

УДК 347.447.5

Федосенко Н.А.

*адвокат, асистент кафедри права
гуманітарного факультету
Національний аерокосмічний університет імені М.Є. Жуковського
«Харківський авіаційний інститут»*

ІСТОТНІ УМОВИ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ МАРКЕТИНГОВИХ ПОСЛУГ

Постановка проблеми. У даний час усе більше українських підприємців розглядають маркетингові дослідження як обов'язкову передумову ухвалення управлінських рішень. Причому навіть за наявності власних маркетингових служб або відділів суб'єкти підприємницької діяльності звертаються до послуг спеціалізованих організацій, що передбачає договірне врегулювання відповідних відносин. Юридичне оформлення процесу одержання, використання, охорони і поширення інформації, отриманої під час маркетингових досліджень, опосередковується договором із надання маркетингових послуг. Під час укладання договору про надання маркетингових послуг постає низка питань, пов'язаних із визначенням істотних умов даного договору.

Огляд останніх досліджень і публікацій. У науці цивільного права історичні дослідження в галузі договірної права не є новими. Майже кожна наукова робота із проблем договірної права містить з'ясування еволюції відповідного предмета дослідження. Питання узгодження істотних умов договору вивчали такі вчені, як: С.М. Бервено, О.В. Дзера, О.П. Подцерковний, С.С. Потопальський, С.О. Бородовський, С.А. Подоляк, Т.В. Бобко та інші, проте єдиної наукової позиції щодо того переліку умов, які називаються законом як істотні, нині немає [1; 2; 3; 4; 5].

Формулювання завдань дослідження. Важливим є вивчення переліку істотних умов договору, який міститься в чинному законодавстві, аналіз термінів, які вживаються в правових нормах на позначення таких умов, та отримання певного висновку стосовно істот-

них умов договору про надання маркетингових послуг, зокрема, відображення в законодавстві окремих умов як істотних.

Виклад основного матеріалу. Зважаючи на важливість договору в цивільному праві, зазначимо, що однією із загальних засад цивільного законодавства є свобода договору, а його укладення залежить від домовленості сторін за істотними умовами договору, що робить цей аспект актуальним. Через розширення цивільним законодавством договірної свободи, наявність у ньому засад диспозитивності потребують переосмислення основи договірної права. Це також зумовлюється реформуванням цивільного права, встановленням суто приватницьких засад його регулювання, необхідністю інтеграції в законодавство Європейського Союзу. Визначення переліку істотних умов договору має першочергове значення для його укладення. Незважаючи на те, що в чинному законодавстві міститься розширений перелік умов, які є істотним для деяких видів договорів, у правозастосовній практиці трапляються випадки не відображення їх повного складу в тексті договору [6].

Навіть більше, у правових спорах суди часто обирають позицію, згідно з якою окремі умови, хоч і названі в законі як істотні, не перешкоджають виконанню договору, а тому їх відсутність не може бути підставою для визнання договору неукладеним. Науковий світ також розійшовся в поглядах щодо того, чи коректний нині визначений перелік істотних умов у законодавстві, чи необхідне його обмеження або запровадження єдиного закри-

того переліку умов, що стануть істотними для всіх договорів у цивільному праві.

За змістом положень ч. 1 ст. 626 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості [7].

Згідно зі ст. ст. 638, 639 ЦК України, договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Отже, непогодження сторонами істотних умов договору може бути лише підставою для визнання договору неукладеним. Проте визнання договору неукладеним може мати місце на стадії укладення договору, а не за наслідками його виконання сторонами; якщо дії сторін свідчать про те, що оспорюваний договір фактично було укладено, суд має розглянути по суті питання щодо відповідності його вимогам закону. Вказаної правової позиції дійшов Верховний Суд України в постановках від 23 вересня 2015 р. у справі № 3–502гс15 [8]; від 20 квітня 2016 р. у справі № 3–287гс16 [9]; від 6 липня 2016 р. у справі № 3–436гс16 [10].

Крім того, визначення договору як неукладеного може мати місце на стадії укладення договору в разі, якщо сторони не досягли згоди з усіх його істотних умов, а не за наслідками виконання договору сторонами. Зазначена правова позиція викладена в постанові Верховного Суду України від 25 червня 2011 р. у справі № 3–58гс11 [11].

