

Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України
Тернопільський національний економічний університет
Юридичний факультет

Кафедра цивільного права і процесу

Левандовська Марія Валентинівна

**ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ
ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН КОНСАЛТИНГУ В
УКРАЇНІ**

Спеціальність 7.0601101 – Правознавство

Дипломна робота за освітньо-кваліфікаційним рівнем «спеціаліст»

Студентка групи ПРЦзс-53
М. В. Левандовська

Науковий керівник:
к.ю.н.,
І. Р. Калаур

Дипломна робота допущена
до захисту
« ____ » _____ 2012р.

Завідувач кафедри цивільного
права і процесу
к.ю.н.
В.М. Слома _____

ТЕРНОПІЛЬ–2012

ЗМІСТ

ВСТУП	3
РОЗДІЛ 1. ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ КОНСАЛТИНГУ	8
1.1. Поняття та ознаки консалтингової послуги.....	8
1.2. Поняття та сутність договору консалтингу.....	17
Висновки до Розділу 1.....	29
РОЗДІЛ 2. ПРАВОВИЙ СТАТУС СТОРІН ДОГОВОРУ КОНСАЛТИНГУ	31
2.1. Характеристика сторін договору консалтингу.....	31
2.2. Права та обов'язки сторін договору консалтингу.....	44
Висновки до Розділу 2.....	52
РОЗДІЛ 3. ДИНАМІКА ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН КОНСАЛТИНГУ	53
3.1. Укладання договору консалтингу.....	53
3.2. Виконання і припинення договору консалтингу.....	64
Висновки до Розділу 3.....	74
ВИСНОВКИ	76
ПЕРЕЛІК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	78

ВСТУП

Актуальність теми. Становлення інформаційної (або як її ще називають електронної, цифрової або нової) економіки, яка, на відмінну від індустріальної епохи, характеризується пріоритетною роллю знань, перевагою інтелектуальної складової будь-якої сфери підприємницької діяльності, що забезпечує конкурентне становище на ринковій арені. За таких умов функціонування суб'єктів підприємницької діяльності нагадує спринтерські змагання за набуттям конкурентних переваг. Сьогодні перемогу в конкурентній боротьбі важко забезпечити тільки матеріальними ресурсами, основу її стратегічних компетенцій формують передусім нематеріальні активи, тобто інтелектуальна складова підприємницької діяльності. Тому залучення такого інтелектуального ресурсу, як консалтинг, стає об'єктивною необхідністю для забезпечення довгострокового стратегічного розвитку сучасного господарського товариства.

В умовах сьогодення, правову базу договору консалтингу складають лише загальні положення цивільного законодавства України, зокрема, загальні положення про зобов'язання, загальні положення про договори, а також загальні положення про послуги. Використовуючи терміни «консалтинг» і «консалтингова послуга» в текстах деяких нормативно-правових актів, вітчизняний законодавець не розкриває їх поняття та правову природу. Не закріплені законодавчо важливі для виконання договорів консалтингу критерії якості надання консалтингових послуг, вимоги до змісту консультацій, які надаються за договорами консалтингу. Внаслідок такого обмеженого законодавчого регулювання консалтингових відносин на практиці виникають непоодинокі спори з приводу укладення, виконання, зміни та припинення вказаного договору. Крім того, неналежне нормативне регулювання консалтингових послуг не дозволяє чітко відмежувати договір консалтингу від договорів про надання суміжних послуг (інжинірингу,

аутсорсінгу, маркетингових, інформаційних, юридичних та інших послуг), що створює певні проблеми у договірній практиці.

Вітчизняна доктрина цивільного права та спеціальна юридична література не містять спеціальних досліджень договору консалтингу. Більшість вітчизняних наукових праць, що стосуються консалтингових послуг, проводились у галузі менеджменту, економіки, фінансів і управління. Правові ж дослідження договору консалтингу в Україні знаходяться в зародковому стані та зводяться в основному до постановки відповідної проблематики, а не до її детального дослідження.

Разом з тим, не можна не відзначити наукові пошуки щодо договору консалтингу російських науковців. Зокрема, у 2009 році у Російській Федерації Л.Б. Сітдіковою було захищено докторську дисертацію на тему: «Правовое регулирование отношений в сфере оказания информационных и консультационных услуг в Российской Федерации», в рамках якої було детально проаналізовано договір консалтингу за законодавством Російської Федерації. Також дослідження окремих правових аспектів надання консалтингових послуг проводили й інші російські вчені-правники, зокрема О. Посадський та С. Хайніш.

