

УДК 347.441:659.1

**ЗМІСТ, ФОРМА, ПОРЯДОК УКЛАДАННЯ ТА ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ  
ПРО НАДАННЯ РЕКЛАМНИХ ПОСЛУГ – ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

**Жирнова К. О.,**

здобувач

Харківського національного університету  
внутрішніх справ

**Анотація:** Визначено зміст та правову природу договору про надання рекламних послуг. Розглянуто основні проблемні аспекти порядку укладання, а також виконання умов договору про надання рекламних послуг. Визначено зв'язок між договором про надання рекламних послуг, а також контролем за дотриманням основних вимог рекламного законодавства України. Досліджено основні наукові підходи до визначення правової природи договору про надання рекламних послуг. Запропоновано можливі шляхи вирішення існуючих проблемних аспектів в питаннях встановлення змісту, а також порядку укладання та виконання договору про надання рекламних послуг.

**Ключові слова:** реклама, правочин, мовчазна згода, письмова форма договору, товари, укладання договору, договір про надання рекламних послуг.

**Аннотация:** Определены содержание и правовая природа договора о предоставлении рекламных услуг. Рассмотрены основные проблемные аспекты порядка заключения, а также выполнения условий договора о предоставлении рекламных услуг. Определена связь между договором о предоставлении рекламных услуг, а также контроль за соблюдением основных требований рекламного законодательства Украины. Исследованы основные научные подходы к определению правовой природы договора о предоставлении рекламных услуг. Предложены возможные пути решения существующих проблемных аспектов в вопросах установления содержания, а также порядка заключения и исполнения договора о предоставлении рекламных услуг.

**Ключевые слова:** реклама, сделка, молчаливое согласие, письменная форма договора, товары, заключение договора, договор о предоставлении рекламных услуг.

**Annotation:** The content and legal nature of the contract for advertising services. The main problematic aspects of the procedure of drawing, as well as performance of the contract for advertising services. Certain relationship between the contract for advertising services, as well as control over compliance with the basic requirements of the advertising legislation of Ukraine. The basic scientific approaches to determining the legal nature of the contract for advertising services. Possible solutions to existing problem areas in terms determine the content and order of execution and fulfillment contract for advertising services.

**Key words:** advertising, transaction, acquiescence, the written form of the contract, the goods, contract, contract for advertising services.

На сучасному етапі договірні відносини посідають одне з найголовніших місць в цивільних правовідносинах. Відомо, що договір являє собою формальний регулятор взаємовідносин між його суб'єктами. Дійсно, за допомогою договору укладеного в тій чи іншій формі (залежно від вимог законодавства та волі сторін) відбувається відображення та регулювання основних прав та обов'язків його сторін, встановлюються певні межі дозволених дій суб'єктів договору, розподіляється відповідальність сторін, а саме контрагента, інших осіб та держави в цілому. Нормативне закріплення тих чи інших видів договорів є важливим з правової точки зору.

Як зазначає Є.С. Жидкова: «В настоящее время происходит преобразование правового регулирования экономических отношений. Прежде всего, причем в некоторых случаях коренным образом, меняется гражданское законодательство. Появляется множество новых гражданско-правовых договоров, расширяется свобода субъектов экономических отношений...» [1, с. 98]. Й дійсно з цим висловлюванням важко не погодитися. Такий стан речей обумовлений перш за все стрімким розвитком нових галузей суспільних відносин, а також укріпленням та поширенням відносин, які мають місце вже тривалий час. Саме через постійну зміну характеру та виду деяких суспільних відносин виникає потреба в їх детальному та окремому правовому регулюванні. Іноді з'являється

