

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

Е. В. Измайлова*

Особенности заключения договоров в маркетинговой сфере

Аннотация. В статье рассматриваются актуальные проблемы регулирования переговоров о заключении договора на проведение рекламной кампании. Исследуется вопрос о предоставлении информации сторонам переговоров, необходимости заключения соглашений о ведении переговоров. Предлагаются практические рекомендации по определению объема сведений о деятельности рекламодателя и рекламного агентства, запрашиваемых потенциальными контрагентами при ведении переговоров. В статье рассматриваются основные положения соглашения о конфиденциальности, обосновывается необходимость включения условий о неустойке в соглашение о конфиденциальности. Рекомендуется заключать полноценные соглашения о ведении переговоров, в которых должны быть распределены обязанности контрагентов по подготовке договорной документации, формированию условий будущего договора, порядку распределения расходов. Исследуется проблема соблюдения принципа добросовестности при отказе от дальнейшего проведения переговоров. Рассматриваются вопросы проведения тендера на рекламную кампанию. Показано, что изменения Гражданского кодекса существенно повышают уровень защиты прав и интересов сторон переговоров.

Ключевые слова: рекламная кампания, объем предоставляемой информации, соглашение о конфиденциальности, соглашение о ведении переговоров.

DOI: 10.17803/1994-1471.2018.94.9.141-146

Реклама как способ продвижения товаров известна человечеству с древнейших времен, в условиях рыночной экономики любая компания рассматривает рекламу и маркетинг как обязательный элемент конкурентной стратегии. Как отмечают Дж. Бернет

и С. Мориарти, исследования показывают, что компании, которые не сокращают расходы на рекламу во время тяжелых экономических спадов, характеризуются самыми высокими темпами роста объемов продаж и чистого дохода¹.

¹ Бернет Дж., Мориарти С. Маркетинговые коммуникации: Интегрированный подход / пер. с англ. под ред. С. Г. Божук. СПб. : Питер, 2001. С. 366.

© Измайлова Е. В., 2018

* Измайлова Евгения Владимировна, кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова
izmailova.evgenya@yandex.ru
119991, Россия, г. Москва, Ленинские горы, д. 1

Проведение успешных рекламных кампаний в современных условиях практически невозможно без обращения к услугам рекламных агентств, что подразумевает вступление в довольно длительные договорные отношения, развитие партнерства. Сразу оговоримся, что в дальнейшем речь пойдет об организации и проведении рекламной кампании, то есть о системе взаимосвязанных и взаимообусловленных маркетинговых мероприятий по продвижению товаров, подчиненных общей цели и концепции и охватывающей определенный период времени, а не обычных рекламных размещений². Полноценная рекламная кампания, как правило, включает в себя стратегическое планирование (постановка целей, определение показателей будущей эффективности); разработку общей творческой концепции, идеи, образов, слоганов кампании; составление медиаплана (плана распространения рекламных сообщений по различным каналам коммуникации); проведение специальных промоакций и мероприятий, продвижение в Интернете, спонсорство и т.п. Комплексное использование в рекламной кампании различных маркетинговых средств позволяет достичь эффекта синергии и существенно улучшить коммерческие показатели рекламодателя.

Выбор рекламного агентства для рекламодателя является важнейшим бизнес-решением, требует внимательного и взвешивающего подхода к выработке критериев отбора потенциального контрагента, оценки возможных рисков, серьезных временных и порой финансовых затрат. Значение преддоговорного этапа в проведении рекламной кампании трудно переоценить.

Ошибки, совершенные на этой стадии, могут нанести существенный вред заказчику. В лучшем случае можно заключить контракт с агентством, способным «освоить» бюджет, но не провести успешную кампанию, позволяющую повысить продажи, узнаваемость бренда или достичь иных коммерческих показателей. Для рекламного агентства преддоговорный этап не менее значим, поскольку всегда есть вероятность вести затяжные переговоры с «капризным» клиентом, предлагать все новые и новые варианты договорных условий, нести финансовые и временные затраты и в итоге не заключить договор.

В российском гражданском законодательстве правовое регулирование преддоговорных отношений до недавнего времени было исключительно фрагментарным, не дающим каких-либо вразумительных ориентиров. Тем не менее постепенно складывались основные правила взаимоотношений рекламодателей и рекламных агентств на преддоговорном этапе, например практика проведения тендеров на право заключения рекламного контракта. В 2010 г. Ассоциация коммуникационных агентств России (АКАР) разработала Индустриальные стандарты АКАР по рекламе в качестве делового обыкновения, сейчас участникам рынка предложен обновленный вариант Индустриальных стандартов АКАР 2015 г.³, которые содержат полезные рекомендации по ведению договорной работы.