Мета і завдання роботи. Метою написання дипломної роботи є науково-теоретичний аналіз сучасного стану правового регулювання надання послуг за договором консалтингу й розробка на цій основі пропозицій по внесенню змін і доповнень до законодавства України.

Для досягнення зазначеної мети у дипломній роботі були поставлені наступні завдання:

- дослідити сутність консалтингової послуги як предмету договору консалтингу;
- з'ясувати правову природу та особливості договору консалтингу;
- визначити правовий статус сторін договору консалтингу;
- розглянути порядок укладання договору консалтингу;
- визначити особливості виконання договору консалтингу та інші

підстави припинення зобов'язань за цим договором;

– виробити конкретні пропозиції, рекомендації та доповнення до чинного законодавства, спрямовані на удосконалення правового регулювання договору консалтингу та відповідної правозастосувальної практики.

Об'єктом дослідження є цивільно-правові відносини, що опосередковуються договором консалтингу.

Предметом дослідження є наукові погляди, концепції, ідеї, теорії, нормативно-правові акти України та зарубіжних країн, правозастосувальна та судова практика, положення доктрини цивільного права щодо консалтингових послуг.

Методи дослідження. Під час написання дипломної роботи використовувались як загальнонаукові, так і спеціально-правові методи наукового пізнання. В основу методології дослідження покладено загальнонауковий діалектичний метод, а також методи порівняльного та системно-структурного аналізу. За допомогою діалектичного методу досліджувалось формування, становлення та розвиток відносин із надання консалтингових послуг та правових норм, що їх регулюють. За допомогою порівняльного методу виявлялись особливості та загальні риси правового регулювання договору консалтингу у різних країнах світу. Метод системно-структурного аналізу використаний для встановлення правової природи і місця договору консалтингу в системі цивільних договорів на надання оплатних послуг, а також особливостей сторін договору консалтингу, їх прав та обов'язків.

Ступінь дослідження теми. Основу науково-теоретичної бази для написання дипломної роботи склали наступні праці: кандидатська дисертація Шаркової Г. Ю. «Договір консалтингу», докторська дисертація Л.Б. Сітдіковою на тему: «Правовое регулирование отношений в сфере оказания информационных и консультационных услуг в Российской Федерации», в рамках якої було детально проаналізовано договір консалтингу за законодавством Російської Федерації. Також дослідження окремих правових

аспектів надання консалтингових послуг проводили й інші російські вчені-правники, зокрема О. Посадський та С. Хайніш.

Наукова новизна одержаних результатів визначається насамперед тим, що виконана наукова робота є одним із комплексних досліджень правового регулювання договірних відносин консалтингу.

У результаті проведеного дослідження сформульовано нові наукові положення й висновки, зокрема:

– запропоновано авторську дефініцію договору консалтингу: за цим договором одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданнями другої сторони розробити, надати та визначити ефективні шляхи впровадження рекомендації щодо вирішення науково-технічних, інформаційних, фінансово-аналітичних, технологічних завдань другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу;

– встановлено, що договори на надання маркетингових та інформаційних послуг передбачають лише збирання, аналіз та передачу інформації. У договорі консалтингу важливим елементом є знання замовника та професійний досвід, які є необхідними для надання консалтингової послуги.

– визначено, що істотними умовами договору консалтингу є: предмет договору консалтингу, як умова, яка властива всім видам договорів та строк надання послуги і ціна консалтингової послуги, як умови, які слідують із суті договірних відносин консалтингу.

Практичне значення одержаних результатів можна окреслити трьома головними аспектами:

– результати дипломної роботи сприятимуть подальшому дослідженню проблем сутності договору консалтингу, його змісту та особливостей укладання і виконання;

– матеріали дипломної роботи можуть бути використані при підготовці методичних та дидактичних матеріалів при викладанні курсів «Цивільне процесуальне право України», «Зобов'язальне право»;

– наукові рекомендації можуть бути корисними для вдосконалення чинного законодавства, правозастосовчої практики.

Структура і обсяг дипломної роботи. Дипломна робота складається із вступу, трьох розділів, які містять шість підрозділів, висновків, переліку використаних джерел. Повний обсяг роботи становить 83 сторінки.

РОЗДІЛ 1

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ КОНСАЛТИНГУ

1.1. Поняття та ознаки консалтингової послуги

У зв'язку зі вступом України до СОТ виникла проблема підвищення технологічного та підприємницького ризику, що зумовлює необхідність критичної оцінки незалежними висококваліфікованими спеціалістами діяльності суб'єктів підприємницької діяльності з метою підвищення її ефективності. Цей факт сприяє зростанню попиту на так звані консалтингові послуги в Україні.

