

НАПРЯМИ РОЗВИТКУ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

НЕКІТ КАТЕРИНА ГЕОРГІЇВНА

кандидат юридичних наук, доцент, докторант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3540-350X>

УДК 347.441.142-021.131+347.2(477)

DOI: 10.37772/2518-1718-2020-4(32)-9

КОРИСТУВАЦЬКА УГОДА (TERMS OF SERVICE) ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ВІРТУАЛЬНЕ МАЙНО

Статтю присвячено дослідженню правової природи та специфіки користувацьких угод (Terms of Service). Окремо аналізується можливість розглядати користувацькі угоди як потенційні підстави виникнення права власності на віртуальне майно. Проаналізовано судову практику стосовно захисту прав користувачів акаунтів та європейські підходи до захисту прав користувачів. Наведено дані досліджень, які дають підстави говорити про порушення користувацькими угодами прав користувачів. У свою чергу, це дає підстави ставити під сумнів можливість розглядати користувацьку угоду як різновид договору. Однак проведений аналіз дає змогу дійти висновку щодо можливості розглядати користувацьку угоду як змішаний договір, який потенційно може виступати підставою виникнення права віртуальної власності.

Ключові слова: користувацька угода, Terms of Service, соціальні мережі, акаунти, користувачі, права людини, віртуальні активи, типові угоди, цифровий контент.

Постановка проблеми. Сьогодні користування численними сайтами допускається лише за умови погодження з користувацькими угодами (Terms of Service, ToS), що ними пропонуються. Частіше за все користувачі проставляють галочки, що прирівнюється до підписання таких угод, навіть не читаючи їх. Однак як виявляється, у більшості випадків користувацькі угоди, які за своєю сутністю є угодами між користувачами та провайдерами, спрямовані лише на забезпечення інтересів провайдерів і фактично встановлюють суттєві обмеження для користувачів без надання їм жодних прав, окрім права користування сервісом. Крім того, провайдери створюють їх таким чином, щоб по можливості не звертати увагу користувачів на присутність у цих відносинах контракту. Такі угоди за загальним правилом розміщуються як гіперпосилання внизу сторінки або створюються як крок, з яким користувач повинен погодитись під час реєстрації [1]. На цій підставі все частіше підіймається питання про необхідність посилення захисту прав користувачів як слабкішої сторони контракту, за аналогією із захистом прав споживачів. Більше того, взагалі піддається сумніву можливість розглядати користувацьку угоду як різновид договору.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. З урахуванням новизни такого явища, як користувацька угода, на сьогодні є не так багато присвячених їй досліджень, особливо у вітчизняній науці. Серед зарубіжних дослідників правової природи та специфіки користувацьких угод можна згадати К. Корнеліуса, Л. Беллі та Дж. Вентуріні, Т. Ромма, П. Рандольфа, М. Радіна, А. Савельєва, Н. Власову. Отже, вітчизняних досліджень правової природи користувацьких угод бракує, а кількість випадків врегулювання ними відносин зростає, тому нагальною є потреба наукових розробок у цій сфері.

Метою статті є дослідження правової природи користувацької угоди та аналіз її з точки зору можливості виникнення на її підставі відносин, зокрема, відносин власності щодо віртуального майна.

Виклад основного матеріалу. Terms of Service у найбільш загальному вигляді визначаються як договір про прийнятне використання цифрових носіїв інформації, визначений розробником [2]. Більш детально їх можна визначити як правила, які особа або організація має дотримуватись задля користування сервісом. Зазвичай такі правила вважаються зобов'язуючими для користувачів, за умов, що вони

не порушують жодних законодавчих актів. Такі угоди можуть змінюватись час від часу самим провайдером, який несе відповідальність за донесення будь-яких змін до відома користувачів. Як правило, користувацькі угоди не використовуються на сайтах, які лише надають інформацію чи продають товари. Натомість, вони є обов'язковими для сайтів, які зберігають персональні дані користувачів, таких як соціальні мережі, онлайн аукціони, сайти, на яких здійснюються фінансові транзакції тощо [3]. Елементами угоди Terms of Service можуть бути політика приватності, умови користування сервісом, положення про збір та обробку даних, права власності, положення про відповідальність тощо [1].