необхідність конкретизувати та, навіть, виділити такі відносини серед низки інших схожих на нормативному рівні. Саме такий характер, з нашої точки зору, носять відносини в сфері надання рекламних послуг. Так, реклама на сучасному етапі посідає одне з найголовніших місць у нашому житті. Реклама, прототип якої спостерігається ще за часів Стародавнього Єгипту, на сьогодні зустрічається майже всюди. Джерелами реклами стали телебачення, радіомовлення, печатні засоби масової інформації, транспортні засоби, біг-борди та ін. Враховуючи ступінь впливу реклами на інтереси багатьох осіб, а також основну мету реклами – спонукання до обрання пропозиції певного товаровиробника, наявність якісного законодавства у цій сфері є необхідною. Однак, на жаль, на сьогодні ми бачимо суттєві недоліки у цьому питанні, наявність яких призводить до порушення прав та законних інтересів зацікавлених осіб, а також до порушення вимог ряду чинних нормативно-правових актів України та ратифікованих Україною міжнародно-правових договорів.

Як вище було зазначено, договір посідає важливе місце у сучасних правовідносинах й правовідносини, що виникають в сфері реклами не є виключенням. У цьому випадку ми говоримо, перш за все, про договір, який укладається між замовником реклами та рекламною компанією з приводу, відповідно, надання рекламних послуг. З урахуванням специфіки таких відносин зміст, форма, особливості укладання та інші питання стосовно договору про надання рекламних послуг є вкрай важливими на сьогодні. Однак, не

дивлячись на це, ми бачимо наявність великих прогалин чинного цивільного законодавства в питаннях врегулювання саме цієї групи договорів. Фактично такої групи договорів, на сьогодні, не існує. Саме вивченню питань, пов'язаних з договором про надання рекламних послуг, й присвячена ця стаття.

Метою та завданням статті є дослідження основних питань та проблемних аспектів цивільно-правового регулювання договірних відносин в сфері надання рекламних послуг, а також вивчення специфіки порядку укладання та змісту договору про надання рекламних послуг.

Окремим питанням у галузі договірних відносин, а також відносин у сфері реклами, загалом, присвячені праці таких вчених як: Є. Жидкова [1], Р. Шишка [2], О. Іоффе [4], В. Мусін [4], Ю. Романець [5], С. Сліпченко [3], О. Смотров [3], В. Кройтор [3].

Як зазначалося вище, сучасне цивільне законодавство України не містить такої окремої групи договорів як договір про надання рекламних послуг. Одночасно з цим стрімкий зріст відносин у сфері реклами став причиною укладання великої кількості договорів у сфері виготовлення реклами, у сфері розповсюдження реклами та ін. Відсутність окремого правового врегулювання договору про надання рекламних послуг призводить до того, що виникає необхідність застосовувати до таких договорів положення Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) за аналогією. Така аналогія носить досить невизначений характер і на практиці ми бачимо застосування положень Глави 63 ЦК України, що іменується «Послуги», й застосування положень ЦК України в галузі виконання робіт. Як зазначає О. Р. Шишка в своєму дисертаційному дослідженні: «Застосування рекламних договорів у підприємницькій практиці» в цілому здійснюється відповідно до принципу диспозитивності, допускаючи можливість укладення договору, у тому числі й такого, який прямо не передбачений законом, але не суперечить загальним засадам та значенню цивільного законодавства (ст. 11 ЦК України). Іншими словами, при регулюванні рекламних правовідносин та особливо в договірній сфері акценти зміщуються від позитивного регулювання у бік договірності. Це створює значні складнощі в єдності практики, розумінні типології договорів та дотриманні послідовності при розгляді спорів у судах. Відсутність таких договорів у кодифікованих актах ускладнює цю ситуацію» [2, с. 58]. Договір являє собою загальний вольовий акт, заснований взаємним волевиявленням його сторін, сформованими та вираженими вільно, без якого-небудь зовнішнього впливу на їх волю. Ця свобода від зовнішнього впливу в цивільному праві відведена до рангу загальних принципів – принцип свободи договору, який складається з трьох елементів: свобода укладення договору, свобода вибору договору, що укладатиметься, свобода визначення умов договору [3, с. 160]. Принцип свободи договору є невід'ємною частиною цивільно-правових відносин, він яскраво відображає диспозитивний характер цих відносин, але водночас ускладнює питання укладення та виконання деяких видів договорів. Наприклад у випадку з договором,