Консалтинг, або надання консультацій давно перетворився на важливий сектор економічної діяльності. В усіх державах з ринковою економікою він ґрунтується на підтримці розвитку власної інфраструктури. Головне місце в інфраструктурі підприємницької діяльності посідають професійні послуги, надання яких називається консалтингом [1, 9]. Саме слово «консалтинг» утворилося від англ. *consult* – «консультування» [2, 159], але поняття «консалтинг» настільки широко застосовується, що цей факт збентежує навіть найдосвідченіших професіоналів у цій сфері [1, 12].

У «Сучасній економічній енциклопедії» під редакцією професора Г. Вечканова консалтинг визначається як вид діяльності спеціальних компаній, які консультують підприємства з широкого кола питань господарської діяльності, кон'юнктури ринку, методів ведення бізнесу, адаптованих до сучасних умов, практику управління, обґрунтованого вибору адекватних управлінських рішень [3, 14].

Економіст Т. П. Кальна-Дубінюк визначає консалтинг у загальному розумінні як процес інтелектуальної професійної діяльності людини, що формує рекомендації, результатом яких є надання людині, що приймає рішення, оптимальних професійних порад або настанов, які сприяють вибору

найкращого розв'язання проблем щодо функціонування виробництва та управління об'єктом (суб'єктом) та/або процесом [4, 76]. А. К. Мідляр визначає консалтинг як вид інтелектуальної діяльності, основним завданням якої є аналіз, обґрунтування перспектив й використання науково-технічних та організаційно-економічних інновацій, ураховуючи предметну галузь та проблеми замовника [5, 51 - 55]. К. Чакіров зазначає, що консалтинг – це висококваліфікована допомога керівникам, яка спрямована на посилення роботи організацій і надається незалежними (які не належать до складу організацій) експертами, що спеціалізуються у певній галузі [6, 34]. Російський економіст І. Прокопенко у своїй науковій статті визначив консалтинг як послуги, які надаються незалежними та професійно підготовленими спеціалістами (консультантом або цілою групою) з метою допомоги керівникові організації у проведенні діагностики, аналізу та практичному розв'язанні управлінських рішень і виробничих проблем [7, 36 - 39].

Досить цікавим є визначення В. Ш. Рапорта, який визначає консалтинг як різновид експертної допомоги керівникам організації у процесі розв'язання завдань перебудови управління в умовах зовнішнього і внутрішнього середовища, яке постійно змінюється [8, 21].

Огляд зарубіжної спеціальної літератури дає змогу зробити висновок, що консалтинг може існувати у будь-якій сфері суспільного життя чи виробництва: до певної галузі знань лише необхідно додати слово «консалтинг», який може надаватися широкому колу осіб спеціалістами у певній галузі.

Поняття «консалтинг» та «консультування» широко застосовується у практичній діяльності, і тому зрозуміло, що цим дефініціям пильна увага приділяється. Водночас у науковій літературі залишається дискусійною ціла низка питань, пов'язаних із їх розумінням, тлумаченням та співвідношенням.

Так, В. А. Коростильов наголошує на принциповій різниці між консалтингом та консультуванням. «Консультування, – наполягає він, – це

навчання і допомога порадами, а консалтинг – допомога у вирішенні проблем замовника» [9, 6]. Досить категорично наведеній вище думці протистоять наукові погляди В. А. Верби - доцента кафедри стратегії підприємства КНЕУ, яка критикує наявність різниці між цими категоріями, оскільки вважає, що вони є тотожними. У наведених тлумаченнях понять «... важко визначити і зрозуміти принципову відмінність даних термінів». В. А. Верба схильна до думки, що ці категорії є синонімічними і погоджується, що консультування (від англ. *consulting*) – це надання професійних порад.

Також слід навести декілька аргументів проти позиції В. А. Коростильова та на підтвердження позиції В. А. Верби. Навчання і допомога порадами в цілому спрямована на вирішення проблем замовника, оскільки з його боку відбулася ініціатива – звернення за порадою. У процесі навчання також може надаватися допомога у вирішенні проблем замовника.

Тому критерій розмежування, вказаний В. А. Коростильовим, не можна вважати принциповим, а лише більш широким розумінням поняття. Однак із цим важко погодитись, враховуючи викладені вище аргументи.

Тож вважаємо, що більш аргументовано висвітлена позиція В. А. Верби. Позиція цієї вченої є сталою та аргументованою з огляду на її багатий практичний досвід, який відшліфовувався десятиліттями, та врахування позицій і поглядів зарубіжних науковців.

