допускається повторне введення в обіг примірників правомірно опублікованого твору шляхом продажу, дарування, тощо без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право), і без виплати авторської винагороди [173]. Визначаючи можливість застосування даної норми на розповсюдження творів в мережі Інтернет, дослідники, в першу чергу, звертають увагу на відмінності поняття «примірника твору» та «копії твору». Так, К. Зеров, обґрунтовуючи необхідність розмежування поняття «копія твору» та «примірник твору», зазначає, що примірником є виключно матеріальна, а не цифрова копія твору. Таким чином, вчений заперечує застосування концепції «вичерпання» авторського права в Інтернеті [133, с.39]. Дослідник доводить, що вичерпання авторського права стосується саме примірників творів, тобто матеріальної форми їх вираження, що не може бути застосовано до мережі Інтернет [133, с.37].

При укладенні споживчих договорів постачання цифрового контенту, з метою максимальної охорони прав українських споживачів, вважаємо за необхідне виключити застосування концепції «вичерпання» авторських прав у відносинах між автором цифрового контенту та його постачальником. Тобто, при розробці законодавства в сфері регулювання обігу цифрового контенту доцільно було б покласти на постачальників цифрового контенту обов'язок отримання ліцензії на використання такого контенту, що є об'єктом авторського права та суміжних прав. У той же час, погоджуємось із позицією Пленуму Вищого господарського суду України, що застосування «вичерпання» авторських прав є обґрунтованим у випадку відтворення та використання споживачем цифрової копії твору в некомерційних цілях (в особистих, у тому числі для навчання тощо) [176].

Враховуючи зобов'язання України гармонізувати національне законодавство із положеннями законодавства ЄС, принагідно зауважимо, що європейське законодавство та судова практика у даному контексті тяжіють до максимальної охорони прав споживача цифрового контенту. Так, з аналізу рішення Суду справедливості ЄС у справі C-128/11 від 3.07.2012 р. *UsedSoft GmbH v. OracleInternational Corp.* випливає, що у випадку повторного продажу ліцензії на комп'ютерну програму, яка була завантажена з веб-сторінки власника авторських прав, будь-який подальший набувач комп'ютерної програми та ліцензійних прав на її використання, буде розглядатись як законний набувач копії комп'ютерної програми [42]. Таким чином, Суд Справедливості ЄС визначив широке коло прав набувачів цифрового контенту. З аналізу даного рішення випливає наділення користувачів цифрового контенту правом власності у випадку його завантаження на персональний технічний пристрій одержувача, застосовуючи юридичну фікцію поширення речового права на цифровий контент. Водночас, автору комп'ютерної програми, на підставі укладеного ліцензійного договору із користувачем цифрового контенту, забезпечуються охорона його майнових та особистих немайнових прав.

Гострою залишається проблема відсутності у національному законодавстві обмежень чи застережень відносно дії права інтелектуальної власності у мережі Інтернет. При цьому, основними об'єктами правової охорони виступають: текстовий

зміст (контент) веб-сайту як об'єкт авторського права на літературний твір, графічні елементи (дизайн) сайту як об'єкт авторського права на графічний твір, доменне ім'я як об'єкт права на торговельну марку чи фірмове найменування, сайт як програмне забезпечення (об'єкт авторського права), бази даних та комп'ютерні програми як об'єкти авторського права, тощо [162].

Особливого захисту у договірних відносинах предметом котрих виступає цифровий контент потребують не тільки автори такого контенту, а й споживачі. Адже, саме до них найчастіше скеровуються претензії щодо неліцензійного використання цифрового контенту. Зокрема, поширеними стають випадки так званого висміювання авторських прав *copyright trolling*, коли споживачу висувають вимогу про відшкодування матеріальної шкоди, спричиненої незаконним та несанкціонованим використанням цифрового контенту в Інтернеті, навіть якщо вона зумовлена недостатньою обізнаністю користувача чи його необережністю [102].

На нашу думку, договорами постачання цифрового контенту, предметом яких виступають об'єкти, що є творами в розумінні законодавства про захист авторських та суміжних прав, постачальник послуг повинен надати споживачеві не тільки цифровий контент, а й невиключну ліцензію на його використання. Ненадання такої ліцензії, або розміщення цифрового контенту на інтернет-серверах, веб-сторінках, публічних хмарних сховищах даних без ліцензії (у випадку її необхідності), веде за собою відповідальність постачальника послуг та виключає відповідальність одержувача цифрового контенту, за умови, що він не знав, або не міг знати, про необхідність її отримання.

З поширенням творів у формі цифрового контенту в мережі Інтернет тісно пов'язано також виникнення нового виду ліцензії, так званої – *Creative Commons*. Спеціально розроблена для захисту авторських прав у цифровому середовищі, ліцензія надає можливість авторам визначати засади використання їхніх творів у мережі Інтернет, а також містить спеціальні ресурси, що дозволяють виявляти та протидіяти несанкціонованому використанню творів он-лайн. *Creative Commons* поширюється у мережі на необмежене коло користувачів, тобто автор надає дозвіл на використання його твору протягом усього терміну дії авторського та суміжних



прав [4]. Даний вид ліцензії використовують такі відомі цифрові он-лайн платформи як *YouTube, Flickr, Sound Cloud*, через пошукові системи котрих користувач може з легкістю знайти відповідний твір.

Не зважаючи на збільшення випадків застосування на практиці ліцензії *Creative Commons* правове регулювання її дії та обсягу потребує вдосконалення, адже, не містить однозначних положень щодо форми вираження цифрового контенту, сторін такого правочину за яким здійснюється його обіг, та допустимості відмови від майнових авторських прав на підставі ліцензії даного виду.

Потрібно мати на увазі, що договірні відносини в сфері обігу цифрового контенту регулюються також і нормами законодавства у сфері авторського права шляхом захисту прав як авторів, так і споживачів цифрового контенту, а також інших осіб, що володіють майновими авторськими правами.

Враховуючи зазначене вище, вважаємо за необхідне новелізувати положення Закону України «Про авторське право та суміжні права» шляхом доповнення ст. 52<sup>2</sup> наступного змісту: «Майнові права автора у мережі Інтернет вичерпуються у випадку розміщення ним, або особою, що правомірно використовує твір на підставі укладеного ліцензійного договору, твору на будь-якій публічній цифровій платформі мережі Інтернет у спосіб, що дозволяє її користувачам переглядати та завантажувати твір на свої персональні комп'ютери, зберігаючи пристрої, хмарні сховища даних».

Законодавство у сфері охорони прав інтелектуальної власності розмежовує майнові і особисті немайнові права авторів та їх правонаступників, пов'язані із створенням, використанням творів науки, літератури, мистецтва – авторські права та права виконавців, виробників фонограм і відеограм та організацій мовлення - суміжні права [173]. Як влучно зазначає В. Кравець, суміжними правами виступають права на результати творчої діяльності виконавців, виробників фонограм (відеограм), організацій мовлення, які утворюються внаслідок використання ними об'єктів авторського права (твори літератури та мистецтва) [170, с. 99].

Законодавство України не містить дефініції об'єктів правової охорони суміжних прав, проте, ст.35 Закону України «Про авторське право та суміжні права» закріплює їх перелік. До них відносяться: виконання літературних, драматичних, музичних, музично-драматичних, хореографічних, фольклорних та інших творів; фонограми, відеограми; передачі (програми) організації мовлення.

У рамках даного дисертаційного дослідження вважаємо за необхідне здійснити аналіз окремих категорій об'єктів суміжних прав у розрізі поширення майнових та особистих немайнових прав виконавців на цифровий контент.

У переліку суміжних прав, представленому в законодавстві у сфері охорони інтелектуальної власності ключове місце займає виконання творів. Варто відзначити, що правової охорони набувають виконання саме творів, а отже однією із передумов існування охорони є виконання твору, що має індивідуальний, оригінальний та творчих характер у розумінні законодавства у сфері захисту авторських та суміжних прав. Як зазначає А. Копфф, твір може мати певну кількість невизначених якісних ознак, безпосередньо доданих його виконавцем під час творчої інтерпретації твору, спрямованої на виникнення у глядача відповідних емоцій та вражень [50, с.41].

Ще однією характерною ознакою охорони виконання є його здійснення актором (театру, кіно тощо), співаком, музикантом, танцюристом або іншою особою, яка виконує роль, співає, читає, декламує, грає на музичному інструменті, танцює чи будь-яким іншим способом відтворює твір літератури, мистецтва чи народної творчості, циркові, естрадні, лялькові номери, пантоміми тощо, а також є диригентом музичних і музично-драматичних творів [173].

Погоджуємось із І. Якубівським, котрий стверджує, що публічне виконання твору співаком, музикантом, танцюристом, артистом цирку, тощо є творчою інтерпретацією виконуваного твору [243, с.66]. Саме тому, науковці вважають за необхідне впровадити вимогу особистого характеру виконання твору та приналежності особи-виконавця до категорії осіб артистичного персоналу [2, с.121]. При цьому, виконавцям гарантується охорона їх майнових та особистих немайнових прав.

У контексті укладення договорів постачання цифрового контенту вагоме значення надається виключному праву виконавців дозволяти чи забороняти іншим особам публічне сповіщення у прямому ефірі їх виконань. Охорона майнових та особистих немайнових прав виконавців має місце у випадку стрімінгу такого виконання, що здійснюється у цифровій формі он-лайн, безпосередньо через платформу постачальника послуг цифрового контенту. У такій ситуації виконавцю належить право на винагороду від постачальника за використання такого виконання. Те саме правило повинно застосовуватись стосовно використання та поширення зафіксованого у фонограмах чи відеограмах раніше не трансльованого виконання.

Істотне значення для даного дослідження має з'ясування правового режиму фонограми та відеограми як об'єкта суміжних прав, адже саме вони можуть безпосередньо набувати цифрової форми, та виступати предметами договорів, що опосередковують обіг цифрового контенту. Під фонограмою законодавець розуміє звукозапис на відповідному носії (магнітній стрічці чи магнітному диску, грамофонній платівці, компакт-диску тощо) виконання або будь-яких звуків, крім звуків у формі запису, що входить до аудіовізуального твору [173]. Законодавче визначення фонограми схиляє до трактування її як запису звуку, здійсненого із використанням техніки аналогового запису сигналу. Проте, інформаційні та комп'ютерні технології дозволяють виконати, та зберігати такий запис фонограми у формі цифрових даних, що в свою чергу допускає віднесення фонограми до категорії цифрового контенту [26, с.100].

Подібну конструкцію зустрічаємо і у дефініції відеограми, під якою національний законодавець розуміє відеозапис на відповідному матеріальному носії (магнітній стрічці, магнітному диску, компакт-диску тощо) виконання, або будь-яких рухомих зображень (із звуковим супроводом чи без нього), крім зображень у вигляді запису, що входить до аудіовізуального твору [173].

Варто відзначити, що відповідно до положень законодавства у сфері авторського права та суміжних прав, як фонограми, так і відеограми є вихідним матеріалом для виготовлення їх подальших примірників (копій). Таким чином, ключовим аргументом можливості віднесення фонограми або відеограми до

цифрового контенту виступає технологія її першого запису. Здійснення фіксації фонограми або відеограми у формі бінарного запису цифрових даних є передумовою поширення на них правового режиму цифрового контенту. Зазначене зумовлює існування у виробника фонограм чи відеограм виключного майнового права на використання такого цифрового контенту, та виключного права дозволяти або забороняти таке використання іншим особам [173]. Тобто, при укладенні договору, що опосередковує обіг цифрового контенту, на постачальника покладатиметься обов'язок отримати від виробника дозвіл на його використання.

У випадку набуття фонограмою чи відеограмою цифрової форми вираження шляхом перетворення первинного сигналу будь-якого виду у цифровий сигнал, така похідна фонограма чи відеограма вважатиметься цифровою копією, і позбавлятиметься додаткової охорони майнових та особистих немайнових прав її виробників за договором постачання цифрового контенту.

Варто відзначити, що незважаючи на існування у законодавстві дефініції виробника фонограми та відеограми, у доктрині існує чимало суперечностей стосовно носія майнових та особистих немайнових прав на фонограми та відеограми. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права» виробником фонограми, відеограми є фізична або юридична особа, яка взяла на себе ініціативу і несе відповідальність за перший відеозапис виконання або будь-яких рухомих зображень (як із звуковим супроводом, так і без нього); звукозапис виконання або будь-яких звуків. Найбільш дискусійним є питання визначення особи, що «взяла на себе ініціативу та несе відповідальність». На думку М. Чайковскої-Домбровскої, виробником фонограми та відеограми буде особа, що бере на себе фінансові витрати пов'язані із здійсненням звукового чи відео запису [11, с.351].

З метою з'ясування цього питання спробуємо проаналізувати судову практику, пов'язану із реалізацією майнових та особистих немайнових авторських та суміжних прав в мережі Інтернет. Так, у справі щодо захисту авторських прав в Інтернеті, зазначається, що розміщення творів у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного споживання, є їх відтворенням, а тому на них поширюється дія ст. 15

Закону України «Про авторське право та суміжні права», що визначає виключне право автора (чи іншої особи, яка має авторське право) на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами [190]. Таким чином, при укладенні договору постачання цифрового контенту, що є об'єктом авторського права та суміжних прав в мережі Інтернет, постачальнику необхідно отримати дозвіл на використання такого охоронюваного об'єкту або виплатити уповноваженій особі (автору, власнику суміжних прав) винагороду за будь-яке використання твору.

На нашу думку, для удосконалення законодавства у сфері захисту авторських та суміжних прав у мережі Інтернет ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права», що визначає поняття фонограми та відеограми варто доповнити, додавши положення про те, що у випадку першочергового запису фонограми/відеограми у цифровій формі, такий запис виступатиме цифровим контентом. При цьому, виробникам фонограми та відеограми належатиме виключне право на використання твору в мережі Інтернет, а у разі, коли така фонограми чи відеограма є предметом договору постачання цифрового контенту, то на її виробників поширюється охорона їх майнових, та особистих немайнових прав, а у випадку їх порушення – відшкодування шкоди постачальником цифрового контенту.

Законодавство України у сфері авторського права гарантує захист виключних майнових прав організацій мовлення на використання ними своїх програм будь-яким способом, і виключне право дозволяти чи забороняти іншим особам: публічне сповіщення своїх програм шляхом трансляції і ретрансляції; фіксацію своїх програм на матеріальному носії та їх відтворення; публічне виконання і публічну демонстрацію своїх програм у місцях з платним входом [173].

Як підкреслює І. Новацька, організації мовлення належить виключне право розпоряджатися власними програмами та використовувати їх. Дане положення повинно застосовуватись і у випадку запису (фіксації) програм, в тому числі із використанням цифрових технологій [62].

Аналогічно як із творами, передачам організацій мовлення притаманний індивідуальний і творчий характер об'єднаної групи їх авторів. Об'єктивною

формою представлення творчого результату діяльності організацій мовлення є оприлюднення програм, передач цих організацій певним способом, за допомогою технічних засобів [118, с.9].

У контексті дисертаційного дослідження цікавим видається розглянути питання режиму передачі організаціями мовлення як цифрового контенту, що може постачатись користувачам у формі стрімінгу, так і цифрового запису доступного для перегляду у режимі он-лайн, так і для завантаження на персональний технічний пристрій користувача.

Вважаємо, що правове регулювання охорони майнових прав на передачі (програми) організацій мовлення, які виступають предметом договорів, спрямованих на обіг цифрового контенту, повинно здійснюватися у той самий спосіб, що і охорона авторських прав на твори. А саме, постачальнику передачі (програми) організацій мовлення необхідно отримати ліцензію на їх використання та постачання іншим особам.

Водночас, вважаємо за необхідне виключити поширення майнових авторських прав на цифрові копії передач (програм) організацій мовлення, що зберігаються в пам'яті особистого технічного пристрою користувача та використовуються ним для власного вжитку.

Поява та розвиток технології хмарного сховища даних, яка дозволяє користувачу створювати та редагувати у «хмарі» власний цифровий контент (*infrastructure as a service*), за допомогою програмного забезпечення постачальника (*software as a service*), зумовило виникнення нових правовідносин між постачальником та користувачем даних послуг. Водночас змістове навантаження терміну «послуга», що вживається в контексті правовідносин постачання цифрового контенту у хмарному сховищі даних дещо відрізняється від законодавчо закріпленого, та доктринально визначеного підходу до нього.

Українське законодавство не містить поняття послуги, натомість доктрина розкриває його зміст через ряд характерних особливих ознак. Так, вчені умовно поділяють послуги на три основні групи. До першої відносяться послуги, сутність яких проявляється через діяльність [141, с.16], результат якої не отримує

матеріального або упредметненого втілення; а відображається в юридичних наслідках – придбанні прав та обов'язків суб'єктом, для якого він створюється [135, с.487-489]; діяльність громадянина або організації, що споживається в процесі її здійснення, продукт якої не має уречевленого вираження [149, с.41]; дію, виражену у конкретному корисному результаті, який створено працею особи (юридичної чи фізичної), є нематеріальним (не речовим) за формою, не відокремлений від діяльності його виконавця, і являє собою об'єктивно досяжні зміни у зовнішньому світі або стані суб'єкта [129, с.9-11].

До другої групи відносяться такі послуги, що мають на меті досягнення результату діяльності. Її представники під послугами розуміють об'єкт зобов'язальних правовідносин, який становить собою правомірну дію виконавця, спрямовану на досягнення певного результату нематеріального характеру, обмежену в часі, і споживання якої відбувається в момент її надання [206, с.8], а також таку діяльність, здійснення якої обов'язково веде за собою наявність певного результату [106, с.297].

Третя група науковців впроваджує поняття послуги через нерозривне поєднання діяльності та її результату. Вони визначають послугу як результат діяльності (коли її споживання починається вже після її виконання), як саму діяльність, та як сукупність діяльності і результату [112, с.38]. Науковці відносять до послуг ініційовану уповноваженим суб'єктом, і здійснювану на основі та на виконання юридичного акту, діяльність суб'єкта, що спрямована на задоволення певних потреб її ініціатора, або на створення необхідних для цього умов і засобів [196, с.145].

Аналізуючи основні критерії, що розмежовують надання послуг від інших об'єктів цивільних прав, варто звернути увагу на позицію Л. Огегло, котрий наголошує, що під поняття послуг не підпадають дії, спрямовані на передачу права власності на майно, або права користування цим майном іншій особі за плату, на певний строк. У даному контексті, в рамках договору постачання цифрового контенту, предметом такого постачання буде передача цифрового контенту у

власність або тимчасове користування іншої особі, а цифровий контент не може кваліфікуватися як послуга [63, с.80].

Специфічною ознакою договорів постачання цифрового контенту є те, що його предмет може набувати різноманітної зовнішньої форми вираження. У деяких випадках ним виступатиме розробка та виготовлення цифрового контенту, що має самостійний і тривалий характер, водночас залишаючись у формі цифрового запису даних без матеріальної форми вираження.

У доктрині ведуться дискусії стосовно можливості віднесення до договірних відносин із надання послуг, правовідносини постачання цифрового контенту як зобов'язання вчинити певну дію, яка спрямована на досягнення конкретно визначеного результату. Варто відзначити, що на початковому етапі виконання договору постачання цифрового контенту обов'язком постачальника є генерування цифрового контенту, а тому ці правовідносини можна віднести до договірних зобов'язань із надання послуг. Пізніше, обов'язком постачальника є передання створеного таким чином контенту в тимчасове користування одержувача, що виходить за межі договірної конструкції із надання послуг [62, с.72].

Особливість змісту договору, що опосередковує обіг цифрового контенту обумовлена специфічністю його передання за допомогою струменевих он-лайн сервісів, або із наданням користувачу доступу до віртуального сховища даних, на якому такий цифровий контент розміщується. Водночас, на постачальника покладається обов'язок створити відповідне програмне забезпечення та постійно підтримувати справність технічної інфраструктури, яка уможлиблює використання цифрового контенту одержувачем.

Варто відзначити, що первинно розроблений проект Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту включав у поняття цифрового контенту також і цифрові послуги, пов'язані із створенням, обробкою або зберіганням у цифровій формі даних, отриманих від споживача, та послуги щодо поширення або здійснення іншого впливу на дані у цифровій формі, отримані від інших користувачів [73]. Проте, після численних обговорень проекту Європейською комісією, визначення поняття цифрового контенту зазнало модифікації шляхом



розмежування дефініції цифрового контенту, як даних, що генеруються та постачаються у цифровій формі, та цифрових послуг, які надають можливість взаємодіяти із такими даними [220, с.163].

Аналізуючи правовідносин із постачання цифрового контенту в контексті чинного національного законодавства доходимо висновку, що договірні обов'язки постачальника цифрового контенту відрізняються від обов'язків виконавця послуг. Механізм постачання цифрового контенту виявляється у наданні «послуги» споживачу автоматизованим програмним забезпеченням, а обов'язок його розробки та технічного нагляду покладається на постачальника. Хоча автоматизоване передання цифрового контенту не виключає можливості кваліфікувати дії постачальника як послугу, проте, на нашу думку, з врахуванням мети договору, а саме отримання цифрового контенту у спосіб, що дозволяє його використання одержувачем на вимогу за будь-яких умов, предметом договору постачання цифрового контенту виступатиме сам цифровий контент, а усі інші дії, які вчиняє постачальник для передачі цифрового контенту користувачу, є допоміжними.

Отже, цифровий контент є новим унікальним об'єктом цивільного права. Застосовуючи техніку юридичної фікції, доцільним є поширення правового режиму речі до правовідносин із його обігу. Окрім того, враховуючи творчу діяльність автора цифрового контенту, при укладенні договорів, за якими здійснюється його обіг, необхідним є отримання ліцензії на його використання.

## **Висновки до Розділу 1**

1. Цифровий контент – об'єкт цивільних правовідносин, сукупність даних, що створюються, генеруються, постачаються та зберігаються у цифровій формі, за винятком даних, які виступають предметом договорів у сфері надання: фінансових, правових та фінансово-консультаційних, медичних послуг у електронній формі, послуг, що забезпечують електронне з'єднання, азартних ігор.

2. Враховуючи відсутність у законодавстві єдиного підходу до визначення поняття «даних» та «даних, представлених у електронній формі» обґрунтовано необхідність внесення змін до ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права», виклавши поняття електронної (цифрової) інформації в наступній редакції «цифрова інформація – дані, в тому числі аудіовізуальні, музичні твори (з текстом або без тексту), комп'ютерні програми, фонограми, відеограми, програми (передачі) організацій мовлення, відображені у цифровій формі, придатній для зчитування і відтворення за допомогою технічного пристрою, які можуть існувати і/або зберігатися у вигляді цифрових записів у базі даних на зберігаючих пристроях комп'ютерів, серверів у мережі Інтернет, тощо, а також цифрові дані, що транслюються у режимі потокового мультимедіа або ретранслюються з використанням мережі Інтернет».

3. Предметом договору постачання цифрового контенту виступають дані, під якими розуміється інформація, представлена у цифровій формі (формі бінарного коду), придатна для обробки, перетворення та постачання одержувачу за допомогою спеціалізованих технічних пристроїв із використанням комп'ютерного програмування.

4. До особливих ознак цифрового контенту належать: цифрова форма генерування даних, цифрова форма постачання даних, цифрова форма обробки та зберігання даних.

5. Враховуючи Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки Апарату Верховної ради України обґрунтована необхідність застосування терміну «постачання» до понятійного виокремлення договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту.

6. Генеруванням даних є процес первинного створення та/або вторинної діджиталізації і дискредитації матеріальних об'єктів та аналогових сигналів.

7. У правовідносинах постачання цифрового контенту цифрову форму представлення даних слід розуміти як набір цифрових кодів, що містять у собі інформацію, придатну для зчитування, обробки та відтворення за допомогою

спеціальних матеріально-технічних засобів та визначеного програмного забезпечення.

8. Постачання даних у цифровій формі у договорах, що опосередковують обіг цифрового контенту може здійснюватись такими основними способами: а) на матеріальній носій інформації; б) безпосередньо на електронний пристрій користувача, в тому числі сервер одержувача цифрового контенту та/або сервер третьої особи, який був вказаний одержувачем; в) на сервер постачальника цифрового контенту, надання доступу до цифрових даних, що знаходяться у хмарному сховищі даних постачальника.

9. Товарами із цифровими елементами є матеріальні рухомі речі, що містять у собі цифровий контент чи цифрову послугу, або пов'язані із їх використанням таким чином, що їх відсутність зумовила б неможливість виконання даним товаром основних функцій.

10. Цифрова послуга – це послуга, яка уможливорює створення, обробку та зберігання цифрового контенту; або поширення чи будь-яку іншу взаємодію із даними у цифровій формі, що були створені або завантажені її користувачами.

11. До договірних зобов'язань, предметом яких виступають об'єкти, що не мають чіткої матеріальної форми вираження, обґрунтована доцільність застосування техніки юридичної фікції та поширення законодавства у сфері права власності на нематеріальні об'єкти, зокрема цифровий контент.

12. Цифровий контент виступає цифровим записом нематеріального блага у вигляді твору (аудіо-, відео-), який охороняється законодавством в сфері авторського права, із можливістю поширення на цифровий контент майнових та особистих немайнових прав автора.

13. Бінарний код, як зовнішня форма вираження цифрового контенту, є унікальним та неповторним результатом творчої розумової діяльності людини, що уможливорює віднесення цифрового контенту до переліку творів. При цьому, істотне значення матиме встановлення розмежування між твором, який безпосередньо виступає цифровим контентом (комп'ютерна гра, файл у хмарному сховищі даних) та цифровим контентом, який є лише зовнішньою формою вираження твору

(цифровий запис на інформаційному носію). Розміщення твору на матеріальному носію зумовить паралельне незалежне існування речових прав на даний матеріальний предмет та майнових прав автора на цифровий контент. Відчуження такого матеріального об'єкта не означає відчуження авторського права, і навпаки.

14. Враховуючи приналежність цифрового контенту до об'єктів авторських та суміжних прав, доведена необхідність закріплення у законодавстві обов'язку постачальників послуг цифрового контенту отримання ліцензії на його використання. Застосування категорії «вичерпання» авторських прав є обґрунтованим у випадку відтворення та використання споживачем цифрової копії твору в особистих, некомерційних цілях.

15. Обґрунтована необхідність новелізації положень Закону України «Про авторське право та суміжні права» шляхом внесення доповнення до ст. 522 наступного змісту: «майнові права автора на твір вичерпуються у випадку розміщення ним або особою, що правомірно використовує твір, на підставі укладеного ліцензійного договору, на будь-якій публічній цифровій платформі мережі Інтернет у спосіб, що дозволяє її користувачам переглядати та завантажувати твір на свої персональні комп'ютери, зберігаючи пристрої, хмарні сховища даних.

16. Доведена доцільність внесення зміни до ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права», що визначає поняття фонограми та відеограми, доповнивши її положенням наступного змісту: «у випадку першочергового запису фонограми/відеограми у цифровій формі такий запис виступатиме цифровим контентом. Виключне право на використання твору в мережі Інтернет належить виробникам фонограми та відеограми. Якщо така фонограма чи відеограма є предметом договору постачання цифрового контенту, то її виробникам належить охорона майнових та особистих немайнових прав, а у випадку їх порушення – відшкодування шкоди постачальником цифрового контенту».

## РОЗДІЛ 2

# ДОГОВІРНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ У СФЕРІ ОБІГУ ЦИФРОВОГО КОНТЕНТУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЄС

### 2.1. Договірні конструкції, що опосередковують обіг цифрового контенту

Користувачі інтернет ресурсів, завантажуючи музику он-лайн, зберігаючи свої персональні фото, відео, текстові документи у хмарних сховищах даних та інше, щодня вступають у відносини обігу цифрового контенту. Правовою підставою їх виникнення є договори купівлі-продажу, найму, зберігання у хмарному сховищі даних електронних файлів. Проте, національне законодавство не містить окремої універсальної договірної конструкції постачання даних у цифровій формі, що створює неоднозначність при визначенні норм цивільного законодавства, які слід застосовувати для регулювання конкретного типу договірних відносин у сфері обігу цифрового контенту.

В умовах євроінтеграційного курсу розвитку національного законодавства, та у зв'язку із прийняттям 20 травня 2019 р. Європейським парламентом та Радою Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, відкритим залишається питання доцільності внесення змін до ЦК України шляхом його доповнення нормами про постачання цифрового контенту. Вирішення також потребує питання необхідності розробки окремого нормативно-правового акту для регулювання відносин постачання цифрового контенту, включення зазначеної договірної конструкції до ЦК України або застосування до нових правовідносин положень чинного цивільного законодавства за аналогією.

Розмірковуючи про доцільність впровадження в цивільне законодавство України нової договірної конструкції постачання цифрового контенту, варто виділити позицію С. Братуся, котрий зазначав, що у випадках, коли деякі відмінності в економічному змісті договорів не тягнуть за собою різні юридичні наслідки, та не відображаються в юридичному змісті договірної конструкції, немає необхідності створення нових груп зобов'язань [117, с.195]. Таким чином, потреба у

окремому нормативному регулюванню договірних зобов'язань виникає лише у тому разі, коли нові ознаки такого зобов'язання вимагають законодавчого відображення [114, с.48].

З метою ефективного регулювання відносин постачання цифрового контенту, вважаємо за необхідне дослідити відмінності нової договірної конструкції від визначених у ЦК України, та з'ясувати потребу у розробці та закріпленні у цивільному законодавстві нової договірної конструкції.

У межах наведеної проблематики висловився Є. Пісулінський, стверджуючи, що договір постачання цифрового контенту за своєю суттю не є новим, адже під поняттям даного договору часто розуміються інші поіменовані у цивільному законодавстві договірні конструкції, включаючи ліцензійний договір [156, с.802]. До такого висновку вчений дійшов у світлі пошуку шляхів новелізації польського цивільного законодавства з метою імплементації положень Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів. Іншу позицію зайняла І. Новацька, вказуючи, що незважаючи на розповсюдженість укладення договорів постачання цифрового контенту, за якими постачальник зобов'язується надати одержувачу разом із цифровими даними, ліцензію на їх використання, такий договір відрізняється від ліцензійного, у якому цифровий контент виступає лише записом цифрових даних у формі твору [30, с.141].

Із зазначеною позицією Є. Пісулінського важко погодитись, виходячи із наступного. По-перше, зазвичай особа, якій належать майнові авторські права на цифровий контент, не є його постачальником, а тому говорити про ліцензійний договір як єдину договірну конструкцію, на підставі якої постачається цифровий контент вважаємо недоцільним. По-друге, основною ціллю ліцензійного договору, відповідно до положень ст. 1109 ЦК України є отримання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності, в той час, як метою укладення договору, за яким постачається цифровий контент, є отримання самого цифрового контенту. Таким чином, змістом договірних відносин, предметом яких виступає цифровий контент є передання цифрових даних та прав на їх використання, що безпосередньо пов'язане із природою цифрового контенту.

Варто відзначити, що законодавці держав-членів ЄС не одразу прийняли позицію необхідності розробки окремого нормативного регулювання відносин обігу цифрового контенту. З метою імплементації в національне законодавство положень Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів було розроблено ряд законопроектів. Серед яких, цікавим для аналізу видається проект внесення змін до Цивільного кодексу Республіки Польща, включно із статтями про купівлю-продаж. Так, в частині регулювання постачання цифрового контенту, польський нормотворець пропонує використати аналогію закону, та до правовідносин із постачання води, газу, електроенергії та цифрового контенту відповідно застосовувати положення про купівлю-продаж [125].

Зазначений підхід до імплементації Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів підданий неабиякій критиці у правовій доктрині, що у свою чергу призвело до дискусій, пов'язаних із необхідністю запровадження окремого нормативно-правового регулювання договірних відносин обігу цифрового контенту. Цікавою у даному контексті видається позиція Т. Таргоша відносно недоцільності регулювання постачання цифрового контенту положеннями про купівлю-продаж. Вчений вказує на неможливість відповідного застосування положень про купівлю-продаж до правовідносин обігу цифрового контенту у випадку, коли сам Цивільний кодекс не містить його дефініції. Крім того, неефективним є закріплення договірної конструкції постачання цифрового контенту виключно у законодавстві про права споживачів, оскільки такий підхід суттєво звузить застосування правових норм лише до регулювання споживчих відносин у сфері обігу цифрового контенту [59, с.20].

Окрім того, аргументом розробки окремої договірної конструкції для правовідносин обігу цифрового контенту є загальний характер норм, що повинні спільно застосовуватись як до правовідносин купівлі-продажу, так і до постачання цифрового контенту. Наслідком спільного застосування договірної конструкції купівлі-продажу буде існування неефективного правового регулювання для абсолютно нових відносин, пов'язаних із обігом цифрового контенту [126, с.807; 88, 210]. При чому, поширення на цифровий контент, розміщений на матеріальному

носію, майнових та особистих немайнових прав його автора зумовить необхідність закріплення положення про наявність у продавця цифрового контенту ліцензії на його використання та продаж, що зазвичай не є типовим для договорів купівлі-продажу товарів.

У зв'язку із наведеним, вважаємо відмінності між товарами, які мають речову форму вираження, енергетичними та іншими ресурсами, та цифровим контентом настільки значними, що спільне правове регулювання купівлі-продажу товарів та постачання цифрового контенту було б неефективним.

Досліджуючи необхідність розробки відмінного регулювання договорів купівлі-продажу товарів та договорів постачання цифрового контенту, видається доцільним здійснити аналіз розвитку законодавчих підходів стосовно відносин постачання цифрового контенту в ЄС. Так, у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу зазначається, що регулятивні норми у сфері купівлі-продажу товарів мають відповідне застосування до договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту у випадку існування можливості одержувача зберігати, змінювати, чи отримувати доступ до таких даних, та повторно їх використовувати [51]. Коментована норма статті вказує, що під правове регулювання купівлі-продажу товарів підпадатимуть тільки такі договори постачання цифрового контенту, які володіють наступними ознаками. По-перше, за умовами укладеного договору одержувач може завантажити цифровий контент на власний зберігаючий пристрій (жорсткий диск комп'ютера, CD-, DVD- диски, зовнішній накопичувач даних, електронну пошту та інше). По-друге, одержувачу цифрового контенту надається постійний доступ до нього із можливістю на власний розсуд внесення будь-яких змін. По-третє, одержувачу цифрового контенту забезпечується спроможність його використання необмеженої кількості разів [57, с.44]. Тобто, фактично законодавець ЄС поширює положення про купівлю-продаж на цифровий контент, якщо зобов'язання за таким договором є схожими із зобов'язанням передати річ у власність, а як наслідок – права одержувача постійно володіти, використовувати цифровий контент на власний розсуд, та розпоряджатись ним (включаючи його подальший продаж та інше).



Низка сумнівів та зауважень виникає при з'ясуванні доцільності застосування правових норм про купівлю-продаж товарів до правовідносин постачання цифрового контенту. Так, М. Шмідт-Кессел допускає їх реалізацію лише до договорів, за якими одержувач отримує доступ до цифрових даних [127, с.30]. Позиції широкого застосування положень про купівлю-продаж дотримується і Ф. Цоль, наголошуючи на необхідності поширення норм проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу на договірні відносини із надання частини місткості поверхні диску для зберігання цифрових даних (хостингу) [128, с.285].

Іншу, відмінну позицію, висловлюють І. Новацька та К. Вендехорс. Вчені вважають доцільним застосування положень про купівлю-продаж виключно до договірних відносин постачання цифрового контенту на матеріальному носіїв інформації, а також, до договорів, за умовами яких цифрові дані постачаються одержувачу на вказану ним адресу електронної пошти [30, с.115; 57, с.44].

Неоднозначність у позиціях як науковців, так і Європейської комісії стосовно застосування проекту Регламенту про договори купівлі-продажу 2011/0284 сприяла розробці нового підходу до регулювання договірних відносин у цій сфері, що завершився прийняттям Директиви 2019/771 про деякі аспекти договорів купівлі-продажу товарів. Наведений нормативно-правовий акт встановлює можливість поширення правового регулювання купівлі-продажу на правовідносини, предметом яких виступають товари із цифровими елементами. При цьому, у випадку укладення договору постачання цифрового контенту, що не є інтегральною частиною товару із цифровими елементами, норми у сфері купівлі-продажу товарів до таких правовідносин не застосовуватимуться [130]. У п. 16 преамбули згаданої Директиви чітко зазначено, що у випадку завантаження гри на смартфон із спеціально розробленого мобільного додатку, договір постачання цієї гри є окремим договором постачання цифрового контенту, з самостійним, іншим ніж для договору купівлі-продажу, регулюванням [130]. Такий підхід роздільного нормативного регулювання купівлі-продажу товарів та постачання цифрового контенту вважаємо доцільним та вартим уваги національного законодавця. Норми про окрему договірну конструкцію постачання цифрового контенту необхідно закріпити у ЦК України. Застосування до

правовідносин обігу цифрового контенту норм Глави 54 ЦК України є виправданим у випадку укладення договору, предметом якого виступатиме товар із цифровими елементами, виокремлення яких є неможливим без втрати їх цільового призначення.

У національному законодавстві відсутнє як легальне визначення цифрового контенту, так і регулювання договору, що опосередковує його обіг. Переконані, що цим нормам місце саме в ЦК України. Зайнята позиція обумовлена перш за все тим, що договір постачання цифрового контенту стає одним із найуживаніших договорів сьогодення, які укладаються щоденно шляхом завантаження музики, відео-, інформації з мережі Інтернет, зберігання персональних файлів в хмарному сховищі даних, використання електронної пошти та інше. По-друге, зобов'язання України щодо гармонізації національного законодавства із європейським, у рамках дії Угоди про асоціацію, має безпосередній вплив на вектор його розвитку. Таким чином, прийняття ЄС Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, що встановлює засади регулювання окремої договірної конструкції постачання цифрового контенту, предмету, зобов'язань сторін договору, дозволяє виокремити такий договір з-поміж інших поіменованих договорів.

