

УДК 347.777:347.44

А. Р. Шишка, оперуполномоченный

ОГ СБЭП Двуречанского РОВД УВД Харьковской области
ул. Педагогическая, 18, г. Первомайск, Харьковской области, 61134

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА РЕКЛАМЫ

В статье сопоставляется опыт регулирования правоотношений в сфере рекламной деятельности, проанализировано национальное законодательство, выявлены особенности контрактного права, уровни его правового моделирования, юридическая природа. По мнению автора, юридическую природу договора отражает смоделированный в законе институт, а при его отсутствии предпочтение следует отдавать мононормам права и, особенно, конкретному договору. Он отражает принципы договорного права и может отличаться от модели.

Ключевые слова: договор, реклама, публичная оферта, товар, информация, услуга, подряд.

Юридическая природа договора в области рекламы имеет значение не только в теоретическом плане, но и в практическом. При помощи договора на проведение рекламной кампании “предприимчивые” субъекты хозяйственной деятельности и отдельные граждане зачастую избегают уплаты налогов.

От того, как договор будет квалифицирован, зависит применение определенных специальных норм гражданского права. Иначе говоря, речь идет о договорном типе и его инструментарии. Само договорное право, как отдельная подотрасль гражданского права уже сложилось в систему, а отдельные ее изменения предопределены новыми технологическими средствами поиска контрагентов, выбора товара за его параметрами, выражения воли на их заключение. Сама систематизация договорного права подчас предопределяет юридическую природу договора.

Юридическая природа любого правового явления, в том числе и договора на создание рекламы, отвечает на вопрос о характеризующих его существенных правовых явлениях. Они могут быть разбиты на несколько **уровней**: *юридический факт* (сделка); основание возникновения гражданских правоотношений, сама *правовая связь* (договор); *сфера отношений*; *характер этой связи*; уровень обеспечения этих правоотношений государством, *объект правового регулирования*. Кроме того, четкая квалификация договора в области рекламы разрешает определить роль и место договора в системе гражданско-правовых договоров. Но одного такого методологического подхода недостаточно для выявления общих черт договора рекламы и вычленения тех его признаков, которые позволят нам однозначно ответить на поставленный вопрос.

Общепринято, что гражданский договор в условиях становления рынка является важнейшим правовым средством воздействия на экономику страны. Где следует отличать её макроуровень и микроуровень? *Макроуровень* — система экономических связей внутри государства, а *микроуровень* — определенная его территория (область, район, город) или отдельный субъект экономической деятельности. Будучи объективными, по содержанию эти отношения, тем не менее, нуждаются в правовом регулировании. Правовой формой регулирования этих отношений в условиях рыночной экономики на микроуровне является договор.

Договор — это правовая форма, которую в настоящее время принимает большинство нормальных экономических отношений. Но его позитивное регулирова-

ние неодинаково. Следует различать несколько уровней правового регулирования договорных отношений: *общий, специальный и локальный*. Общий моделируется в основном акте гражданского права — гражданском кодексе — как общая модель (общие положения о договорном праве) и его специальный тип, а в пределах типа — институт или субинститут. *Специальный* уровень правового регулирования осуществляется в иных актах гражданского права: Жилищном кодексе, Семейном кодексе, Земельном кодексе или текущем законодательстве (Закон Украины “О залоге” [1, Ст. 642], Закон Украины “Об аренде имущества государственных предприятий” [2, 87]). *Локальный* уровень представлен конкретными договорами (мононормами). Они в силу принципа свободы договора и принципов договорного права могут отличаться от модели закона, включать элементы, которые характерны для других институтов договорного права (комплексные договора) или даже для других отраслей права (смешанные договора). Данный методологический подход к исследованию договорного права взят нами за основу теоретического анализа договора рекламы. Он не регулируется ныне ГК Украинской ССР 1963 г.. Нет его и в новом ГК Украины. Его контуры очерчены лишь Законом Украины “О рекламе” [3]. В основном он установлен на уровне мононорм прав. Следовательно, нет четкой правовой модели данных отношений в законодательстве, что лишь заостряет вопрос о его правовой природе.

Когда с переходом на рыночные отношения появилась конкуренция и необходимость борьбы автономных производителей за своего потребителя, диктат последнего привел к необходимости формирования потребительской культуры и воздействия на потребителя в необходимом производителю направлении. Наиболее целесообразной и оправдавшей себя правовой формой воздействия на потребителя была и есть *реклама*.