Оскільки користувацькі угоди часто ставлять користувачів у заздалегідь уразливе становище, багато дослідників заявляють про те, що Terms of Service взагалі не є контрактом. Як зазначають дослідники, крім того, що такі угоди абсолютно не узгоджуються сторонами, проблеми згоди та обізнаності користувачів не дозволяють визначати ці документи як укладені між двома сторонами, які: 1) обізнані про угоду, яку вони беруть на себе обов'язок дотримуватись; 2) обізнані про обмін, що встановлюється умовами угоди. У випадку з Terms of Service фактично термін угода означає лише бажання розробника цих правил зобов'язати користувача їх дотримуватись [4]. Разом із тим, оскільки такі шаблони не укладаються за наявності вираженої згоди, відірвані від інтуїтивного розуміння угоди і взагалі позбавляють осіб їх демократично затверджених прав, такі угоди нівелюють базові принципи контрактів, які призначені для вираження автономної волі індивідумів та підлягають приватному контролю. З цих міркувань деякі дослідники вважають, що такі типові угоди взагалі не можуть встановлювати права та обов'язки користувачів [1].

Terms of Service іноді називають «зомбі-контрактами» та згадують цікавий випадок, який трапився з Facebook. Після епізоду з допитуванням Марка Цукерберга, компанії було поставлено питання чи читали вони самі угоду Terms of Service, якою вперше фірмі було надано доступ до даних користувачів, на що представник компанії відповів, що вони не читали усієї угоди [5]. Очевидно, що якщо навіть володільці платформи не читали усієї угоди, абсолютна більшість користувачів не звертає на неї увагу. Як показують дослідження, стандартні контракти (різновидом яких вважаються Terms of Service) практично не читають, а якщо читають, то їх вважають важкими для розуміння із-за їх довжини, насиченості та юридичного жаргону [6, 7]. Ситуація навіть гірше у випадку з онлайн-середовищем, тому що час, необхідний для того, щоб просто прочитати Terms of Service приголомшує. Дослідження показали, що

користувачі проводили б вісім годин на день протягом 76 днів тільки для того, щоб прочитати політику приватності біля півтори тисячі веб-сайтів, які вони відвідують щорічно [8].

Наведені обставини спонукають дослідників підіймати питання про порушення такими угодами прав людини. Беллі Л. та Вентуріні Дж. пишуть, що угоди ToS суттєво впливають на права людини у сфері свободи слова та приватності, особливо це стосується суспільств з низьким рівнем доходу [8]. Зазначається, що приватне регулювання, що розробляється та впроваджується посередниками в онлайн-середовищі, має прямий вплив на можливість користувачів у повній мірі реалізовувати їхні фундаментальні людські права, тоді як організації, що розробляють таке регулювання, насолоджуються контролем ситуації в Інтернеті [9]. Інші дослідники вказують, що більшість користувачів не читає угоди ToS, і абсолютна більшість не звертає увагу на потенційно небезпечні та такі, що можуть змінити життя умови [6].

Більшість непрофесійних («наївних») учасників договірних відносин не читає або не розуміє умов типових контрактів. Усі повноваження щодо написання, представлення та забезпечення дії таких угод належать їх розробникам, тоді як споживачі та користувачі за загальним правилом залишаються непоінформованими і не до кінця усвідомлюють свою участь у контракті. Стосовно цифрової форми така ситуація погіршується, розробники типових угод набувають навіть більшої влади [1]. За відсутності чітких механізмів захисту фундаментальних прав людини та захисту прав споживачів, приватні регулятори під час надання інтернет послуг регулюють порядок їх надання у розроблених ними договорах з найбільш економічно вигідної точки зору, яка може бути не найкращою з точки зору інтересів користувачів. Компанії включають в такі договори пункти про вибір юрисдикції чи відмову від судових спорів, які очевидно сприяють збереженню коштів на юридичні спори, однак суттєво обмежують права користувачів [8].