В результате введения в действие Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса»⁴ появились нормы, существенно изме-

² Изучение российской договорной практики показывает, что часто в договорах на оказание рекламных услуг под рекламной кампанией понимается неоднократное размещение рекламного обращения (например, показ телевизионного ролика на протяжении месяца, демонстрация наружной рекламы в течение определенного срока). Такой подход представляется чисто утилитарным с точки зрения юридической техники, но не должен учитываться при определении сущностных характеристик рекламной кампании как комплекса маркетинговых мероприятий. К сожалению, подобное смешение терминологии встречается и в юридической литературе. См., например: *Зоркольец Р. Д.* Юридические секреты рекламной деятельности. Как грамотно управлять рекламным агентством, вести с ним переговоры и заключать контракты: практическое пособие. Специально для системы ГАРАНТ, 2013 г.

³ URL: http://www.akarussia.ru/files/docs/akar_sprav2015.pdf (дата обращения: 30 мая 2016 г.).

⁴ СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

нившие договорную практику. Рассмотрим ряд положений, касающихся правового регулирования преддоговорных отношений.

Статья 434.1 «Переговоры о заключении договора» ГК РФ содержит ряд важнейших положений, среди которых хотелось бы обратить особое внимание на обязанность сторон действовать добросовестно при вступлении в переговоры о заключении договора, в ходе их проведения и по их завершению. К недобросовестным действиям ГК РФ прямо относит предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны (пп. 2 п. 2 ст. 434.1 ГК РФ).

Недопустимость введения в заблуждение стороны переговоров является одной из важнейших составляющих принципа добросовестности при проведении переговоров. Как отмечает А. Н. Кучер, введение в заблуждение может быть как активным (путем сообщения каких-то сведений, которые формируют у второй стороны неверное представление о сделке), так и пассивным (путем несообщения определенных сведений, отсутствие которых формирует неверное представление второй стороны о сделке)⁵. Очевидно, что редакция ст. 434.1 ГК РФ охватывает оба вышеуказанных случая введения в заблуждение. М. А. Егорова, анализируя указанную норму как частный случай злоупотребления правом, подчеркивает: чтобы было возможно привлечь недобросовестного контрагента к ответственности, неполную и недостоверную информацию он должен предоставлять с явным умыслом, который даже может быть и не направленным на то, чтобы нанести вред другой стороне переговоров⁶.

Какая же информация должна быть предоставлена в рамках переговоров по организации рекламной кампании? Изучение договорной практики свидетельствует о том, что для обеих

сторон целесообразно заранее готовить своего рода опросные листы для контрагента, чтобы в последующем избежать споров о неполноте предоставленной информации либо необходимости дополнительно запрашивать или уточнять информацию.

Индустриальные стандарты АКАР не содержат специального раздела, посвященного объему предоставляемой на преддоговорном этапе информации, но в ст. 7.1 и 8.1 предлагают следующие критерии для выбора рекламного агентства:

- профессионализм агентства (получивший признание в индустрии, например награды фестивалей);
- «история достижений» агентства на рекламном рынке;
- знание соответствующего сегмента на российском рынке;
- творческий потенциал агентства;
- понимание бизнеса рекламодателя;
- качество сервиса.

Можно порекомендовать рекламодателям, помимо общей юридической проверки (сведения о регистрации в ЕГРЮЛ, устав, руководитель, финансовое положение), запрашивать сведения по следующему кругу вопросов:

- 1) вид агентства (полного цикла, специализированное и т.п.⁷);
- 2) масштаб деятельности агентства (региональный, федеральный, международный);
- 3) справка о структурных отделах агентства, штатных должностях; о наличии устойчивых договорных связей с производственными компаниями (продюсерскими центрами для создания видеороликов; компаниями по производству рекламных материалов), рекламодателями (операторами наружной рекламы, медиаселлерами); аккредитация в СМИ и т.п.;
- 4) система защиты клиентской информации;
- 5) сведения о постоянных клиентах агентства;

⁵ Кучер А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005. С. 228.

⁶ Егорова М. А. Переговоры о заключении договора // Право и экономика. 2015. № 12. С. 22.

⁷ О видах рекламных агентств см., напр.: Музыкант В. Л. Теория и практика современного рекламного рынка. М., 1998. С. 197; Хапенков В. Н., Сагинова О. В., Федюнин Д. В. Организация рекламной деятельности. М.: Академия, 2006. С. 76—79.