Законодавчі норми в частині регулювання умов договору умовно поділяються на три види. По-перше, це норми, які встановлюють істотні умови для конкретного договору, вживаючи водночас термін «істотні». По-друге, це норми, які зазначають низку умов, які повинен містити договір. Спільним у цих нормах є те, що в них викладений перелік умов без

зазначення, що вони є істотними, але використовується певна імперативна конструкція, що договір «повинен містити», умови договору «повинні бути передбачені» тощо. Ці умови є характерними саме для окремого виду договору. У наведених переліках є положення, які мають характер реквізитів, деякі з наведених умов окремо регулюються законодавством, відсутність погодження певної умови або допускається самим законодавством, або передбачає правові наслідки, відмінні від визнання договору неукладеним. Проте не в усіх таких нормах робиться акцент на їхній диспозитивності. По-третє, це норми, які містять звичайні умови договору, в тексті не наголошено на тому, що конкретний договір повинен містити такі умови.

На нашу думку, сумнівною є пропозиція щодо визначення єдиного виключного переліку умов, які б були істотними для всіх договорів. Адже договори регулюють різноманітні правовідносини, що, у свою чергу, мають свої особливості, тому застосування уніфікованого підходу до визначення істотних умов договору і правових наслідків їх неузгодження позбавить сторони можливості максимально повно узгодити всі нюанси своїх правовідносин, що, у свою чергу, неодмінно спричинить правові спори й іноді неможливість виконання договорів.

Якщо тлумачити зміст ст. 638 ЦК України в аспекті встановлення істотних умов законом дослівно, то легітимність встановлених підзаконними актами типових форм чи зразків договорів, що містять істотні умови договорів ненадійна. Інша річ, що встановлені підзаконними актами типові форми договорів мають бути розроблені відповідно до закону. Вони й існують саме для того, щоб полегшити сторонам укладення договорів із зазначеними в зразках істотними умовами, що вимагає закон для певних видів договорів.

У вирішенні питання про те, які істотні договірні умови становлять зміст договору про надання маркетингових послуг, варто виходити щонайменше із двох нижченаведе-

них обставин. По-перше, маркетинговий договір – це лише один із видів договорів, який, як і інші договори, є підставою для виникнення цивільних прав та обов'язків (ст. 11 ЦК), а отже, і зобов'язань (ст. 509 ЦК). По-друге, закон не встановлює яких-небудь особливих правил щодо договірних умов не тільки до договору про надання маркетингових послуг, але і до договорів про надання послуг взагалі.

Це зумовлює завдання не тільки, точніше, не стільки дослідити сам перелік договірних умов, скільки визначити їхню суть. Необхідно з'ясувати закономірність тієї чи іншої умови в договорі про надання маркетингових послуг, взаємозв'язок і поєднання між собою умов цього договору. Отже, вибір умов договору, а маркетинговий – не виняток, – це не просто заповнення його тексту переліком пунктів і систематизоване визначення правил поведінки кожного з учасників договору, ґрунтуючись на принципах справедливості, сумлінності та розумності. Так, у науковій літературі під час висвітлення різних питань, пов'язаних із дослідженням змісту договорів, зазвичай висловлюються погляди про істотні умови, які безпосередньо вказані в ст. 638 ЦК. Із зазначеної причини особливих наукових розбіжностей в цьому питанні не вбачається.

Під час аналізу умов, що становлять зміст договору, відповідно до ст. 628 ЦК України, зазначимо, що заслуговує на увагу позиція, що умови договору, які визначаються на розсуд сторін і погоджені між ними, можна іменувати як ініціативні, а ті, які є обов'язковими, відповідно до актів цивільного законодавства, – обов'язковими. Договір про надання маркетингових послуг як самостійна договірна конструкція має свої особливості укладання й узгодження сторонами договірних умов.

Для адекватного розуміння змісту зобов'язань за договором, зараз ідеться про договір із надання маркетингових послуг, необхідно, по-перше, розпізнати в ньому елементи відомих типів договорів, передбачених ЦК України, іншими законами або правовими актами, і застосувати до них у відповідних частинах

правила про ці договори; по-друге, у тих частинах договору, які не збігаються з елементами жодного з відомих договорів, розглянути ці стосунки по суті, з огляду на мету та предмет.

За своєю природою маркетингові зобов'язання регулюються гл. 63 ЦК України. Отже, наявність у ЦК положень про надання послуг має практичне значення, суть якого полягає в такому. Під час укладання договорів у сфері надання послуг, які безпосередньо не передбачені в ЦК, сторони, з огляду на принцип свободи договору, самі визначають умови договору. Проте під час укладення договору вони повинні керуватися загальними положеннями з надання послуг.