З метою розробки авторської дефініції договору постачання цифрового контенту вважаємо за необхідне проаналізувати існуючі підходи у ЄС. Як зазначалось у попередньому розділі, першим нормативно-правовим актом, що впровадив у європейське законодавство новий вид правовідносин із постачання цифрового контенту стала Директива 2011/83/ЄС про права споживачів. Так, у п. 19 її преамбули законодавець вказує, що договірні конструкції купівлі-продажу, надання послуг та постачання цифрового контенту є трьома окремими договорами, які мають свій предмет, та відмінне регулювання. Закріплення як у законодавстві країн-членів ЄС, так і у національному законодавстві, договірної конструкції постачання цифрового контенту покликане перш за все сформулювати чіткий перелік прав і обов'язків сторін даного договору, упорядкувати та доповнити існуючий нормативно-правовий масив у цій сфері.

Включення нового типу договірних відносин із постачання цифрового контенту у директиву, що має на меті забезпечити максимальну охорону прав споживачів,

спонукає до аналізу необхідності внесення до ЦК України відповідних норм про новий вид договору, або удосконалення законодавства про захист прав споживачів щодо договірних відносин, предметом яких виступає цифровий контент.

Як зазначається у літературі, поіменованість договору постачання цифрового контенту, та визначення його як типового для передачі даних, що генеруються та передаються у цифровій формі, має місце лише за умови визначення та виокремлення спільного зобов'язання його сторін для усіх договірних правовідносин даного виду [62, с.105].

З метою виокремлення предмету договору постачання цифрового контенту варто, насамперед, проаналізувати саме поняття «постачання». Як справедливо зауважує Ф. Цоль, ключовим для формулювання визначення поняття договору постачання цифрового контенту є правова інтерпретація поняття «постачання», котре міститься у назві договору [9, с. 443].

На нашу думку, правову оцінку доцільності вживання поняття постачання до правовідносин з обігу цифрового контенту слід розпочати із дослідження положень Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів. Аналізуючи п.19 її преамбули, прослідковуємо, що під постачанням цифрового контенту розуміється: завантаження даних на персональних технічних пристрій; надання доступу до цифрових даних шляхом застосування технології стрімінгу (*streaming*); передача цифрових даних вміщених на матеріальному носіїв інформації; передача цифрових даних у будь-який інший спосіб. Таким чином, термін «постачання» європейський законодавець інтерпретує як технологію отримання цифрових даних від постачальника послуг одержувачу, так, і як обов'язок постачальника передати дані у цифровій формі їх одержувачу.

Національне цивільне законодавство також послуговується терміном «постачання» у назві договірних правовідносин постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу (ст. 714 ЦК України). На думку Ю. Носіка, термін постачання у цьому випадку характеризує спосіб транспортування (доставки) енергетичних та інших ресурсів споживачеві [165]. Погоджуємось із Н. Меджибовською, котра, досліджуючи термінологію

електронного постачання, характеризує даний процес як організаційно-управлінський механізм, в рамках якого використовуються інформаційно-комунікаційні технології для автоматизації процесу постачання [159, с.81]. Таким чином, вважаємо, що назва постачання відповідає сутності зобов'язання, покладеного на боржника у правовідносинах обігу цифрового контенту.

При цьому, виокремлюючи способи постачання цифрового контенту в межах укладеного договору, вважаємо за доцільне визначити наступні: цифрова трансмісія даних, закодованих у дискретні сигнальні імпульси, що вміщуються на зовнішніх матеріальних носіях інформації; завантаження цифрових даних одержувачами на їх персональні технічні пристрої; надсилання даних у формі стрімінгу он-лайн, та будь-який інший доступний для отримання цифрових даних спосіб [73].

Наведений перелік способів постачання цифрового контенту дозволяє умовно поділити їх на дві групи. До першої слід віднести постачання цифрового контенту, що здійснюється за допомогою матеріального носія даних. У цьому випадку Директива 2011/83/ЄС про права споживачів вказує, що регулювання постачання цифрових даних, розміщених на матеріальних носіях, таких як CD-, DVD- диски та інших накопичувачів, повинне збігатись із регулюванням постачання матеріальних товарів із цифровим контентом, що виступає предметом конкретного договору. Таким чином, на перший погляд, договірні відносини постачання цифрового контенту на матеріальному носіїв інформації можна кваліфікувати як договір купівлі-продажу цього носія.

Іншим видом обігу цифрового контенту є його постачання он-лайн, шляхом застосування відповідних цифрових технологій. У даному випадку Директива 2011/83/ЄС про права споживачів чітко зазначає, що таке постачання не відноситься до жодної із груп існуючих договорів, і є новим видом договору.

Для розробки та закріплення у національному законодавстві поняття договору постачання цифрового контенту, ще одним важливим питанням, що потребує дослідження є положення про спеціальні інформаційні обов'язки постачальника. Він як суб'єкт підприємницької діяльності зобов'язаний інформувати споживача про можливість виконання цифровим контентом функцій певного виду, сумісність

цифрового контенту із операційним та програмним забезпеченням різного роду технічних пристроїв [62, с.134].

Закріплення, поряд із обов'язком забезпечити доступ до цифрового контенту, додаткових інформаційних обов'язків постачальника, на нашу думку, є особливо важливим у випадку укладення споживчих договорів. Тому, вважаємо за доцільне доповнити Закон України «Про захист прав споживачів» положенням, що покладає на постачальника цифрового контенту обов'язок разом із цифровим контентом надати споживачу усю необхідну інформацію про його функціональність. Перелік необхідної інформації найповніше відображений у Керівному положенні Європейської комісії щодо ефективного застосування Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів. Укладаючи споживчий договір постачання цифрового контенту постачальник має додаткові обов'язки пов'язані із інформуванням споживача про: мову цифрових даних та інструкції до них, якщо вона є іншою ніж мова розробки цифрового контенту; спосіб постачання цифрового контенту (із використанням технологій стрімінгу; он-лайн; можливість завантаження цифрових даних на персональний технічний пристрій одержувача як одноразово, так і багаторазово, протягом визначеного у договорі строку); строк активності посилання на перегляд аудіо- та відео- файлів он-лайн; тип і розмір файлів, призначених для завантаження на персональний технічний пристрій одержувача; наявність чи відсутність його обов'язку постачати оновлення програмного забезпечення, необхідного для функціонування цифрового контенту на строк зазначений в умовах договору та інше [13, с.17].

Цікавим видається пп. g ст. 5 зазначеної директиви про обов'язок постачальника цифрового контенту надати усю необхідну інформацію, пов'язану із щодо його функціональністю, якщо цього вимагає сама сутність цифрового контенту.

Дана норма зумовила появу у доктрині поглядів стосовно того, що визначення положеннями договору функцій цифрового контенту є істотною умовою такого договору [62; 18, с.111].

Як влучно зазначає Н. Кузнєцова, для досягнення ефективності цивільного законодавства необхідним вбачається розробка та дослідження договорів у нових сферах економічної діяльності [171, с.294]. Саме таким, на нашу думку повинен стати договір постачання цифрового контенту, як новий вид поіменованого договору з обігу нематеріальних цифрових даних.

Проектом Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту вперше запропоновано законодавче визначення договору постачання цифрового контенту як договору, на підставі якого постачальник постачає, або зобов'язується постачати цифровий контент шляхом забезпечення доступу до нього, чи його надання для завантаження, а споживач, що отримує такий цифровий контент, зобов'язується сплатити визначену у договорі ціну, або вчинити іншу дію шляхом надання доступу до своїх персональних даних, чи будь-яких інших даних [73].

Такий підхід до визначення поняття договору постачання цифрового контенту зазнав значної критики у науковій спільноті. По-перше, недоцільним є розкриття обов'язку постачальника за договором постачання цифрового контенту, використовуючи термін «постачання», що міститься у назві договору. Альтернативою у даному випадку було б формулювання обов'язку постачальника забезпечити доступ до цифрового контенту одержувачу, або надати такий контент для завантаження [62, с.107].

По-друге, аналізуючи поняття договору постачання цифрового контенту, що міститься у проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, прослідковуємо, що така дефініція є доволі широкою. З метою обмеження поширення договірної конструкції постачання цифрового контенту на значне коло електронних правовідносин європейський законодавець у ч. 5 ст. 3 виключає можливість її застосування у сфері послуг, у яких цифровий формат використовується виключно як засіб передавання даних; послуг електронного зв'язку; електронних медичних та фінансових послуг; азартних ігор в мережі Інтернет.

Варто наголосити, що попри свою актуальність та новий підхід до правового регулювання обігу цифрових даних, проект Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту містив значну кількість неоднозначних

законодавчих рішень щодо яких Європейська комісія та Парламент ЄС не могли дійти згоди, а саме поняття цифрового контенту, виокремлення цифрової послуги та товару із цифровими елементами. Це у свою чергу привело до відхилення цього проекту у травні 2019 року [64].

Дещо інший підхід до визначення договору постачання цифрового контенту міститься у новій Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг. Відповідно до ч. 1 ст. 3 даного акту договором постачання цифрового контенту є договір, на підставі якого суб'єкт підприємницької діяльності постачає, або зобов'язується постачати споживачу цифровий контент або цифрову послугу, а споживач, у свою чергу, сплачує або зобов'язується сплатити винагороду. Розробляючи дефініцію договору постачання цифрового контенту, європейський законодавець закріплює чітке нормативне регулювання саме споживчих договорів. На нашу думку, такий підхід, в першу чергу, зумовлений тим, що Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг є законодавчим актом максимальної гармонізації, що обмежує законодавчу свободу парламентів держав-членів ЄС при включенні її положень у національне законодавство. Варто відзначити, що саме максимальна гармонізація директиви дозволяє забезпечити рівність захисту прав споживачів на території усієї спільноти. Разом з тим, національний законодавець держав-членів ЄС може імплементувати норми директиви з можливістю їх поширення і на договори постачання цифрового контенту між суб'єктами підприємницької діяльності.

В умовах сьогодення обіг цифрового контенту є надзвичайно поширеним не тільки між суб'єктами підприємницької діяльності і споживачами, але і між підприємствами, що укладають договори хмарного сховища даних із постачальниками послуг, договори використання комп'ютерних програм, баз даних, обміну корпоративною інформацією всередині цифрової он-лайн платформи та інше. Відсутність належного правового регулювання цих відносин зумовлює виникнення ряду проблем на практиці. Саме тому, необхідністю є запровадження у цивільне законодавство України окремого виду поіменованого договору постачання цифрового контенту. На нашу думку, відносини постачання цифрового контенту в

Україні доцільно регулювати нормами ЦК України, як загальним законодавством, що у свою чергу поширюється на споживчі правовідносини у сфері постачання цифрового контенту. З цією метою слід включити в ЦК України Главу 54<sup>1</sup> «Постачання цифрового контенту», а у ст. 716<sup>1</sup> закріпити поняття договору постачання цифрового контенту наступним чином: «За договором постачання цифрового контенту одна сторона (постачальник) забезпечує, або зобов'язується забезпечити іншій стороні (одержувачу) доступ до цифрового контенту, або надати такий цифровий контент для завантаження на персональний технічний пристрій, а інша сторона (одержувач) зобов'язується сплатити певну грошову суму, та/або вчинити іншу дію на користь постачальника».

Варто відзначити, що предметом зобов'язання за договором постачання цифрового контенту виступатиме сам цифровий контент. Тобто, на відміну від договорів про виконання робіт та надання послуг (в тому числі і цифрових), де предметом зобов'язання є нематеріальне благо, яке замовник отримує у процесі вчинення виконавцем певної дії або здійснення певної діяльності [238, с.59], у випадку із постачанням цифрового контенту на постачальника покладається обов'язок забезпечити доступ до цифрового контенту, або надати його для завантаження на персональний технічний пристрій одержувача. Процес постачання цифрового контенту, як зазначається в доктрині, є похідним обов'язком постачальника [62, с.111], невиконання якого унеможливить користування даними у цифровій формі одержувачем. Разом з тим, правова природа цифрового контенту, як особливого різновиду об'єкта цивільних прав, зумовлює необхідність правомірного користування ним постачальником, а також володіння останнім авторськими правами на цифровий контент. Враховуючи зазначене, вважаємо доцільним внести зміни у ЦК України шляхом його доповнення ст. 716<sup>2</sup> наступного змісту: «предметом договору постачання цифрового контенту є цифровий контент, постачальник якого правомірно використовує такий контент та володіє авторськими правами на нього».

У дисертаційному дослідженні, вважаємо за необхідне з'ясувати ознаки договору, виходячи із запропонованого авторського поняття договору та його



легального визначення у Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг. Адже, дана директива є актом максимальної гармонізації, що у світлі виконання зобов'язань прийнятих Україною на основі Угоди про асоціацію, матиме вплив на розвиток національного законодавства.

Виходячи із змісту ч. 3 ст. 626 ЦК України договір постачання цифрового контенту можна віднести до двосторонніх, оскільки сторони наділені взаємними правами та обов'язками. У науковій літературі вказується також на необхідність волевиявлення двох сторін для укладення цього виду договору як ознаку його двосторонності [130, с.67].

Питання термінологічного визначення сторін договору постачання цифрового контенту має правотворче та правозастосовне значення. На основі обґрунтування у підрозділі 1.1. даної роботи назви досліджуваного договору як постачання цифрового контенту, вважаємо, що боржника у зобов'язанні слід іменувати виходячи із його основної функції, а саме, постачання цифрового контенту – «постачальником». Варто відзначити, що термінологічне визначення боржника постачальником не є новим для договірному праву України [218, с.58]. Так, постачальником у якості боржника договірному зобов'язанню є сторона договорів поставки (ст. 712 ЦК України), постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу (ст. 714 ЦК України). При цьому, законодавець та доктрина наголошують, що постачальником у договірних зобов'язаннях поставки виступає суб'єкт підприємницької діяльності. Що стосується договорів постачання енергетичними та іншими ресурсами через приєднану мережу, то ЦК України не містить обмеження щодо суб'єктного складу даного договору, натомість ГК України та галузеве законодавство, що регулює конкретний різновид таких договірних зобов'язань, вказує на спеціальний правовий статус постачальника, як суб'єкта підприємницької діяльності [124; 179; 193; 191; 184].

Варто відзначити, що первинна розробка правового регулювання правовідносин обігу цифрового контенту, що містилась у проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, стороною договору визначала постачальника цифрового контенту, в той час як нове, діюче

правове регулювання, не змінюючи дефініції постачальника, по суті, замінює назву кредитора із «постачальника» на «підприємця». Так, у Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг під підприємцем розуміється фізична або юридична особа публічного чи приватного права, яка діє як від власного імені, так і за посередництвом іншої фізичної або юридичної особи, або в інтересах такої особи, з метою забезпечення виконання її підприємницької, господарської, ремісничої, або незалежної професійної діяльності. І саме такий підприємець виступає боржником у зобов'язаннях із постачання цифрового контенту.

На нашу думку, такий підхід європейського законодавця є виправданим, адже, основною метою розробки правового регулювання постачання цифрового контенту на внутрішньому ринку ЄС є забезпечення високого рівня захисту споживачів.

У свою чергу, у національній правотворчій та правозастосовній діяльності вважаємо доцільним застосувати поняття «постачальник» для термінологічного визначення кредитора у зобов'язанні постачання цифрового контенту. При цьому постачальником виступатиме особа (фізична або юридична), яка забезпечує або зобов'язується забезпечити доступ до цифрового контенту або надати такий цифровий контент для завантаження на персональний технічний пристрій за договором постачання цифрового контенту.

Законодавство ЄС, додержуючись наведеної вище позиції захисту прав споживачів, визначає одержувача цифрового контенту як споживача, тобто фізичну особу, котра укладає договори постачання цифрового контенту для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із здійсненням нею підприємницької діяльності [15].

У випадку включення постачання цифрового контенту до поіменованих договорів ЦК України, пропонуємо використання терміну «одержувач» для найменування особи, що на підставі укладеного договору отримує цифровий контент. На нашу думку, під терміном одержувача слід розуміти фізичну та юридичну особу, котра зобов'язується сплатити ціну або вчинити іншу дію на користь постачальника.

Доцільність використання у національному законодавстві терміну «одержувач» обґрунтовується його інтерпретацією як особи, яка що-небудь одержує [210, с.625]. Крім того, ЦК України відоме поняття одержувача як найменування кредитора у зобов'язаннях. Так, за договором лізингу кредитором виступає лізингоодержувач, за договором перевезення вантажу – одержувачем визначається особа, що має право на одержання вантажу, за договором купівлі продажу – продавець (одержувач товару), та інше. Таким чином, беручи до уваги принципи законодавчої техніки щодо використання мови і термінології апарату Верховної Ради України, основним постулатом якої вважається визначення термінології закону таким чином, щоб її зміст відповідав змісту термінів, що містяться в офіційній діловій мові, спеціальних науках та чинному законодавстві [169], вважаємо застосування терміну «одержувач» для термінологічного визначення кредитора у зобов'язанні постачання цифрового контенту доцільним.

Найбільш дискусійною, на нашу думку, є ознака відплатності договору постачання цифрового контенту. Так, за загальним правилом ст. 626 ЦК України договір вважається відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору. У доктрині цивільного права під відплатністю розуміється отримання боржником певної винагороди, за прийняте на себе зобов'язання [147]. На думку М. Брагінського, оплатними мають вважатися такі договори, за якими передбачається отримання кожною із сторін від її контрагента певної компенсації [116, с.308]. В. Луць поділяє договори на оплатні та безоплатні за ознаками наявності чи відсутності у договорі зустрічного задоволення [156, с.55]. Натомість О. Кабалкін, відплатність розглядає як зустрічне надання одним контрагентом іншому майнового блага [143].

За договором постачання цифрового контенту на одержувача покладається обов'язок оплатити визначену у договорі ціну. Проте, на практиці часто виникають ситуації, коли постачальник передає одержувачу цифровий контент в обмін на виконання негрошового зобов'язання. Таким зобов'язанням може виступати анкетування, надання персональних даних, перегляд рекламних матеріалів та інше.

Як слушно зазначає М. Луз, надання персональних даних як спосіб відплатності зобов'язання стає новим платіжним засобом в мережі Інтернет [53, с.152].

У даному контексті варто відзначити, що ст. 3 Директиви 2019/770 про деякі аспекти договорів постачання цифрового контенту та цифрових послуг передбачає обов'язок постачальника передати споживачеві цифровий контент, та обов'язок споживача надати постачальнику свої персональні дані. При цьому, законодавець ЄС не відносить передання персональних даних до ознак відплатності зобов'язання у випадку їх надання виключно для реалізації механізму постачання цифрового контенту, та за умови, що дані в подальшому не використовуватимуться постачальником у жодних інших цілях [15].

Проте, існує окрема група договорів постачання цифрового контенту, на підставі яких одержувач не зобов'язаний вчинити будь-які дії на користь постачальника, або сплатити визначену ціну. Цифровий контент надається в умовах діючої маркетингової стратегії постачальника з метою ознайомлення одержувача із його змістом та заохочення в майбутньому укласти відплатний договір його постачання [62, с.131]. За таким різновидом договору постачання цифрового контенту на одержувача не покладається жодне зустрічне зобов'язання, а постачальник не може вимагати в майбутньому укладення відплатного договору. Подібна ситуація виникає і у випадку, коли постачання цифрового контенту здійснюється за умови попереднього перегляду рекламних роликів, банерів, тощо. Важко уявити собі законну вимогу постачальника цифрового контенту про перегляд рекламних відеороликів одержувачем, та інше. У такому випадку схиляємось до кваліфікації договору постачання цифрового контенту як одностороннього та безвідплатного.

З'ясовуючи ознаку відплатності договору постачання цифрового контенту, доцільно звернути особливу увагу на проблематику визначення часткової відплатності за постачання цифрового контенту у договорах, за якими здійснюється обіг товарів із цифровими елементами. Неможливість виокремлення цифрового контенту від даних товарів без втрати ними свого призначення, дозволяє припустити, що постачання цифрового контенту є акцесорним зобов'язанням,

нерозривно пов'язаним із виконанням основного зобов'язання постачальника – передачі товарів з цифровими елементами, саме тому, додаткове обтяження кредитора є нераціональним, а постачання цифрового контенту, як додаткове зобов'язання, буде безвідплатним.

Таким чином, враховуючи множинні конструкції договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту, вважаємо, що такі договори можуть бути як відплатними, у випадку, коли одержувач за використання цифрових даних повинен виконати зустрічне зобов'язання, так, і безвідплатними. При цьому, до безвідплатних договорів належать такі договори, за умовами яких, одержувачу цифрового контенту пропонується перегляд рекламної інформації (наприклад, відеоролика перед фільмом, який одержувач може пропустити).

Відповідно до положень ч. 1 ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх його істотних умов. Крім того, положення ч. 1 ст. 640 ЦК України визначає момент укладення договору як момент отримання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про її прийняття. Таким чином, як влучно зазначає О. Яворська, порівняльний аналіз наведених норм дає підставу для висновку про презумпцію консенсуальності цивільного договору. Так, у правових нормах, які регулюють окремі види договірних зобов'язань, зазвичай не зазначається спеціальне правило про момент укладення договору. Характер договору визначається словесною формулою правової норми: для консенсуального договору – «сторона зобов'язується» вчинити певні дії; для реального договору – «сторона передає» певне майно іншій стороні на підтвердження факту укладення договору, а не на його виконання [242, с.169]. Договір постачання цифрового контенту є консенсуальним, оскільки його можна вважати укладеним з моменту досягнення згоди сторін з усіх його істотних умов у формі, встановленій законом. Для укладення договору постачання цифрового контенту не вимагається ні його фактичне постачання, ані здійснення оплати одержувачем [71, с.455].

Характеризуючи договір постачання цифрового контенту хотілося б проаналізувати його приналежність до каузальних договорів. Як влучно вказує

В. Савченко, особливістю каузального договору є те, що його зміст ясно вказує на причину, мету, підставу зобов'язань сторін, прийнятих згідно з угодами між ними [203, с.53].

Вважаємо, що договір постачання цифрового контенту є каузальним, оскільки зі змісту даного правочину завжди можна виокремити мету, яку переслідують його сторони, а саме – отримання прибутку або цифрового контенту. Погоджуємось із позицією І. Новацької, котра досліджуючи каузальність договору постачання цифрового контенту стверджує, що *causa* постачальника цифрового контенту буде отримання прибутку, в той час як *causa* одержувача полягатиме в можливості використання цифрового контенту [62, с.130].

Для комплексного дослідження договору постачання цифрового контенту вважаємо за необхідне виділити його істотні умови. У літературі істотними вважаються умови, які необхідні і достатні для укладання конкретного виду договору [228, с.313]. При цьому, до істотних належать умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди [233].

Як зазначає В. Грудзев, істотними виступають умови, що формують сутність договірної правовідносини [127, с.92].

Предметом договору постачання цифрового контенту є визначений в договорі конкретний вид цифрових даних, котрі постачальник цифрового контенту повинен надати одержувачу у один із наступних способів: завантаження цифрового контенту на персональний технічний пристрій одержувача, передача цифрового контенту на матеріальному носіїв інформації, отримання доступу до цифрового контенту, що знаходиться на сервері постачальника даних. Вважаємо доцільним підкреслити, що поширення на цифровий контент майнових та особистих немайнових авторських прав, спонукає до необхідності розробки положення про те, що предметом договору постачання цифрового контенту буде такий цифровий контент, постачальник якого володіє спектром майнових та особистих немайнових авторських прав на його використання, та розповсюдження.

Зважаючи на мету укладення будь-якого договору, а саме задоволення потреб суб'єктів цивільних правовідносин, в умовах існування ринкової економіки та конкуренції, неабиякого значення набуває визначення ціни договору. Як влучно наголошує О. Круглова, тільки при наявності двох основних складників: потреби і можливості сплатити за її задоволення певної ціни, існує перспектива виникнення договірних правовідносин [150, с.469]. При цьому, ціна як істотна умова є характерною виключно для відплатних договірних зобов'язань. У випадку договорів постачання цифрового контенту, вважаємо за необхідне віднесення ціни до переліку істотних умов виключно для відплатних договорів. Якщо ціна на цифровий контент прямо не встановлюється в умовах договору, обґрунтованою є можливість застосування положення п. 4 ст. 632 ЦК України, та визначення ціни, виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору. Підтримуємо висловлену у доктрині позицію, що у разі, якщо сторони у відплатному договорі прямо не передбачили його ціну, такий договір вважається укладеним щодо усіх істотних умов, при цьому ціна договору вважається погодженою мовчазною згодою сторін [150, с.470].

Наступною істотною умовою договірних зобов'язань постачання цифрового контенту є строк договору. Відповідно до положень ст. 631 ЦК України строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. На нашу думку, у випадку укладення договорів постачання цифрового контенту істотним вбачається строк виконання зобов'язання. Погоджуємось із А. Клейном, котрий зазначає, що зміст зобов'язання може проявлятися або тільки при визначенні певного роду дій, котрі повинен вчинити боржник, або додатково при зазначенні часу, протягом якого боржник зобов'язується такі дії вчинити [47, с.127, 128]. У такому разі, вважаємо істотним зазначення в договорі постачання цифрового контенту строку протягом якого постачальник, на постійній основі, забезпечуватиме доступ одержувачу до цифрових даних, або вказівку, що цифровий контент є доступний до завантаження на персональний технічний пристрій одержувача визначену кількість разів, чи може бути надісланий на електронну пошту, вказану одержувачем, лише одноразово.

Підсумовуючи зауважимо, що договір постачання цифрового контенту є новим видом договірної зобов'язання, яке потребує закріплення нормами ЦК України. Враховуючи європейський вектор розвитку національного законодавства, розробку нової договірної конструкції слід здійснювати у світлі положень Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг.

## **2.2. Зміст договірних зобов'язань у сфері обігу цифрового контенту**

Дослідження правової природи цифрового контенту, здійснене у підрозділі 1.2. дисертаційної роботи, допускає, шляхом застосування юридичної фікції поширення на цифровий контент правового режиму речі, що дозволяє розглянути зобов'язання сторін у сфері обігу цифрового контенту за договірними конструкціями, наявними у національному цивільному законодавстві. Розмежування понять цифровий контент та цифрова послуга, виключає застосування договору про надання послуг до правовідносин, що опосередковують обіг цифрового контенту. Виходячи із зазначеного аналіз зобов'язань сторін у сфері обігу цифрового контенту слід здійснювати на підставі договірних конструкцій купівлі-продажу та найму.

Вважаємо за доцільне розпочати дослідження змісту договірних зобов'язань сторін у сфері обігу цифрового контенту із з'ясування зобов'язань постачальника цифрового контенту, застосувавши за аналогією положення про договір купівлі-продажу.

Першочергово, варто приділити увагу аналізу переддоговірних зобов'язань. У правовій доктрині підтримується позиція віднесення інформаційних обов'язків продавця до переліку таких зобов'язань, котрі необхідно вчинити до моменту укладення договору [78, с.128; 65, с.83]. Відповідно до положень ст. 700 ЦК України продавець зобов'язаний надати покупцеві необхідну і достовірну інформацію про товар, що пропонується до продажу. Надання відповідної інформації про особливості предмету договірної зобов'язання є однією із ключових передумов укладення договору, що опосередковує обіг цифрового контенту. Детального з'ясування потребує саме формулювання «достовірної і необхідної інформації», що



міститься в законі. Національне законодавство не здійснює його тлумачення, проте, аналізуючи доктринальні підходи, погоджуємось із твердженням Т. Костецької, котра розуміє достовірну інформацію як таку, що визначає ступінь об'єктивного, точного відображення подій та фактів, котрі мали місце [241]. У той самий час, у договірних зобов'язаннях вважаємо за доцільне під поняттям необхідної інформації розуміти інформацією про товар, що міститься в Законі України «Про інформацію», та визначається як відомості та/або дані, які розкривають кількісні, якісні та інші характеристики товару [187].

Погоджуємось із позицією Ю. Єзьоро, що у випадку укладення договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту, його продавець зобов'язаний надати повний спектр необхідної інформації про такий товар у спосіб, що дозволить одержувачу її отримати та зрозуміти [40, с. 92]. Під найпростішим способом надання інформації розуміється перш за все уникнення використання складної технічної термінології, забезпечення легкого доступу до наданої інформації (розміщення на видному місці на сайті, шрифтом такого розміру, який легко читається одержувачем без необхідності здійснення будь-яких технічних маніпуляцій та інше).

У разі укладення договору постачання цифрового контенту, що розміщується на матеріальному носію інформації, обов'язок надати необхідну і достовірну інформацію про товар буде стосуватись цього матеріального носія. Інша ситуація виникає при укладенні покупцем договору купівлі-продажу цифрового контенту, за умовами якого продавець зобов'язується підлаштувати такий цифровий контент до потреб покупця. У даному випадку на цифровий контент будуть поширюватись авторські права, що суттєво ускладнить його подальший перепродаж. Вважаємо, що надання інформації про поширення авторських прав на цифровий контент є необхідною при укладенні договору постачання цифрового контенту, адже, вона матиме істотне значення для одержувача під час вирішення питання про укладення договору.

Розмірковуючи про перелік інформації, котру продавець зобов'язаний надати до укладення договору, вчені схиляються до позиції його розширення та уточнення,

шляхом включення до нього: даних про особливі властивості речей (або цифрового контенту), можливих способах використання складових частин таких речей (мова йде про товари із цифровими елементами) [49, с.282].

Подібна до вміщеної у ст. 700 ЦК України норма, дублюється і в законодавстві у сфері захисту прав споживачів, через призму закріплення права споживача на необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію державною мовою про продукцію, її кількість, якість, асортимент, її виробника (виконавця, продавця) [186].

У зв'язку із поширенням авторських прав на цифровий контент, необхідність наявності певного технічного та програмного забезпечення, що уможлиблює його використання, для збереження рівноваги сторін у договірних зобов'язаннях із постачання цифрового контенту вважаємо доцільним покладення додаткових інформаційних обов'язків на постачальника цифрового контенту у договорах, укладених із споживачами, а саме: інформування споживача про можливість виконання цифровим контентом функцій певного виду, сумісність цифрового контенту із операційним та програмним забезпеченням різного роду технічних пристроїв. Це зумовлено, насамперед, припущенням про відсутність у пересічного споживача спеціальних знань у сфері комп'ютерних та інформаційних технологій, а як наслідок – недостатня обізнаність у підборі цифрового контенту [216, с.207].

При цьому, на правовідносини постачання цифрового контенту через мережу Інтернет слід поширювати норми Закону України «Про захист прав споживачів» щодо інформації, яку необхідно надати при укладенні договорів на відстані, а саме: 1) найменування постачальника, його місцезнаходження та порядок прийняття претензії; 2) основні характеристики цифрового контенту; 3) ціну, включаючи плату за доставку, та умови оплати, якщо договір постачання цифрового контенту має відплатний характер; 4) гарантійні зобов'язання та інші послуги, пов'язані з утриманням, ремонтом, оновленням цифрового контенту; 5) інші умови постачання або виконання договору; 6) мінімальну тривалість договору, якщо він передбачає періодичне постачання продукції або цифрового контенту; 7) період прийняття пропозиції укладення договору за умовами публічної оферти; 8) порядок розірвання

договору. У випадку укладення договорів, що опосередковують постачання цифрового контенту, вважаємо, що така інформація повинна бути надана безпосередньо перед укладенням договору шляхом висвітлення її на тій самій веб-сторінці, на якій висвітлюється оферта, або надсилання такої інформації на електронну пошту одержувача у випадку, коли перед укладенням договору вимагається його реєстрація на сайті постачальника послуг.

Проте, при укладенні договору постачання цифрового контенту на відстані вважаємо існуючий перелік інформаційних обов'язків постачальника недостатнім. Так, враховуючи специфіку предмету досліджуваного договору доцільним видається закріплення обов'язку постачальника надати одержувачу інформацію щодо використання технічних засобів охорони цифрового контенту, а саме, способів збирання ним інформації, та можливість її подальшого використання.

Виходячи зі змісту ст. 655 ЦК України основним обов'язком продавця за договором купівлі-продажу є передання товару (майна) у власність покупцю. Якщо ж застосувати цю норму за аналогією до договірних зобов'язань, що опосередковують обіг цифрового контенту, то у одержувача цифрового контенту виникає право власності на нього.

Враховуючи значну кількість способів постачання цифрового контенту, вважаємо, що правовим наслідком кожного із них не може виступати передання цифрового контенту у власність одержувачу. Так, завантаження цифрового контенту на персональний технічний пристрій зумовлює виникнення права власності у одержувача на його цифрову копію, використання якої, враховуючи відсутність у одержувача авторських прав, обмежується виключно до особистого. У випадку розміщення цифрового контенту на матеріальному носію інформації, що створений з метою зберігання цифрового контенту певного виду (наприклад, *CD*- або *DVD* диск), або нерозривно пов'язаний із виконанням функцій цифрового контенту (програмне забезпечення гральної консолі, що уможливорює відтворення ігор, спрямоване на виконання консоллю своїх функцій, і є нерозривно пов'язане з нею) одержувач цифрового контенту набудуватиме права власності на матеріальний носій інформації. На противагу зазначеному, при набутті права власності на комп'ютер за

договором купівлі-продажу, у покупця не виникає автоматично право власності на програмне забезпечення, що може використовуватись даним технічним пристроєм. Використання конкретної програми, що уможливорює перегляд фільмів та музики, створення візуальних презентацій, розпізнавання текстів, редагування відео, та інше, потребує укладення окремого договору [211, с.138].

Наведена проблема зумовила виникнення наукової дискусії. З одного боку, вчені розглядають цифровий контент як приналежність речі, на якій він розміщується [70, с.1312]. ЦК України у ст. 186 ЦК визначає приналежність як річ, призначену для обслуговування іншої (головної) речі, і пов'язану з нею спільним призначенням. Юридичне значення цього поділу полягає на слідуванні приналежності за головною річчю, якщо в договорі чи законі не встановлено інше. Погоджуємось із О. Дзера, котрий наголошує, що приналежність та основна річ є фізично самостійними речами, але головна річ має самостійне значення, а її приналежність залежне, допоміжне і слугує найкращому використанню головної речі. Приналежність головної речі вказується у стандартах, технічних умовах або преїскурантах, визначається договором [234, с.133]. Прийняття такого підходу, дозволяє застосувати правові наслідки ст. 662 ЦК України, та покласти на постачальника товару з цифровими елементами обов'язок разом із головною річчю передати одержувачу її приналежність, тобто цифровий контент. Вважаємо наведену позицію невиправданою, адже при укладенні договору постачання цифрового контенту його одержувач, перш за все, зацікавлений у отриманні самого цифрового контенту, як головної речі, а не матеріального носія, на якому він буде розміщений. Окрім того, невирішеним залишається питання регулювання купівлі-продажу самого цифрового контенту.

У доктрині поширеним є також і інше твердження, відповідно до якого – цифровий контент є складовою частиною матеріальної речі, на якій його розміщено [234, с. 134]. Законодавство у ст. 187 ЦК України визнає складовою частиною речі все те, що не може бути відокремлене від неї без пошкодження та істотного знецінення речі, а при переході прав на річ, її складові частини не підлягають відокремленню.

Погоджуємось із І. Новацькою, котра, розмірковуючи над питанням визначення цифрового контенту складовою частиною речі, що не може бути від неї відокремленою, зазначає, що цифровий контент виступає складовою частиною лише товарів із цифровими елементами, а в інших випадках – є самостійним об'єктом цивільних правовідносин. При цьому, коли річ, що вміщує цифровий контент не виконує будь-якої іншої функції, окрім функції носія цифрового контенту, передається покупцю на підставі договору обігу цифрового контенту, а її ринкова ціна є значно нижчою ніж ціна договору – слід кваліфікувати такий договір як договір постачання саме цифрового контенту, а матеріальний носій, у даному випадку виконує лише допоміжну функцію його складової частини [62, с.221- 222].

Отже, цифровий контент є самостійним предметом договірних відносин, а його розміщення на матеріальному носію слугує лише способом передання цифрового контенту одержувачу.

Наступним важливим обов'язком продавця за умовами договором купівлі-продажу є передача товару покупцеві (ст. 662 ЦК України). Виходячи із положень ч. 2 ст. 334 ЦК України переданням товару необхідно вважати вручення його набувачеві або перевізнику, організації зв'язку, тощо, для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки.

Варто відзначити, що у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу на постачальника цифрового контенту покладається обов'язок передати одержувачу контроль над цифровим контентом. Відповідно до ст. 91 Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу передання контролю над цифровим контентом – це розміщення цифрового контенту на сервері постачальника із можливістю його завантаження на цифровий пристрій одержувача, надсилання такого контенту на електронну пошту одержувача, тобто забезпечення існування такої моделі, за якої постачальник послуг не впливатиме будь-яким чином на наданий цифровий контент. Таким чином, законодавець ЄС адаптував положення передачі товару у власність за договором купівлі-продажу до особливостей цифрового контенту.

Вважаємо, що обов'язок постачальника передати цифровий контент у власність одержувачу не відповідає потребам цифрової економіки та є виправданим лише у випадку розміщення цифрового контенту на матеріальному носію інформації. Застосування за аналогією до договорів постачання цифрового контенту норм про купівлю-продаж, в тому числі щодо обов'язку продавця передати товар, є неефективним, а національному законодавцю, визначаючи обов'язок постачальника, слід імплементувати положення про «передання контролю над цифровим контентом» із проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу.

Разом з тим, варто зазначити, що представлена модель передання контролю над цифровими даними підлягає застосуванню лише до окремих видів цифрового контенту. Так, за договором хмарного сховища даних, постачальник зобов'язується забезпечити їх схоронність на сервері. Обов'язком постачальника за договором постачання програмного забезпечення, що уможливлює обробку аудіо чи відео-файлів он-лайн на його сервері є надання одержувачу доступу до користування цим цифровим контентом.