У зв'язку з тим, що термін «консалтинг» – слово іншомовного походження, яке в перекладі означає «консультування» схилиємося до думки, що ці поняття є синонімічними. Практика сприйняла цей іншомовний термін, а законодавець застосовує ці поняття у низці нормативно-правових актів «хаотично», характеризуючи при цьому одну й ту саму діяльність.

Таким, що має інтерес є визначення консалтингу російськими дослідниками А. О. Бліновим, Г. М. Буритіною та Є. В. Добреньковою, які зазначають, що консалтинг – це комплекс знань, який пов'язаний з науковим пошуком, проведенням досліджень, проведенням експериментів з метою

розширення наявних і отримання нових знань, перевірки наукових гіпотез, встановлення закономірностей, наукових узагальнень, обґрунтування проектів успішного розвитку організації [10, 9]. Це визначення є більш широким та досконалім за попереднє. Воно містить ту інформативність, що має поняття «консалтинг». Із наведеного поняття окреслюється інноваційний та науково-технічний бік створення об'єкта інтелектуальної та творчої діяльності, основним завданням якого є вирішення проблеми замовника у певній сфері, вироблення певних рекомендацій із подальшим впровадженням цих рекомендацій у діяльність замовника та настання корисного результату від отриманої консалтингової послуги.

Крім того, визначення поняття «консалтинг» знайшло своє відображення і в енциклопедії цивільного права 2009 року, де зазначено, що консалтинг – діяльність фірм із надання консультаційних послуг підприємствам, організаціям, фізичним особам із широкого кола питань економіки та права [11, 447].

Європейська Федерація асоціацій консультантів з питань економіки та управління (FEASO, ФЄАКО) користується терміном, «менеджмент-консалтинг», під яким розуміється надання незалежних пропозицій та допомоги, включаючи визначення та оцінку проблеми та (або) можливостей, рекомендацію відповідних засобів та допомоги в їх реалізації [12, 12]. Це визначення також підтримує Американська Асоціація консультантів з питань економіки та управління (АСМЕ) та Інститут менеджмент-консалтингу (ІМС) [1, 14].

Провівши аналіз наукових поглядів вітчизняних та зарубіжних вчених, поділяємо позицію тих науковців [13, 154], які вважають, категорії «консультування» та «консалтинг» синонімічними термінами. Спробуємо аргументувати та підсилити цю позицію.

В якості досить вагомого аргументу в дискусії, яка склалася, може виступати норма п.15 ч.1 ст. 1 Закону України «Про здійснення державних закупівель» [14] від 01.06.2010 р. № 2289-VI, де міститься визначення

консультаційних послуг та зазначено, що консультаційні послуги – інтелектуальна, нематеріальна діяльність, результати якої не є фізично осяжними, у тому числі аудиторські, юридичні, консалтингові послуги, послуги, пов'язані з консультуванням, експертизою, оцінкою, підготовкою висновків і рекомендацій, послуги з навчання, підготовки спеціалістів. Із зазначеного є очевидним, що законодавець розкриває поняття консультаційної послуги, тобто інтелектуальної, нематеріальної діяльності, яка є фізично неосяжною, та наводить приблизний перелік тих видів послуг, при наданні яких необхідна певна консультація кваліфікованого спеціаліста у тій або іншій галузі знань.

Навряд чи можна погодитись з тим, що законодавець після розкриття поняття консультаційної послуги наводить закритий перелік її видів. Тож, певним чином є обґрунтованим та з правової точки зору виправданим віднесення до виду консультаційних послуг аудиторських, юридичних та інших послуг, зазначених у Законі, оскільки вони мають однакову правову природу, правовий механізм надання, відповідальність тощо. Крім того, надання цих послуг здійснюється на підставі загальних положень про цивільно-правовий договір та договору про надання послуг, правова регламентація якого закріплена у гл. 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення», оскільки договори про надання консалтингових, аудиторських, юридичних та інших послуг належать до непоіменованих договорів приватноправового характеру.

Додатковим аргументом підтвердження власної позиції є норми, закріплені у Наказі Національного агентства України з управління державними корпоративними правами № 131 від 15.07.1999 р. «Про затвердження Положення про порядок організації та проведення конкурсів на право виконання консалтингових (консультаційних, аудиторських, юридичних та оціночних) послуг». У п.1.1. зазначено, що Положення про порядок організації та проведення конкурсів на право виконання консалтингових (консультаційних, аудиторських, юридичних та оціночних)

послуг визначає порядок організації та проведення конкурсів з визначення юридичних та фізичних осіб, яким може буде надано право виконання для Національного агентства з управління державними корпоративними правами консультативних, аудиторських, юридичних та оціночних послуг. Наведена правова норма свідчить, що при першому вживанні поняття «консалтинг» видавець використовує перерахування послуг, а саме консультативних, аудиторських, юридичних та інших послуг, у наступному випадку відбувається тільки перерахування послуг, а саме консультативних, аудиторських, юридичних та інших.

