НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

СОЛОВЙОВ ЄВГЕН ОЛЕКСАНДРОВИЧ

УДК 347.4:004

ДИСЕРТАЦІЯ

ПОРЯДОК ФОРМУВАННЯ, ЗМІНИ ТА ВИКОНАННЯ УМОВ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК ХМАРНОЇ ПОСЛУГИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

081 «Право»
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

_____Є.О. Соловйов

Науковий керівник:
Яроцький Віталій Леонідович,
доктор юридичних наук, професор

ХАРКІВ – 2026

АНОТАЦІЯ

Соловйов Є.О. Порядок формування, зміни та виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за цивільним законодавством України. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Міністерство освіти і науки України, Харків, 2026.

Дисертація є першою у вітчизняній цивілістиці науковою працею, у якій комплексно, системно та послідовно досліджено порядок формування, зміни та належного виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, окреслено його правову природу, визначено його змістове наповнення як договірної конструкції з надання послуг, розглянуто систему його елементів. Здійснено системний аналіз статичних та динамічних характеристик досліджуваних договірних правовідносин, особливостей здійснення суб'єктивних цивільних прав та виконання обов'язків сторін договору, а також підстав та порядку застосування цивільно-правової відповідальності за невиконання чи неналежне виконання обов’язків в сфері договірного надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Робота присвячена комплексному дослідженню одного з найбільш актуальних та практично затребуваних напрямів впорядкування приватноправової сфери - договірних правовідносин, що виникають у зв'язку з наданням програмного забезпечення як хмарної послуги (Software as a Service, SaaS) за цивільним законодавством України.

Сформульовано авторське визначення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги як домовленості сторін, відповідно до якої надавач хмарної послуги зобов'язується протягом обумовленого сторонами строку забезпечити користувачу безперешкодний безперервний цілодобовий доступ до цифрового функціоналу прикладної комп'ютерної програми, що розміщена у хмарному середовищі, а користувач

зобов'язується належно користуватись наданою йому хмарною послугою та своєчасно оплачувати її за умови, якщо договір є оплатним.

В дослідженні обґрунтована відповідь на питання щодо особливостей правової природи досліджуваного договору. Договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не може бути беззастережно кваліфікований ані як ліцензійний договір, ані як класичний договір про надання цифрових послуг у традиційному розумінні, хоча має окремі характерні для них ознаки. На підставі концепції розмежування категорій «використання» та «споживання» об'єкта права інтелектуальної власності робиться наступний висновок. В межах цієї договірної моделі користувач споживає корисний ефект від роботи програмного забезпечення, а не здійснює дій, що становлять власне одноосібне та автономне «використання» комп'ютерної програми. Однією і тією ж комп'ютерною програмою, без перебільшення, через хмарні сервіси можуть користуватись мільйони споживачів. Отже, досліджуваний договір кваліфікується як договір про надання цифрових послуг, що є самостійним різновидом договору про надання послуг і водночас корелює з нормативним підходом, закріпленим на рівні права Європейського Союзу в Директиві (ЄС) 2019/770.

Важливим теоретичним здобутком роботи є дослідження хмарного продукту як цифрового блага особливого роду. Обґрунтовано, що у сфері хмарних продуктів розмежування між цифровим контентом і цифровою послугою, попри його формальне закріплення у праві ЄС, не є абсолютним критерієм правової кваліфікації. В досліджуваному випадку вирішальним є спосіб договірного постачання цифрового блага, тривалість участі провайдера у його наданні та характер доступу користувача до нього. Ця позиція є методологічно виваженою й дає правозастосовній практиці дієвий інструмент кваліфікації конкретного договірного зв'язку без залежності від формальних законодавчих категорій, інституціоналізація яких не завжди встигає за темпами цифровізації та технологічного розвитку держави та суспільства взагалі.

В роботі проведено поглиблений аналіз порядку формування умов досліджуваного договору в залежності від суб'єктного складу правовідносин. Розмежовано два окремі локальні механізми договірного регулювання досліджуваних договірних правовідносин. Перший нормативно детермінований для публічних користувачів та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури, де перелік істотних умов імперативно встановлений законом і підлягає обов'язковому включенню до досліджуваного договору. Другий механізм охоплює диспозитивне правове регулювання досліджуваних договірних правовідносин за участю приватних осіб, де умови договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги формуються переважно через механізм стандартних умов договору приєднання.

Обґрунтовується, що предмет договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є його універсальною базовою істотною умовою. Зазначена теза обґрунтовується тим, що саме через нього забезпечується індивідуалізація цифрового блага, що надається у формі хмарної послуги, визначається обсяг функціонального доступу користувача до прикладної комп'ютерної програми та юридично значущі параметри хмарного середовища. Запропоноване авторське бачення предмета договору — як програмного забезпечення у межах хмарного сервісу як основного бажаного для користувача договірного надання у межах загального змістовно-поведінкового змісту зобов'язання.

Здійснено детальний аналіз порядку укладення досліджуваного договору в цифровому середовищі. Зокрема, обґрунтовано, що натискання кнопки «Погоджуюсь» не може бути беззастережно віднесено до конклюдентних дій у значенні ч. 2 ст. 642 ЦК України, якщо відсутня персоніфікована ідентифікація користувача. Натомість за її наявності таке волевиявлення кваліфікується як акцепт в електронній формі, що забезпечує належність укладення досліджуваного договору у письмовій (електронній) формі відповідно до ст. 639 ЦК України.

Значним теоретичним і практичним внеском у цивілістику є дослідження умов щодо забезпечення належного захисту персональних даних користувача у межах виконання умов досліджуваного договору. Умови про обробку, збереження, цілісність, доступність, передачу та видалення персональних даних є не лише техніко-організаційним додатком до основного договору. Вони є елементом його основного змісту, що безпосередньо визначає межі договірного ризику, критерії належного виконання зобов'язання та підстави цивільно-правової відповідальності надавача досліджуваної хмарної послуги. Відповідно, клаузули, що повністю або непропорційно виключають відповідальність провайдера за втрату, пошкодження чи компрометацію даних користувача, суперечать самій природі досліджуваного зобов'язання. Ця позиція відкриває механізм захисту прав користувача там, де стандартна договірна конструкція могла б мати безмежну захисну дію для надавача. При цьому, негайне видалення даних користувача хмарної послуги після припинення договору або відсутність у нього реальної можливості експортувати такі дані має оцінюватися як договірне обмеження, здатне істотно ускладнити реалізацію прав користувача, оскільки воно перешкоджає переходу до іншого сервісу, посилює залежність від провайдера та фактично позбавляє користувача економічного і функціонального результату попереднього користування хмарною послугою.

Проведено аналіз концепції переддоговірних суб'єктивних прав та обов'язків сторін у договорах про надання цифрових послуг за участю споживача. На основі аналізу ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» та практики Суду справедливості ЄС обґрунтовується, що ще до моменту укладення договору між надавачем та споживачем виникає самостійний комплекс переддоговірних правовідносин, спрямованих на формування належно поінформованої згоди. Виокремлено нормативно зумовлену асиметрію переддоговірного становища сторін, за якої обсяг прав споживача є ширшим від обсягу його обов'язків, тоді як на надавача покладається розширений масив інформаційних та інших переддоговірних обов'язків.

Досліджено підстави зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Пропонується класифікація цих підстав за критерієм ініціативи сторін та їх волевиявлення. За цим критерієм варто розрізняти взаємну згоду сторін, односторонню зміну умов досліджуваного договірного зобов'язання надавачем за наявності обгрунтованого застереження та вагомої причини, зміну договірних умов на підставі положень ст. 652 ЦК України тощо. Важливим є критичний аналіз так званих «клаузул оновлення умов» (англ. – «amendment clauses»), що широко враховуються глобальними світовими цифровими провайдерами. Доведено, що таке суб'єктивне цивільне право надавача не є безмежним і повинне відповідати вимогам наявності вагомої причини, критеріям своєчасного повідомлення та умовам відсутності надмірного погіршення вигідних та бажаних для користувача умов досліджуваного договору. Клаузули, що надають провайдеру невмотивоване дискреційне повноваження на зміну умов, можуть бути кваліфіковані як несправедливі у споживчих правовідносинах згідно зі ст. 18 ЗУ «Про захист прав споживачів».

Зроблено аналіз порядку та підстав припинення досліджуваного договору, в якому вдалося вийти за межі традиційного цивілістичного підходу і пропонується враховувати також так звані «постдоговірні обов'язки» сторін. Мова йде про те, що після формального припинення досліджуваного договірного зв'язку надавач хмарних послуг зобов'язаний забезпечити повернення або перенесення даних користувача, здійснити їх видалення в прозорий і контрольований для останнього спосіб та надати підтвердження факту їх знищення. Сформульовано позицію щодо трьох самостійних правових підстав припинення досліджуваного договору. Мова йде про його розірвання у зв'язку з порушенням, відмову від договору як спеціальний засіб захисту споживача та його припинення на майбутнє як форма виходу із триваючого договірного зобов'язання, що наділено вадами, що не можуть бути подолані зусиллями сторін.

В дисертаційній роботі проведено також дослідження особливостей цивільно-правової відповідальності сторін за порушення умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Проаналізована специфіка кожного елемента складу цивільного правопорушення в контексті хмарних послуг. Проаналізовано протиправність поведінки провайдера як невідповідність його дій суб'єктивним і об'єктивним критеріям належного надання цифрової послуги згідно вимог ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги». Шкода розглядається як реальні збитки, упущена вигода, а також репутаційні втрати. Причинний зв'язок у досліджуваному контексті розглядається з урахуванням основних постулатів теорії причинності. Вина досліджується з урахуванням психологічної теорії вини.

Принципово важливим висновком роботи є пропозиція щодо того, що надавачі хмарних послуг як суб'єкти підприємницької діяльності повинні нести відповідальність незалежно від вини, що посилює захист суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних інтересів користувача. Аналіз відомої та поширеної європейської практики обмеження відповідальності надавача досліджуваної хмарної послуги через стандартні клаузули (англ. – «liability caps, exclusions of consequential damages», «SLA credits») дозволяє виявити межі допустимого обмеження відповідальності провайдера з огляду на природу досліджуваного договірного зобов'язання.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що сформульовані у дисертації положення, висновки та пропозиції можуть бути використані: у науково-дослідній сфері - для подальшого розвитку доктрини договірного права щодо порядку формування, зміни та виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги; у правотворчій діяльності - для вдосконалення цивільного законодавства України у сфері договірного регулювання хмарних послуг та цифрових послуг; у правозастосовній діяльності - під час вирішення спорів, що виникають у зв’язку з укладенням, зміною, належним виконанням, припиненням договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги та цивільно-правовою

відповідальністю за порушення його умов; а також у навчальному процесі - під час викладання навчальних дисциплін цивілістичного циклу, зокрема тем, присвячених договірному праву, цифровим послугам, хмарним послугам та особливостям виконання цивільно-правових зобов’язань.

Ключові слова: договір, договірні зобов’язання, договірні правовідносини, договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, умови договору, цифрові послуги, хмарні послуги, цивільно-правове регулювання хмарних технологій, цифровізація, цивільно-правова відповідальність, Software as a Service (SaaS).

ABSTRACT

Solovyov Ye. The procedure for formation, amendment, and performance of the terms for the provisions of a software as a cloud service agreement under the civil legislation of Ukraine. – Qualification scientific work in the form of a manuscript.

The dissertation is for obtaining the degree of Doctor of Philosophy (PhD) in specialty 081 «Law». – Yaroslav Mudryi National Law University, Ministry of Education and Science of Ukraine. Kharkiv. 2026.

The dissertation is the first scientific work in domestic civil studies that comprehensively, systematically and consistently investigates the procedure for forming, changing and properly fulfilling the terms of a contract for the provision of software as a cloud service, outlines its legal nature, determines its content as a contractual structure for the provision of services, and considers the system of its elements. A systematic analysis of the static and dynamic characteristics of the studied contractual legal relations, the features of the exercise of subjective civil rights and the fulfillment of the obligations of the parties to the contract, as well as the grounds and procedure for applying civil liability for failure to fulfill or improper fulfillment of obligations in the field of contractual provision of software as a cloud service, was carried out.

The work is devoted to a comprehensive study of one of the most relevant and practically demanded areas of regulation of the sphere of modern private relations - the legal regulation of contractual relations arising in connection with the provision of software as a cloud service (Software as a Service, SaaS) under the civil legislation of Ukraine.

The author's definition of the contract for the provision of software as a cloud service is formulated as an agreement between the parties, according to which the cloud service provider undertakes to provide the user with uninterrupted, round-the-clock access to the digital functionality of the applied computer program located in the cloud environment for the period agreed upon by the parties, and the user

undertakes to properly use the cloud service provided to him and pay for it in a timely manner, provided that the contract is paid.

The study provides a substantiated answer to the question of the features of the legal nature of the contract under study. The contract for the provision of software as a cloud service cannot be unconditionally qualified as either a license contract or a classic contract for the provision of digital services in the traditional sense, although it has certain characteristics characteristic of them. Based on the concept of distinguishing the categories of "use" and "consumption" of an intellectual property right object, the following conclusion is made. Within this contractual model, the user consumes the beneficial effect of the software, and does not perform actions that constitute the actual individual and autonomous "use" of the computer program. The same computer program, without exaggeration, can be used by millions of consumers through cloud services. Therefore, the contract under study qualifies as a contract for the provision of digital services, which is an independent type of contract for the provision of services and at the same time correlates with the regulatory approach enshrined at the level of European Union law in Directive (EU) 2019/770.

An important theoretical achievement of the work is the study of a cloud product as a digital good of a special kind. It is substantiated that in the field of cloud products, the distinction between digital content and a digital service, despite its formal enshrining in EU law, is not an absolute criterion of legal qualification. In the case under study, the decisive factor is the method of contractual supply of the digital good, the duration of the provider's participation in its provision, and the nature of the user's access to it. This position is methodologically sound and provides law enforcement practice with an effective tool for qualifying a specific contractual relationship without dependence on formal legislative categories, the institutionalization of which does not always keep up with the pace of digitalization and technological development of the state and society in general.

Within the framework of the study, an in-depth analysis of the procedure for forming the terms of the contract under study, depending on the subject composition of the legal relationship, was conducted. Two separate local mechanisms of

contractual regulation of the contractual relationship under study were distinguished. The first is normatively determined for public users and objects of critical information infrastructure, where the list of essential terms is imperatively established by law and is subject to mandatory inclusion in the contract under study. The second mechanism covers the dispositive legal regulation of the contractual relationship under study with the participation of private individuals, where the terms of the contract for the provision of software as a cloud service are formed mainly through the mechanism of standard terms of the accession contract.

It is substantiated that the subject of the contract for the provision of software as a cloud service is its universal basic essential term. The stated thesis is justified by the fact that it is through it that the individualization of the digital good provided in the form of a cloud service is ensured, the scope of the user's functional access to the applied computer program and the legally significant parameters of the cloud environment are determined. The author's vision of the subject of the contract is proposed - as software within the framework of a cloud service as the main contractual provision desired by the user within the framework of the general substantive and behavioral content of the obligation.

A detailed analysis of the procedure for concluding the contract under study in the digital environment is carried out. In particular, it is substantiated that pressing the "I agree" button cannot be unconditionally attributed to conclusive actions within the meaning of Part 2 of Article 642 of the Civil Code of Ukraine if there is no personalized user identification. Instead, if it is present, such an expression of will is qualified as acceptance in electronic form, which ensures the appropriateness of concluding the contract under study in written (electronic) form in accordance with Article 639 of the Civil Code of Ukraine.

A significant theoretical and practical contribution to civil law is the study of the conditions for ensuring proper protection of the user's personal data within the framework of fulfilling the terms of the contract under study. The terms of processing, storage, integrity, availability, transfer and deletion of personal data are not only a technical and organizational annex to the main contract. They are an element of its

main content, which directly determines the limits of contractual risk, the criteria for proper performance of the obligation and the grounds for civil liability of the provider of the cloud service under study. Accordingly, clauses that completely or disproportionately exclude the provider's liability for loss, damage or compromise of user data contradict the very nature of the obligation under study. This position opens up a mechanism for protecting user rights where a standard contractual structure could have an unlimited protective effect for the provider.

The concept of pre-contractual subjective rights and obligations of the parties in contracts for the provision of digital services with the participation of the consumer is analyzed. Based on the analysis of the Law of Ukraine "On Digital Content and Digital Services" and the practice of the Court of Justice of the EU, it is substantiated that even before the conclusion of the contract between the provider and the consumer, an independent complex of pre-contractual legal relations arises, aimed at forming a properly informed consent. The normatively determined asymmetry of the pre-contractual position of the parties is highlighted, in which the scope of the consumer's rights is wider than the scope of his obligations, while the provider is charged with an expanded array of informational and other pre-contractual obligations.

The grounds for changing the terms of the contract for the provision of software as a cloud service are investigated. A classification of these grounds is proposed according to the criterion of the initiative of the parties and their expression of will. According to this criterion, it is worth distinguishing between the mutual consent of the parties, a unilateral change of the contractual obligation under study by the provider in the presence of a justified reservation and a good reason, a change due to a significant change in circumstances under Art. 652 of the Civil Code of Ukraine, a change in legislation and technical necessity. It is important to critically analyze the so-called "amendment clauses", which are widely taken into account by global digital providers. It has been proven that such a subjective civil right of the provider is not unlimited and must meet the requirements of a good reason, the criteria of timely notification and the conditions of the absence of excessive deterioration of the

beneficial and desirable terms of the contract under study. Clauses that grant the provider unreasonably discretionary authority to change the terms may be qualified as unfair in consumer relations in accordance with Art. 18 of the Law of Ukraine "On Protection of Consumer Rights".

The procedure and grounds for terminating the contract under study have been analyzed, which has managed to go beyond the traditional civil approach and also proposes to take into account the so-called "post-contractual obligations" of the parties. The point is that after the formal termination of the contractual relationship under study, the cloud service provider is obliged to ensure the return or transfer of user data, to delete them in a transparent and controlled manner for the latter, and to provide confirmation of the fact of their destruction. A position has been formulated on three independent legal grounds for terminating the contract under study. These are its termination due to a violation, refusal from the contract as a special means of consumer protection, and its termination for the future as a form of exit from an ongoing contractual obligation that is endowed with defects that cannot be overcome by the efforts of the parties. The dissertation also studies the features of the civil liability of the parties for violating the terms of the contract for the provision of software as a cloud service. The specifics of each element of the civil offense in the context of cloud services have been analyzed. The unlawfulness of the provider's behavior is analyzed as the inconsistency of its actions with the subjective and objective criteria for the proper provision of a digital service in accordance with the requirements of the Law of Ukraine "On Digital Content and Digital Services". Damage is considered as real losses, lost profits, as well as reputational losses. The causal relationship in the studied context is considered taking into account the main postulates of the theory of causality. Fault is studied taking into account the psychological theory of fault.

A fundamentally important conclusion of the work is the proposal that cloud service providers as business entities should be liable regardless of fault, which strengthens the protection of subjective civil rights and protected interests of the user. An analysis of the well-known and widespread European practice of limiting the

liability of the provider of the studied cloud service through standard clauses (liability caps, exclusions of consequential damages, SLA credits) allows us to identify the limits of the permissible limitation of the provider's liability given the nature of the studied contractual obligation.

The practical significance of the results obtained lies in the fact that the provisions, conclusions and proposals formulated in the dissertation can be used: in the scientific and research sphere - for the further development of the doctrine of contract law regarding the procedure for forming, amending and fulfilling the terms of a contract for the provision of software as a cloud service; in law-making field - for the improvement of the civil legislation of Ukraine in the field of contractual regulation of cloud services and digital services; in law enforcement activity - in resolving disputes arising in the sphere of conclusion, amendment, proper performance, termination of a contract for the provision of software as a cloud service and civil liability for violation of its terms; as well as in the educational process - when teaching academic disciplines of the civil cycle, in particular topics devoted to contract law, digital services, cloud services and the peculiarities of the fulfillment of civil obligations.

Key words: contract, contractual obligations, contractual relationships, software-as-a-service (SaaS) agreement, terms of the agreement, digital services, cloud services, civil law regulation of cloud technologies, digitalization, civil liability, Software as a Service (SaaS).

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні результати дисертації:

1. Соловйов Є. О. Порядок укладення договору про надання хмарних послуг за чинним законодавством України. *Право.ua.* 2025. № 2. С. 286–292. DOI: https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2025.2.45. URL: https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2025-2/Pravo_ua_2025_2_286.pdf

2.Соловйов Є. О. Цивільно-правова природа договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги (SaaS) за цивільним законодавством України. *Право.ua.* 2025. № 4. С. 428–436. DOI: https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2025.4.60. URL: https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2025-4/Pravo_ua_2025_4_428.pdf

3.Соловйов Є. О. Предмет як істотна умова договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за цивільним законодавством України. *Наше право.* 2026. № 1. С. 407–413. DOI: https://doi.org/10.71404/NP.2026.1.56. URL: https://nashe-pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/NP-2026-1/NP_2026_1_407.pdf

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1.Соловйов Є. О. Зміна концептуальних засад сутності договорів у сфері цивільного обороту в контексті впровадження процесів діджиталізації: на прикладі використання ChatGPT (штучного інтелекту). *Вдосконалення правового регулювання: погляд молодих науковців* : матеріали щорічної Всеукраїнської науково-практичної конференції здобувачів освіти та молодих вчених (м. Івано-Франківськ, 11 травня 2024 р.). Івано-Франківськ, 2024. С. 219–222. URL: https://law.pnu.edu.ua/wp-content/uploads/sites/100/2024/07/youth2024.pdf

2. Соловйов Є. О. Адаптація міжнародного досвіду складання договорів у сфері цивільного обороту діджитал-технологій до національного середовища. *Актуальні шляхи вдосконалення українського законодавства* : збірник тез

наукових доповідей і повідомлень XIX Всеукраїнської науково-практичної конференції вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів (м. Харків, 17 травня 2024 р.). Харків, 2024. С. 203–207.

3.Соловйов Є. О. Правова природа договору Software as a Service (SaaS). *Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених, курсантів та студентів* : тези доповідей Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Вінниця, 21 червня 2024 р.) / МВС України, Харківський національний університет внутрішніх справ; Національна академія правових наук України. Харків: ХНУВС, 2024. С. 342–344. URL: https://dspace.univd.edu.ua/server/api/core/bitstreams/887ffa9b-7363-48eb-be8d-ba1e4d4261fb/content

4. Соловйов Є. О. Правове регулювання відносин щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги у праві Європейського Союзу. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах* : матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора Ч. Н. Азімова (м. Харків, 16 січня 2026 р.). Харків : Право, 2026. С. 377–384. DOI: https://doi.org/10.31359/9786178617202.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ……4

ВСТУП……..5

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПОЛОЖЕННЯ ЩОДО ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК ХМАРНОЇ ПОСЛУГИ ТА ЙОГО УМОВ…….17

1.1. Правова природа та загальнотеоретична характеристика договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги……..17

1.2. Нормативно-правовий порядок формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги: вітчизняний та закордонний досвід ……....32

Висновки до розділу 1…….52

РОЗДІЛ 2. ІНДИВІДУАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ПОРЯДОК ФОРМУВАННЯ УМОВ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК ХМАРНОЇ ПОСЛУГИ……..57

2.1. Укладення договору у механізмі формування умов щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги…….…...57

2.2. Предмет, істотні та інші умови договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги……..….67

2.3. Права та обов’язки сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги як його умови……...92

Висновки до розділу 2…….…..119

РОЗДІЛ 3. ЗМІНА ТА НАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ УМОВ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК ХМАРНОЇ ПОСЛУГИ. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЇХ НЕВИКОНАННЯ……125

3.1. Порядок та підстави зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги…….…125

3.2. Належне виконання та інші умови припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги……..144

3.3. Відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги…….171
Висновки до розділу 3……...185
ВИСНОВКИ……..189
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ……..……...195
ДОДАТОК…….……215

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

B2B – (від англ. *«Business-to-Business»*) модель договірної взаємодії між суб'єктами підприємницької діяльності

B2C – (від англ. *«Business-to-Consumer»*) модель договірної взаємодії між суб'єктом підприємницької діяльності та споживачем

DCFR – (від англ. *«Draft Common Frame of Reference»*) Проєкт спільної системи координат європейського приватного права

GDPR – (від англ. *«General Data Protection Regulation»*) Загальний регламент ЄС про захист даних

PECL – (від англ. *«Principles of European Contract Law»*) Принципи європейського договірного права

PETL – (від англ. *«Principles of European Tort Law»)* Принципи європейського деліктного права

SaaS – (від англ. *«Software as a Service»)* програмне забезпечення як послуга

SLA – (від англ. *«Service Level Agreement»)* угода про рівень надання послуг

UNIDROIT – (від англ. *«International Institute for the Unification of Private Law»*) Міжнародний інститут уніфікації приватного права

ВС – Верховний Суд

ЕЦП – електронний цифровий підпис

ЄК – Європейська комісія

ЄС – Європейський Союз

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЗУ – Закон України

ІКТ – інформаційно-комунікаційні технології

ІТ – інформаційні технології

КЕП – кваліфікований електронний підпис

ЦК України – Цивільний кодекс України

ЦПК України– Цивільний процесуальний кодекс України

КМУ– Кабінет міністрів України

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Стрімкий науково-технічний прогрес, цифровізація економіки, глобалізація ринків та інтенсивний розвиток транскордонного обігу товарів, робіт, послуг і капіталів істотно трансформують предмет цивільно-правового регулювання. У сучасному цивільному обороті дедалі більшого поширення та значення набувають цифрові об’єкти, персональні дані, результати їх обробки, бази даних, хмарні сервіси та інші цифрові блага, що функціонують виключно у цифровому середовищі. Їх участь у цивільному обороті обумовлює появу нових договірних конструкцій, у межах яких класичні цивілістичні підходи потребують суттєвого уточнення з огляду на нематеріальний характер відповідних благ, технічну складність способів їх надання та багаторівневість правового регулювання відповідних відносин.

Однією з найбільш поширених договірних моделей у цифровому сегменті цивільного обороту найбільш розвинених країн світу є договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги (Software as a Service, SaaS). Поширення саме цієї моделі зумовлене тим, що вона дозволяє користувачеві у цифровому сегменті цивільного обороту отримувати технічний доступ до програмного забезпечення без набуття контролю над його матеріальним носієм або локальною інсталяцією, що змінює саму юридичну архітектоніку договірного зв’язку сторін. У центрі цивільно-правового регулювання в досліджуваному випадку опиняються не питання передачі речі чи відчуження майнового блага. Мова йде про порядок формування умов доступу до цифрового програмного продукту, параметри функціонування сервісу, технічну підтримку, оновлення, резервування та відновлення даних, рівень доступності сервісу, умови кібербезпеки, конфіденційності, обробки персональних даних, обсяг гарантій і межі відповідальності надавача хмарної послуги тощо.

Актуальність теми дослідження посилюється тим, що розвиток договірної практики у сфері хмарних технологій істотно випереджає її належне доктринальне осмислення та законодавчу регламентацію. Попри нещодавне закріплення в вітчизняному законодавстві категорії хмарних послуг, цілісного цивільно-правового механізму регулювання порядку формування, зміни та виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги досі не сформовано. Внаслідок цього у правозастосовній практиці виникають труднощі щодо визначення юридичної природи такого договору, моменту досягнення згоди сторін, юридичного значення електронного акцепту, співвідношення індивідуально погоджених та стандартних умов, правових наслідків оновлення правил користування сервісом, а також допустимих меж односторонньої зміни умов надавачем хмарної послуги тощо.

Науково-теоретичне підґрунтя проведеного дослідження забезпечили праці таких вітчизняних науковців, як: Аврамова О. Є., Атаманова Ю. Є., Безклубий І. А., Давидова Н.І., Калаур І. Р., Кодинець А.О., Кохановська О. В., Майданик Р. А., Мілаш В. С., Мічурін Є. О., Надьон В. В., Некіт К. Г., Попова С.О., Попов В.А., Саванець Л. М., Сліпченко А. С., Сліпченко С. О., Стахира Г. М., Тупицька Є.О., Федорченко Н. В., Філатова Н.Ю., Філонова Ю. М., Ханик-Посполітак Р. Ю., Яновицька Г. Б., Яроцький В. Л. та інші.

Зв’язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема дисертації затверджена та перезатверджена на засіданні вченої ради Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (17 листопада 2022 року, протокол № 3; 26 лютого 2026 року, протокол № 9), та узгоджується з планом науково-дослідних робіт кафедри цивільно-правової політики, права інтелектуальної власності та інновацій Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого в межах державної цільової комплексної програми «Проблеми ефективності правового регулювання цивільних відносин в Україні» (№ 0111U000963).

Мета і завдання дослідження. *Метою* дисертаційного дослідження є визначення цивільно-правової природи договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, з'ясування особливостей формування його умов, підстав і меж їх зміни, порядку належного виконання такого договору, а також підстав і форм цивільно-правової відповідальності за порушення його умов.

Для досягнення поставленої мети були поставлені такі завдання:

– з'ясувати поняття та надати правову характеристику договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги;

– охарактеризувати стан цивільно-правового регулювання договірних відносин щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги у вітчизняному та закордонному праві;

– розкрити порядок формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги;

– визначити предмет, істотні та інші умови договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги;

– охарактеризувати права та обов'язки сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги як його умови;

– з'ясувати підстави та межі зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги;

– визначити критерії належного виконання договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, а також інші умови його припинення;

– розкрити підстави та особливості цивільно-правової відповідальності за порушення умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Об'єктом дослідження є цивільні правовідносини, що виникають, змінюються та припиняються у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Предметом дослідження є порядок формування, зміни та виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за чинним цивільним законодавством України.

Методи дослідження. Методологічну основу дослідження становить сукупність загальнонаукових і спеціально-юридичних методів наукового пізнання. Застосування діалектичного методу дало змогу дослідити генезу, сутність та сучасні тенденції розвитку договірних відносин щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги, а також виявити закономірності їх правового регулювання (підрозділи 1.1, 1.2). Використання порівняльно-правового методу забезпечило аналіз вітчизняного та закордонного досвіду цивільно-правового регулювання договірних відносин щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги, а також дало можливість виявити напрями імплементації позитивного зарубіжного досвіду у вітчизняний правопорядок (підрозділ 1.2). Формально-юридичний метод застосовано для аналізу норм цивільного законодавства України, що регулюють порядок укладення, зміни та виконання договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, а також спеціальних нормативних приписів, дотичних до хмарних послуг і цифрового середовища (підрозділи 1.2, 2.1, 3.1–3.3). За допомогою системно-структурного методу розкрито систему умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, визначено їх внутрішні зв’язки, місце у змісті відповідного зобов’язання, а також охарактеризовано права та обов’язки сторін як елементи договірної конструкції (підрозділи 2.2, 2.3). Метод аналізу та синтезу використано для дослідження порядку формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, виокремлення його істотних, звичайних та інших умов, а також для узагальнення договірної практики у відповідній сфері (підрозділи 2.1, 2.2). Метод логічного аналізу дав змогу з’ясувати правову природу досліджуваного договору, сформулювати критерії належного виконання зобов’язання, а також визначити підстави й

особливості цивільно-правової відповідальності за порушення його умов (підрозділи 1.1, 3.2, 3.3). Метод дедукції використано для формулювання загальних теоретичних висновків щодо порядку зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, а також інших умов його припинення (підрозділи 3.1, 3.2).

Емпіричну базу дослідження становлять нормативно-правові акти України, акти права Європейського Союзу та зарубіжних держав, матеріали судової практики, передусім практика Верховного Суду, а також договірна практика у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги, включаючи типові договори, умови користування сервісами, політики провайдерів, технічні регламенти та інші документи, якими опосередковується зміст досліджуваних договірних правовідносин.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що представлена робота є одним із перших у вітчизняній цивілістиці комплексним дослідженням, у якому системно розкрито порядок формування, зміни та виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за цивільним законодавством України. До найбільш вагомих результатів, які відображають наукову новизну роботи та виносяться на захист, належать такі положення.

Уперше:

– надано авторське визначення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги як домовленості сторін, за якою одна сторона (надавач хмарної послуги) зобов’язується надати другій стороні (користувачеві) можливість сталого віддаленого технічного доступу до функціоналу прикладної комп’ютерної програми у хмарному середовищі в порядку та на умовах, встановлених договором, а користувач зобов’язується приймати та оплачувати таку послугу за умови, якщо досліджуваний договір є оплатним;

– обґрунтовано, що за своєю цивільно-правовою природою договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не може бути

беззастережно віднесений ані до класичного договору про надання послуг, ані до ліцензійного договору в їх традиційному приватноправовому розумінні, оскільки його предметом є не передання примірника комп'ютерної програми на відповідному цифровому носії, а забезпечення надавачем хмарної послуги безперешкодної технічної можливості для користувача користуватись її функціоналом у вигляді комп'ютерної програми в режимі хмарного доступу протягом тривалого часу, визначеного умовами досліджуваного договору;

– визначено, що порядок формування, зміни та виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за цивільним законодавством України безпосередньо залежить від особливостей правового статусу його сторін (суб'єкт публічного права чи споживач). Доведено, що предмет договору становить його універсальну базову істотну умову, оскільки саме через нього забезпечується індивідуалізація того цифрового блага, яке надається у формі хмарної послуги, визначається обсяг функціонального доступу користувача до прикладної комп'ютерної програми, межі реалізації правоможності користування її функціоналом, а також юридично значущі параметри хмарного середовища;

– запропоновано висновок про те, що хмарний продукт за своєю правовою природою є цифровим благом, яке існує або надається із використанням технології хмарних обчислень та споживається через модель віддаленого доступу до даних, програмного середовища, обчислювальних ресурсів або функціоналу сервісу та доведено, що у сфері хмарних продуктів розмежування цифрового контенту і цифрової послуги, попри його формальне закріплення у праві ЄС, не є абсолютним критерієм правової кваліфікації, оскільки визначається способом постачання цифрового блага, ступенем триваючої участі провайдера у його наданні та характером доступу користувача до нього. У зв'язку з цим запропоновано здійснювати цивільно-правову кваліфікацію хмарного продукту з урахуванням його

функціональної моделі у конкретному договірному зв'язку, а не з урахуванням виключно формальної законодавчої категоризації;

– доведено, що в договорах з умовами індивідуального договірного погодження сторонами істотність умов щодо ціни та строку може виникати не в силу прямої вказівки закону, а як наслідок дії автономії волі сторін, якщо саме з погодженням таких умов вони пов'язують укладення досліджуваного договору. Натомість у договорах приєднання порядок формування та подальшої зміни договірних умов зумовлюється стандартизованим характером приватноправового договірного регулювання, за якого зміст договору попередньо визначається надавачем хмарної послуги, а користувач приєднується до нього в цілому. Обґрунтовано, що у сфері споживання хмарних послуг така модель договірного регулювання зумовлює необхідність посиленого цивільно-правового захисту споживача як слабшої сторони договору, зокрема шляхом контролю за дотриманням стандартних умов, забезпечення їх доступності та зрозумілості, а також обмеження дискреції надавача щодо односторонньої зміни умов досліджуваного договору;

удосконалено:

– висновки, що у відносинах щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги, в яких користувачем виступає споживач, ще до моменту укладення договору виникає самостійний комплекс переддоговірних суб'єктивних цивільних прав та обов'язків, спрямованих на формування забезпеченої належною поінформованістю, вільним та усвідомленим вибором сторін їх згоди щодо умов надання майбутньої цифрової послуги; доведено, що зазначені правовідносини характеризуються нормативно зумовленою асиметрією переддоговірного становища сторін, за якої обсяг прав споживача зазвичай є ширшим за обсяг його обов'язків, тоді як на надавача хмарних послуг як підприємця покладається розширений масив інформаційних та інших переддоговірних обов'язків, що зумовлено об'єктивно слабшою переговорною позицією споживача в умовах

стандартизованого договірного регулювання, найчастіше побудованого за моделлю договору приєднання;

– наукові погляди про те, що у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги умови, спрямовані на охорону цивільних прав користувача, а також на забезпечення їх захисту у разі порушення, мають розглядатися як юридично значимі умови договору, а не як факультативні елементи договірної техніки; доведено, що до таких умов належать, зокрема, положення про забезпечення збереження, цілісності, доступності та безпеки даних користувача, гарантії на випадок несанкціонованого доступу, компрометації облікових записів чи інших інцидентів кібербезпеки, а також умови, що визначають способи, межі та підстави цивільно-правового захисту у разі порушення прав користувача, включаючи обов’язок надавача відшкодувати завдані збитки, порядок подання і розгляду скарг та звернень, строки реагування на порушення й усунення їх наслідків, при цьому встановлено, що включення до змісту такого договору положень, які повністю або непропорційно виключають відповідальність надавача за втрату, пошкодження, недоступність чи компрометацію даних користувача або істотно ускладнюють реалізацію права на захист, суперечить сутності договірної охорони цивільних прав у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги;

– висновки про те, що у договорах про надання програмного забезпечення як хмарної послуги умови, які визначають основний предмет договору та співвідношення між обсягом наданого цифрового функціоналу і ціною, мають вирішальне значення для цивільно-правової кваліфікації відповідного договірного зв’язку, однак саме по собі їх віднесення до базового ядра договірного змісту не виключає необхідності оцінки інших стандартних умов договору крізь призму справедливості, добросовісності, розумності та належного захисту користувача хмарної послуги;

– пропозиції щодо того, що у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги формальна визначеність основного предмета договору і

ціни не усуває ризику включення до змісту договору обтяжливих, непрозорих або дисбалансуючих умов щодо порядку припинення договору, зміни умов доступу, обмеження відповідальності надавача, втрати даних чи звуження засобів захисту користувача, а відтак оцінка справедливості таких умов має здійснюватися з урахуванням не лише номінального визначення предмета і ціни, а й реального економіко-правового балансу прав та обов'язків сторін;

– обґрунтовано, що у відносинах щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги за участю споживача порядок формування умов договору визначається не реальним погодженням волі сторін, а одностороннім попереднім конструюванням змісту договору надавачем хмарної послуги, внаслідок чого згода користувача набуває переважно форми приєднання до вже встановленої нормативно-саморегулятивної моделі договірного зв'язку; доведено, що за таких умов підвищений стандарт охорони та захисту прав споживача має забезпечуватися через покладення на надавача розширеного обсягу інформаційних обов'язків і через змістовий контроль за прозорістю, зрозумілістю та справедливістю стандартних умов договору;

набуло подальшого розвитку:

– положення про те, що у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги контроль за справедливістю стандартних умов договору не повинен обмежуватися наслідками лише в межах індивідуального договірного зв'язку, оскільки використання надавачем хмарної послуги типових умов дослідженого договору зумовлює їх потенційний вплив на невизначене коло користувачів; доведено, що визнання окремих стандартних умов у межах такого контролю несправедливими у правовідносинах щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги має значення не лише для захисту прав конкретного користувача, а й для запобігання подальшому застосуванню таких умов у масовій договірній практиці провайдера, що відповідає превентивній та стримувальній функції цивільно-правового захисту у сфері споживання цифрових послуг;

– висновок про те, що у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги умови щодо оброблення, збереження, цілісності, доступності та втрати даних користувача становлять не техніко-організаційний додаток до основного договірного регулювання, а елемент його основного змісту, оскільки саме через них конкретизуються межі договірного ризику, критерії належного виконання зобов'язання та підстави цивільно-правової відповідальності надавача у разі порушення прав користувача;

– доктринальні підходи про те, що у правовідносинах щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги завантаження користувачем даних у хмарне середовище саме по собі не змінює належності прав на такі дані чи інший користувацький контент, а тому умови договору, які формально не заперечуючи права користувача на відповідний контент, фактично надають надавачу надмірно широкі, невизначені або необмежені за метою, строком чи колом суб'єктів повноваження щодо його використання, мають оцінюватися як такі, що виходять за межі функціонально необхідного договірного регулювання;

– міркування щодо того, що у договорах про надання програмного забезпечення як хмарної послуги умови про ліцензійне використання користувацького контенту є правомірними лише тією мірою, якою вони об'єктивно необхідні для забезпечення належного функціонування сервісу, забезпечення доступу, хостингу, резервного копіювання, відображення або іншої технічно зумовленої обробки такого контенту, тоді як включення до змісту договору права провайдера на подальше, не пов'язане з наданням послуги використання, субліцензування або збереження таких прав після припинення договору, потребує самостійного і спеціально вираженого правового обґрунтування;

– наукові результати щодо того, що у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги умови, які виключають або непропорційно обмежують відповідальність надавача за порушення цілісності даних, їх

втрату, недоступність чи інші збої у функціонуванні хмарного сервісу, можуть суперечити самій природі досліджуваного договірного зобов'язання, якщо таке обмеження фактично усуває відповідальність надавача за належність тих характеристик хмарної послуги, які становлять її змістовно-сутнісне призначення і на які обґрунтовано розраховує користувач;

– пропозиції щодо подальшого вдосконалення положень ЗУ «Про хмарні послуги» у частині договірного регулювання відносин щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Обґрунтовано доцільність нормативного уточнення положень щодо порядку укладення, зміни та припинення таких договорів у приватноправовій сфері, оскільки чинне спеціальне регулювання найбільш детально врегульовує надання хмарних послуг публічним користувачам та об'єктам критичної інформаційної інфраструктури.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що сформульовані у дисертації положення, висновки та пропозиції можуть бути використані: у науково-дослідній сфері - для подальшого розвитку доктрини договірного права щодо порядку формування, зміни та виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги; у правотворчій діяльності - для вдосконалення цивільного законодавства України у сфері договірного регулювання хмарних послуг та цифрових послуг; у правозастосовній діяльності - під час вирішення спорів, що виникають у зв'язку з укладенням, зміною, належним виконанням, припиненням договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги та цивільно-правовою відповідальністю за порушення його умов; а також у навчальному процесі - під час викладання навчальних дисциплін цивілістичного циклу, зокрема тем, присвячених договірному праву, цифровим послугам, хмарним послугам та особливостям виконання цивільно-правових зобов'язань.

Апробація результатів дослідження. Основні наукові положення і висновки, сформульовані в дисертації, обговорювалися на засіданнях

кафедри цивільно-правової політики, права інтелектуальної власності та інновацій Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, а також оприлюднювалися на всеукраїнських науково-практичних конференціях, зокрема: щорічній Всеукраїнській науково-практичній конференції здобувачів освіти та молодих учених «Вдосконалення правового регулювання: погляд молодих науковців» (м. Івано-Франківськ, 11 травня 2024 року); XIX Всеукраїнській науково-практичній конференції вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів «Актуальні шляхи вдосконалення українського законодавства» (м. Харків, 17 травня 2024 року); Всеукраїнській науково-практичній конференції «Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених, курсантів та студентів» (м. Вінниця, 21 червня 2024 року); науково-практичній конференції, присвяченій пам’яті професора Ч. Н. Азімова, «Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб’єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах» (м. Харків, 16 січня 2026 року).

Структура та обсяг дисертації. Структура та обсяг дисертації обумовлені її метою та завданнями. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, що поділені на вісім підрозділів, висновків, списку використаних джерел і додатка. Загальний обсяг рукопису дисертації складає 216 сторінок, з яких основний текст становить 194 сторінки, список використаних джерел із 157 найменувань займає 20 сторінок, а додаток - 2 сторінки.

РОЗДІЛ 1
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПОЛОЖЕННЯ ЩОДО ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК ХМАРНОЇ ПОСЛУГИ ТА ЙОГО УМОВ

1.1. Правова природа та загальнотеоретична характеристика договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Стрімка цифровізація вітчизняних договірних відносин зумовлює появу нових цивільно-правових конструкцій, які кардинально змінюють класичні цивільно-правові уявлення про надання послуг. Зокрема, здійснення права інтелектуальної власності та забезпечення цифрового доступу до певного майнового або немайнового блага визначаються особливостями віртуального простору. До таких конструкцій належить зокрема договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Його правова характеристика передбачає з'ясування не лише його належності до певного договірного типу, а й особливостей юридичної моделі, за допомогою якої користувач набуває можливість використовувати необхідне йому програмне забезпечення через доступ до хмарної послуги. Саме тому дослідження цього договору доцільно розпочати зі встановлення його правової природи. Адже без дослідження основних ознак відповідної договірної конструкції складно визначити її поняття, місце в системі цивільно-правових договорів, співвідношення із схожими договірними конструкціями та межі застосування до неї нормативних приписів чинного цивільного законодавства України. Під юридичною природою договору у цивілістичній доктрині зазвичай розуміють його сутнісні особливості як унікального явища правової реальності, що знаходить прояв у понятті, ознаках і його призначенні у цивільному обороті. Врахуванню підлягають системні зв'язки цього явища, а також подібності та відмінності із суміжними правовими конструкціями та регулятивними і охоронними

цивільно-правовими механізмами. Вказана унікальність та специфіка визначає основні напрями та сферу договірного регулювання вівдповідних приватних відносин, а також ті інтереси його сторін, які відповідний договір здатен врегулювати, якими цивільно-правовими засобами забезпечити, і в яких межах бути ефективним правовим засобом приватноправової координації [137, с. 430]. Зазначений підхід є релевантним й для аналізу договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Будь-який договір у цивільному праві є універсальним правовим засобом саморегуляції приватних відносин, за допомогою якого сторони моделюють для себе бажану правомірну поведінку на майбутнє та набувають, змінюють або припиняють суб'єктивні цивільні права і обов'язки. Хмарні обчислення у звичайному розумінні визначають основні напрями надання обчислювальних ресурсів споживачу через мережу Інтернет. Останній забезпечує користувачеві мережевий доступ на вимогу до загального обсягу масштабованих і ресурсів. Мова йде про сукупність взаємопов'язаних серверів, сховищ, програмного забезпечення, платформ та обчислювальних потужностей. При цьому всі вони можуть швидко надаватися, виявлятися та використовуватися без необхідності набуття власної необхідної технічної інфраструктури. Визначальними ознаками хмарної інфраструктури є можливість забезпечення максимально віддаленого доступу до програмних продуктів, оперативна масштабованість, широта конфігурації, належне різнорівневе управління цифровими процесами з блоку провайдерів та орієнтованість на вільне споживання послуги споживачем, а не на можливість формування власного розгалуженої електронно-обчислювальної інфраструктури [24, с. 2].

У сфері використання технології хмарних обчислень договір виступає ключовим правовим засобом індивідуального формування приватноправової моделі подальшої взаємодії сторін. Подальший аналіз особливостей досліджуваного договору доцільно розпочати з окреслення основних нормативно визначених моделей технологій хмарних обчислень, в межах

яких здійснюється надання договірних хмарних послуг. У межах базової договірної моделі використання технологій хмарних обчислень на сучасному етапі виокремлюють три основні види послуг, що можуть надаватись за відповідними моделями. По-перше, це послуги інфраструктури (infrastructure-as-a-service, IaaS), які полягають у наданні користувачеві віддаленого доступу до серверної інфраструктури та обчислювальних ресурсів без надання програмного середовища. По-друге, послуги платформи (platform-as-a-service, PaaS), що, окрім доступу до серверу, включають надання операційних систем, середовищ розробки, тестування програмного забезпечення та систем управління базами даних. По-третє, послуги надання доступу до програмного забезпечення (software-as-a-service, SaaS) [15].

Програмне забезпечення як послуга (Software-as-a-Service, SaaS) є різновидом хмарного продукту, за якого користувачеві надається доступ до прикладного програмного забезпечення, що функціонує на хмарній інфраструктурі провайдера та використовується через мережу, як правило, без необхідності встановлення традиційного настільного застосунку на пристрій користувача [7, с. 4]. У споживчому сегменті договірних відносин саме SaaS-договори мають найбільше практичне значення, оскільки пропозиція для користувача полягає у наданні доступу до застосунку, функціональність якого споживається дистанційно. На відміну від Platform-as-a-Service, яка призначена переважно для розроблення застосунків, та Infrastructure-as-a-Service, що забезпечує базову обчислювальну інфраструктуру, SaaS-договори орієнтоване на безпосереднє використання кінцевим користувачем уже розгорнутого програмного продукту [3, с.7]. Показовими відповідної моделі надання програмного забезпечення як хмарної послуги, є зокрема, Gmail, Google Calendar, Google Docs, Microsoft 365, сервіси відеозв’язку, що функціонують через вебінтерфейс, а також творчі вебзастосунки, зокрема Adobe Photoshop on the web. Окремий різновид становлять SaaS-застосунки, функціональність яких забезпечується генеративними технологіями штучного інтелекту [133, с. 219-222] та полягає

у наданні користувачеві віддаленого доступу до інструментів створення, зміни й опрацювання цифрового контенту шляхом оброблення його запитів у хмарному середовищі провайдера з подальшим наданням результату через вебінтерфейс. О. В. Піхурець, зазначає, що технології хмарних обчислень забезпечують користувачеві доступ до необхідних ресурсів та можливість управління ними залежно від характеру поставлених завдань [95]. Прикладами такого різновиду SaaS є Adobe Firefly та ChatGPT у вебверсіях. Зазвичай у разі придбання або використання програмного забезпечення, що функціонує із застосуванням технологій штучного інтелекту, відповідні правовідносини опосередковуються договором або користувацькою угодою, у межах яких визначається, зокрема, правовий режим результатів, створених із використанням такої програми. У цьому аспекті визначального значення набуває принцип *pacta sunt servanda*, відповідно до якого належно погоджені сторонами умови договору є обов'язковими для них і підлягають виконанню [92, с.197]. Особливого правового значення набуває регламентація функціонування генеративних систем штучного інтелекту, зокрема ChatGPT та DALL-E, здатних автономно продукувати текстові, візуальні, аудіальні та інші медіаоб'єкти. Використання таких систем зумовлює необхідність забезпечення належної інформаційної прозорості, що передбачає обов'язок доведення до відома користувача факту машинного, а не людського походження відповідного контенту [90, с. 319].