Эффективность использования договорной формы в сфере рекламы обуславливалась как внутренними, так и внешними условиями. Как известно, конкурирующие фирмы в борьбе за *своего* покупателя не могут обойтись без рекламы. При этом в ходе конкуренции развивается и сама реклама: она становится профессиональной и изощренной, появляются новые, все более эффективные способы подачи рекламной информации, что требует специализации и профессионального подхода к созданию и распространению рекламы. Заметна одна тенденция: если в начале 90-х годов размещение рекламы осуществлялось в основном по *договорам на оказание рекламных услуг, договоров на распространение рекламы* и т.п., то в последние пять лет на практике все чаще заключаются договоры, называемые *договорами на проведение рекламной кампании*.

В связи с этим интерес к рекламе как социальному, экономическому и правовому явлению не ослабевает. Реклама, как значимая социально-экономическая проблема, нуждается в правовом регулировании. Но вначале необходимо уяснить наиболее полный характер правоотношений в сфере рекламной деятельности, а именно, в области договорного права, его юридическую природу, его место, ведь далеко не каждая информация — реклама.

Реклама представляет собой юридические отношения между лицом, заказывающим и производящим и/или распространяющим *рекламу* на основе определенной информации о товаре, его производителе (продавце) и на определенных условиях является разновидностью информации о товаре и его производителе. Следовательно, сама *реклама* — разновидность информации. Но как ее преподнести потребителю? Самому или прибегнуть к помощи специалистов рекламной деятельности?

Необходимо исходить из того, что *договор рекламы* — это *разновидность гражданско-правовых сделок*, хотя при рассмотрении рекламы как сделки, её значение сужается до значения юридического факта, преследующего цель установления сущности отношений. В соглашении определяется модель поведения реклами-

ста и рекламодателя в возникающем договорном правоотношении. И такая модель имеет для сторон обязательный характер, поскольку она обеспечена соответствующими юридическими санкциями. С момента заключения договора соглашение сторон обретает правовую связь — форму договора, а не отдельных прав и обязанностей.

Реклама и разновидность договора на передачу права. Реклама это — информация о товаре и его продавце. Информация исходит, собственно, от продавца. Но способов ее доведения и убеждения потенциального потребителя чтобы отдать предпочтение именно рекламируемому товару либо товарам рекламируемого предпринимателя и составляет сущность рекламных услуг. Профессионал должен этой рекламе придать форму навязчивости, привлекательности и желательности. В этом, по сути, и заключается его деятельность. Следовательно, рекламные договора тяготеют к договорам на выполнение работ. Основным их признаком является то, что результат деятельности подрядчика отделим, и может быть передан заказчику в предусмотренной договором форме. Но ряд реклам в этот основной признак договоров подрядного типа не вписываются (аудио- и видео рекламы). При их проведении заказчик получает лишь положительный эффект, который проявляется в увеличении объемов реализации товара и прибыли предпринимателя. Следовательно, говорить однозначно о том, что данный договор является договором на выполнение работ или на оказание услуг, не приходится.

Весьма интересная и подкупающая новизной позиция — у Е. В. Богданова [4] и Е. Д. Стрельцовой [5] о выделении симбиозного договорного типа — подрядоподобных договоров. С ней можно было бы в принципе согласиться и поддержать их в необходимости выделения указанного самостоятельного договорного типа. Однако мы должны учитывать предмет и содержание конкретных договоров. В противном случае есть опасение обосновать нежизненную теоретическую конструкцию.

Обычно рекламу относят и к услугам [6, 15]. В связи с этим возникает два вопроса: о самих услугах и о соотносимости сделок в области рекламной деятельности к тому или другому типу (институту) договорных отношений. Между тем, понятие услуг в различных источниках трактуется по-разному. Они определяются как предпринимательская деятельность, направленная на удовлетворение потребностей других лиц, за исключением деятельности, осуществляемой на основе трудовых правоотношений [7]. С экономической точки зрения, услуга — это вид целесообразного труда, при котором производство полезного эффекта совпадает во времени его потребления [8]. Как объект гражданских правоотношений, услуга — это результат действия, осуществляемого в соответствии с гражданско-правовой обязанностью лица, которое не связано с созданием конкретного материального объекта, вещи [9]. В цивилистической науке существуют и другие мнения: услуга — определенная деятельность, которая образует не вещь, а благо для удовлетворения общественных потребностей. С помощью услуги достигается определенный нематериальный результат, который сам по себе является благом, имеет потребительскую стоимость и поэтому становится объектом гражданского права [10].