Обґрунтовуючи власну наукову позицію та підсилюючи її певними аргументами, розглянемо інші нормативно-правові акти, в яких має місце термін «консалтинг».

Новий Податковий кодекс України (далі – ПК України) від 02.12.2010 р. № 2755-VI містить низку статей, в яких уживаються терміни «консалтинг» та «консультація». При цьому законодавець не дає визначення жодного з них. Так, відповідно до ст. 186 ПК України місцем постачання консультативних, інжинірингових, інженерних, юридичних (у тому числі адвокатських), бухгалтерських, аудиторських та інших подібних послуг консультативного характеру, а також послуг з розроблення, постачання та тестування програмного забезпечення, з оброблення даних та надання консультацій з питань інформатизації, надання інформації та інших послуг у сфері інформатизації, у тому числі з використанням комп'ютерних систем, вважається місце, в якому отримувач послуг зареєстрований як суб'єкт господарювання або - у разі відсутності такого місця - місце постійного чи переважного його мешкання. Зазначена норма засвідчує те, що законодавець, не розкриваючи поняття консалтингової послуги, перераховує її види. Про синонімічність понять «консалтинг» та «консультація» свідчить той факт, що після перерахування видів консалтингової послуги законодавець зазначає: «...та інших подібних послуг консультативного характеру...». Наведемо інші

докази вживання зазначених термінів як тотожних, які законодавець по черзі вживає у нормативно-правових актах, можливо, для усунення тавтології.

Згідно із п.13 ч.1 ст. 139 ПК України до витрат, що не враховуються при визначенні оподаткованого прибутку, законодавець відносить витрати, понесені (нараховані) у звітному періоді у зв'язку з придбанням у нерезидента послуг (робіт) з консалтингу, маркетингу, реклами. Із наведеного можна констатувати, що законодавець оперує цими поняттями як синонімічними. Крім того, термін «консалтинг» можна зустріти у ряді інших нормативно-правових актів України, а саме: Закон України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» (прийнятий 14.09.2006 р. № 143-V) [15], Закон України «Про Загальнодержавну комплексну програму розвитку високих наукоємних технологій» (прийнятий 09.04.2004 р. № 1676-IV) [16], Наказ Національного агентства України з управління державними корпоративними правами «Про затвердження Положення про порядок організації та проведення конкурсів на право виконання консалтингових (консультаційних, аудиторських, юридичних та оціночних) послуг від 15.07.1999 № 131.

Таким чином, проаналізувавши низку нормативно-правових актів України, вбачаємо за доцільне зробити певні проміжні висновки. Так, у чинному законодавстві дуже часто трапляються поняття «консалтинг» та «консультація», але жодного посилання на їх тлумачення не міститься. У низці норм законодавець лише перераховує, що саме він відносить до тих або інших послуг, але і в цьому випадку немає однастайності, оскільки в одному законі до консалтингових послуг законодавець зараховує такі послуги, як консультаційні, маркетингові, інжинірингові, аудиторські, юридичні тощо, в іншому - навпаки. На нашу думку, цей негативний факт пояснюється нестійкістю термінології та недостатніми теоретично обґрунтованими положеннями, що у свою чергу, призводить до невизначеності при застосуванні тих чи інших норм для врегулювання консалтингових відносин.

Спробуємо на цьому етапі дослідження аргументувати синонімічність понять «консалтинг» та «консультація» через характерні ознаки, які притаманні послугам як об'єктам цивільних правовідносин.

Так, по-перше, консалтинг та консультація мають однаковий суб'єктний склад, оскільки вони можуть надаватися як вид підприємницької діяльності, яка здійснюється систематично з метою отримання прибутку, так і будь-якою фізичною або юридичною особою відповідно до законодавства. Наприклад, медичні консультації може отримати фізична особа, вступаючи у правовідносини з державним чи комунальним закладом охорони здоров'я, в яких держава забезпечує безоплатне надання йому медичної допомоги [17, 33].

По-друге, консалтингова діяльність і консультація можуть здійснюватися як оплатно, так і на безоплатній основі, наприклад, консультація у нотаріуса передбачає отримання певної інформації як супутніх або додаткових послуг.

Тож можна дійти висновку, що поняття «консалтинг» та «консультування» можна ототожнювати та використовувати як синонімічні, оскільки кожне із цих понять не має чітко визначених меж здійснення та чітко окреслених критеріїв розмежування.