- 6) портфолио (успешно реализованные рекламные кампании); благодарственные письма, рекомендации;
 - 7) сведения об опыте работы на отраслевом рынке потенциального клиента;
 - 8) сведения о профессиональном признании (награды, дипломы), о членстве в российских и международных рекламных ассоциациях.
- Несмотря на значительный объем запрашиваемой информации, можно совершенно определенно утверждать, что добросовестное рекламное агентство всегда предоставит эти сведения, в противном случае заказчик должен поставить под сомнение возможность любого контакта с таким агентством.

Рекламному агентству также требуется запрашивать определенный объем информации у заказчика (помимо общих сведений, собираемых в ходе обычной юридической проверки). К таким можно отнести:

- 1) сведения об объекте рекламирования (например, о рекламируемом товаре), о наличии лицензии, сертификатов, государственной регистрации;
- 2) сведения о законодательных и об иных ограничениях на рекламу того или иного товара⁸;
- 3) сведения о регистрации товарных знаков, иных объектов интеллектуальных прав; наличии судебных споров, претензий контролирующих органов;
- 4) сведения о конкурентной стратегии заказчика, занимаемой им доле рынке, об основных конкурентах, о демографических и психографических характеристиках целевой аудитории и т.п.;
- 5) сведения о наградах, дипломах, об участии в ассоциациях и союзах.

Даже самое поверхностное ознакомление со списком запрашиваемых сведений свидетельствует о том, что часть предоставляемых в ходе переговоров сведений может быть конфиденциальной и может охраняться субъектом в режиме

коммерческой тайны. В России давно сложилась практика заключения соглашений о конфиденциальности на преддоговорном этапе. Подчеркнем, что халатное отношение к охране коммерческой тайны может привести не только к ординарному раскрытию конфиденциальной информации и ее незаконному использованию, но и к полному прекращению исключительного права на конфиденциальную информацию, поскольку в соответствии со ст. 1467 ГК РФ исключительное право на секрет производства действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание.

В пункте 4 ст. 434.1 ГК РФ вводится обязанность по неразглашению конфиденциальной информации и ее неиспользованию контрагентом по переговорам в своих целях независимо от того, будет ли заключен договор. В качестве санкции за нарушение обязанностей по соблюдению конфиденциальности предусмотрено традиционное возмещение убытков. Думается, нет смысла подробно обосновывать практическую сложность возмещения убытков за раскрытие и/или незаконное использование конфиденциальной информации, даже с учетом последних изменений ГК РФ о возмещении убытков и позиции Верховного Суда РФ. Пункт 5 ст. 434.1 ГК РФ, допускающий заключение специального соглашения о ведении переговоров, предусматривает, что в таком соглашении стороны могут устанавливать неустойку за нарушение положений соглашения о порядке ведения переговоров. Представляется, что в соглашении о конфиденциальности, которое можно расширительно трактовать как соглашение о ведении переговоров, также следует предусматривать неустойку за нарушение обязанностей по соблюдению конфиденциальности.

После прохождения первоначальной («информационной») стадии переговоров стороны переходят к проработке условий будущего договора на проведение рекламной кампании.

⁸ Помимо ограничений на рекламу отдельных видов товаров и услуг, предусмотренных Федеральным законом от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232), некоторые производители в рамках созданных ими ассоциаций или заключенных отраслевых соглашений принимают добровольные ограничения на рекламу, к примеру на адресованную детям рекламу «мусорной» еды (снеки, чипсы, газированная вода).

Здесь важно обратить внимание на следующий момент. Как правило, рекламное агентство как будущий исполнитель начинает разрабатывать предварительную концепцию, план рекламной кампании, медиаплан и т.п. Поэтому целесообразно заключать уже упомянутые выше соглашения о порядке ведения переговоров (не ограничиваясь соглашениями о конфиденциальности), в которых должны быть распределены обязанности по подготовке договорной документации, формированию условий будущего договора, порядку распределения расходов.

Наиболее рискованной для рекламного агентства ситуацией на преддоговорной стадии является отказ заказчика от заключения договора в случае, когда агентство уже подготовило проект будущей рекламной кампании, включая творческую концепцию, медиаплан, составило смету. Отказ рекламодателя от заключения договора на этой стадии должен быть серьезно мотивирован и подробно аргументирован, поскольку внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать, прямо квалифицируется Гражданским кодексом как недобросовестное поведение и дает право предъявить требование о возмещении убытков (п. 2 ч. 2, ч. 3 ст. 343.1). Рекламодателю, отказывающемуся от заключения договора на завершающей стадии переговорного процесса, следует изложить свою позицию в письменном виде с подробнейшим объяснением причин выхода из переговоров.