У вітчизняній цивілістичній доктрині простежується прагнення до системного осмислення та належної правової кваліфікації договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, що знайшло своє відображення, зокрема, у науковому підході А. Давидової. У межах відповідного дослідження здійснено спробу концептуалізації можливих моделей договірного оформлення відносин, що виникають у сфері хмарного надання програмного забезпечення. Зокрема, йдеться про можливість опосередкування таких відносин конструкціями договору найму (оренди) програмно-апаратного комплексу, договору найму (оренди) комп'ютерної

програми як примірника твору, договору зберігання інформації, ліцензійного договору, договору про надання послуг, а також змішаного договору [94].

При цьому слушно акцентується увага на тому, що найбільші складнощі у правозастосуванні та доктринальній кваліфікації породжує відмежування ліцензійної моделі використання програмного забезпечення від договірної конструкції про надання інформаційних послуг. [62, с.19-21]. У підсумку дослідниця доходить висновку, що договірна модель SaaS не вкладається у межі класичних пойменованих договірних типів і має розглядатися як нетипова змішана цивільно-правова конструкція, у межах якої поєднуються елементи ліцензійного договору та договору про надання послуг, зокрема інформаційних, що зумовлено самою природою хмарного доступу до функціональності програмного забезпечення [62, с.19]. Спроби цивільно-правового осмислення відносин, що виникають у зв'язку з використанням хмарних технологій, зокрема у формі надання віддаленого доступу до програмного забезпечення як послуги, у вітчизняній доктрині закономірно активізувалися ще за відсутності спеціального нормативного регулювання у цій сфері. На той час проблемним залишалося навіть формування усталеного понятійного апарату, здатного вірно визначити предмет відповідного договору, його сторін та зміст породжуваного ним зобов'язального правовідношення. У цьому контексті показовою є позиція Н. Давидової, яка, спираючись на загальні положення зобов'язального права та принцип свободи договору, запропонувала підходи до визначення юридичної природи SaaS і окреслила можливість її співвіднесення з традиційними договірними конструкціями. Подальший розвиток цієї проблематики набув нового нормативного виміру з прийняттям у 2022 році ЗУ «Про хмарні послуги» (далі - Закон) [113]. У Законі вперше на нормативному рівні було закріплено базові елементи понятійно-категоріального апарату, релевантного для сфери надання хмарних послуг. Так, у ст. 2 Закону визначено основні терміни, що застосовуються у цій сфері, а в ч. 2 ст. 3 Закону окреслено види хмарних послуг: інфраструктура як послуга, платформа як послуга,

програмне забезпечення як послуга, безпека як послуга, а також інші послуги, що відповідають визначенню хмарних послуг. Останнє формулювання має принципове значення, оскільки свідчить про відкритий характер відповідного переліку та дозволяє охоплювати ним не лише прямо названі в Законі моделі, а й інші технологічно споріднені послуги, що відповідають загальним ознакам хмарної послуги. Крім того, у ст. 5 Закону визначено учасників відносин у сфері хмарних послуг, а у ст. 10 Закону закріплено договірні засади надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних, письмову форму відповідного договору, а також істотні умови такого договору для публічних користувачів та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури. Водночас принципово важливо, що Закон за своєю регулятивною природою має виразну публічно-правову спрямованість. Такий висновок випливає, зокрема, зі ст. 1 Закону, положення якої зорієнтовані передусім на впорядкування відносин щодо використання хмарних послуг органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, військовими формуваннями, державними підприємствами, установами та організаціями, суб'єктами владних повноважень та іншими суб'єктами, яким делеговані такі повноваження. Тобто регулювання відносин у сфері використання хмарних сервісів розраховано передусім на площину публічних правовідносин, залишаючи осторонь проблеми приватноправового сегмента відносин, що регулюється шляхом укладення та виконання договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Попри те, що чинне законодавство України оперує категорією «хмарні послуги» та розрізняє їх види (зокрема програмне забезпечення як послугу), цивільно-правова кваліфікація договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги має здійснюватися не за його номінуванням у тексті законодавства, а виходячи з юридичного змісту зобов'язання: предмета, обсягу правоможностей користувача, характеру дій надавача, розподілу ризиків і відповідальності сторін [137, с. 431]. У зв'язку з цим

першочергового значення набуває з'ясування юридичного змісту категорії «хмарна послуга» та пов'язаної з нею договірної моделі надання хмарних послуг. Відповідно до ст. 2 Закону хмарна послуга визначається як послуга з надання хмарних ресурсів за допомогою технології хмарних обчислень.

Своєю чергою, відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону програмне забезпечення як послуга є окремим різновидом хмарних послуг, зміст якого полягає у наданні користувачеві доступу до прикладних комп'ютерних програм із використанням технології хмарних обчислень через онлайн-сервіс або комп'ютерні програми-агенти. При цьому за договором про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних надавач хмарних послуг зобов'язується у визначений договором спосіб надати одну чи декілька погоджених користувачем послуг, а користувач - оплатити їх на умовах, визначених договором [114]. Тож, за договором про надання програмного забезпечення як хмарної послуги надавач фактично забезпечує користувачеві можливість використання не ізольованого примірника комп'ютерної програми, а цілісного апаратно-програмного середовища, функціонування якого підтримується хмарною інфраструктурою. У цьому разі йдеться не лише про доступ до прикладної функціональності програмного забезпечення, а й про використання відповідних обчислювальних ресурсів, сервісної інфраструктури та технічних засобів, необхідних для забезпечення належного функціонування такого цифрового продукту. Саме тому в межах цих правовідносин особливого значення набуває доступ як юридично значущий спосіб фактичного користування цифровим благом, де володільцем такого блага фактично виступає особа, яка має належні права доступу до нього, що реалізуються через процедури аутентифікації, верифікації або авторизації, зокрема шляхом введення логіна й пароля [87, с. 38]. При цьому програмне забезпечення може бути створене, адаптоване або модифіковане з урахуванням потреб конкретного користувача, а складовою відповідного сервісу може виступати клієнтський модуль (агент), що встановлюється на обладнання користувача для забезпечення доступу,

інтеграції з іншими системами чи виконання допоміжних технічних функцій. Водночас визначальною ознакою договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є те, що в його межах користувачеві не передається примірник програмного забезпечення на матеріальному носії або в іншій формі, придатній для автономного використання. Натомість забезпечується віддалений доступ до функціональності програмного забезпечення, виконання якої здійснюється на ресурсах надавача. Саме тому використання програмного забезпечення за такою моделлю не передбачає придбання дисків, флеш-накопичувачів чи інших матеріальних носіїв комп'ютерної програми. Необхідною технічною передумовою користування програмним забезпеченням як хмарною послугою є стабільний доступ користувача до мережі Інтернет. Водночас юридично значущим є не лише дистанційний характер доступу до функціональності програмного забезпечення, а й особливий юридичний режим даних, що циркулюють у хмарному середовищі. Дані користувача - як передані ним для оброблення, так і створені в процесі використання сервісу - зазвичай обробляються та зберігаються на віддалених обчислювальних потужностях надавача, що зумовлює необхідність договірного визначення порядку доступу до них, їх збереження, використання, передання та повернення. При цьому такі дані не вичерпуються виключно технічною чи навіть службовою інформацією. До їх складу можуть входити цифрові об'єкти, здатні набувати правового режиму об'єктів права інтелектуальної власності. Залежно від функціонального призначення конкретного сервісу надавач хмарної послуги може також здійснювати їх поширення або відкриття доступу до них невизначеному колу осіб, що має враховуватися при визначенні змісту договірного зобов'язання, обсягу правоможностей користувача хмарної послуги, меж допустимої поведінки надавача хмарної послуги, юридичного режиму використання даних і цифрових речей, а також моделі розподілу ризиків та цивільно-правової відповідальності між сторонами.

Для належного з'ясування правової природи досліджуваного договору та його відмежування від суміжних договірних конструкцій доцільним є співвіднесення його, насамперед, із ліцензійним договором. У сучасній вітчизняній цивілістичній доктрині заслуговує на увагу підхід І. Якубівського, відповідно до якого, у праві інтелектуальної власності ліцензію потрібно розуміти як спосіб розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, що полягає у наданні правоволоділцем іншій особі (особам) права на використання об'єкта права інтелектуальної власності на підставі договору або одностороннього правочину [153, с. 4]. Тобто ліцензійний договір це цивільно-правова конструкція, у межах якої правоволоділець - ліцензіар, діючи в обсязі належних йому майнових прав інтелектуальної власності, надає ліцензіату дозвіл на використання відповідного об'єкта у способах, визначених договором. При цьому способи використання об'єкта права інтелектуальної власності, які прямо не охоплені змістом ліцензійного договору, не можуть вважатися наданими ліцензіату. Саме ця ознака набуває особливого значення у випадках створення або використання програмного забезпечення із залученням компонентів Open Source.

Слід погодитися, що розробники не завжди належним чином враховують умови розповсюдження таких компонентів, зокрема передбачені відповідними ліцензіями дозволи, заборони, вимоги щодо атрибутування, долучення тексту ліцензії, надання доступу до вихідного коду кінцевого програмного продукту тощо. Ігнорування цих умов створює юридичні ризики на етапі використання, просування та поширення кінцевого програмного забезпечення, створеного із застосуванням Open Source компонентів. Зокрема, замовник такого програмного продукту може бути обмежений у його вільному використанні або взагалі позбавлений можливості розповсюджувати кінцевий продукт у тому обсязі, на який він обґрунтовано розраховував при укладенні договору [65, с. 173]. Такий доктринальний висновок узгоджується з нормативною логікою чинного ЦК

України. Так, у ч. 1 ст. 1109 чинної редакції основного акта вітчизняного цивільного законодавства встановлено, що за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності визначеним способом (способами) протягом певного строку на певній території, а ліцензіат зобов'язується вносити плату за використання об'єкта, якщо інше не встановлено договором. При цьому в сучасній правовій доктрині іноді обґрунтовується підхід, за яким надання користувачеві хмарного доступу до програмного забезпечення може кваліфікуватися як один зі способів «використання» відповідного об'єкта права інтелектуальної власності [120, с. 64]. Водночас аналіз ЗУ «Про авторське право і суміжні права» свідчить, що способи використання об'єкта інтелектуальної власності не мають універсального, абстрактного характеру, а залежать від правової природи самого об'єкта. Інакше кажучи, правовий режим використання визначається тим, чи йдеться про об'єкт авторського права, зокрема твір, чи про об'єкт суміжних прав - виконання, фонограму, відеограму або передачу організації мовлення тощо. Саме тому категорія «способи використання» не може застосовуватися поза зв'язком із конкретним охоронюваним результатом творчої чи іншої інтелектуальної діяльності як об'єктом цивільних прав. У межах цього дослідження доцільно виходити з того, що відповідно до ст. 3 ЗУ «Про хмарні послуги» технологія хмарних обчислень є технологією забезпечення дистанційного доступу на вимогу користувача до хмарної інфраструктури через електронні комунікаційні мережі. Натомість за договором про надання програмного забезпечення як хмарної послуги користувачеві забезпечується доступ до прикладних комп'ютерних програм із використанням технології хмарних обчислень -через онлайн-сервіс або комп'ютерні програми-агенти, що й характеризує програмне забезпечення як послугу як окремий різновид хмарної послуги. ЗУ «Про авторське право і суміжні права» прямо відносить комп'ютерні програми до об'єктів авторського права.

Такий підхід є загальновизнаним. Режиму охорони комп'ютерних програм авторським правом встановлений і у Європейському Союзі, що передбачено положеннями Директиви 2009/24/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 23 квітня 2009 року про правову охорону комп'ютерних програм, так у ст. 1 визначено, що відповідно до положень цієї Директиви, держави-члени повинні охороняти комп'ютерні програми нормами авторського права як літературні твори у значенні Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів [14]. З урахуванням нормативних положень ст. 12 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» для комп'ютерної програми способи використання можна подати стисло так: відтворення (копіювання коду, інсталяція, завантаження в пам'ять, резервні копії тощо); включення до складеного твору; включення до іншого твору (вбудовування у продукт чи програмно-апаратний комплекс); розповсюдження примірників (передача копій на носіях або для завантаження); імпорт примірників для розповсюдження; здавання в найм або в позичку примірників програми; переклад (зокрема переписування коду на іншу мову програмування, локалізація); переробка або адаптація (модифікації, створення похідних версій, портинг тощо). Цей перелік не має вичерпного характеру.

Водночас окремого наголосу потребує те, що доведення до загального відома є релевантним насамперед у випадках, коли комп'ютерна програма стає доступною невизначеному колу осіб шляхом її розміщення або відкриття доступу до неї. Натомість у межах договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги користувач, як правило, не набуває примірника комп'ютерної програми, а отримує можливість дистанційної взаємодії з її функціональністю в середовищі хмарного сервісу. Подальший аналіз потребує встановлення того, чи може взаємодія користувача із сервісом у межах договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги кваліфікуватися як «використання» комп'ютерної програми в авторсько-правовому значенні, чи йдеться лише про споживання корисного

ефекту, який виникає внаслідок її функціонування. Зовні користувач здійснює операційну взаємодію з програмним середовищем: вводить дані, формує запити, ініціює команди через інтерфейс та отримує відповідний результат. При цьому, юридично й технічно релевантні дії щодо самої комп'ютерної програми - завантаження програмного коду, його оновлення, оброблення й зберігання даних, адміністрування доступу та підтримання працездатності сервісу - здійснюються на стороні надавача, який зберігає контроль над хмарною інфраструктурою та примірниками програмного забезпечення. Саме тому принципового значення набуває розмежування «користування» програмним забезпеченням у фактико-технологічному сенсі та «використання» комп'ютерної програми як об'єкта авторського права у сенсі здійснення майнових прав інтелектуальної власності. Механізм вилучення корисних властивостей об'єкта права інтелектуальної власності не тотожний користуванню річчю як матеріальним об'єктом цивільних прав.

Нематеріальна природа таких об'єктів допускає одночасне отримання корисного ефекту множинністю осіб, однак не кожне таке отримання результату трансформується в юридично значущий акт використання. У цьому контексті методологічно виправданим є розмежування двох форм вилучення корисних властивостей об'єкта права інтелектуальної власності - його використання та споживання, на чому слушно акцентує. І. Є. Якубівський [153, с. 101-102]. У випадках, коли суб'єкт здійснює дії, що прямо охоплюються майновими правами правоволодільця, має місце використання об'єкта. Натомість інші особи можуть вилучати корисний ефект без здійснення юридично значущих «способів використання»: перегляд твору глядачем у кінотеатрі, придбання та вживання лікарського засобу, купівля товару з торговельною маркою - це споживання результату, але не використання відповідного об'єкта у сенсі майнових прав зазначає дослідник [153, с. 101-102]. З огляду на це, у змісті договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги визначальним є не зовнішній факт «роботи користувача з програмою», а з'ясування того, чи вчиняє він дії,

які закон відносить до способів використання комп'ютерної програми, чи лише споживає сервісний результат, технологічно забезпечений надавачем через контрольовані ним примірники програмного забезпечення та хмарну інфраструктуру. Якщо взаємодія користувача хмарної послуги обмежується доступом до функціональності сервісу й отриманням результату оброблення даних без переходу до нього контролю над примірником комп'ютерної програми та без здійснення правоможностей, що становлять способи її використання, такий договір доцільно кваліфікувати як договір про надання послуг. Натомість якщо договірна модель фактично передбачає надання користувачеві дозволу на використання комп'ютерної програми у юридично визначених формах, зокрема шляхом її відтворення, завантаження або іншого самостійного використання, виникають підстави для висновку про наявність ліцензійного елементу у відповідному правовідношенні. Доступ до програмного забезпечення, що зберігається у хмарному середовищі, слугує лише способом надання користувачу відповідної цифрової послуги. Віднесення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за своєю правовою природою до договорів про надання цифрових послуг відповідає підходу, нормативно закріпленому на рівні права Європейського Союзу. У п.19 Преамбули до Директиви 2019/770 (ЄС) [13] цифрова прямо наведено приклади цифрових послуг. Мова йде про стрімінгові сервіси з поширення аудіо- та відеоконтенту, онлайн-ігри, соціальні мережі, а також програмне забезпечення як послуга (software-as-a-service), що надається через мережу Інтернет, включаючи сервіси файлового хостингу, обробки текстів, хмарні ігрові платформи тощо. Отже, договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги прямо охоплюється нормативними приписами про цифрові послуги. Таким чином правова характеристика цих договорів кореспондує загальній моделі договорів з надання послуг, у межах якої предметом є діяльність, спрямована на досягнення інкорпорованого в послугу корисного ефекту, а не передання речі чи набуття речового права.

Доцільним у цьому контексті є звернення до підходів, сформованих у зарубіжній приватноправовій доктрині. David W. Tollen, аналізуючи зарубіжну практику у сфері договорів інформаційно-технологічного спрямування, звертає увагу на методологічну неточність, властиву багатьом договорам про надання програмного забезпечення як хмарної послуги: формальне використання в них категорії «ліцензія» для позначення відносин, які за своєю сутністю тяжіють радше до моделі підписного доступу. На його думку, така термінологія не є нейтральною, оскільки здатна формувати надмірні правові очікування щодо обсягу наданих користувачеві прав, зокрема у сфері інтелектуальної власності, а в разі виникнення спору - породжувати аргументи про нібито існування права користувача на отримання примірника програмного забезпечення, за допомогою якого функціонує відповідний хмарний сервіс. Окремий ризик, на який вказує D. W. Tollen, пов’язаний із режимом відкритого програмного забезпечення. Некоректне позначення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги як ліцензійного може ускладнювати оцінку дотримання умов ліцензій на відкрите програмне забезпечення, особливо ліцензій із взаємним збереженням відкритості похідного програмного коду. Автор виходить із того, що для більшості таких ліцензій юридично значущим фактом є саме розповсюдження примірників програмного забезпечення, а не надання віддаленого доступу до його функціональності. Винятки можливі, зокрема, коли надавач передає користувачеві клієнтський компонент для встановлення, допускає розгортання продукту на інфраструктурі самого користувача або застосовує окремі особливо суворі ліцензії на відкрите програмне забезпечення, здатні поширювати вимоги щодо відкритості похідного коду і на модель віддаленого доступу. Водночас D. W. Tollen застерігає і від іншої крайності - ототожнення хмарних сервісів із професійними послугами, що надаються безпосередньо персоналом надавача.

У межах договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги користувач отримує корисний результат не завдяки індивідуальним діям фахівців надавача, а через функціонування його комп'ютерних систем, програмного забезпечення та хмарної інфраструктури. Саме тому термін «хмарні послуги» певною мірою може бути оманливим: термінологічно «послуги» асоціюється з людською професійною діяльністю, тоді як у хмарній моделі визначальним є автоматизоване технологічне забезпечення доступу до цифрової функціональності зазначає автор [49]. Підтримуючи підхід щодо недоцільності кваліфікації договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги виключно як ліцензійного договору, слід виходити з того, що для вітчизняного цивільного права категорія «послуга» як самостійний об'єкт цивільних прав є нормативно й доктринально придатною для опосередкування відповідної моделі договірних відносин. У межах вітчизняної цивілістичної традиції послуга не ототожнюється виключно з професійною діяльністю, що особисто виконується людиною, а охоплює ширше коло дій та діяльності, спрямованих на досягнення певного корисного ефекту для замовника послуги. Зазначене знаходить підтвердження і на рівні норм профільного законодавства України. Отже, аналіз договірного змісту відповідних відносин дає підстави для кваліфікації договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги саме як договору про надання послуг [138, с. 344]. Водночас загальна цивільно-правова конструкція договору про надання послуг, закріплена у ЦК України, виходить із того, що послуга споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності виконавцем. Саме така нормативна конструкція дозволяє охоплювати й ті договірні моделі, у яких корисний ефект для замовника досягається не внаслідок індивідуальної праці конкретного фахівця, а завдяки належній організації технологічного процесу, функціонуванню технічної інфраструктури та автоматизованій роботі програмного середовища.

1.2. Нормативно-правовий порядок формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги: вітчизняний та закордонний досвід.

Суттєве значення для з'ясування порядку формування, зміни та виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги має стан нормативно-правового порядку регулювання відносин у сфері надання хмарних послуг. Достатній рівень їх нормативної визначеності забезпечує необхідне юридичне підґрунтя для належної побудови договірного зв'язку між сторонами досліджуваного договору. На нормативному рівні визначаються межі автономії волі сторін при визначенні змісту договору і окреслюється допустимий обсяг розсуду надавача і користувача хмарної послуги у порядку погодження договірних умов. Нормативне регулювання також формує правові засади подальшої динаміки досліджуваного договірного зобов'язання, зокрема, щодо зміни та належного виконання таких умов упродовж усього строку існування відповідного договірного правовідношення. Чим більш повно, системно та послідовно нормативно-правові акти охоплюють моделюванням відповідні суспільні зв'язки, тим меншою є потреба у первинному договірному конструюванні саморегулятивних засад правової взаємодії сторін. У цьому бажаному випадку договірне регулювання досліджуваних відносин зосереджується переважно на індивідуалізації, конкретизації та пристосуванні нормативно встановленої моделі поведінки до бажаних для сторін умов конкретного договірного правовідношення. Натомість за відсутності спеціального нормативного регулювання або за умов, коли законодавець не забезпечує достатньої юридичної визначеності щодо змісту та динаміки здійснення відповідного договірного правовідношення, саме договір набуває значення основного засобу його приватноправового впорядкування. Наведене повною мірою поширюється і на відносини щодо договірного надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Чинне вітчизняне цивільне законодавство України не містить окремої цивільно-

правової конструкції досліджуваного договору. Відтак остаточна саморегулятивна модель формується сторонами шляхом сукупного застосування положень договірного права у межах ЦК України та інших вітчизняних нормативно-правових актів.

Основним нормативним актом, що регулює договірні відносини щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги, закономірно виступає ЦК України. Такий висновок зумовлюється не лише його загальнокодифікаційним значенням, а й прямим нормативним приписом ч. 2 ст. 4 ЦК України. Відповідно до цих положень саме ЦК України є основним актом цивільного законодавства України. Водночас відповідно до ч.1 ст 1 ЦК України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників. Саме ці ознаки у своїй сукупності визначають приватноправову природу відносин між надавачем і користувачем хмарної послуги. Саме вони дозволяють розглядати договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги насамперед як інструмент цивільно-правового впорядкування досліджуваного виду суспільних зв’язків.

У цьому сенсі нормативні приписи чинного ЦК України слугують правовим базисом не лише для формального визнання договірної природи зазначених відносин, а й для визначення приватноправового впливу на них. Віднесення ст. 177 ЦК України інформації та цифрових речей до об’єктів цивільних прав створює базову конструкцію для подальшої цивільно-правової кваліфікації тих благ, що охоплюються досліджуваною договірною моделлю. При цьому ст. ст. 6 і 627 ЦК України закріплюють принцип свободи договору, а ст. 628 ЦК України визначає зміст договору як сукупності умов, погоджених сторонами та обов’язкових відповідно до актів цивільного законодавства України. Положення ст. ст. 633 і 634 ЦК України встановлюють конструкції публічного договору та договору приєднання, а приписи ст. 638 ЦК України пов’язують укладення договору з досягненням

згоди сторін. Нарешті, приписи ст. 651-654 ЦК України присвячені зміні та розірванню договору, а ст. 901-907 ЦК України формують загальну цивільно-правову конструкцію договору про надання послуг. Саме зазначені нормативні приписи концентровано відображають характер впливу нормативних приписів вітчизняного цивільного права на суспільні відносини, що складаються у сфері надання програмного забезпечення через хмарне середовище. Вони утворюють вихідну юридичну основу для договірного впорядкування відносин між сторонами досліджуваного договору.

У сучасних умовах договірні відносини щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги регулюються положеннями сукупності окремих законодавчих актів, що містять спеціальні норми права. Центральне місце у цьому масиві належить ЗУ «Про хмарні послуги» [113]. Саме у положеннях цього новітнього нормативно-правового акта вперше на рівні вітчизняного законодавства дістали нормативне закріплення вихідні правові засади надання хмарних послуг. Із законодавчого визначення сфери дії Закону, закріпленого у ст. 1 його змісту, слідує, що його регулятивний вплив поширюється на правові відносини, які виникають при наданні хмарних послуг в цілому. А ось спеціальне нормативне спрямування цього законодавчого акта виявляється у встановленні особливостей використання хмарних послуг у публічній сфері. Іншими словами, сфера його регулятивного впливу охоплює також договірні відносини, приватноправового характеру, які складаються як у сегменті B2B (business-to-business) - між надавачами хмарних послуг і суб'єктами господарювання приватного права, так і в сегменті B2C (business-to-consumer) - між надавачами хмарних послуг і фізичними особами, які використовують такі послуги для задоволення власних споживчих потреб. Саме тому ЗУ «Про хмарні послуги» слід розглядати не як нормативний акт, що регулює виключно публічно-правові відносини, а як спеціальний нормативний акт загального регулятивного значення, в якому базові засади правового

впорядкування відносин у сфері хмарних послуг поєднуються зі спеціальним регулюванням порядку та меж їх застосування щодо суб'єктів публічної влади.

У ст. 2 цього Закону законодавець визначає користувача хмарних послуг як фізичну або юридичну особу, яка використовує хмарні послуги для забезпечення власних потреб. Положення цієї ж статті визначають надавача хмарних послуг як юридичну особу або фізичну особу - підприємця, яка надає одну або більше хмарних послуг самостійно або спільно з іншими надавачами. У якості публічного користувача хмарних послуг у Законі визначається орган державної влади, орган місцевого самоврядування, державне підприємство, державна установа, державна організація чи інший суб'єкт владних повноважень або суб'єкт, якому делеговано такі повноваження. У цій же статті законодавець дає легальні визначення технології хмарних обчислень, хмари (хмарної інфраструктури), хмарної послуги, хмарних ресурсів і центру обробки даних. У ч. 1 ст. 3 Закону прямо закріплено, що хмарні послуги надаються користувачам на договірних засадах надавачами хмарних послуг. У ч. 2 ст. 3 цього Закону законодавець проводить диференціацію видів хмарних послуг, відносячи до них інфраструктуру як послугу, платформу як послугу, програмне забезпечення як послугу, безпеку як послугу та інші послуги, що відповідають визначенню хмарних послуг. Відповідно до Закону, перелік хмарних послуг не є вичерпним. Будь-яка послуга, яка підпадає під визначення «хмарна послуга», підлягатиме регулюванню відповідно до Закону про хмарні послуги. При цьому програмне забезпечення як послуга визначається як хмарна послуга, що полягає у наданні користувачу доступу до прикладних комп'ютерних програм за допомогою технології хмарних обчислень через онлайн-сервіс або комп'ютерні програми-агенти. У ч. 3 ст. 3 окреслено способи надання хмарних послуг через відповідні види хмарної інфраструктури - приватну, колективну, публічну та гібридну хмару, а в чч. 4-5 ст. 3 Закону визначено послуги центру обробки даних та можливість їх надання окремо або у

сукупності з хмарними послугам. Суб'єктний склад учасників договірних правових відносин у сфері надання хмарних послуг одержав системне закріплення у ст. 5 Закону. Відповідно до цієї статті сторонами досліджуваного договору є користувач хмарних послуг, включаючи публічного користувача, надавач хмарних послуг, надавач послуг центру обробки даних та органи державної влади.

Нормативна модель договірного регулювання відносин з надання хмарних послуг одержала закріплення у ст. 10 Закону. Згідно ч. 1 цієї статті хмарні послуги та/або послуги центру обробки даних надаються на договірних засадах з урахуванням положень Закону, при цьому допускається включення до договору положень, викладених в іншому електронному документі, шляхом посилання на такий документ. Законодавець встановлює письмову форму досліджуваного договору. а також закріплює загальну модель договірного зобов'язання, за якою надавач зобов'язується надати одну чи декілька визначених користувачем послуг, а користувач - оплатити їх. Частина 2 ст. 10 Закону передбачає затвердження Кабінетом Міністрів України Типового договору про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних публічному користувачу та об'єкту критичної інформаційної інфраструктури. У ч. 3 ст. 10 прямо визначено істотні умови такого договору для публічних користувачів та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури. До істотних умов досліджуваного договору належать, зокрема, предмет договору та строк його дії; порядок і умови доступу до хмарних ресурсів; порядок доступу до даних; порядок захисту даних, у тому числі персональних; вимоги щодо негайного оповіщення про інцидент кібербезпеки; вимоги до рівня безперебійності роботи системи; порядок передачі даних і їх резервних копій; порядок та строки передачі даних і систем від користувача до надавача; порядок припинення договору; порядок видалення (знищення) даних; умови резервного копіювання; відповідальність сторін; порядок повідомлення про можливі зміни в істотних умовах договору; ціна послуг, порядок, строки і розміри платежів; порядок

та умови припинення, у тому числі дострокового розірвання, договору; а також застосування до договору права України.

Постановою Кабінету Міністрів України від 11.02.2025 № 154 затверджено Порядок надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних, пов'язаних з обробкою державних інформаційних ресурсів або інформації з обмеженим доступом, [63].

Аналіз зазначених вище нормативних приписів ЗУ «Про хмарні послуги» дає підстави для висновку, що порядок формування умов договору про надання хмарних послуг, у тому числі договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, поставлено законодавцем у залежність від суб'єктного складу відповідних правовідносин. Такий висновок зумовлюється тим, що, з одного боку, Закон формує загальну договірну основу надання хмарних послуг для всіх користувачів, а з іншого - виокремлює спеціальний режим для публічних користувачів та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури, для яких у силу спеціального характеру їх правового статусу, функціонального призначення відповідних хмарних послуг та підвищених вимог до безпеки, безперервності й контрольованості обробки даних вітчизняний законодавець передбачає істотно вищий ступінь нормативної детермінації порядку формування, зміни та виконання умов договору.

У межах цього дослідження доцільно також звернути увагу на закони України: «Про інформацію» [111] та «Про цифровий контент та цифрові послуги» [115]. Перший із них формує загальний правовий режим інформації, визначаючи відносини щодо її створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони та захисту тощо.

ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» [115], максимально повно імплементує Директиву 2019/770 (ЄС), і має євроінтеграційне векторне спрямування [116]. Як було зазначено в попередньому підрозділі, договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги відноситься до договір про надання цифрових послуг. Водночас цей Закон обмежується

регулюванням відносин, що виникають між споживачем і виконавцем, тобто у межах споживчого сегмента договірних зв’язків.

Зазначений вище Закон, подібно до Директиви (ЄС) 2019/770, концентрує увагу не стільки на формальній конструкції договору, скільки на змістовних параметрах тієї цифрової послуги, яка має бути надана споживачеві. Саме тому його приписи безпосередньо впливають на порядок формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Вони орієнтують сторони на необхідність погодження не абстрактної послуги, а конкретного комплексу характеристик, яким така послуга повинна відповідати. Відповідно до ст. 4 Закону виконавець зобов’язаний надати цифровий контент та/або цифрову послугу, що відповідають вимогам ст. 5-7 цього Закону. При цьому ст. 5 закріплює суб’єктивні критерії відповідності, тобто ті ознаки цифрової послуги, які мають бути прямо або опосередковано відображені в договорі: опис, кількість, якість, функціональність, інтероперабельність, сумісність та інші характеристики; придатність для використання у конкретних цілях, погоджених сторонами на момент укладення договору; надання разом з усіма додатками, застосунками та інструкціями; а також надання у найновішій існуючій версії з подальшим оновленням, якщо інше не передбачено договором. Саме в цьому аспекті Закон має безпосереднє значення для порядку формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, оскільки показує, які саме параметри цифрової послуги повинні одержати договірне закріплення для того, щоб надалі оцінюватися як належно погоджені сторонами умови. Поряд із цим ст. 6 Закону встановлює об’єктивні критерії відповідності цифрового контенту та/або цифрової послуги, тобто ті вимоги, яким цифрова послуга повинна відповідати незалежно від того, наскільки детально вони були відображені в тексті договору. Інакше кажучи, законодавець виходить з того, що навіть за відсутності в договорі розгорнутого опису окремих характеристик споживач

вправі розраховувати на звичайні для такого виду цифрової послуги властивості.

Для договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги це означає, що порядок формування його умов не може зводитися виключно до автономії волі сторін: частина вимог до цифрової послуги імперативно «добавляється» законом до погодженого сторонами змісту договору. Особливо показовими для моделі програмного забезпечення як хмарної послуги є приписи про те, що за договором, який передбачає безперервне надання цифрової послуги протягом встановленого строку, вона повинна відповідати умовам договору упродовж усього такого строку, а також правила щодо оновлень, коли виконавець зобов'язаний повідомити споживача про необхідність оновлення та можливі наслідки його нездійснення. Отже, Закон пов'язує порядок формування умов не лише з моментом укладення договору, а й з його подальшою динамікою, включно з оновленнями, підтриманням функціональності та безперервністю надання цифрової послуги.

Поряд із цим, з огляду на електронну форму взаємодії сторін при формуванні, зміні та виконанні умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, нормативне значення для досліджуваних відносин мають також закони України «Про захист прав споживачів»[110], «Про електронну комерцію» [107], «Про електронні документи та електронний документообіг» [105] та «Про електронну ідентифікацію та електронні довірчі послуги»[106], оскільки саме їх приписи визначають юридичні засади вчинення електронних правочинів, фіксації волевиявлення сторін, використання електронних документів та засобів електронної ідентифікації на рівні вітчизняного регулювання. Водночас з урахуванням того, що надання програмного забезпечення як хмарної послуги об'єктивно пов'язане з обробленням інформації, а в багатьох випадках - і персональних даних, а також з необхідністю забезпечення належного рівня інформаційної безпеки, до нормативного масиву, що підлягає врахуванню, належать закони

України «Про захист персональних даних» [109] та «Про захист інформації в інформаційно-комунікаційних системах» [108]. Якщо ж відповідна договірна конструкція порушує питання правомірності використання програмного забезпечення як об'єкта права інтелектуальної власності, до цього нормативного комплексу включається і приписи ЗУ «Про авторське право і суміжні права».

У контексті дослідження правового регулювання відносин, пов'язаних із наданням програмного забезпечення як хмарної послуги, логічним є звернення до досвіду ЄС. Це зумовлено не лише тим, що держави - члени ЄС належать до найбільш розвинених у сфері цифрової трансформації та ринку хмарних послуг, а й євроінтеграційним вектором розвитку України, який об'єктивно орієнтує на врахування європейських нормативних і регулятивних підходів при формуванні національної моделі цивільно-правового регулювання [143, с. 127].

Правове регулювання хмарних обчислень у Європейському Союзі формується за рахунок комплексу горизонтальних нормативних актів, які не були спеціально розроблені для хмарних технологій, але мають безпосередній вплив на зміст цивільних зобов'язань між надавачами хмарних послуг і їх користувачами. Більшість таких актів була прийнята ще до формування сучасних цифрових бізнес-моделей, однак їх технологічна нейтральність і широкий характер формулювань дали змогу поширити їх дію і на відносини з надання програмного забезпечення як хмарної послуги [135, с. 377].

Основоположне значення в цьому контексті мають положення Директиви 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» [29], Директиви Європейського Парламенту і Ради 2006/123/ЄС від 12 грудня 2006 року про послуги на внутрішньому ринку [33], Директиви Європейського Парламенту і Ради 2011/83/ЄС від 25 жовтня 2011 року про права споживачів [30], Директиви Європейського Парламенту

і Ради 2005/29/ЄС від 11 травня 2005 року [8] стосовно недобросовісних комерційних практик бізнесу щодо споживачів на внутрішньому ринку. Важливу роль також відіграють регламенти, що визначають правила обробки персональних даних, встановлення права, яке підлягає застосуванню до договірних зобов'язань у цифровій сфері, а також питання юрисдикції, визнання та виконання судових рішень у цивільних та комерційних справах. Зокрема, йдеться про Регламент (ЄС) № 593/2008 про право, що застосовується до договірних зобов'язань («Рим I») [34], Регламент (ЄС) № 864/2007 про право, що застосовується до недоговірних зобов'язань («Рим II») [35], Регламент (ЄС) № 1215/2012 про юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень у цивільних та комерційних справах [32], а також Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 року про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних (Загальний регламент про захист даних, GDPR) [36]. Сукупність цих актів формує нормативну основу, яка визначає вимоги до змісту договорів про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, обсяг інформаційних обов'язків надавача, критерії прозорості договірних умов, порядок укладення електронних договорів та цивільно-правові засади договірної відповідальності у зазначеній сфері [135, с. 377].

Відповідно до ст. 5 Директиви 2000/31/ЄС надавачі послуг інформаційного суспільства зобов'язані забезпечити одержувачам послуг і компетентним органам простий, безпосередній та постійний доступ щонайменше до інформації про своє найменування, географічну адресу місцезнаходження, електронну адресу та інших даних, які дають змогу швидко встановити з ними зв'язок і здійснювати пряме та ефективне листування, а також - за наявності відповідних підстав до реєстраційних та ліцензійних відомостей [28]. Отже, саме ст. 5 цієї Директиви закріплює обов'язок надавача програмного забезпечення як хмарної послуги забезпечити свою належну ідентифікацію у електронному середовищі. Водночас відомості про ціну хмарних послуг по наданню доступу до

програмного забезпечення, загальні умови досліджуваного договору, договірні застереження щодо національного права, яке підлягає застосуванню, способи врегулювання спорів та інші договірні умови визначаються за приписами ст. 22 Директиви 2006/123/ЄС [33] і ст. 5, 6 Директиви 2011/ /ЄС [135, с. 378]. Якщо ж положення Директиви 2006/123/ЄС або Директиви 2000/31/ЄС щодо змісту та способу надання інформації суперечать приписам Директиви 2011/83/ЄС, переважну силу мають положення останньої, що прямо випливає з п. 8 ст. 6 Директиви 2011/83/ЄС [30].

Якщо вести мову про інформаційні обов'язки, закріплені у Директиві 2000/31/ЄС, що перетинаються з приписами Директиви 2011/83/ЄС, яка вимагає, щоб до моменту прийняття споживачем на себе договірних зобов'язань інформація про основні характеристики хмарної послуги по наданню програмного забезпечення, особу надавача послуги та ціну хмарної послуги надавалася у чіткій та зрозумілій сторонам досліджуваного договору формі, про що йдеться у ст. 5 та п. 1 ст. 6 цієї Директиви [135, с. 378]. Своєю чергою, інформаційні обов'язки у сфері електронної комерції доповнюються спеціальними вимогами щодо прозорості комерційних повідомлень. Відповідно до ст. 6 Директиви 2000/31/ЄС комерційні повідомлення (в тому числі і публічна оферта щодо умов досліджуваного договору) мають бути чітко ідентифіковані як такі, а фізична чи юридична особа, від імені якої вони надсилаються, - належним чином визначена; так само знижки, винагороди, подарунки, рекламні ігри чи конкурси повинні бути чітко позначені, а умови участі в них - легко доступні та сформульовані ясно й однозначно [29]. Положення цієї Директиви зумовлюють необхідність забезпечення чіткої ідентифікації оферента й акцептанта як майбутніх сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Водночас оферта потенційного надавача такої послуги має містити пропозицію щодо всіх істотних умов майбутнього договору, насамперед його предмета, з урахуванням споживчих характеристик відповідної хмарної

послуги та вимог до її якості, ціни, строку надання доступу до програмного забезпечення у хмарному середовищі, а також інших умов, які відповідно до закону або волі сторін мають істотне значення для укладення договору.

У площині укладення електронних договорів Директива 2000/31/ЄС закріплює підхід, відповідно до якого укладення договорів за допомогою електронних засобів має визнаватися допустимим, а самі договори не можуть бути позбавлені юридичної сили лише з тієї підстави, що вони укладені в електронній формі [132, с. 204-205]. Перед укладенням договору оферент (надавач послуг) зобов'язаний надати потенційному контрагенту чітку, повну й однозначну інформацію про технічні етапи, необхідні для укладення досліджуваного договору про надання хмарних послуг, а також про технічні засоби виявлення та виправлення помилок вводу до моменту подання замовлення. Крім того, у разі розміщення замовлення за допомогою технологічних засобів надавач має забезпечити одержувачеві хмарних послуг доступ до ефективних технічних засобів, що дозволяють виявляти та виправляти помилки вводу до розміщення запиту. Умови договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги згідно приписів вказаної Директиви мають надаватися у такій формі, щоб контрагент міг їх зберігати та відтворювати. Такі вимоги випливають із п. 1 ст. 9, пп. «a», «c» п. 1 ст. 10, п. 3 ст. 10 та п. 2 ст. 11 Директиви 2000/31/ЄС [29]. Водночас Робочий документ служб Європейської Комісії «Онлайн-послуги, включаючи електронну комерцію, на внутрішньому ринку» (SEC(2011) 1641 final) [37] лише конкретизує методологічні підходи до тлумачення зазначених положень та окреслює межі їх практичного застосування у відповідних договірних правовідносинах.

Регламент (ЄС) 2022/2065 Європейського Парламенту і Ради від 19 жовтня 2022 року про єдиний ринок цифрових послуг та про внесення змін до Директиви 2000/31/ЄС [28] модернізує закладений у Директиві 2000/31/ЄС режим обмеження відповідальності надавачів посередницьких послуг. У цьому Регламенті закріплюються правила щодо простої передачі

інформації, кешування та хостингу, які раніше були зосереджені у статтях 12-14 цієї Директиви. При цьому більш деталізовані та уніфіковані нормативні приписи зазвичай містяться у положення національних Законів про цифрові послуги окремих країн ЄС. Хоча для відносин щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги цей Регламент має не пряме, а опосередковане значення, його приписи стають релевантними у тих випадках, коли надавач відповідної хмарної послуги водночас виконує функції надавача посередницької, зокрема хостингової, послуги, тобто забезпечує зберігання інформації, наданої одержувачем послуги, у розумінні ст. 6 цього Регламенту [135].

Директива 2006/123/ЄС має істотне значення для діяльності хмарних провайдерів, оскільки спрямована на забезпечення свободи надання послуг у межах внутрішнього ринку ЄС та на усунення адміністративних і правових бар'єрів у цій сфері. Вона встановлює широке коло інформаційних обов'язків надавача хмарних послуг, що охоплюють, зокрема, наступні умови досліджуваного договору. Мова йде про відомості про надавача програмного забезпечення як хмарної послуги, основні якісні та темпоральні характеристики хмарної послуги, загальні умови доступу до хмарної послуги, договірні застереження щодо права, яке підлягає застосуванню, та компетентного суду, дані про доступні способи позасудового врегулювання спорів тощо [135, с. 380]. Так, відповідно до ч. 4 ст. 22 цієї Директиви інформація має бути надана або доведена до відома одержувача хмарної послуги у чіткій, однозначній формі та завчасно - до моменту укладення договору або, якщо письмовий договір не укладається, до моменту надання послуги, що випливає [33]. Зазначені приписи доповнюють регулювання договірних відносин в досліджуваній сфері, передбачене іншими актами права Європейського Союзу, зокрема Директивою Європейського Парламенту і Ради 2011/83/ЄС про права споживачів, Директивою Європейського Парламенту і Ради 2005/29/ЄС про недобросовісні комерційні практики та Директивою Європейського Парламенту і Ради 2000/31/ЄС [8] .

При цьому вони не перешкоджають державам-членам встановлювати додаткові інформаційні обов'язки для надавачів хмарних послуг, що прямо передбачено ч. 5 ст. 22 Директиви 2006/123/ЄС [33].

Істотний вплив на договірне регулювання відносин у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги здійснює Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних, та про скасування Директиви 95/46/ЄС (Загальний регламент про захист даних) [36]. Цей Регламент визначає територіальну сферу своєї дії таким чином, що його приписи поширюються також на контролерів та операторів, які не мають осідку в Союзі. При цьому, опрацювання персональних даних повинне бути пов'язане з пропонуванням досліджуваних хмарних послуг суб'єктам даних, які перебувають у Союзі, або з моніторингом їхньої поведінки у межах Союзу, про що прямо йдеться у ст. 3 зазначеного Регламенту. Водночас у ст. 5 цього Регламенту закріплено базові принципи опрацювання персональних даних, у ст. 20 - право суб'єкта даних на мобільність даних, а у ст. 33 - обов'язок контролера повідомляти наглядовий орган про порушення захисту персональних даних та обов'язок оператора без необґрунтованої затримки повідомляти про таке порушення контролера. З огляду на це, відповідні вимоги мають знаходити належне відображення у змісті договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, насамперед у частині умов щодо опрацювання, зберігання, передавання, безпеки та повернення персональних даних [135, с. 381].

Доповнює правові регулювання досліджуваних відносин щодо надання хмарних послуг Регламент (ЄС) 2023/2854 Європейського Парламенту і Ради від 13 грудня 2023 року про гармонізовані правила справедливого доступу до даних та їх використання і про внесення змін до Регламенту (ЄС) 2017/2394 та Директиви (ЄС) 2020/1828 (Data Act) [31]. Для цілей дослідження відносин щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги особливого значення набуває глава VI цього Регламенту, яка

охоплює ст.ст. 23-31 і встановлює правила щодо усунення перешкод для ефективної зміни надавача послуг обробки даних, договірних умов такого переходу, інформаційних обов'язків провайдера, вимог добросовісної співпраці сторін, прозорості умов міжнародного доступу до даних, а також поступового скасування плати [31]. Саме ці приписи формують нормативну основу для забезпечення переносимості даних, зниження ефекту прив'язки користувача хмарною послугою щодо надання програмного забезпечення до одного провайдера та підвищення інтероперабельності у сфері хмарних сервісів.

Важливе значення у розглядуваному контексті мають також положення оновленої редакції Директиви Європейського Парламенту і Ради 2011/83/ЄС від 25 жовтня 2011 року про права споживачів. В ній міститься визначення цифрового контенту, цифрової послуги, сумісності, функціональності та взаємодійності, що прямо пов'язані з положеннями Директиви (ЄС) 2019/770. У поєднанні з Регламентом (ЄС) 2023/2854 ці акти дали змогу переосмислити традиційні договірні конструкції, сформовані переважно щодо матеріальних речей, і сформувати нормативний підхід, значно краще пристосований до врахування природи хмарних сервісів, у межах яких економічний інтерес користувача зосереджується не на набутті речі у власність, а на отриманні доступу до функціоналу програмного забезпечення, до цифрового середовища та до обробки даних [135, с. 382] .

При цьому слід зауважити, що у праві Європейського Союзу застосування механізмів захисту прав споживачів до сфери хмарних обчислень залежить насамперед від того, чи підпадає користувач відповідного продукту під поняття споживача (англ. – «*consumer*»). Водночас у цій сфері проведення такої межі не завжди є очевидним, оскільки хмарні продукти часто використовуються в межах договорів зі змішаною метою (англ. – «*mixed-purpose contracts*»). Наприклад, електронна пошта, хмарне сховище, програмне забезпечення або соціальна мережа можуть застосовуватися одночасно для приватних і професійних цілей. Саме тому в

літературі звертається увага на те, що залишення питання про статус особи як споживача у договорах зі змішаною метою виключно на розсуд держав-членів, як це передбачено Директивою про цифрові договори, не є оптимальним рішенням. Більш послідовним виглядає підхід, за яким споживче право ЄС має містити єдине загальне визначення таких договорів [43, с. 218-252].

Окреме значення має правова класифікація хмарних продуктів. Зазвичай виділяють дві загальні класифікації хмарних обчислень. Перша ґрунтується на розмежуванні різних рівнів хмари (англ. – «*different layers of the cloud*»), що можуть надаватися як інфраструктура, платформа або програмне забезпечення. Такий підхід є загальновживаним, однак менш релевантним для споживчого сегмента хмарних послуг (англ. – «*business-to-consumer cloud»*), оскільки більшість відповідних продуктів фактично функціонує як програмне забезпечення як послуга (англ. «*Software-as-a-Service»*). Друга класифікація, розроблена для аналізу споживчих хмарних продуктів, спрямована на оцінку ступеня залежності продукту від хмари (англ. – «*reliance on the cloud»*). Вона дозволяє врахувати, що одні продукти, зокрема хмарне сховище (англ. – «*cloud storage»)*, є типовими хмарними рішеннями (англ. – «*cloud solutions»*), тоді як в інших хмарний елемент (англ. – «*cloud element»*) може виконувати лише роль фонового технічного рішення (англ. – «*background technical solution»*) для надання продукту, який не завжди прямо асоціюється з хмарою.

