

МОДИФІКАЦІЯ ЦИФРОВОГО КОНТЕНТУ ТА ЦИФРОВИХ ПОСЛУГ У РОЗУМІННІ ДИРЕКТИВИ 2019/770 ТА ПРОЄКТУ ЗАКОНУ № 6576

В наведеній науковій роботі проведено дослідження правового регулювання питання модифікації цифрового контенту та (або) цифрових послуг у відповідності до положень Директиви 2019/770 «Про певні аспекти контрактів на постачання цифрового контенту та цифрових послуг» та у порівнянні з проєктом закону «Про цифровий контент та цифрові послуги» № 6576 від 31.01.2022. Основною метою статті є з'ясування юридичного тлумачення цього поняття та аналіз відповідності нормативних положень у наведених нормативно-правових актах. В межах виконання поставленої мети було визначено дефініцію «модифікації» цифрового контенту та послуг, з'ясовано юридичні підстави такої модифікації, її види, а також права, обов'язки та відповідальність, пов'язані з процесом модифікації. Серед іншого визначено юридичне тлумачення поняття «цифровий контент» та «цифрові послуги», проаналізовано їх орієнтовний перелік. Визначені способи надання цифрового контенту та цифрових послуг. Розглянуто поняття модифікації цифрового контенту та цифрових послуг в якості права та в якості обов'язку постачальника. Досліджено положення щодо об'єктивних та суб'єктивних критеріїв відповідності. З'ясовані юридичні наслідки у випадку порушення згаданих вимог відповідності (засоби захисту споживача). Розглянуто передумови, що надають постачальнику право на модифікацію цифрового контенту. Порушено проблемні питання, пов'язані з користувацькими угодами (Terms of Use). Визначено, що слід розуміти під поважними причинами, що дозволяють модифікацію цифрового контенту чи послуг. Розглянуті вимоги, що висувуються до інформування споживача про внесення певних модифікацій. Зокрема визначені особливості, пов'язані з інформуванням споживача за допомогою довговічного носія інформації, у випадку, коли модифікація негативно впливає на доступ споживача до цифрового контенту чи цифрової послуги або на їх використання. Нарешті, проведено порівняння положень Директиви 2019/770 та Законопроєкту № 6576 від 31.01.2022 за результатами чого виявлено ряд суттєвих недоліків, що вносять неузгодженість між названими нормативно-правовими актами.

Ключові слова: цифровий контент, цифрові послуги, цифровий ринок, модифікація, оновлення, користувацька угода, terms of use, адаптація законодавства.

Постановка проблеми. У травні 2019 року Європейським Парламентом та Радою було прийнято Директиву 2019/770 «Про певні аспекти контрактів на постачання цифрового контенту та цифрових послуг» [1], яка набрала чинності для держав-членів ЄС 1 січня 2022 року. Окреслена директива вносить чимало змін у правовідносини між споживачами та постачальниками цифрового контенту чи послуг, чим виконує відразу декілька позитивних функцій: 1) усунення юридичних прогалин в окресленій сфері; 2) зміцнення прав споживачів як більш уразливої сторони правовідносин; 3) гармонізація розрізненого національного регулювання за єдиними підходом; 4) сприяння міждержавним економічним відносинам через зменшення ринкових бар'єрів.

Справедливо зазначити, що Україна також має потребу в усуненні наведених проблем. Окрім необхідності в узгодженні національного законодавства з *acquis* Європейського Союзу, адаптація вітчизняного регулювання до наведеної директиви має сприяти розвитку цифрового ринку та збільшити юридичну визначеність як для споживачів, так й для постачальників цифрового контенту чи послуг.

В одних з останніх робіт [2] автором було проведено порівняльний аналіз регулювання персональних даних між Директивою 2019/770 та проєктом закону «Про цифровий контент та цифрові послуги» № 6576 від 31.01.2022 [3] (далі – Законопроєкт), що вже був прийнятий за основу та має на меті імплементувати у національне законодавство положення

зазначеної директиви. Так, прийняття Директиви позначилося підвищенням рівня захисту прав споживачів, оскільки за ними було вперше визнано право розпоряджатися персональними даними як інструментом змін на цифровому ринку та мати гарантії захисту й компенсації за їхнє використання [4]. Дана робота зосередиться на дослідженні іншого аспекту цих нормативно-правових актів – питанні модифікації цифрового контенту та цифрових послуг.

Мета статті – надати юридичне тлумачення модифікації цифрового контенту та цифрових послуг, в рамках чого необхідно з'ясувати дефініцію цього поняття, юридичні підстави такої модифікації, її види, а також права, обов'язки та відповідальність, пов'язані з процесом модифікації. Додатково метою статті є порівняння окремих положень Директиви 2019/770 із Законопроектом № 6576 від 31.01.2022 року.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед іноземних дослідників, що безпосередньо досліджували юридичні питання, пов'язані з Директивою 2019/770, можна виокремити С. J., Martínez, M. Farinha та ін. Серед вітчизняних дослідників дана тематика була досліджена не так широко, втім можна виокремити ряд праць Л. М. Саванец. Юридичні питання цифрових послуг були досліджені К. В. Єфремовою [5]. Питання цивільно-правового регулювання цифрового контенту було широко досліджено Г. М. Стахирою. Особливості здійснення права віртуальної власності, зокрема питання користувацьких угод (Terms of Service) були досліджені К. Г. Некіт.