Як показало дослідження угод ToS п'ятдесяти онлайн платформ, їх ключовим фактором є спроба компаній уникнути відповідальності. Аналіз виявив дисбаланс між повноваженнями компаній та правами користувачів, демонструючи, що найбільш ефективні економічно способи врегулювання відносин часто зневажають повним захистом прав користувачів. Дисбаланс у бік компаній проявляється також і в тому, що вони отримують надзвичайно широкі повноваження щодо модерування акаунтів користувачів. Наприклад, 26 з проаналізованих угод ToS передбачають, що у випадку видалення контенту, створеного користувачем, останній може навіть не

отримати про це жодного повідомлення та не має можливостей поновити видалене. Інші 18 угод ToS не містять жодних гарантій про повідомлення чи право поскаржитись у випадку видалення користувачького контенту. Наведене свідчить про відсутність належного повідомлення про видалення контенту користувачів на 44 з проаналізованих платформ, тобто у 88 відсотках випадків. Ще більш вражаючим фактом є те, що 44 з досліджених угод ToS передбачають, що провайдери можуть видалити акаунт користувача без попередніх повідомлень або можливості змінити це рішення [8].

Повертаючись до питання про те, що цифрові контракти в більшій мірі порушують права користувачів, оскільки останнім, як правило, не надається копія контракту (як це зазвичай відбувається у договірних відносинах), вражаючими є також підходи, закріплені у Terms of Service стосовно повідомлення про зміни, які вносяться у ці угоди їх розробниками. За результатами вже згаданого дослідження, користувачі не завжди інформуються про зміни в угодах ToS і далеко не завжди можуть отримати доступ до першої версії контракту, на яку вони погодились. Тільки 15 з досліджених платформ прямо вказують, що будуть повідомляти користувачів про зміни в їх контрактах, тоді як 28 платформ, тобто 56 відсотків, містять суперечливі умови про наслідки таких змін. У більшості випадків в угодах ToS закріплюється обов'язок компаній повідомити про зміни лише якщо вони кваліфікуються як «істотні» самими компаніями, тоді як шість з досліджених платформ взагалі визначають, що незалежно від значимості змін, що з'являються в угоді ToS, користувачі не будуть про них повідомлятися [8].

Для попередження такого роду зловживань з боку компаній і забезпечення реальної дії принципу свободи договорів, пропонується закріплення обов'язку надавати користувачам первинну копію угоди ToS. Це може бути здійснено або шляхом завантаження PDF версії угоди для завантаження, або автоматичного завантаження такого контракту [1]. Також для посилення захисту прав користувачів пропонується розробити механізми національного законодавства, включно з механізмами контролю та нагляду, щодо захисту споживачів та персональних даних з метою гарантувати принципи захисту прав людини. Такі механізми повинні охоплювати усіх зацікавлених осіб, таких як користувачі, некомерційні організації громадянського сектору, академічні інституції, які будуть моніторити та рапортувати про потенційно порушуючи права договірні конструкції з боку мережі чи платформи. Національні регулятори повинні мати право в будь-який момент переглядати угоди ToS, а також технічні засоби їх імплементації з метою перевірки приватних регулюючих актів на

відповідність національним законам та міжнародним стандартам захисту прав людини. На компанії також має бути покладений обов'язок інформувати користувачів про будь-які зміни угод ToS, особливо коли такі зміни впливають на права та обов'язки користувачів. При цьому мають бути забезпечені механізми доступу до правосуддя. Доступ до традиційного судового захисту може бути доповнений механізмами альтернативного вирішення спорів [8].

Слід зазначити, що у судовій практиці спостерігається схильність до надання захисту користувачам у випадках безпідставного видалення провайдерами їх акаунтів. Одним з прикладів може бути справа за участі «Мейл.Ру Геймс», у якій користувач звернувся за захистом своїх прав до суду після того, як компанія заблокувала його акаунт у грі, внаслідок чого він не зміг користуватися оплаченим функціоналом гри (віртуальними активами). Суд погодився з позивачем в тому, що компанія в цьому випадку фактично відмовилась від виконання зобов'язання з оплатного надання послуги, а саме, надання користувачеві можливості користуватися віртуальними об'єктами, що знаходяться у його акаунті у грі [10]. Дійсно, такий підхід відповідає світовим тенденціям і позиції, відображеній у Директиві ЄС 2019/770 про деякі аспекти, що стосуються контрактів на постачання цифрового контенту та цифрових послуг [11]. Вказана Директива вводить поняття цифрових послуг та фактично прирівнює надання персональних даних користувачами зустрічному наданню, що дозволяє поширити на відносини користувачів та провайдерів інтернет послуг положення про захист прав споживачів.