До останніх змін правова класифікація хмарних продуктів у праві ЄС залишалася нечіткою. Споживче право ЄС первісно оперувало категоріями товарів і послуг (англ. – «*goods and services»*), а поняття цифрового контенту (англ. – «*digital content»*) було запроваджено з прийняттям Директиви про права споживачів. Подальший розвиток регулювання, пов’язаний із Директивою (ЄС) 2019/770 Європейського Парламенту та Ради від 20 травня 2019 року про деякі аспекти договорів постачання цифрового контенту та цифрових послуг, а також Директивою (ЄС) 2019/2161 Європейського

Парламенту та Ради від 27 листопада 2019 року щодо кращого правозастосування та модернізації правил Союзу про захист прав споживачів, відомою як Директива Omnibus, підвищив рівень правової визначеності шляхом розмежування понять цифрового контенту і цифрової послуги (англ. – «*digital service*»). Водночас це розмежування створює нові прикладні труднощі, так хоча засоби правового захисту щодо цифрового контенту і цифрових послуг були уніфіковані, споживче право й надалі проводить достатньо тонку відмінність щодо права на відмову від договору (англ. – «*right of withdrawal*») залежно від того, про який саме об'єкт ідеться.

Особливо складним це питання є у випадках, коли цифровий контент або цифрові послуги надаються протягом певного періоду часу. У такій ситуації межа між ними фактично проводиться через критерій безперервної участі постачальника послуги. Проте такий підхід не видається оптимальним, оскільки споживче право має бути достатньо зрозумілим для застосування як постачальником, так і споживачем. Надмірно складні розмежування у сфері права на відмову від договору радше послаблюють правову визначеність. Тому більш переконливим є підхід, за яким правила відмови від договорів щодо цифрового контенту та цифрових послуг мають бути максимально узгоджені між собою.

Отже, попри останні законодавчі зміни, загальна система визначень і класифікацій у споживчому праві ЄС ще не повною мірою пристосована до регулювання хмарних обчислень. Хоча застосовність споживчих директив ЄС до цієї сфери вже не викликає принципових сумнівів, поєднання класифікації цифрових продуктів із концепціями одноразового та безперервного постачання ускладнює відповідне правове регулювання. Саме тому для договорів щодо хмарних продуктів принципового значення набуває розмежування цифрового контенту і цифрової послуги, адже від цього залежить, зокрема, реалізація прав споживача за Директивою про права споживачів, насамперед права на відмову від договору.

Узагальнюючи, є підстави стверджувати, що договірні відносини щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги у праві Європейського Союзу не можуть розглядатися як неврегульована або нормативно нейтральна модель постачання цифрового продукту. На досліджувані договірні відносини поширюється значний масив приписів нормативних актів вторинного права ЄС, ухвалених у різні періоди розвитку внутрішнього ринку. Варто зазначити при цьому, що навіть ті з них, що не були спеціально розраховані на хмарні сервіси та надання хмарних послуг щодо надання програмного забезпечення, завдяки нормативним приписам, що носять універсальний характер та розраховані на подальший розвиток відносин у цій сфері, зберігають регулятивну придатність і для нових договірних конструкцій щодо надання цифрових послуг, включаючи хмарні.

Разом із тим останні законодавчі акти демонструють інший, більш «технологічно чутливий» підхід, коли регулювання коригується з огляду на специфіку цифрового контенту та цифрових послуг. Йдеться про Директиву (ЄС) 2019/770 про договори щодо надання цифрового контенту та цифрових послуг, оновлені визначення цифрового контенту й послуг у Директиві 2011/83/ЄС про права споживачів, а також про Регламент (ЄС) 2023/2854 (Data Act). Вони дозволили переглянути традиційні конструкції договірних засобів захисту, розроблені для матеріальних речей, і сформувати нормативну рамку, що краще відповідає природі хмарних сервісів, де об’єктом є не передання речі у власність, а надання доступу до функціоналу програмного забезпечення й обробки даних.

Для вітчизняного правопорядку наведені підходи мають значення передусім як орієнтир при систематизації та подальшому розвитку цивільного законодавства України, що регулює відносини з надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Стан нормативно-правового регулювання цих відносин в Україні вже нині характеризується комплексністю та міжгалузевим характером. Вони врегульовуються, з одного боку, загальними положеннями Цивільного кодексу України про договір та

зобов’язання, а з іншого - спеціальними приписами законодавства у сфері хмарних послуг, електронної комерції, електронного документообігу, електронної ідентифікації, захисту інформації, персональних даних та права інтелектуальної власності.

Джерельна база, що впливає на регулювання зазначених відносин, характеризується змішаністю та фрагментарністю. Змішаність зумовлена поєднанням приватноправових і публічно-правових елементів регулювання, а фрагментарність-тим, що більшість актів упорядковують лише окремі аспекти цифрових та інформаційних відносин і не утворюють єдиного кодифікованого масиву норм, безпосередньо спрямованого на комплексне регулювання цивільних договірних зв’язків щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги. За таких умов методологічно виправданим є не всеохопний огляд усього масиву нормативних актів, а вибіркове, предметно орієнтоване звернення до тих положень, які поширюються саме на цивільні відносини в розумінні частини першої ст. 1 ЦК України і безпосередньо стосуються правової природи, предмета та змісту зобов’язання за договором про надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Це дозволяє зосередитися на тих аспектах, які можуть бути врегульовані договором як інструментом упорядкування приватних відносин, - передусім на предметі договору як істотній умові, межах надання доступу до функціоналу, режимі користування, а також на змісті й особливостях цивільно-правової відповідальності сторін.

Таким чином, специфіка нормативного регулювання відносин, пов’язаних з наданням програмного забезпечення як хмарної послуги, виявляє одну з ключових проблем сучасного українського правопорядку - дуалістичний характер таких відносин. За своєю юридичною природою вони є переважно договірними та приватноправовими, оскільки оформлюються через зобов’язальне правовідношення між надавачем і користувачем хмарної послуги. Водночас ці відносини набувають виразного публічно-правового виміру у випадках, коли хмарні сервіси використовуються суб’єктами

публічної влади, державними підприємствами чи іншими суб'єктами, наділеними владними повноваженнями, а також коли предметом договірної взаємодії є дані та процеси, що мають значення для публічних інтересів (захист інформації, персональних даних, кібербезпека, забезпечення безперервності функціонування критично важливих сервісів). Така «подвійна» природа відносин у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги зумовлює неоднорідність нормативного регулювання й актуалізує потребу в чіткому окресленні цивільно-правових меж формування, зміни та виконання умов відповідного договору.

Таким чином, правове регулювання договірних відносин у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги, а відповідно й порядку формування, зміни та виконання умов договору, постає як багаторівнева, внутрішньо узгоджена система. Її основу становлять норми ЦК України. Другий, спеціально-профільний пласт регулювання формують норми вітчизняного законодавства у сфері цифрових, інформаційних і хмарних технологій, які встановлюють особливі правові режими, без яких функціонування хмарних послуг є неможливим. Йдеться про комплексний масив норм щодо електронної комерції, електронної ідентифікації, електронних довірчих послуг, захисту інформації, кібербезпеки та персональних даних. Саме вони задають техніко-юридичні вимоги до надійності, доступності та безперервності хмарної послуги, визначають порядок обробки даних користувача та встановлюють межі допустимого втручання провайдера у цифрову інфраструктуру клієнта. Цей шар права не замінює цивільно-правову конструкцію договору, але суттєво впливає на її зміст, обмежуючи або конкретизуючи окремі елементи свободи договору. Нарешті, третій, наднаціональний рівень складають європейські стандарти приватного права, які сьогодні виконують роль концептуальних орієнтирів для розвитку національного правового регулювання у сфері цифрових послуг. Директиви та регламенти ЄС - такі як GDPR, Digital Services Act, Data Act, Директива про цифровий контент і цифрові послуги, Директива про

права споживачів, Директива про несправедливі умови договорів - формують модельний набір гарантій, що визначають сучасне уявлення про якість цифрової послуги, належність стандартних умов, прозорість договірних положень, інтероперабельність і забезпечення прав користувача в умовах інформаційної асиметрії. Для України ці акти мають подвійну значущість: вони одночасно є практичною матрицею, за якою формуються типові контракти глобальних хмарних провайдерів, і методологічним дороговказом у контексті євроінтеграційного розвитку. Окремо врахуванню підлягає споживче законодавство, оскільки користувач хмарного сервісу нерідко приєднується до стандартних умов провайдера та перебуває в ситуації інформаційної асиметрії. У цьому контексті значення мають правила щодо належного інформування, справедливості договірних умов, відповідності цифрового контенту й цифрових послуг, оновлень, сумісності та інтероперабельності. Для договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги несправедливість стандартних умов має встановлюватися не лише з урахуванням їх формального змісту, а й з огляду на їх функціональний ефект у структурі всього договірного зв’язку, зокрема щодо того, чи не призводять вони до перекладення на користувача ризиків, які за природою відповідного зобов’язання повинні залишатися у сфері контролю та відповідальності надавача

Висновки до розділу 1

1. Правова природа договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги розкривається через його поняття та найбільш вагомі ознаки та характеристики. У ході її визначення повинні враховуватись сутність предмету досліджуваного договору та зміст його істотних та інших системоутворюючих умов. Особливе значення має характер цифрової послуги, що надається за досліджуваним договором, обсяг правових можливостей користувача, основні напрями та межі контролю провайдера над доступом до наданої цифрової інфраструктури, програмного

забезпечення та відповідного сегмента хмарного середовища, розподіл передбачуваних технологічних та соціально-правових ризиків і цивільно-правової відповідальності сторін, кінцевий термін спливу строку надання споживачу доступу до хмарного сховища та інші умови.

2. Поняття досліджуваного договору у авторському розумінні найбільш лаконічно може бути визначено наступним чином. За договором про надання програмного забезпечення як хмарної послуги її надавач зобов'язується у визначений договором спосіб та протягом визначеного ним строку надати користувачу безперешкодний цілодобовий доступ до обумовленого договором бажаного для нього програмного забезпечення, що міститься у хмарному сховищі, а користувач зобов'язується виконувати всі технічні та інші договірні умови для отримання цифрової послуги доступу до базового програмного забезпечення з урахуванням його можливих оновлень та оплатити надану послугу у випадку, коли такий договір є оплатним.

3. Аналіз сутності нормативно визначених конструкції договірного надання хмарного доступу до програмного забезпечення свідчить про можливість її загальнотеоретичної характеристики як різновиду договорів на надання цифрових хмарних послуг. Остання може бути надана, як правило, за договором про надання хмарних послуг, що побудований зазвичай за моделлю договору приєднання, основний зміст якого полягає у забезпеченні користувачеві цілодобового та безперервного (за потреби) доступу до прикладних комп'ютерних програм із застосуванням цифрової технології хмарного зберігання через спеціалізовані онлайн-сервіси або комп'ютерні програми-агенти.

4. Надання хмарної послуги шляхом укладання відповідного договору знаходить прояв у забезпеченні доступності й функціональності прикладної комп'ютерної програми на ресурсах надавача хмарної послуги (як правило провайдера). Останній забезпечує аутентифікацію та керування обліковими записами, підтримання визначених параметрів якості (доступність,

безперервність, технічна підтримка, безпека, резервування/відновлення тощо), а також відповідає за технічну підтримку обробки та зберігання даних користувача у хмарному середовищі.

5. Суто технічні операції та юридично вагомі дії у сфері забезпечення споживачу хмарного доступу до бажаної для нього комп'ютерної програми (її виготовлення чи адаптація під відповідні потреби, розміщення, технічний супровід, адміністрування, оновлення, масштабування тощо) охоплюються умовами щодо обов'язків надавача хмарної послуги. При цьому користувач хмарної послуги реалізує як правило оплатну правову можливість доступу до обумовленого умовами досліджуваного договору цифрового функціоналу через відповідний наданий йому у певних темпоральних та функціональних межах інтерфейс.

6. Варто зазначити, що у межах дослідження правової природи договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги користувач не є набувачем комплексу правоможностей щодо неконтрольованого відтворення, розповсюдження чи модифікації примірника комп'ютерної програми. Він отримує лише можливість віддаленого хмарного доступу до цифрового функціоналу необхідного йому та обумовленого умовами досліджуваного договору ліцензованого програмного забезпечення. Такий доступ технічно та юридично забезпечується шляхом надання користувачу цифрової послуги, що полягає у можливості віддаленого користування відповідним визначеним договірними умовами сегментом цифрового хмарного середовища. У зв'язку з цим, за своєю правовою природою досліджуваний договір, як правило, має характер договору приєднання та концептуально поєднує класичну ліцензійну договірну модель з нормативним конструктивом договору про надання цифрових послуг.

7. Суб'єктний склад досліджуваного договору передбачає необхідність врахування статусної специфіки клієнтського компонента досліджуваної цифрової послуги (споживач послуги - державний орган та інше публічно-

правове утворення чи приватна особа). Відповідно кожна з цих категорій споживачів досліджуваної послуги має певні межі здійснення належного їй суб'єктивного цивільного права на використання обумовленого досліджуваним договором програмного забезпечення. Мова може йти про локальне розгортання програмного продукту або інші форми самостійного використання комп'ютерної програми, що може зумовлювати можливість включення до відповідного договірного правовідношення окремих ліцензійних елементів. Таким чином, договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги варто розглядати як змішану договірну конструкцію, у межах якої сервісний компонент її нормативно визначеного змістовного наповнення органічно поєднується з ліцензійним.

8. ЗУ «Про хмарні послуги» не може бути беззастережно редукований до нормативно-правових актів, спрямованих виключно на регламентацію публічно-правових відносин. Його доцільно розглядати як спеціальний нормативний акт комплексного регулятивного значення. Його, нормативний зміст характеризується поєднанням загальних засад правового впорядкування відносин у сфері надання хмарних послуг із окремим визначенням спеціального режиму їх надання широкому колу суб'єктів публічної влади. Таким чином, нормативні приписи цього Закону виявляють дворівневу архітектоніку правового регулювання. На загальному рівні він формує понятійно-категоріальний та інституційний фундамент нормативно-правового забезпечення договірного надання споживачу будь-якого статусу доступу до необхідного йому програмного забезпечення як цифрової хмарної послуги. На спеціальному рівні приписи вказаного закону встановлюють особливий порядок, межі та умови отримання від приватних осіб обумовлених досліджуваним договором хмарних послуг органами публічної влади та іншими суб'єктами, наділеними владно-управлінською компетенцією. Вказаний нормативний підхід, з одної сторони, інтенсифікує та оптимізує процеси цифровізації управлінських функцій держави Україна,

з іншої - покликаний унеможливити всі можливі корупційні ризики у сфері державного управління у широкому сенсі.

9. Порядок формування умов договору про надання хмарних послуг, у тому числі договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, перебуває у прямій залежності від суб'єктного складу відповідного правовідношення. Нормативна архітектоніка ЗУ «Про хмарні послуги» побудована за принципом диференційованого регулятивного впливу: формуючи загальну договірну матрицю для всіх учасників відносин у сфері хмарних послуг, законодавець одночасно встановлює спеціальний правовий режим для публічних користувачів та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури.

10. У досліджуваних договірних відносинах за участю публічних користувачів та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури вітчизняний законодавець передбачає найвищий ступінь нормативної детермінації порядку формування, зміни та виконання договірних умов щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Це відображає загальну закономірність реалізації права нашої держави з метою забезпечення загальнонаціональних інтересів посилити нормативну формалізацію договірного регулювання у окремих сферах. Мова йде про сфери із підвищеною інтенсивністю публічного інтересу, що потребують мінімізації, а в ідеалі й повного уникнення можливих негативних наслідків інформаційно-технологічних, корупційних та інших ризиків.

РОЗДІЛ 2
ІНДИВІДУАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ПОРЯДОК ФОРМУВАННЯ УМОВ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК ХМАРНОЇ ПОСЛУГИ

2.1. Укладення договору у механізмі формування умов щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Масштаб впливу розвитку інформаційних технологій на динаміку суспільних процесів істотно перевищує межі суто галузевих змін. Це обумовлює глибинні трансформаційні зміни у всіх без винятку сферах соціально-економічного розвитку сучасного суспільства. За таких умов об'єктивно постає необхідність створення належного рівня правового регулювання тих сегментів суспільних відносин, у межах яких інформаційні технології становлять системоутворюючий чинник набуття, передачі, здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав та законних інтересів учасників приватноправових відносин. Інформація у цифровій формі, будучи об'єктом цивільних прав у розумінні нормативних приписів ст. 177 ЦК України, на сучасному етапі розвитку суспільства трансформувалася у невід'ємний елемент комунікації та правомірної взаємодії учасників цивільних правовідносин. У цьому значенні інформація у цифровій формі забезпечує здійснення та захист їхніх немайнових та майнових прав як у вітчизняному, так і в міжнародному приватноправовому просторі. Її оборот, зберігання, обробка та поширення у сфері надання послуг із використанням технологій хмарних обчислень потребує забезпечення належного рівня договірного регулювання вказаніх видносін. При цьому актуальною залишається необхідність своєчасного впровадження ефективних механізмів нормативного правового регулювання досліджуваного сегменту інформаційних відносин. Використання сучасних хмарних технологій у всіх сферах життєдіяльності людини - один із найбільш перспективних сегментів цифрових технологій, який істотно впливає не лише

на розвиток ІТ-сфери, але й на ефективність публічного управління, економіки, освіти, науки та комунікації між людьми. Якщо ще кілька років тому хмарні технології переважно розглядалися як інструмент забезпечення розвитку приватно-правових відносин, то сьогодні вони стали стратегічним публічно-правовим ресурсом, здатним визначати конкурентоспроможність будь-якої держави у світовому масштабі. Наша держава, попри складну ситуацію, пов'язану з війною, також не залишається осторонь цих процесів. Прийняття ЗУ «Про хмарні послуги» стало безумовним кроком уперед у напрямі формування нормативної бази для регулювання відносин у сфері використання технологій хмарних обчислень. Цей Закон, як вже зазначалося вище, вперше закріпив визначення ключових понять («хмарні обчислення», «хмарні послуги», «надавач/користувач хмарних послуг», «центр обробки даних», «хмарні ресурси» тощо) та встановив вимоги до надання й використання таких послуг. Крім того, у ст. 10 цього Закону вперше на законодавчому рівні закріплено чітке поняття договору про надання хмарних послуг, визначено його юридичну природу та базові вимоги до його форми та змісту. Встановлено, що хмарні послуги та/або послуги центру обробки даних надаються на договірних засадах з урахуванням положень чинного законодавства України. За договором про надання хмарних послуг надавач зобов’язується у визначений спосіб надати користувачу одну чи кілька обраних ним послуг, а користувач - здійснити оплату вартості таких послуг. Обов’язковою вимогою для укладення такого договору є письмова (електронна) форма, при цьому допускається включення до нього положень інших електронних документів шляхом посилання.

Повертаючись до індивідуально-правового порядку формування досліджуваного договору слід наголосити, що для публічних користувачів та об’єктів критичної інформаційної інфраструктури встановлено перелік істотних умов, що охоплюють порядок доступу до хмарних ресурсів і даних, заходи з кіберзахисту, правила резервного копіювання, рівень безперервності функціонування систем, порядок передачі та видалення даних, а також умови

відповідальності сторін. Законом передбачено можливість надання хмарних послуг одній особі кількома надавачами та визначено їх солідарну відповідальність перед користувачем, якщо інше прямо не передбачено договором. Фактично, можна підтвердити, що таким чином Україна нарешті приєднується до світової тенденції «Cloud First», яка вже давно діє у США, Великобританії, Канаді, Німеччині та інших розвинутих країнах світу.

Отже, на основі аналізу чинного законодавства України у сфері хмарних послуг ключовим критерієм, що детермінує порядок укладання договорів про надання хмарних послуг, постає суб'єктний склад цих правовідносин. Саме суб'єктність замовника формує модус юридичного механізму укладення договору та зумовлює відмінність у застосуванні до регульованих відносин імперативних і диспозитивних засобів правового впливу. ЗУ «Про хмарні послуги» у ст. 2 встановлює диференціацію користувачів на приватноправових та публічно-правових, що, у свою чергу, репрезентує два відмінні рівні договірної архітектоніки. Поряд з цим, слід зауважити, що абз. 1 ч. 3 с.10 визначено, що «істотними умовами договору про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних для публічних користувачів та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури є …». При цьому наведене положення є некоректним та фактично вказує, що хмарні послуги надаються не стороні договору як суб'єкта цивільних правовідносин, а неживому об'єкту, оскільки відповідно до п. 19 ч.1 ст. 1 ЗУ «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» об'єкт критичної інформаційної інфраструктури - це комунікаційна або технологічна система об'єкта критичної інфраструктури, кібератака на яку безпосередньо вплине на стале функціонування такого об'єкта критичної інфраструктури.

Для публічних користувачів хмарних послуг (органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, державних підприємств, державних установ, державних організацій чи інших суб'єктів владних повноважень або інших суб'єктів, яким делеговані такі повноваження) впроваджений спеціальний порядок

укладання договору про надання хмарних послуг. Такий порядок укладання характеризується певною обмеженою диспозитивністю і нормативно заданою процедурою: укладення договорів здійснюється виключно у формі типового договору, затвердженого КМУ (ст. 10 Закону); істотні умови договору набувають характеру закріпленого мінімуму, обов'язкового для включення, при цьому їх перелік не є вичерпним (ст. 11); закупівля хмарних послуг для публічних користувачів відбувається відповідно до ЗУ «Про публічні закупівлі»; провайдер, який може виступати контрагентом публічного користувача, повинен бути включеним до Переліку постачальників, що формується Державною службою спеціального зв'язку та захисту інформації України (ст. 12). Тобто, щоб здійснювати діяльність з надання хмарних послуг таким публічним користувачам як центр обробки даних, суб'єкт надання хмарних послуг повинен бути внесений до відповідного переліку. Це, по-суті, є нічим іншим, як одержання дозволу на здійснення господарської діяльності у відповідній сфері. Водночас цей висновок потребує застереження, постановою КМУ № 154 передбачено, що до 31 грудня 2026 року публічні користувачі можуть ініціювати закупівлю хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних у надавачів, не включених до Переліку. Тому наразі Перелік має не абсолютне, а спеціальне регуляторне значення, яке повною мірою набуде прояву після завершення перехідного періоду.

Для приватних користувачів (фізичних або юридичних осіб, які використовують хмарні послуги для забезпечення власних потреб) реалізується диспозитивна модель укладання договору з додержанням вимог чинного цивільного законодавства України. Як вже зазначалося вище, обов'язковою для таких договорів є письмова форма укладення, що цілком узгоджується з ч. 1 ст. 205 ЦК України, у якій визначено, що правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Таким чином, чинне цивільне законодавство України закріплює дихотомію форм укладання

будь-яких правочинів - усну та письмову, при цьому електронний формат не становить окремої форми, а розглядається як рівноцінна модифікація письмової форми у цифровому просторі. Як слушно зазначає Є. О. Мічурін, розвиток смарт-контрактних конструкцій свідчить про модифікацію традиційної договірної форми у напрямі поєднання юридичного та технологічного елементів, що є характерним і для правовідносин з надання програмного забезпечення як хмарної послуги, в межах яких окремі умови договору можуть формуватися, змінюватися та виконуватися у цифровому середовищі в автоматизованому порядку [88, с. 53-59].

Відтак, укладання правочинів в електронному середовищі не створює третьої самостійної форми, а лише підтверджує універсальність письмової форми та напрями її використання в умовах розвитку сучасних діджитал-технологій. У межах цього дослідження не ставиться за мету остаточне вирішення питання щодо співвідношення письмової та електронної формі правочинів, а також вирішення питання щодо вічно актуальної дискусії про існування самостійної «третьої» електронної форми укладання правочинів. Вихідним положенням, яке повинно враховуватись у вирішенні цієї проблеми, є норма чинного цивільного законодавства України, відповідно до якої розрізняються лише дві форми правочину - усна та письмова. При цьому письмова форма, з урахуванням сучасних умов та перспективних тенденцій розвитку діджитал-технологій, може реалізовуватися не лише у традиційному паперовому вигляді, але й шляхом фіксації волевиявлення сторін в електронному вигляді. За загальним правилом ч.1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є 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.

Певну специфіку, з урахуванням зазначеного, має механізм укладення договору приєднання. Згідно з ч. 1 634 ЦК України договором приєднання є

договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому; друга сторона не може запропонувати свої умови договору. Саме такими здебільшого за своєю юридичною природою є договори про надання хмарних послуг. Крім цього, як у більшості країн світу, так і в Україні, досить поширеним є віднесення досліджуваних договорів до публічних. У зв'язку з зазначеним варто констатувати, що свобода договору у договірних відносинах у сфері надання хмарних послуг має обмежений характер: користувач таких послуг фактично здійснює «акцепт без варіантів», що означає прийняття нім усіх умов договору або відмовитись від отримання хмарної послуги. При цьому, надавачі хмарних послуг можуть змінювати зміст договору и вносити додаткові умови, тоді як користувачі позбавлені такої можливості.

Специфіка укладення договору в мережі Інтернет актуалізує низку проблемних правових питань на якісно новому рівні. У пересічного користувача іноді може скластись враження відсутності самого договору як юридичного факту. Натомість фактичне виникнення договірних правовідносин відбувається шляхом використання електронної пошти, застосування електронного підпису чи підтвердження волевиявлення через інші технічні засоби, зокрема шляхом натискання кнопки «Приймаю», «Погоджуюсь», «Ознайомлений» тощо на відповідній вебсторінці. У вітчизняній науці цивільного права виокремлюються кілька підходів щодо визначення юридичної природи механізму фіксації волевиявлення користувача при взаємодії з електронною офертою, зокрема натискання кнопки «Погоджуюсь», встановлення позначки (checkbox) у спеціальному полі тощо. Згідно з одним із таких підходів, такі дії пропонується розглядати як різновид конклюдентних дій, тобто як форму волевиявлення, що свідчить про згоду з умовами договору відповідно до ч. 2 ст. 642 ЦК України. Необхідно зазначити, що конклюдентні дії за своєю природою становлять непрямий прояв волі, коли намір суб’єкта відповідає його фактичній

поведінці, яка не супроводжується прямим підтвердженням згоди, але об'єктивно дозволяє зробити висновок про неї (наприклад, прийняття товару чи оплата рахунку). Ключовою ознакою конклюдентних дій є саме їх опосередкований характер, коли воля презюмується з наслідків поведінки, а не формується в акті прямого вираження. Крім цього, конклюдентні дії ніяк не вписуються у механізм укладення письмового договору [64]. Натомість натискання кнопки «Я згоден», «Приймаю» чи встановлення позначки у чек-боксі в інтерфейсі інформаційної системи - це спеціально передбачений спосіб вираження волі з метою укласти договір. Як вірно зазначає Н. Ю. Філатова, такі дії не слід ототожнювати з класичними конклюдентними діями. Авторка уточнює, що натискання кнопки або позначка в електронному полі - це дії, безпосередньо спрямовані на укладення договору, а не на виконання його умов, як це передбачено ч. 2 ст. 642 ЦК України [146, с. 71]. К.Г. Анісімов робить висновок, що вчинення активних дій, які були попередньо визначені в оферті клік-обгорткового ліцензійного договору, як-от натискання користувачем кнопки «Я згоден» є підписанням договору електронним підписом, адже електронний підпис - це електронні дані, які додаються підписувачем до інших електронних даних або логічно пов'язуються з ними і використовуються ним як підпис [52,с.151]. Так, дійсно у п.15 ч.1 ст. 1 ЗУ «Про електронну ідентифікацію та електронні довірчі послуги» електронний підпис визначено як електронні дані, що додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язуються і використовуються підписувачем як підпис [106]. Схожий підхід закріплено в європейському законодавстві. Регламент (ЄС) № 910/2014 (eIDAS) описує електронний підпис як «дані в електронній формі, що прикріплені або логічно пов'язані з іншими електронними даними та використовуються підписувачем для підписання» [44]. Водночас, американський підхід, нормативно закріплений у федеральному законі США «Electronic Signatures in Global and National Commerce Act» (ESIGN Act), демонструє значно ширше розуміння феномену електронного підпису. Відповідно до § 106 цього

акта, електронний підпис трактується як «електронний звук, символ або процес, прикріплений чи логічно пов'язаний з контрактом або іншим записом і виконаний чи прийнятий особою з наміром підписати цей запис» [50].

Ключовим у цьому визначенні є не технічний алгоритм чи рівень криптографічного захисту, а саме факт волевиявлення суб'єкта, його інтенція надати юридичне значення певній дії в електронному середовищі. У такий спосіб американський підхід підкреслює пріоритет договірної свободи та автономії волі сторін, розширюючи межі допустимих форм вираження згоди аж до будь-яких електронних маркерів - від натискання інтерактивної кнопки до відтворення спеціального звукового сигналу. Подібна доктринальна конструкція свідчить про орієнтацію американського права на функціональну еквівалентність традиційного підпису, у якому визначальним є не спосіб, а той правовий ефект, який надається діям особи у відповідній нормі права. У цьому аспекті електронний підпис розуміється як правовий акт, що засвідчує вольову поведінку, незалежно від специфіки застосовуваних технічних рішень. На відміну від цього, європейська та українська моделі (eIDAS, ЗУ «Про електронну ідентифікацію та електронні довірчі послуги») більшою мірою апелюють до категорій правової безпеки та техніко-юридичної надійності. Тут електронний підпис розглядається не лише як зовнішній вираз волі, але й як криптографічно захищений ідентифікатор, що гарантує ідентифікацію підписанта, цілісність документа та невідмовність у визнанні здійсненої дії юридично-вагомою.

Відповідно ч. 6 ст. 11 ЗУ «Про електронну комерцію» відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти електронний договір, про її прийняття (акцепт) може бути надана шляхом: надсилання електронного повідомлення особі, яка зробила пропозицію укласти електронний договір, підписаного в порядку, передбаченому ст. 12 цього Закону; заповнення формуляра заяви (форми) про прийняття такої пропозиції в електронній формі, що підписується в порядку, передбаченому ст. 12 цього Закону; вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо

зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею. Отже, вітчизняний законодавець встановлює диспозитивну, але юридично чітку модель акцепту електронної оферти, що охоплює як високоформалізовані (електронний підпис), так і поведінкові способи волевиявлення (інформована дія). Натискання кнопки «Погоджуюсь» не є конклюдентною дією у значенні ч. 2 ст. 642 ЦК України та у вузькому розумінні не є електронним підписом відповідно до чинного законодавства України, якщо не забезпечено дотримання персоніфікованої ідентифікації користувача. Така дія користувача може бути визначена як акцепт у електронній формі у механізмі укладення договору в письмовій (електронній) формі згідно зі ст. 639 ЦК України. У цьому механізмі надавач хмарних послуг уніфікує умови договору, а користувач хмарних послуг приймає (акцептує) їх шляхом надання згоди у електронній формі [134, с. 290].

Враховуючи те, що у сучасному цифровому середовищі переважна більшість договорів укладається у вигляді договорів приєднання, зміст яких визначається заздалегідь сформульованими для невизначеного кола користувачів стандартними умовами, саме порядок формування договірних умов набуває визначального значення. При цьому укладення таких договорів у мережі Інтернет має низку суттєвих особливостей, пов'язаних із цифровою формою волевиявлення та технічними механізмами приєднання до таких умов [4, с. 3-5].

Водночас договори зі стандартними умовами не слід ототожнювати з типовими договорами у розумінні цивільного законодавства України. Адже останні мають нормативно затверджену форму та мають обов'язковий характер використання контрагентам, тоді як стандартні-умови є результатом формування умов договору однією стороною для невизначеної кількості контрагентів. Водночас реальний механізм формування умов таких договорів визначається не індивідуальним узгодженням волі сторін, а галузевою стандартизацією договірних конструкцій. Переважна більшість договорів у

сфері хмарних послуг, у тому числі договорів про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є договорами приєднання зі стандартними умовами, коли правове становище користувача хмарної послуги, обсяг його прав, обов'язків та відповідальності задаються попередньо, односторонньо сформульованим масивом клаузул, виробленим практикою надавачем хмарних послуг як елемент «індустріального стандарту». Стандартизація виявляється не лише в уніфікації окремих формулювань умов досліджуваного договору, а й у побудові цілісного нормативно-саморегулівного комплексу взаємопов'язаних умов і правил, які разом конструюють договірний режим надання хмарних послуг.

Як показують спеціальні дослідження S. Bradshaw та ін. [5], стандартний договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги охоплює мінімум чотири блоки. Дослідивши стандартні умови договору провідних надавачів хмарних послуг (зокрема, Dropbox, Flexiscale), автори виокремлюють щонайменше чотири структурно-змістовні блоки. Розділ договору, у якому надавач хмарних послуг визначає загальні умови користування сервісом (умови надання послуг, Terms of Service), фіксує правові статуси надавача хмарних послуг і користувача хмарної послуги, обсяг та зміст наданої хмарної послуги, підстави й порядок припинення доступу до програмного забезпечення в хмарному середовищі, а також застосовне право та юрисдикцію. Окремий розділ, присвячений рівню сервісу (умови про рівень сервісу, SLA), визначає показники доступності, час реагування, допустимі перерви в наданні послуги, спеціальні умови відповідальності надавача хмарних послуг і компенсаторні механізми для користувача хмарної послуги (знижки, сервісні кредити тощо) у разі відхилення від задекларованих параметрів. У розділі договору, що фактично виконує функцію політики прийнятного використання (політика належного/допустимого використання, Acceptable Use Policy, AUP), встановлюються межі дозволеної поведінки користувача хмарної послуги, визначається перелік дозволених та заборонених дій при користуванні

сервісом, чим формується режим належного використання цифрової інфраструктури надавача хмарних послуг. Окремий блок становлять положення, що відповідають політиці конфіденційності та захисту інформації (політика конфіденційності та обробки даних, Privacy Policy), у яких надавач хмарних послуг визначає порядок обробки персональних даних та іншої інформації користувача хмарної послуги, цілі та обсяг їх використання, а також механізми і гарантії захисту відповідної інформації [5]. У сукупності зазначені розділи формують масив стандартизованих договірних умов, що визначають предмет надання хмарної послуги, параметри якості та доступності сервісу, належні моделі поведінки користувача хмарної послуги, режим обробки та зберігання даних, обмеження відповідальності надавача хмарних послуг, підстави й порядок припинення доступу до програмного забезпечення тощо. Саме на рівні змісту цього комплексу стандартних клаузул виявляється структурна специфіка договірного режиму хмарних послуг. Користувач хмарної послуги приєднується до вже сформованого надавачем хмарних послуг договору, у межах якого простір для індивідуальної договірної автономії істотно звужений і, як правило, зберігається лише у сегменті переговорних (нестандартних) умов у великих договорах між суб'єктами господарювання. Типовий договір про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних для публічних користувачів хмарних послуг та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури, затверджений КМУ, за своїм змістом охоплює переважно тотожні групи умов.

2.2. Предмет, істотні та інші умови договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Порядок формування, зміни та виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не є універсальним, оскільки детермінується в першу чергу правовою природою відповідних відносин та юридичним статусом сторін договору. Саме ці чинники зумовлюють перелік

істотних умов досліджуваного договору та межі договірної автономії волі його сторін. У цьому аспекті першочергового значення набуває з'ясування того, які саме умови формують зміст зазначеного договору та безпосередньо впливають на його укладення і виконання. Як правило, умови договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги формуються у вигляді стандартизованих пунктів (умов) оферентом. За характером порядку узгодження умов цк цілком відповідає договору приєднання з ознаками публічного договору. У спеціально врегульованих вітчизняним законодавцем випадках досліджуваний договір може укладатися із застосуванням типової форми договору, що містить чіткий перелік істотних умов. Водночас стосовно переважної більшості потенційних учасників досліджуваного договору це не виключає застосування індивідуального порядку погодження його істотних умов, коли сторони вільно формують та погоджують умови (пунктів) договору у звичайному переговорному порядку.

З урахуванням цих варіантів правової організації формування договірних зв'язків між сторонами досліджуваного договору, подальший розгляд доцільно розпочати з доктринально усталеного поділу умов цивільно-правового договору на істотні, звичайні та випадкові (ініціативні) [151, с. 120]. Саме такий поділ дає змогу відмежувати умови договору, без погодження яких він не буде вважається укладеним, від умов, зміст яких визначається приписами цивільного законодавства України та застосовується у силу самого факту укладення договору, а також від умов, що включаються до домовленості за власною ініціативою сторін договору у межах дії принципу свободи договору. Проведений аналіз і систематизація основних наукових підходів сучасної цивілістичної доктрини до розуміння договірних умов дають змогу сформулювати щонайменше три взаємопов'язані висновки. Варто погодитись з висновком про те, що істотні умови договору - це нормативно визнаний мінімум умов, необхідний і достатній для того, щоб вважати, що договір укладено [54, с. 28; 127 с. 93; 94, с. 128, с. 736]. Під звичайними умовами договору, як правило, розуміють такі

його положення, що прямо передбачені приписами законодавства щодо певного виду договору, а відтак набувають юридичної сили в силу самого факту укладення цього виду договору. На відміну від істотних умов, звичайні умови не потребують узгодження сторонами і «активуються» самим лише фактом укладення договору [142, с. 26]. Натомість випадкові умови набувають юридичного значення лише за тієї умови, що вони прямо інкорпоровані у зміст договору, хоча і не є обов'язковими з точки зору вимог чинного вітчизняного законодавства, тобто включені до договору як результат волевиявлення сторін. Варто погодитись із тим, що кожна випадкова умова з моменту включення в текст договору набуває значення істотної умови [142, с. 27], адже без її погодження сторонами договір не набере чинності. Як правило, випадкові умови договору є або результатом відступу сторін від диспозитивних приписів чинного цивільного законодавства України, або наслідком погодження положень між контрагентами, які взагалі не врегульовані на рівні чинного законодавства України [71, с. 279; 142, с. 27].

Окреслені доктринальні положення підтверджуються на законодавчому рівні. Так відповідно до ч. 1 ст. 638 чинного ЦК України договір є укладеним за умови досягнення сторонами згоди щодо всіх істотних умов. Отже, законодавець пов'язує момент виникнення договірного зобов'язання не лише з абстрактним наміром (волею) сторін вступити у договірні відносини, а з наявністю сформованої згоди між сторонами щодо визначальних пунктів (умов) їх спільної домовленості. У змісті зазначеного нормативного припису закріплено три групи істотних умов договору: 1) умови про предмет договору, 2) умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду; 3) умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. Істотність умов договору у розумінні ст. 638 ЦК України означає, що саме погодження цих умов є необхідною передумовою визнання договору укладеним: за відсутності згоди сторін хоча б щодо однієї істотної умови договір як

юридичний факт не виникає. Натомість умови, які лише конкретизують чи супроводжують основні домовленості, не впливають на факт укладення договору, а отже і на виникнення цивільних прав і юридичних обов'язків між сторонами. Цей висновок підтверджується й на рівні сучасної судової практики, так ВС у своїй постанові від 31.05.2022 р. у справі № 366/3214/19 встановив, що «договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є 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. Вищевказане правове обґрунтування вказує на те, що судам під час розгляду подібних правовідносин необхідно надавати оцінку відповідності порядку укладання такого договору вимогам закону, встановлювати на підставі належних та допустимих доказів факт надання згоди однієї сторони на прийняття умов іншої стосовно надання запропонованих послуг, факт належного ознайомлення сторони договору з власне умовами договору, а також факт погодження всіх істотних умов договору» [101]. Однак, необхідно зауважити, що ЗУ від 19 червня 2020 року № 738-IX із абз. 1 ч.1 ст. 638 ЦК України вилучено словосполучення «*в належній формі*» [104], і тим самим укладеність договору законодавець пов'язує виключно з фактом досягнення згоди щодо всіх істотних умов між сторонами договору, не включаючи вимоги додержання належної форми фіксації факту її досягнення. В Проєкті ЦК України (Кодексу права приватного) ном. реєстр. 14394 від 22.01.2026 в ч. 1 ст. 736 цей підхід збережено, договір є укладеним, якщо сторони досягли згоди з усіх його істотних умов [118]. Підхід, за яким факт укладення договору пов'язується виключно з досягненням сторонами згоди щодо його істотних умов, повністю узгоджується з європейськими принципами договірного права. Так, у ст. 2:101 PECL [40], II.–4:201 DCFR [41] та ст. 2.1.1 UNIDROIT Principles [51] факт укладення договору пов'язується із досягненням згоди сторін щодо його умов (оферта та акцепт),

тоді як вимоги до форми не є загальною умовою виникнення договору та застосовуються лише у разі, коли вони встановлені законом або договором. При цьому оферта, як первинна юридично вагома дія у механізмі виникнення договірного зобов'язання, повинна, однозначно фіксувати спрямованість волевиявлення оферента на набуття ним обов'язкової сили у разі її прийняття контрагентом. Вона повинна містити настільки визначений зміст майбутнього договору (щонайменше щодо його істотних умов), щоб сам факт акцепту дозволяв констатувати досягнення згоди сторін стосовно виникнення їхніх договірних суб'єктивних прав та обов'язків.

Аналіз положень чинного цивільного законодавства України дозволяє констатувати, найбільш універсальною, нормативно закріпленою й обов'язковою для всіх цивільно-правових договорів істотною умовою є умова про предмет договору. Виходячи з цього, системний розгляд істотних умов договору про про надання програмного забезпечення як хмарної послуги логічно слід розпочати саме з доктринального визначення його предмета.

Проведене узагальнення сучасних вітчизняних доктринальних досліджень щодо розуміння предмета договору (як істотної умови) свідчить про відсутність уніфікованого тлумачення цієї категорії й водночас дозволяє виокремити кілька найбільш поширених теоретичних підходів. При цьому зазначена проблематика не є новою для цивілістичної доктрини. Питання визначення змісту «предмету договору» послідовно порушувалося ще в радянський період і традиційно супроводжувалося гострими дискусіями щодо його співвідношення з об'єктом зобов'язання, характером дій сторін та результатом їх виконання. Перший підхід ґрунтується на ідеї - предмет-благо, коли предмет договору розглядається виключно як благо - річ, результат робіт, послуга, майнове право тощо [60, с. 17]. Другий підхід - «поведінкового» розуміння предмета договору, за яким предметом виступають дії (або утримання від дій), що становлять зміст зобов'язання [85, с. 246];. Третій - «компромісний» - розмежовує юридичний об'єкт як

поведінку зобов'язаної особи та матеріальний об'єкт як річ чи інше благо, на яке спрямована ця поведінка розмежування [53, с. 32; 70, с. 283; 152, с. 114]. Додатково термінологічну поліваріантність підходів до розуміння предмету договору підсилює функціонування на рівні зобов'язальних відносин категорій на кшталт «об'єкта зобов'язання» (як дій - поведінки) та «предмета договірного зобов'язання» [60, с. 16; 76, с. 21]. Така неоднозначна ситуація перш за все обумовлена тим, що вітчизняний законодавець не підтримує одновимірного термінологічного розуміння «предмета» і використовує цю категорію в різних нормативних площинах, що й зумовлює доктринальну варіативність підходів до визначення категорії «предмет договору».

Передусім у загальних положеннях про договір «умова про предмет договору» визначена як істотна умова, тобто як мінімально необхідний елемент юридичної визначеності домовленості між сторонами, без якої договір не може вважатися укладеним. Типологізація договорів за їх цільовою спрямованістю, тобто метою укладання дає змогу доктринально переосмислити полісемічне слововживання категорії предмет договору у ЦК України та, відповідно, уникнути хибної універсалізації одного значення для всіх договірних типів. Відповідно до ст. 656 ЦК України, у договорах на передачу майна у власність законодавець переважно розкриває предмет договору через майнове благо як об'єкт цивільних прав: предметом купівлі-продажу можуть бути майно (товар), майнові права та, за встановлених умов, право вимоги. Відповідно до ст. 718 ЦК України предметом договору дарування можуть бути речі, гроші, цінні папери та майнові права. Відповідно до ст. 760 ЦК України, а також відповідно до ст. 788 ЦК України, у договорах передачі майна у користування предмет визначається через неспоживну річ (а в договорах прокату-рухому річ). Відповідно до ст. 807 ЦК України та відповідно до ст. 812 ЦК України, у спеціальних різновидах найму предметом договору є індивідуально визначене майно (лізинг) та житло як особливий об'єкт [136, с. 410]. Відповідно до ст. 1030 ЦК України предмет управління майном охоплює підприємство як єдиний майновий комплекс,

нерухомість, цінні папери, майнові права тощо, що знову підтверджує «об'єктно-благову» визначеність предмета у відповідних типах договорах. Водночас у договорах, де визначальним є результат або процес надання певної діяльності, законодавче слововживання щодо предмету зміщується [66]. Зокрема: відповідно до ст. 837 ЦК України підряд описується через виконання роботи з переданням її результату, а відповідно до ст. 901 ЦК України послуга прямо пов'язується зі споживанням у процесі вчинення дії, здійсненні діяльності; у сфері інтелектуальної власності відповідно до ст. 1109 ЦК України та відповідно до ст. 1115 ЦК України предмет договору визначається через надання права (дозволу) використання відповідного нематеріального об'єкта права інтелектуальної власності. Окремо показовим є договір страхування, адже відповідно до ст. 980 ЦК України предмет договору страхування визначається через передання за плату ризику страховику, що фіксує не стільки характеристику «блага», скільки сутнісний юридичний механізм договірної моделі. Отже, дійсно чинний ЦК України демонструє полісемічність відповідного термінологічного слововживання щодо предмета. У низці спеціальних норм щодо окремих видів договорів «предмет договору» фактично слугує позначенням блага об'єкта цивільних прав (майно, річ, майнові права, тощо). Разом із тим, у окремих випадках в договірних конструкціях зустрічається визначення предмету договору не через речову або іншу характеристику блага, а через юридично вагомі дії, які і становлять сутнісний фундамент правової природи договору. У таких договірних конструкціях предмет договору включає не стільки те, «що» - скільки те, «яким чином» здійснюється договірне надання (наприклад, передання ризику, організація управління, забезпечення доступу - виконання роботи або утримання від неї). Разом із тим, таке основне надання, як правило, кореспондує певному компоненту договіру, який у цивільному праві визначається через категорію об'єкт цивільних прав (річ, цифрова річ, майнове право, інформація, результат робіт, послуга тощо). І дійсно в окремих договірних конструкціях цей компонент справді набуває настільки

виразного значення, що в нормативному закріпленні ЦК України «предмет договору» фактично використовується для його позначення. Однак сама по собі «предметизація» блага не є універсальною і залежить від правової природи конкретної договірної конструкції. Натомість об'єкт зобов'язального правовідношення слід розуміти як індивідуалізований комплекс дій (або утримання від дій), що становлять належну поведінку боржника щодо кредитора, а в разі двостороннього зобов'язання - належну поведінку кожної зі сторін у межах покладеного на неї юридичного обов'язку. Саме на цьому рівні проявляється юридично значуща визначеність механізму належного виконання умов договору сторонами.

Видається методологічно вірним виходити з того, що в доктринальному аналізі договірних відносин у цифровому сегменті цивільного обороту, категорія «предмет договору» складно піддається одновимірному тлумаченню. Її редукція до певного блага як об'єкта цивільних прав спрощує зобов'язально-правову природу договору. Отже, двошарове бачення «предмета договору» - як основного договірного надання (у площині договірної домовленості сторін) і як поведінкового змісту (у площині зобов'язальних правовідносин) - забезпечує узгодження нормативної термінології ЦК України із природою договірного зобов'язання та запобігає хибним ототожненням. Евристична цінність такого підходу особливо помітна у договорах у цифровому сегменті цивільного обороту, де об'єкт приватноправового інтересу має нематеріальну форму (право доступу, інформаційний ресурс тощо). У таких випадках юридична визначеність і захищеність цього блага забезпечується не стільки його термінологічним окресленням, скільки передусім чітким визначенням виду та змісту корисного блага у цифровому середовищі, яке надається контрагентом, його правового режиму, обсягу, способу використання та меж доступу користувача. Як вірно зазначає Мічурін Є.О. природа цифрової речі та інших цифрових благ має дуалістичний характер. З одного боку, вони ґрунтуються на технічній цифровій основі, втіленій у програмному коді; з іншого - у

цивільному обороті сприймаються як майнові або особисті немайнові блага. Така специфіка має істотне значення для цивільно-правової кваліфікації об'єкта правовідносин, визначення прав на цифрові блага та договірної моделі їх створення чи використання. У цьому контексті слід розмежовувати комп'ютерну програму як технічну основу цифрової речі, що опосередковує внутрішні виробничі відносини щодо її створення, та готовий цифровий продукт із певними споживчими властивостями - комп'ютерну гру, токен тощо, який є об'єктом зовнішніх правовідносин між виробником цифрового блага, замовником або споживачем. Для споживача визначальним є не програмний код як такий, а функціональне призначення цифрового блага: для гри - можливість грати, для цифрового підпису - здатність ідентифікувати особу в цифровому середовищі [89, с. 327].