Кроме этого А. В. Кабалкин рассматривает услугу в широком смысле [11] как специальную сферу человеческой деятельности, состоящую в услужении другим лицам. Безусловно, сфера услуг, как показывает практика, является одной из самых перспективных и охватывает широкое поле деятельности. По мере усложнения производства и насыщения рынка товаром, растет спрос на совокупность подобных услуг. И именно реклама сочетает в себе такую многообразную гамму услуг, пользующихся в последнее время спросом. К услугам порой относят все виды полезной деятельности, не создающие материальных ценностей. Исходя из этого, мы действительно можем согласиться с отнесением рекламы к сфере услуг. Но

характерны ли для договора рекламы те признаки, которые относимы к договорам на оказание услуг в узком их смысле?

Рекламная деятельность, как услуга, имеет свои особенности, — она обеспечивает эффективный производственный процесс и реализацию продукции. Как и большинство услуг, реклама имеет реально неосязаемый характер производимого продукта. Рекламу, на наш взгляд, можно рассматривать как услугу лишь в случае, если ее результат неотделим от деятельности того лица, который предоставляет услугу. Реклама, как услуга, не существует до её предоставления, что делает невозможным проведение сравнений и оценок. Сравнить можно только результат, ожидаемый с реально полученным результатом. Таким образом, если речь идет лишь о распространении рекламы, мы однозначно можем говорить о том, что по своей правовой природе это договор на оказание услуг. Если речь идет об изготовлении рекламы как продукта (товара), то об этом говорить не приходится по существу и по форме.

Следующим критерием договора в области рекламы является то, что **реклама выступает объектом товарных отношений**, т.е. **является товаром**. Но напоминаем, для того чтобы реклама как информация была объектом гражданских правоотношений, она должна отвечать требованиям товарности и оборотоспособности. Закон определяет право собственности на информацию — как урегулированное законом общественное отношение относительно владения, пользования и распоряжения информацией (ст. 39 Закона Украины “Про інформацію” [12]). Так, в научной литературе высказано мнение, что “торговля информацией постоянна равноправна, как и торговля книгами или журналами” и что “информация — это специфический товар” [13]. С этим соображением соглашаются не все, например, И. Карась отмечает, что несмотря на ведущую роль информации в общественном производстве, она так и не стала постоянным товаром [14]. Но уже сегодня количество договоров на передачу информации неустанно возрастает, на рынке появляются субъекты предпринимательской деятельности, которые предлагают информационные услуги. В большинстве стран СНГ информация признается товаром и объектом права. Административное законодательство предусматривает ответственность за непредоставление потребителям необходимой, достоверной и доступной информации о товарах (работы, услуги) (ст.156-1 КоАП) [15].

Большой вклад сделал в исследовании природы информации В. Г. Афанасьев, который проанализировал разные подходы к пониманию информации, к ее соотношению с отображением. В частности, он сделал вывод, что информация представляет собой такое знание, которое нужно и в котором есть потребность, оно имеет потребительскую стоимость; информация может быть товаром [16]. В. А. Дозорцев отмечает, что информация представляет собой особый товар, который передается другим лицам через рынок, как объект экономического оборота, и в этом качестве приобретет коммерческую ценность [17]. О. А. Подопригора и О. О. Подопригора подчеркивают, что — “інформація в умовах ринкової економіки вже давно стала досить цінним товаром, за який треба платити і досить високою ціною” [18]. Это отображается в статье 39 Закона Украины “Об информации” от 2.10.1992 г., которая указывает, что информационная продукция и информационные услуги граждан и юридических лиц, которые занимаются информационной деятельностью, могут быть объектами товарных отношений, которые регулируются действующим и другим законодательством [12]. В любом случае информация приводит к возникновению правоотношений.