З метою захисту прав сторін при випадковому знищенню чи пошкодженню цифрового контенту необхідним видається чітке встановлення моменту переходу такого ризику до одержувача. Вважаємо, що застосування ст. 668 ЦК України, яка закріплює перехід ризику випадкового знищення чи пошкодження товару з моменту його передання, є також неефективним для регулювання постачання цифрового контенту. Така позиція обумовлена переважаючою електронною формою такого передання. При цьому, застосовною вважатиметься норма ст. 664 ЦК України, що визначає виконання обов'язку продавця щодо передачі товару в моменті його надання в розпорядження покупця, якщо товар має бути переданий покупцеві за місцезнаходженням товару. Реалізуючи дане положення до правовідносин із постачання цифрового контенту, вважаємо, що обов'язок постачальника вважатиметься виконаним, а ризик випадкового знищення чи пошкодження товару перейде до одержувача, якщо цифровий контент був наданий на сервері постачальника, вказаному в умові договору, у формі, уможливлюючі його завантаження на персональний технічний пристрій одержувача.

У даному контексті, слушним видається наведення рішення Верховного Суду Республіки Польща, котрий, досліджуючи момент виконання зобов'язання за договором постачання цифрового контенту, що безпосередньо пов'язаний із моментом переходу ризику його випадкового знищення чи пошкодження, вказав, що обов'язок постачальника вважається виконаним, якщо цифровий контент було представлено для завантаження на сервері постачальника. Моментом переходу ризику випадкового знищення чи пошкодження цифрового контенту вважається час завантаження даних одержувачем, а не момент їх передання постачальником [100].

Застосовуючи, за аналогією, до договірних зобов'язань одержувача цифрового контенту норми ЦК України про обов'язки покупця за договором купівлі-продажу спробуємо проаналізувати два основних із них: прийняти майно (товар), і сплатити за нього певну грошову суму.

У літературі під обов'язком прийняти товар розуміється здійснення покупцем усіх необхідних дій, спрямованих на забезпечення виконання обов'язку продавця із передачі товару, а саме: повідомлення адреси доставки товару, надання транспортних засобів для завантаження та перевезення товару (якщо це вимагається умовами договору та інше) [115, с.36]. Наголошується, що обов'язок прийняття товару покупцем є тісно пов'язаний із забезпеченням виконання обов'язку продавця, а отже його невиконання може виступати підставою відповідальності покупця за порушення строків виконання зобов'язання [76, с.158].

Виконання одержувачем цифрового контенту обов'язку його прийняття залежатиме від форми зовнішнього вираження цифрового контенту. У разі постачання цифрового контенту, розміщеного на матеріальному носію, воно полягатиме у наданні інформації про місце і час доставки такого носія. Якщо ж, цифровий контент передається он-лайн – зазначення електронної пошти, або іншого сервера, хмарного сховища даних, на який постачальник повинен завантажити цифровий контент.

Оскільки договір купівлі-продажу належить до відплатних договорів, на покупця покладається обов'язок сплатити на користь продавця певну визначену умовами договору грошову суму. У літературі наголошується, що даний обов'язок

покупця включає в себе також додаткові дії, уможливлуючі його реалізацію, зокрема відкриття передбаченого умовами договору акредитиву, надання банківської гарантії, тощо [115, с.37]. На сьогодні єдиною валютою виконання грошового зобов'язання в Україні, відповідно до норм ЦК України, є гривня. Враховуючи те, що договори, які опосередковують обіг цифрового контенту, укладаються найчастіше в мережі Інтернет, обов'язок покупця трансформується зі сплати грошової суми у передання персональних даних, криптовалюти. Відповідно до роз'яснення Національного банку України щодо правомірності використання в Україні «віртуальної валюти/криптовалюти» *Bitcoin* на даний момент перебуває у сірій зоні української економіки [175]. Враховуючи зазначене, на часі є розробка нової моделі виконання грошового зобов'язання, шляхом монетизації персональних даних, узаконення виконання грошового зобов'язання в Інтернеті біткойном у випадку оплати цифрового контенту.

Таким чином, виконання одержувачем цифрового контенту зустрічного зобов'язання шляхом надання персональних даних, заповнення маркетингових анкет та інше, обумовлює неможливість застосування положень про купівлю-продаж до правовідносин, що опосередковують обіг цифрового контенту.

У попередньому розділі роботи нами вказувалося на те, що договірні відносини, пов'язані із наданням частини місткості на сервері постачальника для зберігання одержувачем цифрових даних мають спільні риси із договірною конструкцією найму. Виходячи із зазначеного, спробуємо з'ясувати зобов'язання сторін таких правовідносин.

Відповідно до ч. 1 ст. 759 ЦК України наймодавець передає, або зобов'язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк. Проектуючи дане положення на правовідносини постачання цифрового контенту обов'язком постачальника виступатиме передання одержувачу цифрового контенту у користування на певний строк. Таке передання, враховуючи форму вираження цифрового контенту, може відбуватись шляхом забезпечення одержувачу доступу до цифрових даних на сервері постачальника.



Іншою формою надання цифрового контенту за договором найму може бути активація персонального кабінету одержувача в інформаційній системі постачальника. Логування у такому кабінеті, після його активації, уможливорює користування цифровим контентом одержувачем [62, с.242]. При цьому, в силу положень ст. 765 ЦК України, за договором найму цифровий контент передається одержувачу у користування негайно, або у строк встановлений договором.

Принагідно звернемо увагу на обов'язок передачі майна у користування відповідної якості. Норми ЦК України покладають на наймодавця обов'язок передати наймачеві річ у комплекті і у стані, що відповідають умовам договору найму, та її призначенню. Як слушно зауважує О. Мороз, річ, яка передається в найм, повинна відповідати своєму призначенню, тобто стан речі має бути таким, який забезпечить можливість її нормального використання. Це не означає, що річ, яка передається в найм, має бути взагалі без недоліків, проте ці недоліки не повинні перешкоджати використанню речі за її цільовим призначенням [163, с.201]. Окрім того, наймодавець зобов'язаний попередити наймача про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі, і які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна наймача або інших осіб, або, що є істотним у випадку укладення договору постачання цифрового контенту – призвести до пошкодження самої речі під час користування нею. Так, постачальник повинен забезпечити схоронність створеного, опрацьованого або іншим чином поміщеного на його сервер цифрового контенту одержувача, та попередити останнього про умови використання такого серверу у спосіб, що унеможливить пошкодження, знищення або будь-який інший негативний вплив на такий цифровий контент.

Проте, деякі із положень про найм, розроблені для регулювання передання речі у користування, не відповідають змісту договірних відносин постачання цифрового контенту. Так, закріплений у законодавстві обов'язок наймача перевірити справність речі переданої у найм у присутності наймодавця, та презумпція справності такої речі (у випадку невиконання наймачем зазначеного обов'язку перевірки) не підлягає застосуванню до договірних зобов'язань постачання цифрового контенту із низки причин, серед яких: 1) договір, за яким здійснюється обіг цифрового контенту у

переважній більшості укладається без одночасної присутності постачальника та одержувача, он-лайн, за допомогою засобів дистанційного зв'язку; 2) перевірка справності цифрового контенту, зважаючи на його цифрову форму вираження, є неможливою; 3) враховуючи мету укладення договору, за яким одержувачу передається частина місткості електронного сервера, на постачальника необхідно покласти додаткові обов'язки підтримання функціонування такого сервера протягом строку дії договору, шляхом оновлення програмного та апаратного забезпечення та інше. Окрім того, така презумпція суттєво змінює вектор тягаря доказування у цивільному процесі. Відповідне застосування ст. 767 ЦК України до правовідносин постачання цифрового контенту, у випадку спору про його якість та функціональність, зумовить обов'язок одержувача цифрового контенту довести існування недоліків на момент укладення договору, що повністю унеможливило функціонування цифрового контенту. Таким доказом може бути письмовий висновок про властивості цифрового контенту, що є предметом договору найму на момент його укладення [72, с.26].

У рамках проведеного дослідження, видається за необхідне звернути увагу на обов'язок наймодавця, що впливає із ст. 768 ЦК України стосовно гарантування якості речі протягом всього строку найму. У випадку укладення договору постачання цифрового контенту, під даним обов'язком слід розуміти гарантування стабільного та нерозривного доступу до цифрового контенту, забезпечення його оновлення шляхом відтворення за допомогою програмного та апаратного забезпечення одержувача [62, с. 243].

Варто відзначити, що взаємність еквівалентних зустрічних зобов'язань сторін договору найму щодо передання майна у користування та його оплати, вказує на його двосторонній характер [166]. За договором найму з наймача справляється плата, виражена у грошовій, або натуральній формі. Проте, для договорів, за якими постачається цифровий контент, важливим буде виконання одержувачем зустрічного зобов'язання шляхом передання в якості оплати персональних даних, та/або вчинення іншої дії на користь кредитора, про що мова йтиме у наступному

підрозділі. Разом із тим, у випадку постачання цифрового контенту безвідплатно, такий договір не можна трактувати як договір найму.

Наступним обов'язком наймача, відповідно до ст. 773 ЦК України, є користування річчю, переданою в найм, відповідно до її призначення, та умов договору. Деталізацію цього положення, на думку І. Калаура, знаходимо у ч. 1 ст. 783 ЦК України, де вказується, що наймодавець має право вимагати розірвання договору найму, зокрема, якщо: 1) наймач користується річчю всупереч договору або призначенню речі; 2) наймач без дозволу наймодавця передав річ у користування іншій особі; 3) наймач своєю недбалою поведінкою створює загрозу пошкодження речі [139, с.151]. Застосування даних норм до правовідносин постачання цифрового контенту має істотне значення у випадку копіювання або поширення цифрового контенту особою, що не володіє авторським правом на нього. Таким чином, постачання цифрового контенту на умовах укладеного договору найму, вимагало би детального опису у такому договорі способів використання цифрового контенту, що, зважаючи на його розгорнуту дефініцію та цифрову форму вираження, є надзвичайно широким.

Отже, зважаючи на особливість правової природи цифрового контенту застосування за аналогією норм про договори купівлі-продажу та найму до відносин постачання цифрового контенту є недостатньо ефективним.

З метою гармонізації законодавства України у сфері обігу цифрового контенту та розробки нового правового регулювання, вважаємо за необхідне дослідити правові акти ЄС про договірні зобов'язання сторін у сфері обігу цифрового контенту.

Найбільш деталізований перелік обов'язків постачальника цифрового контенту міститься в ст. 91 проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, зокрема: а) забезпечити постачання цифрового контенту; б) передати право власності на матеріальний носій, на якому розміщується цифровий контент; в) перевірити відповідність цифрового контенту умовам договору; г) переконатись, що одержувач має право на використання цифрового контенту відповідно до умов

договору; д) передати одержувачу документи, яких він може вимагати на підставі укладеного договору.

Вважаємо, що така позиція європейського законодавця є виправданою виключно при укладенні договорів із споживачами, в іншому випадку, покладення обов'язку переконатись у наявності права на використання цифрового контенту є надмірно обтяжливим.

Варто відзначити, що у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу закріплено інший підхід до конструкції правової норми щодо обов'язків сторін, ніж у національному законодавстві. Так, Закон України «Про захист прав споживачів» наводить перелік зобов'язань постачальника через призму переліку прав споживача. Стаття 4 вказаного закону закріплює право споживача на належну якість продукції та обслуговування, що відповідно покладає на постачальника послуг обов'язок постачати продукцію належної якості, та правові наслідки невиконання такого зобов'язання.

Дещо відмінний підхід щодо переліку зобов'язань постачальника міститься у новій Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг. Відповідно до ст. 5 постачальник зобов'язаний поставити цифровий контент або цифрову послугу без зволікань, одразу після укладення договору. При цьому, зобов'язання постачальника вважатиметься виконаним у момент: а) надання цифрового контенту, або будь-яких засобів для його завантаження безпосередньо споживачем, чи ним вказаною віртуальною платформою; б) завантаження цифрового контенту споживачем, або ним вказаною віртуальною платформою.

Європейський законодавець відходить від попередньо закріпленого в Директиві 2011/83/ЄС про права споживачів поняття постачання як надання матеріального носія інформації, та закріплює новий підхід до постачання нематеріальних даних як передання контролю над цифровим контентом, шляхом отримання споживачем або визначеними ним третіми особами доступу до товарів, у спосіб, що уможливорює поширення його права власності на такі товари із можливістю їх перепродажу [18].

У правовій доктрині передання контролю над цифровим контентом визначається як зобов'язання постачальника щодо розміщення цифрового контенту в пам'яті технічного пристрою кінцевого одержувача, в тому числі шляхом надсилання його на електронну скриньку, у спосіб, що позбавляє постачальника можливості подальшого використання, чи модифікації, визначеного цифрового контенту [62, с.262]. Таким чином, зобов'язання постачальника із надання цифрового контенту не вважатиметься належно виконаним у разі доступності цифрового контенту для завантаження на он-лайн платформі, оскільки до моменту фактичного завантаження постачальник має можливість модифікувати, чи будь-яким іншим чином, впливати на цифровий контент.

На нашу думку, наведена модель, за якою обов'язок постачальника із надання цифрового контенту вважатиметься виконаним виключно у момент втрати можливості його модифікації є невиправданою, позаяк одержувач цифрового контенту може не здійснювати дій щодо його завантаження на свій персональний технічний пристрій, а постачальник не матиме можливості вимагати сплати ціни договору. Таким чином, для імплементації визначення виконання зобов'язання постачальником слід застосовувати норми Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, та закріпити надання постачальником цифрового контенту для завантаження моментом виконання ним свого зобов'язання.

Відповідно до ст. 12 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг обов'язок доведення факту постачання цифрового контенту покладається на постачальника. Вважаємо, що закріплення даної норми зумовлено особливістю обігу цифрового контенту. Адже, у випадку надання цифрових даних для завантаження на посередницькій он-лайн платформі одержувач не володіє жодними технічними можливостями отримати вказану інформацію.

Важливим для аналізу зобов'язань постачальника є положення про надання цифрового контенту без зволікань, одразу після укладення договору [15]. Ф. Цоль розуміє зазначену норму як обов'язок постачальника передати цифровий контент протягом розумного строку його об'єктивного очікування [9, с.452]. При цьому, ключове значення матиме спосіб надання цифрового контенту: у випадку його

постачання на матеріальному носіїві – строк виконання зобов'язання постачальником буде більшим, аніж строк надання цифрових даних он-лайн, за винятком договорів, які передбачають обов'язок постачальника створити, або запрограмувати цифровий контент у відповідності з індивідуальними побажаннями одержувача [62, с. 266].

Видається необхідним проаналізувати доцільність покладення на постачальника цифрового контенту обов'язку перевірки відповідності цифрового контенту умовам укладеного договору [74]. На відміну від положень проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, прийнята Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг не містить вказаного обов'язку. Натомість, європейський законодавець прийняв підхід розширення поняття відповідності цифрового контенту умовам договору, покладаючи на його постачальника обов'язок надати споживачу цифровий контент, що відповідає умовам договору, виділивши два основні критерії такої відповідності: об'єктивний та суб'єктивний. Суб'єктивний критерій відповідності цифрового контенту зумовлений положеннями договору його постачання. Відповідно до п. а ст. 7 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг опис цифрового контенту, його кількість та якість, функціональність, інтеропераційність, компатибельність, сумісність із технічним та програмним забезпеченням, та інші ознаки повинні відповідати умовам укладеного договору. Аналогічне положення закріплене і в проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу. Умова договору щодо кількості включає у себе можливість одержувача копіювати наданий цифровий контент невизначену кількість разів [62, с.268]. На практиці доволі часто зустрічаються ситуації включення постачальником до цифрового контенту спеціального програмного забезпечення, що має на меті блокування можливості копіювання цифрового контенту його одержувачем. З цією метою он-лайн платформи використовують різні договірні конструкції у сфері постачання цифрового контенту. Так, аналізуючи діяльність он-лайн платформ із постачання відео ресурсів, доходимо висновку про реалізацію їхніх послуг на підставі багатьох договірних конструкцій, що в свою чергу вимагає включення у

такі договори різноманітних, часто відмінних, інформаційних обов'язків постачальника [214, с.312]. Наприклад, з метою доступу до кіно ресурсів платформи *Netflix*, одержувач укладає типовий строковий договір на постачання цифрового контенту. Однією із умов такого договору є положення про використання цифрового контенту, в тому числі його захист від копіювання, за підтримки спеціальних програм. Завантажуючи конкретний фільм не прописуються додатково обов'язки постачальника, а відсутність умови про неможливість копіювання відео файлу не є підставою для визнання цифрового контенту таким, що не відповідає умовам договору, або очікуваним сподіванням одержувача.

Дещо іншим є функціонування платформи *You Tube* щодо доступу до перегляду повнометражних кінострічок на підставі відплатного договору, який укладається на постачання кожного відео контенту. Відсутність в умовах договору положення про неможливість здійснення копіювання відео контенту зумовлює порушення об'єктивних очікувань одержувача такого контенту, а як наслідок, до визнання цифрового контенту таким, що не відповідає умовам договору.

Особливість існування цифрового контенту зумовлює віднесення до суб'єктивного критерію його відповідності спеціальних ознак інтеропераційності, компатибельності та функціональності цифрового контенту.

Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг визначає інтеропераційність цифрового контенту як його здатність до взаємодії із апаратним та програмним забезпеченням, відмінним від того, що зазвичай використовується для роботи із цифровим контентом встановленого типу.

Варто відзначити, що у п. 26 преамбули проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту містилось ширше поняття інтеропераційності як здатності цифрового контенту, що постачається на підставі договору, взаємодіяти із апаратним забезпеченням одержувача, враховуючи швидкість процесора, параметри графічних карт, а також з програмним забезпеченням одержувача, в тому числі щодо версій операційних систем та мультимедійних програвачів. Таким чином, інтеропераційність цифрового контенту повинна містити інформацію щодо стандартного апаратного та програмного

забезпечення технічного пристрою, з яким цифровий контент є компатибільним [62].

Компатибільність законодавець ЄС визначає як спроможність цифрового контенту або цифрової послуги взаємодіяти з апаратним чи програмним комп'ютерним забезпеченням, що зазвичай використовується з таким цифровим контентом [73;15].

Наголошуючи на важливості забезпечення функціональності цифрового контенту європейський законодавець вказує на об'єктивність очікування одержувачем цифрового контенту виконання ним своїх основних функцій [15]. Варто вказати, що відповідно до положень преамбули проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту функціональність цифрового контенту визначалась як можливі способи його використання.

Іншою складовою суб'єктивного критерію відповідності цифрового контенту є вимога придатності переданого постачальником цифрового контенту для використання у вказаних одержувачем цілях, погоджених сторонами на момент укладення договору [15].

Закріплення такого положення надає можливість одержувачу включити до умов договору вимогу про виконання цифровим контентом конкретно визначеної мети. У літературі наголошується, що повідомлення постачальника про мету використання цифрового контенту, шляхом надсилання електронного листа, вважатиметься зобов'язуючим, за умови його погодження постачальником [62, с.280]. Відповідно до положень проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу вимоги щодо використання цифрового контенту для досягнення конкретних визначених цілей вважаються прийнятими постачальником, якщо він надав одержувачу позитивну відповідь на повідомлення, або залишив таке повідомлення без відповіді [74].

Третім елементом суб'єктивного критерію відповідності цифрового контенту є його передання одержувачу разом з усіма додатковими приналежностями та інструкціями, включаючи пам'ятку його інсталяції, технічними характеристиками згідно з умовами договору [15]. Приналежностями у даному контексті



виступатимуть речі або додатковий цифровий контент, що можуть впливати на використання основного цифрового контенту [9, с.468]. Варто відзначити, що у переважній більшості випадків необхідність надання додаткових предметів, та їх вид, сторони визначають самостійно. Проте, істотним обмеженням у даному випадку виступатиме критерій об'єктивних очікувань одержувача. Наприклад, якщо середньостатистичний споживач об'єктивно очікує надання разом із цифровим контентом додаткових аксесуарів, і вони є потрібними для використання разом із цифровим контентом, постачальник зобов'язується такі аксесуари надати [9, с.475].

Об'єктивний критерій відповідності цифрового контенту визначають наступні ознаки:

1. придатність цифрового контенту для використання з метою, із якою такий цифровий контент зазвичай використовується, з урахуванням технічних вимог, що містяться у законодавстві країни його обігу;

2. кількість та якість, включаючи функціональність, сумісність, доступність, безперервність постачання та безпечність використання цифрового контенту, які є типовими для цифрового контенту та цифрових послуг такого ж виду, та на отримання яких споживач може обґрунтовано очікувати за умовами договору або публічної оферти постачальника, розміщеної на банерах рекламного характеру або етикетці матеріального носія цифрового контенту за винятком:

- постачання цифрового контенту у кількості, якості, що відповідає умовам публічної оферти окремого постачальника цифрового контенту;

- постачання цифрового контенту у кількості, якості, що відповідає умовам зміненої публічної оферти, розміщеної у той самий спосіб, що і попередня оферта, якщо такі зміни були внесені до моменту укладення договору;

3. постачання цифрового контенту разом із приналежностями та інструкціями з використання, на отримання котрих споживач об'єктивно очікує;

4. постачання цифрового контенту, що відповідає попередньо наданій одержувачу для ознайомлення демо версії;

5. інформування постачальником одержувача про оновлення програмного забезпечення, підтримуючого функціонування цифрового контенту, включаючи

оновлення програм, забезпечуючих систему захисту постачання цифрових даних, підтримання відповідності цифрового контенту, що постачається із умовами укладеного договору, та надання таких оновлень одержувачу цифрового контенту протягом:

- періоду визначеного у строковому договорі постачання цифрового контенту;
- періоду одноразового або кількарізного постачання цифрового контенту, в залежності від його різновиду та/або призначення, а також умов договору;

Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг презює звільнення постачальника цифрового контенту від відповідальності за невідповідність цифрового контенту умовам договору, що виникла з причин відсутності оновлення програмного забезпечення, якщо одержувач цифрового контенту протягом розумного строку не інсталує наданого постачальником оновлення, за умови:

- інформування одержувача цифрового контенту про наявність оновлення, та наслідки його не встановлення;
- не встановлення одержувачем оновлення програмного забезпечення зумовлено наявністю помилок у інструкціях, що були йому надані разом із оновленням.

6. Відповідність умовам строкового договору переданого цифрового контенту;

7. постачання цифрового контенту в найновішій версії, котра існує на момент укладення договору, якщо інше не визначено в умовах договору [15].

Вважаємо, що такий підхід європейського законодавця стосовно деталізації суб'єктивних та об'єктивних підстав є виправданим. Адже, в умовах функціонування цифрової економіки, необхідності набуває розробка ефективного законодавства, спрямованого на захист слабшої сторони зобов'язання із постачання цифрового контенту – одержувача цифрового контенту та цифрових послуг, особливо коли нею виступає споживач.

У законодавстві ЄС також визначено ряд обов'язків одержувача цифрового контенту, які суттєво не відрізняються від обов'язків покупця за договором купівлі-

продажу, та полягають в наступному: а) сплата певної грошової суми та/або надання даних; б) прийняття цифрового контенту, разом із необхідними супровідними та дозвільними документами [73].

Перший із зазначених обов'язків одержувача цифрового контенту визначено в Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг як *duty to pay a price* (дослівно – обов'язок сплатити ціну). У ч. 7 ст. 2 міститься визначення поняття ціни (*price*) в широкому значенні як грошове або цифрове відображення відповідної вартості, що надається за постачання цифрового контенту чи цифрової послуги. Варто відзначити, що подібне формулювання поняття ціни відносно нове для європейського законодавця. Так, раніше розроблений проект Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу визначав ціну лише як гроші, що належать продавцю за надані товари, поставлений цифровий контент, та супутні послуги.

Включення до дефініції ціни цифрового відображення відповідної вартості є вимогою існуючого ринку цифрових послуг, адже, великий відсоток відплатних договорів постачання цифрового контенту укладаються з умовою надання одержувачем своїх персональних даних, проходження анкетування з метою створення постачальником маркетингової стратегії та інше. Така дефініція ціни також уможлиблює здійснення оплати послуг постачання цифрового контенту новими формами електронної валюти, в тому числі біткойнами.

Відповідно до ч. 1 ст. 123 Проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу одним із основних договірних зобов'язань покупця є прийняття цифрового контенту разом із відповідною документацією. Варто відзначити, що обов'язок прийняття товару в договорах купівлі-продажу тісно пов'язаний із витратами, яких зазнає продавець у випадку зберігання проданої речі. Надмірні кошти пов'язані із зберіганням цифрового контенту мають місце у випадку зайняття цифровим контентом значної частини ємності дискової поверхні, що обтяжує продавця надмірними витратами на оплату хостингових послуг [62, с.293].

Таким чином, з урахуванням всього вищесказаного, підхід законодавця ЄС щодо виокремлення об'єктивних та суб'єктивних критеріїв визначення

відповідності цифрового контенту умовам договору його постачання вважаємо ефективним та вартим уваги національного законодавця. У світлі гармонізації національного законодавства з *acquis* Європейського Союзу, у нормах ЦК України доцільно закріпити положення про обов'язки постачальника та одержувача цифрового контенту.

Підсумовуючи, пропонуємо до переліку обов'язків постачальника за договором постачання цифрового контенту відносити: а) постачати цифровий контент; б) передати на користь одержувача право власності на матеріальний носій даних, що містить цифровий контент; в) забезпечити відповідність цифрового контенту умовам договору; г) гарантувати можливість використання цифрового контенту згідно з умовами договору; д) разом із цифровим контентом передавати одержувачу необхідні приналежності та документи». Цивільний кодекс України слід новелізувати положеннями що визначатимуть обов'язки одержувача цифрового контенту, серед яких: а) сплатити певну грошову суму та/або надати дані, якщо умовами договору не визначено постачання цифрового контенту на безвідплатній основі; б) прийняти цифровий контент разом із необхідними супровідними та дозвільними документами; в) вчинити дії, необхідні для забезпечення передання цифрового контенту.

### **2.3. Постачання персональних даних як виконання зустрічного зобов'язання кредитора у договорах про обіг цифрового контенту**

Стрімкий розвиток науково-технічного прогресу, що характеризується впровадженням у щоденне життя користувачів комп'ютерних та інформаційних технологій, привів до збільшення обсягів та напрямів використання інформації, в тому числі збору, обробки та зберігання даних про особу, яка є суб'єктом приватноправових відносин. Широке використання автоматизованих інформаційних систем сприяє виникненню відкритого банку інформації про особу, накопичення і використання якої може привести до порушення її законних інтересів, виникнення матеріальної або моральної шкоди.

У той же час, технологічний прогрес уможливорює використання персональних даних як нової форми відплатності у зобов'язаннях з метою набуття товарів та послуг у цифровій формі. Наведене зумовлює необхідність розробки ефективного регулювання використання персональних даних, в тому числі у договорах, за якими здійснюється обіг цифрового контенту.

Передача персональних даних, як форма відплатності за договором постачання цифрового контенту, є відносно новим рішенням у законодавстві ЄС. Вперше такий обов'язок одержувача контенту закріплено у проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту. Частина 1 ст. 3 визначає, що на виконання договору постачання цифрового контенту, його одержувач зобов'язується сплатити визначену ціну, або вчинити іншу зустрічну дію у формі надання персональних або інших даних. Пізніше прийнята Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг містить подібну конструкцію зобов'язання одержувача цифрового контенту сплатити на користь постачальника визначену ціну, або надати власні персональні дані, за винятком необхідності їх передавання виключно для здійснення постачання цифрового контенту, без мети використання постачальником у жодних інших цілях. Варто відзначити, що формулювання обов'язку одержувача цифрового контенту у формі сплати визначеної ціни не обмежується переданням грошових коштів. Погоджуємось із А. Клейном, що відплатність у договірних зобов'язаннях характеризується обміном між сторонами об'єктами, що мають визначену майнову вартість [47, с.103]. Про майнову вартість об'єкта свідчить бажання суб'єктів договірних відносин його отримати за плату, встановлюючи таким чином ринкову вартість для певного товару чи послуги [62, с.290].

Впровадження в економічні відносини новітніх технологій сприяло виникненню нових технічних способів укладення договорів, за якими здійснюється постачання цифрового контенту. Одержувачі можуть обрати засіб здійснення такого постачання серед його численних підвидів. Так, популярними є: постачання цифрового контенту «на вимогу», тобто за персональним запитом одержувача, його завантаження шляхом натиснення спеціальної кнопки на веб-сторінці

постачальника, отримання цифрового контенту через потокову та веб-трансляцію он-лайн, шляхом під'єднання IP-адреси до телевізійного каналу передачі даних, підписки на придбання електронних книг, електронних журналів та електронних газет, завантаження мобільних додатків, та здійснення он-лайн покупок у цих додатках, використання хмарних технологій та багато іншого. Таким ж різноманітним є і спосіб здійснення оплати за надання цифрових даних, що варіюється від передання грошових коштів до виконання зобов'язань в натурі (зокрема, отримання на електронну пошту та перегляд он-лайн рекламних матеріалів, підбір контекстної реклами, проходження анкетування для розробки маркетингової стратегії постачальника та інше, надання персональних даних) [68, с.39].

Варто зазначити, що постачання цифрового контенту відбувається на підставі договорів приєднання, що зазвичай укладаються он-лайн. К. Пормейстер зазначає, що передача, накопичення та використання персональних даних відбувається шляхом укладення договорів постачання цифрового контенту за посередництвом автоматизованих систем он-лайн. У зазначених випадках досягнення згоди сторін з усіх істотних умов окремого договору не відбувається, а договір укладається на підставі автоматизованої обробки поданої сторонами інформації [68, с.17]. Прикладом таких автоматично укладених договорів можуть слугувати сервіси, що постачають цифровий контент на підставі реєстрації користувачів. Одержувач цифрового контенту заповнює на веб-сторінці постачальника спеціальну форму, де зазвичай вказуються персональні дані, в тому числі адреса електронної пошти, при цьому, завершення реєстрації та отримання цифрового контенту є неможливим без надання згоди на обробку та використання персональних даних, погодження умов договору, без можливості внесення у нього будь-яких змін чи застережень.

У літературі виділяють два основні види договорів постачання цифрового контенту укладених он-лайн, відплатний характер яких реалізовується шляхом надання одержувачем згоди на обробку та використання власних персональних даних постачальником. Першим із зазначених видів є договори, що укладаються у спосіб «*click wrap*», а погодження умов здійснюється шляхом заповнення чекбоксу

(*checkbox*), відображеного на екрані у вигляді квадрата невеликого розміру, який може мати два стани  «вимкнено» (пусто) та  «ввімкнено» [172]. Ввімкнений чекбокс активує кнопку кінцевого автоматичного укладення договору, що зазвичай має назву «готово» та відкриває доступ користувачу до цифрового контенту. Другим видом є договори, укладені у спосіб «*browse wrap*», надання згоди на обробку і використання персональних даних за яким здійснюється шляхом завантаження одержувачем веб-сторінки постачальника, наприклад, перегляд електронного журналу он-лайн автоматично дозволяє використовувати куки (*cookie*) файли користувача.

Варто відзначити, що у випадку укладення договору шляхом використання технології «*click wrap*» його умови відображаються на завантаженій веб-сторінці, а одержувач цифрового контенту їх погоджує шляхом заповнення чекбоксу, натиснення кнопки «я погоджуюсь» або будь-якою іншою активною дією на даній сторінці. Залежно від типу програмування, що використовується для постачання цифрового контенту он-лайн, така необхідність вираження явної згоди одержувача із умовами договору може виникати на одному, або кількох етапах його укладення: при завантаженні цифрового контенту, при встановленні програмного забезпечення, що уможливорює роботу цифрового контенту [38, с.39].

Проте, найчастіше уживаним залишається використання моделі укладення договору «*browse wrap*», коли його умови відображаються на веб-сторінці постачальника, а одержувачу цифрового контенту надається для ознайомлення доступ до них за відповідним посиланням [38, с.39]. При цьому, для того, щоб договір постачання цифрового контенту вважався укладеним, його одержувачу не потрібно натискати будь-яких посилань чи спеціальних кнопок, заповнювати чекбокс, адже, відвідини веб-сторінки розглядається як автоматична згода на укладення договору (про існування якого користувач може навіть і не здогадуватись), за умовами якого надається дозвіл на використання персональних даних [68, с.17].

Як зазначалось у положеннях попереднього підрозділу, договір постачання цифрового контенту, залежно від його умов, може бути як відплатним (у випадку

сплати одержувачем цифрового контенту певної грошової суми), так і безвідплатним.

Дефініція досліджуваного договору у проєкті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, та у прийнятій Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг визначає можливість одержувачем цифрового контенту виконати зустрічне зобов'язання за договором у формі: а) сплати визначеної грошової суми; б) надання постачальнику персональних даних; в) надання постачальнику інших даних. При цьому, надання даних, які використовуються постачальником виключно для реалізації мети договору, та не накопичуються для будь-яких інших комерційних цілей, не впливає на визначення відплатності договору.

Аналізуючи норми національного законодавства, відзначимо, що презумпція відплатності договору закріплена у ч. 5 ст. 626 ЦК України. Конструкція наведеної норми покликана перш за все забезпечити захист законних інтересів сторін договору, при відсутності в його умовах положень про ціну. Відповідно до ч. 4 ст. 632 ЦК України, якщо в умовах договору не встановлена ціна, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору. Виходячи з наведених норм, необхідною умовою для визначення договору безвідплатним є наявність у його положеннях прямої вказівки на це.

Враховуючи нематеріальну правову природу цифрового контенту, його постачання здійснюється на матеріальних носіях, або у формі потокової передачі даних он-лайн. У випадку укладення договору, предметом якого є цифровий контент, розміщений на зовнішньому накопичувальному пристрої (CD; DVD), що має матеріальну форму вираження, його передання зазвичай супроводжується оплатою визначеної грошової суми. Проте, у разі постачання цифрового контенту он-лайн, на одноразовій (перегляд фільму он-лайн) чи постійній основі (зберігання даних у хмарному сховищі), одержувач цифрового контенту зазвичай надає свої персональні або інші дані, шляхом реєстрації чи використання файлів куки, заповнюючи анкети, переглядаючи рекламні ролики, підписуючись на інтернет



сторінки та інше, що використовуються постачальником для розробки маркетингової стратегії, методів надання рекламної інформації та інше.

Європейський законодавець прирівнює надання персональних, або інших, даних постачальнику цифрового контенту до виконання грошового зобов'язання за договором. Зазначене дозволяє висловити позицію про монетизацію даних, що зумовлює необхідність запровадження до національного законодавства положень про захист персональних даних.

Першим правовим актом ЄС, що регулював правовідносини, пов'язані із використанням та захистом персональних даних була Директива Європейського Парламенту і Ради № 95/46/ЄС про захист осіб від обробки персональних даних та їх вільного обігу від 24.10.1995 р. [20], відповідно до норм якої персональними даними визначається інформація, що у будь-який спосіб уможливорює ототожнення фізичної особи (суб'єкта даних), прямо чи опосередковано, за факторами фізичної, психологічної, ментальної, економічної, культурної, соціальної ідентифікації. Пізніше, у 2016 році ЄС новелізував законодавство у сфері захисту персональних даних шляхом прийняття Регламенту Європейського Парламенту і Ради 2016/679 про захист осіб від обробки персональних даних та їх вільного обігу, та скасування Директиви 95/46/ЄС. Проте, положення, що визначають поняття персональних даних у новому нормативному акті залишилось незміненими.

Вважаємо за доцільне приділити увагу дослідженню «інших даних», що передаються у якості відплатності за договорами постачання цифрового контенту. Ними, відповідно до положень Директиви Європейського Парламенту і Ради 2002/58/ЄС про обробку персональних даних та захист приватності в галузі електронної комерції від 12.07.2002 [19], є:

- конфіденційні дані, що містять у собі зміст повідомлень, надісланих під час електронних листувань;
- дані, необхідні для встановлення та підтримання зв'язку: інформація про трафік, провайдерів, час з'єднання та його загальну тривалість;
- дані про місцезнаходження електронних пристроїв, з яких користувачі здійснювали під'єднання до мережі Інтернет в конкретний момент у часі. Зазначена

інформація стосується також відслідковування місця знаходження особи через технологію системи глобального позиціонування (*Global Positioning System*), що застосовується сучасними мобільними пристроями.

Варто відзначити, що використання постачальником інформації про трафік допускається виключно з метою визначення його загальної кількості, та виставлення одержувачу рахунку на оплату. Як зазначається у Довіднику з Європейського права у галузі захисту персональних даних, підготованому спільно Радою ЄС та Агентством основних прав ЄС, вищезгадані дані за згодою особи можуть бути передані для обробки іншими постачальниками, що пропонують надання цифрового контенту та цифрових послуг за додаткову оплату. До них належить: обробка даних про місцезнаходження особи з метою надання їй інформації про найближчі маршрути до визначеного місця (аптеки, ресторану, зупинки громадського транспорту), прогнозу погоди у місцевості, де особа знаходиться в даний момент часу та інше [37].

На практиці одержувачі цифрового контенту доволі часто натрапляють на труднощі із доступом до нього. Так, веб-сторінки, що на перший погляд спрямовані на безвідплатне постачання цифрового контенту, використовують програмне забезпечення, що унеможлиблює завантаження даних без заповнення «спливаючого» вікна (*Pop-up ad*) у формі натискання кнопки «я погоджуюсь», або заповнення відповідного чекбоксу. Отримання цифрового контенту у таких випадках є наслідком вираження згоди на обробку та використання постачальником персональних та будь-яких інших даних.