Необхідними умовами договору про надання маркетингових послуг є такі: 1) предмет договору, що включає як самі послуги, що здійснюються під час маркетингових досліджень, так і їх результат (інформація і рекомендації маркетолога, закріплені у звіті виконавця); 2) термін виконання послуг; 3) ціна маркетингових послуг.

Здійснення маркетингових послуг опосередковує договір про надання маркетингових послуг, предметом якого є сама діяльність виконавця та її результат (маркетингова інформація у формі звіту про проведене дослідження). Прихильники цього погляду акцентують увагу на неспроможності матеріального носія маркетингової інформації до самостійного набуття споживчої вартості. Останню мають маркетингові послуги як різновид інформаційних послуг [12], матеріальний носій результатів проведення яких не змінює їхньої економічної сутності [13, с. 28–31].

Оскільки договір про надання маркетингових послуг є різновидом договору про надання послуг, то за певних умов на його регулювання поширюється дія норм, що містяться в гл. 63 ЦК України. Предметом договору про надання маркетингових послуг є послуги як такі, тобто дії, які виконує маркетолог (виконавець), і корисний ефект, що одержує від зазначених дій замовник.

За договором про надання послуг виконавець зобов'язується виконати певні дії або здійснити певну діяльність, які зазвичай не мають матеріального результату (наприклад, послуги зв'язку, освітні послуги тощо). Деякі послуги можуть мати матеріальний результат. Так, наприклад, медичні послуги з надання стоматологічної допомоги мають матеріальний результат, водночас лікування в терапевта – ні. Варто зазначити, що всім послугам притаманний одна загальна ознака – результату передують виконання дій, які не мають матеріального змісту (медичне обстеження, аудиторська перевірка, маркетингові дослідження тощо). Тому в разі надання послуг продається не сам результат, а дії, які до нього привели. Отже, предметом договору про надання послуг є виконання дій або здійснення діяльності, які не мають матеріального результату.

Практика підприємницької діяльності показує, що в більшості випадків предмет маркетингового договору включає, крім рішення власне дослідних завдань, виконання деяких робіт і послуг, пов'язаних вже із застосуванням результатів досліджень, а саме: 1) пошук оптимального контрагента для продажу / купівлі товару або послуги, виробленої замовником; 2) проведення попередніх переговорів від імені замовника; 3) розроблення проекту договору купівлі-продажу між замовником і виконавцем, знайденим контрагентом та ін.

Згідно з визначенням офіційного довідника, випущеного Європейською федерацією асоціацій консультантів з економіки й управління (FEACO), який містить опис 104 різновидів консалтингових послуг, поняття маркетингу охоплює всього 14 різновидів послуг, зокрема такі, як: «реклама і сприяння збуту», «корпоративний образ і відносини з громадськістю», «соціально-економічні дослідження і прогнозування» та ін. [14, с. 165–167].

Крім того, деякі послуги, віднесені даними довідником до інших напрямів консалтингу, наприклад, «визначення конкурентоспроможності / вивчення кон'юнктури ринку», зазначені в рубриці «Загальне управління», на наш

погляд, за своїм реальним змістом мають виразно маркетинговий характер. Нечіткість наведеної класифікації відображає аналітичний характер самого процесу управління бізнесом, який передбачає ухвалення взаємозалежних рішень, що стосуються різних областей знань, у зв'язку із чим неможливо принципово відмежувати маркетингову діяльність від інших складників підприємницької діяльності.

Однак не погодимося з думкою, що даний тип договору пов'язується суто із проведенням досліджень і отриманням чисто констатуючих результатів. Виходячи з того, що мета договору визначає його зміст і розкривається в його предметі, необхідно визнати, що предмет маркетингового договору ширше, ніж інформація про стан ринку.

Додамо до цього, що на практиці через яскраво виражений прикладний характер маркетингових послуг, їх жорстку орієнтацію на економічний результат, у договорі зазвичай є пункти, що так чи інакше стосуються практичного впровадження отриманих теоретичних результатів, – як мінімум у вигляді вироблення конкретних практичних рекомендацій для замовника. Тому навіть тоді, коли сторони позначають договір як договір на проведення досліджень (наприклад, маркетингових досліджень, досліджень ринку тощо), справжній зміст правовідносин за даним типом договору вказує на те, що перед нами договір пердусім послуг. Це уточнення є принципово концептуальним у контексті того, що даний договір містить: по-перше, елементи договору підряду, що регулюється нормами гл. 61 ЦК України; по-друге, елементи договорів на виконання науково-дослідних робіт, дослідно-конструкторських та технологічних робіт (гл. 62 ЦК України); по-третє, елементи договору оплатного надання послуг, передбаченого гл. 63 ЦК України. Водночас він може включати й елементи деяких інших договорів як передбачених, так і не передбачених законом.