В соглашении о проведении переговоров желательно предусмотреть условия, касающиеся использования подготовленных агентством планов рекламной кампании (иной документации, проектов) в случае незаключения догово-

ра. В качестве общего правила устанавливается запрет на использование этих материалов и проектов заказчиком-рекламодателем, подкрепленный соглашением о неустойке. Однако в соглашении может предусматриваться так называемый выкуп заказчиком подготовленных для него материалов (выплата компенсации агентству за разработку плана рекламной кампании) с возложением на агентство обязанности не использовать данные материалы в собственной деятельности либо для других заказчиков.

Также представляется интересным обратить внимание на следующие особенности проведения тендера на рекламную кампанию. Прежде всего, в Индустриальных стандартах АКАР прямо предусматривается, что тендер на проведение рекламной кампании не является способом заключения договора на торгах в смысле ст. 447 ГК РФ. Тендер, как правило, является закрытым, проводится в несколько этапов. На финальном этапе, в котором участвуют 2—3 рекламных агентства, претенденты представляют тендерному комитету презентации с готовыми планами рекламных кампаний. Поскольку участие в тендере означает для рекламных агентств серьезные финансовые и временные вложения, АКАР рекомендует делать финальный этап тендера платным, что подразумевает выплату компенсации (от 50 000 до 100 000 руб.) проигравшим участникам тендера.

В заключение отметим, что внесенные в Гражданский кодекс РФ новеллы о правовом регулировании переговоров можно только приветствовать, однако они закладывают лишь общую базу для регламентации переговорного процесса, на участниках переговоров по-прежнему лежит основная нагрузка по регулированию преддоговорного этапа.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бернет Дж., Мориарти С. Маркетинговые коммуникации : Интегрированный подход / пер.с англ. под ред. С. Г. Божук. — СПб. : Питер, 2001. — 864 с.
2. Егорова М. А. Переговоры о заключении договора // Право и экономика. — 2015. — № 12. — С. 20—28.

3. Зоркольецев Р. Д. Юридические секреты рекламной деятельности. Как грамотно управлять рекламным агентством, вести с ним переговоры и заключать контракты: практическое пособие. — Специально для системы ГАРАНТ, 2013.
4. Кучер А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. — М. : Статут, 2005. — 363 с.
5. Музыкант В. Л. Теория и практика современного рекламного рынка. — М., 1998. — 400 с.
6. Хапенков В. Н., Сагинова О. В., Федюнин Д. В. Организация рекламной деятельности. — М. : Академия, 2006. — 240 с.

Материал поступил в редакцию 15 декабря 2017 г.

PECULIARITIES OF CONTRACT CONCLUSION IN MARKETING

IZMAYLOVA Evgenia Vladimirovna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Commercial Law and Fundamentals of Law at the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University
izmailova.evgenya@yandex.ru
119991, Russia, Moscow, Leninskie Gory, d.1

Abstract. *The article deals with topical issues of regulation of contract negotiations for an advertising campaign. The question of providing information to the parties to the negotiations, the need negotiations agreements is studied. Practical recommendations are proposed for determining the scope of information about the activities of the advertiser and the advertising agency requested by potential counterparties when negotiating. The article discusses the main provisions of the confidentiality agreement, justifies the need to include conditions on the penalty in the confidentiality agreement. It is recommended to enter into full-fledged agreements on negotiations, in which the counterparty's obligations for the preparation of contractual documentation, the formation of conditions for a future contract, and the procedure for the distribution of expenses should be distributed. The problem of adherence to the principle of good faith in refusing further negotiations is investigated. The issues of a tender for an advertising campaign are considered. It is shown that changes to the Civil Code significantly increase the level of protection of the rights and interests of the parties to the negotiations.*

Keywords: *advertising campaign, amount of information provided, confidentiality agreement, negotiation agreement.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bernet Dzh., Moriarti S. Marketingovyе kommunikatsii : Integrirovanniy podkhod / per.s angl. pod red. S. G. Bozhuk. — SPb. : Piter, 2001. — 864 s.
2. Egorova M. A. Peregovory o zaklyuchenii dogovora // Pravo i ekonomika. — 2015. — № 12. — S. 20—28.
3. Zorkol'tsev R. D. Yuridicheskie sekrety reklamnoy deyatel'nosti. Kak gramotno upravlyat' reklamnym agentstvom, vesti s nim peregovory i zaklyuchat' kontrakty: prakticheskoe posobie. — Spetsial'no dlya sistemy GARANT, 2013.
4. Kucher A. N. Teoriya i praktika preddogovornogo etapa: yuridicheskiy aspekt. — M. : Statut, 2005. — 363 s.
5. Muzykant V. L. Teoriya i praktika sovremennogo reklamnogo rynka. — M., 1998. — 400 s.
6. Khapenkov V. N., Saginova O. V., Fedyunin D. V. Organizatsiya reklamnoy deyatel'nosti. — M. : Akademiya, 2006. — 240 s.