Описаний вище механізм постачання даних створює у одержувача враження укладеного договору на безвідплатній основі, проте це не так. Адже, постачальники цифрового контенту та цифрових послуг у формі соціальних медіа ресурсів, пошукових систем, додатків, що створюються для забезпечення зв'язку між їхніми користувачами шляхом листування, аудіо та відео з'єднання он-лайн, хостинг-платформи для зберігання даних та інше, за своєю суттю є великими рекламними майданчиками, котрі обробляють персональні дані користувачів з метою підбору контекстної реклами в залежності від відвідуваних раніше сторінок, пошукових

запитів, віку, роду занять, розміщення, тощо. Наведене є електронним ринком продажу персональних даних користувачів та розміщення рекламної продукції, що працює під виглядом безвідплатного постачання цифрового контенту [58].

Поширення описаної моделі використання персональних даних он-лайн сприяло новелізації законодавства ЄС у цій сфері. Так, у 2009 році було внесено зміни до Директиви Європейського Парламенту і Ради 2002/58/ЄС про обробку персональних даних та захист приватності в галузі електронної комерції, що передусім включали:

- застосування обмежень щодо надсилання особам електронних листів та коротких повідомлень рекламного змісту у мобільних додатках з метою виконання маркетингової стратегії, реклами товарів та послуг. Подібні листи можуть відправлятися у випадку вираження явної згоди одержувача на це. Крім того, законодавець дозволяє адресувати рекламні повідомлення попереднім одержувачам, що зареєстровані у сервісі постачальника цифрового контенту, якщо вони, при реєстрації, надали дозвіл на їх отримання;
- держави-члени ЄС зобов'язані забезпечити ефективний судовий захист порушених прав користувачів, яким надсилаються рекламні повідомлення без надання на це явної згоди;
- налаштування кукі файлів, що відстежують дії користувача сервісу та зберігають інформацію про них, у спосіб, що уможливорює такий збір та обробку, лише за умови вираження явної згоди користувача.

Наведені зміни до законодавства про використання персональних даних он-лайн підтверджують підтримку законодавцем ЄС положення про економічну вартість персональних даних. Ще одним аргументом позиції про монетизацію персональних даних є підтверджений факт використання персональних, та інших даних, як предмету договорів, що укладаються між постачальниками цифрового контенту та рекламодавцями [75]. Деякі дослідники, серед яких Р. Манко та Н. Пуртова, у своїх працях, висловлюють твердження про необхідність застосування юридичної фікції та поширення на персональні дані правового режиму майна, тобто

фактичного прирівняння права власності на майно (*jus ad rem*) та права власності на персональні дані [55; 75].

Дана теорія, враховуючи виклики цифрового ринку, знаходить своє відображення у законодавстві ЄС. Так, спочатку ідея монетизації персональних даних з'являється у тексті Проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, де зазначається, що надання даних можна віднести до виконання зустрічного зобов'язання за договорами, укладеними у електронній формі. Варто відзначити, що проект регламенту обмежив можливість монетизації даних виключно для виконання постачальником своїх договірних зобов'язань.

Подібне формулювання щодо монетизації даних знаходимо також у положеннях проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту. У ст. 3 даного акту зазначено, що його норми поширюються на договори, за якими одержувач, у якості відплатного зобов'язання, сплачує постачальнику певну грошову суму (ціну договору), або надає інформацію у формі персональних, або будь-яких інших, даних. При цьому, у випадку передання одержувачем даних, необхідних виключно для виконання постачальником своїх зобов'язань, такий договір вважається безвідплатним, і не підпадає під регулювання директиви.

Обґрунтовуючи доцільність включення положень про монетизацію даних у законодавство ЄС, Р. Манко наголошує на необхідності регулювання існуючих на світовому цифровому ринку бізнес моделей, відповідно до яких, надання даних є одним із найпопулярніших способів відплатності у договірних зобов'язаннях. Наведене твердження, водночас виступає і аргументом «проти» виключення поширення дії норм проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту на безвідплатні договори [55].

Подібна конструкція міститься і у чинній Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг. Окрім того, у преамбулі закріплено положення про поширення норм директиви на правовідносини, у яких суб'єкту підприємницької діяльності надаються персональні дані особи, та уможливорюється їх використання з метою підбору рекламних матеріалів. І хоча, реєструючись у соціальній мережі користувач заповнює анкету особистої

інформації, вказуючи ім'я, адресу, електронну адресу для висвітлення її у сервісі, періодично розміщує пости, разом із аудіо-, відео-, фото- та текстовими файлами, надаючи згоду на публікацію інформації он-лайн, постачальник послуг все ж таки позбавлений права використовувати вказану інформацію у маркетингових та рекламних цілях, без окремої згоди користувача [90, с.172].

Стосовно законодавства України у сфері надання, обробки та захисту персональних даних, варто зауважити, що воно перебуває на етапі становлення. Значну цінність цьому процесу надає консолідація законодавства. Так, відповідно до положень ст. 200 ЦК України інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді, а порядок використання інформації та захисту права на неї встановлюється Законом України «Про інформацію» № 2657-XII. Даний нормативно-правовий акт визначає інформацію про фізичну особу (персональні дані) як відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована. Аналогічну дефініцію знаходимо і у спеціальному законодавстві, спрямованому на захист персональних даних особи – Законі України «Про захист персональних даних» № 2297-VI від 01.06.2010 р. [185].

Окрім того, вважаємо за необхідне відзначити, що національне законодавство не встановлює єдиного переліку даних, котрі відносяться до персональних. Зокрема, Закон України «Про інформацію» до персональних даних відносить дані про національність фізичної особи, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також її адресу, дату і місце народження. У той час як галузеве законодавство, наприклад, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076-VI до персональних даних особи відносить перелік питань з якими особа звертається до адвоката за консультацією, її зміст, перелік даних, отриманих адвокатом під час здійснення ним своїх професійних обов'язків [174]. Варто відзначити, що європейське законодавство містить відкритий широкий перелік даних, що можуть кваліфікуватись як персональні, і як наслідок, бути предметом обігу. У зв'язку з наведеним цікавим видається рішення Суду Справедливості ЄС від 19.10.2016 р. у справі № С- 582/18 *Patrick*

*Breyer/Bundesrepublik Deutschland* [101], у якому Суд визнає *IP* адресу, за якою здійснює продаж товарів зареєстрований он-лайн магазин, інформацією, що входить до переліку персональних даних такого суб'єкта. Вищий Адміністративний суд Республіки Польща в рішенні від 19.05.2011 р. у справі I OSK 1079/10 [99] висловив позицію про визнання персональними даними особи як інформації, що безпосередньо її ідентифікує (ім'я, адреса, національність), так, і інформації про предмети або технічні пристрої, за умови можливості їх прив'язки до конкретної особи (інформація про *IP* адресу, місцезнаходження мобільного пристрою у конкретний момент у часі та інше). *IP* адреса технічного пристрою повинна визначатися різновидом персональних даних, що уможливорює ідентифікацію фізичної особи у випадку, коли дана *IP* адреса надана на тривалий період часу певному технічному пристрою, який належить та постійно використовується конкретним користувачем.

У період розвитку інформаційних систем та неоднозначності у вирішенні питання приналежності конкретної інформації до переліку персональних даних, національному законодавцю слід чітко визначити такий перелік даних, що потребує правової охорони. У даному контексті вважаємо за необхідне проаналізувати дефініцію персональних даних, закріплену у Конвенції Ради Європи «Про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних» від 28.01.1981 р. [145]. Конвенція визначає персональні дані як будь-яку інформацію, яка стосується конкретно визначеної особи або особи, що може бути встановлена. Зазначене дає підстави припустити тезу про існування широкого кола інформації, яка може визначатись як персональні дані, інші дані про особу, що дозволяють її ідентифікувати.

Аналіз національного законодавства дозволяє стверджувати, що не існує чітких обмежень у використанні персональних даних одержувачів цифрового контенту його постачальниками. На перший погляд, необхідність отримання згоди суб'єкта персональних даних, що є передумовою їх використання, повинна виступати ключовим фактором формулювання права особи самостійно приймати рішення про

збір, накопичення, обробку, зберігання та поширення її персональних даних, у тому числі з метою отримання прибутку.

Проте, у законодавстві України надання згоди на обробку та використання персональних даних у цифровій сфері визначається як проставлення відмітки про надання дозволу на обробку своїх персональних даних під час реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції [185]. Вважаємо, такий підхід до захисту персональних даних від їх подальшого використання постачальником в рекламних та маркетингових цілях неефективним, оскільки для отримання визначеного цифрового блага проставлення зазначеної відмітки є необхідним. Саме тому, що з метою ефективного регулювання відносин у сфері використання персональних даних особи в мережі Інтернет, національне законодавство потребує новелізації. На нашу думку, необхідним є внесення змін до ч. 3 ст. 2 Закону України «Про захист персональних даних» шляхом її викладення у такій редакції: «згода суб'єкта персональних даних - добровільне волевиявлення особи (за умови її поінформованості) щодо надання дозволу на обробку її персональних даних відповідно до сформульованої мети обробки, висловлене у письмовій формі або у формі, що дає змогу зробити висновок про надання згоди. У сфері електронної комерції, постачання цифрового контенту та цифрових послуг, згода суб'єкта персональних даних може надаватися під час реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції, постачальника цифрового контенту, шляхом проставлення відмітки про надання дозволу на обробку персональних даних, відповідно до сформульованої мети їх обробки, за умови, що така система не створює можливостей для обробки персональних даних до моменту проставлення відмітки. Поле проставлення відміток формується у вигляді чекбоксів, що надають користувачу право вибору способу обробки його персональних даних». До вказаних чекбоксів відносимо: 1) надання явної згоди суб'єкта персональних даних на їх обробку та використання виключно з метою виконання постачальником своїх зобов'язань; 2) надання явної згоди суб'єкта персональних даних на їх обробку та використання постачальником у будь-який інший спосіб, в тому числі для підбору контекстної реклами. При цьому,

використання персональних даних повинно обмежуватися тривалістю дії укладеного договору постачання цифрового контенту, а їх суб'єкту гарантуватися можливість відкликання такої згоди у будь-який момент у часі.

На наш погляд, аналізу потребує питання можливості в межах національного законодавства визнання персональних даних об'єктом договірних зобов'язань, в тому числі у сфері обігу цифрового контенту, визначення способу використання персональних даних у якості оплати ціни у договорі, та кваліфікації дій одержувачів цифрового контенту стосовно надання персональних даних як виконання зустрічного зобов'язання у відплатних договорах постачання цифрового контенту.

У світлі даних питань доцільно зауважити, що правовий режим персональних даних, враховуючи їх правову природу, є доволі дискусійним. Це зумовлено, по-перше, тим, що національний законодавець не відносить персональні дані до об'єктів цивільних прав. Проте, включення до даного переліку інформації, все ж таки, дозволяє шляхом застосування юридичної фікції припустити приналежність інформації про особу, що по суті і є її персональними даними, до вказаної категорії. По-друге, у ст. 201 ЦК України законодавець відносить до нематеріальних благ і ім'я особи. Це у свою чергу ставить під сумнів здатність монетизації інформації про ідентифікацію особи, яка включає також і її ім'я. Основною проблемою у визначенні монетизації персональних даних, а як наслідок, їх надання постачальнику цифрового контенту для використання у комерційних цілях, є відсутність у одержувачів цифрового контенту альтернативи у виборі постачальника. Зокрема, пересічний користувач платформи *Google*, *Facebook*, *Instagram*, у зв'язку із неможливістю їх використання без згоди на обробку персональних даних, не пов'язаних із наданням цифрового контенту при реєстрації, по суті добровільно надає таку згоду, тим самим, виключає відповідальність постачальника за комерційне використання персональних даних [34, с.112].

Варто відзначити, що наведені платформи використовують технології відстеження поведінки користувачів в мережі Інтернет з метою створення їх комерційних профілів, а як наслідок, підбору для таких користувачів спеціальної індивідуалізованої реклами. Наприклад, особі, яка часто відвідує веб-сторінки із



трансляціями та оглядами спортивних футбольних матчів, при купівлі на сторінці авіакомпанії он-лайн квитків до Лондона, контекстна реклама запропонує придбати додатково квитки на футбольний матч за участі Лондонського клубу «Арсенал». У той час, як особі, яка купує на тому ж веб-сайті квитки до Лондона, проте, цікавиться модою та стилем – контекстна реклама пропонуватиме відвідати події у сфері моди – наприклад, показ британського дизайнера, презентацію косметичного бренду та інше. Варто зауважити, що користувачі інтернет-платформ у більшості випадків не здогадуються наскільки ретельно система збирає, здійснює обробку та продаж їх персональних даних, та на скільки детально можуть відстежуватись дії особи. Сюди відноситься запам'ятовування пошукових комбінацій у *Google*, збереження кеш-інформації про відвідані веб-сторінки, в тому числі збір інформації з мікрофонів та камер мобільного пристрою. Принагідно відзначимо, що у 2007 році компанія *Google* уклала договір вартістю 3,1 мільйона доларів США із компанією *Double Click* – лідером у галузі надання контекстної реклами більше п'ятнадцяти років. Ця компанія виступає посередником між власниками веб-сайтів та рекламодавцями, а також розміщує рекламу на веб-сайтах. Для відстеження поведінки осіб в мережі Інтернет використовуються файли куки (*cookie*), які розміщуються на веб-сторінках та запам'ятовують і накопичують інформацію про пристрій та персоніфікованих на ньому користувачів, з метою їх розпізнання під час повторного відвідання Інтернет сторінки. Використовуючи дані файли *Double Click* має можливість відслідковувати поведінку користувачів в Інтернеті, підбирати відповідну контекстну рекламу [84].

Цікавим для аналізу видається і питання можливості, та правових наслідків, відкриття згоди користувача на обробку та використання його персональних даних. Досліджуючи положення ст. 8 Закону України «Про захист персональних даних» бачимо, що законодавець надає суб'єкту персональних даних право відкликати згоду на їх обробку, проте не встановлює способу та правових наслідків його реалізації.

Єдиним документом, що містить роз'яснення у сфері відкриття згоди на обробку персональних даних є Лист Міністерства юстиції України від 26.04.2013 р.

№ 5543-0-33-13/6.1 «Щодо відкликання згоди на обробку персональних даних», у якому зазначається, що надання згоди на обробку персональних даних за своєю правовою природою є правочином у сенсі ст. 202 ЦК України. Таким чином, відмова від правочину повинна бути здійснена у тій самій формі, в якій було його вчинено [239]. Наведене положення фактично підтверджує можливість персональних даних виступати об'єктом правочину, а як наслідок мати визначену ціну.

У літературі виділяють три основні моделі надання монетизованих персональних даних за договорами постачання цифрового контенту. До першої з них відноситься укладення договорів, на підставі яких постачальник надає або зобов'язується надати одержувачу товар або послугу (в тому числі цифровий контент), а одержувач у свою чергу зобов'язується сплатити певну суму грошових коштів та надати постачальнику для використання свої персональні дані. Другою – є укладення договору, за умовами якого постачальник надає або зобов'язується надати одержувачу товар або послугу (в тому числі цифровий контент) квазі безвідплатно, а одержувач зобов'язується надати постачальнику свої персональні дані (в тому числі адресу електронної пошти, інформацію про хостинг файлів, редагування файлів та інше). Отримуючи персональні дані, постачальник цифрового контенту створює електронні профілі користувачів, із інформацією про їх стать, вік, місце знаходження, адресу електронної пошти, вподобання (за результатами аналізу відвідуваних Інтернет-ресурсів) та інше [35, с.190]. Такі інформаційні профілі, у випадку існування згоди на обробку персональних даних осіб у них вміщених, відповідно до національного законодавства можуть бути предметом договорів. Таким чином, отримуючи персональні дані, постачальник цифрового контенту отримує прибуток шляхом їх подальшого збуту рекламним компаніям, а одержувач цифрового контенту отримує непотрібну, та часом надокучливу, персоніфіковану контекстну рекламу. Тому, договори, за умовами яких одержувач цифрового контенту надає свої персональні дані та дозвіл на їх використання не можуть вважатись безвідплатними, оскільки дані, що надаються є предметом подальшого цивільного обороту та мають визначену ціну.

Третьою виступає модель постачання цифрового контенту за договором, на підставі якого одержувачу надається доступ до нього на визначений період у часі безвідплатно, з умовою передання персональних даних, а після завершення так званого тестового режиму використання цифрового контенту, договір може бути продовженим на підставі здійснення одержувачем додаткової оплати ціни (у формі грошових коштів) договору. Рисою, що об'єднує наведені договірні моделі є обов'язкове надання одержувачем згоди на обробку персональних даних, а у разі її відсутності – передбачена оплата еквівалентної суми грошових коштів. Таким чином, у кожному конкретному випадку, враховуючи ціну договору – можемо визначити вартість наданих за умовами такого договору персональних даних, що відповідно до норм цивільного законодавства встановлюється у розмірі еквівалентному ціні, яка склалася на аналогічні товари, або послуги.

Окрім того, варто відзначити, що надання персональних даних у якості оплати договору постачання цифрового контенту не означає, що їх слід кваліфікувати еквівалентом грошових коштів, в тому числі електронних. Відповідно до ст. 15 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05.04.2001 р. № 2346-III [192] під електронними грошима розуміються одиниці вартості, які зберігаються на електронному пристрої, приймаються як засіб платежу іншими особами, ніж особа, яка їх випускає, і є грошовим зобов'язанням цієї особи, що виконується в готівковій або безготівковій формі. Варто відзначити, що випуск таких грошей може здійснювати виключно банк шляхом їх надання користувачам або комерційним агентам в обмін на готівкові або безготівкові кошти.

Цікавим видається німецький підхід до використання персональних даних як способу оплати у договірних зобов'язаннях, та встановлення для них режиму розрахункової одиниці (*rechnungseinheit*), що має визначену грошову вартість і може застосовуватись для договірних розрахунків [33]. До таких розрахункових одиниць, що не є грошовими коштами, відносять і крипто валюту у формі біткойнів, щодо якої на даний момент також відсутня однозначна позиція Національного банку України [46, с.511].

Досліджуючи питання необхідності впровадження у національне законодавство відповідних норм, які дозволятимуть інтерпретувати надання персональних даних як форму виконання грошового зобов'язання, варто відзначити, що такий механізм передання персональних даних є фактично діючою конструкцією відплатного договору на цифровому ринку України.

Таким чином, доходимо висновку про доцільність доповнення законодавства України у сфері захисту персональних даних положеннями про їх монетизацію. Зокрема, вважаємо необхідним внесення змін до ст. 8 Закону України «Про захист персональних даних», що визначає права суб'єкта персональних даних, шляхом її доповнення п. 14 ч. 2, наступного змісту: «На монетизацію персональних даних, при укладенні договорів за якими здійснюється постачання цифрового контенту».

Отже, персональні дані, як інформація, що дозволяє ідентифікувати особу є об'єктом цивільних прав та має визначену майнову вартість. З метою ефективного регулювання правовідносин, за якими надаються персональні дані, доцільним є застосування юридичної фікції та поширення на них правового режиму майна. Договір, за яким постачання цифрового контенту здійснюється в обмін надання його одержувачем персональних даних, є відплатним, за винятком, коли їх передання необхідне виключно для здійснення постачання цифрового контенту, без наміру їх подальшого використання для досягнення будь-яких інших цілей.

## **Висновки до розділу 2**

1. На підставі аналізу законодавства ЄС та правової доктрини держав-членів ЄС щодо договірних конструкцій, що опосередковують обіг цифрового контенту, обґрунтовано необхідність закріплення у ЦК України договору постачання цифрового контенту як окремого виду поіменованого договору з власним предметом, та іншими істотними умовами. Адже, враховуючи особливість правової природи цифрового контенту, застосування до правовідносин, об'єктом

яких він виступає, положень про договори купівлі-продажу або надання послуг є неефективним. Норми про договір постачання цифрового контенту поширюватимуться як на загальних, так і на спеціальних суб'єктів – споживачів.

2. До способів здійснення постачання цифрового контенту належать: цифрова трансмісія даних, закодованих у дискретні сигнальні імпульси та розміщених на зовнішніх матеріальних носіях інформації; завантаження цифрових даних одержувачами на їх персональні технічні пристрої; надсилання даних у формі стрімінгу он-лайн; будь-який інший, доступний для отримання цифрових даних, спосіб.

3. Застосування до правовідносин з обігу цифрового контенту норм Глави 54 ЦК України про купівлю-продаж вбачається виправданим у випадку укладення договору, предметом якого виступатиме товар із цифровими елементами, відділення яких не можливе без втрати ним цільового призначення.

4. Обґрунтовано необхідність покладення додаткових інформаційних обов'язків на постачальника цифрового контенту у договорах, укладених із споживачами, а саме: інформування споживача про можливість виконання цифровим контентом функцій певного виду, сумісність цифрового контенту із операційним та програмним забезпеченням різного роду технічних пристроїв. Доцільним є доповнення Закону України «Про захист прав споживачів» положенням про обов'язок постачальника цифрового контенту передавати споживачу разом із цифровим контентом усю необхідну інформацію про технічні умови його використання.

5. З метою імплементації до національного законодавства положень Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг запропоновано закріпити у ст. 716<sup>1</sup> ЦК України поняття договору постачання цифрового контенту як договору, за яким одна сторона (постачальник) забезпечує або зобов'язується забезпечити іншій стороні (одержувачу) доступ до цифрового контенту, або надання такого цифрового контенту для завантаження на персональний технічний пристрій, а інша сторона (одержувач) зобов'язується сплатити певну грошову суму, та/або вчинити іншу дію на користь постачальника.

6. Враховуючи те, що процес постачання цифрового контенту є похідним обов'язком постачальника, спрямованим на забезпечення користування даними у цифровій формі одержувачем, обґрунтовано, що предметом договору постачання цифрового контенту є сам цифровий контент.

7. Предметом договору постачання цифрового контенту є цифровий контент, постачальник якого правомірно використовує та володіє авторськими правами на нього.

8. Договір постачання цифрового контенту може бути як одностороннім, так і двостороннім, як відплатним так і безвідплатним, консенсуальним, каузальним.

9. Постачальником за договором постачання цифрового контенту є фізична або юридична особа, котра забезпечує чи зобов'язується забезпечити доступ до цифрового контенту, або надати такий цифровий контент для завантаження.

10. Одержувачем цифрового контенту є фізична особа, в тому числі споживач, або юридична особа, котра зобов'язується сплатити ціну або вчинити іншу дію на користь постачальника.

11. У випадку надання цифрового контенту в умовах діючої маркетингової стратегії постачальника, з метою ознайомлення одержувача із цифровим контентом, без вимоги виконання будь-якого зустрічного зобов'язання, договір постачання цифрового контенту є одностороннім та безвідплатним.

12. При укладенні договору, предметом якого виступають товари із цифровими елементами, постачання цифрового контенту слід вважати додатковим зобов'язанням, що здійснюється безвідплатно.

13. Визначено істотні умови договору постачання цифрового контенту, зокрема: предмет, із встановленням функцій цифрового контенту, ціна (для відплатних договорів) та положення про використання постачальником персональних даних одержувача у комерційних цілях, строк виконання зобов'язання, тобто період у часі, протягом якого постачальник на постійній основі забезпечуватиме доступ одержувачу до цифрових даних, або вказівка на визначену кількість разів завантаження цифрового контенту на персональний технічний

пристрій одержувача, чи одноразового надсилання на вказану одержувачем електронну пошту.

14. Обов'язком постачальника за договором постачання цифрового контенту є: а) постачати цифровий контент; б) передати право власності на матеріальний носій даних, на якому розміщується цифровий контент на користь одержувача; в) забезпечити відповідність цифрового контенту умовам договору; г) гарантувати можливість використання цифрового контенту згідно з умовами договору; д) разом із цифровим контентом передати одержувачу необхідні документи.

15. Обов'язками одержувача за договором постачання цифрового контенту є: а) сплатити ціну договору (за винятком випадків, коли умовами договору передбачено виконання іншого зустрічного зобов'язання, в тому числі надання персональних даних, або визначено постачання цифрового контенту на безвідплатній основі); б) прийняти цифровий контент, разом із необхідними супровідними та дозвільними документами; в) вчинити дії, необхідні для забезпечення використання цифрового контенту.

16. Персональні дані як інформація, що дозволяє ідентифікувати особу є об'єктом цивільних прав та має визначену майнову вартість.

17. З метою ефективного регулювання правовідносин, за якими надаються персональні дані, доцільним є застосування юридичної фікції та поширення на них правового режиму майна.

18. Договір, за яким постачання цифрового контенту здійснюється в обмін надання його одержувачем персональних даних, є відплатним, за винятком, коли їх передання є необхідне виключно для здійснення постачання цифрового контенту, без наміру їх подальшого використання для досягнення будь-яких інших цілей.

## РОЗДІЛ 3

### ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕВИКОНАННЯ ЧИ НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У СФЕРІ ОБІГУ ЦИФРОВОГО КОНТЕНТУ

#### 3.1. Відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договорів, що опосередковують обіг цифрового контенту за законодавством України

Відомо, що вчинення особою цивільного правопорушення є фактичною підставою застосування заходів цивільно-правової відповідальності. При цьому, цивільним правопорушенням є дія чи бездіяльність, пов'язані, із невиконанням чи неналежним виконанням положень договірних зобов'язань, або завданням матеріальної чи моральної шкоди. Варто відзначити, що ЦК України у ст. 610 визначає порушення зобов'язання як його невиконання або неналежне виконання, тобто виконання з порушенням умов, визначених його змістом. Як бачимо, у національній правовій системі закріплено дуалістичний підхід розуміння порушення зобов'язання, який характерний для країн пострадянського простору. Адже, ще у положеннях Цивільного кодексу Української Радянської Соціалістичної Республіки 1922 року [236] було закріплено підвиди порушення зобов'язання, серед яких: невиконання, неналежне виконання і прострочення. Згодом, у Цивільному кодексі Української Радянської Соціалістичної Республіки 1964 року знаходимо тільки два види порушення: невиконання та неналежне виконання зобов'язання. Інститут прострочення віднесено до неналежного виконання [235].

Істотним при застосуванні правових наслідків порушення зобов'язання є розмежування понять невиконання та неналежного виконання зобов'язання. У правовій доктрині під неналежно виконаним зобов'язанням розуміється зобов'язання, що виконується з порушеннями окремих умов договору, наприклад, щодо якості переданого товару, його кількості, строку виконання зобов'язання, обсягу, тощо. Натомість, невиконання прийнято розглядати як бездіяльність боржника [198]. Проте, така диференціація породжує ряд практичних проблем. Зокрема, у випадку застосування норм, що регулюють відповідальність



за порушення зобов'язання, виникають обґрунтовані сумніви стосовно можливості кредитора вимагати одночасно як виконання зобов'язання в натурі, так і відшкодування шкоди (у разі неналежного виконання договору).

Порушення зобов'язання є родовою категорією, яка складається з двох видів: невиконання та неналежного виконання зобов'язання. При цьому, як влучно наголошується в літературі терміни «невиконання» та «неналежне виконання» використовуються у цивільному законодавстві для опису поточного прострочення та неналежного виконання (у т. ч. виконання з простроченням) [198]. Погоджуємось із А. Л. Святошнюк, котра зазначає, що у чинному ЦК України під невиконанням зобов'язання слід розуміти саме поточне прострочення виконання зобов'язання. Адже, у визначений момент часу може мати місце або поточне прострочення (невиконане зобов'язання), або неналежне виконання (виконане, але з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання) [204, с.83]. На думку Л. М. Баранової, невиконання зобов'язання має місце тоді, коли боржник не здійснив на користь кредитора жодної дії, що становить предмет зобов'язання, а кредитор, в свою чергу недоодержав виконання свого обов'язку боржником [110, с.88]. Проте, як в літературі, так і у національному законодавстві, немає чітких критеріїв розмежування наведених категорій порушення зобов'язання. Погоджуємось із О. Красавчиковим, котрий досліджуючи цивільно-правову відповідальність відзначив неможливість абсолютного розмежування невиконання та неналежного виконання зобов'язання [146, с.176].

Беручи до уваги факт, що ринок цифрових товарів та послуг, до яких відноситься цифровий контент, поступово витісняє ринок матеріальних товарів, котрі мають ідентичне призначення (наприклад електронні книги, перегляд відео у режимі он-лайн, а також у форматі стрімінгу та інше, замість звичних паперових книг, відео та музики, що вміщуються на матеріальних носіях CD-, DVD-дисках) [83] необхідним видається проаналізувати відповідальність сторін за порушення зобов'язання у договорах, за якими здійснюється постачання цифрового контенту.

Як зазначалось раніше, ЦК України не визначає поняття цифрового контенту, та не регулює правовідносин його обігу, а отже, не встановлює окремих норм, що передбачають відповідальність сторін за порушення зобов'язань у досліджуваних договорах. Змішана правова природа цифрового контенту, а також характер відносин, що виникають у процесі його обігу, уможлиблює вживання до договорів постачання цифрового контенту, за аналогією, положень про купівлю-продаж та найм.

Загальні засади відповідальності за порушення зобов'язання, передбачені Главою 51 ЦК України, застосовуються як до поіменованих, так і до непоіменованих договорів, до яких, на даний момент, можемо віднести договір постачання цифрового контенту. Тому, доцільним є проведення аналізу ефективності положень ст. 610-625 ЦК України для відновлення порушеного права однієї із сторін зобов'язання, внаслідок невиконання, чи неналежного виконання, іншою стороною своїх зобов'язань.

Відповідальність на підставі загальних положень Глави 51 ЦК України ґрунтується на відновленні рівності сторін у зобов'язальних правовідносинах шляхом надання одній із них права на:

- припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору;
- зміну умов зобов'язання;
- сплату неустойки;
- відшкодування збитків та моральної шкоди.

При цьому, об'єктивною ознакою, що дозволяє застосувати норми ст. 610-625 ЦК України є наявність вини (умислу або необережності) особи, яка таке зобов'язання порушила. Виникнення наведених вище правових наслідків порушення зобов'язання не можливе без існування правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші, тощо), або утриматися від вчинення певної дії (негативне зобов'язання), а інша сторона (кредитор) має право вимагати від боржника виконання його обов'язку. Окрім того,

застосування загальної норми про право на припинення зобов'язання шляхом односторонньої відмови, при постачанні цифрового контенту, може бути обмеженим, за умови надання цифрового контенту користувачу на безоплатній основі. Тобто, якщо боржник у даному правовідношенні не має зустрічного обов'язку вчиняти на користь кредитора будь-які дії, то у нього відсутнє право на припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови. Враховуючи неврегульованість в національному законодавстві питання про монетизацію персональних даних, та визнання надання персональних даних виконанням зустрічного зобов'язання за договорами, на підставі яких здійснюється постачання цифрового контенту, про що зазначалось у попередньому підрозділі дисертаційного дослідження, вважаємо, що існуюча на основі положень Глави 51 ЦК України правова охорона одержувача цифрового контенту є недостатньою, а законодавство у даній сфері потребує новелізації.

Доцільним видається розпочати аналіз цивільно-правових наслідків порушення договірних зобов'язань, що опосередковують обіг цифрового контенту із припинення зобов'язання, внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання та розірвання договору. Правові підстави односторонньої відмови від зобов'язання закріплені у ч. 1 ст. 611 та ст. 615 ЦК України та надають право стороні як повністю, так і частково відмовитись від зобов'язання, у разі його порушення іншою стороною.

Відсутність нормативного визначення обов'язків постачальника та одержувача цифрового контенту значно звужує перелік підстав, на які можуть посилатись сторони у випадку порушення однією з них зобов'язань, виключно до тих, що передбачені договором. При цьому, одержувач цифрового контенту, як сторона, котра є менш захищеною, та має мінімальний вплив на умови договору, особливо якщо цей договір укладається он-лайн шляхом *browse wrap* або *click wrap*, передусім є зацікавленим у виконанні постачальником укладеного договору, а тому, повна або часткова відмова від укладеної угоди не є пріоритетним способом захисту порушених прав.

Дослідження потребує і наведене у ч. 1 ст. 611 ЦК України право сторони на відновлення рівності у договірних зобов'язаннях шляхом надання одній із них можливості зміни його умов, при порушенні іншою стороною положень укладеного договору. До підстав зміни зобов'язання національна доктрина відносить: зміну зобов'язання відповідно до якісних ознак – за змістом зобов'язання, та зміну за кількісними ознаками – за його об'єктивним складом [167, с.140]. При цьому, під зміною змісту зобов'язальних правовідносин розуміється певна модифікація прав та обов'язків сторін, наслідком якої є звуження або розширення основного зобов'язання [197, с.114]. Варто відзначити, що така зміна є нічим іншим як новою офертою сторони та її акцептом, адже, враховуючи положення ч. 1 ст. 651 ЦК України, зміна договору допускається лише за згодою сторін.

У правовідносинах постачання цифрового контенту слід звернути особливу увагу на переважаючий спосіб їх укладення – шляхом приєднання одержувача цифрового контенту до публічної оферти постачальника, розміщеної в мережі Інтернет. Наведене дозволяє припустити практичну неможливість змінювання умов договору за взаємною згодою сторін надсиланням постачальнику зустрічної оферти. Аналогічно і у випадку укладення договору шляхом *browse wrap*, коли під завантаженням веб-сторінки постачальника он-лайн розуміється акцепт публічної оферти.

Підставою для зміни або розірвання договору судом на вимогу однієї із сторін, відповідно до положень ст. 651 ЦК України, є його істотне порушення іншою стороною, внаслідок чого, сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала укладаючи договір. При цьому, особа, право якої порушено, звертається до суду з вимогою про внесення змін до договору. Варто відзначити, що відповідно до Постанови Великої Палати Верховного Суду у справі №914/2649/17 від 12.02.2019 р. право особи зацікавленої у зміні умов договору чи його розірванні, у передбачених законом випадках, не може ставитися в залежність від поінформованості про позицію чи волевиявлення іншої сторони [168]. Таким чином, у випадку істотного порушення прав, кредитор може одразу звернутись до суду з

вимогою змін умов договору, без необхідності вчиняти будь-які додаткові дії у вигляді надсилання зустрічної оферти та очікування на її акцепт.

Проте, незважаючи на спрощений судовий порядок зміни умов договору, цей спосіб захисту порушеного права, особливо у випадку договорів постачання цифрового контенту, є надміру обтяжливим процесом для сторін, та потребує використання численних матеріальних і часових ресурсів, котрі, зазвичай, не є співмірними із загальною вартістю укладеного, але, невиконаного договору.

З-поміж представлених у чинному законодавстві способів захисту порушеного права, найбільш виправданою видається реалізація правових наслідків, передбачених ст. 611 ЦК України, що виражається у формі відшкодування збитків та моральної шкоди, котрі виникли внаслідок такого порушення. При цьому, вважаємо за необхідне до збитків, зумовлених неналежним постачанням цифрового контенту зараховувати пошкодження програмного, апаратного забезпечення одержувача цифрового контенту, в тому числі пошкодження існуючого цифрового наповнення технічного пристрою одержувача.

Окрім того, ефективним для досліджуваних правовідносин, вважаємо відновлення порушеного права постачальника цифрового контенту шляхом застосування до одержувача відповідальності на підставі ст. 624 ЦК України, та стягнення неустойки. Цікавим є питання можливості стягнення неустойки у випадку порушення одержувачем цифрового контенту обов'язку надати персональні, або інші дані постачальнику. За відсутності в національному законодавстві положення про визначення грошового еквіваленту персональних даних, ставиться під сумнів можливість стягнення штрафу та пені, як способу відновлення порушеного зобов'язання з надання зазначених даних у випадку укладення відплатного договору постачання цифрового контенту.

Враховуючи значну схожість договірної конструкції купівлі-продажу та постачання цифрового контенту спробуємо проаналізувати особливості відповідальності сторін за договором постачання цифрового контенту, застосовуючи за аналогією положення про договір купівлі-продажу.

За договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму. З наведеного нормативного визначення випливає зобов'язання продавця із передачі товару у власність покупцеві. Застосовуючи дану договірну конструкцію до відносин обігу цифрового контенту зіштовхуємося із наступними проблемами. Перша з них зумовлена правовим титулом власності у ситуації, коли продавець не є власником цифрового контенту, а розпоряджається ним на підставі ліцензійного договору. Передаючи цифровий контент одержувачу постачальник повинен володіти правом використовувати цифровий контент, що є предметом договору, та правом надання одержувачу цифрового контенту субліцензії на його використання [217, с.78]. У випадку її ненадання, у залежності від ознайомлення одержувача із правами третіх осіб на цифровий контент, йому, на підставі ст. 659 ЦК України належить право вимагати зниження ціни або розірвання договору. При цьому, на одержувача покладається обов'язок доведення, що він не знав та не міг знати про права третіх осіб на такий контент. Враховуючи нематеріальну форму вираження цифрового контенту та її цифрову складову, що поєднується із існуванням авторського права на комп'ютерну програму, та відсутність єдиної цифрової бази даних про права на об'єкти інтелектуальної власності (на противагу існуванню баз даних про право власності на нерухоме майно, транспортні засоби), одержувачу доволі проблематично отримати інформацію про особу, що володіє авторськими правами на таку програму. Окрім того, укладення договорів постачання цифрового контенту он-лайн, у яких зустрічним зобов'язанням одержувача є надання монетизованих персональних або інших даних, зазвичай відбувається автоматично, шляхом приєднання одержувача до формуляру, або іншої стандартної форми договору. Такі угоди укладаються без можливості внесення до них змін, реалізації вимоги про надання будь-яких документів, в тому числі таких, що підтверджують дійсність ліцензійного договору між постачальником цифрового контенту та його автором з правом надання

субліцеції. Тому, вважаємо застосування за аналогією ст. 659 ЦК України до договорів постачання цифрового контенту неефективним.