Наведені обставини викликають питання про правову природу угоди Terms of Service. Стосовно правової природи угоди Terms of Service сьогодні висловлюються різні думки. Висловлюються позиції, що це договір про надання послуг чи агентський договір, непоіменований договір, ліцензійна угода, змішаний договір або договір *sui generis* [10, 12]. Більшість аргументів є на користь визнання такої угоди договором про надання послуг, який одночасно слід вважати договором приєднання. Адже за таким договором провайдери фактично надають користувачам доступ до онлайн-платформ, що може бути кваліфіковано як надання послуги доступу. Такий висновок підтримується нечисленною судовою практикою, і набуває вагомості у світлі визначення Директивою ЄС 2019/770 поняття цифрових послуг та визнання факту обміну персональних даних користувачів на надання їм послуг такого роду.

На користь того, що угоди Terms of Service є ліцензійними угодами говорять формулювання умов таких угод. Так, наприклад Terms of Service фейсбуку та інстаграму містять положення про те, що ко-

ристувач надає неексклюзивну, таку, що може бути передана, безоплатну ліцензію на використання об'єктів інтелектуальної власності, які він розміщує чи створює на платформах.

Однак слід враховувати, що кількість елементів, що включаються в угоди Terms of Service набагато ширше, ніж предмет договору про надання послуг чи ліцензійної угоди. Угоди Terms of Service включають в себе не лише положення про надання доступу до онлайн-платформи та правові наслідки щодо об'єктів інтелектуальної власності, що на ній розміщуються, але також і положення стосовно права власності на всі об'єкти, що знаходяться в акаунті та на сам акаунт, політику приватності, положення про використання персональних даних тощо.

Висновки. Отже, все ж таки, угоди Terms of Service слід вважати змішаними договорами, які містять в собі елементи декількох договорів. Зокрема, у контексті виникнення права віртуальної власності з таких угод слід виділяти елементи угоди Terms of Service, які визначають правові наслідки для створюваного в рамках онлайн-платформ віртуального майна.

Хоча деякі дослідники зазначають, що відносно віртуальних об'єктів договірне регулювання недостатньо, необхідно розробити особливий правовий режим, який дозволить би забезпечити обігосдатність таких об'єктів, закріплення особливої категорії майнових прав абсолютного характеру на такі об'єкти [13]. Однак, в доктрині доволі поширеною на сьогодні вже є концепція віртуальної власності як різновиду права власності, і виникати такого роду право цілком може з договору, яким в даному випадку може бути угода Terms of Service. В Україні вже є досвід виникнення особливого виду права власності на підставі договору – права довірчої власності. Тому такий механізм цілком може існувати. За умови визнання угоди Terms of Service підставою виникнення права віртуальної власності, необхідно передбачити в ній, як буде визначатись баланс інтересів розробників платформи та користувачів стосовно віртуального майна. Очевидно, усі особливості здійснення та захисту права віртуальної власності, випадки її обмеження будуть конкретизовані саме у договірному порядку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Cornelius K. B. Standard form contracts and a smart contract future. *Internet Policy Review*. 2018. №7(2). URL: <https://policyreview.info/articles/analysis/standard-form-contracts-and-smart-contract-future>.
2. Terms of Service. URL: <https://www.dictionary.com/browse/terms-of-service>.
3. Terms of Service – Computer definition. URL: <https://www.yourdictionary.com/terms-of-service>.
4. Radin M. J. Boilerplate: the fine print, vanishing rights, and the rule of law. NJ: Princeton University Press, 2013. 339 p.
5. Romm T. The U.S. Government and Facebook are Negotiating a Record, Multibillion-Dollar Fine for the Company's Privacy Lapses. *The Washington Post*. URL: https://www.washingtonpost.com/technology/2019/02/14/us-government-facebook-are-negotiating-record-multi-billion-dollar-fine-companys-privacy-lapses/?noredirect=on&utm_term=.03da770e7abe.
6. Obar J. A., Oeldorf-Hirsch A. The biggest lie on the Internet: ignoring the privacy policies and terms of service policies of social networking services. *Information, Communication & Society*. 2018. Vol. 23(1). P. 128-147.
7. Bakos Y., Marotta-Wurgler F., Trossen D.R. Does anyone read the fine-print? Consumer attention to standard form contracts. *Journal of legal studies*. 2014. № 43(1). P. 1-35.
8. Belli L., Venturini J. Private ordering and the rise of terms of service as cyber-regulation. *Internet Policy Review*. 2016. № 5(4). P. 1-17.
9. DeNardis L. (2010). The emerging field of Internet governance. *Yale Information Society Project Working Paper Series*. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1678343>
10. Глоница В.Н. Не все то лицензия, что ею зовется: проблемные аспекты правового регулирования отношений между пользователями и цифровыми сервисами. *Журнал Суда по интеллектуальным правам*. 2019. № 24. С. 43-53
11. Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and 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/?uri=celex%3A32019L0770>
12. Залоило М. В., Власова Н. В. Социальные интернет-сети: правовые аспекты. *Журнал российского права*. 2014. С. 140-145.
13. Савельев А. И. Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх. *Вестник гражданского права*. 2014. № 1. С. 127-150.