Під консалтингом можна розуміти вид професійної діяльності із надання рекомендацій із широкого кола питань, спрямованих на вирішення науково-технічних, інформаційних, фінансово-аналітичних, технологічних завдань, яка здійснюється на підставі договору,

Із запропонованого визначення консалтингу можна виділити декілька ознак, які характеризують його як самостійний вид професійної діяльності та відмежовують його від інших видів діяльності. До таких можна зарахувати:

- діяльність може здійснюватися суб'єктами підприємницької діяльності та юридичними особами публічного права;
- основним видом діяльності є надання консультацій з питань, які становлять інтерес для замовника;

- результат отриманої консалтингової послуги наділений певною корисністю для замовника.

Визначення консалтингу дозволяє стверджувати, що механізмом регулювання правовідносин із надання консалтингових послуг є цивільно-правовий договір, який у практичній діяльності отримав назву «договір консалтингу». Оскільки зазначеним договором регулюється надання саме консалтингових послуг, то є певна потреба проведення аналізу зазначеної послуги через низку причин. Консалтингова послуга дуже широко використовується як вид підприємницької діяльності та для практиків є сталою, але наука ще не приділяла достатньої уваги цій договірній категорії. Зокрема, немає єдиного доктринального підходу до визначення правової природи консалтингової послуги, неврегульований та несформований чіткий механізм її надання, і врешті-решт, не визначено головні риси даної послуги, завдяки яким її можна відмежувати від суміжних послуг (маркетингових, аудиторських, інформаційних та ін.).

Консалтингова послуга як об'єкт цивільно-правового регулювання, як будь-яка інша послуга, має всі ознаки, притаманні послугі, а саме: фактичне здійснення, юридична дозволеність (правомірність), неосяжність, складність обумовлення та невід'ємність від джерела надання послуг, синхронність надання та отримання послуг (останні дві групи властивостей можна об'єднати поняттям моментального використання послуг), нестійкість якості та фактична неможливість її визначення, у тому числі складність виявлення критеріїв якості.

Консалтингові послуги належать до змішаного виду послуг, оскільки поєднують юридичні та фактичні послуги. Наприклад, до юридичних можна віднести оформлення консультантом відповідних документів, необхідних для здійснення підприємницької діяльності під час надання консалтингових послуг, до фактичних - послуги, які можуть виражатися, наприклад у перевірці статутних документів під час здійснення тієї самої діяльності.

1.2. Поняття та сутність договору консалтингу

Механізмом регулювання правовідносин із надання консалтингових послуг є цивільно-правовий договір, який у практичній діяльності отримав назву «договір консалтингу». У вітчизняному законодавстві відсутнє легальне визначення цієї договірної конструкції. У юридичній літературі договір консалтингу визначається як різновид договору оплатного надання послуг, відповідно до якого одна сторона – виконавець зобов'язується здійснити для іншої сторони – замовника фактичну діяльність зі створення та передачі обумовленої сторонами інформації для вирішення конкретних проблем замовника, що використовується у процесі її здійснення, результат якого, як правило, не має уречевленого вигляду, але інколи може фіксуватися на матеріальному носії і який може надаватися як одноразово (за заявкою), так і на постійній основі (абонентське консультаційне обслуговування), замовник зобов'язаний прийняти та оплатити її [18, 99].

З нашого погляду така дефініція в цілому відображає сутність відповідного зобов'язання, проте містить зайву вказівку на характер результату надання такої послуги та мету її надання – «для вирішення конкретних проблем», що в свою чергу звужує сферу застосування цього договору, адже договір консалтингу укладається з метою вирішення конкретних завдань.

Моделювати визначення договору консалтингу необхідно виходячи з того, що консалтингова послуга як будь-яка інша послуга, має всі ознаки, притаманні послугі, тому договір консалтингу слід віднести до групи договорів за яким надаються послуги. Це надасть можливість застосовувати загальні положення про послуги до договірних відносин консалтингу.

Беручи до уваги видову належність договору консалтингу та розроблену у попередньому параграфі дефініцію консалтингової послуги пропонуємо наступне визначення договору консалтингу: за цим договором одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданнями другої сторони

розробити, надати та визначити ефективні шляхи впровадження рекомендації щодо вирішення науково-технічних, інформаційних, фінансово-аналітичних, технологічних завдань другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу.

Із запропонованого нами визначення договору консалтингу можна сформулювати його ознаки. Тож договір консалтингу має ряд ознак: предмет договору – консалтингова послуга; завжди оплатний характер договору; як правило, виконавцем договору консалтингу є суб'єкт підприємницької діяльності, але інколи консалтингові (консультаційні) послуги можуть надаватися іншими суб'єктами відповідно до законодавства.