Маркетинговий договір не є прямим різновидом договору підряду, оскільки в нього

немає ознаки, що визначає останній як матеріалізований, речовий результат, на чому ми вище акцентували увагу.

На відміну від двох розглянутих груп договорів, предмет договору про надання послуг (гл. 63 ЦК України) передбачає лише процес, але не результат дій виконавця, які виконуються за завданням замовника: згідно зі ст. 901 ЦК України, за цим договором виконавець зобов'язується, за завданням замовника, надати послуги (виконати дії), а замовник зобов'язується оплатити ці послуги. Отже, предметом договору є як сама діяльність виконавця, тобто операції, здійснювані маркетингологом під час досліджень, що є їхньою основою, так і їхній результат – маркетингова інформація, зокрема, висновки та рекомендації, оформлені у вигляді звіту про проведене дослідження.

Очевидно, що, як і для будь-якого цивільно-правового договору, предмет договору про надання маркетингових послуг є його істотною умовою, на підставі ст. 638 ЦК України. Варто зазначити, що, з одного боку, замовника цікавлять не стільки самі дослідження, скільки їхній результат, оскільки кінцевою метою договору є впровадження отриманих результатів у підприємницьку діяльність замовника. Результат маркетингових послуг має характерні риси, які властиві послугі як предмету зобов'язання про надання послуг. Предмет договору про надання маркетингових послуг має комплексний характер і передбачає діяльність, здійснювану в процесі маркетингових послуг, і результат послуг. Варто зауважити, що характерні особливості надання маркетингових послуг дають можливість виділення маркетингового договору як самостійного виду договору, що в перспективі дає підґрунтя для подальшого детального дослідження інших істотних договірних умов даного зобов'язання.

Такі умови договору, як порядок та строки розрахунків, не варто відносити законом до істотних умов у зв'язку з їхнім характером: їх легко визначити «умовами, що зазви-

чай ставляться». Не можна визнати істотною умовою і форму розрахунків, оскільки в разі непогодження її сторонами можливий вибір із будь-яких звичайних варіантів, згаданих вище (аванс, кредит, оплата картою тощо). Відповідно до ст. 631 ЦК України, строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. Умова про строк надання послуги не є істотною, оскільки суттю зобов'язання обумовлюється, що послуги надання доступу в Інтернет повинні надаватися безупинно. Коли строк є істотною умовою надання тієї або іншої послуги, законодавець прямо вказує на це.

Щодо умови про якість маркетингової послуги, то остання повинна бути самостійною істотною умовою договору, а не складовою частиною предмета як істотної умови договору. Нестійкість якості послуги та складність її визначення є однією з основних властивостей послуги взагалі [15, с. 182; 16, с. 56]. Це, звичайно, стосується і маркетингової послуги, що зумовлюється практичною складністю для замовника здійснити фіксацію та довести порушення маркетингологом умов договору щодо якості наданої послуги. Отже, відповідальність сторін за неналежне виконання договірних зобов'язань, зокрема за договором про надання маркетингових послуг, є зворотнім боком належного виконання договору. Унаслідок порушень умов договору виникає додаткове зобов'язання для порушника, що є уточненням загальних положень про відповідальність за порушення зобов'язань.

Враховуючи те, що основним результатом виконання договору про надання маркетингових послуг є фахові висновки, які може зробити лише професіонал, виконавцем як стороною в досліджуваному договорі може бути дієздатна фізична особа, яка є професіоналом-маркетингологом, або юридична особа. Виконавець повинен бути висококваліфікованим фахівцем або у своєму штаті мати таких фахівців, що є відправною умовою істинно-

сті отриманих результатів. Отже, варто мати на увазі те, що законодавець встановив підвищену відповідальність виконавця за порушення договору про надання послуг за плату під час здійснення ним підприємницької діяльності (ч.1 ст. 906 ЦК). У такому разі звільнення виконавця від відповідальності за порушення договору можливе тоді, коли доведено, що виконання в зазначений час та в зазначеному місці виявилось неможливим унаслідок дії непереборної сили, якщо інше не встановлено договором або законом.