Виклад основного матеріалу. За текстом Директиви 2019/770, питання модифікації цифрового контенту та цифрових послуг регулюється статтею 19 «Модифікація цифрового контенту або цифрової послуги». В українському законопроекті цьому положенню відповідає стаття 17 «Правові наслідки модифікації цифрового контенту та (або) цифрової послуги».

Варто зазначити, що ані Директива 2019/770, ані Законопроект не містять дефініції, що розкривала б поняття модифікації. Їх дослідження дозволяє зробити обґрунтоване припущення, що відмова від конкретизації цих понять є навмисною та має на меті забезпечити більшу придатність нормативно-правових актів до правовідносин цифрового ринку, що швидко розвивається. В іншому випадку надмірна конкретизація правил може відставати від розвитку суспільних відносин та надати компаніям юридичні лазівки щодо нових форм цифрового контенту чи послуг.

У зв'язку з цим ми можемо керуватися загальним тлумаченням поняття «модифікація», що позначає «видозміну предмета або явища, яка характеризується появою у нього нових ознак, властивостей при збереженні сутності» [6]. Отже, це будь-яка зміна, що

не спричиняє зміни сутності цифрового контенту чи послуги. На думку може відразу спадати оновлення програмного забезпечення, що вносить певні виправлення чи доповнення, проте залишає сутність такої програми незмінною. Однак це поняття є набагато ширшим, й для того, щоб в ньому розібратися, доцільно першочергово окреслити види цифрового контенту та послуг.

Визначення з Директиви 2019/770, наведене у п. 1 ст. 2, є лаконічним та вказує, що «цифровий контент» означає «дані, створені та надані в цифровій формі». Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 2 Законопроекту, цифровий контент – це «будь-яка інформація, у тому числі відомості та дані в цифровій формі, незалежно від того, чи є вони об'єктами права інтелектуальної власності». Отже, хоча українське визначення є більш докладним, воно не звужує поняття цифрового контенту зайвими рисами та відповідає європейському варіанту.

Дефініція «цифрової послуги» в Директиві 2019/770 наводиться у п. 2 ст. 2 та структурно поділяється на два підпункти: (а) «послуга, яка дозволяє споживачеві створювати, обробляти, зберігати або отримувати доступ до даних у цифровій формі»; або (б) «послуга, яка дозволяє обмінюватися даними в цифровій формі, завантаженими або створеними споживачем чи іншими користувачами цієї послуги, або будь-яку іншу взаємодію з ними». Визначення цифрового контенту, викладене у п. 2 ч. 1 ст. 2 Законопроекту, не має підпунктів, однак в цілому дублює європейську норму: «послуга, що надає споживачеві можливість створювати, обробляти, зберігати, поширювати дані у цифровій формі, а також здійснювати будь-які інші дії із даними у цифровій формі, що були створені чи завантажені споживачем чи іншими користувачами цієї послуги».

Втім, не менш важливим джерелом для юридичного тлумачення даних визначень є п. 19 передмови до Директиви 2019/770, що наводить конкретні приклади такого контенту: «Для того, щоб задовольнити швидкий технологічний розвиток і зберегти перспективний характер поняття цифрового контенту або цифрових послуг, ця Директива повинна охоплювати, серед іншого, комп'ютерні програми, додатки, відеофайли, аудіофайли, музичні файли, цифрові ігри, електронні книги чи інші електронні публікації, а також цифрові послуги, які дозволяють створювати, обробляти, отримувати доступ або зберігати дані в цифровій формі, включаючи програмне забезпечення як послугу, наприклад, обмін відео та аудіо та іншими файлами хостинг, обробку текстів або ігри, які пропонуються в середовищі хмарних обчислень і соціальних мережах».

Додатково п. 19 передмови до Директиви 2019/770 наводить не лише приклади цифрового кон-

тенту та послуг, а й способи їх надання, зокрема, передачу на матеріальному носії, завантаження споживачами на їхні пристрої, веб-потоків передавання, надання доступу до можливостей зберігання цифрового вмісту або доступу до використання соціальних медіа. Разом з тим вказується, що Директива повинна застосовуватися незалежно від середовища, яке використовується для передачі чи надання доступу до цифрового контенту або цифрових послуг.

Окрім конкретних прикладів цей пункт представляє інтерес також й через окреслення «духу» нормативно-правового акту – мету задовольнити швидкий технологічний інтерес та надати перспективне регулювання, що залишалося б актуальним й після появи нових видів цифрового контенту, послуг чи способів їх споживання. Саме тому легальні дефініції є лаконічними та формують достатньо широкі правові категорії. Для того, щоб дещо звужити їх зміст, використовується перелік виключень, що наведено у ст. 3 Директиви 2019/770 та у ч. 3 ст. 1 Законопроекту. Останній, зокрема, виключає надання електронних комунікаційних послуг, медичних послуг, фінансових послуг, юридичних послуг, консультативних послуг тощо.