Отже, чим більш різноманітним, гібридним і дематеріалізованим стає цивільний оборот (у тому рахунку під впливом цифровізації), тим менш обґрунтованим виявляється спрощений розгляд «предмета договору» на підставі лише одного із відомих підходів - виключно як блага або виключно як поведінки. Адже предмет договору у всіх випадках має виконувати інструментальну функцію юридичної ідентифікації договірної конструкції. У поіменованих договорах ця визначеність значною мірою обумовлена типовою правовою природою договірної конструкції, закріпленої в ЦК України. Натомість у змішаних і непоіменованих договорах, де назва договору, як правило, не забезпечує кваліфікаційної юридичної визначеності, правова природа договірних відносин має бути виведена зі змісту договірного правовідношення. Відповідно умова про предмет договору має фіксувати встановлювати достатній перелік основного договірного надання та його спрямованість на відповідне благо, однак не підміняючи собою сукупність прав та обов'язків сторін, умови їх цивільної відповідальності тощо, які належать до узгодженого сторонами змісту договору. Отже, інструментально виважене розуміння предмета договору полягає в тому, що він слугує юридико-технічним засобом, який надає

правову визначеність договірної конструкції та межі її подальшої конкретизації через інші умови та в цілому зміст договору, забезпечуючи ефективність приватноправового регулювання відносин у відповідній сфері [136, с. 410].

З метою поглибленого дослідження порядку формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, насамперед, необхідно визначити специфіку його предмету. Для цього доцільно проаналізувати зміст стандартних договорів, що розробляються провайдерами, надавачами відповідних хмарних послуг [136, с. 410].

Український провайдер ТОВ «ХМАРА», який позиціонує себе як один із перших суто вітчизняних надавачів хмарних послуг, оформлює договірні відносини у формі публічної оферти в межах конструкції договору приєднання. Виходячи із аналізу її змісту, істотні умови договору у межах такої оферти сформульовано, зокрема, у пунктах 3.1–3.2, де предмет договору розкривається через основний обов'язок Виконавця надавати Замовнику послуги, та кореспондуючий обов'язок Замовника - приймати й оплачувати їх на умовах Договору, Тарифів і Угоди про рівень обслуговування, що визнаються невід'ємними частинами договору. Конкретизація ж предмета (обсягу та виду послуги) здійснюється на стадії акцепту. Конфігурація послуг визначається при приєднанні (акцептуванні) оферти [119]. Важливо, що у договорі про надання хмарного доступу до програмного забезпечення, предметно є саме забезпечення віддаленого доступу до програм/застосунків [136, с. 410].

Надалі доцільно звернутися до аналізу договірних конструкцій, ро да з зроблених провідними провайдерами, постачальниками інших різноманітних хмарних послуг. Адже саме вони відображають фактичний «ринковий стандарт» визначення змісту договірного зобов'язання надавача хмарних послуг та меж користування функціоналом наданого програмного продукту. Показовим у цьому контексті є підхід Microsoft. Так в «Угоді про використання служб Microsoft» предмет договору визначається через

категорію «Служби» - як договірно індивідуалізований комплекс цифрових продуктів, вебсайтів, пов’язаної підтримки та сервісів, перелічених у кінці документа. Водночас конструкція предмета цього договору є двошаровою: по-перше, забезпечення користування хмарним сервісом (доступ до програмного функціоналу), по-друге - супровідний ліцензійний режим щодо програмних компонентів, що використовуються «в межах Служб» (за відсутності окремого ліцензійного договору), тобто програмне забезпечення надається за ліцензією, а не відчужується. Ліцензійні умови самі по собі не трансформують договір про надання хмарного доступу до програмного забезпечення в ліцензійний, а лише визначають межі правомірного користування як елемент забезпечення основного зобов’язання надавача [144]. Якщо звернутися до інших договірних конструкцій всім відомих світових провайдерів, що є одночасно надавачами хмарних послуг, які надають доступ до цифрових функціональних середовищ за моделлю надання програмного забезпечення як послуги (SaaS), таких як Parallel Web Systems, Inc. [39], OpenAI, Inc. (ChatGPT) [38], Gamma Tech, Inc. [13], Google LLC (Google Workspace) [18], Figma, Inc. [16] та Atlassian Corporation Plc. (Atlassian Cloud) [2] можна простежити спільну тенденцію до використання уніфікованих стандартних умов договору (Terms of Service, Data Processing Addendum, Service Level Agreement), які визначають зміст і межі доступу користувача до відповідних цифрових сервісів. Предметом таких договорів є не передання примірника програми як матеріальної чи цифрової речі, а надання (і подальше технічне підтримання) доступу до цифрового функціоналу сервісу, що реалізується через віддалену цифрову інфраструктуру провайдера, надавача відповідної хмарної послуги. Основу відповідного договірного зобов’язання становить обов’язок провайдера забезпечити та технічно підтримувати можливість віддаленого користування прикладним програмним забезпеченням. Воно розміщене в інфраструктурі провайдера і використовується користувачем шляхом надання йому доступу до його функціональних можливостей у хмарному середовищі. Таке

користування, як правило здійснюється в онлайн-режимі відповідно до технічних параметрів послуги, що визначені у договорі та супровідній технічній документації (умови про SLA, підтримувані функції, обмеження доступу тощо). У цьому контексті предметом договору є не «доступ» як технічна категорія, а надання користувачеві правової можливості віддаленого користування функціональним потенціалом програмного забезпечення, що підтримується провайдером у стані експлуатаційної придатності. Доступ до програмного забезпечення, що зберігається у хмарному середовищі, слугує лише способом надання користувачу відповідної цифрової послуги [136, с. 411].

Виходячи з легальної дефініції «програмного забезпечення як послуги», що закріплена в чинному законодавстві України [113], предметом договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є діяльність надавача хмарних послуг, спрямована на забезпечення користувачеві можливості віддаленого користування функціональним потенціалом прикладного програмного забезпечення, що розміщене й експлуатується в обчислювальній інфраструктурі надавача хмарної послуги та підтримується ним у стані технічної і функціональної придатності. Надання цієї послуги здійснюється шляхом забезпечення доступу до програмного забезпечення з використанням технології хмарних обчислень через онлайн-сервіс або комп'ютерні програми-агенти.

Інакше кажучи, зобов'язання надавача хмарних послуг у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не зводиться ані до передання примірника комп'ютерної програми на матеріальному носії, ані до забезпечення користувачеві хмарної послуги як гарантовано завершеного результату від роботи з програмним забезпеченням. Його зміст становить організаційно-технічне забезпечення цифрової доступності та потенційної можливості використання відповідного програмного функціоналу за його цільовим призначенням. Тобто у межах тих експлуатаційних технічних можливостей, для яких програмне забезпечення створено та які становлять

його прикладну корисність. Мова йде про оброблення інформації та інших даних, створення цифрового контенту, комунікаційна взаємодія, здійснення управлінських або аналітичних операцій тощо. Водночас використання вітчизняним законодавцем понять «онлайн-сервіс» та «програма-агент» виявляє наявність нормативної прогалини у визначені їх правового режиму та потребують уточнення. Так, термін «онлайн-сервіс» у чинних нормативних актах вживається лише у вузьких, спеціальних значеннях (зокрема додаток, електронний ресурс тощо)[117], а не як загальна категорія «платформи» у цифровому обороті. Відтак під «онлайн-сервісом» у договірних відносинах фактично розуміють мережевий інтерфейс доступу до програмного функціоналу, реалізований через інформаційно-комунікаційну систему. Аналогічно не визначено й правовий режим категорії «програма-агент». Як правило програма-агент виступає технічним засобом реалізації цифрового доступу і постає клієнтським програмним модулем, який забезпечує автентифікацію користувача, встановлення з'єднання із серверною частиною програмного забезпечення, передавання та оброблення даних. Таке розуміння «агента» кореспондує з технічною термінологією, у якій агент визначається як програма, що діє від імені особи/організації [25], а також як автономна програмна сутність (напр., bot), що діє як клієнт і виконує дії від імені оператора [27]. Така програма-агент у межах досліджуваного договору як правило виступає технічним елементом забезпечення здійснення основного зобов'язання. Фактично йдеться про програмні компоненти, які охоплюють мережевий інтерфейс цифрової платформи провайдера (online interface) та клієнтські програмні засоби (client applications), що в європейській термінології розглядаються не як самостійні правові категорії, а як засоби доступу та взаємодії користувача з хмарною інфраструктурою. Такий підхід відображено, зокрема, у визначенні online interface, наведеному у ст. 3(m) Регламенту (EU) 2022/2065 (Digital Services Act) [28], а також у термінологічних стандартах ISO/IEC 22123-1:2023 «Cloud computing - Part 1: Vocabulary» [23] та ISO/IEC 17788:2014 «Cloud computing

- Overview and vocabulary» [22]. З урахуванням викладеного більш точним, технічно виваженим і таким, що відповідає європейській класифікації хмарних сервісів, є використання категорій «мережевий інтерфейс цифрової платформи провайдера» та «клієнтські програмні засоби».

Договір вважається юридичним фактом у цивільному праві за умови досягнення сторонами згоди щодо всіх істотних умов, за відсутності такої згоди будь-яке інше волевиявлення сторін не може вважатися укладенням договору і, відповідно, не спричиняє виникнення, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків сторін. При цьому порядок формування умов договору, як правило, здійснюється в межах автономії волі сторін шляхом направлення пропозиції (оферти) та її прийняття потенційним контрагентом (акцепту). У сфері надання хмарних послуг вітчизняний законодавець, зберігаючи загальне правило чинного цивільного законодавства України щодо погодження всіх істотних умов договору, одночасно встановив спеціальні норми, що регулюють ці відносини в публічній сфері. Так, ч. 3 ст.10 ЗУ «Про хмарні послуги» прямо закріплений перелік істотних умов договору про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних у відносинах за участю публічних користувачів та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури. Специфіка такого формування істотних умов договору проявляється в тому, що до них законодавцем віднесено не лише умови, які традиційно сприймаються як істотні в цивільно-правовій доктрині і законодавстві (зокрема, предмет договору, ціна, строк тощо). Мова йде й про умови, що визначають технічний порядок надання та використання хмарних послуг: порядок та умови надання доступу до хмарних ресурсів, порядок доступу до даних, що обробляються під час виконання договору, порядок захисту даних (у тому числі із встановленням порядку реагування та повідомлення про інциденти кібербезпеки), вимоги до рівня безперебійності роботи системи, порядок передання, повернення та видалення (знищення) даних і резервних копій, умови щодо резервного копіювання тощо. При цьому законодавець встановлює для такого договору обов'язкові умови щодо

застосування права України та підсудності спорів судам України, і водночас прямо передбачає, що сторони можуть визнати істотними й інші умови [63].

Слід додати, що для сфери надання хмарних послуг в публічному секторі вітчизняний законодавець затвердив типовий договір про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних. Водночас обґрунтованою є позиція А.Б. Гриняка щодо хибності ототожнення понять «типовий договір» і «типові умови», оскільки йдеться про різні за юридичною природою явища. Типовий договір становить нормативно встановлену модель договору, закріплену в підзаконному нормативно-правовому акті уповноваженого суб'єкта владних повноважень, і в передбачених законом випадках має обов'язковий характер застосування (або використовується як уніфікований зразок). Натомість типові (стандартні) умови не є нормативно-правовим приписом беззастережно, а являють собою наперед сформульовані умови, розраховані на багаторазове використання однією стороною при укладенні договорів із невизначеним колом контрагентів. У цьому аспекті показовим є досвід європейських держав, де у договірному праві усталено використовується категорія «стандартні умови» як позначення заздалегідь сформульованих положень, запропонованих однією стороною для включення до договору іншою стороною без індивідуального погодження іншою стороною [61, с. 34-38]. Такий підхід пропонується і на рівні оновленого ЦК України [118, ст. 213, 214]. Розмежування правових категорій типового договору як форми, що втілює нормативну уніфікацію зобов'язального правовідношення та має обов'язковий характер, і стандартних умов договору як інструменту договірної практики безпосередньо впливає на порядок формування умов договору. У випадку типового договору порядок формування його умов визначається нормативно-правовим актом уповноваженого суб'єкта владних повноважень, у якому сторони зобов'язані включати до змісту договору всі положення, передбачені таким актом, і не вправі відступати від них, якщо інше прямо не встановлено законом. Воля сторін договору здійснюється в

межах, окреслених імперативними приписами закону. Натомість стандартні умови договору формуються однією стороною договору як наперед підготовлений комплекс положень (пунктів), розрахований на багаторазове застосування, і включаються до договору шляхом приєднання іншої сторони, зокрема через оферту та її акцепт. Таким чином, на підставі вищезазначеного, можна зробити висновок, що наявність публічного суб'єкта як сторони договору (публічний користувач та/або об'єкт критичної інформаційної інфраструктури) зумовлює імперативне визначення мінімально необхідного переліку істотних умов договору, що включаються у типовий договір. Разом із тим, такий розширений та деталізований перелік сформованих та закріплених законодавцем істотних умов для договорів у сфері хмарних послуг за участю суб'єктів публічного права доцільно розглядати як орієнтир для включення у відповідні договори у приватноправових відносинах.

З огляду на те, що в переважній більшості випадків договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги укладається у вигляді договору приєднання**,** його зміст формується насамперед через стандартні (заздалегідь сформульовані) приписи (умови)**,** запропоновані надавачем хмарних послуг (провайдером) і прийняті користувачем хмарним послуг шляхом приєднання. При цьому фактичний процес вираження своєї згоди на укладення договорів у цифровому сегменті цивільного обороту дуже відрізняється від традиційного (класичного) акцепту. Так, для користувача в інтернеті акцепт фактично стає механічним актом приєднання до незнайомих для нього умов договору за допомогою елементарних дій - кліка (натискання на певну активну клавішу), свайпа (прогортання сторінки в певному напрямку), скролу (прогортання сторінки вниз) тощо [42, С. 82]. Однак сам спосіб вираження своєї волі на укладання договору приєднання та масовість використання стандартних формулювань не усувають потреби у юридичному дослідженні змісту договору. Адже не кожне положення, включене надавачем хмарних послуг до тексту договору, автоматично є стандартною

умовою у юридичному значенні, так само як і не кожна умова такого договору має однакове юридичне значення для виникнення цивільного зобов'язання. Саме тому коректна кваліфікація відповідних положень як стандартних умов та належна оцінка їх юридичного значення передусім зумовлює необхідність попереднього встановлення того, які саме умови в цій договірній моделі, крім предмета, є істотними.

Віднесення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за своєю правовою природою до договорів про надання цифрових послуг відповідає підходу, нормативно закріпленому на рівні права Європейського Союзу. У п.19 Преамбули до Директиви 2019/770 (ЄС) цифрова прямо наведено приклади цифрових послуг. Мова йде про стрімінгові сервіси з поширення аудіо- та відеоконтенту, онлайн-ігри, соціальні мережі, а також програмне забезпечення як послуга (software-as-a-service), що надається через мережу Інтернет, включаючи сервіси файлового хостингу, обробки текстів, хмарні ігрові платформи тощо [36]. Отже, договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги прямо охоплюється нормативними приписами про цифрові послуги. Таким чином правова характеристика цих договорів кореспондує загальній моделі договорів з надання послуг, у межах якої предметом є діяльність, спрямована на досягнення інкорпорованого в послугу корисного ефекту, а не передання речі чи набуття речового права. В цивілістичній доктрині розглядається підхід, відповідно до якого ціна, строк, навіть якщо відповідний договір про надання послуг є оплатним і строковим, а сторони не закріпили домовленістю відповідні умови, визначаються з огляду на «звичайні ціні» та «невизначені строки», а тому відповідний договір за відсутності вказаних вище умов все одно матиме характер укладеного [82, с. 470]. Виходячи із зазначеного, зазвичай ціна та строк не є істотними умовами для договорів про надання послуг.

З урахуванням правової природи договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги як різновиду договорів про надання

цифрових послуг, що, у свою чергу, охоплюються загальною конструкцією договорів про надання послуг, положення ч. 1 ст. 903 ЦК України підлягають безпосередньому застосуванню до відповідної договірної моделі. Згідно з ч. 1 ст. 903 ЦК України, якщо договором передбачено надання послуг за плату, замовник зобов'язаний оплатити надану йому послугу у розмірі, у строки та в порядку, що встановлені договором. В екстраполяції на договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги це означає, що провайдер зобов'язаний забезпечити замовникові віддалений доступ до функціоналу програмного забезпечення та підтримання його належного функціонування у цифровому середовищі, тоді як замовник - оплатити надану цифрову послугу у погодженому сторонами обсязі та порядку. Враховуючи диспозитивний характер цивільно-правового регулювання (ст. 6, 627 ЦК України), сторони договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги вправі самостійно визначати спосіб і форму оплати. Зокрема, мова йде про абонентську (періодичну) плату за користування сервісом; оплату за окремі етапи або модулі підключення; оплату залежно від обсягу використання (usage-based model); комбіновану модель, що поєднує фіксовану плату та змінний компонент тощо. Зазначене також свідчить про можливість укладення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги на безоплатній основі.

Порядок формування ціни як умови договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги слід розкривати крізь структуру відплати та чинники ціноутворення, оскільки у сервісній моделі ціна охоплює не лише надання доступу, а й організаційно-технічне забезпечення належного функціонування сервісу протягом погодженого сторонами періоду. За аналогією з доктринальним підходом щодо формування ціни у договорах про надання інформаційних послуг [128, с. 146], ціна договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги може бути сформована з сукупності двох наступних компонентів. По-перше, компенсаційного - відшкодування фактичних витрат [99, с. 211] надавача

хмарної послуги на її забезпечення (цифрова інфраструктура, обчислювальні ресурси, резервування, кіберзахист, адміністрування, технічна підтримка, безперервність і доступність тощо). По-друге, відплатного - винагорода надавачеві хмарних послуг за надання віддаленої можливості користування функціоналом програмного забезпечення та організацію сервісної моделі виконання (оновлення, масштабування, підтримання працездатності, реагування на інциденти тощо). При цьому, з урахуванням правової природи договорів, на обсяг ціни, як правило, впливають: напрями і спосіб використання цифрового сервісу, параметри SLA та компенсаційні механізми , строк і порядок розрахунків(передоплата/післяплата, підписка, знижки, індексація), вимоги комплаєнсу й безпеки**,** розподіл ризиків і межі відповідальності тощо.

Ціна, як умова будь-якого цивільно-правового договору, традиційно розглядається як грошовий еквівалент надання, що отримує особа за здійснене на користь контрагента надання, або як грошова сума, що сплачується за отримане благо [79, с. 71; 72, с. 189]. Водночас для договорів у цифровому середовищі характерною є нормативна фіксація ширшого підходу до визначення їх відплатності. У законодавстві ЄС та України прямо визнається можливість надання цифрового контенту чи цифрових послуг не лише за гроші, а й в обмін на персональні дані споживача. Так, ст. 3 Директиви ЄС 2019/770 поширює свою дію на відносини, у межах яких цифровий контент або цифрові послуги надаються як за плату, так і в обмін на персональні дані споживача [36]. Аналогічний підхід відтворено у вітчизняному законодавстві, так відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 1 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги», законодавцем включено до регулятивного охоплення випадку надання цифрового контенту чи цифрових послуг в обмін на персональні дані [115]. Отже персональні дані фізичної особи перестали бути лише проекцією нашої особистості, в тій чи іншій мірі пов’язаною чи не пов’язаною з приватністю всіх граней нашого життя, щодо якої ми завжди раніше мали гарантований та нормативно забезпечений

належний рівень контролю та захисту у необхідних випадках [154, с. 4]. У інших випадках, доступ до цифрової послуги обумовлений обов'язком користувача споживати рекламний контент. Показовим прикладом є онлайн-умови використання онлайн-редактор графіки Photopea [1]. Користувач хмарної послуги отримує доступ до функціоналу програмного забезпечення без сплати грошових коштів, однак у процесі користування програмним забезпеченням онлайн передбачається обов'язкове відображення рекламних матеріалів, у разі застосування блокувальників реклами користувачеві хмарної послуги обмежується або унеможливлюється належне користування сервісом. Таким чином, споживання реклами виступає фактичною обов'язковою умовою доступу до цифрової послуги. З позицій цивільного права України такі особливості досліджуваної договірної конструкції варто розглядати через категорію обов'язку зустрічного надання. В досліджуваному випадку зустрічне надання визначається не обов'язком передати обумовлену договором грошову суму, а поведінковим обов'язком особи допустити відображення її персональних даних у відповідному рекламному контенті. У цьому випадку ціна договору як його умова набуває некласичного характеру - вона виражається не у грошовому еквіваленті. Отже, у випадку, коли договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги передбачає грошову оплату або іншу форму зустрічного надання економічного характеру (зокрема передачу персональних даних чи іншу монетизовану поведінку) [156;155], умова про ціну або про спосіб визначення зустрічного надання може набувати значення істотної, оскільки визначає еквівалентність обміну та впливає на саму природу правового зв'язку. Натомість у разі, коли цифрова послуга надається безоплатно і відсутнє будь-яке зустрічне надання з боку користувача хмарної послуги, умова про ціну договору не є істотною, оскільки не впливає на факт виникнення договірного зобов'язання. У такому випадку договір зберігає характер безоплатного договору про надання послуг, а факт його укладення не ставиться у залежність від погодження ціни.

Логічним продовженням дослідження істотних умов будь-якого договору є звернення до умови щодо строку як до базового темпорального параметра договірного зобов'язального правовідношення, який окреслює часові межі його виникнення, існування, зміни та припинення. Аналіз нормативних приписів чинного ЦК України дає підстави стверджувати, що послуга за своєю правовою природою має процесуальний, тобто розгорнутий у часі характер, адже результат діяльності виконавця не відокремлюється від цієї діяльності, не набуває самостійного існування й споживається замовником у процесі її надання. Саме тому строк надання послуги можна розглядати як невід'ємну складову змісту відповідного договірного зобов'язання, що визначає часові межі здійснення діяльності виконавця та забезпечує належну юридичну визначеність динаміки договору (1 ст. 903 та ст. 905 ЦК України). Як підкреслюється в цивілістичній доктрині, послуга як діяльність передбачає необхідність фіксації в договорі моменту її початку та моменту її закінчення, а за домовленістю сторін - і визначення проміжних (етапних) строків надання послуги [93, с. 505]. При цьому згідно з ч. 1 ст. 903 ЦК України, якщо договором передбачено надання послуг за плату, замовник зобов'язаний оплатити надану йому послугу в розмірі, у строки та в порядку, встановлені договором. Сибільова О. В. у своєму дослідженні слушно виходить із того, що істотною умовою договору про надання інформаційних послуг є умова про предмет договору. Водночас вона стверджує, що для публічного договору про надання інформаційних послуг істотними умовами є вже умови про предмет, строк та ціну [128, с. 5]. Твердження науковиці потребує уточнення. Така позиція, на наш погляд, потребує доктринального уточнення. Умови про строк та ціну договору про надання послуг, у тому рахунку й публічного договору про надання інформаційних послуг можуть набувати значення істотних не ex lege, а за ініціативою сторін, тобто в порядку, прямо передбаченому ч. 1 ст. 638 ЦК України, як умови, щодо яких хоча б одна із сторін наполягає на досягненні згоди. У такому разі їх «істотність» є похідною від волевиявлення надавача інформаційної послуги,

а не від законодавчого припису. Само по собі визначення договору як публічного (ст. 633 ЦК України) не трансформує загального переліку істотних умов і не наділяє строк чи ціну універсальною істотною природою для всіх договорів відповідного виду.

Оскільки договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги має природу саме послуги, категорія строку набуває принципового значення. Строк не лише окреслює часові межі дії досліджуваного договірного зобов'язання, а й виконує функцію конструктивного параметра визначеності цифрової послуги. Саме в межах погодженого періоду надавач хмарної послуги бере на себе обов'язок забезпечувати користувачу хмарної послуги доступ до функціоналу програмного забезпечення, гарантувати його технічну підтримку та належне функціонування сервісу. Таким чином, умова про строк є структуроутворювальним елементом змісту цього договірного зобов'язання й безпосередньо впливає на можливість реалізації прав замовника у цифровому середовищі. У цьому сенсі строк у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є елементом, який матеріалізує обсяг сервісного надання. Доступ, підтримка, оновлення, реагування на інциденти та інші дії надавача хмарної послуги мають значення лише у прив'язці до певного часового проміжку. Для договору про надання послуг a priori істотною є умова про предмет (ст. 901 ЦК України), тоді як питання істотності строку у кожному конкретному договорі про надання хмарних послуг вирішується з огляду на функцію строку у структурі зобов'язання. Для договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги строк має підвищене значення з двох причин. Переважна частина таких договорів реалізується у формі підписки (абонентська модель), у якій надавач хмарної послуги надає не разовий корисний результат, а тривалу у часі сервісну доступність. Строк у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги має ключове значення, оскільки визначає темпоральні межі надання доступу до сервісу, що безпосередньо впливає на формування розміру плати за відплатними

договірними моделями. Водночас необхідно чітко розмежовувати строк дії договору та часові параметри виконання окремих сервісних операцій, оскільки ці категорії різняться за своїм юридичним змістом. Строк дії договору окреслює період існування договірного зв'язку та момент його завершення. Натомість часові параметри виконання сервісних зобов'язань можуть охоплювати такі окремі елементи, як час активації доступу, тривалість технічної підтримки, строки усунення непередбачуваних неприємних технічних інцидентів, строки оновлення програмного забезпечення тощо. Як правило, ці характеристики конкретизуються у SLA та визначають темпоральні стандарти належного надання хмарної послуги.

Строк договору у зобов'язаннях з надання послуг не віднесений ЦК України до переліку істотних умов ex lege, однак у договорах про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, що належать до зобов'язань з надання нематеріальної цифрової послуги, набуває важливого значення. Адже він визначає не лише тривалість доступу до хмарного сервісу, а й визначає правовий режим даних замовника під час чинності договору та після його закінчення, при цьому сплив строку дії договору виступає юридичним фактом, з яким пов'язується зміна правового режиму даних замовника (порядок і тривалість подальшого доступу до даних користувача, умови їх повернення чи видалення, строки зберігання резервних копій, обсяг і тривалість тощо). Таким чином, строк окреслює як часові межі надання послуги, так і межі існування цифрових даних замовниках в хмарній інфраструктурі надавача хмарних послуг.

Юридичне значення строку як умови досліджуваного договору знаходить додаткове підтвердження у судовій практиці США, в якій темпоральна визначеність чинності договорів про надання доступу до програмного забезпечення послідовно розглядається як один із ключових критеріїв існування та дійсності відповідного договірного зв'язку.У справах Healthcare I.Q., LLC v. Tsai Chung Chao [20] та Trepp, LLC v. McCord Development, Inc. строк і порядок його поновлення кваліфіковано як підставу

виникнення або відсутності наступного періоду зобов'язання. У першій справі відсутність належного підтвердження пролонгації договору з боку контрагентів зумовила припинення договору та відповідно відсутність обов'язку сплачувати за наступний період. У другій - навпаки, включення умови про пролонгацію призвело до виникнення нового циклу обов'язку з надання доступу то програмного забезпечення та відповідно оплати послуги.

У межах традиційного механізму, закріпленого у ЦК України, строк дії договору виконує функцію темпорального періоду існування зобов'язання. Згідно зі ст. 631, 598-609 ЦК України сплив строку, виконання, розірвання чи інші передбачені законом підстави припиняють можливість подальшого здійснення суб'єктивних прав та виконання обов'язків за договором. Для договорів про надання програмного забезпечення як хмарної послуги така конструкція є недостатньою, оскільки їх предметом є нематеріальна цифрова послуга. Вона супроводжується, як правило, створенням динамічного масиву даних, що продовжують існувати в хмарній інфраструктурі надавача хмарної послуги й після спливу строку чинності договору. Чинний ЦК України не визначає, що має відбуватися з цими даними, чи підлягають вони поверненню, у які строки і в якій формі, чи допускається їх видалення, чи зберігається обов'язок підтримувати резервні копії тощо. При цьому норми про строк (ст. 631- 629 ЦК України) та належне виконання зобов'язань (ст. 525, 526, 629 ЦК України) не враховують специфіки підписних моделей, не розрізняють окремі періоди надання послуги і не відповідають на питання, чи виникає новий платіжний період без належно оформленої пролонгації та чи допустиме стягнення плати за період, у який договір фактично не був продовжений. Положення про договір про надання послуг (ст. 901-907 ЦК України) виходять із моделі разового «завершеного» результату, тоді як у хмарних відносинах результат має триваючий характер й існує лише тоді, коли надавач хмарних послуг підтримує доступ і функціонування цифрової інфраструктури, при цьому ЦК України не передбачає жодного постдоговірного правового режиму хмарної послуги.

У підсумку строк у договорах про надання програмного забезпечення як хмарної послуги постає не звичайним темпоральним параметром. Він постає правовою категорією, яка опосередковує розподіл договірних ризиків, визначає обсяг і тривалість доступу до цифрової інфраструктури та зрештою визначає остаточну правову долю даних замовника хмарної послуги. Сплив строку договору безпосередньо впливає на правовий режим цифрового контенту та супутніх правоможностей сторін досліджуваного договору. При цьому чинні приписи ЦК України не встановлюють спеціального регулювання ані щодо правових наслідків пролонгації, ані щодо порядку доступу до даних після припинення договору, ані щодо обов'язків надавача хмарних послуг у постдоговірний період. За таких умов порядок і наслідки поновлення дії договору, правила зберігання, повернення чи видалення даних після спливу строку, умови їх міграції, обсяг подальшої технічної підтримки, а також допустимі межі одностороннього перегляду тарифів і функціональних характеристик послуги мають бути детально врегульовані самими сторонами у змісті досліджуваного договору. Договірна модель, за якої провайдер зберігає за собою дискрецію самостійно визначати строки збереження або момент видалення даних після припинення договору без належного попереднього повідомлення користувача, суперечить вимогам правової визначеності та передбачуваності договірного регулювання, оскільки унеможливлює для користувача своєчасне здійснення дій, спрямованих на збереження, повернення або перенесення належних йому даних.

У відплатних договорах про надання цифрових послуг умова про строк, як правило, прямо формулюється у взаємозв'язку з положеннями про пролонгацію договору та порядок здійснення платежів, оскільки саме темпоральний параметр детермінує обсяг надання сервісу й конфігурацію відплатності. Натомість у безоплатних цифрових сервісах спеціальне застереження щодо строку дії договору нерідко відсутнє, і відповідні зобов'язальні правовідносини існують доти, доки зберігається інтерес сторін

та не настали передбачені договором чи законом юридичні факти, що спричиняють їх припинення.

Отже, у договорах про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, коли сторонами договору є суб'єкти приватного права - істотність умов про строк та ціну не слідує безпосередньо із закону, а формується як результат автономії волі сторін. Для таких договорів строк та ціна можуть набувати характеру істотних умов не в силу імперативної норми закону, а внаслідок того, що сторони самі надають цим умовам визначального значення для виникнення та виконання зобов'язання. У такому випадку відсутність погодження щодо строку або ціни унеможливлює укладання договору, оскільки сторони прямо пов'язали юридичну чинність домовленості з досягненням згоди щодо цих умов. Водночас у договорах, у яких замовником виступає суб'єкт публічного права, істотність умов не є наслідком автономії волі сторін. Вимоги щодо предмета, строку, ціни та інші умови договору визначаються імперативними приписами законодавства України, і сторони зобов'язані включити такі умови до договору.

2.3. Права та обов'язки сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги як його умови.

Практичне втілення будь-якого цивільно-правового договору має значення лише за умови належної визначеності його сторонами суб'єктивних цивільних прав та обов'язків, оскільки саме права та обов'язки сторін договору формують його зміст [139, с. 34] та забезпечують здійснення узгодженої договірної домовленості у відповідному договірному правовідношенні. У сукупності суб'єктивних цивільних прав та обов'язків сторін договору знаходить свій безпосередній вияв зміст договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Надежне закріплення умов досліджуваного договору трансформує домовленість його сторін у юридично визначену договірну модель їх майбутньої поведінки у межах його виконання.

Усталеним у вітчизняній правовій доктрині є розуміння суб'єктивного цивільного права як гарантованої правом міри можливої (дозволеної та необхідної) поведінки особи, що у свою чергу векторно спрямована на реалізацію її інтересів [69, с. 314]. При цьому, таке суб'єктивне цивільне право у випадку його порушення, може бути відновлене шляхом застосування мір державного примусу [148, с. 75] через судовий захист тощо. Юридичний обов'язок у теорії держави та права [140, с. 239] та доктрині цивільного права обґрунтовано розглядається як встановлена нормою права міра належної, тобто юридично необхідної для суб'єкта права, поведінки [148, с. 76]. Йдеться не лише про формальну вказівку закону, а про таку модель поведінки учасника цивільних відносин, яка структуровано «вбудовується» у відповідне правовідношення й визначає межі допустимих та належних для зобов'язаної особи юридично вагомих дій. Цілком закономірно у цьому контексті виглядає підхід, розвинутий О. Р. Дашковською. Науковиця зазначає, що з моменту виникнення конкретних правовідносин суб'єктивне право вже не існує у вигляді абстрактної можливості. Воно реалізується через правоможності управненої особи, зміст яких включає, зокрема, два ключові елементи - можливість діяти особисто та можливість вимагати певної, визначеної правом, поведінки від зобов'язаної сторони [140, с. 345]. Таким чином, юридичний обов'язок і суб'єктивне право кореспондують одне одному як дві сторони єдиного механізму впорядкування поведінки учасників цивільних правовідносин.

Суб'єктивні цивільні права та юридичні обов'язки сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не вичерпуються характеристикою меж можливої чи належної поведінки учасників відповідного договірного зв'язку. Адже в їх конструкції знаходить свій вияв значно складніший механізм цивільно-правового впорядкування відносин, що виникають у зв'язку з наданням доступу до програмного забезпечення у хмарному середовищі. Саме у суб'єктивних цивільних правах та обов'язках

сторін досліджуваного договору об’єктивується той юридичний порядок, у межах якого визначаються характер та межі використання цифрового блага.

При цьому юридичний та технічний напрями участі надавача хмарної послуги у досліджуваних договірних правовідносинах співпадають і полягають у забезпеченні якості та своєчасності її надання. При цьому на користувача покладається зустрічний обов'язок дотримання встановленого досліджуваним договором порядку доступу до отримання досліджуваної хмарної послуги. У цьому сенсі відповідні суб’єктивні цивільні права та обов’язки сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги постають не ізольованим елементом змісту договірного правовідношення. Їх варто розглядати як реальне втілення в життя нормативної моделі змісту досліджуваного договірного правовідношення. При цьому через конкретизацію цієї абстрактної моделі у змісті конкретного договірного правовідношення договірне регулювання досліджуваних відносин набуває ознак реального регулятивного впливу на поведінку сторін досліджуваного договору. Інакше кажучи, саме через сукупність правових можливостей, юридичних необхідностей, обмежень, заборон і заохочень, адресованих надавачу та користувачеві хмарних послуг, виявляється внутрішня організація досліджуваного договірного зв’язку сторін досліджуваного договору. Суб’єктивні цивільні права та кореспондуючі їм обов’язки сторін досліджуваного договору визначають конкретний спосіб юридичного упорядкування, за допомогою якого індивідуалізується та втілюється у реальних правовідносинах абстрактна договірна модель надання програмного забезпечення як хмарної послуги. У цьому контексті варто погодитись із висновком про те, що договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є двостороннім взаємним договором, а отже кореспондування прав та обов’язків передбачає те, що із суб’єктивним правом прямо корелює відповідний суб’єктивний обов’язок, що не вказує на протилежність права та обов’язку з огляду на тлумачення терміна «протилежність».

Перш ніж перейти до аналізу основних прав та обов’язків сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, як його умов, необхідно зазначити наступне. Зміст, обсяг і сам порядок формування умов розглядуваного договору безпосередньо залежить від специфіки статусу сторін досліджуваних договірних правовідносин. Відповідно до ч. 2 ст. 4 ЗУ «Про хмарні послуги» захист прав користувачів хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних, а також механізм реалізації такого захисту передбачені, зокрема, положеннями ЗУ «Про захист прав споживачів». Зазначений закон, однак, не означає безумовного автоматичного поширення законодавства України про захист прав споживачів на всі відносини з надання хмарних послуг. Адже порядок і межі його застосування визначаються можливістю віднесення одного із учасників відповідних правовідносин до споживачів. Так за чинним законодавством України лише у випадках, коли користувач хмарної послуги є споживачем, тобто відповідно до п. 21 ст. 1 ЗУ «Про захист прав споживачів» фізичною особою, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого. Отже, специфіка формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за чинним законодавством України полягає тому, що у випадку, коли користувачем хмарної послуги для власних споживчих потреб є фізична особа, то ще до моменту укладення такого договору між сторонами можуть виникати переддоговірні суб’єктивні права та обов’язки.

Цей висновок випливає з аналізу ЗУ «Про захист прав споживачів». У п.4 ч. 1 ст. 4 цього Закону закріплено право споживача на необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про продукцію під час укладення договору. Екстраполюючи нормативні приписи ст. 15 цього Закону на відносини щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги у випадку, коли її користувачем виступає споживач, слід дійти

наступного висновку. Переддоговірні права та обов'язки сторін охоплюють обов'язок надавача надати споживачеві повну, достовірну та своєчасну інформацію про істотні характеристики послуги, а також враховувати право споживача одержати таку інформацію обов'язково до моменту укладення договору. У разі укладення договору в електронній формі до кола таких переддоговірних обов'язків належить також забезпечення потенційному користувачеві безперешкодного доступу до електронних документів, що містять умови договору. Адже ці умови включаються до його змісту шляхом перенаправлення (відсилання) з моменту оферти до моменту акцепту відповідної пропозиції. При цьому саме можливість попереднього ознайомлення з такими документами є законодавчою передумовою належної інкорпорації відповідних умов до електронного договору (ч. 5 ст. 11 ЗУ «Про електронну комерцію»).

Із системного тлумачення насамперед статей 5, 6 і 10 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» можна вивести відповідний комплекс прав та обов'язків сторін, при цьому ст. 1 цього Закону прямо закріплює субсидіарне застосування законодавства про захист прав споживачів у частині, неврегульованій його спеціальними приписами. Передусім із п. 1 ч. 1 ст. 5 Закону випливає, що ще на етапі формування умов майбутнього договору його сторонами мають бути узгоджені опис цифрової послуги, їх кількість, якість, функціональність, інтероперабельність, сумісність та інші ознаки. Відповідно, кореспондуючим обов'язком виконавця є належна деталізація всіх цих параметрів у пропозиції укласти договір або в іншій договірній документації. Адже саме вони надалі формуватимуть суб'єктивний критерій відповідності цифрової послуги умовам укладеного договору. Другим елементом переддоговірного узгодження умов майбутнього договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є право споживача заявити спеціальну мету використання цифрової послуги. Закон пов'язує відповідність цифрового контенту або цифрової послуги умовам договору з їх придатністю для використання у визначених

споживачем цілях, погоджених сторонами на момент укладення договору. Отже, ще до виникнення самого договірного зобов'язання споживач має право довести до відома виконавця ту мету, для якої він має намір використовувати у межах виконання умов майбутнього договору цифровий продукт. При цьому виконавець, у свою чергу, може погодитись і не заперечувати проти такої мети, а якщо ні - то не повинен створювати у споживача хибного враження, що дана цифрова послуга придатна для досягнення цієї мети. Саме тому ця норма визначає порядок формування не лише наповнення змісту майбутнього договору, а й визначає самостійний переддоговірний обов'язок комунікації щодо його умов між сторонами (п. 2 ч. 1 ст. 5 Закону). Наступний крок перед договірного узгодження умов досліджуваного договору охоплює право споживача ще до його укладення знати, в якому обсязі та в якому техніко-функціональному стані буде надано цифрову послугу. Із п. 3 ч. 1 ст. 5 Закону випливає, що цифровий контент або цифрова послуга мають надаватися разом з усіма додатками, приналежностями, застосунками та інструкціями, включаючи рекомендації щодо інсталяції, згідно з умовами договору. Пункт 4 ч. 1 ст. 5 та ч. 6 ст. 6, Закону своєю чергою, вказують на версійність цифрового продукту та його надання у найновішій існуючій версії, якщо інше не передбачено умовами договору. На цьому ґрунтується право споживача знати, чи включаються до майбутньої хмарної послуги умови, в яких він зацікавлений, яке саме їх змістовне наповнення пропонується, а також чи передбачається подальше оновлення тощо. При цьому кореспондуючим цьому суб'єктивному цивільному праву споживача є обов'язок виконавця розкрити ці характеристики до моменту укладення договору (п. 3, 4 ч. 1 ст. 5; ч. 6 ст. 6 Закону). Окреме значення на стадії укладення досліджуваного договору мають так звані об'єктивно сформовані споживчі очікування. Закон виходить із того, що споживач ще до моменту укладення досліджуваного договору має право розраховувати на звичайні для відповідної цифрової послуги такого самого виду якість, інтероперабельність, функціональність, сумісність,

доступність, безперервність надання та безпечність використання. Більше того, на зміст таких очікувань впливають будь-які публічні заяви виконавця або інших осіб, які брали участь у відносинах надання цифрової послуги. Наприклад, реклама, а також демоверсія цифрового контенту чи цифрової послуги, подана споживачу для ознайомлення до моменту укладення досліджуваного договору. Тому на переддоговірному етапі узгодження умов досліджуваного договору виконавець обмежений не лише власним проектом майбутньої договірної домовленості (сконструйованої за конструкцією договору приєднання). Він обмежений також тими його запевненнями, які об'єктивно могли вплинути на рішення споживача щодо замовлення досліджуваної цифрової послуги (п. 1, 2 ч. 1 ст. 6; п. 4 ч. 1 ст. 6). Найбільш виразно переддоговірний характер суб'єктивних цивільних прав та обов'язків сторін досліджуваного договору знаходить прояв у ч. 5 ст. 6 Закону. Нею передбачено, що цифровий контент або цифрова послуга не вважаються такими, що не відповідають критеріям відповідності, лише за умови, якщо споживача при укладенні договору було повідомлено про відповідне відхилення, а він прямо і зрозуміло висловив згоду на отримання цифрового продукту з таким відхиленням. Отже, споживач має суб'єктивне цивільне право на спеціальне, індивідуалізоване повідомлення про відступ від законодавчо презюмованих критеріїв відповідності, а також право дати або не дати на це пряму згоду. Водночас для виконавця виникає суб'єктивний цивільний обов'язок не приховувати такі відхилення у загальному масиві умов, а довести їх до відома споживача таким чином, щоб його волевиявлення було справді прямим і зрозумілим (ч. 5 ст. 6 Закону). Ще один напрямок комплексу суб'єктивних цивільних прав та обов'язків сторін досліджуваного договору стосується технічної сумісності цифрової послуги із цифровим середовищем, доступним для споживача. Частина 4 ст. 10 Закону передбачає, що виконавець може посилатися на несумісність цифрового середовища споживача з технічними вимогами цифрового цифрової послуги, що надається, лише за умови, якщо він чітко та зрозуміло повідомив

споживача про такі вимоги до укладення договору. Звідси випливає, що споживач має суб'єктивне цивільне право отримати інформацію про технічні вимоги ще до моменту акцепту пропозиції виконавця розглядуваної послуги.

У свою чергу, виконавець має суб'єктивний цивільний обов'язок належно розкрити ці вимоги, інакше ризик несприятливих наслідків несумісності не може бути перекладений на споживача (ч. 4 ст. 10 Закону). Подібну правову природу має й правило про майбутній обов'язок подальшої договірної співпраці. Відповідно до ч. 5 ст. 10 Закону споживач зобов'язаний співпрацювати з виконавцем у тих напрямках та межах, наскільки вони забезпечують необхідність з'ясування, чи є причиною невідповідності контенту несумісність із його цифровим середовищем. Водночас перенесення тягаря доказування на споживача допускається лише за умови, що виконавець чітко і зрозуміло повідомив його про таку вимогу до моменту укладення договору. Отже, хоча сам обов'язок співпраці реалізується вже на стадії виконання договору і виникнення спору щодо відповідності, обов'язок виконавця попередити про нього має саме переддоговірний характер. Споживач, відповідно, ще до укладення договору має право знати про потенційний обсяг власної технічної співучасті у майбутньому зобов'язанні (ч. 5 ст. 10 Закону). Якщо ж перейти до переддоговірних обов'язків самого споживача, то в межах цього Закону вони є істотно вужчими. Споживач, по суті, має належним чином окреслити ту спеціальну мету використання цифрової послуги, на яку він надалі посилатиметься як на погоджену сторонами, а також прямо й зрозуміло висловити згоду, якщо він погоджується на отримання цифрового контенту чи цифрової послуги з відхиленням від критеріїв відповідності.

Отже, екстраполюючи приписи ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» на відносини щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги у випадку, коли користувачем виступає споживач, слід дійти наступного висновку. Ще до моменту укладення договору між сторонами виникає певна сукупність суб'єктивних цивільних прав та обов'язків. Вони

спрямовані на формування належно поінформованої та змістовно визначеної згоди сторін щодо умов надання майбутньої цифрової послуги, тобто мають переважно інформаційний характер. При цьому обсяг суб'єктивних цивільних прав споживача значно ширший, ніж обсяг його суб'єктивних обов'язків, тоді як на надавача хмарних послуг як підприємця, навпаки, покладається значно ширший масив переддоговірних обов'язків. Такий підхід видається цілком закономірним, оскільки споживач у таких правовідносинах об'єктивно перебуває у більш вразливій переговорній позиції (англ. – *«bargaining power»*). Адже умови договору щодо цифрової послуги, як правило, формулюються останнім заздалегідь у стандартизованій формі, нерідко за моделлю договору приєднання, тоді як споживач фактично позбавлений реального впливу на їх зміст [26, с. 16]. При оцінці справедливості стандартних умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не може вважатися достатньою сама лише формальна поінформованість користувача про існування таких умов, якщо їх зміст є технічно складним, багаторівневим, прихованим у кількох пов'язаних документах або побудованим таким чином, що пересічний користувач об'єктивно позбавлений можливості належним чином усвідомити обсяг прийнятих на себе обмежень і ризиків

При цьому ЗУ «Про хмарні послуги» більшою мірою зосереджений саме на регламентації відносин за участю публічного користувача (ч. 1 ст. 8 Закону). Публічний користувач має право обирати надавача з переліку відповідно до процедур, визначених законодавством про публічні закупівлі (ч. 2 ст. 11 Закону). Крім того, ще до визначення переможця процедури закупівлі користувачеві має бути надана у чіткій та доступній формі інформація про процеси, технічні вимоги, строки та платежі, що застосовуються у разі переходу до іншого надавача або відмови від хмарних послуг (ч. 2 ст. 12 Закону), а також на його вимогу - інформація щодо захисту інформації в системі хмарних обчислень від внутрішніх і зовнішніх загроз, кібератак (ч. 2 ст. 14 Закону).

Продовжуючи дослідження цього питання, слід звернути увагу на те, що ЦК України як основний акт цивільного законодавства теж модернізується. Так у 2021 році до ЦК України було додано ст. 650-[1] Запевнення щодо договору. Відповідно до нормативних приписів цієї статті сторони договору *мають право* погодити перелік запевнень щодо обставин, які мають значення для укладення, виконання або припинення даного договору. У випадку надання неправдивих запевнень про обставини, що мають значення для укладення, виконання або припинення договору. Сторона договору, що їх надала, зобов'язана відшкодувати стороні, яка покладалася на такі запевнення, збитки, завдані у зв'язку з неправдивістю таких запевнень, якщо інше не передбачено договором. Введення цієї норми має концептуальне значення для подальшого розвитку вітчизняної договірної доктрини, а не лише для досліджуваного договору. Адже вітчизняний законодавець уперше на рівні кодифікованого нормативно-правового акта закріпив категорію "договірних запевнень" як юридично значущих тверджень сторони щодо обставин, що мають істотне значення для укладення, виконання або припинення договору.

З огляду на те, що вітчизняна судова практика у цій частині перебуває ще на етапі формування, і зараз є лише декілька судових рішень нижчих судових інстанцій щодо застосування ст. 650-[1] ЦК України[123 ;122] доцільним є звернення до закордонного досвіду правозастосування. Так у справі Crescent Point Energy Corp. v. Tachyus Corporation[1], у якій предметом судової оцінки були повідомлені до укладення договору відомості щодо програмного забезпечення, доступ до якого надавався однією із сторін. Розглядаючи вимогу про введення в оману при укладенні договору, суд наголосив, що сторона, яка посилається на неправдивість переддоговірних тверджень, повинна з належною конкретністю визначити «ким?», «коли?»,

[1] У справі Crescent Point Energy Corp. V. Tachyus Corporation досліджуються відносини, що виникли між двома комерційними суб'єктами (широко відома у закордонній практиці як B2B, business-to-business contracts).