Враховуючи характерні риси договору консалтингу можна визначити його юридичні характеристики.

Головними критеріями, що визначають юридичну характеристику будь-якого договору, є поділ договорів на, односторонні, двосторонні та багатосторонні; оплатні та безоплатні; консенсуальні та реальні.

Договір консалтингу є двостороннім, оскільки правами та обов'язками наділені дві сторони – замовник та виконавець. Наступним класифікаційним критерієм договору консалтингу є питання про відплатність чи безвідплатність (ст. 626 ЦК України).

На думку І. Б. Новіцького, оплатним є договір, у якому кожна зі сторін має майновий інтерес [19, 129-130]. В. В. Луць поділяє договори на оплатні та безоплатні за ознаками наявності чи відсутності у договорі зустрічного задоволення [20, 37]. За договором консалтингу кожна зі сторін – замовник та виконавець - має майновий інтерес. Замовник, споживаючи консалтингову послугу, має на меті одержання позитивного результату, що, у свою чергу, призведе до прибутку. Виконавець здійснює одну або декілька дій, які будуть оплачені замовником. Оплатність договору консалтингу також знайшла своє підтвердження і за критерієм В. В. Луця.

Наступною юридичною ознакою будь-якого договору є його реальний чи консенсуальний характер, який відображає момент набрання ним чинності.

О. С. Іоффе стверджував, що консенсуальними визнаються угоди, які можуть бути укладені шляхом висловлення лише однієї згоди на їх укладання у формі, що вимагається за законом, а реальними є ті угоди, які можуть бути укладені шляхом передачі майна [21, 236-237]. На думку деяких науковців такий поділ є дещо спрощеним, але він набув свого подальшого розвитку в українській юридичній літературі радянського періоду. О. О. Красавчиков схилився до концепції, коли для виникнення зобов'язання достатньо лише домовленості сторін, то такі договори є консенсуальними, а якщо для виникнення зобов'язання необхідні домовленість сторін та передача речі або грошей, то такі договори вважаються реальними [22, 236-237]. Тож договір консалтингу є консенсуальним.

Характеризуючи підприємницькі договори, до яких належить договір консалтингу, В. В. Луць відзначає [20, 25], що у підприємницькому договорі поєднуються як загальні ознаки, властиві будь-якому цивільно-правовому документу, так і особливі риси. По-перше, суб'єктами цього договору є юридичні та фізичні особи, зареєстровані у встановленому порядку як суб'єкти підприємницької діяльності. По-друге, змістом підприємницького договору є умови, за якими передаються товари, виконуються роботи або надаються послуги з метою здійснення підприємницької діяльності або для інших цілей, не пов'язаних з особистим (сімейним, домашнім) споживанням. По-третє, для деяких видів підприємницьких договорів, зокрема, зовнішньоекономічних контрактів або біржових угод, може встановлюватись окремий порядок їх укладання (підписання). По-четверте, певними особливостями можуть характеризуватися порядок виконання або умови відповідальності сторін за підприємницьку діяльність.

Виходячи з цих ознак, В. В. Луць зазначає, що підприємницьким слід вважати такий цивільно-правовий договір, сторонами якого є юридичні чи

фізичні особи – підприємці та за яким передається майно, виконуються роботи або надаються послуги з метою здійснення підприємницької діяльності або для інших цілей, не пов'язаних з особистим (сімейним, домашнім) споживанням.

Таким чином, можна дійти логічного висновку, що договір консалтингу є підприємницьким, оскільки, по-перше, його укладання та виконання передбачає отримання прибутку з однієї сторони і, по-друге, однією із сторін договору консалтингу є обов'язково суб'єкт підприємницької діяльності. Отже, слід ще раз підкреслити підприємницький характер договору консалтингу і повністю підтримати позицію В. В. Луця.

Законодавець у низці нормативно-правових актів, застосовуючи поняття «консалтингова послуга» на позначення певного процесу або дії (діяльності), паралельно вживає терміни «маркетингові послуги» та «інформаційні послуги». Вважаємо за доцільне проаналізувати предмети схожих на перший погляд договорів – інформаційних та маркетингових з метою визначення їх співвідношення з договором консалтингу.

Схожість зазначених вище договорів полягає, на перший погляд, у тому, що законодавець використовує поняття «консалтинг», «маркетинг» та «інформація» здебільшого у сукупності, тобто разом, уживаючи їх як однорідні категорії через кому. Зокрема, це пов'язано з тим, що ці договори належать до договорів з надання послуг, правова регламентація та механізм правового регулювання яких жодним чином на законодавчому рівні не закріплені.