Друга проблема, зумовлена застосуванням договірної конструкції купівлі-продажу до правовідносин із обігу цифрового контенту, та пов'язана із неможливістю його передання у власність іншому суб'єкту. Так, за договором хмарного сховища даних постачальник надає одержувачу частину місткості на сервері для зберігання цифрових даних. Вважаємо, що з метою регулювання відповідальності сторін за порушення зобов'язання за аналогією слід застосовувати найбільш схожі із наведеною договірною конструкцією норми, якими у цьому випадку виступають положення про найм. Таким чином, для відновлення порушеного права сторін, у випадку невиконання чи неналежного виконання ними зобов'язань за договором постачання цифрового контенту, щоразу потрібно шукати договірну конструкцію, що є найбільш подібною до конкретного виду договору постачання цифрового контенту та використовувати положення ЦК України за аналогією. Така неоднозначність у правовому регулюванні сприяє послабленню захисту прав сторін, а тому, необхідним є напрацювання єдиних регулятивних норм у сфері постачання цифрового контенту.

Досліджуючи відповідальність сторін за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань у правовідносинах обігу цифрового контенту, вважаємо доцільним проаналізувати поняття та умови цивільно-правової відповідальності. Під цивільно-правовою відповідальністю вчені розуміють вжиття до правопорушника у випадку здійснення протиправних дій або бездіяльності передбачених договором чи законом заходів державного примусу у вигляді додаткових цивільно-правових обов'язків майнового характеру [157, с.124], застосування санкцій, як наслідку визначеного нормами закону, у випадку його порушення [134, с.208].

Підтримуємо позицію, висловлену у доктрині ЄС про доцільність застосування до правовідносин постачання цифрового контенту, шляхом передання на матеріальних носіях, або завантаження на веб-сторінці чи надсилання на електронну пошту одержувача, положень про купівлю-продаж у випадку невиконання або неналежного виконання зобов'язань сторін [44, с.408].

У разі застосування за аналогією до договорів, за якими здійснюється постачання цифрового контенту положень ст. 678-679 ЦК України, одержувач цифрового контенту вправі реалізувати один із способів захисту порушених прав незалежно від наявності вини постачальника. У протилежному випадку позиція одержувача цифрового контенту у договірних відносинах ослаблюється, порушується принцип рівності сторін, адже, постачальник цифрового контенту зазвичай диспонує значно більшими фінансовими та організаційними ресурсами [62, с.305].

Проте, вважаємо виправданим поширювати конструкцію відповідальності незалежно від наявності вини постачальника лише на правовідносини постачання цифрового контенту платного характеру, за умов передання одержувачем постачальнику грошових коштів, персональних або інших даних. У випадку укладення договору постачання цифрового контенту на безоплатній основі порушується принцип взаємного виконання зобов'язань, що є ключовим для договірної конструкції купівлі-продажу, а як наслідок веде до неможливості застосувати до такого договору за аналогією положень про купівлю-продаж.

Доречним видається розпочати дослідження відповідальності сторін за порушення зобов'язання у національному законодавстві із правових наслідків постачання цифрового контенту неналежної якості. Відповідно до положень ст. 673 ЦК України, обов'язком продавця є передання покупцеві товару, якість якого відповідає умовам договору. Поширення положень ЦК України щодо якості товарів на цифровий контент за аналогією зумовлює з'ясування двох ключових питань. Першим із них є доцільність покладення на постачальника обов'язку передати цифровий контент визначеної якості у випадку відсутності в договорі відповідних умов, та застосування положень про якість товару до нематеріальних даних, яким виступає цифровий контент. Другим питанням є можливість охоплення положенням про передання цифрового контенту визначеної якості, обов'язку постачальника періодично надавати одержувачу відповідне оновлення з метою підтримання якості цифрового контенту, необхідної для виконання ним основних функцій на період дії договору.



Відповідаючи на поставлені проблемні питання, вважаємо доречним дослідити поняття якості товару. У доктрині під якістю товару розуміється відповідність фактичних і виробничих властивостей, передбачених у законі чи договорі, кількісним та якісним показникам продукції [137, с.211], сукупність властивостей та ознак виробів і процесів, що обумовлюють ступінь їх придатності до використання за призначенням [136, с.9].

Варто відзначити, що вимоги щодо якості товару містяться і у законодавстві у сфері захисту прав споживачів. Так, відповідно до абз.1 ч.1 ст.4 Закону України «Про захист прав споживачів» при укладенні, зміні, виконанні та припиненні договорів щодо отримання та використання продукції, споживачі мають право на її належну якість, під якою розуміється відповідність вимогам, встановленим для цієї категорії продукції у нормативно-правових актах і нормативних документах, та умовах договору із споживачем.

Подібну конструкцію щодо якості предмету договору купівлі-продажу знаходимо і в ЦК України. У випадку відсутності положень про якість товару, національний законодавець покладає на продавця обов'язок передати покупцю товар придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується. А у разі повідомлення покупцем продавця про мету укладення договору, переданий за договором товар вважатиметься відповідної якості, якщо він придатний для використання відповідно до цієї мети.

Враховуючи існування на ринку нематеріальних товарів та послуг цифрового контенту із різними показниками якості, який так чи інакше буде придатним до мети, з якою товари даного виду зазвичай використовується, вважаємо за доцільне впровадити до національного законодавства поняття належної якості цифрового контенту, під яким слід розуміти якість цифрового контенту, що відповідає встановленим міжнародним та національним технічним вимогам для даної категорії товарів, а за відсутності таких вимог, якості такого ж виду товару, що надається іншими постачальниками за аналогічними договорами.

Специфічною рисою зобов'язань за договорами, що опосередковують обіг цифрового контенту є існування взаємозалежності їх виконання постачальником та

використання технічного і програмного забезпечення. У зв'язку із наведеним, істотним видається питання віднесення до передумов належної якості цифрового контенту, його здатність до взаємодії із технічним та програмним забезпеченням одержувача (інтеропераційність цифрового контенту) [22, с.34], та здійснення періодичного оновлення програмного забезпечення, необхідного для його належного функціонування. Адже, відсутність оновлення цифрового контенту зумовлює можливість втрати ним своїх функцій, які існували на момент укладення договору [62, с.311].

Варто відзначити, що сучасне українське законодавство не регулює правових наслідків втрати цифровим контентом свого функціонального призначення через відсутність оновлення програмного забезпечення. Неможливо вирішити зазначену проблему і шляхом застосування аналогії. Єдино можливим варіантом виходу із ситуації є встановлення відповідальності за невиконання постачальником своїх зобов'язань із періодичного оновлення цифрового контенту у договорі.

На рівні ЄС спроба врегулювати підняту проблематику здійснювалась у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу. З одного боку, відповідно до ст. 103 зазначеного акту, цифровий контент не вважається таким, що не відповідає умовам договору, якщо постачальник оприлюднив його оновлену версію. В той же час, згідно із ст. 105 проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу у випадку, якщо цифровий контент, що є предметом договору потребує періодичного оновлення, постачальник повинен надавати одержувачу таке оновлення протягом всього строку дії договору.

Таким чином, європейський законодавець відніс надання відповідного оновлення цифрового контенту до обов'язку постачальника лише у випадку необхідності збереження його функціональності. Погоджуємось із позицією І. Новацької, котра зазначає, що у разі додання постачальником у оновленні цифрового контенту його нових функцій, таке оновлення виходить за межі поняття «періодичного», а отже, його постачання не передбачене умовами існуючого договору [62, с.312].

Підсумовуючи, вважаємо за необхідне доповнити ЦК України ст. 716<sup>7</sup> наступного змісту: «У випадку укладення договору постачання цифрового контенту, функціональність якого безпосередньо пов'язана із його періодичним оновленням, постачальник цифрового контенту зобов'язується надавати одержувачу таке оновлення протягом строку дії договору».

Вищенаведені положення щодо якості не застосовуються, якщо цифровий контент був придбаний за зразком або описом (наприклад, покупцю попередньо було надано демо-версію програмного забезпечення або онлайн-гри). Частина 3 ст. 673 ЦК України, що встановлює стосовно відповідності якості товару, попередньо наданому зразку чи опису, додатково захищатиме очікувані сподівання покупця [219, с.61].

Специфічна правова природа цифрового контенту спричинює появу широкого спектру вимог щодо його якості. На даний момент в доктрині наявна дискусія стосовно дуалістичної відповідальності за договорами про обіг цифрового контенту. Так, на думку П. Стеца, відповідальність за недоліки цифрового контенту можна застосовувати лише до цифрового контенту, який має матеріальну форму вираження та вміщується на матеріальному носію. Недоліком буде вважатись невідповідність самого носія, а також недолік щодо запису цифрових даних (помилка у коді запису інформації на носій). Цифровий контент вважатиметься таким, що не відповідає умовам договору і у випадку, коли цифрові дані не володітимуть заявленими в договорі властивостями [206]. Таку позицію підтримує і Й. Єзьоро, стверджуючи, що відповідальність за недоліки цифрового контенту обмежується до відповідальності за недоліки носія такого контенту, а також поширюється на недоліки пов'язані із використанням цифрового контенту, що надається онлайн [207].

При порушенні зобов'язань щодо якості покупець має право, незалежно від можливості використання товару за призначенням, вимагати від продавця, за своїм вибором:

- пропорційного зменшення ціни;
- безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк;

– відшкодування витрат на усунення недоліків товару.

У ЦК України законодавець диференціює положення про порушення вимог щодо якості товару та положення щодо істотного порушення вимог щодо якості товару. Під істотним порушенням вимог щодо якості товару розуміється виявлення недоліків, які не можна усунути, або усунення яких пов'язане з непропорційними витратами чи затратами часу, та таких, які виявлялися неодноразово чи з'явилися знову після їх усунення. Як наслідок істотного порушення вимог щодо якості товару покупцю надається право відмовитися від договору, і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми, або вимагати заміни товару [37].

Розмірковуючи про відповідальність постачальника за недоліки товару у випадку укладення безвідплатного договору, варто звернутись до розв'язку цієї проблематики на рівні ЄС. Так, у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу закріплено обмеження відповідальності постачальника до зобов'язання відшкодувати шкоду, завдану недоліком цифрового контенту, майну одержувача, в тому числі, якщо така шкода була завдана технічним пристроям (*hardware*), програмному забезпеченню (*software*) та іншим даним, пошкодженим чи знищеним цифровим контентом з недоліком. Варто наголосити, що розмір відшкодуваної шкоди, завданої недоліком цифрового контенту, переданим за безвідплатним договором обмежується величиною фактичної шкоди, та не поширюється на втрачену вигоду.

Таким чином, вважаємо виправданим за відсутності спеціального законодавства у сфері постачання цифрового контенту, з метою встановлення відповідальності сторін за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання у договорах, що мають спільні риси із договором купівлі-продажу, застосовувати за аналогією положення про відповідальність за договором купівлі-продажу. В той же час, варто наголосити, що існуючі у ЦК України норми про відповідальність сторін за порушення зобов'язання у договорах купівлі-продажу є недостатніми для захисту законних інтересів постачальника та одержувача цифрового контенту, а отже – необхідно новелізувати чинне цивільне законодавство, доповнивши його

положеннями про відповідальність за порушення зобов'язання сторін за договорами постачання цифрового контенту.

Окрему увагу щодо відповідальності за порушення договірних зобов'язань з постачання цифрового контенту слід приділити споживчим договорам. Варто відзначити, що спеціальне законодавство у сфері захисту прав споживачів містить поділ товарів неналежної якості на товари з недоліком, та товари з істотним недоліком. Недоліком виступає будь-яка невідповідність продукції вимогам нормативно-правових актів і нормативних документів, умовам договорів або вимогам, що пред'являються до неї, а також інформації про продукцію, надану виробником (виконавцем, продавцем) [186].

Істотним недоліком є недолік, який робить неможливим чи недопустимим використання товару відповідно до його цільового призначення, що виник з вини виробника (продавця, виконавця), а після його усунення проявляється знову з незалежних від споживача причин, і при цьому наділений хоча б однією з нижченаведених ознак:

- він взагалі не може бути усунутий;
- його усунення потребує понад чотирнадцять календарних днів;
- він робить товар суттєво іншим, ніж передбачено договором [186].

Поширюючи положення Закону України «Про захист прав споживачів» на договори постачання цифрового контенту, у разі виявлення недоліку нематеріальних даних споживачу гарантується право вимагати:

- пропорційного зменшення ціни;
- безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк;
- відшкодування витрат на усунення недоліків товару.

У випадку виявлення протягом встановленого гарантійного строку істотних недоліків, які виникли з вини виробника товару (продавця, виконавця), або фальсифікації товару, підтверджених за необхідності висновком експертизи, споживач, в порядку та у строки, що встановлені законодавством і на підставі обов'язкових для сторін правил чи договору, має право за своїм вибором вимагати

від продавця або виробника (у даному випадку від постачальника цифрового контенту):

- розірвання договору та повернення сплаченої за товар грошової суми;
- заміни товару на такий же або на аналогічний, з числа наявних у продавця (виробника), товар.

Дана норма пов'язує появу негативних правових наслідків для постачальника у випадку виникнення істотного недоліку товару з його вини. Враховуючи зазначене, цікавим є з'ясування можливості захисту прав споживача при існуванні істотного недоліку без вини виробника (продавця). Не підлягає сумніву, що передання товару із недоліком є різновидом неналежного виконання зобов'язання. Проте, його правові наслідки засновані на інших підставах ніж ті, що виникають із загальних принципів відповідальності за порушення зобов'язання. Адже, підставою виникнення негативних правових наслідків виступає недолік товару, а не завдана шкода. Конструкція відповідальності за недолік набуває характеру відповідальності продавця незалежно від його вини, а також його поінформованості, а тому, ґрунтується на принципі «ризик». Вищенаведене дає підстави розуміти таку відповідальність як засіб захисту слабшої сторони у зобов'язанні [201].

У даному контексті необхідним видається здійснення порівняння положень ст. 708, що закріплює права покупця у разі продажу йому товару неналежної якості, ст. 678 ЦК України, що визначає правові наслідки передання товару неналежної якості за договором купівлі-продажу із аналогічними нормами передбаченими ст. 8 Закону України «Про захист прав споживачів». Вважаємо необхідним підкреслити, що згідно з положеннями ст. 708 ЦК України у разі виявлення покупцем протягом гарантійного або інших строків, встановлених обов'язковими для сторін правилами чи договором, недоліків, не застережених продавцем, або фальсифікації товару покупець має право за своїм вибором:

- вимагати від продавця або виготовлювача безоплатного усунення недоліків товару або відшкодування витрат, здійснених покупцем чи третьою особою, на їх виправлення;

- вимагати від продавця або виготовлювача заміни товару на аналогічний товар належної якості або на такий самий товар іншої моделі з відповідним перерахунком у разі різниці в ціні;
- вимагати від продавця або виготовлювача відповідного зменшення ціни;
- відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми.

З метою проведення аналізу ефективності захисту прав покупця наведеними положеннями вважаємо необхідним їх співставлення із нормою ст. 678 ЦК України, що визначає правові наслідки передання покупцю товару неналежної якості. Варто відзначити, що положення наведеної статті не ставить можливість задоволення вимог покупця у залежність від його поінформованості продавцем про наявність недоліків товару. Відтак, погоджуємось із О. Єгоричевою, котра зазначає, що покупець за договором роздрібної купівлі-продажу, котрий придбав товар неналежної якості, одержав нижчий ступінь захищеності, ніж покупці за загальними правилами ЦК України, що суперечить принципам споживчого права [244, с.68].

Окрім того, порівнюючи наведені положення із нормою ст. 8 Закону України «Про захист прав споживачів», відзначимо, що наслідком виявлення недоліку споживачем протягом гарантійного строку буде право вимагати:

- пропорційного зменшення ціни;
- безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк;
- відшкодування витрат на усунення недоліків товару.

А у випадку виявлення протягом встановленого гарантійного строку істотних недоліків, які виникли з вини виробника товару (продавця, виконавця), або фальсифікації товару, підтверджених за необхідності висновком експертизи, споживач, в порядку та у строки, що встановлені законодавством і на підставі обов'язкових для сторін правил чи договору, має право за своїм вибором вимагати від продавця або виробника:

- розірвання договору та повернення сплаченої за товар грошової суми;
- вимагати заміни товару на такий же товар або на аналогічний, з числа наявних у продавця (виробника), товар.

Таким чином, Закон України «Про захист прав споживачів» встановлює право споживача на звернення з однією із перерахованих вимог у залежності від істотності недоліку товару, що відповідає положенням ст. 678 ЦК України, але суперечить положенням ст. 708 ЦК України.

Окрім цього, підтримуємо критичні зауваження дослідників щодо неефективності правового регулювання відповідальності продавця за недоліки товару, адже ні ЦК України, ні Закон України «Про захист прав споживачів» не закріплюють право покупця товару неналежної якості на відшкодування збитків завданих таким товаром [245, с.38; 246, с.61].

Наявність прогалин у національному законодавстві щодо відповідальності продавця за недоліки цифрового контенту підтверджується і судовою практикою. Так, з аналізу Рішення Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області у справі № 182/4189/19 від 19.06.2020 [247] випливає, що позивачу за договором купівлі-продажу було передано термінал *Apple iPhone 7 plus 128GB Rose*, апаратне забезпечення якого (тут – цифровий контент) систематично не виконувало очікуваних функцій. При цьому, відповідачем було відмовлено позивачу у вимозі розірвання договору купівлі-продажу, та аргументовано, що пристрій не містить істотного недоліку, а отже, позивач не може вимагати застосування правових наслідків наявності істотного недоліку – розірвання договору.

Відсутність правового регулювання відповідальності за передання цифрового контенту, чи товарів із цифровими елементами, що містять недоліки у програмному забезпеченні значно послаблює можливий захист прав цифрового споживача, а отже, необхідною є новелізація цивільного законодавства, шляхом його доповнення положенням про відповідальність за передання цифрового контенту неналежної якості.

Варто зазначити, що положення про відповідальність як за договорами купівлі-продажу, так і за споживчими договорами, не визначають особливостей відповідальності за невиконання, чи неналежне виконання зобов'язання, пов'язаного із істотою цифрового контенту (надання персональних та інших даних,



невідповідність цифрового контенту, викликана відсутністю його оновлення та інше).

Враховуючи специфіку цифрового контенту як об'єкта з комбінованою правовою природою, та відсутність у національному законодавстві визначення як поняття, так і договірної конструкції його обігу, вважаємо доцільним здійснити аналіз відповідальності сторін за порушення договірних зобов'язань постачання цифрового контенту шляхом застосування за аналогією положень Глави 58 ЦК України про договори найму (оренди). До договорів постачання цифрового контенту, що мають подібну до найму конструкцію відносимо правочини, на підставі яких одержувачу на певний строк за плату надається місце для зберігання електронних файлів у хмарному сховищі даних, доступу до користування електронними книгами, музичними та аудіовізуальними файлами в режимі он-лайн та інші.

Аналізуючи правове регулювання договору найму (оренди), що міститься в ЦК України простежуємо ряд спільних рис відповідальності наймодавця та продавця у договірних правовідносинах, предметом яких виступає цифровий контент. Так, наймодавець несе відповідальність за своєчасну передачу цифрового контенту наймачеві (негайно, або у строк встановлений в договорі). У наведеному випадку передачею цифрового контенту можна вважати надання наймачу доступу до його використання. У разі порушення наведеного зобов'язання, наймачу надається право:

- вимагати від наймодавця передання цифрового контенту і відшкодування збитків, завданих затримкою, або
- відмовитися від договору найму, і вимагати відшкодування завданих йому збитків.

Національний законодавець у ст. 767 ЦК України встановлює вимоги щодо якості речі, переданої в найм. Так, наймодавець зобов'язаний передати наймачеві річ у комплекті і у стані, що відповідають умовам договору найму та її призначенню, та попередити наймача про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі, і які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна наймача

або інших осіб, або призвести до пошкодження самої речі під час користування нею. Застосування положення зазначеної статті, за аналогією, до договірних відносин хостингу сприятиме захисту прав одержувача у випадку знищення чи пошкодження його цифрового контенту, що генерувався, використовувався та зберігався на сервері постачальника. Проте, відкритим залишається питання притягнення до відповідальності постачальника цифрового контенту у випадку поширення у мережі Інтернет особистих файлів одержувача, що були розміщені в хмарному сховищі даних постачальника [213, с.140]. При виникненні наведеної ситуації, вважаємо єдиним можливим виходом для одержувача цифрового контенту – апелювати про застосування за аналогією ст. 768 ЦК України, а як наслідок, притягнути постачальника до відповідальності за порушення зобов'язання із гарантії якості речі переданої у найм. Варто відзначити, що ефективність застосування наведеного положення обумовлюється двома основними факторами: по-перше, притягнення постачальника цифрового контенту до відповідальності на підставі ст. 768 ЦК України можливе лише у випадку, коли в умовах договору, чи у законодавчих положеннях, постачальник гарантував якість речі протягом усього строку дії договору. По-друге, застосування за аналогією правового режиму речі до постачання цифрового контенту потребує постійного обґрунтування. Підсумовуючи, зазначимо, що у разі поширення у мережі Інтернет даних, що зберігались відповідно до умов договору постачання цифрового контенту на сервері постачальника одержувач, за відсутності спеціального законодавства у сфері постачання цифрового контенту, залишається абсолютно незахищеним.

Таку ж відповідальність, за аналогією, можна застосувати і при наймі програмного забезпечення, що з часом, значно меншим ніж обумовлено у договорі, втратило свою функціональність, і призвело до псування електронного пристрою одержувача цифрового контенту. У зазначених випадках ст. 768 ЦК України надаватиме наймачу право вимагати від постачальника:

- заміни цифрового контенту, якщо це можливо;
- відповідного зменшення розміру плати за користування контентом;

– безоплатного усунення недоліків цифрового контенту або відшкодування витрат на їх усунення;

– розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому завдані.

Аналізуючи можливість застосування положення про заміну цифрового контенту постачальником у випадку його несправності, що привела до пошкодження чи поширення файлів одержувача у мережі Інтернет, вважаємо даний спосіб захисту не здатним відновити договірну рівність сторін, порушену постачальником, а отже, не достатнім для захисту прав одержувача.

У рамках проведеного дослідження варто звернути увагу і на п. 3 ст. 767 ЦК України, що зобов'язує наймача перевірити справність речі. Така норма, на перший погляд повинна захищати права як наймодавця, так і наймача, проте, у випадку договорів найму цифрового контенту, зважаючи на змішану правову природу останнього, можливість проведення такого виду перевірки «у присутності наймодавця» видається надміру обтяжливою для одержувача цифрового контенту, та, не сприяє захисту рівності сторін у цивільно-правових відносинах.

Другим способом відновлення порушених прав, спричинених невідповідністю цифрового контенту умовам договору, закріпленим ст. 768 ЦК України є зменшення розміру плати за його користування. У літературі зазначається, що зменшення розміру плати за користування об'єктом відносин найму застосовується пропорційно протягом періоду існування недоліку, а у випадку не усунення його наймодавцем – протягом строку дії договору. При цьому, наймодавець відповідає за недоліки переданого майна незалежно від моменту їх виникнення: до укладення договору, чи протягом його дії, за винятком ситуацій, коли такий недолік був спричинений діями наймача [36, с.489].

Варто наголосити, що одержувач, у випадку існування недоліку цифрового контенту може на свій розсуд обрати спосіб захисту порушеного права. При цьому, чинне цивільне законодавство не покладає на одержувача додаткового обов'язку повідомлення про недоліки цифрового контенту із вимогою їх усунення у встановлений строк, перш ніж розірвати договір.

Дуалістичність правової природи цифрового контенту полягає у його можливості виступати об'єктом речового права та права інтелектуальної власності. Саме тому, доцільно приділити особливу увагу захисту авторських прав особи, яка своєю творчою працею створила твір [173]. Особи можуть в подальшому використовувати твір, що виражений у формі цифрового контенту (комп'ютерна програма, аудіо, аудіовізуальний твір, електронна книга, тощо), а також надавати його у користування іншим особам, у випадку укладення договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, серед яких: ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності, ліцензійний договір, договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, інший договір щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності [8].

На нашу думку, у контексті даного дослідження, варто приділити увагу лише положенням ст. 34 Закону України «Про авторське право та суміжні права», що встановлює відповідальність за невиконання авторського договору. Дана норма закріплює зобов'язання сторони, котра не виконала або неналежним чином виконала умови авторського договору, відшкодувати іншій стороні всі збитки, в тому числі упущену вигоду.

Проте, на практиці, в більшості випадків, стороною договору за яким здійснюється обіг цифрового контенту виступає не автор, а особа, котра первинно отримала дозвіл на використання майнових авторських прав на цифровий контент [10]. Тобто особа, що стала замовником наступного договору, за яким здійснюється обіг цифрового контенту, може пред'явити претензії лише на засадах цивільно-правової відповідальності до виконавця договору, а не спеціальної відповідальності автора, що базується на загальному принципі відповідальності на підставі вини [113].

Проведений аналіз можливості застосування за аналогією до договірних відносин з обігу цифрового контенту положень про невиконання чи неналежне

виконання зобов'язань сторін за договорами купівлі-продажу, найму дозволяє сформулювати наступні висновки.

Відповідальність сторін, що виникає на підставі Глави 51 ЦК України, та, серед іншого, дає право на односторонню відмову від зобов'язання, можна застосувати лише у випадку, коли сторони уклали відплатний договір постачання цифрового контенту.

Дещо проблемним виявилось необмежене застосування положень, що регулюють купівлю-продаж до правовідносин обігу цифрового контенту. Перш за все це пов'язується із характерним для купівлі-продажу переданням речі у власність покупцю, що у випадку із цифровим контентом практично не застосовуються. Проблемою залишаються специфічні вимоги щодо якості цифрового контенту, що може неоднозначно трактуватись, і застосовуватись лише до матеріальних носіїв, на яких розміщується цифровий контент.

У випадку реалізації законодавства про захист прав споживачів до правовідносин із обігу цифрового контенту утрудненим видається спосіб захисту прав споживача цифрового контенту в контексті доведення вини постачальника у виникненні недоліків або істотних недоліків цифрового контенту.

Конструкція відповідальності наймодавця у договорах найму (оренди) цифрового контенту є доволі подібною із конструкцією відповідальності продавця у договорах купівлі-продажу. Проте, неоднозначним та практично неможливим є застосування положення, що зобов'язує наймача перевірити якість цифрового контенту у момент його отримання, та виключення на цій підставі відповідальності наймодавця.

З огляду на поширення авторського права на цифровий контент, на підставі Закону України «Про авторське право і суміжні права» до автора можна застосувати відповідальність за невідповідність цифрового контенту виключно у випадку укладення авторського договору.

З урахуванням вищенаведеного резюмуємо, що відсутність чіткого нормативного регулювання відповідальності за договорами постачання цифрового

контенту в Україні породжує проблемність у практичному виборі способів захисту порушених прав.

### **3.2. Відповідальність за невиконання чи неналежне виконання договірних зобов'язань у сфері обігу цифрового контенту в актах ЄС**

Підписавши угоду про асоціацію, Україна визнала важливість наближення чинного законодавства до права ЄС та взяла на себе зобов'язання забезпечити поступове приведення свого законодавства у відповідність до *acquis* ЄС.

Враховуючи наведене, перед національним законодавцем постає складне завдання – розробити та запровадити ефективні уніфіковані регулятивні норми для цифрового ринку, на якому здійснюється обіг нематеріальних товарів та послуг. Одним із ключових етапів приведення українського законодавства до *acquis* ЄС у сфері обігу цифрового контенту є ґрунтовний аналіз норм, що закріплюють відповідальність сторін у випадку невиконання чи неналежного виконання ними договірних зобов'язань. Зазначені норми містяться у: проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, Директиві 2019/771 про договори купівлі-продажу.

Варто відзначити, що прийняті 20 травня 2019 р. наведені директиви є актами, що закріплюють максимальний рівень гармонізації, в тому числі щодо положень про відповідальність за невиконання чи неналежне виконання сторонами своїх зобов'язань. Це означає, що під час їх імплементації, котра повинна відбутись до 1 липня 2021 року, держави-члени ЄС не зможуть на власний розсуд у національному законодавстві закріпити ані суворішу, ані м'якшу форму відповідальності, а лише зобов'язуються впровадити до законодавчого масиву норми ідентичні положенням директив у розрізі відповідальності сторін у договорах, за якими здійснюється обіг цифрового контенту [55; 24].

Правову характеристику відповідальності сторін за досліджуваними договорами вважаємо за необхідне розпочати із аналізу відповідальності постачальника. Так, згідно з ст. 10 проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, постачальник відповідає за:

- невиконання зобов'язання із постачання товарів і послуг, що виступають цифровим контентом;
- будь-яку невідповідність цифрового контенту умовам договору, що існує в момент його отримання;
- у випадку, якщо згідно з умовами договору цифровий контент повинен надаватись одержувачу протягом певного періоду – за кожен невідповідність цифрового контенту умовам договору протягом усього часу його постачання.

Аналізуючи наведене, варто відзначити, що межі відповідальності постачальника є доволі широкими. Так, у проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту закріплюється принцип недопустимості обмеження відповідальності постачальника, подібний до того, що міститься у ст. 36 Конвенції Організації Об'єднаних націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року, відповідно до якої продавець несе відповідальність за будь-яку невідповідність товару, яка існує в момент переходу ризику на покупця, включаючи випадки виявлення такої невідповідності значно пізніше. Окрім того, згадана стаття закріплює відповідальність продавця за будь-яку невідповідність товару, яка виникає після моменту переходу ризику на покупця, і є наслідком порушення продавцем свого зобов'язання, включаючи недотримання гарантії того, що протягом визначеного строку товар залишатиметься придатним для визначених цілей, або зберігатиме обумовлені якості чи властивості [144; 80, с.121].

Норми Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг також закріплюють широкий підхід до визначення відповідальності постачальника. Так, згідно з положеннями ст. 11, враховуючи ст. 5, постачальник цифрового контенту відповідає за невиконання власного зобов'язання у випадку неотримання на персональній технічній пристрій одержувачем або платформою, вказаною одержувачем в умовах договору, цифрового контенту.

Доцільно зауважити, що саме у положеннях Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг найбільш повно у порівнянні з попередніми актами закріплена концепція відповідальності постачальника. Так, якщо у ст. 10 проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту містилось положення, що передбачає відповідальність постачальника за невиконання зобов'язання із постачання цифрового контенту, то Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг розширює дане поняття, закріплюючи детальний перелік обов'язків та відповідальність за їх невиконання, а також вирізняє невиконання та неналежне виконання зобов'язання постачальника.

Невиконання зобов'язання постачальника за договором постачання цифрового контенту полягає у нездійсненні постачальником жодної з передбачених дій, в той час як неналежним виконанням зобов'язань є недопостачання, прострочення постачання цифрового контенту, постачання цифрового контенту неналежної якості.

Розкриваючи зміст невиконання зобов'язання із постачання цифрового контенту, варто наголосити, що європейський законодавець для характеристики цього інституту використовує термін «*failure to supply*», під яким розуміє повне невиконання зобов'язань постачальника за умовами договору, наслідком якого є неотримання цифрового контенту одержувачем, або постачання цифрового контенту іншій особі, яка не є стороною договору, та не вказана одержувачем як уповноважена на отримання цифрового контенту третя особа.

У контексті аналізу порушення договірних зобов'язань постачальником цифрового контенту необхідно з'ясувати правові наслідки передання цифрових даних, інших ніж передбачені умовами договору. Наприклад, замість надання програмного забезпечення версії 2020 року, одержувачу передано версію 2018 року, або при завантаженні відео-файлу на платформі, що уможливорює доступ до перегляду фільмів, він надається до аудіовізуального твору, іншого ніж зазначено одержувачем. Відповідно до ст. 6 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг на постачальника покладається обов'язок передати одержувачу цифровий контент, визначений умовами договору. Варто



відзначити, що на відміну від попереднього проекту, директива містить розширений каталог ознак встановлення відповідності цифрового контенту. Так, як попередньо згадувалось у підрозділі 2.2. даної роботи, переданий цифровий контент є належної якості, якщо відповідає об'єктивним та суб'єктивним критеріям відповідності, закріпленим ст. 7, 8 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг. Додатково зазначена директива містить критерій відповідності цифрового контенту – критерій інтегральності, який обумовлює відповідальність постачальника за несумісність цифрового контенту із апаратним чи програмним забезпеченням одержувача, що унеможлиблює включення цифрових даних до такого забезпечення, та їх використання відповідно до умов договору. При цьому, постачальник відповідає за порушення критерію інтегральності, що привело до невідповідності цифрового контенту умовам договору у випадку: а) якщо сумісність програмного та апаратного забезпечення одержувача та цифрового контенту, котрий постачається на підставі укладеного договору забезпечується постачальником, або під його відповідальність; б) якщо цифровий контент було інстальовано одержувачем, відповідно до наданих постачальником інструкцій, а несумісність цифрового контенту із апаратним чи програмним забезпеченням, спричинена помилками у інструкції. Враховуючи те, що у наведеному прикладі постачальником все-таки було передано цифрові дані одержувачу, європейський законодавець відносить таке постачання до неналежного виконання зобов'язання, з огляду на невідповідність цифрового контенту об'єктивним вимогам договору.

Передача цифрового контенту, що повністю не відповідає умовам договору варто охарактеризувати як невиконання зобов'язання постачальника, адже, одержаний цифровий контент містить істотний недолік, унеможливлюючий його використання відповідно до цілей одержувача. У цьому випадку, вважаємо доцільним надати одержувачу право вимагати постачання цифрового контенту належної якості у визначений строк, або відмовитись від договору.

Положення нової Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг чітко визначають правові наслідки невиконання постачальником своїх договірних зобов'язань. Так, відповідно до ст. 13 одержувач

цифрового контенту має право звернутись до постачальника з вимогою надати цифровий контент, якщо після укладення договору цього відразу не відбулось. У випадку відмови постачальника передати визначений цифровий контент негайно після звернення, або у строк узгоджений сторонами додатково, одержувач має право розірвати договір. Зазначену правомочність одержувач реалізовує без необхідності вчинення додаткових попередніх дій, якщо про неможливість виконання власного зобов'язання повідомляє сам постачальник, або вона впливає із додаткових обставин.

Ще однією передумовою розірвання договору одержувачем без попереднього звернення до постачальника є погодження сторонами терміну постачання цифрового контенту, або будь-яке інше повідомлення постачальника перед, або в момент укладення договору, про те, що отримання цифрового контенту у визначений термін має істотне значення для одержувача. При цьому, для розірвання договору, одержувач, згідно зі положеннями ст. 15 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, повинен надіслати постачальнику повідомлення про відмову від договору. Одержавши його, постачальник зобов'язується повернути сплачену за умовами договору ціну. Варто наголосити, що у випадку укладення строкової угоди, на підставі якої здійснювалось постачання цифрового контенту протягом визначеного періоду, на постачальника покладається обов'язок повернути одержувачу суму грошових коштів пропорційну кількості недоотриманого цифрового контенту.

Окрім того, відповідно до ч. 2 ст. 15 згаданої директиви постачальник зобов'язується припинити будь-яке використання переданих за договором персональних даних одержувача, окрім випадків коли такі дані: не можуть бути відділені та використані окремо від цифрового контенту, що постачався одержувачу; містять у собі лише інформацію про використання цифрового контенту одержувачем (в тому числі щодо часу використання такого контенту, способу під'єднання до мережі та ін.); накопичені дані нерозривно поєднані із цифровим контентом постачальника у спосіб, що зумовлює неможливість їх відділення, або таке відділення тягне за собою непропорційно великі витрати, порівняно із вартістю

накопичених даних; персональні дані згенеровано під час спільного використання цифрового контенту з іншими одержувачами, постачання цифрового контенту яким не припинено.

Вважаємо за необхідне звернути особливу увагу на правові наслідки невиконання постачальником свого зобов'язання із постачання цифрового контенту, що міститься на матеріальному носію інформації.

Закріплюючи у ст. 3 відповідне застосування положень Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг до цифрового контенту, що постачається на матеріальному носію інформації, європейський законодавець виключає можливість одержувача розірвати договір, у випадку невиконання постачальником своїх зобов'язань. Так, відповідно до п. 20 преамбули вказаної директиви, правові наслідки невиконання постачальником свого обов'язку надати одержувачу цифровий контент вміщений на матеріальному носію інформації, регулюватимуться положеннями Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів у розрізі відповідальності постачальника за невиконання зобов'язання із передачі товару. Окрім того, на зобов'язання із постачання цифрового контенту вміщеного на матеріальному носію інформації поширюються й положення наведеної директиви, зокрема щодо підстав та правових наслідків розірвання договору за умовами якого такий контент повинен передаватись.

У досліджуваному контексті варто відзначити суміжність норм проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту та проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу. Так, у ст. 110 даного акту європейським законодавцем передбачено право одержувача цифрового контенту висунути постачальнику вимогу про виконання зобов'язання. У доктрині підкреслюється, що такий підхід є виправданим у світлі гармонізації різноманітних правових традицій країн-членів ЄС, які закріплюють відмінні підходи до визначення правових наслідків невиконання зобов'язання [9, с.504]. Проте, зазначені норми не знайшли свого відображення у нових директивах. Так, прийняті Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг та Директива 2019/771 про договори купівлі-продажу містять приписи, що виключають

їх поширення на правовідносини постачання цифрового контенту на матеріальному носію інформації, за винятком, коли вони служать виключно для зберігання цифрового контенту.

Національне законодавство у сфері обігу нематеріальними даними переживає епоху становлення. Саме тому, першочерговим завданням національної доктрини є розроблення ефективних норм регулювання цифрового ринку. Варто наголосити, що євроінтеграційний курс України має безпосередній вплив на вектор розвитку національного законодавства, його формування у світлі адаптації із чинними положеннями як первинного, так і вторинного права ЄС.