Втім, дана робота не спрямована на дослідження сфери застосування наведених нормативно-правових актів, а для розгляду основної теми статті вказаної інформації є достатньо. Приведені приклади дозволяють побачити, що під «модифікацією» не варто розглядати виключно оновлення програмного забезпечення – ми можемо мати справу зі зміною функціоналу програм, зокрема появою платних функцій; переглядом механік у комп'ютерних іграх, що впливають на ігровий баланс; зміненням якості потокової передачі музики чи відео на стрімінгових сервісах; виключенням з електронної бібліотеки певних книг на вимогу правласника, тощо. Окрім того, модифіковано може бути не лише цифровий контент чи цифрову послугу, а й умови їх надання.

Відповідно до ч. 1 ст. 19 Директиви 2019/770, якщо в договорі передбачено, що цифровий контент або цифрова послуга надається або стає доступною для споживача протягом певного періоду часу, постачальник може модифікувати цифровий контент або цифрову послугу понад те, що необхідно для підтримки цифрового контенту або цифрових послуг відповідно до ст. 7 «Суб'єктивні вимоги до відповідності» та ст. 8 «Об'єктивні вимоги до відповідності», якщо виконуються такі умови: (а) договір дозволяє таку зміну та містить поважну причину для такої зміни; (б) така модифікація проводиться без додаткових витрат для споживача; (с) споживач чітко та зрозуміло інформується про модифікацію; (д) у випадках, зазначених у частині 2, споживач достатньо завчасно інформується на довговічному носії про

особливості та час зміни та про право розірвати договір відповідно до частини 2 або про можливість підтримувати цифровий вміст або цифрову послугу без такої зміни відповідно до частини 4.

Аналіз цієї частини дозволяє визначити передумови та підстави, що надають постачальнику право модифікації. По-перше, модифікація за своєю суттю може бути застосована лише до цифрового контенту чи послуги, що надається або стає доступним для споживача протягом певного періоду. Вказана норма є цілком логічною, оскільки постачальник фізично не в змозі модифікувати послугу, що вже була повністю спожита, чи контент, що був одноразово придбаний та автономно зберігається на фізичному носії користувача без потреби у підтримці з боку постачальника (наприклад, придбаний mp3 файл з музикою).

По-друге, постачальник має зобов'язання модифікувати цифровий контент чи цифрові послуги для підтримки їх відповідності суб'єктивним та об'єктивним вимогам, викладеним у ст. 7 та ст. 8 Директиви 2019/770 відповідно.

По-третє, постачальник має право на модифікацію понад встановлених вимог, за умови дотримання певних вимог: 1) Першочерговою з них є наявність договору, що дозволяє відповідну зміну за наявності поважної причини; 2) По-друге, споживач не має нести додаткових витрат; 3) Споживач має чітко та зрозуміло інформуватися про відповідні зміни; 4) Якщо модифікація негативно впливає на доступ споживача до цифрового контенту або цифрової послуги або на їх використання (за винятком випадків, коли такий негативний вплив є незначним), споживач має завчасно інформуватися про відповідні зміни на довговічному носії, як й про право розірвати договір відповідно до ч. 2 ст. 19 або про можливість підтримувати цифровий вміст або цифрову послугу без такої модифікації згідно з ч. 4 ст. 19 (якщо постачальник передбачив таку можливість).

Таким чином, у деяких випадках модифікація є не лише правом, а обов'язком постачальника. Так, зокрема, «суб'єктивні вимоги до відповідності», викладені у ст. 7 Директиви 2019/770, вимагають від постачальника надавати цифровий контент та цифрові послуги, що: 1) відповідають опису, кількості та якості, а також володіють функціональністю, компатильністю, інтеперабельністю та іншими характеристиками, як того вимагає договір; 2) придатні для будь-якої конкретної мети, яку вимагає споживач, і про яку він повідомив постачальника не пізніше, ніж під час укладення договору, якщо постачальник дав на це згоду; 3) постачаються з усіма аксесуарами, інструкціями, включно з установкою, та наданням допомоги клієнту, як того вимагає контракт; 4) оновлюються, як це передбачено договором.

Для прикладу, якщо постачальником було заявлено про певний функціонал цифрового контенту чи послуги, якому вони не відповідають, він зобов'язаний модифікувати контент до заявленого стану. Зокрема, якщо розробники певної програми заявляли про наявність у ній офлайн-режиму, однак на практиці вона не працює без підключення до інтернету. У той же час споживач отримує право скористатися засобами захисту від невідповідності, викладеними у ст. 14 Директиви 2019/770, зокрема вимагати: безкоштовне приведення цифрового контенту або цифрової послуги у відповідність у розумний строк та без будь-яких незручностей для споживача; отримання пропорційного зниження ціни (за умовами, викладеними у ч. 4 та ч. 5 ст. 14); або розірвання договору, якщо тільки невідповідність не є «незначною» (при цьому тягар доведення того, що невідповідність є «незначною», покладається на постачальника).