що розглядається, сторони договору вільні щодо обрання багатьох положень змісту такого договору, його істотних умов, меж відповідальності сторін. Оскільки чинне цивільне законодавство не містить положень стосовно договору про надання рекламних послуг, рекламні агентства (що зазвичай виступають авторами тексту договору) відносячи його до певної групи договорів, передбачених ЦК України з формальним урахуванням положень законодавства про рекламу. Таким чином ми отримуємо або різновид договору про надання послуг, або договору про виконання робіт (підряду) з притаманними йому властивостями. З цього виходить, що договір фактично відповідає вимогам чинного законодавства, а значить є законним. Однак, з нашої точки зору, застосування загальних положень ЦК України щодо послуг чи підряду не може в повній мірі забезпечити дотримання вимог законодавства у питаннях реклами, а відповідно постає питання про недоцільність такого застосування.

Стосовно правової природи договору на створення та розповсюдження реклами О. Р. Шишка в своєму дисертаційному дослідженні проводить аналіз співвідношень в такому договорі спільних рис з договором підряду та договором про надання послуг. Аналізуючи положення чинного законодавства та думки вчених О. Р. Шишка зазначає: «...у нашому випадку метою аналізованого нами договору є добросовісне надання послуг та/або робіт рекламистом рекламодавцю у створенні та розповсюдженні інформації про осіб або продукцію, що також є підставою для приєднання договору на створення та розповсюдження реклами до групи договорів про надання послуг та договорів про виконання робіт. Причому неважливо, чи досягне даної мети рекламист чи ні; в даному випадку для визначення юридичної природи договору конкретний кінцевий результат не потрібен. Звідси, цей договір не може бути ні чистим підрядом ні чистою послугою. Вихід із такого неоднозначного становища може бути або у визначенні його як змішаного, або у формуванні проміжного договірності типу, наприклад підрядоподібного» [2, с. 69]. З цією думкою погодитися важко з таких підстав.

Перш за все ми вважаємо недоцільним застосування до договору про надання рекламних послуг положень цивільного законодавства стосовно підряду. На нашу думку, договір підрядних робіт та договір про надання рекламних послуг є взаємовиключними. Так поняття договору про надання послуг та виконання робіт відоме цивілістичній науці ще з часів Стародавнього Риму. Як зазначає О. С. Іоффе: «римляне различали два вида найма: а) наем вещи (locatiorei), б) наем работы (услуг), который в свою очередь конструировался в двух различных вариантах – как locatio operum или как locatio operisferendi. В первом случае происходило то, что в далеком историческом будущем трансформировалось в наем раб очей силы: контрагент обязывался за обусловленную плату предоставить соответствующую способность к труду для использования в определенных целях. Во втором случае выкристаллизовывался прототип договора, который в последующие исторические эпохи обрел правовую самостоятельность под наименованием договора подряда: контрагент за обусловленную

плату об'язувався не просто к какой-либо работе, а к выполнению полученного им заказа, к достижению заранее оговоренного заказчиком результата» [4, с. 126-127]. Вже з цього визначення яскраво вбачається одна відмінна риса між двома названими видами договорів – наявність чи відсутність результату, тобто певного матеріалізованого результату проведеної роботи. На сьогодні чинне цивільне законодавство більш конкретизовано розмежує ці види договорів. Так ст. 837 ЦК України дає таке визначення договору підряду: «за договором підряду одна сторона (підрядчик) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу» [6, ч. 1 ст. 837]. Одночасно ст. 901 ЦК України зазначає, що договір про надання послуг, це договір, за яким одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається у процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором [6, ч. 1 ст. 901]. Тобто першою та найголовнішою різницею між цими двома видами договорів є притаманна договору підряду матеріальна ознака (тобто обов'язковість кінцевого матеріального результату) та відсутність такої ознаки в договорі про надання послуг, одночасно з цим договір про надання послуг завжди є тісно пов'язаним з виконавцем, тоді як в договорі підряду нерідко особа виконавця не відіграє вирішальної ролі.