Враховуючи наведене, на підставі обґрунтування необхідності розробки правового регулювання відносин постачання цифрового контенту, вважаємо доцільним внести зміни до ЦК України, доповнивши його ст. 716<sup>5</sup>, яка б встановлювала обов'язки постачальника із надання цифрового контенту, та ст. 716<sup>6</sup>, яка б визначала правові наслідки невиконання зобов'язання постачальника щодо надання цифрового контенту, наступного змісту. Стаття 716<sup>5</sup> «Обов'язки постачальника із надання цифрового контенту»: «1. Постачальник зобов'язується надати одержувачу цифровий контент, або забезпечити негайний доступ до нього, після укладення договору, якщо інше не передбачено в договорі або законі. 2. Зобов'язання постачальника вважається виконаним у випадку надання одержувачу або вказаному ним віртуальному серверу, чи матеріальному пристрою, невідконтрольному постачальнику, доступу до цифрового контенту». Стаття 716<sup>6</sup> «Правові наслідки невиконання зобов'язання постачальника щодо надання цифрового контенту»: «1. У випадку невиконання постачальником зобов'язання із надання цифрового контенту, одержувач має право звернутись до постачальника з вимогою забезпечити негайний доступ до такого контенту, а у разі відсутності його надання у визначений строк – відмовитись від договору, і вимагати повернення сплаченої грошової суми, та припинення будь-якого використання персональних даних».

Продовжуючи аналіз особливостей відповідальності постачальника цифрового контенту, вважаємо доцільним приділити увагу дослідженню правових наслідків неналежного виконання ним своїх зобов'язань.

Так, ч. 2 ст. 11 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг закріплює відповідальність постачальника за неналежне виконання зобов'язання. При цьому, норма встановлює, що постачальник несе відповідальність за невідповідність цифрового контенту умовам договору, яка існує на момент його передання одержувачу.

Таким чином, аналізуючи положення директиви, доходимо висновку, що під неналежним виконанням зобов'язання із постачання цифрового контенту європейський законодавець розуміє передання одержувачу цифрового контенту, котрий не відповідає умовам договору за критеріями об'єктивної, суб'єктивної відповідності та інтегральності, детальний розгляд яких здійснено в підрозділі 3.1. даного дисертаційного дослідження.

Окрім встановлення змісту неналежного виконання зобов'язання із постачання цифрового контенту, особливої уваги потребує з'ясування моменту передання цифрових даних, який є вирішальним для визначення відповідності цифрового контенту умовам договору. Згідно з положеннями європейської доктрини, таким моментом слід вважати час фактичного постачання цифрового контенту, чи, зважаючи на цифровий характер його здійснення – момент отримання даних одержувачем, або фізичним чи віртуальним об'єктом (платформою), вказаною в умовах договору як місце здійснення постачання цифрового контенту [62, с.354; 5, с.6].

Варто відзначити, що визначення моменту постачання цифрових даних у зазначеній директиві суттєво відрізняється від підходу, закріпленого у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу. Так, відповідно до його ст. 105, моментом встановлення відповідності цифрового контенту умовам укладеного договору є перехід ризику випадкового знищення чи пошкодження товару на одержувача. При цьому, законодавець визначає, що будь-яка невідповідність цифрового контенту, що проявилась протягом 6 місяців з моменту

переходу усіх ризиків на покупця вважається такою, що існувала при укладенні договору.

У той же час, відповідальність постачальника за неналежне виконання зобов'язання у Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг відрізняється від закріпленого у проєкті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу. Перш за все, новим є положення про тягар доказування відповідності цифрового контенту на момент його постачання умовам договору, згідно з яким на постачальника покладається обов'язок доведення факту отримання одержувачем цифрового контенту, що цілком відповідає умовам укладеної угоди [86, с.203]. Варто відзначити, що нова Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг містить обмеження щодо строку тривалістю в один рік з моменту постачання цифрового контенту, протягом якого тягар доведення відповідності цифрового контенту умовам договору покладається на постачальника.

Порівнюючи закріплені у директиві положення щодо презумпції винуватості постачальника та строків пред'явлення вимоги у зв'язку із недоліком цифрового контенту із національним законодавством, вважаємо доцільним проаналізувати положення ч. 2 ст. 680 ЦК України, відповідно до якого за відсутності встановлення гарантійного строку, або строку придатності на товар, вимога у зв'язку з його недоліками може бути пред'явлена покупцем за умови, що вони були виявлені протягом розумного строку, але в межах двох років від дня передання товару покупцеві, якщо договором або законом не встановлений більший строк, а у випадку встановлення гарантійного строку – покупець має право пред'явити вимогу у зв'язку з недоліками товару, які були виявлені протягом цього строку.

З аналізу наведеної норми випливає, що у разі виявлення протягом двох років з моменту постачання цифрового контенту його недоліку національний одержувач має право пред'явити постачальнику вимогу, що гарантує такому одержувачу значно більшу охорону на підставі чинного законодавства, аніж наведена в директиві. Проте, з даною тезою важко погодитись, адже ЦК України покладає на одержувача товару (цифрових даних) обов'язок доведення, що недоліки товару

виникли до передання його покупцеві, або з причин котрі існували до цього моменту.

Таким чином, національна норма не захищає одержувача цифрового контенту від збою роботи програмного забезпечення, його несумісності із подальшими оновленнями, відсутності надання зазначених оновлень протягом строку дії договору, що унеможлиблює подальшу ефективну експлуатацію цифрового контенту та інше. Неефективність національного законодавства породжує договірну нерівність сторін та незахищеність українських одержувачів цифрового контенту. Тому, вважаємо за необхідне внести зміни до ЦК України доповнивши його ст. 716<sup>8</sup>, що встановлюватиме відповідальність постачальника цифрового контенту за неналежне виконання зобов'язання, наступного змісту: «1. Постачальник цифрового контенту відповідає за недопоставку цифрового контенту та усі його недоліки, що виявилися при отриманні одержувачем цифрового контенту. 2. Якщо постачання цифрового контенту має триваючий характер, постачальник відповідає за недоліки цифрового контенту, що виявилися у будь-який момент протягом строку дії договору».

У випадку укладення строкових договорів постачання цифрового контенту на підставі яких постачальник надає одержувачу постійний, безперебійний доступ до цифрових даних, момент, що характеризуватиме відповідність цифрового контенту умовам договору суттєво відрізнятиметься від моменту визначення такої відповідності при одноразовому постачанні. Так, згідно з ч.3 ст.11 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг постачальник відповідає за кожну виявлену невідповідність цифрового контенту умовам укладеного договору, що виникла протягом строку його дії.

Варто зазначити, що тягар доведення відповідності цифрового контенту умовам договору у даному випадку також покладається на постачальника протягом усього строку дії договору. При цьому, європейський законодавець закріплює додаткову охорону прав одержувача, шляхом встановлення в ч. 2 ст. 11 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг заборони обмеження строку позовної давності стосовно вимог про відшкодування шкоди у

зв'язку із неналежним виконанням постачальником своїх зобов'язань. Так, одержувач має право на звернення за захистом своїх порушених прав протягом 2 років з моменту закінчення строку дії договору, або виявлення недоліків.

Аналізуючи відповідність чинного національного законодавства положенням зазначеної директиви, слід відзначити, що до вимог у зв'язку із недоліками проданого товару відповідно до ст. 681 ЦК України встановлюється спеціальний строк позовної давності в один рік, що обчислюється від дня виявлення недоліків у межах встановлених ст. 680 ЦК України строків, а якщо на товар поширюється гарантія – від дня виявлення недоліків у межах гарантійного строку.

Що стосується строку виявлення недоліків та пред'явлення відповідної вимоги – національне законодавство встановлює право покупця пред'явити вимогу у зв'язку із недоліками товару, що були виявлені протягом розумного строку, але в межах двох років від дня передання товару покупцеві, якщо договором або законом не встановлений більший строк (ч. 2 ст. 680).

Зважаючи на те, що наведена норма ЦК України відповідає вимогам директиви та спрямована на максимальний захист прав покупця, та з метою чіткості у регулюванні договірних відносин постачання цифрового контенту, вважаємо за необхідне внести зміни до ч. 2 ст. 258 ЦК України, доповнивши її п. 9 наступного змісту: «9) у зв'язку із недоліками цифрового контенту»; та доповнити ЦК України ст. 262<sup>1</sup> «1. Позовна давність, що застосовується до вимог у зв'язку з недоліками цифрового контенту» наступного змісту: «1. До вимог у зв'язку з недоліками цифрового контенту застосовується позовна давність в один рік, яка обчислюється від дня виявлення недоліків протягом розумного строку, але в межах двох років від дня передання цифрового контенту покупцеві, якщо договором або законом не встановлений більший строк. 2. У випадку встановлення гарантійного строку на цифровий контент – від дня виявлення недоліків у межах гарантійного строку».

Невідповідність переданого цифрового контенту умовам укладеного договору зумовлює право одержувача застосувати визначені в Директиві 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг заходи, спрямовані на відновлення договірної рівноваги [223, с.529].



Варто відзначити, що наведена директива містить певну ієрархію контрзаходів, застосування яких спрямоване на відновлення договірної рівності сторін. Вважаємо доцільним розпочати їх аналіз із дослідження первинного зобов'язання постачальника (*first step remedy*) щодо усунення недоліків цифрового контенту. Відповідно до ч. 2 ст. 14 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг одержувач, у випадку виявлення недоліків цифрового контенту, має право звернутись до постачальника з вимогою їх безоплатного усунення. Проте, звернення одержувача до постачальника з такою вимогою не означає, що вона підлягає задоволенню. Так, положення Директиви містять перелік винятків, згідно із якими вимога щодо усунення недоліків цифрового контенту не може бути задоволеною у випадку, коли усунення недоліків є неможливим, або тягне за собою неспівмірні витрати. При цьому, постачальник може відмовитись від виконання зобов'язання із усунення недоліків, якщо вартість відповідного умовам договору цифрового контенту є нижчою за витрати спрямовані на усунення недоліків, або недолік цифрового контенту жодним чином не впливає на виконання ним функцій, визначених в умовах договору.

У випадку виникнення обставин, котрі виключають можливість реалізації вимоги щодо усунення недоліків, одержувач цифрового контенту має право використати засоби правового захисту «другого ступеня» (*second step remedy*) до яких згідно з ч. 4 ст. 14 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, відносяться пропорційне зменшення ціни договору, або його розірвання. При цьому, одержувач може скористатись наданим правом за умови: 1) якщо недоліки цифрового контенту неможливо усунути, або їх усунення пов'язане із надмірними витратами; 2) після пред'явлення вимоги про приведення цифрового контенту у відповідність умовам договору постачальник не усунув недоліки у встановлений строк; 3) не зважаючи на вжиті постачальником заходи щодо усунення недоліку, цифровий контент і надалі не відповідає умовам договору; 4) переданий цифровий контент містить істотний недолік, наявність якого уможлиблює негайне зменшення ціни договору чи його розірвання; 5) постачальник

повідомив одержувача про невиконання свого обов'язку усунути недоліки цифрового контенту.

Варто зауважити, що зазначений перелік підстав розірвання договору не є новим для європейського законодавства. Так, з аналізу наведено положення впливає, що при його формулюванні законодавець відійшов від принципів, закріплених у проекті Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу та Директиві 2011/83/ЄС про права споживачів, натомість, чинні положення співзвучні з нормами Директиви Європейського Парламенту і Ради 1999/44/ЄС про деякі аспекти купівлі-продажу споживчих товарів та пов'язаних із цим гарантій від 25.05.1999 р. Так, згідно з її положеннями, у випадку невідповідності переданого товару умовам договору, споживач має право його розірвати за умови, якщо: недоліки переданого товару неможливо усунути, а сам товар, враховуючи його індивідуальні властивості неможливо замінити; продавець не усунув недоліки товару в розумний строк; усунення недоліків товару продавцем зумовлює додаткові незручності для споживача.

Важливим видається встановлення строку, протягом якого постачальник цифрового контенту повинен усунути виявлені недоліки. Так, відповідно до положень ст. 14 директиви постачальник зобов'язується вжити заходів спрямованих на приведення цифрового контенту у відповідність із умовами договору протягом розумного строку з моменту отримання ним інформації про недоліки цифрового контенту.

Варто відзначити, що проект Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту містить інтерпретаційну норму, котра вказує на необхідність при визначенні терміну розумний строк враховувати особливість цифрового контенту як предмету договірних зобов'язань, та мету його використання одержувачем. Встановлюючи загальну мету використання цифрового контенту, постачальник не зобов'язаний з'ясовувати конкретну ціль, для досягнення якої одержувач уклав договір постачання цифрового контенту, а лише врахувати загальні способи використання цифрового контенту такого виду [62, с.362]. Проте, якщо одержувач проінформував постачальника про визначену мету договору найпізніше в

момент його укладення – нова Директива 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг покладає на постачальника обов'язок надати цифровий контент, придатний для цілей, вказаних одержувачем.

Порівнюючи передбачені у актах ЄС правові наслідки передання цифрового контенту із недоліками, відзначимо, що національне цивільне законодавство не встановлює ієрархії можливих вимог одержувача. Так, відповідно до ст. 678 ЦК України у випадку передання товару неналежної якості, покупець має право, незалежно від можливості використання товару за призначенням, вимагати від продавця за своїм вибором: пропорційного зменшення ціни; безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк; відшкодування витрат на усунення недоліків товару. А у випадку виявлення істотного порушення вимог щодо якості товару покупець має право за своїм вибором: відмовитися від договору і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми; вимагати заміни товару. При цьому, для визначення відповідного способу захисту порушеного права покупця на отримання товару належної якості, законодавець закріплює поняття істотного недоліку, як недоліку, який не можна усунути, усунення якого пов'язане з непропорційними витратами або затратами часу, який виявлявся неодноразово чи з'являвся знову після його усунення. Вважаємо поділ товарів неналежної якості на товари з недоліками та істотними недоліками, та правові наслідки їх виявлення у національному законодавстві такими, що відповідають основним положенням Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг. Так, поширивши за аналогією положення ст. 678 ЦК України на правові наслідки постачання цифрових даних неналежної якості, одержувач цифрового контенту у разі виявлення його невідповідності умовам договору, матиме право вимагати усунення недоліків, а у випадку неможливості їх усунення – розірвати договір.

Таким чином, як національне законодавство, так і нормативні акти ЄС закріплюють ключову ідею – спрямувати усі засоби захисту порушених договірних зобов'язань у спосіб, що дозволяє максимально мінімізувати зазначені порушення,

досягнути договірної рівності та виконати зобов'язання, і лише у випадку неможливості такого виконання – розірвати договір.

У випадку передання одержувачу цифрового контенту неналежної якості, на підставі ст. 14 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг постачальник має право відмовитись від правомірної вимоги одержувача усунути недоліки цифрового контенту в розумний строк та розірвати договір, якщо: усунення недоліку є неможливим, або пов'язане з непропорційними витратами. У свою чергу конструкція національної норми, що встановлює правові наслідки передання товару неналежної якості є доволі подібною. Так, з аналізу положень ст. 678 ЦК України випливає, що вимога покупця усунути недоліки переданого товару не підлягає задоволенню, а як наслідок договір може бути розірвано, якщо товар містить недоліки, котрі неможливо усунути, або усунення яких пов'язане з непропорційними витратами чи затратами часу. Проте, національна норма надає право розірвати договір при наявності істотного недоліку переданого товару виключно покупцю. Відкритим залишається питання визначення правової підстави та наслідків розірвання договору продавцем у випадку, коли усунення недоліків пов'язане із його непропорційними витратами, якщо покупець звернувся із вимогою усунути недоліки у встановлений строк, або замінити цифровий контент із недоліком. При настанні зазначеної обставини, вважаємо, що правомірним буде розірвання договору постачання цифрового контенту з ініціативи продавця виключно на підставі ст. 607 ЦК України у зв'язку з неможливістю його виконання постачальником у разі відсутності у нього цифрового контенту з аналогічними функціями.

При визначенні правових наслідків передання цифрового контенту неналежної якості, відповідно до національного законодавства, істотне значення матиме дослідження критерію непропорційних витрат постачальника на усунення недоліку товару. Адже, у залежності від визнання пропорційності зазначених витрат, національне законодавство передбачає відмінні правові наслідки.

Варто відзначити проблемність питання визначення непропорційності витрат на усунення недоліку товару, позаяк ЦК України не містить ані дефініції, ні

критеріїв підходу до окреслення даного поняття. Зазначимо, що певне пояснення «непропорційно великих витрат» зустрічається у ст. 337 ЦК України, де, при з'ясуванні пропорційності витрат на зберігання речі береться до уваги її вартість. Проте, і тут національний законодавець не зазначає, які витрати пов'язані зі зберіганням речі вважатимуться пропорційними її вартості, а які ні. Аналогічно і національна доктрина не має єдиного підходу до визначення пропорційності витрат. На думку І. О. Ізарової, пропорційними слід вважати витрати, що не перевищують 10 % вартості об'єкту щодо якого вони застосовуються [138, с.129]. Окрім того, поняття пропорційності витрат міститься у законодавстві у сфері захисту прав споживачів, відповідно до якого сума компенсації за передання товару неналежної якості вважатиметься непропорційно великою у випадку, якщо вона становить понад 50 % його вартості.

Натомість, європейський законодавець встановлює чіткі критерії визначення пропорційності витрат, і, відповідно, правові наслідки передання цифрового контенту, що не відповідає умовам договору. Так, при розрахунку пропорційності витрат на усунення недоліку цифрового контенту відповідно до ч.2 ст.14 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, постачальник враховує сукупність двох основних критеріїв: договірну вартість цифрового контенту без недоліків, та істотність недоліку, що виник. При цьому, у літературі зазначається, що значення недоліку слід трактувати з перспективи його впливу на виконання переданими цифровими даними функцій, що зазвичай виконуються цифровим контентом того самого виду [62, с.361]. Окрім того, вагомим для оцінки пропорційності витрат є одночасна наявність обох наведених критеріїв. Так, у випадку якщо витрати на усунення недоліку перевищують вартість цифрового контенту належної якості, а наявний недолік не впливає на виконання цифровим контентом передбачених договором функцій, постачальник звільняється від обов'язку усунення недоліків, або заміни цифрового контенту.

Невиконання чи неналежне виконання договору постачання цифрового контенту одержувачем є підставою його розірвання в односторонньому порядку.

Правові наслідки невиконання зобов'язання із постачання цифрового контенту залежатимуть від узгодженого в договорі способу його здійснення. По-перше, при постачанні цифрового контенту, вміщеного на матеріальному носію інформації на правовідносини невиконання чи неналежного виконання зобов'язання поширюватимуться положення Директиви 2011/83/ЄС про права споживачів. Відповідно до ст. 18 зазначеного акту, у випадку невиконання постачальником своїх зобов'язань протягом строку визначеного в договорі, а якщо такий строк не визначено – протягом 30 днів, з моменту укладення договору, одержувач має право його розірвати. Варто відзначити, що Директива 2011/83/ЄС про права споживачів містить винятки щодо застосування наведеного правила. Так, у випадку відмови постачальника цифрового контенту виконати свої зобов'язання одержувач має право розірвати договір без встановлення додаткового строку на виконання зобов'язання. Окрім того, якщо із умов укладеного договору або переддоговірного інформування одержувачем постачальника випливає істотність отримання цифрових даних у визначений строк, а постачальник не виконав своє зобов'язання у цей строк, одержувач має право розірвати договір [62, с.363].

По-друге, при постачанні цифрового контенту он-лайн, через потокову мережу даних, або їх завантаженні на персональний технічний пристрій одержувача, відповідно до ст. 13 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, у випадку ненадання цифрових даних або доступу до них після укладення договору одержувач має право звернутись до постачальника із вимогою передати цифрові дані негайно, або у визначений сторонами строк, а у разі невиконання вимоги постачальником – розірвати договір. Варто наголосити, що європейський законодавець поширює відповідальність за невиконання зобов'язання у формі розірвання договору незалежно від вини постачальника. Так, положення директиви не містить диференціації правових наслідків невиконання зобов'язання, зумовленого виникненням обставин, за які постачальник несе безпосередню відповідальність, і тих, що виникли незалежно від його волі. Як влучно зазначається в доктрині, такий підхід до формування положення про відповідальність постачальника є доцільним та обґрунтованим у випадку укладення так званих

договорів «*off-the-peg*», на підставі яких цифровий контент генерується для необмеженої кількості користувачів [62, с.364; 27]. Прикладом постачання вказаного цифрового контенту можуть виступати платформи *YouTube music, Netflix, Megogo* та інші. Доступ до цифрових даних надається одержувачу як правило одразу після укладення типового договору приєднання. Характерною ознакою зазначених договорів є те, що згенерований цифровий контент, котрий постачається, є спільним для усіх категорій одержувачів. Проте, положення ст. 13 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг застосовуються і у випадку постачання цифрового контенту із визначеними індивідуальними ознаками, що генерується постачальником виключно для одержувача. У зазначеному випадку, вважаємо право одержувача розірвати договір, незалежно від обставин невиконання зобов'язання постачальником, таким, що порушує договірну рівність сторін, адже, постачальник у процесі генерування цифрового контенту з індивідуальними ознаками несе додаткові витрати.

Цікавим для аналізу видається положення ч. 6 ст. 14 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, згідно з яким одержувач має право розірвати відплатний договір постачання цифрового контенту лише за наявності істотного недоліку переданих цифрових даних. При цьому, обов'язок доведення неістотності недоліку цифрового контенту покладається на постачальника. Варто відзначити, що наведене положення директиви є модифікованою версією норми, котра містилась у проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, та визначала право одержувача розірвати договір постачання цифрового контенту у зв'язку з наявністю недоліків лише у випадку, коли він має безпосередній вплив на функціональність, інтеропераційність, доступність, безперебійність постачання, безпечність цифрового контенту. Таке формулювання положення проекту директиви було критиковане у доктрині. Так, В. Фоварке-Коссон влучно зауважив, що деталізація недоліків цифрового контенту, наявність яких зумовлює право одержувача розірвати договір, є занадто технічною та незрозумілою [25, с.14]. Подібну позицію у своїх працях висловлюють Г. Шпіндлер та Р. Стефаніцкі, наголошуючи на необхідності додаткової

інтерпретації первинної норми, що порушує перш за все права споживачів, захист котрих є основною метою директиви [86, с.206; 91 с.280].

З'ясовуючи специфіку відповідальності за невиконання та неналежне виконання договірних зобов'язань, особливу увагу слід приділити дослідженню пропорційного зменшення ціни, як правового засобу захисту «другого ступеня» у випадку постачання цифрового контенту з недоліками. Варто відзначити, що наведений правовий інструмент захисту від передання цифрового контенту неналежної якості з'явився у версії проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту уже після її першого опрацювання Європейською комісією, був остаточно інтегрований до положень Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг. Пропорційне зменшення ціни, як наслідок постачання цифрового контенту неналежної якості, може бути застосоване лише у випадку укладення відплатних договорів за однією із наступних умов: неможливості усунення недоліків цифрового контенту, або надмірності витрат, необхідних на їх усунення; неусунення постачальником недоліків у встановлений строк; подальша невідповідність цифрового контенту умовам договору, не зважаючи на вжиті постачальником заходи щодо усунення недоліку; істотність недоліку цифрового контенту, наявність якого уможливорює негайне зменшення ціни договору чи його розірвання; повідомлення постачальником одержувача про невиконання свого обов'язку щодо усунення недоліку цифрового контенту (ч. 4 ст. 14 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг). Варто відзначити, що понесення відповідальності за недоліки цифрового контенту у формі пропорційного зменшення ціни договору не потребує додаткового аналізу істотності недоліку, а отже, може бути застосована до необмеженого кола випадків.

Натомість проблемним у даному контексті виступає питання визначення розміру пропорційності зменшення ціни договору. Так, відповідно до ч. 5 ст. 14 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, при виявленні недоліків цифрового контенту одержувач має право на зменшення ціни договору, пропорційне зменшенню вартості цифрового контенту,



що постачається у порівнянні з його вартістю без недоліків. У літературі підкреслюється, що визначаючи пропорційність зменшення ціни договору, важливим є здійснення порівняння початкової та середньої ринкової вартості аналогічного цифрового контенту на момент укладення договору, а також середньої ринкової вартості подібного цифрового контенту з недоліком [62, с.374]. Варто зауважити, що встановлення величини, на яку зменшилась вартість цифрового контенту особливо складно здійснити за строковими договорами. У зазначених випадках європейський законодавець поширює пропорційне зменшення ціни договору лише на період існування недоліків цифрового контенту (абз. 2 ч. 5 ст. 14 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг). На нашу думку, вагомою складовою правової оцінки пропорційного зменшення ціни договору у зв'язку із недоліками цифрового контенту є збереження договірної рівності сторін, адже, часто витрати постачальника, пов'язані із апаратним та програмним забезпеченням, можуть значно перевищувати вартість цифрового контенту. Таким чином, критеріями пропорційності зменшення ціни договору постачання цифрового контенту слід вважати: 1) співвідношення ринкової вартості цифрового контенту належної якості на момент укладення договору та ціни договору; 2) співвідношення ринкової вартості аналогічного цифрового контенту належної якості та цифрового контенту з недоліком; 3) співвідношення витрат постачальника на обслуговування програмного та апаратного забезпечення, що уможливорює постачання цифрового контенту за строковим договором та цифрового контенту з недоліком.

Варто відзначити, що окрім правових наслідків невиконання чи неналежного виконання зобов'язання за договором постачання цифрового контенту передбачених вторинним законодавством ЄС, його одержувачу гарантується право на відшкодування шкоди, що виникла внаслідок недоліку цифрових даних, закріплене в положеннях національного цивільного законодавства. Проте, додаткове застосування норм цивільного кодексу у сфері відповідальності за завдання шкоди суттєво обмежується законодавством ЄС. На перший погляд, визначення у ст. 4 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових

послуг максимального рівня гармонізації її положень сприяє виключенню застосування норм цивільних кодексів держав-членів у сфері відшкодування шкоди завданої недоліками цифрового контенту, окрім шкоди, що виникла у цифрових засобах одержувача [77, с.52]. Дане припущення підтверджується ч. 1 ст. 14 проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, згідно з якою постачальник відповідає за будь-яку майнову шкоду, що виникла у цифровому середовищі одержувача (апаратному та програмному забезпеченні, котре уможлиблює доступ до цифрових даних) внаслідок недоліків цифрового контенту. Принагідно зауважимо, що наведена норма була обґрунтовано критикована у доктрині. Як влучно відзначає Г. Шпіндлер, застосований у проекті Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту підхід щодо відшкодування шкоди, що виникла у цифрових засобах одержувача, є недосконалим, і суттєво обмежує відповідальність постачальника за так звану *«consequential damages»*, тобто шкоду, яка виникла внаслідок невиконання, чи неналежного виконання договірної зобов'язання, а її відшкодування виходить за межі правового регулювання директиви. Прикладом недоліків цифрового контенту, не пов'язаних із його функціональністю, виступають дефекти захисту цифрових даних від впливу вірусного програмування, через яке викрадено паролі до інтернет-банкінгу одержувача, та завдано останньому матеріальної шкоди [86, с.212]. Схожу позицію висловлює і Г. Беале, підкреслюючи, що положення про максимальну гармонізацію норм проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту у сфері застосування відповідальності за шкоду, зумовлену недоліками цифрового контенту, виключно до цифрового середовища одержувача значно послабить правове становище цифрового споживача, та порушить договірну рівність сторін [3, с.23]. Погоджуємось із Ф. Цолем, котрий, аналізуючи положення проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, вказує на необхідність її доповнення нормою, аналогічною ст. 8 Директиви Європейського Парламенту і Ради 1999/44/ЄС про деякі аспекти купівлі-продажу споживчих товарів та пов'язаних із цим гарантій котра закріплює правило реалізації правомочностей, передбачених положеннями директиви, не порушуючи інших прав

споживачів, гарантованих національним законодавством у сфері договірної або деліктної відповідальності [105, с.251].

Критичний аналіз доктрини сприяв внесенню змін до положень про відшкодування шкоди, зумовленої недоліками цифрового контенту. Так, відповідно до ч. 10 ст. 3 Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг застосування її норм не порушує законодавчу свободу держав-членів ЄС, в тому числі щодо правового регулювання відшкодування шкоди.

Отже, з аналізу особливостей відповідальності сторін договору постачання цифрового контенту випливає, що існуюче правове регулювання ринку цифрових послуг ЄС є ефективним, та засноване на принципі пропорційності ступеня цивільно-правової відповідальності до вчиненого правопорушення.

Впровадження положень проекту Директиви 2015/0287 про договори постачання цифрового контенту, Директиви 2019/770 про договори постачання цифрового контенту та цифрових послуг, проекту Регламенту 2011/0284 про договори купівлі-продажу, Директиви 2019/771 про договори купівлі-продажу до законодавства України стане вагомим кроком до забезпечення захисту прав українських споживачів та постачальників послуг цифрового контенту, а також підтвердженням виконання Україною зобов'язань, взятих на себе в Угоді про Асоціацію з Європейським Союзом.

### **Висновки до розділу 3**

1. Доведена доцільність обмеження застосування положень Глави 51 ЦК України щодо реалізації права одержувача на припинення зобов'язання шляхом односторонньої відмови у випадку надання цифрового контенту на безоплатній основі.

2. Обґрунтовано, що передання одержувачем постачальнику своїх персональних даних, або виконання ним іншого зустрічного зобов'язання шляхом

перегляду рекламних матеріалів, анкетування та інше, вважатиметься відплатним та двостороннім зобов'язанням, одним із правових наслідків порушення якого виступатиме припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови.

3. Застосовуючи правовий режим договірних відносин купівлі-продажу до зобов'язань із постачання цифрового контенту, положення щодо якості доцільно вживати лише до постачання цифрового контенту, розміщеного на матеріальному носію. Неналежною якістю такого цифрового контенту буде невідповідність самого носія, а також запису цифрових даних (помилка у коді запису інформації). Цифровий контент вважатиметься таким, що не відповідає умовам договору і у випадку, якщо цифрові дані не володітимуть обумовленими в договорі властивостями.

4. Обґрунтована необхідність встановлення у договірних зобов'язаннях із обігу цифрового контенту за участю споживача відповідальності постачальника за недоліки, незалежно від наявності його вини.

5. Доведена доцільність застосування за аналогією до зобов'язань за договором хмарного сховища даних положень Глави 58 ЦК України про найм (оренду), що уможливорює притягнення постачальника до відповідальності, передбаченої за недотримання гарантійних зобов'язань щодо якості цифрового контенту. З'ясована необхідність встановлення відповідальності постачальника за знищення, пошкодження, поширення у мережі особистих файлів одержувача, що зберігались на сервері постачальника.

6. Обґрунтована доцільність застосування за аналогією положень ст. 768 ЦК України до правовідносин хостингу програмного забезпечення, що з часом (значно меншим ніж визначено у договорі) втратило свою функціональність, і зумовило псування електронного пристрою одержувача, та закріплення у законодавстві права одержувача вимагати: заміни цифрового контенту, якщо це можливо; відповідного зменшення розміру плати за користування контентом; безоплатного усунення недоліків цифрового контенту або відшкодування витрат на їх усунення; розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому завдані.

7. Особливість цифрового контенту зумовлює неефективність застосування за аналогією до договірних відносин хмарного сховища даних положень п. 3 ст. 767 ЦК України, що визначають зобов'язання наймача перевіряти у присутності наймодавця справність речі, переданої в найм. Адже, зважаючи на змішану правову природу цифрового контенту, можливість проведення такого виду перевірки «у присутності постачальника» видається надміру обтяжливою для наймача, та не сприяє захисту рівності сторін у цивільно-правових відносинах.

8. З метою встановлення відповідальності постачальника цифрового контенту за неналежне виконання зобов'язання обґрунтована доцільність доповнення ЦК України ст. 716<sup>8</sup> наступного змісту: «1. Постачальник цифрового контенту відповідає за недоставку цифрового контенту та усі його недоліки, що виявилися при отриманні одержувачем цифрового контенту. 2. Якщо постачання цифрового контенту має триваючий характер, постачальник відповідає за недоліки цифрового контенту, що виявилися у будь-який момент протягом строку дії договору».

9. Під належним виконанням постачальником цифрового контенту власних договірних зобов'язань запропоновано розуміти передання цифрового контенту, визначеного умовами договору постачання цифрового контенту в обумовлені строки одержувачу, або зазначеному ним віртуальному серверу, чи матеріальному пристрою, не підконтрольному постачальнику.

10. З метою захисту прав одержувача цифрового контенту за строковим договором постачання, обґрунтована доцільність доповнення ЦК України ст. 716<sup>7</sup> наступного змісту: «У випадку укладення договору постачання цифрового контенту, функціональність якого безпосередньо пов'язана із його періодичним оновленням, обов'язком постачальника цифрового контенту є надання такого оновлення одержувачу протягом строку дії договору».

11. Обґрунтована доцільність до правовідносин із порушення договірних зобов'язань щодо передання цифрового контенту у власність одержувачу на матеріальному носію, або завантаження на персональний технічний пристрій, чи

надсилання на електронну пошту, застосовувати за аналогією положення про купівлю-продаж.

12. До вимог у зв'язку з недоліками цифрового контенту необхідно застосовувати спеціальний строк позовної давності в один рік, який обчислюється від дня виявлення недоліків протягом розумного строку, але в межах двох років від дня передання цифрового контенту покупцеві, якщо договором або законом не встановлений більший строк, а якщо на цифровий контент встановлено гарантійний строк – від дня виявлення недоліків у межах гарантійного строку.

13. Порухення зобов'язання постачальником за договором постачання цифрового контенту полягає у нездійсненні постачальником жодної з передбачених у зобов'язанні дій (невиконання зобов'язання), недопостачання, прострочення постачання цифрового контенту, постачання цифрового контенту неналежної якості (неналежне виконання зобов'язання).

14. Передання цифрового контенту, іншого ніж обумовлено в договорі необхідно кваліфікувати як невиконання зобов'язання постачальником, адже, одержаний цифровий контент не може бути використаний відповідно до визначених цілей одержувачем. Способом захисту порушеного права одержувача у такому випадку буде реалізація права вимагати постачання цифрового контенту, що відповідає умовам договору у визначений строк, або відмовитись від договору.

15. З урахуванням переважного способу укладення договорів постачання цифрового контенту он-лайн, для встановлення моменту виконання зобов'язання із передання цифрового контенту постачальником, обґрунтована доцільність покладення на постачальника обов'язку надати одержувачу цифровий контент, або забезпечити до нього доступ негайно, після укладення договору, якщо інше не передбачено в договорі або законі. Доведено, що моментом виконання зобов'язання постачальника із надання цифрового контенту є момент передання цифрового контенту одержувачу або зазначеному ним віртуальному серверу, чи матеріальному пристрою, непідконтрольному постачальнику.

16. Обґрунтована необхідність забезпечення одержувачу цифрового контенту права відмовитись від договору і вимагати повернення сплаченої грошової суми, та

припинення будь-якого використання його персональних даних, у випадку невиконання постачальником зобов'язання із надання негайного доступу до цифрового контенту після укладення договору, та його непостачання протягом додатково визначеного одержувачем строку.

17. З метою захисту прав постачальника у випадку пред'явлення одержувачем вимоги про усунення недоліку цифрового контенту, виходячи з загальних засад припинення зобов'язання неможливістю його виконання, доведена необхідність забезпечення права постачальника цифрового контенту відмовитись від договору.

18. Критеріями пропорційності зменшення ціни договору постачання цифрового контенту є: 1) співвідношення ринкової вартості цифрового контенту належної якості на момент укладення договору та ціни договору; 2) співвідношення ринкової вартості аналогічного цифрового контенту належної якості та цифрового контенту з недоліком; 3) співвідношення витрат постачальника на обслуговування програмного та апаратного забезпечення, що уможливорює постачання цифрового контенту за строковим договором, та цифрового контенту з недоліком.

## ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення та нове вирішення наукового завдання, що полягає у всебічному дослідженні цивільно-правового регулювання обігу цифрового контенту. Аналіз основних доктринальних підходів до дослідження особливостей правового регулювання обігу цифрового контенту, а також положень чинного цивільного законодавства у даній сфері дозволяє визначити наступне:

1. Цифровий контент виступає об'єктом цивільних прав у розумінні ст. 177 ЦК України. Цифровий контент – це узагальнюючий термін, що найчастіше застосовують для опису та характеристики створених цифрових об'єктів, розповсюдження мультимедійних товарів у цифровій формі, споживання контенту, згенерованого і поширеного у цифровому форматі, а також позначення речей із вбудованим програмним забезпеченням, необхідним для виконання ними своїх функцій.

2. Особливими ознаками цифрового контенту є: цифрова форма генерування даних, цифрова форма постачання даних, цифрова форма обробки та зберігання даних.

3. Враховуючи Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки Апарату Верховної ради України обґрунтовано необхідність застосування терміну «постачання» до понятійного виокремлення договорів, за якими здійснюється обіг цифрового контенту.

4. Під генеруванням даних у цифровій формі слід розуміти виникнення цифрових даних унаслідок первинного створення та/або вторинної діджиталізації та дискредитації матеріальних об'єктів та аналогових сигналів.

5. Постачання даних у цифровій формі за договорами, що опосередковують обіг цифрового контенту може здійснюватися такими основними способами: а) постачання даних у цифровій формі на матеріальний носій інформації; б) постачання даних у цифровій формі на електронний пристрій користувача (в тому числі сервер одержувача цифрового контенту та/або сервер третьої особи, який був вказаний одержувачем); в) постачання даних у цифровій формі на сервер



постачальника цифрового контенту, надання доступу до цифрових даних, що знаходяться у хмарному сховищі даних постачальника.