«де?», «у якій формі?» і «з яким змістом?» було повідомлено відповідне твердження. При цьому доказати наявність фактичних даних, що свідчать про неправдивість або оманливість умов вже на момент їх повідомлення. Водночас суд відхилив окремі доводи позивача, оскільки частина приписуваних відповідачеві тверджень взагалі не містилася у переддоговірних матеріалах, а інша частина була результатом їх неточного переказу тощо. Суд наголосив на тому, що саме по собі невиконання обіцянки або ненастання очікуваного результату ще не свідчить про введення в оману контрагента при укладенні договору, якщо не буде наведено достатніх фактичних даних, які б дозволяли дійти висновку, що відповідне твердження було неправдивим уже на момент його повідомлення або що сторона не мала наміру виконувати обіцяне в момент надання такого запевнення [46]. Показовою також є практика ЄСПЛ щодо договорів, укладених дистанційно за участю споживача, як слабшої сторони, у справах Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer [9] та UAB «Tiketa» v M. Š. [48]. Аналіз цих справ дає підстави зробити висновок, що у цих спорах суд виходив із того, що переддоговірне суб'єктивне право споживача на одержання інформації про умови майбутнього договірного правовідношення не може вважатися належно забезпеченим, якщо така інформація лише формально розміщена у цифровому середовищі виконавцем. І відповідно, кореспондуючий суб'єктивному цивільному праву споживача юридичний обов'язок виконавця полягає у доведенні до відома першого необхідної інформації ще до моменту укладення досліджуваного договору. Доведення такої інформації до контрагента за досліджуваним договором повинно бути здійснено у чіткий, зрозумілий і придатний для реального ознайомлення спосіб, який при цьому ще забезпечує можливість її збереження та подальшого використання.

Продовжуючи дослідження специфіки суб'єктивних цивільних прав та обов'язків сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги крізь призму його умов, необхідно зазначити наступне.

Найосновнішим і системоутворюючим юридичним обов'язком зобов’язаної за досліджуваним договором особи є надання цифрової хмарної послуги, зміст якої становить забезпечення обумовленого договором доступу до прикладних комп’ютерних програм у погоджений сторонами строки та спосіб. У цифровій сфері способи надання можуть бути різними і охоплювати перш за все надання доступу шляхом завантаження чи надання засобів доступу до нього. Разом з тим, це може бути і надання доступу до цифрової послуги через електронну платформу, онлайн-сервіс, застосунок або інше технічне рішення. Відповідно до положень ст. 3 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» суб’єктивний цивільний обов’язок виконавця вважається виконаним, якщо цифрова послуга стає доступною для споживача безпосередньо або за допомогою фізичного чи віртуального пристосування, обраного споживачем для таких цілей. Отже, належність виконання основного обов’язку надавачем хмарних послуг визначається моментом, коли споживач отримує реальну можливість доступу до відповідного цифрового продукту та його використання. Другим істотним аспектом є строк надання хмарної послуги. І нарешті, відповідно до нормативних приписів вітчизняного законодавства виконавець зобов’язаний надати цифрову послугу у розумний строк, без невиправданих зволікань, після укладення досліджуваного договору, якщо інше ним не встановлено. Отже, для договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги темпоральний параметр повинен оцінюватися не через абстрактну «оперативність постачання». Врахуванню також підлягає дотримання погодженого сторонами строку надання доступу до хмарного сервісу, а за його відсутності - через критерій розумного строку надання досліджуваної послуги. У разі ненадання хмарної цифрової послуги споживач має право вимагати її надання, а за безрезультатного спливу додатково погодженого або певного розумного строку - взагалі відмовитися від договору.

Профільне спеціальне законодавство України, що регулює відносини у сфері надання хмарних послуг, не суперечить нормативним положенням

чинного ЦК України. Його приписи конкретизують регулювання цих відносин з урахуванням специфіки хмарних технологій у цифровому сегменті цивільних правовідносин. Так, відповідно до ч. 1 ст. 10 ЗУ «Про хмарні послуги» надавач хмарних послуг зобов'язується надати в обумовлений сторонами спосіб одну чи декілька визначених користувачем послуг, тоді як користувач зобов'язується оплатити вказані послуги. Такий підхід узгоджується із загальною цивільно-правовою конструкцією договору про надання послуг. Адже, як це випливає з ч. 1 ст. 901 ЦК України, у межах відповідного зобов'язального зв'язку виконавець зобов'язується за завданням замовника надати послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, тоді як на замовника покладається обов'язок оплатити результат такої діяльності (як правило). Кореспондуючим зазначеному обов'язку надавача хмарної послуги є суб'єктивне цивільне право користувача вимагати надання цифрової послуги у погоджений сторонами строк та спосіб. Послуга повинна надаватись у режимі постійної доступності, який уможливлює фактичне використання користувачем функціоналу прикладних комп'ютерних програм за їх призначенням. Водночас зустрічним юридичним обов'язком користувача хмарної послуги є оплата наданої послуги, що прямо відповідає загальній конструкції договору про надання послуг, закріпленій у ч. 1 ст. 901 ЦК України. Крім того, згідно спеціальному правилу ч. 1 ст. 10 ЗУ «Про хмарні послуги» користувач зобов'язується оплатити надавачу хмарних послуг відповідну послугу. У випадку, коли замовником у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є споживач зазначений висновок додатково підтверджується приписами ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги». При цьому у разі ненадання цифрової послуги споживач, згідно з ч. 1 ст. 11 зазначеного Закону, має право вимагати її надання, а за наявності підстав, передбачених ч. 2 ст. 11 цього Закону, - відмовитися від договору.

У типовому договорі про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних публічному користувачу хмарних послуг та оператору критичної інфраструктури щодо об’єкта критичної інформаційної інфраструктури (який є обов'язковим, у випадку, коли користувачем будь-якої хмарної послуги є публічний користувач, а для інших на нашу думку та радше рекомендаційний характер) надавач зобов’язується надати користувачу послуги згідно із специфікацією послуг (додаток 1) та технічними вимогами (додаток 2), а користувач зобов’язується прийняти та оплатити послуги» [141]. Таким чином, основний обов’язок надавача полягає у належному та своєчасному наданні хмарної послуги в узгодженому сторонами обсязі, відповідно до специфікації та технічних вимог. Тобто мова йде про забезпечення такого стану технічної доступності досліджуваної хмарної послуги, який надає користувачу реальну можливість функціонального використання потрібних йому прикладних комп’ютерних програм за їх цільовим призначенням. Відповідно, кореспондуючим зазначеному обов’язку надавача є суб’єктивне цивільне право публічного користувача вимагати саме такого, належного за своїм змістом і параметрами, надання досліджуваних хмарної послуги. Водночас зустрічним юридичним обов’язком публічного користувача виступає не лише її оплата, а й прийняття наданої хмарної послуги. У межах аналізованого зобов’язання основному обов’язку надавача надати хмарну послугу кореспондують, з одного боку, право користувача вимагати її належного надання, а з другого - його обов’язок прийняти таке надання за умови його відповідності специфікації та технічним вимогам. Цей основний юридичний обов’язок надавача вважається виконаним належним чином не лише тоді, коли доступ формально надано, а й тоді, коли досліджувана цифрова хмарна послуга фактично стала доступною для використання користувачем. Більше того, якщо йдеться про безперервне надання цифрової послуги протягом визначеного строку, вона повинна відповідати умовам договору протягом усього такого строку. Цей висновок підтверджуються на підставі аналізу

основних положень вказаного типового договору. Так відповідно до п. 20 типового договору період надання послуг визначається сторонами як самостійний часовий проміжок виконання, а згідно з абз. 1 п. 3 висновок про відповідність або ступінь відхилення від обсягу послуг складається після закінчення кожного періоду надання послуг. Отже, належним виконанням договору є не одноразова дія надавача досліджуваної цифрової хмарної послуги шляхом надання доступу до програмного забезпечення, а підтримання такого доступу упродовж усього погодженого строку дії договору. Саме тому суб'єктивному цивільному праву користувача на безперервне користування сервісом кореспондує триваючий обов'язок надавача забезпечувати доступність послуг у межах відповідного періоду надання. У свою чергу, пп. 14-18 типового договору конкретизують зміст такого юридичного обов'язку через встановлення правового механізму реагування на повну або часткову недоступність послуг: користувач повідомляє про факт недоступності (п. 14), момент одержання такого повідомлення визначає початок періоду недоступності (п. 15), надавач зобов'язаний докласти всіх зусиль для якнайшвидшого відновлення доступності послуг (п. 16), інформувати користувача про хід відновлення (п. 17) та повідомити про відновлення доступності, що підлягає підтвердженню користувачем (п. 18) тощо.

При цьому, договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, у випадку його оплатності, є класичним двостороннім (синалагматичним) зобов'язанням, у межах якого кожна зі сторін одночасно виступає і кредитором, і боржником. Право надавача хмарної послуги на отримання оплати кореспондує його обов'язку забезпечити доступність, належну якість та безперервність функціонування обумовленого досліджуваним договором хмарного сервісу. При цьому праву користувача хмарної послуги на доступ до функціоналу програмного забезпечення відповідає його обов'язок діяти у межах вимог, встановлених договором та, як правило, стандартними умовами, що сформовані у вигляді публічної

оферти надавачем хмарних послуг. У такій юридичній конструкції правоможності однієї сторони беззстережно співвідносяться з юридичними обов'язками іншої, що й надає зобов'язанню синалагматичного характеру.

Самостійне правове значення у межах досліджуваної договірної конструкції має належне формування умови про якість надання будь-якої хмарної послуги. Саме ця умова визначає обсяг правоможностей користувача щодо вимоги належного надання послуги та межі договірного обов'язку надавача щодо забезпечення її функціональної придатності, сумісності, доступності й інших характеристик, що становлять зміст належного виконання наданої хмарної послуги. Проблеми визначення належної якості хмарної послуги, що надається за досліджуваним договором як умови про належність її надання, у сучасній доктрині цивільного права залишається дискусійним. Узагальнюючи варіативність таких підходів, І. Б. Утєхін пропонує визначати «якість послуги через її відповідність її назві, критеріям, що містяться в умовах договору, нормативному акті чи звичаям ділового обороту» [145, с. 61]. Слід уточнити, що ототожнення якості послуги з її найменуванням не може розглядатися як достатній критерій оцінювання належності її надання. Адже вирішальним є те, чи відповідає послуга умовам договору та закону та чи взагалі забезпечує досягнення мети, заради якої замовник вступав у відповідні договірні відносини. Відповідно до ст. 526 ЦК України зобов'язання має виконуватися належним чином згідно з умовами договору та вимогами актів цивільного законодавства, а за приписами ст. 530 ЦК України - у строк, встановлений договором або законом.

Проведений аналіз нормативних положень профільних законів дає підстави стверджувати, що у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги «якість» хмарної послуги постає як одна із вирішальних умов досліджуваного договору. Адже саме через якість надання хмарної послуги конкретизуються суб'єктивні цивільні права та обов'язки сторін, розкривається категорія належного виконання договірного зобов'язання та визначається відповідність цифрової послуги основним критеріям її

надання, визначеним у законі. Так, у ст. 5 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» визначено суб'єктивні критерії відповідності цифрової послуги умовам договору, що формується волевиявленням його сторін і охоплює узгоджені параметри характеристики цифрової послуги. При цьому неабияке значення має її придатність для використання у визначених споживачем цілях. Цим цілям повинна відповідати комплектність надання програмного забезпечення як хмарної послуги разом із додатками, приналежностями, застосунками та інструкціями, а також вимоги щодо версійності та перспективи оновлення за умовами договору. Саме в цьому розумінні «якість» постає як елемент індивідуалізованої умови досліджуваного договору, тобто характеристика, що набуває юридичної сили через її належне закріплення в його умовах. Водночас у ст. 6 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» визначено об'єктивні критерії відповідності цифрової послуги як законодавчо презюмований стандарт, який діє субсидіарно до суб'єктивних критеріїв.

Об'єктивні критерії відповідності цифрової хмарної послуги умовам договору охоплюють цілу низку вимог. Мова йде про придатність цифрової хмарної послуги для використання за звичайною метою з урахуванням технічних вимог; відповідність вимогам щодо кількості та якості, включаючи інтероперабельність, функціональність, сумісність, доступність, безперервність надання та безпечність використання, з урахуванням, зокрема, публічних заяв; звичайно очікувана комплектність надання; відповідність демоверсії тощо. Отже, якість цифрової послуги доцільно розуміти не як відокремлену технічну чи фактичну ознаку певного блага у цифровому середовищі. Вона повинна сприйматись як правова характеристика належного виконання зобов'язання, що знаходить свій вияв у системі взаємопов'язаних суб'єктивних цивільних прав та обов'язків сторін. У цьому сенсі суб'єктивні критерії відповідності програмного забезпечення як цифрової хмарної послуги умовам договору. Адже вони конкретизують суб'єктивний цивільний обов'язок надавача забезпечити саме ті властивості,

функціональні можливості, комплектність, придатність для визначеної мети та оновлюваність цифрової послуги, які були індивідуально погоджені сторонами. При цьому об’єктивні критерії встановлюють той мінімально необхідний рівень якості хмарної послуги, нижче якого поведінка надавача не може вважатися належним виконанням навіть за відсутності спеціального договірного застереження. Відповідно, суб'єктивне цивільне право споживача на отримання цифрової послуги належної якості корелює обов’язку надавача дотримуватися як суб’єктивно визначених, так і об’єктивно встановлених критеріїв відповідності.

У договірній конструкції надання програмного забезпечення як хмарної послуги вимоги до якості цифрової послуги набувають юридичного значення не самі по собі, а через їх закріплення в умовах договору, якими визначається зміст відповідних суб'єктивних цивільних прав та обов’язків сторін. У договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги вимоги до якості її надання набувають юридичного значення лише через їх фіксацію в умовах договору, якими визначається зміст зустрічних суб'єктивних цивільних прав та обов’язків сторін. Саме тому технічні специфікації, умови підтримки, порядок надання оновлень, параметри доступності сервісу, правила реагування на збої, а також положення угоди про рівень обслуговування мають розглядатися не як зовнішній опис фактичної моделі надання послуги, а як спосіб конкретизації обов’язку надавача хмарної послуги забезпечити відповідність цифрової послуги погодженим і законодавчо встановленим вимогам. Значення для правової оцінки має не саме по собі згадування певних показників у заявлених регламентах чи SLA. При цьому важливо, чи стали вони належною частиною відповідних умов договору і чи не приховується за відсиланням до таких показників фактичне звуження обсягу суб’єктивних цивільних обов’язків надавача програмного забезпечення як хмарної послуги і, відповідно, суб’єктивних цивільних прав споживача. Особливо важливо, що ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» допускає відступ від окремих

об’єктивних критеріїв лише за умови належного повідомлення споживача при укладенні договору та його прямої і зрозумілої згоди. При цьому можливість модифікації програмного забезпечення як цифрової хмарної послуги протягом строку її надання пов’язується з наявністю відповідної договірної умови. Отже, саме умови договору виступають тією юридичною формою, в межах якої об’єктивуються вимоги до якості цифрової послуги та визначається обсяг суб’єктивних цивільних прав і обов’язків сторін щодо її належного надання.

Для триваючих зобов’язань принциповим є і динамічний компонент якості надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Так ч. 2 ст. 6 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» покладає на виконавця обов’язок інформувати про необхідність оновлення програмного забезпечення та забезпечувати надання оновлень протягом строку, визначеного законом або договором, а ч. 4 ст. 6 вимагає збереження відповідності протягом усього строку безперервного надання цифрової послуги.

Натомість ЗУ «Про хмарні послуги» побудований за своєю регуляторною логікою і беззастережно не відтворює поділу на суб’єктивні та об’єктивні критерії відповідності досліджуваної хмарної послуги. Втілений у ньому нормативний підхід ґрунтується на поєднанні договірних засад надання хмарних послуг та імперативних вимог до статусу надавача. Так, ст. 10 цього Закону передбачає можливість включення до договору положень іншого електронного документа шляхом посилання, що є юридично значущим для дослідження інкорпорації умов (у тому числі SLA, політик і регламентів). Для публічних користувачів та об’єктів критичної інформаційної інфраструктури ч. 3 ст. 10 встановлює перелік істотних умов досліджуваного договору. Серед них, зокрема, вимоги до рівня безперебійності надання програмного забезпечення як хмарної послуги, порядок захисту даних, оповіщення про інциденти кібербезпеки, резервне копіювання, порядок передачі та видалення даних, відповідальність сторін і

порядок повідомлення про зміни істотних умов. Одночасно ст. 8 і ст. 14 Закону закріплюють імперативні суб'єктивні цивільні обов'язки надавача щодо управління ризиками, врегулювання інцидентів, управління безперервністю, моніторингу, аудиту, відповідності міжнародним стандартам та захисту даних у системі хмарних обчислень у порядку, визначеному законодавством України та досліджуваним договором. А ст. 12 Закону закріплює інтероперабельність як принцип побудови спеціального порядку надання доступу до програмного забезпечення як хмарної послуги у публічному сегменті суспільних відносин (передача даних, формати, можливість переходу між надавачами), а не як критерій відповідності у сенсі нормативних приписів ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги».

Із обов'язком надати хмарну послугу належної якості безпосередньо пов'язаний і обов'язок надавача забезпечити її належну інтеграцію у цифрове середовище користувача. ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» передбачає, що будь-яка невідповідність, яка виникла внаслідок неправильної інтеграції, вважається невідповідністю самої цифрової послуги, якщо інтеграція здійснювалася виконавцем або за його дорученням, або якщо інтеграція здійснювалася споживачем за інструкціями виконавця, що містили недоліки. Отже, праву користувача на працездатне включення наданого програмного забезпечення як хмарної послуги у його цифрове середовище кореспондує обов'язок надавача надати коректні інструкції, належні засоби інтеграції та нести ризик дефектів, спричинених неналежною технічною організацією процесу підключення.

Самостійне значення має обов'язок надавача забезпечити оновлення програмного забезпечення. ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» прямо передбачає обов'язок виконавця інформувати споживача про необхідність оновлень та забезпечувати їх надання (п. 2 ч. 2 ст. 6), а також встановлює, що цифрова послуга надається у найновішій існуючій версії, якщо інше не передбачено умовами договору (ч. 6 ст. 6). Якщо договором передбачено безперервне надання цифрової послуги упродовж певного

строку, така послуга повинна відповідати вимогам договору протягом усього цього строку (ч. 4 ст. 6). Звідси випливає, що праву користувача на актуальний та функціонально придатний сервіс кореспондує обов'язок надавача впроваджувати необхідні оновлення, патчі, виправлення помилок і безпекові модифікації. Разом із тим закон допускає модифікацію цифрової послуги протягом строку договору, але лише за наявності сукупності умов: якщо договір передбачає можливість і вагому причину такої модифікації, якщо вона здійснюється без додаткових витрат для споживача, а споживача повідомлено про неї у чіткий і зрозумілий спосіб (ч. 1 ст. 17). Якщо ж модифікація негативно впливає на доступ або використання послуги і такий вплив не є незначним, споживач має право відмовитися від договору (ч. 2 ст. 17). Відтак право надавача змінювати сервіс не є абсолютним, а перебуває у кореспондуючому зв'язку з правом користувача на збереження придатності, доступності та передбачуваності використання цифрової послуги.

Особливе місце серед умов, що визначають права та обов'язки сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, посідає блок, пов'язаний із даними користувача. Це зумовлено самою природою цифрової послуги, яка у розумінні ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» забезпечує можливість створювати, обробляти, зберігати, поширювати дані у цифровій формі, отримувати до них доступ та вчиняти з ними інші дії (ст. 1 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги»). У свою чергу, ЗУ «Про хмарні послуги» щодо публічних користувачів прямо вимагає визначення у договорі порядок і умови доступу до хмарних ресурсів, порядок доступу до даних, їх захисту, передачі, резервного копіювання, припинення договору та видалення даних (ч. 3 ст. 10 ЗУ «Про хмарні послуги»). Саме тому у межах цього договору право користувача на збереження контролю над даними та кореспондуючий обов'язок надавача забезпечити договірно визначений режим доступу до них, їх захисту, передачі, резервування і видалення.

У споживчих правовідносинах ця логіка дістає подальший розвиток у Законі України «Про цифровий контент та цифрові послуги». Після відмови споживача від договору виконавець зобов'язаний повернути сплачені кошти (ч. 1 ст. 14), утримуватися від використання будь-якого контенту, відмінного від персональних даних, який був наданий або створений споживачем у зв'язку з використанням цифрової послуги, за винятком випадків, прямо визначених законом (ч. 3 ст. 14), а на вимогу споживача - надати йому такий контент безоплатно, безперешкодно, у розумний строк і в загальновживаному машинозчитуваному форматі (ч. 4 ст. 14 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги»). Отже, закон визнає за споживачем правомочність на повернення створеного ним контенту та подальше його використання, а за виконавцем - обов'язок не використовувати відповідний контент поза межами, встановленими законом.

У тісному зв'язку з цим перебувають право користувача на інформаційну безпеку та конфіденційність і кореспондуючі йому обов'язки надавача. ЗУ «Про хмарні послуги» покладає на надавача обов'язок до початку надання послуг повідомити публічному користувачу та/або власнику чи керівнику критично важливого об'єкта критичної інформаційної інфраструктури інформацію про ризики безпеки інформації, пов'язані з її обробленням у системі хмарних обчислень (ч. 1 ст. 8), а також надає користувачу право вимагати інформацію щодо захисту інформації від внутрішніх і зовнішніх загроз, кібератак, тоді як надавач зобов'язаний надати її на таку вимогу або в порядку, визначеному договором (ч. 2 ст. 14). Для публічного сегмента до істотних умов договору прямо віднесено також порядок захисту даних, порядок повідомлення про інциденти кібербезпеки та вимоги до рівня безперебійності функціонування системи (ч. 3 ст. 10 ЗУ «Про хмарні послуги»). Отже, праву користувача на захищене і конфіденційне цифрове середовище відповідає не лише загальний охоронний обов'язок надавача, а й спеціальний договірний обов'язок забезпечити належний режим інформаційної безпеки. Разом із тим і користувач у таких відносинах не є

пасивною стороною. Із загальної моделі належного виконання зобов'язання випливає, що кожна сторона повинна діяти добросовісно та вчиняти дії, необхідні для належної реалізації договору (ст. 526 ЦК України). У споживчому сегменті це додатково підтверджується тим, що споживач зобов'язаний співпрацювати з виконавцем тією мірою, наскільки це можливо і необхідно, для з'ясування причин невідповідності цифрового контенту чи цифрової послуги, якщо йдеться про їх сумісність із цифровим середовищем споживача (ч. 5 ст. 10 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги»). Тому право користувача на безпечне використання сервісу слід розглядати у зв'язку з його власним обов'язком дотримуватися встановленого режиму доступу, не допускати неправомірного використання засобів аутентифікації та не створювати ризиків, що руйнують організаційно-технічну архітектуру хмарної послуги. У спеціальному публічному сегменті такі елементи додатково конкретизуються типовою договірною моделлю, затвердженою постановою КМУ від 11.02.2025 № 154.

Окремий блок утворюють права користувача щодо належного документального оформлення та прийняття послуги. У відносинах, що виникають із договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, результат виконання не втілюється у речі, а тому вирішального значення набуває фіксація факту надання доступу до сервісу, обсягу наданих дій, їх безперервності та належності виконання. У цьому аспекті праву користувача заперечити проти неналежно наданої послуги кореспондує обов'язок надавача не лише фактично надати доступ до сервісу, а й належно підтвердити параметри такого надання у договірно визначеній формі. Загальною нормативною основою цього є статті 526, 901 ЦК України, тоді як у спеціальній договірній моделі для публічного сегмента така логіка конкретизується через форму типового договору, затверджену постановою КМУ України від 11.02.2025 № 154.

У ст. 901 ЦК України передбачено, що виконавець зобов'язується надати послугу, а замовник - оплатити її; за статтею 903 ЦК України

замовник зобов’язаний оплатити надану послугу у розмірі, у строки та в порядку, встановлені договором. Водночас право надавача на одержання плати не є автономним від належності виконання, оскільки стаття 526 ЦК України вимагає виконання зобов’язання належним чином. У споживчому сегменті ця логіка посилюється спеціальними приписами ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги»: у разі невідповідності цифрової послуги споживач має право вимагати пропорційного зменшення ціни або відмовитися від договору (ч. 1, 5–7 ст. 12), а у разі відмови від договору не зобов’язаний оплачувати використання цифрової послуги за той період, протягом якого вона не відповідала вимогам закону (ч. 3 ст. 15). Отже, праву надавача на оплату кореспондує не абстрактний обов’язок користувача сплатити виставлений рахунок, а обов’язок оплатити саме належно надану послугу.

Самостійне значення має й обов’язок надавача не порушувати прав третіх осіб. ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» прямо встановлює, що виконавець надає цифровий контент та/або цифрову послугу без шкоди для третіх осіб, права яких визначені статтею 8 цього Закону (ч. 1 ст. 4), а сама стаття 8 гарантує, що такі об’єкти не порушують прав третіх осіб, зокрема прав інтелектуальної власності (ч. 1 ст. 8). У контексті договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги це означає, що надавач повинен забезпечити правомірність доступу до прикладних комп’ютерних програм, законність використання програмних компонентів, модулів, бібліотек, баз даних та іншого програмного наповнення сервісу. Інакше користувач позбавляється гарантії спокійного і правомірного користування сервісом, а надання послуги не може визнаватися належним.

У разі невиконання або неналежного виконання зазначених обов’язків для надавача настають правові наслідки, передбачені як загальними, так і спеціальними нормами. За статтею 610 ЦК України порушенням зобов’язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов’язання; за статтею 611 ЦК України правові

наслідки такого порушення визначаються договором або законом; за статтею 906 ЦК України збитки, завдані замовнику невиконанням або неналежним виконанням платного договору про надання послуг, підлягають відшкодуванню виконавцем. У споживчому сегменті до цього додаються спеціальні засоби захисту: право вимагати надання цифрової послуги у разі її ненадання (ст. 11), право вимагати приведення її у відповідність, пропорційного зменшення ціни або відмови від договору у разі невідповідності (ст. 12), а також право на повернення сплачених коштів у розумний строк, але не пізніше чотирнадцяти днів (ч. 1 ст. 16 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги»). Відповідно, загальна цивілістична модель відповідальності у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги доповнюється спеціальними засобами захисту споживача як слабшої сторони.

За статтею 651 ЦК України договір може бути змінений або розірваний за згодою сторін, а у разі істотного порушення - на вимогу однієї зі сторін; стаття 907 ЦК України прямо допускає розірвання договору про надання послуг, у тому числі шляхом односторонньої відмови, у випадках, встановлених законом або домовленістю сторін. У споживчій моделі ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» визначає наслідки відмови від договору для обох сторін: виконавець повинен повернути сплачені кошти (ч. 1 ст. 14), утримуватися від використання контенту, наданого чи створеного споживачем (ч. 3 ст. 14), а на вимогу споживача — надати йому такий контент у придатному для подальшого використання форматі (ч. 4 ст. 14); споживач, зі свого боку, після відмови від договору зобов’язаний утримуватися від використання цифрової послуги та від надання її третім особам (ч. 1 ст. 15). Тому припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не зводиться до технічного блокування доступу, а охоплює комплекс взаємних прав та обов’язків щодо коштів, контенту, доступу та подальшого використання цифрового продукту.

Таким чином, права та обов’язки сторін договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не зведені законодавцем в один формально завершений перелік, проте достатньо чітко реконструюються із системної сукупності норм ЦК України, ЗУ «Про хмарні послуги», ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» та спеціальної типової договірної моделі, затвердженої КМУ. У цій системі праву користувача на доступ до сервісу, належну якість, безпеку, інформацію, захист і повернення даних, конфіденційність, зменшення ціни, розірвання договору та відшкодування збитків кореспондують обов’язки надавача надати доступ, забезпечити відповідність сервісу вимогам договору і закону, захистити дані, не порушувати права третіх осіб, повернути кошти та нести відповідальність за порушення. Водночас праву надавача на оплату і на дотримання користувачем встановленого режиму використання сервісу кореспондують обов’язки користувача оплатити належно надані послуги, добросовісно використовувати сервіс, дотримуватися правил доступу та виконувати обов’язки, пов’язані з припиненням договору.

Таким чином, ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» значно повніше, ніж ЗУ «Про хмарні послуги», розкриває саме суб’єктивні права та юридичні обов’язки сторін. У його межах можна відносно чітко виокремити: 1) **права споживача** - право вимагати надання цифрової послуги у разі її ненадання, право вимагати приведення її у відповідність, пропорційного зменшення ціни, право на відмову від договору, на повернення коштів, на одержання створеного або наданого ним контенту, а також право на інформацію про модифікацію цифрової послуги та право відмовитися від договору у разі істотного негативного впливу такої модифікації (статті 11–17); 2) **обов’язки споживача**, які є значно вужчими, - утримуватися від використання цифрової послуги після відмови від договору, за потреби повернути матеріальний носій, співпрацювати з виконавцем для з’ясування причин невідповідності у випадках, визначених законом, а також прямо і зрозуміло висловити згоду на відхилення від критеріїв відповідності, якщо

такі пропонуються (ч. 5 ст. 6, ч. 5 ст. 10, ст. 15); 3) обов'язки виконавця - надати цифровий контент чи цифрову послугу у розумний строк, забезпечити їх відповідність вимогам статей 5–8, надати оновлення, гарантувати непорушення прав третіх осіб, безоплатно привести послугу у відповідність, повернути кошти, утримуватися від використання створеного споживачем контенту та надати його на вимогу, а також діяти в межах умов допустимої модифікації (статті 3–8, 12, 14, 16, 17). Поряд із цим Закон прямо закріплює і окремі права виконавця, зокрема право модифікувати цифрову послугу за умов, передбачених статтею 17, і право на зворотну вимогу до третіх осіб у разі задоволення вимог споживача (ст. 17, 18).

Натомість ЗУ «Про хмарні послуги» не містить такого самого закріплено переліку прав та обов'язків користувача і надавача хмарних послуг. У ньому їх можна вивести із аналізу сукупності норм про договірні засади надання послуг, вимоги до надавача, істотні умови договору та особливості використання хмарних послуг публічними користувачами. З цього Закону випливає, що надавач хмарних послуг зобов'язаний надати визначені користувачем послуги на договірних засадах, дотримуватися вимог безпеки, не використовувати заборонені технічні засоби, повідомляти про ризики безпеки, забезпечувати захист даних, надавати інформацію про захист інформації, а у спеціальному публічному сегменті - діяти в межах договору, що обов'язково має врегульовувати доступ до ресурсів, доступ до даних, захист даних, резервне копіювання, передачу, видалення даних, безперебійність і відповідальність сторін (ст. 3, 8, 10, 14). Користувач хмарних послуг, зі свого боку, має право отримувати хмарні послуги на договірних засадах, вимагати інформацію щодо захисту інформації, а для публічного користувача - право обирати надавача з переліку; його обов'язки прямо виражені значно слабше, але для публічного сегмента закон прямо покладає на нього обов'язок ініціювати закупівлю відповідних хмарних послуг у разі потреби (ч. 1, 2 ст. 11).

Висновки до розділу 2

1. Порядок укладення договорів про надання хмарних послуг за чинним цивільним законодавством України має диференційований характер, обумовлений статусно-суб'єктним складом відповідних правовідносин. У випадку, коли однією із сторін договору є суб'єкт публічного права, законодавець встановлює імперативний порядок його укладення, який передбачає: додаткові вимоги до надавачів хмарних послуг, застосування процедур публічних закупівель, обов'язковість використання типової форми договору, закріплення вичерпного переліку істотних умов тощо. У випадку, коли сторонами договору про надання хмарних послуг є фізичні та юридичні особи приватного права, порядок його укладення визначається загальними положеннями цивільного законодавства України. Такі договори, як правило, мають правову природу договорів приєднання (ст. 634 ЦК України), тобто їх умови встановлюються надавачем хмарних послуг і не можуть бути змінені за ініціативою користувача хмарних послуг.

2. Користувач позбавлений можливості індивідуально змінювати та узгоджувати зміст договору і може лише акцептувати запропонований варіант змісту договору шляхом вчинення технічно обумовлених дій (створення облікового запису, підтвердження згоди через натискання кнопки «Приймаю умови», здійснення оплати тощо). При цьому форма укладення таких договорів є письмова (електронна), що відповідає вимогам ч. 1 ст. 205 ЦК України та спеціальним приписам ЗУ «Про хмарні послуги». При цьому на рівні чинного законодавства України сформовано диспозитивну, але юридично визначену модель акцепту електронної оферти, яка охоплює як формалізовані способи волевиявлення (зокрема, із застосуванням КЕП), так і поведінкові прояви інформованої згоди користувача. Разом із тим, натискання кнопки «Погоджуюсь» не може розглядатися ані як конклюдентна дія у значенні ч. 2 ст. 642 ЦК України, ані як електронний підпис у розумінні чинного законодавства України, якщо відсутня належна персоніфікована ідентифікація відповідної сторони. Подібне волевиявлення

користувача доцільно кваліфікувати як акцепт в електронній формі, що забезпечує укладення договору у письмовій (електронній) формі відповідно до ст. 639 ЦК України.

3. У контексті порядку формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги включення надавача хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних до відповідного Переліку має значення не як загальний дозвіл на здійснення господарської діяльності на території України. Мова йде про спеціальну передумову формування договірного зв'язку з публічним користувачем або оператором критичної інфраструктури. За своїм призначенням такий механізм впливає не лише на суб'єктний склад договору, а й на сам порядок формування його умов. У цьому сегменті умови договору не можуть визначатися виключно на засадах автономії волі сторін, оскільки їх зміст наперед обмежується спеціальними публічно-правовими вимогами: щодо статусу надавача послуг, типової договірної форми, обов'язкових істотних умов, вимог до безпеки, захисту даних, доступності, безперервності та належного рівня надання хмарної послуги. Отже, внесення надавача до Переліку виступає юридичною передумовою його допуску до формування договірних умов у публічно значущому сегменті надання хмарних послуг. Саме тому для договорів із публічними користувачами порядок формування умов має не диспозитивний, а нормативно детермінований характер.

4. У межах порядку формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги визначальним є не технічний спосіб фіксації згоди користувача сам по собі, а наявність юридично значущого зв'язку між відповідною юридично вагомою дією у цифровому середовищі та прийняттям конкретних договірних умов. Натискання інтерактивної кнопки, створення облікового запису, активація сервісу чи інша аналогічна поведінка користувача підлягають кваліфікації як належний вияв волі у договірних відносинах лише за однієї умови. До моменту вчинення такої дії користувач повинен мати реальну можливість

ознайомитися з умовами договору, а самі умови були доступними, зрозумілими, визначеними та однозначно співвідносними з дією, якій надавач хмарної послуги надає значення акцепту. Порядок формування умов досліджуваного договору в цифровому середовищі не може зводитися до формальної фіксації електронного маркера згоди. Воно має оцінюватися через здатність відповідної процедури забезпечити усвідомлене, інформоване та належно зафіксоване приєднання користувача хмарної послуги до запропонованого йому варіанту договору.

5. Порядок формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги переважно має стандартизований характер і ґрунтується на моделі приєднання користувача до заздалегідь сформульованих провайдером умов. У такому механізмі встановлення договірного зв'язку між сторонами договірні умови не є результатом індивідуального погодження, а постають як попередньо сформований законодавцем та надавачем послуги нормативно-саморегулівний комплекс. Останній визначає порядок доступу до сервісу, обсяг прав та обов’язків сторін, підстави, підстави, порядок та межі їх відповідальності, правила використання програмного забезпечення, обробки даних, припинення доступу тощо. Саме тому ключового значення набуває не лише зміст окремих клаузул, а й прозорість, доступність, збалансованість та передбачуваність усієї нормативно-договірної моделі побудови відносин сторін, яка втілюється у досліджуваному договорі, до якого приєднується користувач.

6. У договорах про надання програмного забезпечення як хмарної послуги умова про зустрічне надання не завжди набуває класичної грошової форми. Зустрічне надання може знаходити вираз у обов’язку контрагента передати персональні дані, допущенні останніх до використання в економічно значущій моделі сервісу, перегляді рекламного контенту або іншій монетизованій поведінці користувача. У таких випадках персональні дані та поведінкова активність особи фактично стають елементом договірного обміну, а тому не можуть розглядатися виключно крізь призму

немайнової сфери чи технічної умови доступу до сервісу. Відповідно, якщо доступ до хмарної послуги обумовлений грошовою оплатою або іншим економічно значущим зустрічним наданням, умова про ціну чи спосіб визначення такого надання може набувати значення істотної умови. Адже саме вона визначає еквівалентність договірного зв'язку та правову природу відповідної моделі користування. Натомість за відсутності будь-якого зустрічного надання з боку користувача договір зберігає безоплатний характер, а погодження ціни не є необхідною передумовою виникнення досліджуваного договірного зобов'язання.

7. Предмет як істотна умова договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги має комплексний, функціонально-діяльнісний характер і не може бути зведений ані до передачі примірника комп'ютерної програми, ані до формального надання доступу як суто технічної категорії. Його сутність полягає у здійсненні надавачем хмарних послуг безперервної організаційно-технічної діяльності. Остання спрямована на надання користувачеві правової та фактичної можливості віддаленого користування функціональним потенціалом прикладного програмного забезпечення. Як правило, воно розміщується й експлуатується в електронно-обчислювальній інфраструктурі провайдера та постійно підтримується ним у стані технічної й функціональної придатності до використання. Саме тому доступ до програмного забезпечення у хмарному середовищі слід розглядати не як самостійний об'єкт договірного надання. У цьому випадку мова може йти лише про спосіб здійснення основного зобов'язання провайдера щодо забезпечення цифрової доступності відповідного програмного функціоналу.

8. У споживчому сегменті сфери використання договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги порядок формування умов договору не обмежується моментом його укладення, а охоплює переддоговірну стадію, на якій між сторонами вже виникає сукупність інформаційних прав та обов'язків. Їх функціональне призначення полягає у

забезпеченні належно поінформованої, усвідомленої та змістовно визначеної згоди споживача щодо майбутньої цифрової послуги. Саме тому правове становище сторін на цій стадії є асиметричним: споживач наділяється ширшим обсягом суб'єктивних цивільних прав. При цьому на надавача хмарних послуг (як підприємця) покладається підвищений масив переддоговірних інформаційних обов'язків. Така асиметрія є абсолютно виправданою, оскільки умови досліджуваного договору зазвичай формуються надавачем хмарної послуги наперед у стандартизованій формі, а споживач, приєднуючись до нього, фактично не має реальної можливості впливати на їх зміну чи доповнення.

9. У договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги умова про якість її надання набуває додаткового значення, оскільки саме через неї конкретизується зміст зустрічних суб'єктивних цивільних прав та обов'язків сторін, а також визначаються межі належного виконання договірного зобов'язання. У цьому аспекті якість цифрової послуги не може розглядатися виключно як технічна чи фактична характеристика відповідного цифрового блага. Вона постає як юридична категорія, що відображає відповідність поведінки надавача погодженим сторонами та встановленим законом критеріям належного виконання досліджуваного договірного зобов'язання. Така відповідність досягається через систему суб'єктивних критеріїв, індивідуалізованих у договорі, та об'єктивних критеріїв, імперативно або субсидіарно встановлених нормативними приписами відповідних актів цивільного законодавства України.

10. Особливе значення у ході формування умові досліджуваного договору мають технічні специфікації, умови функціональності, доступності, безперервності, сумісності, інтероперабельності, безпечності, порядок оновлення програмного забезпечення та положення угоди про рівень обслуговування (SLA). Вони набувають юридичного значення лише за умови їх належної інкорпорації до умов досліджуваного договору та за відсутності звуження обсягу суб'єктивних цивільних прав користувача.

Відтак саме умови досліджуваного договору виступають юридичною формою об’єктивації та договірної фіксації вимог до якості цифрової послуги та способом визначення меж належного виконання зобов’язання надавачем хмарної послуги.

РОЗДІЛ 3
ЗМІНА ТА НАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ УМОВ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК ХМАРНОЇ ПОСЛУГИ. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЇХ НЕВИКОНАННЯ

3.1. Порядок та підстави зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Динаміка договору як явища правової реальності не вичерпується моментом його укладення, а охоплює весь темпоральний діапазон існування відповідного зобов'язального правовідношення, подекуди й після його виконання (наприклад, у випадку його неналежності). Договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є, за своєю правовою природою, так би мовити «триваючим зобов'язанням» на противагу іншим договірним зобов'язанням, у межах яких зазвичай кожна із сторін на їх виконання вчиняє лише по одній дії (наприклад, разове надання послуги та її оплата). За його умовами надавач хмарних послуг зобов'язаний протягом погодженого сторонами строку забезпечувати користувачу доступ до функціоналу прикладних комп'ютерних програм у хмарному середовищі. Саме триваючий характер цього обов'язку надавати хмарну послугу (навіть у будь-який час доби) і сам характер цієї послуги зумовлює підвищену вірогідність виникнення потреби у зміні умов досліджуваного договору. Це обумовлено тим, що обставини, за яких договір укладався, можуть з плином часу істотно трансформуватися; законодавство, що визначає правовий режим хмарних послуг, може зазнати оновлення; технічні характеристики сервісу об'єктивно вдосконалюються; параметри безпеки потребують систематичного перегляду [47, с. 187]. Усе це актуалізує необхідність чіткого доктринального осмислення підстав зміни умов досліджуваного договору.

Договір є одним із універсальних цивільно-правових інструментів, за допомогою якого інтерес однієї сторони задовольняється з урахуванням задоволення зустрічного контроверсійного інтересу іншої сторони. Це передбачає обов'язковість належного виконання договору обома сторонами

в якості загального правила і детальне правове регулювання розумних винятків з цього правила [124, с. 107]. Варто зазначити, що у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги питання зміни умов договору набуває особливої гостроти з огляду на структурну асиметрію переговорних позицій його сторін. Абсолютна більшість таких договорів укладається за конструкцією договору приєднання, де надавач хмарних послуг наперед формулює стандартні умови, а користувач має лише одну реальну опцію — прийняти їх чи відмовитись від послуги. За такої моделі відносин сторін питання про можливість, підстави, порядок та правові наслідки зміни вже погоджених умов набуває вирішального значення для забезпечення балансу інтересів сторін.

Нормативну основу дослідження порядку та підстав зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги становлять положення ЦК України, що регулюють динаміку договірного зобов'язання в аспекті його трансформації. Зокрема, стаття 651 ЦК України у якості загального правила закріплює принцип незмінності договору (англ. – *«pacta sunt servanda»),* який втілюється у загальне правило про те, що зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом [103]. Проте, вказаний принцип не є абсолютним і допускає відхилення на підставі прямої вказівки закону, договірного застереження або настання об'єктивних обставин, що впливають на можливість подальшого збереження первісних договірних умов [103].

Можна частково погодитися з твердженням про те, що відсутність законодавчого визначення «поняття зміни договору»є теоретичною прогалиною цивільного законодавства [125, с. 113]. Разом з тим, її закріплення може бути проблемою для договорів, що укладаються у цифровій сфері, так як глобальна діджиталізація йде на крок попереду законодавства через свою швидку динаміку. Таким чином, у доктрині цивільного права зміна договору традиційно розглядається як трансформація його змісту, тобто зміна сукупності прав та обов'язків сторін, але, разом з

тим, зі збереженням договору як юридичного факту та підстави відповідного правовідношення. Від зміни договору у класичному розумінні доцільно відрізняти зміну зобов'язання шляхом новації (ст. 604 ЦК України). Новація має наслідком припинення первісного зобов'язання та виникнення нового, а також від уточнення умов, що є лише конкретизацією вже погодженого змісту без зміни сутності відповідного суб'єктивного права чи юридичного обов'язку [55, с. 218]. Поряд із цим доктрина розрізняє зміну істотних та неістотних умов договору, оскільки саме характер умови, що змінюється, визначає необхідний правовий механізм такої зміни та її наслідки для продовження договірного правовідношення [58, с. 97]. Варто вказати, що раніше нами були досліджені істотні умови договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, а також можливості зазначення у договорі інших умов – звичайних та випадкових (ініціативних). Разом з тим, необхідно вказати, що для можливості визнання договору укладеним сторони повинні дійти згоди з усіх істотних умов, проте в остаточному підсумку самі сторони визначають які саме умови будуть істотними саме для них.

Таким чином, принципового значення для дослідження підстав зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги набуває доктринальна концепція меж свободи договору у контексті можливості внесення в нього змін та доповнень. З одного боку, ст. 627 ЦК України закріплює принцип свободи договору, що включає право сторін вільно визначати його умови [149]. З другого боку, ст. 629 ЦК України встановлює обов'язковість договору для сторін, тобто забороняє довільний односторонній перегляд погоджених умов [149]. Ця суперечність між свободою договору та його обов'язковістю є принциповим вихідним протиріччям, розв'язання якого і становить ключовий теоретичний виклик при аналізі порядку та підстав зміни умов досліджуваного договору. Свобода договору заснована на свободі волевиявлення, а остання спирається на свободу волі, що реалізується через диспозитивність норм цивільного права.

В її основі лежить юридична свобода індивіда здійснювати суб’єктивні права на власний розсуд. Ця свобода загалом поширюється на всі без виключення цивільно-правові відносини, а не лише на договірні. Водночас загальновідомо, що вітчизняне цивільне законодавство, крім диспозитивних, містить імперативні норми, що регулюють договірні відносини[68, с. 72].

Важливо також враховувати, що ст. 525 ЦК України прямо встановлює недопустимість односторонньої відмови від зобов'язання або односторонньої зміни його умов, якщо інше не передбачено договором або законом. Цей припис є вихідним обмеженням для будь-якої односторонньої зміни договірних умов, у тому числі умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, і визначає межі дискреції надавача хмарних послуг при перегляді стандартних умов договору [150]. Термін «одностороння відмова від умов договору» буквально означає, що при отриманні повідомлення від потерпілої сторони про зміну умов договору, останній вважається зміненим, а тому звертатися до суду в цьому випадку не потрібно. Відтак одностороння зміна умов договору – це спосіб реагування однієї сторони договору на конкретні порушення договору іншою стороною, негативні наслідки яких не можуть бути попереджені жодними іншими шляхами [124, с. 108]. Проте, крім односторонньої відмови від умов договору, у сфері приватноправового регулювання існують інші підстави зміни правовідношення, зокрема, у такій сфері як цифрова.

Аналіз чинного цивільного законодавства України та договірної практики у сфері надання хмарних послуг дозволяє сформувати класифікацію підстав зміни умов досліджуваного договору за критерієм ініціативи та волевиявлення сторін. По-перше, зміна умов договору за взаємною згодою сторін — базова та найбільш бажана форма трансформації договірного зв’язку, яка ґрунтується на узгодженому волевиявленні надавача та користувача хмарних послуг (ч. 1 ст. 651 ЦК України). По-друге, одностороння зміна умов договору надавачем хмарних послуг — найбільш поширена і водночас найбільш проблематична форма в умовах масових

хмарних сервісів, де стандартні умови договору формуються надавачем та прийматися користувачем без переговорів. По-третє, зміна умов договору у зв'язку з істотною зміною обставин на підставі приписів ст. 652 ЦК України, коли жодна зі сторін не ініціює зміни, проте об'єктивні обставини роблять подальше виконання договору на первісних умовах неможливим або явно несправедливим. По-четверте, зміна умов договору у зв'язку зі змінами у законодавстві — коли нові положення у нормативно-правових актах встановлюють вимоги, несумісні з первісними умовами договору, що зобов'язує сторони привести їх у відповідність до оновленого нормативного регулювання (імперативна вимога). По-п'яте, технічна необхідність або зміна характеристик програмного забезпечення як підстава для коригування умов договору, що зумовлена специфікою досліджуваного договірного зобов'язання з надання послуги у цифровому середовищі.

Зазначена класифікація є підставою для послідовного аналізу кожної з виокремлених підстав зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги крізь призму чинного цивільного законодавства України, доктрини та практики. Зміна умов договору за взаємною згодою сторін є первинною та найповніше вираженою формою реалізації принципу свободи договору в тій його частині, що стосується трансформації вже погоджених договірних умов. Відповідно до ч. 1 ст. 651 ЦК України, зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом [149]. Фактично, це означає, що зміна умов договору за домовленістю сторін є можливою в будь-який момент існування зобов'язання та при будь-яких обставинах, якщо інше не встановлено договором або законом. При цьому для змінення умов договору не потрібно доводити ні порушення, ні істотну зміну обставин — достатньо лише узгодженого волевиявлення обох сторін [149]. Тобто така зміна договору є диспозитивною і відбувається лише за волевиявленням сторін.