Варто зазначити, що в українському Законопроекті перелік суб'єктивних вимог, закріплений у ст. 5, в цілому відповідає переліку з Директиви 2019/770, однак останній пункт викликає запитання. Так, якщо попередні пункти дублювалися з незначним перефразуванням, то п. d ч. 1 ст. 7 Директиви висуває вимогу «оновлюватися, як це передбачено договором», у той час як останній пункт ст. 5 Законопроекту вимагає, щоб «цифровий контент та (або) цифрова послуга надаються у найновішій існуючій версії, якщо інше не передбачено умовами договору». Наведені положення не можна вважати ідентичними. Окрім того, згідно з Директивою 2019/770 вимога надавати цифровий контент або послугу в найновішій версії передбачена ч. 6 ст. 8 та віднесена до об'єктивних, а не суб'єктивних вимог.

На додаток до суб'єктивних вимог щодо відповідності, цифровий контент або цифрова послуга повинні відповідати й об'єктивним вимогам, викладеним у ст. 8 Директиви 2019/770: 1) бути придатним для цілей, для яких зазвичай використовується цифровий контент або цифрові послуги того самого типу [...]; 2) мати таку кількість і володіти якістью та характеристиками продуктивності, у тому числі щодо функціональності, сумісності, доступності, безперервності та безпеки, які є звичайними для цифрового вмісту чи цифрових послуг того самого типу та яких споживач може розумно очікувати, враховуючи природу цифрового контенту чи послуги, публічні заяви, зроблену постачальником особисто, від його імені чи іншими особами на попередніх етапах, зокрема в рекламі чи на маркуванні [...]; 3) постачатися разом із будь-якими аксесуарами та інструкціями, які споживач може обґрунтовано очікувати отримати; 4) дотримуватися будь-якої пробної версії або попереднього перегляду цифрового вмісту

чи цифрової послуги, наданої трейдером до укладення контракту.

Прикладом порушення об'єктивних вимог відповідності, може бути ситуація, коли розробники комп'ютерної гри анонсували певні ігрові можливості в публічній заяві чи рекламній акції, однак не реалізували їх. Описана ситуація накладає на постачальника цифрового контенту обов'язок додати заявлені можливості та наділяє користувача правом скористатися засобами захисту від невідповідності, викладеними у ст. 14 Директиви 2019/770, які вже були згадані вище. Виключенням з правила про публічні заяви є підстави, перелічені у п. 2 ч. 1 ст. 8, зокрема випадки, коли постачальник не знав і не міг знати про відповідну публічну заяву; коли до моменту укладення договору публічна заява була виправлена таким же чином або у спосіб, який можна порівняти з тим, як вона була зроблена; або коли публічна заява не могла вплинути на рішення придбати цифровий контент чи цифрову послугу.

Втім, як це було зазначено у п. b, ч. 1 ст. 8 Директиви 2019/770, постачальник не несе відповідальності за невідповідність наданого контенту чи послуг публічним заявам, якщо доведе, що не знав та не міг знати про відповідні заяви. Окрім того, п. 78 Передмови до Директиви 2019/770 роз'яснює, що невідповідність цифрового контенту чи цифрової послуги, які надаються споживачеві, часто пов'язана з однією з ланок у ланцюжку, що пов'язує оригінального розробника з кінцевим продавцем. Хоча кінцевий постачальник має нести відповідальність перед споживачем у разі невідповідності, важливо переконатися, що він має відповідні права по відношенню до різних осіб у ланцюжку операцій, пов'язаних з наданим продуктом чи послугою, щоб мати можливість компенсувати відповідальність перед споживачем. Перш за все, умови та порядок заявлення зворотніх вимог (регресу) постачальника до інших суб'єктів має бути визначена національним законодавством. Однак загальне право постачальника на регрес закріплено у ст. 20 Директиви 2019/770 «Право на відшкодування». В українському Законопроекті аналогічне право передбачається у ст. 18, а базові підходи до регресу закладено у Цивільному кодексі України.

Окремо ч. 2 ст. 8 Директиви 2019/770 покладає на постачальника обов'язок забезпечити, щоб споживач був проінформований і забезпечений оновленнями, включаючи оновлення безпеки, які необхідні для підтримки цифрового контенту або цифрових послуг у відповідності [...]. А ч. 3 ст. 8 додає, що постачальник не несе відповідальності за будь-яку невідповідність, яка є наслідком виключно відсутності відповідного оновлення, якщо споживач не інсталує протягом його розумного часу, й це не є

наслідком неналежного повідомлення чи недоліків в наданій інструкції зі встановлення.

В українському Законопроекті об'єктивні критерії відповідності наводяться у ст. 6. В цілому є можливість констатувати переважну узгодженість європейських та вітчизняних нормативних вимог, незважаючи на перефразування (наприклад, замість переліку «технічні стандарти, галузеві та спеціальні кодекси поведінки»), Законопроект використовує термін «нормативний документ»). Втім виникають питання до відповідальності постачальника за відповідність цифрового контенту чи послуги публічній заяві. По-перше, на відміну від Директиви 2019/770, Законопроект використовує поняття «оферта», що не обов'язково включає у себе будь-яку «публічну заяву» щодо продукту. По-друге, Директива 2019/770 передбачає інший перелік підстав, що виключають невідповідність в разі неузгодженості реальних характеристик цифрового контенту чи послуги публічній заяві. Так, вона виключає невідповідність, якщо постачальник не знав та не міг знати про відповідну заяву; а також, якщо публічна заява не могла вплинути на рішення споживача. Український Законопроект не містить відповідних нормативних положень.