Так, на підтвердження нашої позиції, можна привести висловлювання, стосовно ознак договору про надання послуг, що було надано Ю.В. Романець: «...результату предшествует совершение действий, не имеющих материального воплощения, составляющих вместе с ним единое целое. Поэтому при оказании услуг продается не сам результат, а действие к нему» [5, с. 110].

Як нам вбачається, при отриманні замовлення на створення реклами певного товаровиробника рекламна агенція зобов'язується надати комплекс послуг із створення рекламного слогану, рекламного ролику. Одночасно з цим чи можна говорити про отримання результату, який матиме матеріальне вираження? Результат, який буде отриманий, скоріше має нематеріальний характер. Реклама товаровиробника – це систематичні дії рекламної агенції, а також власників джерела реклами, що носять триваючий характер та споживатиметься лише певний проміжок часу. В результаті припинення відносин між суб'єктами договору зазвичай припиняється й сама реклама. Єдиним випадком, на нашу думку, коли можна говорити про виконання в рекламній справі робіт, це домовленість сторін про створення джерела реклами, наприклад біг-борду, макету, рекламних плакатів, та ін. Однак такі угоди укладаються не між рекламною агенцією, а між окремою установою, створеною з метою виконання подібного роду робіт, наприклад різного роду типографії.

При застосуванні до договору про надання рекламних послуг положень законодавства стосовно договорів про надання послуг за аналогією виникає

ряд проблем. Так, цивільне законодавство не містить спеціальних вимог стосовно порядку укладання договору про надання послуг. Таким чином, ми говоримо, що до такого договору застосовуються загальні положення ЦК України стосовно порядку укладання договору. Однак, на нашу думку, не всі загальні положення ЦК України стосовно порядку укладання договору можливо застосовувати в договорі про надання саме рекламних послуг. Так цивільне законодавство України, а саме ст. 205 ЦК України передбачає свободу сторін у виборі форми договору, а також у способі волевиявлення сторін. Положеннями цієї статті зазначено, що правочин може вчинятися усно або в письмовій формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Правочин, для якого законом не встановлена обов'язкова письмова форма, вважається вчиненим, якщо поведінка сторін засвідчує їхню волю до настання відповідних правових наслідків. У випадках, встановлених договором або законом, воля сторони до вчинення правочину може виражатися її мовчанням. передбачає можливість укладання договору шляхом мовчазної згоди, тобто правочин – мовчанням [6, Ст. 205]. Однак, на нашу думку специфіка відносин, що розглядаються не дозволяє застосовувати до такого виду договорів усної форми, а також вчинення цього правочину мовчанням. Правочин, що укладається між учасниками рекламної справи повинен відповідати не лише загальним вимогам цивільного законодавства, що стосується договірних відносин, а й основним засадам Закону України «Про рекламу». Положеннями ст. 7 вказаного Закону передбачені основні принципи реклами, що включають до себе законність, точність, достовірність, використання форм та засобів, які не завдають споживачеві реклами шкоди [7, ч. 1 ст. 7]. Ці принципи були сформовані виходячи, перш за все з того, що реклама може мати як позитивний результат у вигляді успішного просування продукції товаровиробника, вдалої конкурентоспроможності на ринку, поінформованість споживача про існування певного товару, так і негативний результат у вигляді нанесення шкоди споживачеві, окремо дітям та підліткам, а також конкурентам рекламодавця. Таким чином реклама має вагомe соціальне значення та договір на надання рекламних послуг не може носити вербальну форму. Сторони договору повинні добре усвідомлювати всі умови договору, на нашу думку на сторону, зобов'язану виконати всі дії стосовно створення та розповсюдження реклами повинен бути покладений тягар відповідальності не лише за якісне виконання обов'язків передбачених договором, а й за розповсюдження реклами заборонених товарів, нанесення шкоди споживачеві такої реклами та інші негативні наслідки. Таким чином виробник реклами повинен добре усвідомлювати всі умови договору та свідомо приймати рішення про укладання такого договору. Таку саме обізнаність повинен мати й рекламодавець. Виходячи з цього ми не можемо говорити про наявність акцепту сторони із застосуванням загальних положень про мовчазну згоду.