Иной подход состоит в том, что договор на создание **рекламы** признается исключительно **договором подряда**. В связи с этим следует отметить, что договор подряда в “чистом” понимании вряд ли надо утверждать: этот договор имеет близкое сходство с договором подряда. На наш взгляд, неточный вывод складывается в отождествлении хозяйственных отношений при создании рекламы и подряда из правового и экономического взгляда.

Совершенно верно указывает К. К. Яичков, что договор подряда относится к сфере договоров, в силу которых заказчик получает в собственность вещь, какую подрядчик переработал или изготовил [19].

Возникает вопрос: реклама является публичной офертой или приглашением к оферте? Рассматривая **рекламный договор как оферту** мы приходим к выводу, что особенностью рекламы, прежде всего состоит в том, что она есть публичной офертой — приглашением заключить договоры с неограниченной количеством потребителей на основе определенной информации о товаре, его производителя (продавца) и на определенных условиях. Но если оферта адресована конкретному лицу и содержит определенный срок для ответа, то реклама есть открытой офертой на срок действия субъекта предпринимательства. **Реклама** и прочие предложения, рассчитанные на неопределенный круг лиц, рассматриваются как приглашение к оферте, если другое прямо не указано в предложениях. Офертой признается предложение заключить **договор**, который адресован одному или нескольким лицам, содержит указание на важные условия договора и выражает намерение лица, которое сделало предложение, считать себя связанным договором в случае его принятия (акцепта). Так, предлагая конструкцию публичной оферты, составители проекта ГК [20] привязывали этот своеобразный институт только применительно к предпринимательству. Вне предпринимательства публичной оферты как и публичного договора быть не может. Иными словами, эти институты направлены на обслуживание только договорных отношений в сфере предпринимательства.

Если присоединиться к мнению, что договора на создание рекламы являются “смешанными”, состоящими из комбинации элементов договоров подряда, поручения и т. д., то мы рискуем абсолютизировать свободу договора и дать дорогу для квазидоговоров, что лишит договорные институт цементирующего значения. Можно выделять один из элементов в качестве главного, а другие считать как бы сопутствующими. Правда, давая такую квалификацию, не возражают против того, что совокупность разнообразных элементов не лишает договор на создание рекламы самостоятельности.

К. К. Яичков [19], М. А. Тарасов [21] и А. Л. Маковский [22] признают невозможность квалификации договора как смешанного, аргументируя это тем, что при анализе любого из договоров гражданского права можно обнаружить элементы, которые присущий разным договорам, и указание на наличие подобных элементов в разных договорах относится к сфере догматизма и схоластики. Мы придерживаемся классических воззрений на систему права и поддерживаем необходимость ее сохранения. Всякие нововведения в правовую доктрину оправданы постольку, поскольку они не разрушают сложившиеся в науке концептуальные положения. Некоторые из них мы воспринимаем на уровне догм (аксиом) права и это следует бережно поддерживать до тех пор, пока убедительно не будет доказано обратное.

Определённую сложность вызывает отнесение договора на создание рекламы к определённому договорному типу. Договорной тип, по мнению О.С. Иоффе [23], определяется спецификой материальных отношений, которые опосредуются договором или кругом юридических условий, объективно необходимых для образования данного договорного обязательства. И если заключенный договор опосредует два или несколько разнородных отношений и объединяет условия, объективно необходимые для формирования обязательств разных типов, он становится смешанным договором. Поскольку договор на создание рекламы заключает в своем содержании положения свойственные, например, договорам подряда, по своей природе он является смешанным (или нетипичным). Иначе говоря, смешанная природа договора на создание рекламы является таковой, так как реклама содержит в себе условия (положения), основанные на различных институтах гражданского права (содержащие обязательства различных типов договоров). Благодаря такой нестандартной конструкции договора рекламы, устраняется необходимость дробле-

ния правового регулирования путем заключения нескольких договоров для достижения конечной цели. Соединение элементов договоров в одном смешанном договоре возможно только при условии, что они не противоречат друг другу (что характерно для договора на создание рекламы). Следует добавить, что смешанные договора, как и договора, не предусмотренные законом, лежат в основе развития новых договорных видов в гражданском праве. Смешанный договор можно рассматривать и как необходимую промежуточную стадию, которая необходима до самостоятельного законодательного регулирования новых видов обязательственных отношений. Необходимо подчеркнуть, что далеко не всякий смешанный договор развивается в новый самостоятельный вид договора. Но для рекламы требуется самостоятельное законодательное регулирование. О наличии объективных условий для преобразования смешанного договора рекламы в новый самостоятельный договорной вид свидетельствует то обстоятельство, что содержание нового договорного отношения не исчерпывается лишь элементами традиционных договоров, а включает новые, характерные только для данного отношения элементы.