У контексті договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги зміна умов за взаємною згодою може відбуватися щодо будь-яких

аспектів договірного зобов'язання. Наприклад, якщо йде мова про зміну обсягу наданого доступу та пакета функцій сервісу, ціни або форми зустрічного надання, строку дії договору, параметрів рівня сервісу (SLA), умов обробки даних та режиму їх захисту, порядку оновлення програмного забезпечення тощо [157]. В аспекті публічного сегмента надання хмарних послуг зміна умов договору за взаємною згодою сторін регламентується загальними нормами ЦК України з урахуванням спеціальних приписів ЗУ «Про хмарні послуги» [113]. Зокрема, ч. 3 ст. 10 цього Закону прямо відносить до істотних умов для публічних користувачів, крім іншого, й «порядок повідомлення про можливі зміни в істотних умовах договору». Такий законодавчий підхід свідчить про те, що навіть у разі зміни умов за взаємною згодою сторін законодавець встановлює спеціальні процедурні вимоги — передусім щодо завчасного повідомлення про це свого контрагента (контрагентів).

Для договорів, укладених у вигляді договору приєднання, механізм зміни умов за взаємною згодою є значно ускладненим. Адже у такій договірній моделі «взаємна згода» в її класичному розумінні є принципово неможливою, так як надавач хмарних послуг формує умови в односторонньому порядку, тоді як користувач лише приєднується до них. Відтак «взаємна згода» при зміні умов договору приєднання, у більшості випадків, фактично є результатом повідомлення надавачем хмарних послуг про зміни та мовчазної «згоди» або активного підтвердження цих змін з боку користувача. Доктринально це відрізняється від справжнього класичного двостороннього погодження нових умов в індивідуально узгодженому договорі.

У такому контексті, можна стверджувати, що особа, яка приєднується до договору є так би мовити «слабшою». Як зазначає І.М. Ваганова цивільне законодавство намагається убезпечити слабшу сторону від обмежень її законних прав та надати їй можливість розірвати або змінити договір [59, с. 127], закріплюючи у ЦК України положення, що Договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, яка приєдналась, якщо вона

позбавляється прав, які звичайно мала, а також якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася [149].

Далі, якщо вести мову про одностороннюю зміну умов договору надавачем хмарних послуг, то безумовно, вона є найбільш поширеною і, водночас, найбільш гостро дискусійною підставою трансформації договірних умов у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги. Більшість стандартних договорів провідних хмарних провайдерів - від Microsoft до Google, від OpenAI до Figma- передбачають так звані «клаузули оновлення умов» (англ. – *«amendment clauses»*), що надають надавачу право в односторонньому порядку вносити зміни до умов договору шляхом оприлюднення оновленої редакції у певному цифровому просторі та повідомлення користувача. Правова природа таких клаузул в українській цивілістиці залишається дискусійною [62], оскільки, так як надавач послуг є «сильною» стороною, маючи повноваження на формування умов у односторонньому порядку, користується перевагами та надає собі певні послаблення. І як результат, виникає ситуація, в якій слабша сторона становиться в не дуже вигідну для неї позицію [59, с. 127].

Так, в «Угоді про використання служб Microsoft» передбачено право провайдера вносити зміни до умов договору, повідомивши користувача за певний строк, при цьому продовження користування сервісом після набрання чинності новими умовами прирівнюється до їх прийняття. Аналогічна конструкція передбачена в умовах використання OpenAI [38]. Аналіз таких договірних механізмів дозволяє констатувати, що «прийняття умов шляхом продовження користування» (англ. – *«implied acceptance through continued use»*) [21] є усталеним стандартом галузі, проте викликає серйозні сумніви з позицій вимог ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги», який вимагає прямої, а не мовчазної згоди у певних ситуаціях.

У цьому контексті D.W. Tollen, один із провідних фахівців у сфері IT-договорів, зазначає, що право надавача хмарних послуг на одностороннє

внесення змін до умов договору є, з практичної точки зору, необхідним елементом ведення бізнесу у сфері хмарних послуг: провайдери не можуть узгоджувати зміни умов з кожним із мільйонів своїх клієнтів окремо [49, с. 34]. Водночас автор підкреслює, що таке право не є безмежним: надавач повинен дотримуватися принципу добросовісності, а умови договору про одностороннє внесення змін має чітко підпорядковуватись підставам та порядку фіксації таких змін.

З позиції чинного ЦК України вихідним правилом є недопустимість односторонньої зміни умов зобов'язання (ст. 525 ЦК України). Водночас ця ж норма прямо передбачає поширене застереження: якщо інше встановлено договором або законом. Саме це застереження є правовою підставою, за допомогою якої надавачі хмарних послуг обґрунтовують законність включення до стандартних умов договору клаузул про право на одностороннє внесення змін. Аналізуючи цей механізм із позиції теорії цивільного права, слід виходити з того, що відповідне договірне застереження є заздалегідь наданою згодою (попереднім акцептом) користувача на можливу майбутню одностороннюю зміну умов надавачем, тобто свого роду «бланкетним» волевиявленням. Конструкція такої «авансованої згоди» не суперечить загальній моделі свободи договору, однак несе в собі суттєвий ризик порушення балансу інтересів сторін, особливо у відносинах B2C (між підприємцем і споживачем) [42].

У доктрині договірного права ЄС та у практиці Суду справедливості ЄС право надавача на одностороннє внесення змін до умов договору традиційно оцінюється крізь призму Директиви 93/13/ЄЕС про несправедливі умови в договорах зі споживачами. Відповідно до п. «j» Додатку до цієї Директиви потенційно несправедливою вважається умова, яка дозволяє продавцю або постачальнику в односторонньому порядку змінювати умови договору без вагомої причини, зазначеної у договорі [30]. Такий підхід суттєво обмежує свободу надавача хмарних послуг у формуванні клаузул про одностороннє внесення змін, оскільки подібні умови мають містити об'єктивно

обґрунтований перелік підстав для зміни, а не надавати провайдеру невмотивоване дискреційне повноваження.

У чинному вітчизняному законодавстві аналогічний захисний механізм закріплено в ЗУ «Про захист прав споживачів». Відтак, стаття 18 цього Закону визнає несправедливою таку умову договору, яка суттєво порушує баланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживачеві. У контексті договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги «бланкетна» клаузула про право надавача змінювати умови без вагомих підстав та без права споживача відмовитися від договору у разі незгоди з такими змінами, може бути кваліфікована як несправедлива. Таким чином, вітчизняне законодавство встановлює певний захисний бар'єр проти необмеженого права надавача хмарних послуг на одностороннє внесення змін до умов договору зі споживачами [110].

Варто зазначити про те, що такі положення зумовлюють внесення змін до чинного вітчизняного законодавства, зокрема визначення засад приватного права, таких як добросовісність (*bona fides*) та недопущення отримання переваг зі своєї протиправної та/або недобросовісної поведінки, заборона зловживання правом [118]. Принцип добросовісності пронизує цивільне правовідношення на всіх етапах його динаміки: від переддоговірної взаємодії сторін і формування їхньої узгодженої волі до моменту укладення договору та подальшого належного виконання прийнятих на себе цивільно-правових обов'язків [91, с. 182, 78, с. 64]. Особлива правова природа договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги як договору приєднання (ст. 634 ЦК України) визначає специфіку правового режиму його односторонньої зміни. За загальним правилом ч. 2 ст. 634 ЦК України сторона, що приєдналася до договору, може вимагати розірвання або зміни договору, якщо він позбавляє її прав, які звичайно надаються за договорами такого виду, або містить умови, що явно є обтяжливими для неї [149]. Водночас ця норма не встановлює прямих обмежень права надавача хмарних послуг на

одностороннє внесення змін до умов договору приєднання після його укладення.

Для розуміння правового механізму забезпечення належної зміни умов договору приєднання принципового значення набуває дослідження природи стандартних умов договору. Як слушно зазначає А.Б. Гриняк, стандартні умови є наперед сформульованими умовами, розрахованими на багаторазове застосування однією стороною при укладенні договорів з невизначеним колом контрагентів [61, с. 37]. Включення до такого масиву умов клаузули про право надавача хмарних послуг на одностороннє внесення змін означає, що користувач при приєднанні до договору надав попередню згоду на подібні зміни. Питання, однак, полягає в тому, у яких межах така попередня згода може вважатися юридично дійсною і чи не суперечить вона основним принципам чинного вітчизняного цивільного законодавства.

У публічному договорі, за моделлю якого побудована переважна більшість договірних зобов'язань, що забезпечують функціонування масових хмарних сервісів у відносинах B2C — надавач хмарних послуг як суб'єкт підприємницької діяльності зобов'язаний встановлювати однакові умови для всіх споживачів. Відтак одностороння зміна умов такого публічного договору має поширюватися рівною мірою на всіх користувачів і не може ставитися в залежність від індивідуальних домовленостей. При цьому вимога рівності умов для всіх споживачів не виключає права надавача оновлювати умови договору, однак вимагає, щоб такі оновлення застосовувалися рівнозначно до всіх користувачів відповідного сервісу. Принцип рівності умов публічного договору, таким чином, є однією з імпліцитних гарантій від виключного та дискримінаційного перегляду умов стосовно окремих категорій користувачів.

Найбільш розгорнутий нормативний механізм захисту прав споживача при односторонній зміні умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги надавачем послуги закріплено у ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» [115]. Стаття 17 цього Закону встановлює спеціальний правовий режим модифікації цифрової послуги в

аспекті зміни договірних умов, що безпосередньо стосується відносин із надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Відповідно до ч. 1 ст. 17 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» виконавець має право модифікувати цифрову послугу, яка надається безперервно протягом певного строку, за сукупності таких умов: по-перше, якщо договір передбачає таке право і вагому причину для нього; по-друге, якщо така модифікація здійснюється без додаткових витрат для споживача; по-третє, якщо споживача повідомлено про відповідну модифікацію у чіткий та зрозумілий спосіб [115]. Таким чином, законодавець встановлює три обов'язкові умови правомірності односторонньої зміни умов договору: договірне застереження, обґрунтованість та безоплатність зміни, а також належне повідомлення. Відсутність хоча б однієї з цих умов позбавляє одностороннє внесення змін правомірності в розумінні зазначеного Закону.

Ключовим аспектом захисту споживача при односторонній зміні умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є право споживача на відмову від договору у разі його незгоди з такими змінами. Частина 2 ст. 17 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» прямо передбачає, що якщо модифікація негативно впливає на доступ споживача до цифрової послуги або на її використання, і такий вплив не є незначним, споживач має право відмовитися від договору безоплатно. Відповідно, споживач повинен бути належно та всебічно проінформований про належне йому право на відмову та про часові межі його здійснення. Якщо ж вплив модифікації на доступ або використання цифрової послуги є незначним, право відмовитися від договору у споживача не виникає [115]. Таким чином, закон проводить диференціацію між суттєвими та несуттєвими змінами умов договору, пов'язуючи з першими спеціальний засіб захисту — право на одностороннюю відмову від договору. Разом з тим, така модифікація пов'язується із умовою про якість надання такої послуги, оскільки оновлення чи покращення, які передбачаються цією модифікацією спрямовані на

можливість споживання такої послуги через певне підключення, що має свої технічні характеристики, яким повинна відповідати і цифрова послуга.

Механізм зміни досліджуваного договору у зв'язку з істотною зміною обставин визначається положеннями ст. 652 ЦК України. Відповідно до ч. 1 цієї статті зміна договору у зв'язку з істотною зміною обставин допускається за рішенням суду лише у виняткових випадках, коли розірвання договору суперечить суспільним інтересам або завдасть стороні шкоду, яка значно перевищує витрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом [149]. Для застосування ст. 652 ЦК України до договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги необхідна наявність чотирьох умов, передбачених у ч. 2 цієї статті: (1) у момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане; (2) зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачності; (3) виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору; (4) із суті договору або звичаїв ділового обороту не випливає, що ризик зміни обставин покладено на заінтересовану сторону [149].

У сфері хмарних послуг доктрина «істотної зміни обставин» може бути застосована, зокрема, у ситуаціях радикальної зміни технологічного ландшафту або безпекового середовища, що унеможливлює надання послуги на первісних умовах без несення надмірних витрат. Проте, слід враховувати позицію ВС, викладену у Постанові у справі №910/15264/21 від 31.08.2022, де Суд зазначив, що «на відміну від форс-мажору, істотна зміна обставин не впливає на строк виконання зобов'язань і не звільняє сторону від відповідальності за невиконання, а дозволяє припинити таке виконання (розірвання договору) чи змінити умови такого виконання або умови договору в цілому». Це означає, що ст. 652 ЦК України є підставою для зміни умов договору, а не для звільнення від відповідальності за його невиконання [102].

У практиці застосування змін до договорів про надання цифрових послуг у міжнародній площині можна виокремити низку типових ситуацій, що потенційно можуть кваліфікуватися як «істотна зміна обставин». Зокрема, це глобальний перехід на принципово нові технологічні архітектури (наприклад, перехід від традиційних хмарних рішень до квантових обчислень), кардинальна зміна геополітичного або регуляторного середовища, що призводить до фактичної неможливості зберігати дані або надавати доступ до них на умовах, погоджених раніше, а також безпрецедентне зростання витрат на забезпечення кібербезпеки внаслідок нових загроз. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 у ст. 6.2.2 визначають «hardship» (аналог істотної зміни обставин) як ситуацію, за якої у разі настання певних подій фундаментально змінюється рівновага договору, оскільки або витрати на виконання зобов'язання суттєво зростають, або цінність зустрічного виконання суттєво зменшується [51].

Разом із тим необхідно підкреслити, що механізм ст. 652 ЦК України має субсидіарний і судовий характер. Цей механізм застосовується лише тоді, коли сторони не досягли угоди про зміну договору самостійно, і лише шляхом звернення до суду, що суттєво обмежує його практичну застосовність для оперативного коригування умов у динамічному середовищі хмарних послуг. Саме тому більш поширеним є договірне закріплення підстав зміни умов, пов’язаних зі зміною зовнішніх обставин.

Специфікою договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є його існування в умовах інтенсивного та динамічного нормативного регулювання, що постійно оновлюється. Зміна чинного вітчизняного законодавства у сферах захисту персональних даних, кібербезпеки, електронної комерції, авторського права, права інтелектуальної власності загалом або спеціального регулювання відносин у сфері надання хмарних послуг може суттєво впливати на умови досліджуваного договору, що об’єктивно вимагає їхнього перегляду.

У цьому контексті слід відзначити, що нормативні приписи ч. 3 ст. 10 ЗУ «Про хмарні послуги» відносяться до обов’язкових істотних умов договору для публічних користувачів умову про «порядок повідомлення про можливі зміни в істотних умовах договору» [113]. Отже, законодавець передбачає можливість зміни умов, пов'язаної зі зміною законодавства, і встановлює процедурний механізм для цього. Нормативною основою для зміни умов договору у зв'язку зі змінами у законодавстві є також ч. 2 ст. 4 ЦК України, відповідно до якої ЦК України є основним актом цивільного законодавства, а відтак нові нормативні приписи, що безпосередньо регулюють відповідні відносини, підлягають застосуванню незалежно від того, чи були вони враховані при формулюванні умов договору.

У практиці договорів про надання хмарних послуг зміна умов у зв’язку зі зміною законодавства стала особливо актуальною після набрання чинності Загальним регламентом ЄС про захист даних (GDPR) у 2018 році [36] та прийняття Data Act (Regulation (EU) 2023/2854) [31]. Ці регулятивні акти встановили нові вимоги до умов договорів у сфері хмарних послуг — зокрема щодо переносимості даних, сумісності, забезпечення права суб’єктів даних, обов’язків з повідомлення про інциденти тощо — що об’єктивно зумовило масове оновлення стандартних умов договорів провідних хмарних провайдерів [31]. Прикладним наслідком цього є те, Google та Microsoft повідомили користувачів та розробників про внесення змін у договори, зважаючи на нові положення законодавства [19].

У вітчизняному правопорядку подібну роль відіграло прийняття ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» у 2023 році, у якому було сформовано принципово новий нормативний підхід для договорів у сфері цифрових та, зокрема, хмарних послуг і потребували відповідного оновлення договірних конструкцій. Для надавачів хмарних послуг, що діють на ринку України, зміна умов договору у зв'язку з набранням чинності цими законами є не правом, а юридичним обов’язком, оскільки попередні умови, що

суперечать нормативним вимогам, є нікчемними або можуть бути визнані недійсними в частині, що суперечить закону [115].

У доктрині договірного права зміна умов договору внаслідок зміни законодавства традиційно розглядається як вид «законодавчого втручання» у договірні відносини, яке відрізняється від судового або контрактного втручання. Такого роду зміна, на відміну від ст. 652 ЦК України, не вимагає ані звернення до суду, ані настання ознак «істотної зміни обставин»: достатньо самого факту набрання чинності новим нормативним приписом, що унеможливлює виконання договірного зобов'язання на первісних умовах або встановлює нові обов'язкові вимоги до його змісту [86, с. 16].

Характерною та специфічною для договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є підстава зміни його умов, пов’язана з технічною необхідністю модифікації програмного забезпечення або зміни характеристик хмарного сервісу. Найбільш повно правовий режим технічної модифікації умов договору про надання цифрових послуг врегульовано у ст. 17 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги», яка вже була розглянута у контексті захисту споживача. Однак для повного розуміння змісту «технічної необхідності» як підстави для зміни умов договору слід звернутися також до приписів ст. 6 цього Закону. Зокрема, ч. 2 ст. 6 вищевказаного Закону встановлює обов’язок виконавця надавати оновлення (включаючи оновлення безпеки) та інформувати споживача про необхідність оновлення[115]. Фактично, цей обов'язок надавача стосовно оновлень — одна з правових підстав для зміни умов договору, пов’язаних з технічними характеристиками сервісу.

Зміна умов договору у зв’язку з технічною необхідністю може включати: по-перше, зміну функціонального наповнення послуги у зв’язку з виходом нових версій програмного забезпечення (що може як розширювати, так і звужувати доступний функціонал); по-друге, зміну технічних вимог до цифрового середовища користувача; по-третє, зміну параметрів безпеки — наприклад, вимог до автентифікації, шифрування, умов зберігання паролів та

інших засобів захисту доступу; по-четверте, зміну умов щодо сумісності з іншими системами; по-п’яте, зміну умов зберігання даних у зв’язку з переходом надавача на нову технологічну архітектуру.

У контексті аналізованої підстави особливого значення набуває питання про те, чи відносяться зазначені технічні зміни до «умов договору» у юридичному сенсі. Якщо технічні характеристики сервісу прямо закріплені у договорі, SLA або інших документах, що є частиною договору, то їх зміна є зміною умов договору і потребує відповідного правового обґрунтування. Якщо ж характеристики сервісу лише описані у технічній документації, що не є частиною договору, то їхня зміна може не вимагати зміни договору у формальному юридичному сенсі, проте може впливати на відповідність наданої послуги суб’єктивним та об’єктивним критеріям, встановленим ст. ст. 5, 6 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги».

На рівні зарубіжного досвіду технічна необхідність як підстава для зміни умов договору у сфері хмарних послуг визнається стандартною практикою. Під час проведення порівняльного аналізу стандартних умов провідних хмарних провайдерів зарубіжні науковці виявили, що практично всі досліджені договори містять клаузули, що дозволяють надавачу вносити зміни до технічних характеристик сервісу з метою забезпечення безпеки, підтримки сумісності або оновлення функціоналу [5, с. 190]. Водночас ці ж автори підкреслюють, що відсутність у такому разі чітких меж для технічних змін та механізмів захисту користувача у разі істотного погіршення якості сервісу є суттєвим недоліком типових договорів [5, с. 201].

Специфікою правового регулювання підстав зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги у тих випадках, коли замовником (користувачем) виступає суб’єкт публічного права, є суттєво вищий ступінь нормативної детермінованості відповідних механізмів. Як вже зазначалося, ч. 3 ст. 10 ЗУ «Про хмарні послуги» прямо відносить умову про «порядок повідомлення про можливі зміни в істотних умовах договору» до обов'язкових істотних умов договору для публічних користувачів [113].

Водночас, незважаючи на більш детальне регулювання для публічних користувачів, у загальній частині договірних відносин щодо надання хмарних послуг приватним користувачам вітчизняний законодавець не встановлює спеціального детального переліку підстав зміни умов договору, обмежуючись загальними нормами ЦК України та ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги». Це формує певну нормативну прогалину, яка потребує доктринального заповнення.

Невід'ємним елементом правового режиму зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги є порядок повідомлення сторін про такі зміни та правові наслідки такого повідомлення. Ця проблематика є особливо актуальною в умовах масових хмарних сервісів, де надавач взаємодіє одночасно з мільйонами користувачів і де традиційний поіменний порядок повідомлення є практично неможливим.

З позиції ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» повідомлення про модифікацію цифрової послуги має бути здійснено у «чіткий та зрозумілий спосіб» (ч. 1 ст. 17 Закону). Закон не деталізує форму такого повідомлення, залишаючи це на розсуд сторін договору. Водночас у контексті ЗУ «Про електронну комерцію» та судової практики ЄСПЛ у справах Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer та UAB «Tiketa» v M. Š.» можна сформулювати вимоги до належного повідомлення: воно має бути адресованим користувачу особисто (електронне повідомлення на зазначену адресу, сповіщення в інтерфейсі сервісу тощо), містити опис суті змін у доступній формі та вказувати строк набрання ними чинності [45].

Особливу роль відіграє строк попередження про зміни умов договору. У договірній практиці глобальних хмарних провайдерів він, як правило, становить від 14 до 30 календарних днів. Так, умови OpenAI передбачають повідомлення за 30 днів про суттєві зміни умов, тоді як Google Workspace - за 15 днів [18]. Вітчизняне законодавство не встановлює загального визначеного мінімального строку такого повідомлення для приватних договорів. Однак для публічних договорів у сфері надання хмарних послуг Типовий договір,

затверджений Постановою КМУ від 11.02.2025 № 154, передбачає обов'язок надавача завчасно повідомляти публічного користувача про зміни умов. Розумним мінімальним строком для повідомлення у приватних правовідносинах, з урахуванням принципу добросовісності та аналогії зі спеціальним регулюванням, можна вважати 14–30 днів до набрання чинності змінами.

Правові наслідки отримання повідомлення про зміну умов договору є різними залежно від характеру договірних відносин. У відносинах B2C (споживчий сегмент) ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» надає споживачу право: (1) прийняти зміни і продовжити користування сервісом; (2) відмовитися від договору безоплатно, якщо зміни негативно впливають на доступ або використання послуги і цей вплив не є незначним (ч. 2 ст. 17). У відносинах B2B (між суб'єктами господарювання) загальний захист є слабшим: «мовчазна» згода (implied consent) через продовження користування сервісом є юридично допустимою за умови, що договір прямо передбачає такий механізм акцепту. Втім, навіть у B2B-відносинах нав'язування явно несправедливих умов або зміна ключових умов договору без відповідного права на відмову може бути підставою для застосування ст. 634 (договір приєднання) та загальних механізмів захисту слабшої сторони.

Правовий ефект повідомлення щодо зміни умов для публічних користувачів визначається за правилами Типового договору, затвердженого КМУ, та спеціальними нормами ЗУ «Про хмарні послуги». Зокрема, публічний користувач, як правило, не може «мовчки» прийняти зміни — відповідний порядок їх погодження визначається умовами Типового договору та вимогами законодавства про публічні закупівлі. Зміна істотних умов договору з публічним користувачем може потребувати окремого погодження та формального оформлення у вигляді додаткової угоди, що ускладнює оперативне внесення змін.

Директива (ЄС) 2019/770 про договори щодо постачання цифрового контенту та цифрових послуг у ст. 17 встановлює підставу для модифікації

цифрових послуг, аналогічну ст. 17 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги», що свідчить про успішну імплементацію Директиви вітчизняним законодавцем. Водночас ст. 19 Директиви окремо регулює питання права регресу виконавця щодо третіх осіб у ланцюзі постачання цифрових послуг, зокрема у разі модифікації, здійсненої без відповідних підстав. Цей механізм, на жаль, поки що відсутній у вітчизняному законодавстві.

Data Act (Regulation (EU) 2023/2854) у Розділі VI встановлює спеціальні вимоги до умов договорів у сфері хмарних послуг щодо переносимості даних та зміни надавача. Зокрема, ст. 25 Регламенту забороняє включення до договорів умов, що створюють комерційні, технічні, договірні або організаційні перешкоди для зміни надавача або міграції даних. Ці положення є прямими обмеженнями на зміну умов договору, що можуть фактично заблокувати право користувача на перехід до іншого провайдера. Застосування цього Регламенту поширюється на всіх хмарних провайдерів, що надають послуги користувачам у ЄС, незалежно від місця їх державної реєстрації (ст. 1(3)(f) Data Act) [31].

Таким чином, зміна умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги (SaaS) можлива на підставах, визначених ЦК України (ст. 651, 652) та спеціальним законодавством — ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» (ст. 17) і ЗУ «Про хмарні послуги». Основними підставами є: взаємна згода сторін, одностороння зміна надавачем за наявності вагомої причини, належного повідомлення та договірного застереження, істотна зміна обставин, зміни законодавства та технічна необхідність. Законодавство передбачає захист користувача шляхом обов’язкового повідомлення, права на відмову від договору при суттєвому погіршенні умов (ч. 2 ст. 17 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги») та визнання несправедливими надмірно дискреційних клаузул. Договірна практика провайдерів має відповідати вимогам балансу інтересів і добросовісності.

У споживчому сегменті механізм захисту є значно ширшим. ЗУ «Про захист прав споживачів» у ст. 18 передбачає можливість визнання

несправедливими тих умов договору, що суттєво порушують баланс прав та обов'язків на шкоду споживачеві, і застосування наслідків їх недійсності. Будь-яка клаузула про одностороннє внесення змін, що не відповідає вимогам ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» (відсутність «вагомої причини», відсутність права відмови, відсутність своєчасного повідомлення), може бути визнана несправедливою. ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» у ч. 5 ст. 4 прямо встановлює нікчемність умов договорів, які погіршують становище споживача порівняно з тим, що встановлено законом.

В аспекті публічного сегмента надання хмарних послуг порушення встановленого порядку повідомлення про зміни умов або внесення змін без відповідної правової підстави може слугувати підставою для дострокового розірвання договору публічним користувачем, стягнення неустойки та відшкодування збитків відповідно до умов Типового договору та загальних норм цивільного законодавства.

3.2. Належне виконання та інші умови припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Належне виконання умов договору як підстава припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги відображає завершальний етап його динаміки та виступає закономірним підсумком розвитку того зобов’язального правовідношення, яке виникає між надавачем хмарної послуги і її користувачем у зв’язку з укладенням відповідного договору.

Чинне цивільне законодавство України виходить із існування двох базових принципів виконання договірних зобов’язань: принципу належного виконання та принципу реального виконання зобов’язання [55,с. 218; 131, с. 95]. Відповідно до статті 526 ЦК України зобов’язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, а за їх відсутності - звичаїв ділового обороту, інших вимог, що звичайно ставляться відповідно до нормативних приписів

чинного законодавства України. Таким чином, принцип належного виконання зобов'язання покликаний забезпечити такий механізм виконання обов'язку боржником за досліджуваним договором, за якого зобов'язання виконується відповідно до всіх положень та умов договору та вимог ЦК України, вимог інших актів вітчизняного цивільного законодавства, а за наявності відповідних підстав - також з урахуванням звичаїв ділового обороту. У доктринальному вимірі належність виконання договірного зобов'язання конкретизується через взаємопов'язані критерії. По-перше, суб'єктний - виконання має бути здійснене належним боржником і прийняте належним кредитором (ст. 527 ЦК України). По-друге, просторовий критерій, згідно якого договірне зобов'язання повинно виконуватись у належному місці (ст. 532 ЦК України). По-третє, предметний — належне виконання повинно відповідати змісту договірного зобов'язання та всім без виключення умовам договору, з урахуванням правил щодо виконання частинами (ст. 526, 529 ЦК України). По-четверте, темпоральний — виконання має бути здійснене у строк, встановлений договором або законом, а за відсутності такого — у строк, що визначається приписами цивільного законодавства (ст. 530, 531 ЦК України). Розглянемо ці критерії у контексті дослідження специфіки досліджуваного договору.

Суб'єктний критерій. На рівні профільного регулювання відносин між сторонами договору про надання програмного забезпечення суб'єктний склад визначається через легальні дефініції. Так, у ст. 2 ЗУ «Про хмарні послуги» «надавач хмарних послуг» це юридична особа або фізична особа - підприємець, а «користувач хмарних послуг» - фізична або юридична особа, отже, у зобов'язанні з надання програмного забезпечення як хмарної послуги належним боржником є надавач хмарних послуг як сторона договору, а належним кредитором – користувач хмарних послуг як сторона договору. Разом із тим у випадку, коли користувач хмарних послуг – публічний суб'єкт, вітчизняний законодавець передбачає мультисуб'єктність фактичного надання хмарної послуги. Так, у ч. 4 ст. 10 ЗУ «Про хмарні послуги» встановлено, що

у разі надання послуги спільно або з використанням хмарних послуг іншого надавача надавачі несуть перед користувачем солідарну відповідальність, якщо інше не передбачено договором; отже, належний боржник у зовнішньому зобов'язанні може бути множинним (співборжники), а вимога належного виконання, у межах солідарності, правомірно адресовується кожному з них. У споживчому сегменті суб'єктна визначеність посилюється спеціальним режимом захисту слабшої сторони, який нормативно «прив'язує» відповідальність до контрагента за договором і нівелює спроби її розсіювання через інших технічних учасників «договірного ланцюга». Будь-яка хмарна послуга майже завжди створюється і підтримується сукупністю залучених суб'єктів, зокрема мова може йти про розробника програмного забезпечення, надавача хмарної інфраструктури, оператора центру обробки даних, постачальники допоміжних сервісів на кшталт автентифікації, платіжних засобів тощо. Однак для споживача юридично значущою залишається лише сторона договору, яка прийняла на себе обов'язок надати хмарну послугу Так, у ст. 2 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» «виконавець» визначений як сторона договору, що надає або зобов'язується надати цифровий контент та/або цифрову послугу, при цьому у ч. 5 ст. Закону передбачено нікчемність умов договорів, які погіршують становище споживача порівняно з тим, що встановлено законом.

Просторовий критерій. Належне місце виконання зобов'язання визначається договором або законом відповідно до ст. 532 ЦК України. З огляду на це, належність виконання у розумінні зазначеної норми у правовідносинах щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги повинна визначатися з урахуванням специфіки їх дистанційного та нематеріального характеру. По-перше, якщо сторони прямо погодили місце виконання (наприклад, через визначення юрисдикції надання хмарної послуги, регіону обробки даних, дата-центрів, платіжної інфраструктури тощо), саме ці умови набувають вирішального значення і конкретизують абстрактний нормативний припис, що закладений в ст. 532 ЦК України. По-друге, за

відсутності прямої вказівки у договорі, місце виконання має визначатися з урахуванням природи відповідного юридичного обов'язку. Для грошового зобов'язання користувача хмарних послуг місцем виконання виступає місцезнаходження кредитора - надавача хмарної послуги, якщо інше не встановлено договором або законом. Щодо обов'язку надавача хмарної послуги, то у відповідних правовідносинах місце виконання не має традиційної просторової визначеності, оскільки належне виконання полягає у забезпеченні доступу до сервісу та можливості користування ним через мережу Інтернет. По-третє, місця виконання зобов'язання у відносинах щодо надання хмарних послуг безпосередньо випливає як із права Європейського Союзу, так і з законодавства України. Так, відповідно до ст. 3 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» обов'язок виконавця вважається виконаним не в момент вчинення дії у певному географічному пункті, а тоді, коли цифровий контент, засоби доступу до нього або сама цифрова послуга стали доступними для споживача. Зі ст. 2 цього Закону також випливає, що цифрова послуга охоплює, зокрема, послуги зі створення, обробки, зберігання та надання доступу до даних у цифровій формі, включаючи хостинг файлів та сервіси у середовищі хмарних обчислень, тоді як цифрове середовище визначається через сукупність апаратних, програмних і мережевих засобів, що забезпечують можливість використання такої послуги споживачем. Аналогічний підхід закріплено у Directive (EU) 2019/770, яка виходить із того, що цифрова послуга вважається наданою тоді, коли вона або засоби доступу до неї стали доступними для споживача і не потребують подальших дій з боку надавача. Отже, у таких правовідносинах місце виконання набуває не стільки фізичного, скільки функціонально-технічного змісту, у якому належним є таке виконання, яке забезпечує доступність сервісу та можливість його використання у погодженому цифровому середовищі. Таким чином, у договорах про надання програмного забезпечення як хмарної послуги нормативний припис ст. 532 ЦК України не втрачає свого значення, але повинен застосовуватися з урахуванням дистанційної форми цих договорів у

цифровому сегменті цивільного обороту - місце виконання визначається не як фізичне місцезнаходження сторін договору, а як таке, що визначене умовами договору або таке, що випливає з його змісту середовище виконання зобов'язання**,** у якому забезпечується доступ до послуги та здійснення прав користувача.

Предметний критерій. У межах предметного критерію належного виконання договірного зобов'язання вирішальним є те, що саме становить предмет вимоги користувача хмарних послуг. У договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги належне виконання стосується не просто передачі примірника комп'ютерної програми. Мова йде про комплекс організаційно-технічних дій надавача хмарної послуги, спрямованих на забезпечення користувачеві можливості віддаленого користування функціональним потенціалом прикладного програмного забезпечення. При цьому останнє розміщене й експлуатується в обчислювальній хмарній інфраструктурі та підтримується надавачем хмарної послуги у стані технічної і функціональної придатності протягом всього строку надання досліджуваної послуги.

Темпоральний критерій. У площині належного виконання зобов'язання важливого та самостійного значення набуває вимога до здійснення договірного обов'язку своєчасно, тобто у належний строк. Так, у ст. 530 ЦК України закріплено загальне правило про виконання зобов'язання у встановлений строк, а у ст. 526 ЦК України – вимогу належного виконання відповідно до умов договору та вимог закону. Для договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги це означає, що темпоральна визначеність не зводиться до формальної «дати закінчення» дії договору, а конституює темпоральні межі надання хмарної послуги. Протягом погодженого між сторонами договору періоду надавач хмарних послуг зобов'язаний підтримувати постійний та безперешкодний доступ користувача до функціонального потенціалу цифрового сервісу та забезпечувати його експлуатаційну придатність у цифровому середовищі. У свою чергу

користувач реалізує своє право на користування послугою саме як належне йому суб'єктивне цивільне право, обмежене певним строком. При цьому часовий критерій належного виконання зобов’язання у досліджуваному договорі потребує точного розмежування двох рівнів. Перший - строк дії досліджуваного договору як період існування договірного зв’язку і, відповідно, межа, впродовж якої надавач зобов’язаний забезпечувати сервісну доступність. Другий – строки виконання окремих передбачених договором сервісних операцій, що конкретизують належність надання у динаміці (оперативність активації доступу, строки реагування на небажані інциденти, строки відновлення порушеного доступу до програмного забезпечення, періодичність оновлень тощо). Саме цей другий рівень у практиці договорів про надання програмного забезпечення як хмарної послуги здебільшого формалізується в умовах SLA і визначає темпоральні стандарти належного надання, не підміняючи, однак, строку дії договору як базової загальної межі існування договірного обов’язку. Нарешті, у хмарних правовідносинах строк функціонує не лише як межа доступу до сервісу, а й як юридичний «перемикач» режиму даних користувача. Завершення строку дії договору є юридичним фактом, з яким пов’язується перехід до припинення, передачі та/або видалення даних і резервних копій, що повинно бути відображено в умовах договору та, для публічного сегмента, випливає з переліку істотних умов договору щодо припинення договору і даних. Так, у ч. 3 ст. 10 ЗУ «Про хмарні послуги» прямо названо істотними, зокрема, порядок припинення договору, строки та процедури передачі даних і резервних копій, а також порядок видалення (знищення) даних і резервних копій. У такій конструкції належність виконання «у часі» означає не лише надання доступу в межах строку, а й належне виконання приписів щодо переходу між режимами даних при спливі строку або припиненні договору.

Слід зазначити, що належне виконання договірного зобов’язання і його припинення необхідно розглядати як взаємопов’язані, але не тотожні стадії динаміки договірного правовідношення. Стадія припинення договірного

зобов'язання охоплює завершення існування договірного зобов'язання як зобов'язального правовідношення, у тому числі й унаслідок його виконання, тобто погашення [55, с. 201]. Отже, співвідношення між належним виконанням і припиненням як стадіями динаміки договірного зобов'язання полягає в тому, що належне виконання, попри його ключове значення, є лише одним із правоприпиняючих юридичних фактів, з якими закон, договір або сутність самого зобов'язання пов'язують припинення цивільних прав та обов'язків його сторін [55, с. 201].

Аналіз положень глави 50 ЦК України дає підстави для висновку про те, що законодавець закріплює цілу систему загальних підстав припинення зобов'язання, які поширюються й на договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, якщо інше прямо не випливає із закону, договору або сутності відповідного зобов'язального зв'язку. Відповідно до ст. 598 ЦК України зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом. При цьому і його припинення на вимогу однієї із сторін також допускається лише у випадках, передбачених договором або законом. Подальший аналіз норм ЦК України дає змогу виокремити такі загальні підстави припинення зобов'язання: належне виконання (ст. 599 ЦК України), передання відступного (ст. 600 ЦК України), зарахування зустрічних однорідних вимог (статті 601-603 ЦК України), припинення зобов'язання за домовленістю сторін, у тому числі шляхом новації (ст. 604 ЦК України), прощення боргу (ст. 605 ЦК України), поєднання боржника і кредитора в одній особі (ст. 606 ЦК України), неможливість виконання зобов'язання внаслідок обставин, за які жодна зі сторін не відповідає (ст. 607 ЦК України), смерть фізичної особи у зобов'язаннях, нерозривно пов'язаних із її особою (ст. 608 ЦК України), а також ліквідація юридичної особи - боржника або кредитора, якщо інше не встановлено законом чи іншим нормативно-правовим актом (ст. 609 ЦК України).

Водночас слід зазначити, що глава 53 ЦК України, ноормативні приписи якої регламентують укладення, зміну та розірвання договору, не містить

положень, які б формували вичерпний перелік підстав припинення договірного зобов'язання. У ній закріплено лише окремі норми, що визначають порядок зміни та розірвання договору. Аналогічна ситуація простежується і в регулюванні договірних відносин у сфері надання послуг. Так глава 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення» фактично містить лише одну статтю 907 ЦК України, присвячену розірванню договору про надання послуг. Отже, при визначенні підстав і порядку припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги необхідно виходити й із загальних положень глави 50 ЦК України, яка встановлює систему підстав припинення зобов'язань, що поширюється на всі різновиди цивільно-правових договорів, якщо інше прямо не передбачено законом або договором.

Поряд із загальними підставами припинення зобов'язання, передбаченими статтями 598-609 ЦК України, для дослідження динаміки договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги принципове значення має також розірвання договору. Це зумовлено тим, що не кожне припинення зобов'язання тотожне розірванню договору як його правової підстави. Зокрема, припинення договірного зобов'язання за домовленістю сторін, передбачене ч. 1 ст. 604 ЦК України, не обов'язково пов'язується саме з розірванням договору, оскільки в такому разі йдеться передусім про припинення відповідного правовідношення внаслідок узгодженого волевиявлення його учасників, а не про обов'язкове усунення самого договору як юридичного факту з підстав його порушення чи неможливості подальшого виконання його умов. За цієї моделі припинення зобов'язання не відбувається повного реального виконання договору, оскільки на момент припинення правовідношення боржник не виконує свій обов'язок у повному обсязі. Правоприпиняючий ефект досягається тут через внутрішньосистемну причинно-наслідкову конструкцію, за якої кредитор за домовленістю сторін погоджується на припинення обов'язку боржника без його фактичного виконання [96, с. 548]. Натомість розірвання

договору підкоряється іншим правовим механізмам та має інші правові наслідки. Відповідно до ст. 651 ЦК України зміна або розірвання договору допускається за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом, а також за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у випадках, передбачених договором чи законом, зокрема у разі істотного порушення договору другою стороною. При цьому згідно з ч. 2 ст. 653 ЦК України саме у разі розірвання договору зобов'язання сторін припиняються. Отже, якщо припинення зобов'язання за домовленістю сторін за ст. 604 ЦК України може розглядатися як результат вичерпання або узгодженого погашення змісту конкретного правовідношення, то розірвання договору означає припинення самого договірного зв'язку як правової основи існування відповідних суб'єктивних цивільних прав та обов'язків сторін.

У сучасній вітчизняній цивілістичній доктрині проблема припинення договору традиційно розглядається крізь призму співвідношення категорій «припинення договору» та «припинення зобов'язання». Адже саме через їх належне теоретичне розмежування стає можливим коректне визначення правових наслідків завершення договірного зв'язку між його сторонами. У цьому аспекті припинення договору розуміється як припинення його юридичної чинності внаслідок настання суб'єктивних або об'єктивних підстав, передбачених законом чи самим договором, що тягне за собою припинення породжених ним суб'єктивних цивільних прав і обов'язків сторін на майбутній період.

Водночас припинення зобов'язання у сучасних наукових дослідженнях визначається як припинення зобов'язального правовідношення, що виникло з певних юридичних підстав, у результаті чого відбувається повна втрата правового зв'язку між його учасниками, у тому числі щодо належних їм прав та обов'язків, або ж як ліквідація (скасування) прав та обов'язків суб'єктів договірних чи недоговірних зобов'язальних правовідносин на майбутнє внаслідок суб'єктивних чи об'єктивних обставин [86, с. 22]. З огляду на це, припинення договору зумовлює скасування породжених ним цивільних

правовідносин, а отже і тих суб'єктивних цивільних прав та обов'язків, які становлять їх зміст. Водночас виконання сторонами належних їм обов'язків, здійснення відповідних прав або настання інших правоприпиняючих юридичних фактів призводить до припинення самого правовідношення, що, своєю чергою, означає припинення і договору як його правової підстави [86, с. 22]. Розвиваючи цю думку, В. Я. Погребняк справедливо зазначає, що припинення правовідношення, яке виникло на підставі договору, водночас означає припинення самого договору, і навпаки - припинення договору, на підставі якого виникло відповідне правовідношення, зумовлює припинення останнього [96, с. 548]. У контексті аналізу підстав припинення договірних зобов'язань у цивілістичній літературі також обґрунтовується поділ відмови від договору на регулятивну та охоронну. Регулятивна відмова характеризується тим, що вона здійснюється у силу прямої вказівки закону і не обумовлюється порушенням договору іншою стороною. Як приклад регулятивної відмови від договору у сфері надання послуг у цивільному законодавстві традиційно наводиться право замовника відмовитися від договору про надання послуг за умови оплати виконавцеві фактично наданих послуг та відшкодування витрат, здійснених ним з метою виконання договору. [96, с. 548]. Таке право випливає із положень ст. 907 ЦК України. Натомість охоронне розірвання договору виступає правовою реакцією на порушення його умов іншою стороною і спрямоване на припинення договірного зв'язку як способу захисту порушеного суб'єктивного права [96, с. 548].

Підтримуючи позицію Н. Боднар, яка слушно зазначає, що належне виконання договірних зобов'язань є тим цільовим орієнтиром, заради якого сторони вступають у зобов'язальне правовідношення, доцільно виходити з того, що договір за своєю природою не вичерпується фактом узгодження умов, а покликаний забезпечити досягнення певного передбачуваного результату нормального перебігу виконання [58, с.240]. У цьому сенсі належне виконання постає впорядкованим способом досягнення основної мети договору, яка

визначає спрямованість поведінки сторін, зміст їхніх прав та обов'язків, а також критерії оцінки здійсненого виконання.

Щодо договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги таке положення набуває особливого значення з огляду на його правову та технічно виправдану функціональну специфіку. Виконання цього договору не вичерпується самим лише наданням доступу до програмного продукту, а передбачає забезпечення належного функціонування цифрового середовища, в межах якого користувач реалізує свій договірний правомірний інтерес. Йдеться, зокрема, про безперервність, доступність, стабільність і безпечність роботи відповідного програмного забезпечення, а також про належний рівень технічної підтримки, збереження та обробки даних і відповідність сервісу його погодженим функціональним характеристикам. Отже, у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги належне виконання набуває форми не одноразового досягнення певного результату, а підтримання належного функціонального доступу до отримання послуги протягом усього строку дії договору, а іноді й після його закінчення протягом узгодженого сторонами пільгового строку. Така теза узгоджується з правовою природою надання послуг, у межах якої визначальним є не створення відокремленого матеріалізованого результату, а здійснення певної діяльності або забезпечення корисного ефекту для замовника у процесі її надання. Саме тому критерієм належності тут є не лише факт надання доступу до програмного забезпечення, а й дотримання погоджених параметрів його використання. Такий підхід зумовлює підвищені вимоги до поведінки надавача та дає підстави розглядати порушення договору як відхилення від встановлених показників функціонування хмарного середовища.

Якщо належне виконання завершує договірне зобов'язання через досягнення закладеного в ньому бажаного результату, то розірвання, навпаки, опосередковує дострокове припинення договірного зв'язку тоді, коли подальше збереження його дії з тих чи інших причин втрачає правове, економічне або функціональне виправдання. У загальному розумінні

договірної динаміки припинення зобов'язання у зв'язку з належним виконанням відображає «нормативно очікуваний» фінал існування зобов'язального договірного зв'язку. Адже сторона-боржник вчиняє передбачені договором дії, сторона-кредитор приймає належне виконання, а потреба у подальшому існуванні договірного зобов'язання об'єктивно відпадає. Розірвання досліджуваного договору за своєю правовою природою не належить до цього типу припинення договору. Адже розірвання договору у цьому випадку не є наслідком досягнення того результату, на який договірне зобов'язання було спрямоване у «нормальному» перебігу його виконання, а виступає спеціальним юридичним механізмом дострокового припинення договірного зв'язку на підставі закону або договору.

Разом із тим, у контексті дослідження договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги зазначене правило підлягає важливому уточненню, що зумовлено перш за все тривалістю надання цифрової послуги. Оскільки предметом такого договору є не одноразове передання відокремленого результату, а забезпечення користувачеві довготривалого цілодобового доступу до програмного забезпечення та можливості його використання у процесі надання послуги, потреба користувача в такому доступі може припинитися до спливу передбаченого сторонами строку або незалежно від того, чи наявні порушення з боку надавача. Тому в межах договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги відмова користувача від договору з мотивів втрати актуальності користування послугою є не підтвердженням «належного виконання як підстави припинення», а реалізацією передбаченої договором (або законом) можливості дострокового припинення зобов'язання з ініціативи кредитора. Так, наприклад, користувач укладає договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги для тимчасового проєкту (ведення обліку, управління завданнями або організації внутрішніх комунікацій тощо). Після завершення проєкту потреба у подальшому використанні сервісу об'єктивно зникає, а отже користувач, не ставлячи під

сумнів належність попереднього надання послуги, припиняє договірні відносини шляхом розірвання договору в односторонньому порядку. У такій ситуації дострокове припинення не є «припиненням у зв'язку з належним виконанням» у класичному розумінні, оскільки припинення спричинене не вичерпанням зобов'язання через досягнення його фінального результату, а зміною фактичної потреби користувача в послузі як у триваючому доступі.

Аналізуючи можливі варіанти розірвання договору, слід виходити з того, що вони відрізняються не лише за способом здійснення, а й за юридичною природою підстав припинення договірного зв'язку. Насамперед договір може бути розірваний за згодою сторін. Такий спосіб прямо випливає з ч. 1 ст. 651 ЦК України, відповідно до якої зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Іншим способом є розірвання договору за ініціативою однієї зі сторін у судовому порядку. Відповідно до ч. 2 ст. 651 ЦК України договір може бути розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. При цьому законодавець у тій самій нормі визначає істотне порушення через наслідок такого порушення, а саме через значне позбавлення сторони того, на що вона розраховувала при укладенні договору . Окремим випадком судового розірвання є припинення договору у зв'язку з істотною зміною обставин. За змістом ст. 652 ЦК України, якщо обставини змінилися настільки істотно, що сторони, якби могли це передбачити, не уклали б договір або уклали б його на інших умовах, договір може бути розірваний за згодою сторін, а за відсутності такої згоди - за рішенням суду за наявності передбачених законом умов. Згідно з позицією ВС, викладеній у справі №910/15264/21 від 31.08.2022, «*на відміну від форс-мажору істотна зміна обставин не впливає на строк виконання зобов'язань (не змінює його) і не звільняє сторону від відповідальності за невиконання, а дозволяє припинити таке виконання (розірвання договору) чи змінити умови такого виконання або*

умови договору в цілому (для досягнення балансу інтересів сторін, який був порушений через істотну зміну обставин)»[102].