Крім того проблемним питанням, на нашу думку є укладання договору на надання рекламних послуг, а також розповсюдження реклами через мережу

Інтернет. Сучасне життя характеризується постійним технічним прогресом і на сьогодні мережа Інтернет стала найпопулярнішим джерелом інформації. Однак, на жаль, питання, пов'язані з правовим регулюванням рекламування за допомогою розміщення рекламної інформації на сайтах мережі Інтернет є найскладнішим на сьогодні. Так, чинне законодавство України не містить положень, які стосуються порядку укладання та виконання договору між рекламними агенціями та власниками сайтів стосовно розповсюдження рекламної інформації. Одночасно з цим ми бачимо рекламні вікна, слогани, позначки, ролики навіть на сайтах призначених для дітей та підлітків. При цьому правова неврегульованість цього питання, а також наявність певних технічних проблем призводить до неможливості не лише притягнення винних осіб до відповідальності, а й взагалі визначення особи рекламіста – тобто виробника та розповсюджувача реклами. Тобто не дивлячись на те, що Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони реклами, спонсорства та стимулювання продажу тютюнових виробів» від 22 вересня 2011 року Закон про рекламу було доповнено положеннями, якими заборонено рекламу тютюнових виробів, рекламу знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби у мережі Інтернет, крім веб-сайтів, призначених для повнолітніх осіб, обов'язковою умовою доступу до яких є попередня ідентифікація віку користувачів [8], таку рекламу можна зустріти майже на будь-якому сайті призначеному для публічного перегляду. Однак, одночасно з цим наявний договір про надання рекламних послуг, укладений в усній чи письмовій формі, який несе на собі тягар формального регулятора відносин між рекламодавцем, розповсюджувачем реклами, власником джерела реклами (сайту). Як нам вбачається при наявності жорсткого та якісного нормативного врегулювання питань укладання такого договору, загалом наявності обов'язку письмової форми такого договору, наявності більшого кола обов'язків на всіх сторонах такого договору з'являється можливість уникнення ряду зазначених порушень.

Таким чином, враховуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що сучасне цивільне законодавство в галузі правового врегулювання договору про надання рекламних послуг є недосконалим та містить безліч прогалин, які потребують негайного вирішення. Враховуючи значення реклами не лише для її безпосередніх суб'єктів, а й для інтересів суспільства, держави взагалі, виникає необхідність більш деталізованого визначення вимог до договору про надання рекламних послуг, як основного регулятора цих відносин. Крім того наявною залишається необхідність більш конкретизованого та жорсткого регламентування порядку укладання проаналізованого договору, а також механізму притягнення до відповідальності безпосередньо сторін такого договору, а також третіх осіб.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Жидкова Е.С. К вопросу о смешанных договорах в гражданском праве. // Методология дослідження проблем цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяченій пам'яті професора О. А. Пушкіна (26 травня 2012 р.). – Х. : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2012. – 465 с.
2. Шишка О. Р. Договір на створення та розповсюдження реклами: дис...канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. / Шишка О. Р., 2005. – 216 с.
3. Слипченко С. А. Гражданское и семейное право: Конспект ответов на зачете и экзамене / С. А. Слипченко, О. И. Смотров, В. А. Кройтор. Учеб. Пособие. – Х. : Эспада, 2004. – 320 с.
4. Иоффе О. С., Мусин В. А. Основы римского гражданского права. – Ленинград: Из-во Ленинградского ун-та. – 1975. – 156 с.
5. Романец Ю. В. Договор возмездного оказания услуг // Закон. 1999. – № 10. – С. 110.
6. Цивільний кодекс України: від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 44. – Ст. 356.
7. Про рекламу: Закон України від 03.07.1996 р. № 270/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 39. – Ст. 181.
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони реклами, спонсорства та стимулювання продажу тютюнових виробів: Закон України від 22.09.2011 № 3778-VI // Голос України, 2012. – № 48.