Таким образом **вопрос о юридической природе договора рекламы может быть решен в зависимости от его конкретного содержания.** Однозначно решить этот вопрос, исходя их принципов договорного права, очень сложно. Этот договор может относиться как к договорам на выполнение работ, так и к договорам на оказание услуг, так и к первым и вторым одновременно.

Література

1. Закон Украины "О залоге" //ВВС Украины. — 1992. — №47. — Ст.642.
2. Закон Украины "Об аренде имущества государственных предприятий" //ВВС Украины. — 1995. «Голос України» № 87/1087.
3. Закон Украины «О рекламе» от 3 июля 1996 г.
4. Стрельцова Е. Д. Договір морського перевезення вантажу (порівняльний аспект). Дис.канд. юрид. наук. Х.: 2002.
5. Стрельцова Е. Д. Договір морського перевезення вантажу (порівняльний аспект). Автореф. дис.канд. юрид. наук. Х.: 2002.
6. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказания услуг. — М.: "Статут", 2002. — 1038 с.
7. Большой юридический словарь /Под ред. Сухарёва А. Я., Зоркиной О. А. — М., 1998.
8. Теоретическая экономика. Политэкономия /Под ред. Журавлёвой Т. И., Мильчаковой Н. Н. — М., 1997.
9. Гражданское право Украины /Под ред. Пушкина А. А., Самойленко В. М., Шишка Р. Б. — Харьков, 1996. — Ч.1.
10. Цивільне право /Под ред. Дзери О.В., — К., 1997.
11. А. В. Кабалкин. Гражданское право. М., 1989. — 312 с.
12. Закон України "Про інформацію" від 2 жовтня 1992р. //Відомості Верховної Ради України. 1992. №48. Ст.650.
13. Халкин Ж. Е. "О структуре открытой системы обмена информации" // В кн.: Проблемы информации. — М., 1973. — 160 с.
14. Карась И. З. Экономический и правовой режимы информационных ресурсов. — К.: 1983. — С. 4-5.
15. Кодекс Украины об административных правонарушениях: Научно-практический комментарий. Издание третье. — Харьков: ООО "Одиссей", 2002. — 1040 с.
16. Афанасьев В. Г. Социальная информация и управление обществом. — М., 1975. — С. 335.
17. Дозорцев В. А. Информация как объект исключительного права// Дело и право, №4, 1996. — С. 28.

18. ЦП України. Ч.1 // Під ред Д. В. Бобрової, О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, О. А. Підпригори. — К.: Вентурі, 1997. — 497 с.

19. К. К. Яичков. Договор железнодорожной перевозки грузов по советскому праву. — М.: Изд. АН СССР. — 1958. — С. 100.

20. Проект Цивільного кодексу України // К.: Верховна Рада України. 2002.

21. М.А. Тарасов. Годовой (навигационный) договор перевозки грузов по советскому гражданскому праву. — Ученые записки Ростовского университета, юридического факультета. — Т. XVII. — Вып. 2. — 1958. — С. 62.

22. А. Л. Маковский. Правовое регулирование морских перевозок грузов. — М.: Морской транспорт. — 1961. — С. 43.

23. Иоффе О. С. Правоотношение по советскому ГП. — Л. — Из-во Ленинград унта. — 1949. — 47 с.

А. Р. Шишка

оперуполномоченный ОГ СБЭП Двуречанского РОВД УВД Харьковской области
ул. Педагогическая 18, Харьковская область, 61134

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ДОГОВОРУ РЕКЛАМИ

РЕЗЮМЕ

Юридичну природу договору реклами, на думку автора, відбиває змодельований у законі інститут, а при його відсутності перевагу слід надавати мононормам права і, особливо, конкретному договору. Саме такий договір відображає причини договорного права і може відрізнятися від моделі.

Через відсутність законодавчого врегулювання договору реклами, він, залежно від змісту, може бути договором на виконання роботи, договором на виконання послуг, комплексним.

Ключові слова: договір, реклама, публічна оферта, товар, інформація, послуга, підряд.