Окремо слід виокремити порядок розірвання договору на вимогу третіх осіб, якщо таке право прямо встановлене законом. Самостійним способом припинення договірного зв'язку є також одностороння відмова від договору повністю або частково. Відповідно до ч. 3 ст. 651 ЦК України у разі односторонньої відмови від договору у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір може бути відповідно розірваним або зміненим. Отже, у цьому випадку правовий ефект розірвання настає не внаслідок акта судової влади чи окремої домовленості сторін, а в силу одностороннього волевиявлення управненої сторони, яке спирається на пряму вказівку закону або договору. При цьому правові наслідки розірвання договору визначаються ст. 653 ЦК України. У разі розірвання договору зобов'язання сторін припиняються, а якщо розірвання відбувається у судовому порядку, досліджуване договірне зобов'язання припиняється з моменту набрання рішенням суду законної сили. Крім того, якщо досліджуваний договір було розірвано у зв'язку з істотним порушенням однією зі сторін, друга сторона вправі вимагати відшкодування збитків, завданих розірванням договору .

Розірвання досліджуваного договору може здійснюватися: 1) за згодою сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК України); 2) за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору або в інших випадках, встановлених договором чи законом (ч. 2 ст. 651 ЦК України); 3) у зв'язку з істотною зміною обставин (ст. 652 ЦК України); 4) внаслідок односторонньої відмови від договору, якщо таке право передбачене договором або законом (ч. 3 ст. 651 ЦК України).

Водночас сама по собі відсутність порушення умов розглядуваного договору його сторонами не виключає можливості його розірвання доти, доки договірне зобов'язання продовжує існувати. Інакше кажучи, розірвання можливе і за умов належного перебігу виконання, але лише тоді, коли йдеться

не про вже досягнуту кінцеву мету договору, а про припинення триваючого договірного правовідношення на майбутнє. Така ситуація найбільш яскраво проявляється у договорах, надання за якими має триваючий характер, в яких належне виконання проявляється не в одноразовому наданні бажаного для управненої сторони результату, а у підтриманні певного стану або здійсненні безперервного надання певної послуги. У таких правовідносинах договір може бути припинений за згодою сторін, а у випадках, передбачених договором або законом, - також шляхом односторонньої відмови чи за рішенням суду, навіть за відсутності порушення його умов.

Як вже зазначалося вище, припинення договору шляхом належного виконання слід розглядати не як випадковість, а як органічно властивий будь-якому договірному зобов'язанню фінал його існування, з яким пов'язується вичерпання прав та обов'язків сторін, досягнення мети договірного зв'язку або, навпаки, відпадіння правових чи фактичних передумов для його подальшого збереження. Як і будь-який інший цивільно-правовий договір, договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не може існувати безмежно у часі, оскільки сама природа зобов'язання передбачає його припинення внаслідок настання тих юридичних фактів, які закон, договір або правова сутність відповідного зобов'язального зв'язку визнають достатніми для припинення договірного правовідношення.

Дослідження проблеми припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги зберігає підвищену актуальність як у площині цивілістичної доктрини, так і у сфері правореалізації та правозастосування, що зумовлено сукупністю взаємопов'язаних обставин.

Насамперед така актуальність пояснюється тим, що нормативне регулювання відповідних відносин в Україні, хоча й отримало спеціалізовану регламентацію у ЗУ «Про хмарні послуги» та ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги», усе ж не формує вичерпної та цілісної моделі припинення саме договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги для всіх учасників цивільних правовідносин. Так, відповідно до ч. 3 ст.10 ЗУ «Про

хмарні послуги», до істотних умов договору про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних для публічних користувачів та об'єктів критичної інформаційної інфраструктури законодавцем віднесено, зокрема, умову про порядок припинення даного договору, у тому числі строки та процедури передачі даних, їх резервних копій і систем (за наявності) від надавача хмарних послуг до користувача хмарних послуг. Це свідчить про те, що законодавець на рівні спеціального правового регулювання прямо пов'язує припинення договору не лише із завершенням існування досліджуваного договірного зв'язку. Мова йде також і про належне завершення виконання умов договору, пов'язаних із наданням доступу до даних, створених, оброблюваних або збережених у процесі надання відповідної хмарної послуги. Безумовно договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги пов'язаний не лише з наданням користувачеві доступу до відповідного програмного продукту, а й з обробленням, зберіганням, переданням, модифікацією та захистом даних у цифровому середовищі. Аналізуючи правову та технологічну природу технологій хмарних обчислень, обґрунтовано акцентує увагу на тому, що ключовими чинниками, які стримують широке використання таких послуг, є проблема надійності зберігання даних та недостатній рівень їх правового врегулювання [56 ;57].

У зв'язку з цим припинення зазначеного договору не може розглядатися виключно як формальне завершення надання послуги чи сплив строку її надання. Це пов'язано з питанням визначення подальшої долі даних користувача, обсягу його доступу до результатів цифрової взаємодії, меж обов'язків надавача досліджуваної послуги щодо забезпечення перенесення, повернення, видалення або збереження відповідної інформації, а також припинення супутніх обов'язків щодо безпеки, конфіденційності та належного функціонування цифрового середовища.

Відмова від договору у сфері надання програмного забезпечення як цифрової послуги має певні особливості. Вона за своїми правовими наслідками має характер одностороннього правочину. При цьому вона

здійснюється управненою стороною без необхідності погодження з іншою стороною та не завжди може бути пов’язана із порушенням досліджуваного договірного зобов’язання. Її функціональне призначення полягає у забезпеченні можливості припинення участі сторони у триваючому договірному зв’язку. Зазначене набуває принципового значення для договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги. У зв’язку з цим припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не може розглядатися виключно через призму категорії розірвання як реакції на порушення. Воно передбачає також можливість одностороннього припинення зобов’язання шляхом відмови. Це фактично означає припинення правовідношення на майбутнє без ретроспективного впливу на вже надане виконання досліджуваного договірного зобов'язання. Аналіз ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги» дозволяє констатувати, що вітчизняний законодавець закріплює саме таку юридичну модель. Зокрема, відповідно до ст. 13 зазначеного Закону, споживач має право відмовитися від договору шляхом повідомлення виконавця, причому договір вважається припиненим з моменту отримання такого повідомлення. Таким чином, відмова від договору набуває характеру одностороннього правочину, який безпосередньо спричиняє припинення зобов’язання. Разом з тим, системний аналіз положень Закону свідчить про те, що відмова від договору у ньому не має однозначно універсального характеру. Норми статей 14-16, які визначають правові наслідки відмови від договору, а також положення, що пов’язують ці наслідки з відповідністю цифрового контенту чи цифрової послуги встановленим вимогам, дають підстави розглядати відмову і як засіб захисту прав споживача у разі неналежного виконання зобов’язання. Таким чином, у законодавчій моделі поєднуються два підходи до визначення підстав відмови: по-перше, відмова від досліджуваного договору як односторонній спосіб припинення зобов’язання; по-друге, відмова від досліджуваного договору як правовий наслідок порушення договірного зобов’язання. Така подвійність зумовлює певну невизначеність у застосуванні відповідних норм, особливо у

відносинах щодо хмарних послуг. Специфіка договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги проявляється також у складності застосування принципу пропорційності, закріпленого у Законі. Визначення обсягу фактично наданої послуги у таких відносинах є ускладненим, оскільки користування цифровим середовищем має безперервний характер, а його цінність формується не лише фактом доступу, але й комплексом супутніх технічних характеристик. У зв'язку з цим пропорційний підхід не завжди забезпечує об'єктивний баланс зустрічних надань. Звернення до права Європейського Союзу дозволяє уточнити підходи до вирішення цієї проблеми. Директива (ЄС) 2019/770 закріплює право споживача на розірвання договору у разі невідповідності цифрового контенту чи цифрової послуги, розглядаючи його як засіб захисту (ст. 14, зокрема п. 4). Водночас Директива 2011/83/ЄС встановлює право споживача на відмову від договору без зазначення причин, яке має обмежений у часі характер (ст. 9, зокрема п. 1) і може бути втрачено у випадках, коли виконання договору розпочато за попередньою згодою споживача та за умови його поінформованості про втрату такого права (ст. 16, зокрема п. «a» щодо послуг та п. «m» щодо цифрового контенту, що не постачається на матеріальному носії). Таким чином, у праві Європейського Союзу простежується чітке розмежування між правом на відмову як інструментом захисту свободи волевиявлення споживача та правом на розірвання договору як оперативним правовим засобом реагування на порушення його умов. На відміну від цього, вітчизняне законодавство не містить чіткого нормативного закріплення меж здійснення права на відмову у випадках, коли виконання договору вже розпочато та здійснюється належним чином. Це створює ризик порушення балансу інтересів сторін, зокрема у формі можливості припинення договору без належного врахування вже наданих послуг. У зв'язку з цим у межах доктринального осмислення доцільно запропонувати розмежування трьох самостійних правових підстав припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

По-перше, розірвання досліджуваного договору як спосіб припинення зобов'язання у зв'язку з його порушенням. По-друге, відмова від досліджуваного договору як спеціальний засіб захисту прав споживача. По-третє, припинення досліджуваного договору на майбутнє як форма здійснення права сторони на вихід із триваючого зобов'язання, незалежно від наявності порушення. Саме остання підстава найбільш повно відповідає правовій природі хмарних послуг. Її врахування передбачає можливість припинення договору з моменту заявлення відповідного волевиявлення без ретроспективного впливу на вже виконані зобов'язання, за умови їх належного виконання. Водночас її наявність не виключає застосування інших способів захисту у разі порушення умов досліджуваного договору. Такий підхід дозволить забезпечити належний баланс інтересів його сторін, узгодити правове регулювання з природою досліджуваних договірних правовідносин та підвищити визначеність у застосуванні відповідних норм цивільного законодавства України.

Водночас, коли користувачем виступає публічний користувач, правове регулювання односторонньої відмови та припинення договору набуває додаткової визначеності через імперативну модель, закріплену у Типовому договорі, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України № 154. Зокрема, відповідно до п. 37 Типового договору, дострокове розірвання можливе, зокрема, у разі односторонньої відмови, зумовленої неналежним виконанням іншою стороною умов договору (п. 37 пп. 2). Отже, відповідна можливість поширюється не лише на користувача, а й на надавача, якщо саме контрагент порушив умови досліджуваного договору. Більше того, у структурі прав надавача прямо передбачено спеціальну підставу для одностороннього припинення договірного правовідношення. Так, надавач має право достроково розірвати договір у разі систематичного невиконання користувачем зобов'язань щодо оплати послуг за умови попереднього повідомлення (п. 27 пп. 3). Крім того, імперативно встановлено обов'язок надавача забезпечити передачу даних, їх резервних копій та систем до моменту

припинення або розірвання договору (п. 39, п. 40), а також після завершення такої передачі - обов’язок видалити всі дані користувача та надати підтвердження їх знищення (п. 26 пп. 4). Це свідчить про те, що припинення договору розглядається законодавцем не лише як юридичний факт, а як комплексна процедура завершення досліджуваного договірного правовідношення.

Таким чином, право на одностороннюю відмову у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не має універсального характеру ні для користувача, ні для надавача. Для надавача хмарної послуги така відмова не є проявом вільного розсуду, а допускається лише у випадках, прямо встановлених договором або законом, насамперед як засіб реагування на порушення з боку користувача хмарної послуги чи настання інших юридично значущих обставин. Відповідно, надавач хмарної послуги не наділений загальним правом на довільне одностороннє припинення договірного зв’язку. Так само і для користувача хмарної послуги одностороння відмова не може розглядатися як безумовне право на вільний вихід із договору в будь-який момент. Її допустимість та правові наслідки визначаються законом або договором і залежать від характеру правовідносин, підстав припинення та стадії виконання зобов’язання. Отже, як для надавача, так і для користувача хмарних послу одностороння відмова є не загальною формою вільного припинення договору, а спеціальним правовим механізмом, межі здійснення якого встановлюються нормативно або мають договірну природу.

У цьому зв’язку необхідно підкреслити, що досліджуваний договір може: бути оплатним у класичному сенсі, тобто передбачати сплату ціни; по-друге, формально безоплатним; по-третє, таким, у якому зустрічне надання опосередковується персональними даними користувача. В останньому випадку мова йде про випадки, у межах яких персональні дані користувача передаються не виключно для технічного забезпечення функціонування сервісу, а набувають самостійного значення у структурі досліджуваного договірного правовідношення. Саме така логіка закладена у ЗУ «Про

цифровий контент та цифрові послуги», який поширюється не лише на відносини, де споживач сплачує ціну, а й на випадки, коли він надає персональні дані, за винятком ситуацій, коли такі дані використовуються виключно для надання цифрової послуги або для виконання вимог закону; аналогічний підхід закріплено й у Директиві (ЄС) 2019/770. Зазначене дозволяє поставити наступну проблему односторонньої відмови від такого договору: якщо хмарна послуга виглядає як безоплатна, але її економіко-правова модель фактично спирається на надання персональних даних у виді зустрічного надання, то припинення користування сервісом не вичерпується самим лише блокуванням доступу до облікового запису. Воно неминуче порушує питання про подальшу правову долю персональних даних, межі їх обробки після припинення досліджуваного договору, а також про режим та подальшу юридичну долю контенту, сформованого у хмарному середовищі. Наприклад, за договором про надання програмного забезпечення як хмарної послуги користувач безоплатно отримує доступ до онлайн-сервісу для створення, редагування та збереження презентацій. Грошова плата за користування таким програмним забезпеченням не справляється, однак користувач створює обліковий запис, надає персональні дані, завантажує власні матеріали, формує презентації, шаблони, історію змін, налаштування та інший інформаційний масив, що зберігається у хмарному середовищі. У разі відмови від договору виникає питання не лише про припинення доступу до відповідного програмного забезпечення, а й про подальшу правову долю персональних даних користувача, створених ним презентацій, резервних копій, а також інших результатів його договірної взаємодії з сервісом.

Що стосується договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, то з огляду на його правову природу та функціональне призначення слід виходити з того, що користувач, як правило, може бути наділений правом ініціювати припинення або розірвання такого договору за власною волею, якщо це передбачено законом чи умовами договору. Водночас надавач цієї послуги може реалізувати право на одностороннє розірвання

договору лише за наявності визначених правових або договірних підстав. Мова може йти, зокрема, про випадки порушення користувачем умов договору, використання програмного забезпечення з протиправною метою, здійснення діяльності, що створює загрозу правам та законним інтересам інших осіб, інформаційній безпеці чи публічному порядку. Надавач досліджуваної хмарної послуги наділений таким правом також за відсутності у нього технічної можливості надалі забезпечувати її належне надання протягом відповідного наступного періоду.

Припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги у зв'язку із закінченням строку його дії можливе лише за умови, якщо на момент спливу даного строку сторони належним чином виконали всі покладені на них обов'язки, а між ними не залишилося неврегульованих взаємних вимог. Сам по собі факт закінчення строку дії договору ще не завжди означає автоматичне припинення всіх суб'єктивних цивільних прав та обов'язків сторін. Адже у разі наявності невиконаних грошових, організаційних чи інформаційно-технологічних обов'язків договірний зв'язок у відповідній частині зберігає юридичне значення до моменту їх належного врегулювання. Саме тому припинення досліджуваного договору у зв'язку із закінченням строку його дії слід пов'язувати не лише з формальним настанням визначеної календарної дати. У цьому випадку мова насамперед йде фактичне припинення юридичних підстав та визначених ними технічних можливостей подальшої пролонгації триваючого договірного зобов'язального правовідношення.

Для договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги особливо характерною є ситуація, за якої строк дії договірного зв'язку не завжди фіксується як остаточно визначений, а сам договір нерідко конструюється як такий, що діє до моменту його припинення на підставах, передбачених законом або договором. Така модель відповідає природі триваючих цифрових сервісів, у межах яких надавач забезпечує не одноразовий результат, а безперервний доступ користувача до функціоналу

програмного забезпечення, пов’язаних із ним технічних ресурсів, а також до даних, що створюються, обробляються чи зберігаються в процесі використання відповідної хмарної послуги. У зв’язку з цим закінчення строку дії договору або його дострокове припинення повинні розглядатися не ізольовано, а у взаємозв’язку з визначеними досліджуваним договором питаннями остаточного припинення доступу до сервісу. Цей момент знаменує також завершення розрахунків між сторонами, передача користувачеві належних йому даних, резервних копій та інших цифрових об’єктів, якщо їх повернення, передання чи вивантаження передбачені договором або законом.

З урахуванням загальних положень цивільного законодавства України та спеціального характеру правовідносин у сфері хмарних послуг договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги може бути припинений як у зв’язку з його належним виконанням, так і достроково. До підстав дострокового припинення такого договору можуть бути віднесені, зокрема, ініціювання припинення однією зі сторін за умови дотримання погодженого договором порядку попередження іншої сторони та проведення остаточних взаєморозрахунків; судове розірвання договору або ж припинення договору за взаємною згодою сторін. Це може бути також настання обставин, що унеможливлюють подальше надання хмарної послуги; тривала дія форс-мажорних обставин; істотне порушення договору користувачем, у тому числі невиконання ним обов’язків щодо оплати, дотримання встановлених правил користування сервісом або використання програмного забезпечення у спосіб, що суперечить договору чи закону; а також інші обставини, прямо передбачені договором. При цьому право надавача на одностороннє припинення досліджуваного договору не може розглядатися як необмежене дискреційне повноваження, а має ґрунтуватися на чітко визначених договірних чи законодавчих підставах, зміст яких дає можливість встановити, що подальше збереження договірного зв’язку є неможливим, недопустимим або економічно та технологічно необґрунтованим.

Специфіка договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги полягає також у тому, що його припинення не вичерпується лише припиненням основного обов'язку надавача забезпечувати доступ до відповідного програмного забезпечення. Навпаки, на стадії припинення даного договору особливого значення набувають так звані «постдоговірні обов'язки сторін». Йдеться передусім про остаточні розрахунки, припинення доступу користувача до функціоналу сервісу, визначення порядку вивантаження, передачі або повернення даних користувача, резервних копій та інших результатів цифрової взаємодії, а також про подальше видалення відповідної інформації з хмарної інфраструктури надавача у випадках, коли такий обов'язок випливає із договору, закону або природи відповідних правовідносин. Саме тому навіть після формального припинення договору окремі його умови можуть зберігати значення у частині виконання грошових зобов'язань, дотримання режиму конфіденційності, захисту даних, відповідальності сторін за попередні порушення, а також здійснення завершальних технічних дій, пов'язаних із переданням цифрового масиву користувачеві. Це означає, що законодавець прямо пов'язує припинення відповідного договірного зв'язку не лише з припиненням надання послуги як такої, а й з необхідністю врегулювання подальшої долі цифрових даних, пов'язаних із використанням сервісу.

Окремою підставою припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги може виступати неприйняття користувачем змін, односторонньо запроваджених надавачем до договірних умов. У цьому випадку досліджуваний договір може бути припинено за умови, що право на відмову в такій ситуації прямо передбачене договором або імпліцитно випливає зі спеціального регулювання відносин у сфері надання цифрових послуг і не суперечить доктрині захисту слабшої сторони договору. У цих випадках юридично релевантним є не сам факт змін умов як технічної або організаційної дії надавача, а відсутність волі користувача зберігати участь у триваючому зобов'язальному правовідношенні на нових умовах. Отже,

припинення договору тут постає не як санкційна реакція на порушення, а як механізм легітимного «виходу» з триваючого зобов'язання, покликаний відновити рівновагу договірного балансу. Надавач хмарної послуги зберігає можливість адаптувати правила та умови функціонування сервісу, тоді як користувач хмарної послуги - можливість припинити договірний зв'язок у разі неприйняття таких змін, уникаючи нав'язаного перегляду істотних параметрів користування. Показово, що в європейській приватноправовій доктрині, зокрема у Draft Common Frame of Reference, закріплено наступне правило: «порушення підприємцем обов'язків належного інформування споживача про умови договору, включно з вимогами щодо форми такого інформування, тягне обов'язок відшкодувати спричинені цим збитки» (ст. II.-3:109 DCFR) [41].

Таким чином, підставами припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги слід визнавати передбачені законом або договором юридичні факти, з настанням яких пов'язується повне або часткове припинення відповідного договірного зобов'язання. До них належать належне виконання сторонами своїх обов'язків, сплив строку дії договору за умови відсутності невиконаних зобов'язань, взаємна згода сторін, судове розірвання, одностороння відмова у випадках, встановлених законом або договором, істотне порушення користувачем чи надавачем умов договору, неможливість подальшого надання хмарної послуги, тривала дія форс-мажорних обставин, а також інші підстави, що відповідають загальним положенням ЦК України та спеціальним вимогам законодавства у сфері хмарних послуг і цифрового контенту. При цьому припинення такого договору завжди повинно оцінюватися з урахуванням подвійної природи відповідного правовідношення: як зобов'язання щодо надання цифрової послуги і як правового механізму, що опосередковує доступ, використання, збереження та повернення даних у цифровому середовищі.

Відповідно до ч. 1 ст.598 ЦК України зобов'язання припиняється на підставах, встановлених договором або законом, а відтак підставами припинення дії договору про надання програмного забезпечення як хмарної

послуги є юридичні факти - конкретні життєві обставини або їх сукупність, з якими норма права та/або волевиявлення сторін пов'язують припинення відповідного зобов'язального зв'язку. Така постановка питання дозволяє розглядати припинення договору не як суто «технічне» завершення користування сервісом, а як юридично релевантний етап динаміки зобов'язання, в межах якого відбувається трансформація правового статусу сторін і завершення кореспондуючих прав та обов'язків.

Відповідно до ст. 599 ЦК України зобов'язання припиняється належним виконанням, що в площині хмарної моделі надання послуг означає завершення надавачем надання програмного забезпечення у погодженому обсязі та протягом погодженого строку, а також належне прийняття результату користувачем у спосіб, визначений договором. Одночасно, відповідно до ч. 1 ст. 631 ЦК України, строк договору окреслює період, упродовж якого сторони можуть здійснювати права та виконувати обов'язки; отже, закінчення строку дії договору у системному зв'язку з належним виконанням виступає типовою правовою підставою припинення зобов'язання, якщо договір не передбачає іншого режиму завершення (наприклад, пролонгації чи постдоговірних обов'язків).

Водночас ЗУ «Про хмарні послуги» не встановлює вичерпного та універсального переліку підстав припинення договору про надання хмарних послуг загалом і договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги зокрема.

Далі, відповідно до ч.1 ст. 651 ЦК України договір може бути змінено або розірвано за згодою сторін; ця підстава втілює автономію волі учасників цивільного обороту та їх здатність самостійно припинити кореспондуючі права й обов'язки шляхом узгодженого волевиявлення. Відповідно до ч. 2 ст.651 ЦК України договір може бути розірвано за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом, що у сфері хмарних послуг проявляється, зокрема, у ситуаціях системної недоступності сервісу,

істотної невідповідності рівня послуги погодженим параметрам або суттєвого порушення безпекових зобов'язань. Відповідно до ч. 3 ст.651 ЦК України, у разі односторонньої відмови від договору в повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом, договір є відповідно розірваним або зміненим; при цьому загальне правило ст. 525 ЦК України застерігає від довільного руйнування зобов'язального зв'язку, встановлюючи недопустимість односторонньої відмови або односторонньої зміни умов зобов'язання, якщо інше не встановлено договором або законом. Спеціально для договору про надання послуг ст. 907 ЦК України передбачає можливість його розірвання, у тому числі шляхом односторонньої відмови, у порядку та на підставах, встановлених ЦК України, іншим законом або домовленістю сторін, що забезпечує нормативну «рамку» для договірного моделювання припинення договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Відтак, у межах свободи договору, закріпленої ст. 627 ЦК України, та з огляду на обов'язковість договору для сторін за ст. 629 ЦК України, договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги може встановлювати додаткові, деталізовані підстави дострокового припинення. До них, зокрема, можуть належати: вимога однієї зі сторін за наявності визначених договором умов; тривале припинення надання послуг надавачем протягом строку, визначеного договором; порушення користувачем істотних умов договору (зокрема режиму доступу або правил використання); прострочення виконання грошового обов'язку користувачем або інший погоджений сторонами фінансовий тригер; а також довготривалі обставини непереборної сили. Водночас принципово враховувати, що у ст. 617 ЦК України непереборна сила розглядається як підстава звільнення боржника від відповідальності за порушення зобов'язання, однак сама по собі не змінює і не припиняє обов'язок виконання зобов'язання. Натомість припинення зобов'язання можливе за наявності неможливості виконання у сенсі ст. 607 ЦК України, тобто коли виконання об'єктивно стало неможливим внаслідок

обставини, за яку жодна зі сторін не відповідає. Для хмарних правовідносин це має прикладне значення, оскільки перебої доступності, інциденти кібербезпеки чи обмеження роботи хмарної інфраструктури найчастіше пов'язані з вадами виконання зобов’язання і мають наслідком настання цивільно-правової відповідальні. Підстава припинення досліджуваного договірного зобов'язання у розумінні ст. 607 ЦК України потребує доведення саме об’єктивної неможливості виконання, а не лише тимчасового та об’єктивно переборного його ускладнення або втрати економічної доцільності виконання.

3.3. Відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги.

Питання цивільно-правової відповідальності за порушення (невиконання або неналежне виконання) умов договорів у сфері використання інформаційних технологій на сьогоднішній день є надзвичайно актуальними. Зазначена проблематика особливо актуалізується на сучасному рівні розвитку вітчизняних приватних відносин з урахуванням глобальної цифровізації держави і суспільства та процесів рекодифікації чинного цивільного законодавства України. Цивільно-правова відповідальність за порушення умов досліджуваного договору є необхідним елементом механізму забезпечення належного виконання зобов’язань у цивільному обороті.

Варто вказати, що у договорах про надання програмного забезпечення як хмарної послуги питання відповідальності набуває особливої гостроти з огляду на низку чинників, що принципово відрізняють відповідні договірні правовідносини в цифровій сфері від традиційних, закріплених у ЦК України договорів про надання послуг. По-перше, сторона договору – надавач хмарних послуг здійснює свої права та обов’язку через складну технологічну інфраструктуру – цифрове середовище, що об’єктивно підвищує вірогідність залежності від підтримання підключення у справному стані для запобігання

технічних збоїв. По-друге, порушення прав та обов'язків, визначених договором або законом у хмарному середовищі можуть спричиняти значні фінансові, операційні та репутаційні втрати для обох сторін, як для надавача, так і для користувача, зокрема внаслідок недоступності сервісу, витоку даних або їхньої втрати. По-третє, як було зазначено у підрозділі 3.1, зважаючи на те, що договір про надання хмарних послуг зазвичай укладається як договір приєднання, надавачі хмарних послуг є «сильною стороною», які системно включають до стандартних умов договорів розгорнуті обмеження та виключення відповідальності, що нерідко фактично нівелюють її реальний захисний потенціал для користувача. По-четверте, традиційна цивілістична конструкція відповідальності за порушення договору про надання послуг, закріплена у ЦК України, виявляється недостатньо пристосованою до специфіки хмарних правовідносин, що актуалізує потребу в її доктринальному переосмисленні.

Для того, щоб дослідити основні аспекти притягнення осіб до цивільно-правової відповідальності за порушення умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, необхідно спочатку зазначити що таке цивільно-правова відповідальність. У найбільш поширеному розумінні цивільно-правова відповідальність — це форма державно-примусового впливу на правопорушника, що виражається у покладенні на нього додаткових обтяжень майнового характеру понад ті, що він ніс би за умови належного виконання відповідного правового обов'язку [147, с. 432].

Можна погодитися з твердженням, що цивільно-правова відповідальність у договірних правовідносинах виражається у заміні невиконаного обов'язку новим, чи у приєднанні щодо невиконаного обов'язку додаткового обов'язку, або у позбавленні права, з якого випливає порушений обов'язок [80, с. 160]. Тобто в цьому контексті проявляється виховний ефект – попередження сторін про те, що невиконання зобов'язання не залишиться без уваги.

Підставою цивільно-правової відповідальності є цивільне правопорушення -протиправне, винне діяння (дія або бездіяльність), яким заподіяно шкоду охоронюваним законом майновим або особистим немайновим правам та інтересам [149]. Необхідно відмітити, що традиційно у складі цивільного правопорушення виокремлюють чотири умови (елементи): протиправність поведінки боржника; наявність шкоди (збитків); причинний зв'язок між протиправною поведінкою та шкодою; вина боржника [55]. Можна погодитися із твердженням Н.С. Кузнєцової про те, що вчення про склад цивільного правопорушення як підставу цивільно-правової відповідальності набуло практично хрестоматійного характеру й увійшло в усі підручники цивільного права [83, с. 194].

Разом із тим у доктрині цивільного права та вітчизняному законодавстві закріплено, що для окремих видів зобов'язань (зокрема, пов'язаних з підприємницькою діяльністю) настання відповідальності можливе без вини (ст. 614 ч. 2 ЦК України), що суттєво впливає на розуміння підстав відповідальності надавачів хмарних послуг.

Нормативною підставою цивільно-правової відповідальності за порушення договірного зобов'язання є насамперед ст. 610 ЦК України, відповідно до якої порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання)[149]. Варто вказати, що йдеться про повне невиконання, а також нівелювання окремих його умов. Відтак, ст. 611 ЦК України встановлює, що у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом [149]. Зокрема, до них належать відшкодування збитків та моральної шкоди, сплата неустойки, а також розірвання договору.

Протиправність як умова цивільно-правової відповідальності у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги полягає у невідповідності поведінки надавача умовам договору та вимогам актів цивільного законодавства. Під час дослідження питання щодо протиправної поведінки як умова цивільно-правової відповідальності за порушення

авторського права Д.С. Ромась зазначив, що протиправна поведінка під час порушення авторського права знаходить свій вияв через дії, і зрідка — через бездіяльність [126, с. 209]. Разом з тим, у правовідносинах, що випливають із надання хмарних послуг такі порушення проявляються у більшості випадків у бездіяльності – відсутності надання послуг у тому вигляді, про який домовлено або небажання нівелювати перешкоди щодо отримання користувачем послуг.

Таким чином, з урахуванням специфіки предмета цього договору — забезпечення дистанційного доступу до функціоналу прикладного програмного забезпечення - протиправними діями надавача можуть бути: (1) повне або часткове ненадання доступу до сервісу протягом погодженого строку; (2) забезпечення доступу до програмного забезпечення з характеристиками, що нижчі від погоджених у SLA або встановлених законом мінімальних критеріїв відповідності; (3) неналежне виконання зобов’язань щодо захисту персональних даних користувача, що призвело до їх розголошення, втрати або пошкодження; (4) несвоєчасне або неналежне впровадження оновлень програмного забезпечення, що вимагаються умовами договору або законом; (5) неправомірне збирання, обробка або використання персональних даних користувача або контенту, створеного ним у межах сервісу.

У цьому контексті принципового значення набуває норма ст. 5 та ст. 6 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги», яка визначає суб’єктивні та об’єктивні критерії відповідності цифрової послуги. Відтак, невідповідність наданої цифрової послуги суб’єктивним критеріям (погодженим сторонами параметрам) або об’єктивним критеріям (законодавчо встановленим мінімальним стандартам якості) є порушенням договірного зобов'язання у сенсі ст. 610 ЦК України[149]. При цьому підхід законодавця полягає в тому, що певні характеристики якості (функціональність, сумісність, безперервність, безпечність) є частиною договірного зобов’язання не лише тоді, коли вони прямо закріплені у тексті договору, а й тоді, коли вони охоплюються об’єктивними критеріями ст. 6 вищезгаданого Закону [115].

Тобто, навіть якщо договір, так би мовити, мовчить про певну якісну характеристику сервісу, її відсутність може бути кваліфікована як протиправна поведінка надавача.

Необхідно зазначити, що специфічним аспектом протиправної поведінки надавача є порушення умов про захист та обробку персональних даних користувача. Відповідно до ЗУ «Про захист персональних даних» [109], надавач хмарних послуг, який здійснює обробку персональних даних користувача, виступає розпорядником або оператором персональних даних та несе відповідальність за їх неналежну обробку. Порушення правил обробки, захисту та зберігання персональних даних є самостійним різновидом протиправної поведінки, що може слугувати підставою для притягнення особи до цивільно-правової відповідальності, незалежно від того, чи зазнав користувач іншої шкоди від порушення договірних умов.

Оскільки договір про надання хмарних послуг, окрім того, що він є цифровою послугою, також його можна відносити до договорів про надання інформаційних послуг, який водночас є непойменованим договором. У правовій доктрині міститься визначення такого договору, яке визначає, що за договором про надання інформаційних послуг одна сторона (виконавець) зобов’язується за завданням другої сторони (замовника – користувача інформаційних послуг) надати інформаційні послуги, результати яких не охороняються як об’єкти права інтелектуальної власності, мають певний корисний ефект немайнового характеру для замовника – користувача інформаційних послуг, а замовник – користувач інформаційних послуг зобов’язується оплатити виконавцеві інформаційні послуги, якщо інше не встановлено договором [130, с. 73]. Разом з тим, об’єкти досліджуваного нами договору охороняються правом інтелектуальної власності, що відрізняє його від вказаного.

Можна зазначити, що основною умовою цивільно-правової відповідальності є наявність шкоди, оскільки якщо не буде шкоди, то не буде чого відшкодовувати. Категорія шкоди як умова цивільно-правової

відповідальності у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги відрізняється суттєвою специфікою порівняно з традиційними договірними відносинами про надання послуг. Ця специфіка зумовлена насамперед нематеріальним, цифровим характером блага, що є предметом відповідного договірного зобов'язання. Тому таку шкоду неможливо розгледіти органами чуття, як це може бути з пошкодженням окремого майна. Разом з тим, якщо раніше річчю вважався предмет матеріального світу, то сьогодні цивільне законодавство містить поняття цифрової речі, права на яку можуть зазнавати посягань.

Якщо звернутися до законодавчих визначень шкоди, то відповідно до ст. 22 ЦК України щодо відшкодування збитків та інших видів майнової шкоди, збитки включають реальні збитки (втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права) та упущену вигоду (доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене)[149]. Проблема полягає в тому, що у разі порушення умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги ці складові збитків набувають специфічного змісту [129, с. 53].

Реальні збитки [100, с.117-122]. користувача при порушенні договору SaaS можуть охоплювати не так втрати, як витрати, оскільки програми у цифровому середовищі підлягають відновленню, але із чималими вкладеннями. Тому зазвичай ідеться про витрати на залучення аварійних IT-ресурсів або альтернативного програмного забезпечення у період недоступності сервісу, а також витрати на відновлення втрачених даних або систем після інцидентів, пов'язаних із порушенням надавачем умов захисту інформації; витрати на юридичний захист або повідомлення постраждалих осіб у разі витоку даних. Додатково можуть відшкодовувати збитки внаслідок ненаданих сервісних ресурсів, тобто повертати вартість оплачених послуг.

Разом з тим, упущеною вважається вигода, яка за звичайних обставин із врахуванням ужитих заходів була би вірогідною та очікуваною. Із цього

випливає, що вона є прибутком, який потерпіла особа могла б отримати, якби не протиправне діяння завдавача шкоди [81, с. 28].

Упущена вигода, у цьому контексті, буде можливою лише якщо користувач (а зазвичай йдеться про користувача, оскільки він споживає послугу через договір приєднання) планує певним чином використовувати послугу у своїй діяльності, якщо це допускається договором. Ба більше, така діяльність буде супроводжуватися іншим договором з іншим суб'єктом, від якого вона планує отримати певний дохід, тому що тільки завдяки цьому можна звернутися за відшкодуванням втраченої вигоди. У випадку недотримання первинного договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги сторона може звернутися з вимогою про відшкодування неотриманих доходів від провадження діяльності, що стала неможливою внаслідок недоступності сервісу. Крім того, особа може звернутися про відшкодування шкоди, завданої втратою контрактів або ділових можливостей, що безпосередньо пов'язані зі збоями у роботі хмарного сервісу.

Враховуючи специфіку сфери укладання таких договорів особи можуть звертатися про відшкодування репутаційних втрат, які розраховуються як зменшення ринкової вартості бізнесу. Можна стверджувати, що таке відшкодування для вітчизняних судів не є типовим, проте, зважаючи на поширеність хмарних сервісів, а також вартість їх ділової репутації, посягання на неї може дорого обійтися. Йдеться про відшкодування моральної шкоди, в умовах цифровізації ділова репутація стає невід'ємним елементом індивідуалізації особи [98, с. 499].

Шкода, завдана діловій репутації може бути завдана шляхом порушення прав на непоширення персональних даних користувача. Ці дані, з позиції ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги», є результатом надання цифрової послуги та мають особливий правовий режим [115]. Втрата даних може завдавати більшої шкоди, зважаючи на різні ситуації: по-перше, прямої шкоди у вигляді неможливості відновлення важливої ділової інформації; по-друге, опосередкованої шкоди у вигляді необхідності повторного виконання роботи,

документування або звітування; по-третє, поширення конфіденційної інформації про особу, яка може стати доступною іншим користувачам та призвести до втрати іміджу. Визначення грошового еквіваленту вартості втрачених даних є однією з найскладніших доказових проблем у спорах щодо порушення умов договору SaaS. Таким чином, цілком логічним є висновок про те, що з урахуванням специфіки досліджуваного договору, охорона цивільних прав користувача і їх захист у разі порушення повинні забезпечуватися не постфактум виключно через загальні засоби відповідальності, а шляхом попереднього включення до змісту договору чітких умов про порядок реагування на інциденти, строки усунення порушень, механізми відновлення доступу, повернення, передання або видалення даних, а також про наслідки невиконання таких обов’язків надавачем.

Надавач хмарних послуг, обробляючи персональні дані користувача, несе відповідальність за ЗУ «Про захист персональних даних», зокрема за незаконну обробку, несанкціонований доступ третіх осіб до персональних даних, несвоєчасне повідомлення про порушення безпеки. На рівні права ЄС ключовим актом, що визначає відповідальність за порушення вимог захисту персональних даних, є Загальний регламент про захист даних (GDPR). Стаття 82 GDPR встановлює право суб'єкта даних на відшкодування майнової та немайнової шкоди, завданої порушенням Регламенту оператором або обробником. При цьому GDPR закріплює солідарну відповідальність оператора та обробника перед суб'єктом даних у разі, якщо вони є спільно відповідальними за заподіяну шкоду, з правом регресу між собою. Для надавачів хмарних послуг, що діють на ринку ЄС та надають послуги суб'єктам даних у ЄС, незалежно від місця державної реєстрації, GDPR безпосередньо регулює відповідальність за порушення режиму захисту даних [36].

У судовій практиці ЄС особливого значення набула позиція, сформована ЄСПЛ у справах, пов’язаних із відповідальністю провайдерів за незаконну обробку персональних даних. Примітно, що у рішенні Суду ЄС у справі Schrems II (Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd and Maximillian

Schrems, Case C-311/18, 2020) [12] суд підкреслив, що передання персональних даних до третіх країн без відповідного рівня захисту є порушенням права на приватність, що тягне право на відшкодування шкоди. Це рішення має безпосереднє значення для договорів SaaS, де надавач обробляє дані на серверах у різних юрисдикціях.

Ще однією умовою цивільно-правової відповідальності є причинний зв’язок. Встановлення причинного зв’язку між порушенням умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги та заподіяною шкодою є однією з найскладніших доказових проблем у відповідній категорії справ. Ця складність зумовлена багатоланковим характером хмарної архітектури, де відмова на одному рівні інфраструктури може каскадно спричиняти порушення на інших рівнях. Крім того, окрім сторін договору – надавача послуг та користувача, існування хмарного сервісу забезпечують чимало інших осіб, від провайдерів інтернет-мережі до інших операторів апаратного чи мережевого підключення. Таким чином, у цьому ланцюгу складно передбачити де саме відбулася затримка чи зупинка надання послуги.

У цьому контексті, питання відповідальності надавача хмарних послуг за порушення умов договору, зумовлені діями або бездіяльністю залучених ним субпровайдерів (IaaS, PaaS, CDN, мережевих операторів тощо), є особливо актуальним у сфері хмарних послуг. Більшість стандартних договорів хмарних провайдерів містять положення, за якими надавач не несе відповідальності за інциденти, що виникли внаслідок дій третіх осіб або субпровайдерів, навіть якщо ці особи залучені надавачем для виконання його договірних зобов'язань.

Відповідно до ст. 618 ЦК України боржник відповідає за порушення зобов’язання третіми особами, на яких він поклав виконання, якщо законом не встановлено відповідальність безпосереднього виконавця. Таким чином, залучення надавачем хмарних послуг субпровайдерів для виконання договірних зобов'язань не звільняє його від відповідальності перед користувачем хмарних послуг: відповідальність боржника перед кредитором є повною незалежно від того, виконував боржник зобов'язання самостійно чи

через залучених третіх осіб. Спеціальне підтвердження цього підходу міститься у ч. 4 ст. 10 ЗУ «Про хмарні послуги», де передбачено солідарну відповідальність надавачів у разі надання хмарної послуги спільно або з використанням хмарних послуг іншого надавача [113].

Доктрина цивільного права виходить із принципу необхідного причинного зв'язку, оскільки він є однією з умов, так званої формули цивільно-правової відповідальності. Причинним зв'язком визначається, що саме ця шкода була завдана саме цими діями. Разом з тим, протиправна поведінка боржника є причиною шкоди тоді, коли вона є необхідною умовою настання відповідних наслідків у конкретних обставинах. У хмарних правовідносинах необхідно довести, що саме порушення надавачем умов договору (а не зовнішні чинники, неправомірна поведінка третіх осіб або форс-мажор) стало безпосередньою причиною недоступності сервісу або втрати даних, які у свою чергу, спричинили відповідні збитки користувачеві.

Водночас, встановлення причинного зв'язку у хмарних правовідносинах обумовлена своєю складністю через ряд чинників. Найперше, надавачі хмарних послуг, як правило, використовують послуги субпровайдерів (надавачів IaaS або PaaS), тобто фактичним виконавцем інфраструктурної функції може виступати третя особа, а не безпосередній контрагент користувача. По-друге, причини інцидентів у хмарному середовищі часто є технічно складними і потребують спеціальних знань для їх встановлення (що обумовлює потребу у залученні технічних експертів при розгляді відповідних спорів). По-третє, у разі одночасної дії кількох причин (наприклад, одночасно DDoS-атака та технічна вразливість програмного забезпечення надавача) виникає проблема кваліфікації кожного з чинників як достатньої умови заподіяння шкоди.

Загальним правилом боржник звільняється від цивільно-прававої відповідальності, якщо доведе, що порушення зобов'язання сталося не з його вини (ч. 1 ст. 614 ЦК України)[149]. Однак той самий нормативний припис закріплює важливий виняток: якщо інше не встановлено договором або

законом, особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності).

Щодо вказаних умов, як зазначає Б.П. Карнаух, саме через те, що відповідальність є мірою відплати, вона й потребує вини як своєї передумови. На третьому, найвищому рівні своєї сутності цивільно-правова відповідальність постає як інституціоналізоване втілення загальноправових ідей: справедливості, визначеності, доцільності [73, с. 9]. У цивілістичній спільності підтримується позиція про те, що вина – це невжиття особою всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання[67, с. 161], з уточненням про те, що вина – це невжиття особою хоча б одного із залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання [74, с. 39]. Відтак, як зазначає Б.П. Карнаух загального визнання набула поведінкова концепція вини, згідно із якою вина означає недодержання певного стандарту поведінки (невжиття особою усіх розумних заходів до попередження шкоди). Вина вказує, що особа не вжила тих заходів, яких від неї розумно було очікувати за відповідних обставин [74, с. 62].

Разом з тим, А.О. Кодинець стверджує, що у чинному законодавстві, яке регулює сферу інформаційних відносин, існують різні підходи щодо оцінки вини як умови цивільної відповідальності особи. На його думку, по-перше, за загальним правилом, умовою відшкодування майнової шкоди та компенсації моральної (немайнової) шкоди є вина заподіювача (статті 1166, 1167 ЦК України). По-друге, майнова та немайнова (моральна) шкода, заподіяна внаслідок порушення інформаційних прав особи, відшкодовується незалежно від вини заподіювача (ст. 1174 ЦК України, ч. 6 ст. 277 ЦК України). По-третє, в окремих випадках майнова та немайнова (моральна) шкода за порушення інформаційних прав особи відшкодовується лише якщо правопорушення було завдано за наявності вини у формі умислу (ч. 4 ст. 17 ЗУ «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів»). По-четверте, у випадках, встановлених законодавством, майнова та немайнова

(моральна) шкода, завдана порушенням інформаційних прав, не підлягає відшкодуванню (ст. 29, ч. 3 ст. 30, ч. 2 ст. 31 ЗУ «Про інформацію») [77, с. 22].

Для договірних зобов'язань, що виникають у зв'язку із здійсненням підприємницької діяльності, встановлено більш суворий режим, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 614 ЦК України особа, яка здійснює підприємницьку діяльність, відповідає за порушення зобов'язання незалежно від вини, крім випадків, коли порушення сталося внаслідок непереборної сили або дій кредитора[149]. Цим підтверджується підхід, за яким цивілісти відходять від усталених розумінь вини як невиконання, а й вини як ризику, тобто коли особа заздалегідь погоджується на умови, за яких вина не враховується, тобто йдеться про відповідальність без вини.

Оскільки надання програмного забезпечення як хмарної послуги здійснюється суб'єктами підприємницької діяльності (юридичними особами або фізичними особами-підприємцями), до відповідальності надавачів хмарних послуг застосовується модель відповідальності незалежно від вини. Це є принципово важливим з практичної точки зору, так як надавача не можна звільнити від відповідальності лише обґрунтуванням відсутності умислу або необережності у своїх діях, якщо лише не доведе, що порушення сталося внаслідок непереборної сили. При цьому відшкодування шкоди є основною, універсальною формою цивільно-правової відповідальності за порушення досліджуваного договірного зобов'язання, що застосовується незалежно від того, чи передбачена така форма відповідальності самим договором. Йдеться про відшкодування як майнової шкоди, так і немайнової.

У договорах про надання програмного забезпечення як хмарної послуги неустойка, як правило, не є поширеним інструментом відповідальності надавача. Більшість стандартних договорів глобальних хмарних провайдерів не передбачають неустойки як форми відповідальності за неналежну якість послуг. Натомість механізмом, що функціонально наближений до неустойки, є так звані «сервісні кредити» або «SLA credits», що надаються користувачу у разі порушення погоджених параметрів рівня обслуговування (Service Level

Agreement) [5]. Включення до договорів про надання програмного забезпечення як хмарної послуги розгорнутих умов або застережень про обмеження та виключення відповідальності є стандартною та загальноприйнятою практикою глобального ринку хмарних послуг. У підрозділі 3.1 нами було зазначено, що надавачі послуг встановлюють у договорі так звані «клаузули», які передбачають: 1) обмеження загального розміру відповідальності надавача хмарних послуг певною сумою (наприклад, розміром місячного або річного платежу за сервіс); 2) виключення відповідальності за непрямі, опосередковані, непередбачувані, спеціальні або штрафні збитки; 3) виключення відповідальності за дії або бездіяльність субпровайдерів. Проте, варто зазначити, що навіть якщо такий договір містить формулювання на кшталт «надавач не несе жодної відповідальності», це не може поширюватися на ситуації навмисного порушення договору з боку надавача. Водночас, D.W. Tollen відзначає, що поширена конструкція «mutual limitation of liability» (взаємного обмеження відповідальності), за якої обидві сторони виключають відповідальність за непрямі збитки, виглядає «справедливою» на перший погляд, однак фактично є вкрай невигідною для користувача. Причина полягає в тому, що для надавача хмарних послуг основним ризиком є порушення зобов'язання з боку користувача (переважно несплата), тоді як для користувача порушення умов надавача (недоступність сервісу, витік даних) може спричинити саме непрямі збитки у вигляді упущеної вигоди або збитків від порушених ділових договорів [49, с. 103-105].