Розглянувши випадки обов'язкової модифікації цифрового контенту та цифрових послуг, що перш за все націлені на забезпечення певних гарантій для споживача, ми можемо перейти до права на модифікацію, яким постачальник може скористатися за власним бажанням. Як було з'ясовано вище, передумовою для такого права є його обумовлення в договорі, наявність певної «поважної причини» та дотримання інших окреслених у ч. 1 ст. 19 Директиви 2019/770 вимог. Таким договором, як правило, слугить згода з «Умовами використання» («Terms and Conditions») чи «Ліцензія кінцевого користувача». Одним з найбільш поширених способів її прийняття виступає проставлення позначки при реєстрації на сайті чи встановленні програми.

Як справедливо зазначається, користувацькі угоди часто ставлять споживачів у заздалегідь уразливе становище, не надаючи їм ніяких прав, окрім права використовувати певний контент або послугу. Деякі дослідники відстоюють позицію, за якої Terms of Service взагалі не може вважатися контрактом через відсутність вираженої згоди та низьку доступність таких договорів для розуміння непрофесіоналами. Дійсно, реалії демонструють, що пересічний користувач зазвичай не читає занадто перевантажені угоди використання. Втім, судова практика визнає юридичну силу таких угод, й Terms of Service все ж можуть вважатися договорами змішаного типу, що мають повноцінну юридичну силу [7]. Навіть якщо користувачі не читають умови використання відразу, вони мають змогу звернутися до них в разі виникнення

спірного питання. Окрім того, Директива 2019/770 намагається зробити укладення таких договорів більш справедливим, покладаючи на постачальника ряд зобов'язань (наприклад, щодо обов'язкового зазначення поважних причин модифікації чи належного інформування споживача про зміни, у той час як раніше постачальник не був зобов'язаний слідувати цим вимогам).

В цьому контексті важливим є дотримання балансу між інтересами бізнесу та споживача, щоб забезпечити можливість конкурентного розвитку та адаптації продукту чи послуги, однак разом з цим надати певні гарантії стабільності та передбачуваності для споживача. Так, п. 75 Передмови до Директиви 2019/770, що для збалансування інтересів споживачів та бізнесу, право на модифікацію повинно поєднуватися з правом для споживача розірвати договір, якщо такі зміни негативно впливають на використання або доступ до цифрового контенту чи цифрової послуги більш ніж незначним чином. При цьому ступінь, до якого модифікації негативно впливають на використання або доступ до цифрового контенту чи цифрової послуги споживачем, має бути об'єктивно визначено з огляду на характер і призначення цифрового контенту чи цифрової послуги, а також якість, функціональність, сумісність та інше основні функції, звичайні для цифрового вмісту або цифрових послуг того самого типу. Разом з тим це дає розуміння, що не будь-які зміни йдуть на користь споживача, та деякі з них можуть впливати на нього негативно, й якщо такий вплив не є «значним», то вони підпадають під право постачальника на модифікацію.

Отже, основною передумовою цього є укладення відповідного договору, а першою вимогою, викладеною в п. «а» ч. 1 ст. 19 Директиви 2019/770 – передбачення поважних причин для такої зміни. Так, вже згаданий п. 75 Передмови до Директиви 2019/770 зазначає, що поважні причини можуть охоплювати випадки, коли модифікація необхідна для адаптації цифрового контенту чи цифрової послуги до нового технічного середовища, для збільшення кількості користувачів або з інших важливих операційних причин. До таких змін може бути віднесено зміну алгоритмів демонстрації контенту, щоб покращити взаємодію споживача з контентом; зміну рекламної політики, щоб збільшити конкурентоспроможність продукту; видалення забороненого вмісту; адаптацію до нових законодавчих вимог, тощо. Насправді перелік поважних причин є невичерпним та надає постачальнику вкрай широку свободу, хоча й має відповідати принципам розумності та пропорційності.

Окрім вимог щодо поважних причин, прописане в договорі право на модифікацію має проводитися без додаткових витрат для споживача, що вказано у

п. «b» ч. 1 ст. 19 Директиви 2019/770. Хоча перше, що спадає на думку, це фінансові витрати (наприклад, переніс раніше безкоштовних функцій у платну «преміум»-версію), зміст цього пункту є ширшим. Так, наприклад, збільшення мінімальних вимог до технічного обладнання може здійснити неможливим запуск нової версії програми у багатьох споживачів, що будуть змушені відмовитися від використання цифрового продукту чи послуги або ж витратитися на покращення обладнання. До витрат може бути віднесено навіть суттєве збільшення фізичної пам'яті, яку певна програма займає на пристрої споживача (хоча варто розуміти, що певне збільшення займаною пам'яті є майже неминучим при розширенні функціоналу). Витратою може вважатися навіть перенесення офлайн-функцій в онлайн-режим, оскільки це спричиняє додаткові втрати на доступ до інтернету, а деяких споживачів може взагалі позбавити можливості використовувати цифровий контент чи послугу [8].