Цивільно-правова відповідальність виконавця за порушення договору про надання маркетингових послуг за невиконання чи/або неналежне виконання настає за наявності таких умов відповідальності, як протиправна поведінка, наявність матеріальної

чи моральної шкоди, причинного зв'язку між протиправною поведінкою виконавця, включаючи дії третіх осіб, і наслідками у вигляді спричинення шкоди. За відсутності спеціального законодавчого регулювання договору про надання маркетингових послуг сторони повинні намагатися в договорі передбачити і якомога повніше конкретизувати свої суб'єктивні права й особливо юридичні обов'язки для визначення відповідальності за порушення договірної дисципліни [17, с. 126–131]

Висновки. Детальний аналіз таких істотних умов договору про надання маркетингових послуг, як предмет договору, строк договору, відповідальність виконавця, має велике науково-практичне значення, оскільки відсутність у законодавстві деяких положень перешкоджає належному захисту прав сторін.

Анотація

У статті визначено істотні умови договору про надання маркетингових послуг. Виконано аналіз предмета договору та його змісту. Досліджено таку істотну умову договору, як відповідальність виконавця.

Ключові слова: істотні умови, договір про надання маркетингових послуг, предмет договору, відповідальність.

Аннотация

В статье определены существенные условия договора о предоставлении маркетинговых услуг. Осуществлен анализ предмета договора и его содержания. Исследовано такое существенное условие договора, как ответственность исполнителя.

Ключевые слова: существенные условия договора, договор о предоставлении маркетинговых услуг, предмет договора, ответственность.

Fedosenko N.A. Substantial conditions of the contract about grant of marketing services

Summary

In the article the substantial conditions of the contract are certain on the grant of marketing services. The analysis of subject of contract and his maintenance are carried out. Such substantial condition of contract, as responsibility of performer, is investigational.

Key words: substantial conditions of contract, contract on grant of marketing services, subject of contract, responsibility.

Список використаних джерел:

1. Бервено С.М. Проблеми договірної права України: дис. докт. юрид. наук: 12.00.03. К., 2006. 440 с.
2. Дзера О.В. Правочини за новим Цивільним кодексом України. Вісник Академії адвокатури України. 2005. Вип. № 2. С. 4–15. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vaau_%D0%92%D0%B8%D0%BF_2005_2_1 (дата звернення: 07.11.2018).
3. Нижний А.В. Форма цивільно-правового договору та наслідки її недотримання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2011. 23 с.
4. Бородовський С.О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005. 19 с.
5. Подоляк С.А. Правові підстави та наслідки визнання господарських договорів недійсними та неукладеними в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. К., 2010. 172 с.
6. Пономарьова Т.С. Деякі аспекти розуміння переліку істотних умов договору. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2014. Вип. 29 (2.3). С. 51–54. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2014_29\(2\)](http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2014_29(2)) (дата звернення: 01.11.2018).
7. Цивільний кодекс України станом на 3 вересня 2018 р. Харків: Право, 2018. 444 с.
8. Справа № 3–502гс15, 23 вересня 2015 р., постанова Верховного Суду України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51998169> (дата звернення: 13.08.2018).
9. Справа № 3–287гс16, 20 квітня 2016 р., постанова Верховного Суду України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57539653> (дата звернення: 13.08.2018).
10. Справа № 3–436гс16, 6 липня 2016 р., постанова Верховного Суду України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58928596> (дата звернення: 13.08.2018).
11. Справа 3–58гс11, 25 червня 2011 р., постанова Верховного Суду України. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/17316908> (дата звернення: 13.08.2018).
12. Про інформацію: Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657–XII URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2657-12> (дата звернення: 08.11.2018).
13. Федосенко Н.К. Маркетинговые исследования как элемент договора по предоставлению услуг. Підприємництво, господарство і право. 2004. № 12. С. 28–31.
14. Management Consultants 1996 World Conference “The Roles and Activities of the Consulting Business towards the 21st Century”. Yokohama: Zen-NonRen, 1996. P. 165–167.
15. Степанов Д.И. Услуги в гражданском праве России. М.: Статут, 2005. 349 с.
16. Янишен В.П. Послуги як об’єкт цивільних правовідносин за Цивільним кодексом України. Проблеми законності: республік. міжвід. наук. зб. 2006. Вип. № 79. С. 52–61.
17. Федосенко Н.А. Цивільно-правова відповідальність виконавця за порушення умов договору про надання маркетингових послуг. Науковий вісник Ужгородського університету. Серія «Право». Вип. 34. Т. 1. 2015. С. 126–131.