Варто вказати, що не завжди особа підлягає притягненню до цивільно-правової відповідальності у випадку порушення прав чи обов'язків іншої особи, тобто йдеться про зворотню ситуацію на відміну від відповідальності без вини. Відповідно до ст. 617 ЦК України передбачено, що особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили[149]. Таким чином, існують підстави звільнення від відповідальності, у тому числі через обставини непереборної сили (форс-

мажорні обставини). Згідно положень вітчизняного законодавства, зокрема згідно ЗУ «Про торгово-промислові палати в Україні» такі обставини повинні бути надзвичайними та невідворотними [112]. Взагалі форс-мажор у сфері хмарних послуг може включати такі обставини, що виводять з ладу фізичну інфраструктуру дата-центрів; великомасштабні кібератаки державного рівня; законодавчі обмеження чи заборони на надання хмарних послуг або обробку даних в юрисдикції, які неможливо передбачити. Натомість звичайні технічні збої, перевантаження мережі або несправності обладнання, як правило, не можуть кваліфікуватися як форс-мажор, оскільки є передбачуваними ризиками у сфері надання хмарних послуг і мають бути врахованими у технічній архітектурі та системі резервування надавача [6]. У вищезгаданому Законі «Про торгово-промислові палати в Україні» міститься орієнтовний перелік ситуацій, які можуть вважатися непереборними обставинами, серед яких є також і війна, бойові дії, збройна агресія, тощо. Необхідно зазначити, що збройна агресія Російської Федерації проти України мала своїм наслідком безповоротні негативні трансформації у всіх сферах життєдіяльності українського суспільства, змусила змінити підхід до нормативного врегулювання правовідносин, які виникають у процесі функціонування соціуму, та, що не менш важливо, вплинула на можливість виконання цивільно-правових зобов’язань [84, с. 192]. Таким чином, війна сьогодні призводить до ситуацій, коли виконати договори просто неможливо. Проблема локалізації даних у країні, скорочення бюджетів компаній на ІТ-рішення, регулярні атаки на енергетичну інфраструктуру та відновлення після кібератак [121] так чи інакше негативно відображається на договірних правовідносинах, у тому числі, які виникають з договорів про надання хмарних послуг. Тобто, це є тим фактором, що звільняє від відповідальності навіть суб’єктів господарювання, оскільки виконання договору вчасно, якісно та належним чином є неможливим у будь-якому випадку. Варто вказати, що форс-мажорні обставини є підставою лише для виключення відповідальності, але не для

нівелювання виконання у майбутньому, коли це стане можливим, про що сторони можуть домовитися додатково.

Отже, на підставі вищезазначеного, можна стверджувати, що внаслідок невиконання або неналежного виконання зобов'язання сторону договору можна притягнути до цивільно-правової відповідальності, зокрема у вигляді відшкодування шкоди. Важливим є дотримання класичної чотирьохелементрої структури складу цивільного правопорушення, а саме – протиправності діяння, шкоди, причинного зв'язку, а також вини, підхід до якої відрізняється від усталеного уявлення про умисну негативну поведінку, а трансформується до вимоги від сторони докласти всіх розумних зусиль для виконання договору, яких тільки можна і тільки у випадку недотримання вважати особу винною.

Специфіка договірних правовідносин щодо договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги проявляється, найперше, у середовищі, в якому ці договори укладаються, від чого і залежить можливість чи неможливість його виконання. Також аспектом, що безпосередньо впливає на доведення правопорушення задля відшкодування шкоди потерпілій особі є причинний зв'язок між шкодою та наслідком. У цьому ланцюгу необхідно встановити яка особа допустила порушення: чи сам надавач, чи супутні особи – провайдер або оператори підключень, тощо. Окрім цього, необхідно зважати на те, що надавачі послуг можуть зловживати своєю можливістю створювати договір про надання програмного забезпечення як хмарної послуги у вигляді договору приєднання чим встановлювати, так звані клаузули, що може пом'якшити їх відповідальність у різноманітних ситуаціях.

Висновки до розділу 3

1. Підстави зміни умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не утворюють окремого вичерпного чи невичерпного нормативного переліку, закріпленого в чинному законодавстві України. Вони формуються на підставі послідовного та системного застосування загальних

нормативних положень ЦК України (статті 525, 527, 634, 651, 652 ЦК України), спеціальних приписів ЗУ «Про хмарні послуги», ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги», а також відповідних договірних застережень сторін.

2. За критерієм статусних особливостей суб'єкта договірної ініціативи та волевиявлення сторін підстави зміни умов досліджуваного договору можна класифікувати на: підстави зміни за взаємною згодою сторін (загальне правило ч. 1 ст. 651 ЦК України); підстави односторонньої зміни надавачем (за договірним застереженням, підкріпленим спеціальними гарантіями для споживача за ст. 17 ЗУ «Про цифровий контент та цифрові послуги»); підстави зміни у зв'язку з істотною зміною обставин (ст. 652 ЦК України); підстави зміни у зв'язку зі змінами у законодавстві; підстави зміни, зумовлені технічною необхідністю або вимогами безпеки.

3. Для договорів, укладених за моделлю договору приєднання, механізм зміни умов за взаємною згодою є значно складнішим. Адже у такій договірній моделі «взаємна згода» в її класичному розумінні є принципово неможливою, адже надавач хмарних послуг формує умови в односторонньому порядку, тоді як користувач лише приєднується до них. У зв'язку з цим, під час надання досліджуваної хмарної послуги провайдери – надавачі послуг закріплюють так звані «клаузули оновлення умов». Вони передбачають можливість надавача вносити зміни до умов договору в односторонньому порядку шляхом оприлюднення оновленої редакції у цифровому середовищі разом із повідомленням для користувача. Оскільки надавач послуг є «сильною» стороною й має повноваження самостійно формувати умови досліджуваного договору, він користується перевагами та забезпечує собі певні послаблення та преференції. У результаті слабша сторона може опинитися в невигідній для себе позиції. Механізм протидії цьому поки що не напрацьований.

4. Порівняльно-правовий аналіз свідчить про більш розвинуту систему підстав зміни умов договору у праві ЄС (Директива 2019/770, Data Act), яка виступає орієнтиром для розвитку вітчизняного правового регулювання

досліджуваних відносин. З метою усунення нормативних прогалин та забезпечення балансу інтересів сторін у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги доцільним є доктринальне формування орієнтовного переліку «вагомих причин» для односторонньої зміни умов договору. Необхідним є також законодавче закріплення мінімального строку повідомлення про такі зміни та механізму захисту прав суб'єктів господарювання (не лише споживачів) у B2B-відносинах.

5. Цивільно-правова відповідальність за завдання майнової шкоди в результаті порушення умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги ґрунтується на класичній чотирьохелементній структурі складу цивільного правопорушення. Мова йде про протиправність дій заподіювача шкоди, наявність майнової шкоди, причинного зв’язку, а також вини особи, що заподіяла майнову шкоду. Вважаємо за доцільне для надавача хмарних послуг, що є суб’єктом підприємницької діяльності, нормативно закріпити можливість притягнення його до цивільно-правової відповідальності незалежно від вини. Це було б важливою гарантією забезпечення більш захищеної здійсненності суб'єктивних цивільних прав та охоронюваних інтересів користувача програмними продуктами хмарних сервісів. Таким чином, запропонований підхід до розуміння вини у досліджуваних охоронних правовідносинах дещо відрізняється від усталеного уявлення про умисну негативну поведінку особи, що заподіяла шкоду. У всіх інших випадках порушення умов договору, що не пов’язані із завданням майнової шкоди, вказаний підхід трансформується у загальновизнану вимогу від сторони докласти всіх розумних зусиль для виконання умов досліджуваного договору і тільки у випадку недотримання цього застереження чвар то вважати особу винною.

6. У випадку недотримання умов первинного договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги сторона може звернутися не лише з вимогою про відшкодування фактичних втрат чи витрат (реальних збитків), заподіяних невиконанням або неналежним виконанням зобов’язання.

За нею залишається право звернутись до контрагента з вимогою про відшкодування неотриманих доходів від провадження діяльності по наданню програмного забезпечення як хмарної послуги. Мова йде про випадки, коли така діяльність стала неможливою внаслідок недоступності сервісу або факти настання майнової шкоди, завданої втратою контрактів, частини гудвіллу або інших ділових можливостей, що безпосередньо пов'язані зі збоями у роботі хмарного сервісу (мова йде про упущену вигоду за умови її доказовості).

7. До умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги належить умова про захист персональних даних. Сторона договору може бути притягнута до цивільно-правової відповідальності за порушення прав особи на нерозголошення персональних даних чи іншої конфіденційної інформації про особу. У таких договірних правовідносинах поширення або втрата персональних даних може призвести до завдання чималої шкоди у багатьох контекстах. Мова може йти про пряму шкоду у вигляді неможливості відновлення важливої ділової інформації; опосередковану шкоду у вигляді необхідності повторного виконання роботи з документування або звітування; а також шкоди, завданої поширенням конфіденційної інформації про особу, яка може стати доступною іншим користувачам та призвести до втрати іміджу надавача хмарної послуги.

ВИСНОВКИ

У дисертаційній роботі здійснено теоретичне узагальнення та запропоновано вирішення наукового завдання, що полягає у комплексному визначенні цивільно-правової природи договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги, з'ясуванні особливостей формування, зміни та виконання його умов за цивільним законодавством України, а також виробленні науково обґрунтованих підходів до вдосконалення правового регулювання досліджених договірних відносин. Отримані в процесі дослідження результати мають науково-теоретичне й практичне значення та конкретизуються в таких положеннях.

1. Встановлено, що для договорів про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних публічним користувачам та об'єктам критичної інформаційної інфраструктури на рівні чинного законодавства України нормативно визначено та закріплено розширений перелік істотних умов договору, який не є вичерпним. Така нормативно визначена договірна модель спрямована на забезпечення безпеки, безперервності, контрольованості та юрисдикційної визначеності надання хмарних послуг у публічному секторі із збереженням за сторонами права визнавати істотними й інші умови договору.

2. У приватноправовому сегменті договірного надання доступу до програмного забезпечення як хмарної послуги вітчизняний законодавець не встановлює такого розгорнутого обов'язкового переліку істотних умов, як для договорів із публічними користувачами та об'єктами критичної інформаційної інфраструктури. Відтак істотною умовою такого договору передусім завжди є його предмет. Істотними також можуть бути умови щодо порядку доступу до сервісу, технічних параметрів його функціонування, підтримуваних функцій, обмежень користування, рівня доступності, технічної підтримки, оновлень, обробки даних, резервного копіювання, відповідальності, зміни та припинення договору тощо. Вказані умови договору, як правило, формуються надавачем хмарної послуги у вигляді

типових стандартизованих договірних умов, правил користування, політик (наприклад, політики конфіденційності), технічної документації та домовленостей про рівень якості технічного обслуговування. Їх основне юридичне значення полягає в тому, що вони конкретизують зміст основного зобов'язання надавача хмарної та визначають межі належного виконання умов договору.

3. Договірні умови щодо ціни та строку у договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не належать до числа істотних умов у силу прямого припису закону. Однак, з огляду на правову природу досліджуваної договірної конструкції вони набувають самостійного юридичного значення. Ціна у досліджуваному договорі виконує не лише функцію грошового еквівалента наданої цифрової послуги, а й функцію юридичної фіксації моделі відплатності даного договірного зв'язку. При цьому відплатність може виражатися не лише у формі сплати грошових коштів, а й в іншому економічно значущому зустрічному наданні. Зокрема, мова може йти про надання персональних даних, допущенні їх використання в межах монетизаційної моделі досліджуваного цифрового сервісу, споживанні рекламного контенту чи вчиненні іншої бажаної для надавача хмарної послуги поведінки її споживача, що має самостійну економічну цінність.

4. У свою чергу, строк у межах досліджуваної договірної моделі не зводиться до формального темпорального параметра існування зобов'язання. Строк у досліджуваних договірних правовідносинах визначає часові межі належного сервісного надання, включаючи тривалість доступу до програмного функціоналу, період технічної підтримки, періодичність оновлення програмного контенту, порядок пролонгації, а також правовий режим даних користувача після припинення договору. Саме тому умови про ціну та строк у такій договірній конструкції виконують не лише допоміжну, а й конкретизувальну функцію щодо змісту основного зобов'язання надавача хмарної послуги та можуть набувати характеру істотних як у силу

домовленості сторін, так і з огляду на обрану ними модель договірного зв'язку.

5. У договорі про надання програмного забезпечення як хмарної послуги умови про захист персональних даних та іншої конфіденційної інформації набуває самостійного юридичного значення. Це пов'язано з тим, що вони безпосередньо впливають на обсяг суб'єктивних цивільних прав користувача та визначають характер та межі належного виконання досліджуваного договірного зобов'язання надавачем хмарної послуги.

6. У межах досліджуваної договірної конструкції обов'язок надавача хмарної послуги не обмежується забезпеченням технічного доступу до програмного функціоналу. Він зазвичай охоплює також вжиття належних організаційних, технічних і правових заходів, спрямованих на забезпечення конфіденційності, цілісності, доступності та захищеності персональних даних користувача від втрати, несанкціонованого доступу, знищення, модифікації чи неправомірного поширення. Порушення відповідного договірного обов'язку може бути підставою для застосування до надавача цивільно-правової відповідальності. Адже у таких правовідносинах неправомірне розголошення, втрата або компрометація даних здатні спричинити пряму майнову шкоду (втрата ділової інформації, неможливість її відновлення, переривання господарських процесів тощо). Крім цього, можуть мати місце і опосередковані збитки (необхідність повторного виконання не запланованих вимушених робіт та технічних регламентів, відновлення документів, звітності, цифрових масивів даних тощо). Мова може йти також про завдання немайнової шкоди, пов'язаної з порушенням приватності, ділової репутації, іміджу надавача досліджуваної хмарної послуги чи небажаним розкриттям конфіденційної інформації третім особам.

7. Обґрунтовано, що належне виконання умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги не може оцінюватися крізь призму класичної конструкції одноразового досягнення відокремленого

результату, оскільки зумовлюється триваючим, функціонально-динамічним та нематеріальним характером відповідної цифрової послуги.

8. Традиційні усталені цивілістичні критерії належного виконання умов договору зазнають змістовної трансформації. Так, суб'єктний критерій полягає у визначенні належного надавача хмарної послуги та належного користувача, а також у врахуванні можливості залучення надавачем третіх осіб до фактичного виконання окремих елементів зобов'язання. Просторовий критерій втрачає класичну територіальну прив'язку та набуває значення цифрового середовища, у межах якого забезпечується доступність сервісу. Предметний критерій охоплює не передання примірника програмного забезпечення, а здійснення комплексу організаційно-технічних дій щодо підтримання його функціональної, технічної та експлуатаційної придатності. Темпоральний критерій визначає не лише строк існування договірного зв'язку, а й часові параметри безперервності доступу, оновлення, технічної підтримки, усунення інцидентів та постдоговірного режиму зберігання та видалення даних.

9. У контексті дослідження правової природи договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги це означає, що нормативний порядок договірного формування його умов не може беззастережно розглядатися лише з урахуванням дії принципу автономії волі сторін. Частина нормативних вимог щодо якісних та кількісних показників та меж користування цифровими послугами суб'єктами державного управління та публічно-правовими утвореннями імперативно інкорпорується законом у договірний зміст. При цьому законом частково обмежується дія принципу автономії волі сторін відносно сторони, що має статус державного органу чи публічно-правового утворення. Адже закон в цьому випадку імперативно визначає характер та межі застосування у досліджуваних договірних правовідносинах принципу свободи договору.

10. Особливого значення для досліджуваної договірної конструкції набуває темпоральний аспект належного виконання. Адже якщо цифрова

послуга надається безперервно протягом визначеного договором строку, її відповідність його умовам має забезпечуватися не фрагментарно на момент укладення договору, а впродовж усього періоду існування відповідного договірного зобов'язального правовідношення. У цю ж логіку вписуються нормативні приписи вітчизняного законодавства щодо оновлень програмного забезпечення, щодо яких виконавець зобов'язаний своєчасно повідомляти споживача про необхідність їх встановлення та можливі наслідки ігнорування цієї умови якісного надання досліджуваної цифрової послуги або несвоєчасного вчинення таких дій.

11. Порядок формування умов договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги охоплює не лише механізм первісної договірної фіксації волевиявлення сторін та його статику, а й подальшу динаміку досліджуваного договірного зв'язку. Мова йде передусім про підтримання функціональності визначеного умовами досліджуваного договору програмного забезпечення у хмарному середовищі, безперервність та функціональну безперешкодність доступу споживача до отримання обумовленого його умовами цифрового контенту, оновлення та збереження відповідності досліджуваної цифрової послуги індивідуально-погодженим сторонами, сформованим за моделлю договору приєднання і нормативно визначеним вимогам.

12. Правове регулювання договірних відносин у сфері надання програмного забезпечення як хмарної послуги, а відповідно й порядку формування, зміни та виконання умов досліджуваного договору, має багаторівневий характер і складається з кількох взаємопов'язаних рівнів. Це, по-перше, основний базовий рівень, сформований загальними нормативними приписами договірного права, що містяться в ЦК України. По-друге, спеціальний рівень, який утворюють норми законодавства у сфері цифрових, інформаційних і хмарних технологій. Його специфіка була визначена вище і полягає у розмежуванні нормативного підходу щодо формування умов досліджуваних договірних відносин за участю суб'єктів

власних повноважень та, окремо, щодо приватних осіб. По-третє, рівень споживчо-правового регулювання, який охоплює всі договірні споживчі відносини (включаючи досліджувані), спрямований на всебічний захист користувача як слабшої сторони договірного правовідношення. По-четверте, необов'язковий для україни на сьогоднішній день рівень наднаціонального загальноєвропейського нормативного регулювання. Останній представлений приписами відповідних європейських директив та іншими обов'язковими та рекомендаційними приписами приватного та споживчого права об'єднаної Європи.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Ads inPhotopea don’t work. *Photopea Tutorials*. 25 February 2021. URL: https://www.photopea.com/tuts/ads-in-photopea-do-not-work-what-to-do/ (дата звернення: 29.04.2026).

2. Atlassian Customer Agreement. URL: https://www.atlassian.com/legal/atlassian-customer-agreement (дата звернення: 29.04.2026).

3. Baldini I., Castro P., Chang K., Cheng P., Fink S., Ishakian V., Mitchell N., Muthusamy V., Rabbah R., Slominski A., Suter P. Serverless Computing: Current Trends and Open Problems. *Research Advances in Cloud Computing. Singapore* : Springer, 2017. P. 1–20.

4. Barnes W. R. Shifting Towards Boilerplate Regulation. *University of Miami Law Review*. 2024. Vol. 79. Iss. 1. P. 1–82. URL: https://repository.law.miami.edu/umlr/vol79/iss1/3 (дата звернення: 29.04.2026).

5. Bradshaw S., Millard C., Walden I. Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of Terms and Conditions of Cloud Computing Services. *International Journal of Law and Information Technology.* 2011. Vol. 19, № 3. P. 187–215.

6. Cloud Computing Law / ed. by C. Millard. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2021.

7. Cloud Computing Law / ed. by C. Millard. Oxford : Oxford University Press, 2013. 389 p.

8. Concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC and Regulation (EC) № 2006/2004 («Unfair Commercial Practices Directive») : Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005. *EUR-Lex*. URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj (дата звернення: 29.04.2026).

9. Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer. Judgment of the Court (Third Chamber) of 5 July 2012, Case C-49/11. *EUR-Lex*. URL: https://eur-

lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0049 (дата звернення: 29.04.2026).

10. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. Official Journal of the European Communities. 1993. L 95. P. 29–34. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj (дата звернення: 29.04.2026).

11. Crescent Point Energy Corp. v. Tachyus Corporation, No. 3:20-cv-06850-MMC. United States District Court, Northern District of California. 10.02.2022. URL: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/3:2020cv06850/366692/71/ (дата звернення: 29.04.2026).

12. Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd and Maximillian Schrems, Case C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559. EUR-Lex. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0311 (дата звернення: 29.04.2026).

13. 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 (Text with EEA relevance). Official Journal of the European Union. 2019. L 136. P. 1–27. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj (дата звернення: 29.04.2026).

14. Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version). Official Journal of the European Union. 2009. L 111. P. 16–22. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2009/24/oj/eng (дата звернення: 29.04.2026).

15. Erboz G. How to Define Industry 4.0: The Main Pillars of Industry 4.0. *Managerial Trends in the Development of Enterprises in Globalization Era.* Nitra, 2017. P. 761–767. URL: https://www.researchgate.net/publication/326557388_How_To_Define_Industry_40_Main_Pillars_Of_Industry_40 (дата звернення: 29.04.2026).

16. Figma Terms of Service. URL: https://www.figma.com/terms (дата звернення: 29.04.2026).

17. Gamma Terms of Service. *Gamma*. URL: https://gamma.app/terms (дата звернення: 29.04.2026).

18. Google Workspace Terms of Service. URL: https://workspace.google.com/terms/standard_terms (дата звернення: 29.04.2026).

19. Google вносить зміни для користувачів і розробників додатків через новий закон ЄС. LIGA ZAKON. URL: https://biz.ligazakon.net/news/226086_google-vnosit-zmni-dlya-koristuvachv--rozrobnikv-dodatkv-cherez-noviy-zakon-s (дата звернення: 29.04.2026).

20. Healthcare I.Q., LLC v. Tsai Chung Chao. Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, First Department. 06.05.2014. No. 11946/2013, 2014 NY Slip Op 03216, 118 A.D.3d 98, 986 N.Y.S.2d 42. URL: https://law.justia.com/cases/new-york/appellate-division-first-department/2014/11946.html (дата звернення: 29.04.2026).

21. Implied Acceptance: Key Insights into Its Legal Meaning and Implications. *US Legal Forms*. URL: https://legal-resources.uslegalforms.com/i/implied-acceptance (дата звернення: 29.04.2026).

22. ISO/IEC 17788:2014. Information technology — Cloud computing — Overview and vocabulary. URL: https://www.iso.org/standard/60544.html (дата звернення: 29.04.2026).

23. ISO/IEC 22123-1:2023. Information technology — Cloud computing — Part 1: Vocabulary. URL: https://www.iso.org/standard/82758.html (дата звернення: 29.04.2026).

24. Mell P., Grance T. The NIST Definition of Cloud Computing. Gaithersburg : National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce, 2011. 7 p. (NIST Special Publication 800-145).

25. National Institute of Standards and Technology. Information Technology Laboratory. *Agent. NIST.* URL: https://csrc.nist.gov/glossary/term/agent (дата звернення: 29.04.2026).

26. Nyathi L. A Comparative Analysis of Contract Law Interpretation Approaches in English and French Law: A Focus on Business-to-Business (B2B) and

Business-to-Consumer (B2C) Transactions. SSRN. 10 December 2023. DOI: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4676467.

27. OAuth Profile for Authorization Agents (draft-aap-oauth-profile-00) : IETF Internet-Draft. URL: https://datatracker.ietf.org/doc/html/draft-aap-oauth-profile-00 (дата звернення: 29.04.2026).

28. On a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) : Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022. *EUR-Lex*. URL: http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj (дата звернення: 29.04.2026).

29. On certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market («Directive on electronic commerce») : Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000. *EUR-Lex*. URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj (дата звернення: 29.04.2026).

30. On consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC : Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011. *EUR-Lex*. URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj (дата звернення: 29.04.2026).

31. On harmonised rules on fair access to and use of data and amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act) : Regulation (EU) 2023/2854 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023. *EUR-Lex*. URL: http://data.europa.eu/eli/reg/2023/2854/oj (дата звернення: 29.04.2026).

32. On jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) : Regulation (EU) № 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012. *EUR-Lex*. URL: http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj (дата звернення: 29.04.2026).

33. On services in the internal market : Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006. *EUR-Lex*. URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/123/oj (дата звернення: 29.04.2026).

34. On the law applicable to contractual obligations (Rome I) : Regulation (EC) № 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008. *EUR-Lex*. URL: http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj (дата звернення: 29.04.2026).

35. On the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) : Regulation (EC) № 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007. EUR-Lex. URL: http://data.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj (дата звернення: 29.04.2026).

36. On the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) : Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016. EUR-Lex. URL: http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj (дата звернення: 29.04.2026).

37. Online services, including e-commerce, in the Single Market : Commission Staff Working Document SEC(2011) 1641 final of 11 January 2012. *EUR-Lex*. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011SC1641 (дата звернення: 29.04.2026).

38. OpenAI Terms of Use. URL: https://openai.com/policies/terms-of-use (дата звернення: 29.04.2026).

39. Parallel AI Terms of Use. URL: https://www.withparallel.ai/terms-of-use (дата звернення: 29.04.2026).

40. Principles of European Contract Law. Parts I and II / eds. O. Lando, H. Beale. Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 1999. 612 p. URL: https://www.trans-lex.org/400200 (дата звернення: 29.04.2026).

41. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Study Group on a European Civil Code ; Research Group on EC Private Law ; eds. C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke. Outline Edition. Munich : Sellier European Law Publishers, 2009. 642 p. URL:

https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles__definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

42. Radin M. J. Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law. Princeton : *Princeton University Press*, 2013. 360 p. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2619496 (дата звернення: 29.04.2026).

43. Reed C., Edgar L. Consumer Protection in the Cloud. Cloud Computing Law / ed. by C. Millard. 2nd ed. Oxford : *Oxford University Press*, 2021. P. 218–252. URL: https://api.pageplace.de/preview/DT0400.9780191026072_A41381739/preview-9780191026072_A41381739.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

44. Regulation (EU) № 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market (eIDAS). *EUR-Lex*. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0910 (дата звернення: 29.04.2026).

45. Roșca C. Chapter 6. Dark patterns as infringements of EU consumer law. Digital Arms for Digital Consumer Harms: Mapping Legal and Technical Solutions for Dark Patterns in EU Consumer Law. Maastricht University Press, 2024. DOI: https://doi.org/10.26481/mup.2403.06. URL: https://pubpub.maastrichtuniversitypress.nl/pub/chapter-6-dark-patterns-as-infringements-of-eu-consumer-law (дата звернення: 29.04.2026).

46. Silicon Knights, Inc. v. Epic Games, Inc., No. 5:07-CV-275-D. United States District Court, Eastern District of North Carolina. 07.11.2012.

47. Spindler G. Contracts for the Supply of Digital Content — Scope of Application and Basic Approach. *European Review of Private Law*. 2016. Vol. 24, № 3. P. 183–208.

48. Tiketa UAB v M. Š. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 24 February 2022, Case C-536/20. *EUR-Lex*. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2022_165_R_0018 (дата звернення: 29.04.2026).

49. Tollen D. W. The Tech Contracts Handbook: Cloud Computing Agreements, Software Licenses, and Other IT Contracts for Lawyers and Businesspeople. 3rd ed. Chicago : ABA Publishing, 2021. 398 p.

50. U.S. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (ESIGN Act), 2000. Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC). URL: https://www.fdic.gov/resources/supervision-and-examinations/consumer-compliance-examination-manual/documents/10/x-3-1.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

51. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 / International Institute for the Unification of Private Law. Rome : UNIDROIT, 2016. LII, 460 p. URL: https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

52. Анісімов К. Г. Обгорткові ліцензійні договори у цивільному праві та судовій практиці України, США і країн ЄС : дис. ... д-ра філософії в галузі знань 08 «Право» : спец. 081 «Право» / наук. керівник В. Л. Яроцький ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2023. 231 с.

53. Бабіч І. Проблема визначення поняття «предмет договору» у цивільному праві та цивільному законодавстві України. *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 12. С. 29–32.

54. Багач Е. Оцінка істотності (необхідності та достатності) деяких умов цивільно-правового договору. *Підприємництво, господарство і право.* 2005. № 1. С. 26–28.

55. Бервено С. М. Проблеми договірного права України. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 392 с.

56. Білова Т. Г. Аналіз проблем довіри у хмарних технологіях. *Східноєвропейський журнал передових технологій.* 2013. № 2 (62). С. 59–62.

57. Білова Т. Г. Перспективи використання хмарних технологій в системах електронного документообігу. *Системи обробки інформації.* 2014. № 4 (120). С. 86–89.

58. Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект) : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2005. 442 с.

59. Ваганова І. М. Публічні договори та договори приєднання у цивільному праві. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2024. № 1. С. 126–128.

60. Голубєва Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2013. 40 с.

61. Гриняк А. Б. Загальні положення про договори та інші правочини. *Цивільне право України: погляд у майбутнє* : зб. матеріалів XIII Міжнар. цивіліст. форуму, м. Київ, 04 квіт. 2024 р. Одеса : Юридика, 2024. С. 34–38. URL: https://lawmaking.academy/wp-content/uploads/KRC_conf-_TSyvilne-pravo-Ukrayiny_cherven_2024.pdf#page=34 (дата звернення: 29.04.2026).

62. Давидова Н. Цивільно-правове регулювання інформаційних відносин SaaS (Software as a Service). *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 6. С. 16–21. DOI: https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.6.03. URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2021/6/3.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

63. Деякі питання надання та використання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних : постанова Кабінету Міністрів України від 11.02.2025 № 154 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/154-2025-%D0%BF (дата звернення: 29.04.2026).

64. Еннан Р.Є. Здійснення і захист авторських прав у цифровому середовищі (в мережі Інтернет). *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету.* Серія ПРАВО. 2024. Вип. 86: ч. 2. С. 101-107.

65. Євков А. М., Рубан О. О., Тупицька Є. О. Проблематика використання Open Source компонентів на умовах вільних публічних ліцензій у розробці

програмних продуктів. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука».* Серія : Юридичні науки. 2023. № 11. С. 169–177. URL: https://www.inter-nauka.com/uploads/public/17029700822431.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

66. Євлахова Е. Р. Істотні умови договорів про використання технологій хмарних обчислень. *Молодий вчений.* 2021. № 11 (99). С. 19–22. DOI: https://doi.org/10.32839/2304-5809/2021-11-99-4.

67. Жорнокуй В. Г. Вина юридичної особи: сучасний стан учення. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 1. С. 160–164.

68. Жорнокуй Ю. М. Свобода та обов'язковість виконання договору в цивільному праві України. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2022. № 4 (99). С. 69–80.

69. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.

70. Зазуляк І. І. Предмет договору як його істотна умова: теоретичний аспект. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ.* 2008. Вип. 42. С. 283–288.

71. Зазуляк І. І. Співвідношення істотних умов договору з іншими договірними умовами. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2008. Вип. 40. С. 277–284.

72. Ільків О. В. Істотні умови договору купівлі-продажу житла. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 188–191.

73. Карнаух Б. П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2014.

74. Карнаух Б. П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності : монографія. Харків : Право, 2014. 224 с.

75. Карнаух Б. П. Причинний зв'язок у деліктному праві : монографія. Харків : ЕКУС, 2025. 464 с.

76. Ківалова Т. С. Поняття та система зобов'язань у цивільному праві України. *Актуальні проблеми держави і права.* 2008. Вип. 38. С. 22–27.

77. Кодинець А. О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин: методологія, теорія, практика : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 34 с.

78. Колісникова Г. В., Тупицька Є. О. Принцип добросовісності в регулюванні споживчих договорів у цивільному праві України. *Право України*. 2021. № 9. С. 174–182. URL: http://jnas.nbuv.gov.ua/article/UJRN-0001417016 (дата звернення: 29.04.2026).

79. Коломис О. Ціна продажу як істотна умова договору купівлі-продажу нерухомості. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2017. № 5 (95). С. 70–74.

80. Комарницька І. І., Буцяк М. Поняття, ознаки та види цивільно-правової відповідальності. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 2. С. 159–162.

81. Кравчук Д., Захарук А. Актуальні проблеми відшкодування упущеної вигоди. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Юридичні науки. 2024. № 127 (1). С. 27–33.

82. Круглова О. О. Ціна як істотна умова цивільно-правових договорів. *Форум права*. 2011. № 2. С. 468–471. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2011_2_73 (дата звернення: 29.04.2026).

83. Кузнєцова Н. С. Інститут цивільно-правової відповідальності у вітчизняній та зарубіжній цивілістичній доктрині. *Право України*. 2019. № 1. С. 186–203.

84. Маліновська І. М., Острогляд Д. А., Чернявська Д. С., Целиковська О. А. Воєнний стан як підстава зміни істотних умов договору та підстава звільнення від відповідальності за порушення договірних зобов'язань. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 5. С. 192–195.

85. Мірзоян А. А. Розвиток інституту послуг. *Держава і право*. Київ, 2006. Вип. 31. С. 242–248.

86. Міхно О. І. Припинення договору за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. 26 с.

87. Мічурін Є. О. Особливості віртуальних благ у статиці та динаміці цивільних правовідносин. *Правовий часопис Донбасу*. 2022. № 2 (4). С. 35–39. URL: https://ljd.dnuvs.ukr.education/index.php/ljd/article/view/97/87 (дата звернення: 29.04.2026).

88. Мічурін Є. О. Смарт-контракт у приватному праві. *Форум права*. 2025. № 81 (1). С. 53–59. URL: https://forumprava.pp.ua/files/053-059-2025-1-FP-Michurin_8.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

89. Мічурін Є. О. Цифрова річ та інші цифрові блага як об'єкти цивільних прав. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* Серія : Право. 2025. Вип. 88, ч. 1. С. 323–327. URL: https://visnyk-pravo.uzhnu.edu.ua/article/view/329012/318713 (дата звернення: 29.04.2026).

90. Надьон В. В. Імплементація норм ЄС в українське законодавство щодо впровадження штучного інтелекту. *Європейські перспективи*. 2024. № 3. С. 314–321. URL: https://ep.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/EP-2024-3/EP_2024_3_314.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

91. Надьон В. В. Роль принципу добросовісності на стадії укладення договору прокату. *Право.ua*. 2023. № 1. С. 178–184. URL: http://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2023-1/Pravo_ua_2023_1_178.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

92. Надьон В. В., Даниленко О. В. Роль штучного інтелекту в цивільних правовідносинах в ЄС, Україні та інших країнах. *Право.ua*. 2023. № 4 (2). С. 194–201. URL: http://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2023-4-2/Pravo_ua_2023_4_2_194.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

93. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. 4-те вид., перероб. і допов. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2010. Т. 2. 1056 с.

94. Олійник А. Хмарне майбутнє SaaS договорів в Україні: юрист Андрій Олійник. *Advokat Post.* 25.06.2021. URL: https://advokatpost.com/khmarne-majbutnie-saas-dohovoriv-v-ukraini-iuryst-andrij-olijnyk/ (дата звернення: 29.04.2026).

95. Піхурець О. В. Правові аспекти використання «хмарних технологій». *Актуальні проблеми приватного права* : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяченої 97-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова, м. Харків, 22 лют. 2019 р. Харків, 2019. С. 195–200. URL: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwio1PyX0NPxAhVqposKHRXaBpkQFjAAegQIAxAD&url=http%3A%2F%2Funivd.edu.ua%2Fscience-issue%2Fissue%2F3593&usg=AOvVaw0n5av5JYe1q-31I_XI2dXE (дата звернення: 29.04.2026).

96. Погребняк В. Я. Виникнення, перехід та припинення суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : Алерта, 2020. 640 с.

97. Полченко С. С. Неукладений договір за законодавством України. *Форум права*. 2010. № 4. С. 736–740. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2010_4_117 (дата звернення: 29.04.2026).

98. Попова С. О. Інститут ділової репутації як приватно-правова категорія в умовах цифровізації. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія : Право. 2025. № 92, ч. 1. С. 495–500. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2026/01/73.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

99. Попова С. О. Особливості цивільно-правової відповідальності поліцейського за шкоду, завдану у стані крайньої необхідності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія : Право. 2023. № 78. С. 210–215. URL: https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2023/08/36-1.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

100. Попова С. О. Проблемні питання захисту ділової репутації подружжя крізь призму договорів у сфері сімейних правовідносин. *Наше право*. 2025. № 3. С. 117–122. URL: https://nashe-pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/NP-2025-3/NP_2025_3_117.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

101. Постанова Верховного Суду від 31.05.2022 у справі № 366/3214/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104580382 (дата звернення: 29.04.2026).

102. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 31.08.2022 у справі № 910/15264/21. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106078967 (дата звернення: 29.04.2026).

103. Принцип pacta sunt servanda: як його застосовують суди. *Судово-юридична газета*. 29.11.2019. URL: https://sud.ua/ru/news/publication/155731-printsip-pacta-sunt-servanda-yak-yogo-zastosovuyut-sudi (дата звернення: 29.04.2026).

104. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів : Закон України від 19.06.2020 № 738-IX // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/738-20 (дата звернення: 29.04.2026).

105. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 № 851-IV // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/851-15 (дата звернення: 29.04.2026).

106. Про електронну ідентифікацію та електронні довірчі послуги : Закон України від 05.10.2017 № 2155-VIII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/2155-19 (дата звернення: 29.04.2026).

107. Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 № 675-VIII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/675-19 (дата звернення: 29.04.2026).

108. Про захист інформації в інформаційно-комунікаційних системах : Закон України від 05.07.1994 № 80/94-ВР // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL:

https://zakon.rada.gov.ua/go/80/94-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 29.04.2026).

109. Про захист персональних даних : Закон України від 01.06.2010 № 2297-VI // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/2297-17 (дата звернення: 29.04.2026).

110. Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 № 1023-XII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/1023-12 (дата звернення: 29.04.2026).

111. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 № 2657-XII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/2657-12 (дата звернення: 29.04.2026).

112. Про торгово-промислові палати в Україні : Закон України від 02.12.1997 № 671/97-ВР // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/671/97-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 29.04.2026).

113. Про хмарні послуги : Закон України від 17.02.2022 № 2075-IX // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/2075-20 (дата звернення: 29.04.2026).

114. Про хмарні послуги : проєкт Закону України № 2655. Законопроекти / Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2655&skl=10 (дата звернення: 29.04.2026).

115. Про цифровий контент та цифрові послуги : Закон України від 10.08.2023 № 3321-IX // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/3321-20 (дата звернення: 29.04.2026).

116. Про цифровий контент та цифрові послуги : проєкт Закону України № 6576 від 31.01.2022. Законопроекти / Верховна Рада України. URL: https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/38875 (дата звернення: 29.04.2026).

117. Програмне забезпечення як послуга. Термінологія законодавства / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/term/42513 (дата звернення: 29.04.2026).

118. Проєкт Цивільного кодексу України (Кодексу права приватного) № 14394 від 22.01.2026. Законопроекти / Верховна Рада України. URL: https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/69528 (дата звернення: 29.04.2026).

119. Публічний договір (оферта) про надання послуг щодо надання у тимчасове користування хмарної інфраструктури Tucha (ТОВ «ХМАРА»). URL: https://tucha.ua/uk/docs/offer/publichnyy-dohovir-oferta-pro-nadannya-posluh-z-nadannya-u-strokove-platne-korystuvannya-virtualnoyi (дата звернення: 29.04.2026).

120. Рева А. О., Григор'єв В. І. Поняття та види договорів з використанням хмарних технологій у міжнародному приватному праві. *Журнал східноєвропейського права*. 2021. № 84. С. 60–73.

121. Ринок хмарних послуг в Україні очима експертів: виклики й адаптація на тлі глобальних змін. *ProIT*. URL: https://proit.ua/rinok-khmarnikh-poslugh-v-ukrayini-ochima-iekspiertiv-vikliki-ta-adaptatsiia-na-tli-ghlobalnikh-zmin/ (дата звернення: 29.04.2026).

122. Рішення Господарського суду Одеської області від 29.12.2023 у справі № 916/2078/22. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/115517657 (дата звернення: 29.04.2026).

123. Рішення Сихівського районного суду м. Львова від 20.12.2023 у справі № 464/6924/23. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/115933571 (дата звернення: 29.04.2026).

124. Родоман Т. О. Одностороння відмова від договору як підстава зміни його умов. *Судова апеляція*. 2014. № 2 (35). С. 106–110.

125. Родоман Т. О. Проблема визначення поняття зміни умов договору в цивільному законодавстві України. *Судова апеляція*. 2014. № 3. С. 112–118.

126. Ромась Д. С. Протиправна поведінка як умова цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права. *Університетські наукові записки*. 2020. № 3–4 (75–76). С. 207–216.

127. Сібільов М. Зміст цивільно-правового договору. *Вісник Академії правових наук України.* 2003. № 1 (32). С. 93–99.

128. Сібільова О. В. Договори в сфері надання інформаційних послуг : дис. ... д-ра філософії : 081 «Право». Харків, 2020. 254 с.

129. Сібільова О. Відповідальність за порушення договору про надання інформаційних послуг. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 2. С. 53–58.

130. Сібільова О. Поняття договору про надання інформаційних послуг. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 11. С. 70–74.

131. Скакун Ю. Є. Попередній договір за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2012. 174 с.

132. Соловйов Є. О. Адаптація міжнародного досвіду складання договорів у сфері цивільного обороту діджитал-технологій до національного середовища. *Актуальні шляхи вдосконалення українського законодавства* : зб. тез наук. доп. і повідомлень XIX Всеукр. наук.-практ. конф. вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів, м. Харків, 17 трав. 2024 р. Харків, 2024. С. 203–207.

133. Соловйов Є. О. Зміна концептуальних засад сутності договорів у сфері цивільного обороту в контексті впровадження процесів діджиталізації: на прикладі використання ChatGPT (штучного інтелекту). *Вдосконалення правового регулювання: погляд молодих науковців* : матеріали щорічної Всеукраїнської науково-практичної конференції здобувачів освіти та молодих вчених, м. Івано-Франківськ, 11 травня 2024 р. Івано-Франківськ, 2024. С. 219–222. URL: https://law.pnu.edu.ua/wp-content/uploads/sites/100/2024/07/youth2024.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

134. Соловйов Є. О. Порядок укладення договору про надання хмарних послуг за чинним законодавством України. *Право.ua*. 2025. № 2. С.

286–292. DOI: https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2025.2.45. URL: https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2025-2/Pravo_ua_2025_2_286.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

135. Соловйов Є. О. Правове регулювання відносин щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги у праві Європейського Союзу. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах* : матеріали наук.-практ. конф., присвяченої пам'яті проф. Ч. Н. Азімова, м. Харків, 16 січ. 2026 р. Харків : Право, 2026. С. 377–384. DOI: https://doi.org/10.31359/9786178617202.

136. Соловйов Є. О. Предмет як істотна умова договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за цивільним законодавством України. *Наше право*. 2026. № 1. С. 407–413. DOI: https://doi.org/10.71404/NP.2026.1.56. URL: https://nashe-pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/NP-2026-1/NP_2026_1_407.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

137. Соловйов Є. О. Цивільно-правова природа договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги (SaaS) за цивільним законодавством України. *Право.ua.* 2025. № 4. С. 428–436. DOI: https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2025.4.60. URL: https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2025-4/Pravo_ua_2025_4_428.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

138. Соловйов Є. О. Правова природа договору Software as a Service (SaaS). *Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених, курсантів та студентів* : тези доп. Всеукр. наук.-практ. конф., м. Вінниця, 21 черв. 2024 р. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; Нац. акад. правових наук України. Харків : ХНУВС, 2024. С. 342–344. URL: https://dspace.univd.edu.ua/server/api/core/bitstreams/887ffa9b-7363-48eb-be8d-ba1e4d4261fb/content (дата звернення: 29.04.2026).

139. Сурженко О. Права та обов’язки сторін у договорі: загальне й особисте. *Юридичний радник*. 2007. № 6 (20). С. 34–37.

140. Теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / О. В. Петришин та ін. ; за ред. О. В. Петришина. Харків : Право, 2014. 368 с.

141. Типовий договір про надання хмарних послуг та/або послуг центру обробки даних публічному користувачу хмарних послуг та оператору критичної інфраструктури щодо об’єкта критичної інформаційної інфраструктури : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 11.02.2025 № 154 // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/154-2025-%D0%BF (дата звернення: 29.04.2026).

142. Томчишен С. Підстави для визнання договору неукладеним. *Підприємництво, господарство і право*. 2006. № 11. С. 24–29.

143. Тупицька Є. О., Маслова-Юрченко К. О., Явор О. А. Особливості цивільно-правового регулювання договірних відносин венчурного інвестування в Україні. *Право і суспільство.* 2024. № 2. С. 122–127. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2024/2_2024/18.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

144. Угода про використання служб Microsoft. *Microsoft Corporation*. URL: https://www.microsoft.com/uk-ua/servicesagreement/ (дата звернення: 29.04.2026).

145. Утєхін І. Б. Якість послуг за договором у цивільному праві. *Університетські наукові записки.* 2010. № 4 (36). С. 57–62.

146. Філатова Н. Ю. Регулювання особливостей укладення електронних договорів: порівняльно-правовий аналіз. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 63–77.

147. Цивільне право України : підручник / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової. 3-тє вид. Київ : Правова єдність, 2011. 986 с.

148. Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / Д. В. Боброва та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. Київ : Юрінком Інтер, 1999. Кн. 1. 864 с.

149. Цивільний кодекс України : Кодекс України; Закон, Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/435-15 (дата звернення: 29.04.2026).

150. Що таке дискреція суду та які її межі: цікава судова практика. *ЮРЛІГА*. URL: https://jurliga.ligazakon.net/analitycs/230819_shcho-take-diskretsya-sudu-ta-yak--mezh-tskava-sudova-praktika (дата звернення: 29.04.2026).

151. Яковлев Д. О. Договір про конфіденційність в цивільному праві України : дис. ... д-ра філософії : спец. 081 «Право». Харків, 2021. 221 с.

152. Яковлев Д. О. Конфіденційність як цивілістична категорія та предмет цивільно-правового договору. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 1. С. 112–114. URL: http://www.lsej.org.ua/1_2021/27.pdf (дата звернення: 29.04.2026).

153. Якубівський І. Є. Проблеми набуття, здійснення та захисту майнових прав інтелектуальної власності в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Львів : Львівський національний університет імені Івана Франка, 2019. 520 с.

154. Яроцький В. Л., Філонова Ю. М. Зміна шаблонних підходів щодо допустимості та меж використання персональних даних фізичної особи як зустрічного надання у IT-договорах. *Академічні візії*. 2024. Вип. 33. С. 1–9. DOI: https://doi.org/10.5281/zenodo.13911856.

155. Яроцький В. Л., Філонова Ю. М. Зустрічне виконання зобов’язань у смарт-контрактах за цивільним законодавством України. *Академічні візії*. 2024. № 31. С. 1–7. URL: https://academy-vision.org/index.php/av/article/view/1297/1275 (дата звернення: 29.04.2026).

156. Яроцький В. Л., Філонова Ю. М. Зустрічні договірні зобов’язання у цифровому сегменті цивільного обороту за законодавством

України. *Академічні візії*. 2024. № 32. С. 1–7. URL: https://www.academy-vision.org/index.php/av/article/view/1383/1278 (дата звернення: 29.04.2026).

157. Яроцький В. Л., Шеховцов В. В., Філонова Ю. М. Специфіка цивільно-правової природи та перспективи застосування у вітчизняній ІТ-сфері договорів про рівень обслуговування (Service Level Agreement). *Право та інновації*. 2024. № 1 (45). С. 51–59. DOI: https://doi.org/10.37772/2518-1718-2024-1(45)-7.

ДОДАТОК
СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ ТА ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні результати дисертації:

1. Соловйов Є. О. Порядок укладення договору про надання хмарних послуг за чинним законодавством України. *Право.ua.* 2025. № 2. С. 286–292. DOI: https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2025.2.45. URL: https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2025-2/Pravo_ua_2025_2_286.pdf

2.Соловйов Є. О. Цивільно-правова природа договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги (SaaS) за цивільним законодавством України. *Право.ua.* 2025. № 4. С. 428–436. DOI: https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2025.4.60. URL: https://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/Pravo-ua-2025-4/Pravo_ua_2025_4_428.pdf

3.Соловйов Є. О. Предмет як істотна умова договору про надання програмного забезпечення як хмарної послуги за цивільним законодавством України. *Наше право.* 2026. № 1. С. 407–413. DOI: https://doi.org/10.71404/NP.2026.1.56. URL: https://nashe-pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/archive/NP-2026-1/NP_2026_1_407.pdf

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1.Соловйов Є. О. Зміна концептуальних засад сутності договорів у сфері цивільного обороту в контексті впровадження процесів діджиталізації: на прикладі використання ChatGPT (штучного інтелекту). *Вдосконалення правового регулювання: погляд молодих науковців* : матеріали щорічної Всеукраїнської науково-практичної конференції здобувачів освіти та молодих вчених (м. Івано-Франківськ, 11 травня 2024 р.). Івано-Франківськ, 2024. С. 219–222. URL: https://law.pnu.edu.ua/wp-content/uploads/sites/100/2024/07/youth2024.pdf

2. Соловйов Є. О. Адаптація міжнародного досвіду складання договорів у сфері цивільного обороту діджитал-технологій до національного середовища. *Актуальні шляхи вдосконалення українського законодавства* : збірник тез наукових доповідей і повідомлень XIX Всеукраїнської науково-практичної конференції вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів (м. Харків, 17 травня 2024 р.). Харків, 2024. С. 203–207.

3.Соловйов Є. О. Правова природа договору Software as a Service (SaaS). *Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених, курсантів та студентів* : тези доповідей Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Вінниця, 21 червня 2024 р.) / МВС України, Харківський національний університет внутрішніх справ; Національна академія правових наук України. Харків: ХНУВС, 2024. С. 342–344. URL: https://dspace.univd.edu.ua/server/api/core/bitstreams/887ffa9b-7363-48eb-be8d-ba1e4d4261fb/content

4. Соловйов Є. О. Правове регулювання відносин щодо надання програмного забезпечення як хмарної послуги у праві Європейського Союзу. *Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах* : матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора Ч. Н. Азімова (м. Харків, 16 січня 2026 р.). Харків : Право, 2026. С. 377–384. DOI: https://doi.org/10.31359/9786178617202