Важливі вимоги, що дозволяють постачальнику правомірно реалізувати власне право на модифікацію цифрового контенту чи послугу, передбачають належне інформування споживача. Так, п. «c» ч. 1 ст. 19 Директиви 2019/770 вимагає, щоб споживач був чітко та зрозуміло інформований про модифікацію. У той час як п. «d» ч. 1 ст. 19 Директиви 2019/770 закріплює, що в разі, коли негативний вплив модифікації не є «незначним», споживач має завчасно та на довговічному носії отримати інформацію про особливості та час модифікації, а також про право розірвати договір та про можливість підтримувати цифровий вміст або цифрову послугу без такої зміни відповідно, якщо постачальник це передбачим.

В цьому контексті уваги заслуговує поняття «довговічного носія», дефініція якому надається у п. 13 ч. 1 ст. 2 Директиви 2019/770 та визначає його як «будь-який інструмент, який дозволяє споживачеві або продавцю зберігати інформацію, адресовану особисто цій особі, у спосіб, доступний для подальшого використання, протягом періоду часу, відповідного цілям інформації, і який дозволяє відтворювати її без змін. збереженої інформації».

Більш корисним для розуміння цього поняття виступає п. 76 Передмови до Директиви 2019/770, де вказується, що довговічний носій повинен дозволяти споживачеві зберігати інформацію стільки часу, скільки необхідно для захисту інтересів споживача, що впливають із відносин споживача з продавцем. Такі носії мають включати, зокрема, папір, DVD-диски, компакт-диски, USB-накопичувачі, карти пам'яті чи жорсткі диски, а також електронні листи. Очевидно, що в сучасних реаліях найбільш розповсюдженим способом такого повідомлення виступають електронні листи. У той час як про звичайні

зміни, що не спричиняють значного негативного впливу на споживача, повідомлення може надаватися у спливаючих повідомленнях, на початковому екрані додатку чи на веб-сторінці відповідного цифрового контенту або послуги.

Значним недоліком українського Законопроекту є відсутність вимог про інформування споживача на довговічному носії. Так, жодна з норм закону не використовує поняття довговічного носія, а ст. 17 Законопроекту, що й регулює питання модифікації, містить лише загальну норму про потребу інформувати споживача про модифікацію в чіткій і зрозумілій формі. За такого стану речей можна констатувати невідповідність вимог щодо інформування нормам європейському акту, а тому Законопроект потребує обов'язкових доопрацювань. В іншому повідомленні, що є правомірним згідно української нормативно-правової бази, можуть виявитися неправомірним на європейському цифровому ринку.

Висновки. Проведений аналіз констатував відсутність легальної дефініції «модифікації», однак пропонує розглядати під цим поняттям будь-яку видозміну цифрового контенту, послуги або способу доступу до них, що характеризується появою нових ознак чи властивостей при збереженні сутності.

Що стосується відповідності понять «цифровий контент» та «цифрова послуга» між Директивою 2019/770 та Законопроектом, є можливість зробити висновок про їх узгодженість. Обидві дефініції характеризуються достатньою абстрактністю задля того, щоб підвищити пристосовність нормативно-правових актів до швидкого розвитку цифрового ринку. Втім передмова до директиви дозволяє зрозуміти орієнтовний перелік, зокрема: комп'ютерні програми, додатки, відеофайли, аудіофайли, музичні файли, цифрові ігри, електронні книги чи інші електронні публікації тощо.

Як було з'ясовано в ході дослідження, модифікація цифрового контенту чи послуги може розглядатися і як право, і як обов'язок постачальника.

Що стосується передумов до модифікації (неважливо виступає вона правом чи обов'язком), то за своєю суттю вона може бути застосована лише до цифрового контенту чи послуги, що надається або стає доступним для споживача протягом певного періоду.

В якості обов'язку модифікація розглядається у тому контексті, що постачальник зобов'язаний забезпечити підтримку відповідності цифрового контенту чи послуги суб'єктивним та об'єктивним вимогам, тобто повинен вносити необхідні зміни для недопущення невідповідності або ж для усунення вже існуючої невідповідності. При цьому споживач наділяється правом скористатися передбаченими засобами захисту в разі виявлення невідповідності.

Використання модифікації як права постачальника має ґрунтуватися на декількох вимогах, що покликані забезпечити мінімальні гарантії справедливості для споживача. Основною передумовою цього є укладення договору між постачальником та споживачем (як правило, «користувацької угоди» як «Terms of Use»). В такому договорі мають бути передбачені поважні причини для внесення модифікацій (перелік поважних причин є невичерпним, однак має відповідати загальним принципам розумності та пропорційності). Окрім того, будь-яка модифікація має проводитися без додаткових витрат для споживача (під якими, як було з'ясовано, варто розуміти не лише прямі фінансові витрати як збільшення оплати). Наразешті, споживач має бути чітко та зрозуміло проін-

формований про модифікацію (у необхідних випадках за допомогою довговічного носія інформації).