NEKIT KATERYNA

PhD, Associate Professor, Doctoral Student of the Department of Civil Law,
National University "Odesa Law Academy"

TERMS OF SERVICE AS A GROUND FOR ESTABLISHMENT OF OWNERSHIP TO VIRTUAL PROPERTY

Problem setting. Today, the use of numerous sites is allowed only with the consent of the user agreements (Terms of Service) offered by them. Most often, users tick them, which is tantamount to signing such agreements, without even reading. However, it turns out that in most cases, user agreements, which are essentially agreements between users and providers, are aimed only at securing the interests of providers and in fact impose significant restrictions on users without granting them any rights other than the right to use the service. In addition, providers create them in such a way as not to draw the attention of users to the presence of the contract in this relationship. Such agreements are generally placed as hyperlinks at the bottom of the page or are created as a step that the user must agree to during registration. On this basis, the question of the need to strengthen the protection of users' rights as a weaker party to the contract, by analogy with consumer protection, is increasingly raised. Moreover, the possibility of considering a user agreement as a kind of contract is widely discussed.

Analysis of recent researches and publications. Given the novelty of such a phenomenon as user agreement, today there are not many studies devoted to them, especially in domestic science. Among foreign researchers of the legal nature and specifics of user agreements can be mentioned K. Cornelius, L. Belli and J. Venturini, T. Romm, P. Randolph, M. Radin, A. Savelyev, N. Vlasova. Thus, there is a lack of domestic research on the legal nature of user agreements, so there is an urgent need for research in this area.

Target of research is to study the legal nature of the user agreement and analyze the possibility of it to become a ground for legal relationships, in particular, a ground for establishment of ownership to virtual property.

Article's main body. The article analyzes the possibility of considering user agreements as potential grounds for the emergence of ownership to virtual property. The judicial practice to protect the rights of users of accounts and European approaches to the protection of user rights are analyzed in the article. The research data, which give grounds to speak about violation of user rights by user agreements are given. In turn, this gives reason to question the possibility of considering the user agreement as a kind of contract. However, the analysis performed allows us to conclude that it is possible to consider the user agreement as a mixed contract, which can potentially serve as a ground for the emergence of virtual property rights.

Conclusions and prospects for the development. Terms of Service agreements should be considered as mixed agreements that contain elements of several agreements. In particular, in the context of the emergence of virtual property rights from such agreements, elements of the Terms of Service agreement should be distinguished, which determine the legal consequences for the virtual property created within the online platforms. In the doctrine, the concept of virtual property as a kind of property right is already quite common today, and this kind of right may well arise from the contract, which in this case may be the Terms of Service agreement. If the Terms of Service agreement is recognized as the ground for the emergence of virtual property rights, it is necessary to provide in it how the balance of interests of platform developers and users in relation to virtual property will be determined. Obviously, all the features of the implementation and protection of virtual property rights, cases of its restriction will be specified in the contract.

Keywords: user agreement, Terms of Service, social media, user accounts, human rights, virtual assets, model agreements, digital content.