6. Обґрунтовано положення про те, що до категорії цифрового контенту належать лише такі дані, форму яких не можливо змодифікувати з метою виконання договору. До інших даних, що попри свою форму вираження не виступають цифровим контентом, а предметом договору в сфері електронної комерції, належать: фінансові послуги, в тому числі інтернет-банкінг; правові або фінансово-консультаційні послуги, що надаються в електронній формі; електронні медичні послуги; послуги, що мають на меті забезпечення електронного з'єднання, а також інші, пов'язані послуги; азартні ігри.

7. З метою регулювання договірних зобов'язань, предметом яких виступають об'єкти, що не мають чіткої матеріальної форми вираження, запропоновано застосовувати техніку юридичної фікції, та поширювати законодавство у сфері права власності на нематеріальні об'єкти, зокрема цифровий контент.

8. Норма ст. 179 ЦК України визначає поняття речі у широкому розумінні, уможливлючи поширення правового режиму речей на об'єкти, що позбавлені матеріальної форми вираження, в тому числі і цифровий контент. Власник цифрового контенту уповноважений використовувати будь-який із способів захисту порушеного права, встановлених для захисту права власності на об'єкт, що має матеріальну форму вираження. При цьому, потрібно розділяти право власності на матеріальний носій, на якому розміщений цифровий контент, та право власності на цифровий контент.

9. Охорона майнових та особистих немайнових авторських прав поширюється лише на цифровий контент, створений у результаті індивідуальної, творчої діяльності його автора. Аргументована недоцільність надання охорони прав інтелектуальної власності об'єктам, згенерованих програмним забезпеченням веб-сторінок, хмарних серверів та інше.

10. Враховуючи те, що бінарний код, як зовнішня форма вираження цифрового контенту, є унікальним та неповторним результатом творчої розумової діяльності людини, обґрунтовано доцільність віднесення цифрового контенту до

категорії творів. Істотне значення має встановлення розмежування між твором, який безпосередньо виступає цифровим контентом (комп'ютерна гра, файл у хмарному сховищі даних) та цифровим контентом, що є лише зовнішньою формою вираження твору (цифровий запис вміщений на інформаційному носіїві). Речові права на матеріальний предмет, що містить цифровий контент, та майнові права автора на цифровий контент існуватимуть паралельно, незалежно один від одного. Відчуження цього матеріального предмета не означає відчуження авторського права, і навпаки.

11. Розповсюдження цифрового контенту шляхом завантаження та подальшого запису у пам'яті персонального технічного пристрою одержувача, є виключним правом автора. Майнові права на копії цифрового контенту належать його одержувачу.

12. На підставі аналізу позиції вичерпання авторських прав, яка унеможливорює повторність винагороди автора за розповсюдження одного і того ж твору на відповідній території держави, обґрунтовано недоцільність її застосування до договорів постачання цифрового контенту, виходячи із наступного. Введення в обіг правомірно виготовлених примірників твору його автором або особою, яка отримала від автора дозвіл на використання та поширення твору у мережі Інтернет відповідає існуючим вимогам захисту авторських прав при укладенні договорів постачання цифрового контенту.

13. Зважаючи на невідповідність застосування до правовідносин між автором цифрового контенту та його постачальником категорії вичерпання авторських прав, обґрунтована доцільність закріплення у законодавстві обов'язку постачання послуг цифрового контенту отримати ліцензію на його використання. Поширення категорії «вичерпання» авторських прав є обґрунтованим у випадку відтворення та використання одержувачем цифрової копії твору в некомерційних цілях (в особистих, у тому числі для навчання тощо).

14. Виконавцю он-лайн трансльованого твору через платформу постачальника цифрового контенту належить право вимагати від постачальника винагороди за використання такого виконання. Аналогічне право вимоги

винагороди належить виконавцю за перше поширення постачальником цифрового контенту фонограм та відеограм виконань.

15. Фонограма та відеограма є цифровим контентом, якщо її первинний запис здійснено із використанням технологій у формі бінарного запису цифрових даних. Похідна фонограма та відеограма, яка набула цифрової форми шляхом перетворення первинного сигналу є цифровою копією, а тому її передання за договором постачання цифрового контенту не обумовлює додаткової охорони майнових та особистих немайнових прав її виробників.

16. Охорона майнових прав організацій мовлення, за договорами, що опосередковують обіг цифрового контенту, повинен здійснюватися у той самий спосіб, що і охорона авторських прав на твори. Програма організацій мовлення як постачальник цифрового контенту зобов'язана отримати ліцензію на використання та передання таких програм іншим особам. На цифрові копії програм, що зберігаються в пам'яті персонального технічного пристрою користувача, та використовуються ним для особистого вжитку, не поширюються майнові авторські права.

17. Перелік обов'язків постачальника цифрового контенту є відмінним від обов'язків виконавця послуг у розумінні цивільного законодавства України. У правовідносинах, предметом яких виступає цифровий контент обов'язком постачальника є розробка та технічний супровід цифрового контенту, що передається одержувачу шляхом автоматизованого програмного забезпечення. Вчинення постачальником усіх необхідних для передання одержувачу цифрового контенту дій варто кваліфікувати як допоміжні.

18. На підставі аналізу законодавства ЄС та правової доктрини держав-членів ЄС щодо договірних конструкцій, які опосередковують обіг цифрового контенту обґрунтовано необхідність закріплення у ЦК України договору постачання цифрового контенту як окремого виду поіменованого договору з власним предметом та іншими істотними умовами. Адже, враховуючи особливість правової природи цифрового контенту, застосування до правових відносин, об'єктом яких він виступає положень про договори купівлі-продажу або надання послуг є

неефективним. Норми про договір постачання цифрового контенту поширюватимуться як на загальних, так і на спеціальних суб'єктів – споживачів.

19. До способів здійснення постачання цифрового контенту належать: цифрова трансмісія даних, закодованих у дискретні сигнальні імпульси, та розміщених на зовнішніх матеріальних носіях інформації; завантаження цифрових даних одержувачами на їх персональні технічні пристрої; надсилання даних у формі стрімінгу он-лайн; будь який інший доступний для отримання цифрових даних спосіб.

20. Застосування до правовідносин з обігу цифрового контенту норм Глави 54 ЦК України про купівлю-продаж вбачається виправданим у випадку укладення договору предметом якого виступатиме товар із цифровими елементами, відділення яких не можливе без втрати ним своїх властивостей.

21. Обґрунтовано необхідність покладення додаткових інформаційних обов'язків на постачальника цифрового контенту у договорах, укладених із споживачами, а саме: інформування споживача про можливість виконання цифровим контентом функцій певного виду, сумісність цифрового контенту із операційним та програмним забезпеченням різного роду технічних пристроїв. Доцільним є доповнення Закону України «Про захист прав споживачів» положенням, що покладає на постачальника послуг цифрового контенту обов'язок разом із цифровим контентом надати споживачу усю необхідну інформацію про технічні умови його використання.

22. Враховуючи те, що процес постачання цифрового контенту є похідним обов'язком постачальника, спрямованим на забезпечення користування даними у цифровій формі одержувачем, обґрунтовано, що предметом договору постачання цифрового контенту виступає сам цифровий контент.

23. Договір постачання цифрового контенту може бути як одностороннім, так і двостороннім, як відплатним, так і безвідплатним, консенсуальним, каузальним.

24. У випадку надання одержувачу в умовах діючої маркетингової стратегії постачальника цифрового контенту з метою ознайомлення, без вимоги виконання

будь-якого зустрічного зобов'язання, договір постачання цифрового контенту є одностороннім та безвідплатним.

25. Особливість договору постачання товарів із цифровими елементами полягає у тому, що передання цифрового контенту є додатковим зобов'язанням, та вважається безвідплатним.

26. Обов'язками постачальника за договором постачання цифрового контенту є: а) постачати цифровий контент; б) передати право власності на матеріальний носій даних, на якому вміщується цифровий контент, на користь одержувача; в) забезпечити відповідність цифрового контенту умовам договору; г) гарантувати можливість використання цифрового контенту згідно з умовами договору; д) разом із цифровим контентом надавати одержувачу необхідні документи.

27. Зобов'язаннями одержувача у договорах постачання цифрового контенту є: а) оплатити ціну договору (за винятком випадків коли умовами договору передбачено виконання іншого зустрічного зобов'язання, в тому числі надання персональних даних, або визначено постачання цифрового контенту на безоплатній основі); б) отримати цифровий контент; в) отримати відповідні супровідні документи.

28. При порушенні зобов'язань із постачання цифрового контенту, застосування загальної норми Глави 51 ЦК України про право на припинення зобов'язання шляхом односторонньої відмови може обмежуватися у випадку передання цифрового контенту користувачу на безоплатній основі. Надання одержувачем власних персональних даних постачальнику, або його спонукання до перегляду рекламних матеріалів, анкетування та інше, вважатиметься відплатним та двостороннім зобов'язанням із забезпечення права на односторонню відмову від договору.

29. Застосування за аналогією до договору постачання цифрового контенту положень про якість товару, що передається за договором купівлі-продажу вважається виправданим у випадку постачання цифрового контенту, розміщеного на матеріальному носієві. Недоліком товару виступатиме недолік самого носія (його

пошкодження, невідповідність умовам договору, тощо), а також недолік щодо запису цифрових даних (помилка у коді запису інформації на носій). Цифровий контент вважатиметься таким, що не відповідає умовам договору і у випадку, коли цифрові дані містять визначених у договорі властивостей.

30. Постачальник цифрового контенту за договором, укладеним із споживачем, відповідає за недоліки та істотні недоліки цифрового контенту незалежно від наявності його вини у виникненні таких недоліків.

31. Доведена доцільність застосування за аналогією до зобов'язань за договором хмарного сховища даних положень Глави 58 ЦК України про найм (оренду), що уможливорює притягнення постачальника до відповідальності, передбаченої за недотримання гарантійних зобов'язань щодо якості цифрового контенту. З'ясована необхідність встановлення відповідальності постачальника за знищення, пошкодження, поширення у мережі особистих файлів одержувача, що зберігались на сервері постачальника.

32. Обґрунтована доцільність застосування за аналогією положень ст. 768 ЦК України до правовідносин хостингу програмного забезпечення, що з часом (значно меншим ніж визначено у договорі) втратило свою функціональність, і зумовило псування електронного пристрою одержувача, та закріплення у законодавстві права одержувача вимагати: заміни цифрового контенту, якщо це можливо; відповідного зменшення розміру плати за користування контентом; безоплатного усунення недоліків цифрового контенту або відшкодування витрат на їх усунення; розірвання договору і відшкодування збитків, які були йому завдані.

33. З метою захисту слабшої сторони у договірних правовідносинах обґрунтована доцільність надання споживачу права розірвати договір постачання цифрового контенту у випадку невиконання зобов'язання постачальником, незалежно від наявності його вини.

34. З метою захисту прав постачальника у випадку пред'явлення одержувачем вимоги про усунення недоліку цифрового контенту, виходячи з загальних засад припинення зобов'язання неможливістю його виконання, доведена необхідність забезпечення права постачальника цифрового контенту відмовитись від договору.

На підставі цих та інших висновків дисертанткою вносяться конкретні пропозиції щодо вдосконалення законодавства України, які також складають наукову новизну дослідження, зокрема:

1) у ЦК України:

– внести зміни до ст. 177, яка містить перелік видів об'єктів цивільних прав, виклавши її в наступній редакції: «Об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, цифровий контент, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага»;

– доповнити положеннями Глави 54<sup>1</sup> Договір постачання цифрового контенту, яка включатиме ст. 716<sup>1</sup>, ст. 716<sup>2</sup>, ст. 716<sup>3</sup>, ст. 716<sup>4</sup>, ст. 716<sup>5</sup>, ст. 716<sup>6</sup>, ст. 716<sup>7</sup>, ст. 716<sup>8</sup> наступного змісту:

– доповнити положеннями ст. 716<sup>1</sup>, що закріплюватиме поняття договору постачання цифрового контенту наступним чином: «За договором постачання цифрового контенту одна сторона (постачальник) забезпечує або зобов'язується забезпечити іншій стороні (одержувачу) доступ до цифрового контенту, або надання такого цифрового контенту для завантаження на персональний технічний пристрій, а інша сторона (одержувач) зобов'язується сплатити певну грошову суму, та/або вчинити іншу дію на користь постачальника»;

– доповнити положеннями ст. 716<sup>2</sup>, що визначатиме предмет договору постачання цифрового контенту наступного змісту: «1. Предметом договору постачання цифрового контенту є цифровий контент, постачальник якого правомірно використовує та володіє сукупністю авторських прав на нього»;

– доповнити положеннями ст. 716<sup>3</sup>, що закріплюватиме істотні умови договору постачання цифрового контенту наступного змісту: «1. Істотними умовами договору постачання цифрового є предмет, ціна (для відплатних договорів), строк, та положення про використання постачальником персональних даних одержувача у комерційних цілях. 2. Строком виконання зобов'язання є період у часі протягом якого постачальник на постійній основі забезпечуватиме доступ одержувачу до

цифрових даних, або вказівка на визначену кількість разів завантаження цифрового контенту на персональний технічний пристрій одержувача, чи одноразового надсилання на вказану одержувачем електронну пошту»;

– доповнити положеннями ст. 716<sup>4</sup>, що закріплюватиме поняття сторін договору постачання цифрового контенту наступного змісту: «Сторонами договору постачання цифрового контенту є постачальник цифрового контенту (фізична або юридична особа, котра забезпечує чи зобов'язується забезпечити доступ до цифрового контенту, або надати такий цифровий контент для завантаження) та одержувач цифрового контенту (фізична особа, в тому числі споживач, або юридична особа, котра зобов'язується сплатити ціну або вчинити іншу дію на користь постачальника)»;

– доповнити положеннями ст. 716<sup>5</sup>, що визначатиме обов'язки постачальника із надання цифрового контенту наступного змісту: «1. Постачальник зобов'язується надати одержувачу цифровий контент, або забезпечити негайний доступ до нього, після укладення договору, якщо інше не передбачено в договорі або законі. 2. Зобов'язання постачальника вважається виконаним у випадку надання одержувачу або вказаному ним віртуальному серверу, чи матеріальному пристрою, невідконтрольному постачальнику, доступу до цифрового контенту».

– доповнити положеннями ст. 716<sup>6</sup>, що закріплюватиме правові наслідки невиконання зобов'язання постачальником із надання цифрового контенту наступного змісту: «У випадку невиконання постачальником зобов'язання із надання цифрового контенту одержувач має право вимагати забезпечення негайного доступу до такого контенту, а у разі невиконання його вимоги у визначений строк – відмовитись від договору із наступним поверненням сплаченої грошової суми, та припиненням будь-якого використання персональних даних»;

– доповнити положеннями ст. 716<sup>7</sup>, що закріплюватиме зобов'язання постачальника забезпечити періодичне оновлення цифрового контенту наступного змісту: «У випадку укладення договору постачання цифрового контенту, функціональність якого безпосередньо пов'язана із його періодичним оновленням,



постачальник цифрового контенту зобов'язується надавати одержувачу таке оновлення протягом строку дії договору»;

– доповнити положеннями ст. 716<sup>8</sup> що встановлюватиме відповідальність постачальника цифрового контенту за неналежне виконання зобов'язання, наступного змісту: «1. Постачальник цифрового контенту відповідає за недоставку цифрового контенту та усі його недоліки, що виявилися при отриманні одержувачем цифрового контенту. 2. Якщо постачання цифрового контенту має триваючий характер, постачальник відповідає за недоліки цифрового контенту, що виявилися у будь-який момент протягом строку дії договору»;

– внести зміни до ч. 2 ст. 258, шляхом доповнення її п. 9 наступного змісту: «9) у зв'язку із недоліками цифрового контенту».

– внести зміни до ст. 656, котра визначає предмет договору купівлі-продажу шляхом її доповнення ч. 2<sup>1</sup> наступного змісту: «2<sup>1</sup>. Предметом договору купівлі-продажу можуть бути товари із цифровими елементами – матеріальні рухомі речі, що містять у собі цифровий контент чи цифрову послугу, або пов'язані із використанням цифрового контенту чи цифрової послуги таким чином, що відсутність цифрового контенту або цифрової послуги привела б до неможливості виконання даним товаром його основних функцій»;

– внести зміни до ст. 901, що визначає поняття договору про надання послуг, шляхом її доповнення ч. 3, 4 наступного змісту: «3. Положення цієї глави можуть застосовуватися до всіх договорів про надання цифрових послуг.

4. Цифровою є послуга, що уможливорює створення, обробку та зберігання цифрового контенту; поширення або будь-яку іншу взаємодію із даними у цифровій формі, що були створені чи завантажені користувачами даної послуги»;

– доповнити положеннями ст. 262<sup>1</sup>, що визначатиме позовну давність, котра застосовуватиметься до вимог у зв'язку з недоліками цифрового контенту наступного змісту: «До вимог у зв'язку з недоліками цифрового контенту застосовується позовна давність в один рік, яка обчислюється від дня виявлення недоліків протягом розумного строку, але в межах двох років від дня передання цифрового контенту покупцеві, якщо договором або законом не встановлений

більший строк. 2. У випадку встановлення гарантійного строку на цифровий контент – від дня виявлення недоліків у межах гарантійного строку»;

– внести зміни до Глави 15 ЦК, що визначає перелік нематеріальних благ, шляхом її доповнення ст. 201<sup>1</sup> наступного змісту: «Під цифровим контентом слід розуміти об'єкт цивільних правовідносин, сукупність даних, що створюються, генеруються, постачаються та зберігаються у цифровій формі, за винятком даних, які виступають предметом договорів у сфері надання: фінансових, правових та фінансово-консультаційних, медичних послуг у електронній формі, послуг, що забезпечують електронне з'єднання, азартних ігор»;

2) У Закон України «Про авторське право та суміжні права»:

– внести зміни до ст. 1, що визначає поняття електронної (цифрової) інформації, виклавши його в наступній редакції: «цифрова інформація - дані, представлені у цифровій формі, в тому числі аудіовізуальні, музичні твори (з текстом або без тексту), комп'ютерні програми, фонограми, відеограми, програми (передачі) організацій мовлення, що знаходяться в цифровій формі, придатній для зчитування і відтворення за допомогою технічного пристрою, які можуть існувати і (або) зберігатися у вигляді цифрових записів у базі даних на зберігаючі пристроях комп'ютерів, серверів у мережі Інтернет, тощо, а також передача цифрових даних, що транслюються у режимі потокового мультимедіа або ретранслюються з використанням мережі Інтернет»;

– внести зміни до ст. 1, що визначає поняття фонограми та відеограми, додавши положення «Фонограма та відеограма є цифровим контентом, якщо її первинний запис здійснено із використанням технологій у формі бінарного запису цифрових даних. Похідна фонограма та відеограма, яка набула цифрової форми шляхом перетворення первинного сигналу є цифровою копією, а тому її передання за договором постачання цифрового контенту не зумовлює додаткової охорони майнових та особистих немайнових прав її виробників»;

– внести зміни до ст. 1, шляхом її доповнення поняттям цифрової форми представлення даних: «Цифрова форма представлення даних – набір цифрових кодів, що містять в собі інформацію, придатну для зчитування, обробки та

відтворення за допомогою спеціальних матеріально-технічних засобів та визначеного програмного забезпечення»;

– внести зміни до ст. 1, шляхом її доповнення поняттям матеріального носія інформації: «Матеріальний носій інформації – матеріальний пристрій, частина пам'яті у електронному сховищі даних, що уможливорює прийом, запис, зберігання та відтворення на вимогу уповноваженої особи цифрових даних у їх первісному стані»;

– внести зміни до ст. 8, що визначає об'єкти авторського права, шляхом її доповнення п. 16<sup>1</sup> ч. 1 «цифровий контент»;

– внести зміни до ст. 15, що визначає майнові права автора, шляхом її доповнення ч. 8 наступного змісту: «Цифровий контент виступає цифровим записом нематеріального блага у вигляді твору (аудіо-, відео-), що охороняється законодавством в сфері авторського права. На цифровий контент поширюються майнові та особисті немайнові права автора»;

– доповнивши ст. 52<sup>2</sup> «Вичерпання майнових прав автора у мережі Інтернет» наступного змісту: «Майнові права автора у мережі Інтернет вичерпуються у випадку розміщення ним, або особою, що правомірно використовує твір на підставі укладеного ліцензійного договору, твору на будь-якій публічній цифровій платформі мережі Інтернет у спосіб, що дозволяє її користувачам переглядати та завантажувати твір на свої персональні комп'ютери, зберігаючи пристрої, хмарні сховища даних»;

3) у Закон України «Про захист прав споживачів»:

- доповнивши ст. 17<sup>1</sup> «Права споживачів при укладенні договорів постачання цифрового контенту» наступного змісту: «У випадку укладання договорів постачання цифрового контенту, предметом яких виступають об'єкти, що є творами в розумінні законодавства про захист авторських та суміжних прав, постачальник зобов'язаний надати споживачеві разом із цифровим контентом невиключну ліцензію на його використання. Ненадання такої ліцензії, або розміщення цифрового контенту на Інтернет-серверах, веб-сторінках, публічних хмарних сховищах даних без ліцензії (у випадку її необхідності) зумовлює відповідальність постачальника та

виключає відповідальність одержувача цифрового контенту, за умови, що він не знав або не міг знати про необхідність її отримання».

4) у Закон України «Про захист персональних даних»:

- внести зміни до ст. 8, що визначає права суб'єкта персональних даних, шляхом її доповнення п. 14 ч. 2, наступного змісту: «На монетизацію персональних даних, при укладенні договорів, за якими здійснюється постачання цифрового контенту».

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Ashton K. That Internet of Things thing. *RFID journal*. URL : <http://www.itrco.jp/libraries/RFIDjournal-That%20Internet%20of%20Things%20Thing.pdf> (дата звернення 23.06.2020).
2. Barta J., Markiewicz R. Prawo autorskie i prawa pokrewne. Wolters Kluwer. 2019. 628 s.
3. Beale H. Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment In-depth analysis. 2016. 34 p. URL: [http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/4a1651c4-0db0-4142-9580-89b47010ae9f/pe\\_536.493\\_print.pdf](http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/4a1651c4-0db0-4142-9580-89b47010ae9f/pe_536.493_print.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
4. Bohdan T., Vasylchenko N., Leliv H. Online multilingual dictionary Slovnjenja. URL : <http://slovnjenja.com/dictionary/supply> (дата звернення 23.06.2020).
5. Busch Ch., Schulte-Nölke H., Wiewiórowska-Domagalska A., Zoll. F. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*. 2016. heft 1. P. 3–10.
6. Collin H. Głowiński C. Słownik komputerów i internetu. Wilga. 1999. 482 s.
7. Commission staff working document Communication from the commission from the commission to the European Parliament, the council The European economic and social committee and the committee of the regions Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe from 27.09.2012. URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012SC0271&from=EN> (дата звернення 23.06.2020).
8. Commission staff working document on the modernization of EU copyright rules. URL : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-laying-down-rules-exercise-copyright-and-related-rights-applicable-certain> (дата звернення 23.06.2020).
9. Common European Sales Law (CESL). A Commentary / Edited by R. Schulze. C. H. Beck. 2012. 800 p.

10. Communication from the commission to the European Parliament, The Council, the European economic and social committee of the regions Promoting a fair, efficient and competitive European copyright-based economy in the Digital Single Market COM(2016) 592 final. URL : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/promoting-fair-efficient-and-competitive-european-copyright-based-economy-digital-single-market> (дата звернення 23.06.2020).
11. Czajkowska-Dąbrowska M., Barta J., Markiewicz R. Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz. Wolters Kluwer . 2011. 824 s.
12. Debourg C. La responsabilité contractuelle. Fiche de niveau 2. Droit des contrats. 2007. URL : <https://pdfs.semanticscholar.org/eded/30fb70b08baf1d515c70deddf3441ac754e8.pdf> (дата звернення 23.06.2020).
13. DG Justice guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. URL : [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd\\_guidance\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
14. Digital Content Services for Consumers: Assessment of Problems Experienced by Consumers (Lot 1) Report 4: Final Report. URL : [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/empirical\\_report\\_final\\_-\\_2011-06-15.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/empirical_report_final_-_2011-06-15.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
15. Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and the of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=EN> (дата звернення 23.06.2020).
16. Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC. URL :

- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0771&from=pl>  
(дата звернення 23.06.2020).
17. Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0044&from=PL> (дата звернення 23.06.2020).
18. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. The data base of legislation of the European Union. URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN> (дата звернення 23.06.2020).
19. Directive of the European Parliament and the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) 2002/58/EC dated 12.07.2002. URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32002L0058> (дата звернення 23.06.2020).
20. Directive of the European Parliament and the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data 95/46/EC dated 24.10.1995. URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046> (дата звернення 23.06.2020).
21. Draft European Parliament legislative resolution on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)). URL : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0301&language=EN> (дата звернення 23.06.2020).

22. Dziomdziora W. Umowy dotyczące treści cyfrowych niezapisanych na nośniku materialnym w świetle ustawy o prawach konsumenta. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*. 2014. nr 8(3). S. 31–39.
23. European Commission Digital Single Market Strategy. URL : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en> (дата звернення 23.06.2020).
24. European Union directives. Summary of Article 288 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) — directives. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv%3A114527> (дата звернення 23.06.2020).
25. Fauvarque-Cosson B. The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts). Depth Analysis. European Parliament – Policy department for Citizen’s rights and Constitutional Affairs. 2016. P. 14–16.
26. Flisak D. *Utwór multimedialny w prawie autorskim*. Wolters Kluwer. 2008. 208 s.
27. Fox Ch. *Longman Dictionary of Contemporary English*. Longman, 2004. 1949 p. URL : <https://www.ldoceonline.com/dictionary/off-the-peg> (дата звернення 23.06.2020).
28. French Civil Code dated 21.03.1804 URL : [http://lexinter.net/ENGLISH/civil\\_code.htm](http://lexinter.net/ENGLISH/civil_code.htm) (дата звернення 23.06.2020).
29. Fritzsche J. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 1: §§ 1-487*. C. H. Beck, 2018. 2500 s.
30. Gawlik B. *Umowa know-know. Zagadnienia konstrukcyjne*. Państwowe Wydawn. Naukowe. 1973. 148 s.
31. German Civil Code dated 18.08.1896 URL : [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
32. Gersdorf H., Paal B. *Informations und Medienrecht. Kommentar*. München : C. H. Beck. 2019. Rn. 8-9. URL : [https://extranet.uj.edu.pl/,DanaInfo=beck-online.beck.de,SSL+Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckokinfomedien\\_25%2Ftmg%2Fcont%2Fbeckokinfomedien.tmg.p1.glb.gli.htm&pos=4&hlwords=on](https://extranet.uj.edu.pl/,DanaInfo=beck-online.beck.de,SSL+Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckokinfomedien_25%2Ftmg%2Fcont%2Fbeckokinfomedien.tmg.p1.glb.gli.htm&pos=4&hlwords=on) (дата звернення 23.06.2020).



33. Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz – KWG). URL : <https://www.gesetze-im-internet.de/kredwkg/KWG.pdf> (дата звернення 23.06.2020).
34. Gołaczyński J. Wybrane dobre praktyki w zakresie usług elektronicznych. C. H. Bech. 2016. 530 s.
35. Gołba L. Personal data trading under polish contract law. *Osteuroparecht*. Vol. 2. 2017. P. 186–205.
36. Górecki J., Matusik G. K. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty / Osajda (red.), Tom III B. Warszawa :Wolters Kluwer Polska. 2017. 2048 s.
37. Handbook on European data protection law. URL : [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_data\\_protection\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
38. Helberger N., Loos M., Guibault L., Mak C., Pessers L. Digital content contracts for consumers. *Journal of Consumer Policy*. 2013. Volume 36. Issue 1. P. 37–57.
39. Hillman R., O'Rourke M. The American Law Institute Principles of the law. Software Contracts. Hardbound. 2010. 308 p.
40. Jezioro J. Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Komentarz. C. H. Beck. 2010. 501 s.
41. Jezioro J., Gniewek E., Machnikowski P. Kodeks cywilny. Komentarz. C. H. Beck, 2019. 2224 s.
42. Judgment of the Court (Grand Chamber), 3 July 2012. UsedSoft GmbH v Oracle International Corp. Reference for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof. Legal protection of computer programs — Marketing of used licences for computer programs downloaded from the internet — Directive 2009/24/EC — Articles 4(2) and 5(1) — Exhaustion of the distribution right — Concept of lawful acquirer. Case C-128/11. URL : <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0128&lang1=en&type=TEXT&ancre=> (дата звернення 23.06.2020).
43. Judgment of the Court (Third Chamber), 5 July 2012. Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer. Reference for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Wien. Reference for a preliminary ruling. Directive 97/7/EC. Consumer

protection. Distance contracts. Consumer information. Information given or received. Durable medium. Meaning. Hyperlink on the website of the supplier. Right to withdrawal. Case C - 49/11. URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0049> (дата звернення 23.06.2020).

44. Kaczmarek-Templin B., Stec P., Szostek D. Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz. Warszawa : C. H. Beck. 2014. 542 s.

45. Katner W. J. Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego. 2012. T. 1. 1405 s.

46. Kilian W. Non-monetary counter performance in online-contracts relating to digital content. Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Józefowi Frąckowiakowi. Wrocław. 2018. 1380 s.

47. Klein A. Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego. Wrocław : Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego. 2005. 200 s.

48. Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Dz. U.* № 16. Poz. 93.

49. Kodeks cywilny. Tom II Komentarz do artykułów 450-1088. Przepisy wprowadzające / pod. red. K. Pietrzykowski. Duże Komentarze Becka. 2018. 1412 s.

50. Kopff A. Wykonawcy i wtórne użytkowanie ich wykonań. *Palestra* 6/7(55). S.39–46.

51. Looking ahead: The future of cloudapps in 2014 and beyond. URL : <https://searchcloudcomputing.techtarget.com/definition/Platform-as-a-Service-PaaS> (дата звернення 23.06.2020).

52. Loos M. Machine-to-Machine Contracting in the Age of the Internet of Things URL : <http://dare.uva.nl/personal/search?identifier=6e464e82-0bee-4bc5-97f1-c94d9e6bfdc7> (дата звернення 23.06.2020).

53. Loos M., Helberger N., Guibault L., Mak C., Pessers L., Cseres K., Sloot B., Tigner R. Analysis of the applicable legal framework and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts. Final Report for the Executive Agency for Health and Consumers, Comparative analysis, Law&Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible

future rules on digital content contracts. Amsterdam: University of Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law. 2011. 320 p.

54. Lubasz D., Namysłowska M. Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz. Warszawa : Wolters Kluwer. 2016. 656 s.

55. Mańko R. Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive. URL : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS\\_IDA\(2016\)582048\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/582048/EPRS_IDA(2016)582048_EN.pdf) (дата звернення 23.06.2020).

56. Maximum harmonisation. From Wikipedia, the free encyclopedia. URL : [https://en.wikipedia.org/wiki/Maximum\\_harmonisation](https://en.wikipedia.org/wiki/Maximum_harmonisation) (дата звернення 23.06.2020).

57. Media elektroniczne – współczesne problemy prawne / za red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek. Warszawa : C. H. Beck. 2016. 376 s.

58. Metzger A. Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have? URL : <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528> (дата звернення 23.06.2020).

59. Molenda-Kropielnicka E. Cloud computing - zagadnienia prawne. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*. 2013. z. 1. s. 109–149.

60. Mössner G. BGB § 103 VerteilungderLasten in GrosskommentarGesamtHrsg / B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz. URL : [https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%5Ckomm%5Cbeckogk\\_11\\_bandbgb%5Cbgb%5Ccont%5Cbeckogk.bgb.p103.glc.gliiii.htm](https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%5Ckomm%5Cbeckogk_11_bandbgb%5Cbgb%5Ccont%5Cbeckogk.bgb.p103.glc.gliiii.htm) (дата звернення 23.06.2020).

61. Niekerk A. J. The Strategic Management of Media Assets; A Methodological Approach. *Allied Academies*. New Orleans 2006. URL : <https://link.springer.com/article/10.1057/palgrave.dam.3650070> (дата звернення 23.06.2020).

62. Nowacka I. Umowa o dostarczeniu treści cyfrowych. Kraków. 2017. 420 s.

63. Ogiełło L. Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych. Katowice : Uniwersytet Śląski. 1989. 242 s.

64. Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content of European

Data Protection Supervisor from 14 March 2017. URL : [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14\\_opinion\\_digital\\_content\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf)

(дата звернення 23.06.2020).

65. Pecyna M. Ustawa o sprzedaży konsumenckiej. Komentarz. Wolters Kluwer, 2007. 256 s.
66. Pfaffenberger B. Słownik terminów komputerowych. Prószyński i S-ka. 1999. 420 c.
67. Pisuliński J. Stosowanie wspólnych europejskich przepisów o sprzedaży do treści cyfrowych. Spory o własność intelektualną : księga jubileuszowa dedykowana profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi. Warszawa : Lex a Wolters Kluwer business. 2013. S. 793–816.
68. Pormeister K. Informed consent to sensitive personal data processing for the performance of digital consumer contracts on the example of ‘23andMe’. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2017. № 1. P.17–24.
69. Pozniak-Niedzielska M. Dobra niematerialne przedsiębiorstwa państwowego. Warszawa : Państwowe Wydawn. Nauk, 1990. 132 s.
70. Prawo cywilne - część ogólna. System Prawa Prywatnego / pod. red. M. Safjan. C. H. Beck. 2012. Tom 1. 1390 s.
71. Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego / pod. red. K. Osajda. C. H. Beck. 2019. Tom 5. 1384 p.
72. Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego / red J. Panowicz-Lipska. Wydanie 2. 2011. Tom 8. 1056 s.
73. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD). URL : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015PC0634> (дата звернення 23.06.2020).
74. Proposal for a Regulation of the European Parliament and and of the Council on a common european sales law 2011/0284 dated 11.10.2011. The data base of legislation of the European Union. URL : <http://eur-lex.europa.eu/legal->

- [content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=PL](https://content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=PL) (дата звернення 23.06.2020).
75. Purtova N. Property rights in personal data: A European perspective. URL : [https://pure.uvt.nl/ws/files/1312691/Purtova\\_property16-02-2011.pdf](https://pure.uvt.nl/ws/files/1312691/Purtova_property16-02-2011.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
76. Radwański Z., Panowicz-Lipska J. Zobowiązania – część szczegółowa. C. H. Beck, 2019. 389 s.
77. Rafel R. The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. 2017. №. 24. P. 50–63.
78. Rogoń D. Przedkontraktowe obowiązki informacyjne. Podstawa i zakres w świetle Zasad Europejskiego Prawa Umów i prawa polskiego. *Transformacje Prawa Prywatnego*. № 1. 2010. C.101–132.
79. Rządowy projektustawy o prawach konsumenta. Druk nr 2076 z dnia 17.01.2014. URL : <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2076> (дата звернення 23.06.2020).
80. Schlechtriem P., Butler P. UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods. Springer-Verlag Berlin Heidelberg. 2009. 352 p.
81. Schmidt-Kessel M. Ausgestaltung der Option und andere Fragen zur Verordnung. Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? : eine Analyse des Vorschlags der Kommission. München : Sellier European Law Publishers, 2012. S. 29–50.
82. Schulte-Nölke H., Zoll F., Jansen N., Schulze R. Der Entwurf für ein einheitliches europäisches Kaufrecht. *Selp*. 2012. 424 p.
83. Schulze R., Staudenmayer D. Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2015. heft 6. P. 215–217.
84. Sloot B., Borgesius F. Google and Personal Data Protection. URL : [https://www.academia.edu/9625192/Chapter\\_4\\_Google\\_and\\_Personal\\_Data\\_Protection?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/9625192/Chapter_4_Google_and_Personal_Data_Protection?email_work_card=view-paper) (дата звернення 23.06.2020).
85. Software as a service. From Wikipedia, the free encyclopedia. URL : [https://en.wikipedia.org/wiki/Software\\_as\\_a\\_service](https://en.wikipedia.org/wiki/Software_as_a_service) (дата звернення 23.06.2020).

86. Spindler G. Contracts for the supply of digital content – scope of application and basic approach – Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content of . European Review Contract Law. 2016. Helf 3. P. 183–217.
87. Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi / Red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc. Wolters Kluwer Polska. 2013. 1532 s.
88. Stakhyra H. Applicability of the law of de facto regimes. Osteuropa Recht. 2019. Heft 2. P. 207–222.
89. Stakhyra H. Problem of legal regulation for contract of supplying digital content in Ukraine. Economic and social development of Ukraine in XXI Century: national vision and globalization challenges: collection of scientific articles, Ternopil, 6-7 of March 2017. Draft2Digital Publishing House, 2017. C. 184–186.
90. Stakhyra H. Providing of data as a counter performance in contract for supply digital content. Legea si Viata. 2017. № 12/2. S. 172–175.
91. Stefanicki R. Ochrona konsumenta w świetle ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Warszawa: Wolters Kluwer. 2006. 446 s.
92. Szostek D. Problem treści cyfrowych w obrocie konsumenckim. *Monitor Prawniczy*. 2014. № 24. URL : <http://czasopisma.beck.pl/monitor-prawniczy/artukul/problem-tresci-cyfrowych-w-obrocie-konsumenckim/> (дата звернення 23.06.2020).
93. Targosz T., Wyrwiński M. Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego. *Forum Prawnicze*. 2015. No. 1 (27). S.18–31.
94. The Tech Terms Computer Dictionary. URL : <https://techterms.com/definition/digital> (дата звернення 23.06.2020).
95. Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. O prawach konsumenta. URL : <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20140000827/O/D20140827.pdf> (дата звернення 23.06.2020).
96. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. O prawie autorskim i prawach pokrewnych. *Dz. U.* 1994. Nr 24 poz. 83. URL :

<http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19940240083/U/D19940083Lj.pdf>

(дата звернення 23.06.2020).