Виявлено, що український Законопроект, незважаючи на переважну відповідність Директиві 2019/770, має ряд суттєвих неузгодженостей: відсутність суб'єктивної вимоги «оновлюватися, як це передбачено договором», замість якої Законопроект включає до переліку суб'єктивних критеріїв відповідності вимогу щодо надання найновішої версії, яка за Директивою 2019/770 є об'єктивним критерієм; неузгоджене врегулювання відповідальності постачальника за публічну заяву; повне ігнорування вимоги щодо належного повідомлення споживача про модифікації за допомогою довговічного носія у визначених випадках.

ЛІТЕРАТУРА

1. 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>.
2. Мамаєв І. О. Порівняльний аналіз регулювання персональних даних в Законопроекті «Про цифровий контент та цифрові послуги» та Директиві 2019/770. *Інноваційний процес: перспективи євроінтеграції : матеріали круглого столу* (м. Харків, 24 березня 2023 р.).
3. Проект Закону України «Про цифровий контент та цифрові послуги» від 31.01.2022 р. № 6576. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1190311>.
4. Martínez C. J. Los Datos personales comoposible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales». *InDret*. 2021. № 4. pp. 88–135. <https://www.doi.org/10.31009/InDret.2021.i4.03>.
5. Єфремова К. В. Підхід ЄС до цифрової трансформації. *Шляхи імплементації європейської політики впровадження цифрових технологій: монографія / за ред. К. В. Єфремової*. Харків: НДІ прав. забезп. інновац. розвитку НАПрН України, 2022. С. 10–28. URL: <https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2023/05/monografiya.pdf>.
6. Словник української мови (СУМ-11): Академічний тлумачний словник (1970–1980). URL: <http://sum.in.ua/s/modyfikacija>.
7. Некіт К. Г. Користувацька угода (Terms of Service) як підстава виникнення права власності на віртуальне майно. *Право та інновації*. 2020. № 4 (32). С. 62–67. [https://www.doi.org/10.37772/2518-1718-2020-4\(32\)-9](https://www.doi.org/10.37772/2518-1718-2020-4(32)-9).
8. Farinha M. Modifications on the digital content or digital service by the trader in the Directive (EU) 2019/770. *Revista Electrónica De Direito*. 2021. №2(25). pp. 84–111. https://www.doi.org/10.24840/2182-9845_2021-0002_0004.

REFERENCES

1. 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. Retrieved from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0770>.
2. Mamaiev, I. O. (2023). Comparative analysis of the regulation of personal data in the Draft Law «On digital content and digital services» and Directive 2019/770. *Innovatsiinyi protses: perspektyvy yevrointehratsii* : Proceedings of the Round Table. Kharkiv.
3. Draft Law of Ukraine on Digital Content and Digital Services, No. 6576 (2022, January 31). Retrieved from: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1190311>.
4. Martínez, C. J. (2021). Los Datos personales comoposible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales». *InDret*, 4, 88–135. <https://www.doi.org/10.31009/InDret.2021.i4.03> [in Spanish].
5. Yefremova, K. V. (2022). EU approach to digital transformation. *Ways to implement European policy implementation of digital technologies*. K. V. Yefremova (Ed.). Kharkiv: NDI prav. zabezp. innovats. rozvytku NAPrN Ukrainy, pp. 10–28. Retrieved from: <https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2023/05/monografiya.pdf> [in Ukrainian].

6. Dictionary of the Ukrainian language (SUM-11): Academic explanatory dictionary (1970–1980). Retrieved from: <http://sum.in.ua/s/modyfikacija> [in Ukrainian].
7. Nekit, K. H. (2020). The user agreement (Terms of Service) as the basis for the emergence of ownership of virtual property. *Law and innovation*, 4(32), 62–67. [https://www.doi.org/10.37772/2518-1718-2020-4\(32\)-9](https://www.doi.org/10.37772/2518-1718-2020-4(32)-9) [in Ukrainian].
8. Farinha, M. (2021). Modifications on the digital content or digital service by the trader in the Directive (EU) 2019/770. *Revista Electrónica De Direito*, 2(25), 84–111. https://www.doi.org/10.24840/2182-9845_2021-0002_0004 [in Spanish].

MAMAIEV ILLIA

Research Assistant of the Scientific and Research Institute of Providing Legal Framework f or the Innovative Development of NALS of Ukraine, postgraduate student at the Department of European Union Law of the Yaroslav Mudryi National Law University

MODIFICATION OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES WITHIN THE UNDERSTANDING OF THE DIRECTIVE 2019/770 AND DRAFT LAW № 6576

Problem setting. In May 2019, the European Parliament and the Council adopted the 2019/770 Directive «On Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services», which came into force for EU Member States on January 1, 2022. The outlined directive makes many changes in the legal relationship between consumers and suppliers of digital content or services, which performs several positive functions at once: 1) elimination of legal gaps in the defined field; 2) improvement of consumer protection as a more vulnerable side of legal relations; 3) harmonization of disparate national regulation on a single approach; 4) promoting interstate economic relations through reducing market barriers.

It is fair to point out that Ukraine also needs to eliminate the above problems. In addition to the need for national legislation on the Acquis of the European Union, the adaptation of domestic regulation to the above directive should contribute to the development of the digital market and to increase legal certainty for both consumers and for suppliers of digital content or services.

In some of the latest works, the author conducted a comparative analysis of the regulation of personal data between Directive 2019/770 and the draft Law of Ukraine on Digital Content and Digital Services No. 6576 of 31.01.2022, which was already adopted as a basis and has on the basis The purpose of implementing the provisions of the said directive into national law. This work will focus on the study of another aspect of these normative legal acts—the question of modification of digital content and digital services.

Analysis of recent researches and publications. The following researchers have studied the issue of modifying digital content and digital services: C. J., Martínez, M. Farinha, L. M. Savanets, K. V. Efremova, G. M. Stakhira, K. G. Nekit

Purpose of the research is to provide a legal interpretation of the modification of digital content and digital services, in which it is necessary to find out the definition of this concept, the legal grounds for such modification, its types, as well as the rights, responsibilities and responsibilities related to the modification process. The additional purpose of the article is to compare certain provisions of the Directive 2019/770 with the draft Law of Ukraine No. 6576 of 31.01.2022.

Article's main body. In this scientific work, a study of the legal regulation of the issue of modification of digital content and (or) digital services was carried out in accordance with the provisions of Directive 2019/770 «On Certain Aspects Concerning Contracts for The Supply of Digital Content and Digital Services» and in comparison with the draft law «On Digital Content and Digital Services» No. 6576 dated January 31, 2022. The main goal of the article is to clarify the legal interpretation of this concept and analyze the compliance of the normative provisions in the cited normative legal acts. The definition of «modification» of digital content and services was determined within the scope of the goal, the legal grounds for such modification, its types, as well as the rights, duties and responsibilities associated with the modification process were clarified. Among other things, the legal interpretation of the concept of «digital content» and «digital services» was determined, and their approximate list was analyzed. Methods of providing digital content and digital services are defined. The concept of modification of digital content and digital services as a right and as a duty of the supplier is considered. The provisions regarding objective and subjective criteria of compliance have been studied. Clarified legal consequences in case of violation of the mentioned compliance requirements (means of consumer protection). The prerequisites that give the supplier the right to modify digital content are considered. Problematic issues

related to user agreements (Terms of Use) were raised. It has been determined what should be understood by valid reasons allowing the modification of digital content or services. Considered requirements for informing the consumer about the introduction of certain modifications. In particular, the specifics related to informing the consumer using a durable information carrier are defined, in the event that the modification negatively affects the consumer's access to digital content or digital service or their use. Finally, a comparison of the provisions of Directive 2019/770 and Draft Law No. 6576 dated 31.01.2022 was made, as a result of which a number of significant shortcomings were identified, which cause inconsistency between the mentioned legal acts.

Conclusions and prospects for the development. The conducted analysis established the absence of a legal definition of «modification», however, it suggests considering under this concept any modification of digital content, services or a method of accessing them, which is characterized by the appearance of new features or properties while preserving the essence.

Regarding the correspondence between the concepts of «digital content» and «digital service» between Directive 2019/770 and the Draft Law, it is possible to conclude that they are consistent. Both definitions are characterized by sufficient abstractness in order to increase the adaptability of regulatory legal acts to the rapid development of the digital market. However, the text of the directive allows you to understand the approximate list, in particular: computer programs, applications, video files, audio files, music files, digital games, e-books or other electronic publications, etc.

As the study found, modification of digital content or service can be considered both a right and a legal obligation of the provider.

As for the prerequisites for the modification (whether it is a right or an obligation), it can by its very nature only be applied to digital content or service provided or made available to the consumer during a certain period.

As an obligation, modification is considered in the context that the provider is obliged to ensure the maintenance of compliance of the digital content or service with subjective and objective requirements, i.e., must make the necessary changes to prevent non-compliance or to eliminate already existing non-compliance. At the same time, the consumer has the right to use the provided means of protection in case of non-compliance.

The use of modification as a supplier's right must be based on several requirements designed to ensure minimum guarantees of fairness for the consumer. The main prerequisite for this is the conclusion of a contract between the supplier and the consumer (usually a "User Agreement" such as "Terms of Use"). In such a contract, valid reasons for making modifications must be provided (the list of valid reasons is not exhaustive, but must comply with the general principles of reasonableness and proportionality). In addition, any modification must be carried out without additional costs for the consumer (which, as it turned out, should be understood not only as direct financial costs as an increase in payment). Finally, the consumer must be clearly and comprehensibly informed about the modification (if necessary, using a durable medium).

It was found that the Ukrainian Draft Law, despite the overwhelming compliance with Directive 2019/770, has a number of significant inconsistencies: the absence of a subjective requirement «to be updated as provided for in the contract», instead of which the Draft Law includes in the list of subjective compliance criteria the requirement to provide the latest version, which according to Directive 2019/770 is an objective criterion; uncoordinated settlement of the supplier's responsibility for a public statement; completely ignoring the requirement for proper consumer notification of modifications using durable media in certain cases.

Key words: digital content, digital services, digital market, modification, update, user agreement, terms of use, adaptation of legislation.

За ДСТУ 8302:2015 цю статтю слід цитувати:

Мамаєв І. О. Модифікація цифрового контенту та цифрових послуг у розумінні директиви 2019/770 та проекту Закону № 6576. *Право та інновації*. 2023. № 2 (42). С. 71–79.