97. Wasikowski J. Zarys prawa rzeczowego. Państwowe wydawnictwo naukowe. 1963. 289 s.

98. Webster's New World College Dictionary. Fifth Edition. / red D. B. Guralnic. William Collins and World Publishing Co. New York, 2018. 1728 p.

99. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie I OSK 1079/10 dnia 19.05.2011. URL : <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/42DC7AE3F0>

100. Wyrok Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 26 listopada 2002 r. (V CKN 1418/00). URL : <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/v-ckn-1418-00-wyrok-sadu-najwyzszego-520170754> (дата звернення 23.06.2020).

101. Wyrok Trybunału w sprawie C-582/14 Patrick Breyer przeciwko Bundesrepublik Deutschland. URL :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0582&from=SV> (дата звернення

23.06.2020).

102. Wyrwiński M. Opinia w sprawie Komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetów Regionów «Strategia Jednolitego rynku cyfrowego» URL :

[http://www.prawoautorskie.gov.pl/media/Komunikat\\_DSM\\_/Opinia\\_na\\_temat\\_Jednolitego\\_o\\_Rynku\\_Cyfrowego\\_Wyrwinski\\_UJ.pdf](http://www.prawoautorskie.gov.pl/media/Komunikat_DSM_/Opinia_na_temat_Jednolitego_o_Rynku_Cyfrowego_Wyrwinski_UJ.pdf) (дата звернення 23.06.2020).

103. Zákon o pojistné smlouvě a o změně souvisejících zákonů (zákon o pojistné smlouvě) z 05.02.2004. № 37/2004 Sb. URL : <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2004-37>

(дата звернення 23.06.2020).

104. Zakonze dne 7 dubna 2000 o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon). URL :

<https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-121#cast1> (дата звернення 23.06.2020).

105. Zoll F. The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content. Journal of European Consumer and Market Law. 2016. H. 6. P. 250–254.



106. Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования М. : Статут, 1999. 712 с.
107. Алексеев С. С. Теория права. М. : Издательство БЕК, 1995. 320 с.
108. Алексеев С. С. Гражданское право в современную эпоху. М. : Статут. 2003. 480 с.
109. Базилевич В. Економічна теорія. Політекономія : підручник / за заг. ред. Базилевич В. Київ, 2007. 719 с.
110. Баранова Л. М. Невиконання та неналежне виконання як види порушення зобов'язання. Актуальні проблеми приватного права : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. м. Харків, 28 лют. 2014 р. Харків, 2014. С. 87–90.
111. Белов В. А. Гражданское право. Особенная часть. Абсолютные гражданско-правовые формы : учебник М. : Юрайт, 2012. Т. III. 1189 с.
112. Богринцева Е. К вопросу о неоднозначности толкования категории «услуга». *Актуальные проблемы современной науки*. 2004. №1. С.38–40.
113. Бондаренко С. В. Авторське право і суміжні права. К. : Ін-т. інтел. власн. і права. 2008. С. 134. URL : <http://intellect21.cdu.edu.ua/wp-content/uploads/2011/12/%D0%91%D0%BE%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%80%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%BE%20%D0%A1.%D0%92.%20%D0%90%D0%B2%D1%82%D0%BE%D1%80%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B5%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%20%D1%82%D0%B0%20%D1%81%D1%83%D0%BC%D1%96%D0%B6%D0%BD%D1%96%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0%20.pdf> (дата звернення 23.06.2020).
114. Брагинский М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М. : Статут, 2007. 79 с.
115. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: книга вторая: Договоры о передаче имущества. М. : Статут, 2006. 780 с.
116. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: книга первая: Общее положения. М. : Статут, 2006. 842 с.
117. Братусь С. Н. Предмет и система гражданского права. М. : Госюриздат, 1963. 196 с.



118. Бурило Ю. П. Передачі (програми) організацій мовлення як об'єкти права інтелектуальної власності та об'єкти інформаційних правовідносин. *Приватне право і підприємництво*. 2015. Вип. 14. С. 8–12.
119. Воройский Ф. С. Информатика: Новый систематизир. Толковый словарь-справочник: Введ. в соврем. информац. и телекоммуникац. технологии в терминах и фактах. М. :Физматлит, 2003. 760 с.
120. Гаврилов М. В., Климов В. А. Информатика и информационные технологии : учебник для прикладного бакалаврата. М. : Издательство Юрайт, 2014. 383 с.
121. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. М. : Зерцало, 2003. 591 с.
122. Гобиа И. Исчерпание прав в аналоговой и цифровой среде: Истечение авторских прав и доктрина первой продажи в цифровой среде. Авторское право: истечение авторских прав и доктрина первой продажи в цифровой среде. *Бюллетень UNESCO*. М., 2002, Т. 36: № 4. С. 21–37.
123. Гордон М. В. Советское авторское право. М. : Юрид. лит., 1955. 308 с.
124. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення 23.06.2020).
125. ГОСТ 15971-90 Системы обработки информации. Термины и определения. М. : Издательство стандартов, 1991. URL : <http://docs.cntd.ru/document/gost-15971-90> (дата звернення 23.06.2020).
126. Гражданское право : учебник: В 2 т. / ред. Е. А. Суханова. М : Издательство БЕК, 1998. Т. 1. 820 с.
127. Груздев В. Состав и существо договорных обязательств сторон. *Хозяйство и право*. 1999. № 7. С. 92–101.
128. Дзера О. В. Зобов'язальне право: Теорія і практика. навч. посібник. К. : Юрінком Інтер, 1998. 910 с.
129. Дроздова Н. В. Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2005. 24 с.
130. Заїка Ю. О. Українське цивільне право. Навч. посіб. К. : Істина, 2005. 312 с.

131. Закон за предоставяне на финансови услуги от разстояние в сила от 01.01.2007. URL : <https://www.lex.bg/index.php/bg/mobile/ldoc/2135540563> (дата звернення 23.06.2020).
132. Земсков А. И., Шрайберг Я. Л. Электронная информация и электронные ресурсы публикации и документы, фонды и библиотеки. Фаир, 2007. 528 с.
133. Зеров К. О. Особливості захисту авторських прав на твори, розміщені в мережі Інтернет. К. Інтерсервіс, 2018. 220 с.
134. Иоффе О. С. Избранные труды : в 4 т. СПб, 2003. Т. 1. 572 с.
135. Иоффе О. С. Обязательственное право. М. : «Юрид. лит.». 1975. 872 с.
136. Іваненко Л. М., Язвінська О. М. Реалізація прав споживачів на придбання товару належної якості. *Право України*. 2003. № 8. С. 73–77.
137. Іваненко Л. М., Язвінська О. М. Захист прав споживачів. К. : Юрінком Інтер, 2014. 211 с.
138. Ізарова І. О. Принцип пропорційності у цивільному процесі ЄС та перспективи його запровадження в цивільному процесі України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. 2016. Випуск 37. Том 1. С. 127–130.
139. Калаур І. Р. Правові наслідки порушення наймачем обов'язку щодо користування річчю, переданою у найм. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. Вип. 22. Т. 1. 2013. С. 151–154.
140. Калягіна Л. В., Разумов П. Е. Категория «Данные»: понятие, сущность, подходы к анализу. *Вестник Красноярского государственного аграрного университета*. 2014. №4. С. 3–8.
141. Карпенко О. Інтернет-послуга як об'єкт цивільно-правових відносин: дис. ...канд. юрид. наук : Харків. 2015. 207 с.
142. Кодинець А. Концепція прав на безтілесні речі: історичний аспект та сучасне розуміння. *Юридична Україна*. 2015. №1. С.34–40.
143. Комментарии к гражданскому кодексу РФ, часть первая / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. URL : <https://www.vuzlib.su/beta3/html/1/9621/10101/> (дата звернення 23.06.2020).

144. Конвенція Організації Об'єднаних націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11.04.1980 р. URL : [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_003](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003) (дата звернення 23.06.2020).
145. Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних. URL : [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_326](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_326) (дата звернення 23.06.2020).
146. Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве. Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав : сб. тр. Свердловск, 1973. С. 5–16.
147. Кривошеїна І. В. Науково-практичний коментар до ст. 626 Цивільного кодексу України. URL : <https://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk.html>
148. Крисенко С. М. Новітній Англо-український словник. Харків : Харківська крижкова фабрика ім. Фрунзе, 2005. 960 с.
149. Кротов М. В. Обязательство по оказанию услуг в советском гражданском праве : учеб. пособие Л. : ЛГУ, 1990. 106 с.
150. Круглова О. О. Ціна як істотна умова цивільно-правових договорів. *Форум права*. 2011. № 2. С. 468–471.
151. Крюкова І. О. Корисність та цінність блага з позицій української школи фізичної економії. *Історія народного господарства та економічної думки України*. 2015. Вип. 48. С.242–258.
152. Кубів С., Мініч О., Бірюков А. Цифрова адженда України – 2020. Концептуальні засади (версія 1.0). Першочергові сфери, ініціативи, проекти «цифровізації» України до 2020 року. ХайТек Офіс Україна, 2016. 90 с.
153. Кухарєв О., Загородній С. Зобов'язальне право. 24 с. URL : <http://lib.univd.edu.ua/?controller=service&action=downloadRep&id=97690> (дата звернення 23.06.2020).
154. Левшина Т. Л. Комментарий к ст. 779 Гражданского кодекса Российской Федерации. Изд. 5-е, испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики / рук. авт. кол. и отв. ред. д-р юрид. наук, проф. О. Н. Садиков. М. : Юрид. фирма «Контракт», 2007. 987 с.

155. Липщик Д. Авторское право и смежные права. М. : ЮНЕСКО, 2002. 794 с.
156. Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності. К. : Юрінком Інтер, 2008. 573 с.
157. Майданик Р. А. Цивільно-правова відповідальність. Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / відп. ред. Ю. В. Баулін. Донецьк : ПП «ВД «Кальміус», 2013. С. 86–147.
158. Малишев В. Ф., Петраковський О. Ю. Новий англо-український та українсько-англійський словник. Друкарський центр «Єдинорог», 2000. 572 с.
159. Меджибовська Н. С. Формування системи електронного постачання промислових підприємств. Одеса : Пальміра. 2011. 274 с.
160. Мельник О. М. Договори у сфері інтелектуальної власності за новим Цивільним кодексом України. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 9. С. 6–9.
161. Мефодьева К. О. Подходы к определению цифровых данных (цифровой контент) как гражданско-правовой категории. URL : [https://lomonosov-msu.ru/archive/Lomonosov\\_2017/data/10900/uid135975\\_report.pdf](https://lomonosov-msu.ru/archive/Lomonosov_2017/data/10900/uid135975_report.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
162. Мілаш В. Поняття та природа цифрового контенту в межах господарського обороту. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 12. С. 102–106.
163. Мороз О. В., Мороз М. В. Права та обов'язки сторін за договором найму. *Право і безпека*. 2010. № 2 (34). С. 201–205.
164. Мурзин Д. В. Безтелесные вещи. *Цивилистические записки: меж вуз. сб. науч. трудов*. М. : Статут. 2004. Вып.3. 319 с.
165. Носік Ю. Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України. (ст. 714). URL : <http://jurists.org.ua/civil-law/3311-naukovo-praktichniy-komentar-do-st-714-civlnogo-kodeksu-ukrayini.html> (дата звернення 23.06.2020).
166. Отрадна О. О. Науково-практичний коментар ст. 759 Цивільного кодексу України. URL : <https://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/1122-759.html> (дата звернення 23.06.2020).

167. Победоносцев К. П. Курс гражданского права. СПб., 1896. Ч. 3 : Договоры и обязательства. С. 139–140.
168. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 лютого 2019 року у справі № 914/2649/17 (провадження № 12 - 216гс18). URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/685781/> (дата звернення 23.06.2020).
169. Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки (Методичні рекомендації). URL : [http://static.rada.gov.ua/site/bills/info/zak\\_rules.pdf](http://static.rada.gov.ua/site/bills/info/zak_rules.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
170. Право інтелектуальної власності: навч. посіб. / за ред. Кравця В. Р., Олюхи В. Г. К.: Центр учбової літератури, 2012. 270 с.
171. Правова доктрина України у п'яти томах. Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнєцова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін. Х. : 2013. Т. 3. 760 с.
172. Прапорець (елемент GUI). URL : [https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%BF%D0%BE%D1%80%D0%B5%D1%86%D1%8C\\_\(%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82\\_GUI\)](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%BF%D0%BE%D1%80%D0%B5%D1%86%D1%8C_(%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82_GUI)) (дата звернення 23.06.2020).
173. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.
174. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.
175. Про визнання такими, що втратили актуальність, окремих листів Національного банку України : Лист Національного банку України від 22.03.2018 р. № 40-0006/16290. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v6290500-18#Text> (дата звернення 23.06.2020).
176. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : Постанова Пленуму Вищого Господарського Суду України від 17.10.2012 р. № 12. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12> (дата звернення 23.06.2020).

177. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 р. № 851-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 36. Ст. 275.
178. Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 р. № 675-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 45. С. 2344
179. Про енергозбереження : Закон України від 01.07.1994 р. № 74/94-ВР. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/74/94-%D0%B2%D1%80> (дата звернення 23.06.2020).
180. Про затвердження Порядку захисту державних інформаційних ресурсів у інформаційно-телекомунікаційних системах : Наказ Департаменту спеціальних телекомунікаційних систем та захисту інформації Служби безпеки України від 24.12.2001 р. № 76. *Офіційний вісник України*. 2002. № 3. С. 303.
181. Про затвердження Порядку підключення до глобальних мереж передачі даних : Постанова Кабінету Міністрів України від 12.04.2002 р. № 522. *Офіційний вісник України*. 2002. № 16, С. 129.
182. Про затвердження Правил авіаційного електрозв'язку в цивільній авіації України : Наказ Міністерства транспорту України від 23.09.2003 р. № 736. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1001-03> (дата звернення 23.06.2020).
183. Про затвердження Правил інформаційного забезпечення системи управління безпекою польотів повітряних суден цивільної авіації України : Наказ Міністерства транспорту і зв'язку України від 19.03.2009 р. № 295. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0293-09> (дата звернення 23.06.2020).
184. Про затвердження Правил постачання природного газу : Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 30.09.2015 р. № 2496. URL : <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1382-15> (дата звернення 23.06.2020).
185. Про захист персональних даних : Закон України від 01.06.2010 р. № 2297-VI. *Відомості Верховної Ради України*. № 34. Ст. 481.
186. Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 р. № 1023-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 30. Ст. 379.



187. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12> (дата звернення 23.06.2020).
188. Про Національну програму інформатизації : Закон України від 04.02.1998 р. № 74/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 27. Ст. 375.
189. Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 роки : Закон України від 09.01.2007 р. № 537-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2007. № 12. Ст. 102.
190. Про питання захисту авторських прав в Інтернеті : Постанова Вищого Арбітражного Суду України від 05.06.2000 у справі N 04-1/5-7/82. URL : [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v7\\_82800-00](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v7_82800-00) (дата звернення 23.06.2020).
191. Про питну воду, питне водопостачання та водовідведення : Закон України від 10.01.2002 р. № 2918-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2918-14> (дата звернення 23.06.2020).
192. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні : Закон України від 05.04.2001 р. № 2346-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 29. Ст. 137.
193. Про ринок електричної енергії : Закон України від 13.04.2017 р. № 2019-VIII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2019-19> (дата звернення 23.06.2020).
194. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.01.2018 р. № 67-р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/67-2018-%D1%80> (дата звернення 23.06.2020).
195. Про телекомунікації : Закон України від 18.11.2003 р. № 1280-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 12. Ст. 155.
196. Рабінович А. Юридично значимі послуги: загальнотеоретичне поняття, класифікація. *Право України*. 2010. № 8. С.142–146.
197. Родоман Т. О. Проблема визначення поняття зміни умов договору в цивільному законодавстві України. *Судова апеляція*. 2014. №3(36). С. 112–118.
198. Розізнана І. Загальна характеристика порушення договірних зобов'язань та його наслідки в цивільному праві. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 2. С. 73–79.

199. Рынок цифрового контента в России и мире 2010-2016. URL : [http://www.json.ru/poleznye\\_materialy/free\\_market\\_watches/analytics/2013\\_digital\\_content\\_2010-2016/](http://www.json.ru/poleznye_materialy/free_market_watches/analytics/2013_digital_content_2010-2016/) (дата звернення 23.06.2020).
200. Саванець Л. М. Перехід прав за бездокументарними цінними паперами: цивільно-правовий аспект: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. 2013. 230 с.
201. Саванець Л. М. Права споживача у разі придбання товару неналежної якості за законодавством Європейського Союзу та України. *Актуальні проблеми правознавства*. 2017. Випуск 1 (9). С.36–42.
202. Саватьє Р. Теория обязательств: юридический и экономический очерк. Прогресс, 1972. 440 с.
203. Савченко В. О. Консенсуальний, каузальний та алеаторний характер договору про надання медичних послуг. *Фармацевтичне і медичне право України*. Х., 2012. С. 53–54.
204. Святошнюк А. Л. Інститут розірвання порушеного договору у цивільному праві України та країн європейського союзу (порівняльно-правовий аналіз) : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Одеса, 2015. 218 с.
205. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник. М. : ТК Велби: Проспект, 2005. 752 с
206. Сибіга О. М. Договір комісії за цивільним кодексом України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2009. 22 с.
207. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве : учеб. прак. пособ. М. : Дело, 2000. 59 с.
208. Сліпченко С. О. Поняття об'єкту цивільних прав та об'єкту цивільних правовідносин. URL : [file:///C:/Users/admin/Downloads/PH-vMVzo0FNFhfs4Q3UI\\_EkV7bAw1WbL.pdf](file:///C:/Users/admin/Downloads/PH-vMVzo0FNFhfs4Q3UI_EkV7bAw1WbL.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
209. Словник української мови : в 11 т. / редкол.: І. К. Білодід (голова). Київ : Наукова думка, 1970 - 1980. Т. 2 / ред.: П. П. Доценко, Л. А. Юрчук. 1971. 550 с.
210. Словник української мови. Академічний тлумачний словник: в 11 томах. 1974. Т. 5. С. 625. URL : <http://sum.in.ua/p/5/625/2> (дата звернення 23.06.2020).



211. Стахира Г. М. Захист персональних даних особи в контексті правовідносин постачання цифрового контенту. Юриспруденція в сучасному просторі: матеріали ІХ міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 1 бер. 2019 р. Київ, 2019. С. 138–140.
212. Стахира Г. М. Речово-правові проблеми природи цифрового контенту. Підприємництво, господарство і право. №11. 2017. С. 55–58.
213. Стахира Г. М. Хмарні технології як об'єкт правового регулювання. Сучасна університетська правова освіта і наука: матеріали VIII міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 23 лют. 2018 р. Київ, Т.2. 2018. С. 139–141.
214. Стахира Г. М. Цивільно-правовий обіг цифрового контенту за посередництвом он-лайн платформ. Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 21-22 квіт. 2017 р. Тернопіль, 2017. С. 311–314.
215. Стахира Г. М. Цифровий контент – необхідність законодавчої дефініції? Одеські юридичні читання: матеріали всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 10-11 лист. 2017 р. Одеса, 2017. С. 59–62.
216. Стахира Г. М. Цифровий контент як об'єкт права інтелектуальної власності. Україна в умовах реформування правової систем: сучасні реалії та міжнародний досвід: матеріали III міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 20-21 квіт. 2018 р. Тернопіль, 2018. С. 207–209.
217. Стахира Г. М., Калаур І. Р. Відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань з постачання цифрового контенту. Право України. 2019. № 2. С. 77–90.
218. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Концепція договору постачання цифрового контенту в умовах адаптації договірнього права України до *acquis communitare* ЄС. Форум Права. 2020. 61(2). С. 56–64. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3702455>.
219. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Проблеми захисту прав цифрових споживачів у національному законодавстві. Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід: матеріали IV міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 5-6 квіт. 2019 р. Тернопіль, 2019. С. 60–63.
220. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Проблеми та перспективи адаптації проекту Директиви Європейського Парламенту і Ради 2015/0287 про деякі аспекти, що

стосуються договору поставки цифрового контенту до законодавства України. Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 8 чер. 2018 р. Київ, 2018. С. 162–165.

221. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Цифровий контент як об'єкт авторського права. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія право. 2019. № 59. С. 167–170.

222. Стахира Г. М. Проблеми визначення поняття цифрового контенту. Актуальні проблеми правознавства. № 3 (11). 2017. С. 127–131.

223. Суха Ю. С. Договірна рівновага як співвідношення майнових інтересів сторін при істотній зміні обставин. Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє : матер. міжнар. наук.-практ. конф. м. Одеса, 19 трав. 2017 р. У 2-х т. Т. 2 / відп. ред. Г. О. Ульянова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2017. С. 528–530.

224. Трофимов В. В. Информатика в 2 т. Москва : ИздательствоЮрайт, 2018. Том 2 : учебник для академического бакалавриата. 406 с. URL : <https://www.biblio-online.ru/viewer/informatika-v-2-t-tom-2-421398#page/1> (дата звернення 23.06.2020).

225. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75, С. 83. URL : [https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011) (дата звернення 23.06.2020).

226. Федоришин М. Англо-український словник з українською транскрипцією. За ред. Н. Гайдук і П. Корнеса. Львів : БаК, 2009. 248 с.

227. Федорченко Н. В. Загальні проблеми зобов'язань по наданню послуг. *Держава і право*. 2002. Вип. 17. С. 237–242.

228. Харитонов Є. О. Цивільне і сімейне право України: навчально–практичний посібник. Х. : Одісей, 2003. 640 с.

229. Харитонова О. І., Ульянова Г. О., Кирилюк А. В., Симонян Ю. Ю., Бааджи Н. П., Позова Д. Д., Григор'янц Г. І., Бурова Л. І., Мартинюк І. В. Проблемні питання визначення правової природи і структури правовідносин інтелектуальної

- власності, що виникають у мережі Інтернет. *Наукові праці національного університету Одеська Юридична академія*. 2015. № 17. С.159–200.
230. Цивільне право України. Загальна частина : навч. посібник для студентів юрид. вузів та факультетів / за ред. О. А. Підопригори, Д. В. Бобрової. К. : Вентурі, 1995. 416 с.
231. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданчика. 3-тє вид., перероб. і допов. К. : Юрінком Інтер, 2010. 976 с.
232. Цивільне право України: підручник у 2т. / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Х. : «Право», 2011. Т.1. 655 с.
233. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. С. 356.
234. Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. К. : Істина. 2004. 928 с.
235. Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963 р. № 1540-VI. URL : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06> (дата звернення 23.06.2020).
236. Цивільний кодекс УРСР від 1.02.1923 р. URL : [https://jurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi\\_kodeks\\_usrr\\_1922.pdf](https://jurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf) (дата звернення 23.06.2020).
237. Шалито Н. Б. Правовое регулирование рационализаторской деятельности. Ленинград, 1989. 128 с.
238. Шимон С. Об'єкт і предмет договору і цивільного правовідношення: нотатки до наукової дискусії. *Юридична Україна*. №4, 2011. С. 58–64.
239. Щодо відкликання згоди на обробку персональних даних : Лист Міністерства юстиції України від 26.04.2013 р. № 5543-0-33-13/6.1 URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v5543323-13#Text> (дата звернення 23.06.2020).
240. Экосистема цифрового контента. URL : [http://www.tadviser.ru/index.php/%D0%A1%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%8C%D1%8F:%D0%A6%D0%B8%D1%84%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%B9\\_%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%82%D0%B5%D0%BD%D1%82](http://www.tadviser.ru/index.php/%D0%A1%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%8C%D1%8F:%D0%A6%D0%B8%D1%84%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%B9_%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%82%D0%B5%D0%BD%D1%82) (дата звернення 23.06.2020).

241. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін. К. : «Укр. енцикл.», 1998. URL : [https://leksika.com.ua/13060726/legal/dostovirnist\\_informatsiyi](https://leksika.com.ua/13060726/legal/dostovirnist_informatsiyi) (дата звернення 23.06.2020).
242. Яворська О. С. Реальні договори в цивільному праві України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2013. Вип. 70. С. 169–175.
243. Якубівський І. Правове регулювання інтелектуальної власності. *Право та інновації*. № 4 (12) 2015. С.65–71.
244. Єгоричева О. Правові наслідки продажу товарів неналежної якості за споживчим законодавством. *Юридична Україна*. 2013. №1. С. 67–72.
245. Подколзін І. Загальні засади відшкодування збитків за цивільним законодавством України. *Юридична Україна*. 2007. № 12. С. 38–43.
246. Примак В. Системні вади законодавства про відповідальність за шкоду, внаслідок недоліків товарів, робіт, послуг. *Юридична Україна*. 2012. № 7. С. 57–65.
247. Рішення Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області у справі № 182/4189/19 від 19.06.2020. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89915022> (дата звернення 23.06.2020).

## ДОДАТОК А

## СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

*в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:*

1. Стахира Г. М. Проблеми визначення поняття цифрового контенту. *Актуальні проблеми правознавства*. № 3 (11). 2017. С. 127–131.
2. Стахира Г. М. Речово-правові проблеми природи цифрового контенту. *Підприємництво, господарство і право*. № 11. 2017. С. 55–58.
3. Stakhyra H. Providing of data as a counter performance in contract for supply digital content. *Legea si Viata*. № 12/2. 2017. S. 172–175.
4. Стахира Г. М., Калаур І. Р. Відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань з постачання цифрового контенту. *Право України*. № 2. 2019. С. 77–90. (Особистий внесок здобувача – положення про відповідальність за порушення договірних зобов'язань з постачання цифрового контенту в межах чинного цивільного законодавства: відповідальність за договорами купівлі-продажу, відповідальність у споживчих договорах, на підставі договору найму, на підставі законодавства у сфері захисту авторського права і суміжних прав; відповідальність сторін на підставі проекту Директиви Європейського парламенту і Ради 2015/0287 від 09.12.2015 р. про деякі аспекти, що стосуються договорів постачання цифрового контенту).
5. Stakhyra H. Applicability of the law of de facto regimes. *Osteuropa Recht*. 2019. Heft 2. P. 207–222.
6. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Цифровий контент як об'єкт авторського права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. 2019. № 59. С. 167–170. (Особистий внесок здобувача – проаналізовано цифровий контент як об'єкт авторського права за законодавством України, зроблено висновки про необхідність внесення змін до ст. 177 ЦК України та ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права»).

7. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Концепція договору постачання цифрового контенту в умовах адаптації договірних права України до *acquis communitare* ЄС. *Форум Права*. 2020. 61(2). С. 56–64. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3702455>. (Особистий внесок здобувача – досліджено можливість ефективного правового регулювання відносин обігу цифрового контенту діючими у цивільному законодавстві договірними Україною конструкціями купівлі-продажу та найму; обґрунтовано необхідність виокремлення та запровадження до національного законодавства договору постачання цифрового контенту).

*які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:*

9. Стахира Г. М. Цивільно-правовий обіг цифрового контенту за посередництвом он-лайн платформ. *Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід*: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 21-22 квіт. 2017 р. Тернопіль, 2017. С. 311–314.

10. Стахира Г. М. Цифровий контент – необхідність законодавчої дефініції? *Одеські юридичні читання*: матеріали всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 10-11 лист. 2017 р. Одеса, 2017. С. 59–62.

11. Stakhura H. Problem of legal regulation for contract of supplying digital content in Ukraine. *Economic and social development of Ukraine in XXI Century: national vision and globalization challenges*: collection of scientific articles, Ternopil, 6-7 of March 2017. Draft2Digital Publishing House, 2017. С. 184–186.

12. Стахира Г. М. Хмарні технології як об'єкт правового регулювання. *Сучасна університетська правова освіта і наука*: матеріали VIII міжнар. наук.-практ. конф., м.Київ, 23 лют. 2018 р. Київ, Т.2. 2018. С. 139–141.

13. Стахира Г. М. Цифровий контент як об'єкт права інтелектуальної власності. *Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід*: матеріали III міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 20-21 квіт. 2018 р. Тернопіль, 2018. С. 207–209.

14. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Проблеми та перспективи адаптації проекту Директиви Європейського Парламенту і Ради 2015/0287 про деякі аспекти, що

стосуються договору поставки цифрового контенту до законодавства України. *Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 8 чер. 2018 р. Київ, 2018. С. 162–165. (Особистий внесок здобувача – проаналізовано зобов'язання України, що містяться в Угоді про асоціацію із Європейським Союзом, в тому числі щодо адаптації законодавства у сфері постачання цифрового контенту).

15. Стахира Г. М. Захист персональних даних особи в контексті правовідносин постачання цифрового контенту. *Юриспруденція в сучасному просторі*: матеріали ІХ міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 1 бер. 2019 р. Київ, 2019. С. 138–140.

16. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Проблеми захисту прав цифрових споживачів у національному законодавстві. *Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід*: матеріали ІV міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 5-6 квіт. 2019 р. Тернопіль, 2019. С. 60–63. (Особистий внесок здобувача – проаналізовано проблеми захисту прав українських споживачів за договорами, що опосередковують обіг цифрового контенту, доведено необхідність гармонізації національного законодавства із вторинним правом Європейського Союзу).

### ***Відомості про апробацію результатів дисертації***

Результати дисертаційного дослідження були оприлюднені на дванадцяти науково-практичних конференціях, а саме: ІІ Міжнародній науково-практичній конференції «Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід», Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 21-22 квітня 2017 р.); Міжнародній конференції «Проблеми функціонування он-лайн посередницьких платформ в Україні», Оснабрюцький університет (м. Оснабрюк, Німеччина, 4-9 липня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Порівняльні аспекти польського та українського права», Ягеллонський університет (м. Краків, Республіка Польща, 22-23 вересня 2017 р.); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Одеські юридичні читання», Національний університет «Одеська юридична академія» (м. Одеса, 10-11 листопада 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Економічний і соціальний

розвиток України у XXI столітті: національна візія та виклики глобалізації», Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 6-7 березня 2017 р.); VIII Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасна університетська правова освіта і наука», Національний авіаційний університет (м. Київ, 23 лютого 2018 р.); III Міжнародній науково-практичній конференції «Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід», Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 20-21 квітня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС», Київський національний університет ім. Т. Шевченка (м. Київ, 8 червня 2018 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Прогалини у праві – роль юридичної фікції», Оснабрюцький університет (м. Оснабрюк, Німеччина, 12-15 грудня 2018 р.); IX Міжнародній науково-практичній конференції «Юриспруденція в сучасному просторі», Національний авіаційний університет (м. Київ, 1 березня 2019 р.); IV Міжнародній науково-практичній конференції «Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід», Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 5-6 квітня 2019 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «DCFR: порівняльно-правова перспектива», Оснабрюцький університет, Тернопільський національний економічний університет (м. Тернопіль, 6-7 грудня 2019 р.).





# ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ

Комітет з питань правової політики

01008, м. Київ-8, вул. М. Грушевського, 5, тел.: 255-35-84

№ 04-26/17-2020/218635 (270634)

" 23" листопада 2020р.

## АКТ

впровадження результатів дисертаційного дослідження

СТАХИРИ Г.М. у законотворчу діяльність

Комісія у складі: Голови Комітету Верховної Ради України з питань правової політики Костіна А.Є., члена Комітету Дирдіна М.Є. та керівника секретаріату Комітету Колісника І.В., склала цей акт з приводу того, що комісією розглянуто результати дисертаційного дослідження Стахири Ганни Михайлівни на тему: «Цивільно-правове регулювання обігу цифрового контенту», поданого на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 - Право.

Комісія вважає, що представлені пропозиції, отримані на основі проведеного комплексного дисертаційного дослідження, мають необхідний теоретичний та методологічний рівень, практичну значимість, є надзвичайно актуальними та можуть бути використані для вдосконалення нормативно-правових актів України як основної форми права в нашій державі.

Цей акт наданий для подання у відповідну спеціалізовану вчену раду із захисту дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора філософії.

Голова Комітету

  
А.Є. КОСТІН

Член Комітету

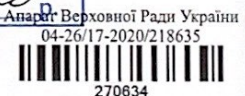
  
М.Є. ДИРДІН

Керівник секретаріату Комітету

  
І.В. КОЛІСНИК



Підпис А.Є. Костіна, М.Є. Дирдіна  
підтверджую І.В. Колісника  
керівника секретаріату Комітету  
Управління кадрів  
Апарату Верховної Ради України  
« 23 » 11 20 20 р.



270634

*Handwritten mark*





МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

**ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

вул. Львівська, 11, м. Тернопіль, 46009; тел./факс +380 (352) 475051;  
www.wunu.edu.ua; rektor@wunu.edu.ua; ідентифікаційний код за ЄДРПОУ 33680120

*№ 126-29/1628*

*30 червень 2020р*

“Затверджую”



Перший проректор  
Західноукраїнського  
університету  
к. ф. н. доцент

національного

М.І. Шинкарик  
2020 р.

**АКТ**

впровадження наукових розробок дисертаційного дослідження старшого  
викладача кафедри міжнародного права та міграційної політики  
Західноукраїнського національного університету  
Стахири Ганни Михайлівни  
в навчальний процес юридичного факультету Західноукраїнського  
національного університету

Комісія у складі: декана юридичного факультету кандидата юридичних наук, доцента Банаха С.В., доцента кафедри цивільного права і процесу кандидата юридичних наук Бутрин-Боки Н.С., доцента кафедри міжнародного права та міграційної політики кандидата юридичних наук



Баран А.В. склала даний акт про те, що результати дисертаційного дослідження викладача кафедри міжнародного права та міграційної політики Західноукраїнського національного університету Стахири Ганни Михайлівни за темою: “Цивільно-правове регулювання обігу цифрового контенту” використовуються для проведення лекційних та семінарських занять зі студентами, що здобувають освіту за освітньо-кваліфікаційним рівнем “бакалавр” при вивченні дисципліни “Європейське договірне право” “Порівняльне цивільне право”, “Цивільне право (особлива частина)”, де в робочих програмах та навчально-методичних матеріалах з дисципліни “Європейське договірне право” в якості джерел рекомендовано її наукові публікації.

Серед них:

1. Стахира Г. М. Проблеми визначення поняття цифрового контенту. *Актуальні проблеми правознавства*. № 3 (11). 2017. С. 127–131.
2. Стахира Г. М. Речово-правові проблеми природи цифрового контенту. *Підприємництво, господарство і право*. № 11. 2017. С. 55–58.
3. Stakhyra H. Providing of data as a counter performance in contract for supply digital content. *Leges et Viata*. № 12/2. 2017. S. 172–175.
4. Стахира Г. М., Калаур І. Р. Відповідальність сторін за порушення договірних зобов'язань з постачання цифрового контенту. *Право України*. № 2. 2019. С. 77–90.
5. Stakhyra H. Applicability of the law of de facto regimes. *Osteuropa Recht*. 2019. Heft 2. P. 207–222.
6. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Цифровий контент як об'єкт авторського права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія Право. 2019. № 59. С. 167–170.
7. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Концепція договору постачання цифрового контенту в умовах адаптації договірного права України до *acquis*



communitare ЄС. *Форум Права*. 2020. 61(2). С. 56–64. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3702455>.

8. Стахира Г. М. Цивільно-правовий обіг цифрового контенту за посередництвом он-лайн платформ. *Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід*: матеріали II міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 21-22 квіт. 2017 р. Тернопіль, 2017. С. 311–314.

9. Стахира Г. М. Цифровий контент – необхідність законодавчої дефініції? *Одеські юридичні читання*: матеріали всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 10-11 лист. 2017 р. Одеса, 2017. С. 59–62.

10. Stakhura H. Problem of legal regulation for contract of supplying digital content in Ukraine. *Economic and social development of Ukraine in XXI Century: national vision and globalization challenges*: collection of scientific articles, Ternopil, 6-7 of March 2017. Draft2Digital Publishing House, 2017. С. 184–186.

11. Стахира Г. М. Хмарні технології як об'єкт правового регулювання. *Сучасна університетська правова освіта і наука*: матеріали VIII міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 23 лют. 2018 р. Київ, Т.2. 2018. С. 139–141.

12. Стахира Г. М. Цифровий контент як об'єкт права інтелектуальної власності. *Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід*: матеріали III міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 20-21 квіт. 2018 р. Тернопіль, 2018. С. 207–209.

13. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Проблеми та перспективи адаптації проекту Директиви Європейського Парламенту і Ради 2015/0287 про деякі аспекти, що стосуються договору поставки цифрового контенту до законодавства України. *Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 8 чер. 2018 р. Київ, 2018. С. 162–165.

14. Стахира Г. М. Захист персональних даних особи в контексті правовідносин постачання цифрового контенту. *Юриспруденція в сучасному*

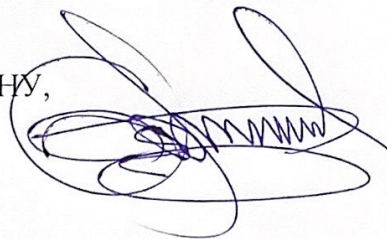


*просторі*: матеріали ІХ міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 1 бер. 2019 р. Київ, 2019. С. 138–140.

15. Стахира Г. М., Саванець Л. М. Проблеми захисту прав цифрових споживачів у національному законодавстві. *Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід*: матеріали ІV міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, 5-6 квіт. 2019 р. Тернопіль, 2019. С. 60–63.

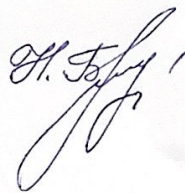
Члени комісії:

декан юридичного факультету ЗУНУ,  
к.ю.н., доц.



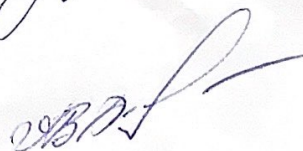
С.В. Банах

доцент кафедри цивільного права  
і процесу ЗУНУ,  
к.ю.н.,



Н.С. Бутрин-Бока

доцент кафедри міжнародного права  
та міграційної політики ЗУНУ,  
к.ю.н.



А.В. Баран