Російський вчений Л. Б. Сітдікова, досліджуючи договори з надання консультаційних та інформаційних послуг, зазначила, що їх основним розмежувальним критерієм є предмет, тобто надання інформаційних та консультаційних (консалтингових) послуг [23, 32-58].

В юридичній та спеціальній економічній літературі немає однастайності наукових поглядів серед учених щодо співвідношення понять «консалтинг (консультація)» та «інформація», тому розглянемо провідні позиції, які становлять науковий та теоретичний інтерес.

Так, О. М. Олійник відносить до інформаційних послуг консалтингові, які вчений характеризує через дії (діяльність) консультанта, основним обов'язком якого є надання певної інформації замовникові [24, 437]. В. О. Копилов висловлює позицію, що консалтингові послуги є різновидом інформаційних [25, 62].

Досить цікавими є висловлювання російських вчених О. В. Бризгаліна та Л. В. Андреевої, які вважають, що консалтингові послуги є дуже близькими за своїм змістом із інформаційними, і навіть допускають можливість об'єднати зазначені види послуг в одну групу, називаючи їх «інформаційно-консультаційними» або «інформаційно-консалтинговими». При цьому наголошують на принциповій відмінності консалтингових та інформаційних послуг. Так, консалтингові послуги існують не лише для надання будь-якої спеціальної або загальновідомої інформації, а й з метою здійснення певної діяльності з надання певних рекомендацій та роз'яснень замовникові - і тим самим є більш складними, ніж інформаційні. Із цією позицією важко погодитись, оскільки не вбачаємо доцільним об'єднання консалтингових та інформаційних послуг, оскільки різниця між ними є очевидною, її відзначають самі науковці. Так, консалтингова послуга є більш складною за своєю природою, ніж інформаційна, і передбачає надання не лише певних документованих або публічно оголошених відомостей про події та явища, що мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі, а й надання пропозицій та рекомендацій, вироблених на підставі аналізу та обробки інформації з урахуванням спеціальних знань та з урахуванням професійного досвіду із питань, які становлять інтерес для замовника консалтингової послуги.

Українська дослідниця П. Лютикова аналізуючи договір на надання інформаційних послуг, зазначає, що його предметом є лише передача інформації. Розкриваючи особливості договору на надання інформаційних послуг, П. Лютикова відзначає: «Необхідно на законодавчому рівні встановити особливий правовий режим інформаційних послуг, включивши до них:

аудиторські, консультаційні послуги, послуги з навчання. Безумовно, цей перелік не є вичерпним, оскільки інформаційне суспільство лише формується в Україні, але можливість розроблення загального механізму правового регулювання суспільних відносин, об'єктом яких виступає інформаційна послуга, визначається двома факторами: більшість інформаційних послуг має нематеріальний характер; діяльність з їх надання включає збирання, обробку і передачу інформації, що здійснюється різними способами» [26, 92].

З метою встановлення правової природи договору консалтингу слід зупинитись ще на одному аспекті, виділеному П. Лютиковою, і стосовно якого ми маємо певні критичні зауваження. Так, науковець, виділяючи види договорів на надання інформаційних послуг, вказує: «Договори щодо інформації пропонується поділити на дві великі групи: 1) зі створення інформації (договір на надання консультаційних послуг) та 2) з передачі інформації (договори й зобов'язання з відчуження інформації та передачі її в користування)» [26, 94]. Ми не поділяємо розглянуту позицію, оскільки дуже спрощено виглядає договір консалтингу, віднесений до групи договорів зі створення інформації. Створення інформації за договором консалтингу є певним проміжним етапом у цілому комплексі дій, спрямованих на надання консалтингової послуги. Надання консалтингової послуги передбачає збір, накопичення, обробку, аналіз інформації та певні знання консультанта у будь-якій предметній галузі, у результаті якого буде створено нову інформацію, яка в подальшому набуде вигляду рекомендацій, пропозицій, впровадження яких у життя передбачає настання корисного результату для замовника.

Консалтинговій послугі притаманна подвійна правова природа, завдяки якій можна визначити її як об'єкт інтелектуальної власності. Спробуємо аргументувати цю позицію.

Нами було визначено, що консалтингова послуга є різновидом інформаційної послуги, якій притаманний певний елемент, що охоплює інтелектуальну діяльність. А. А. Письменницький зазначає що, «інформація є

інтелектуальним надбанням народу і держави, складовою напрямів і темпів реформування економіки, адміністративної системи, демократичних перетворень» [27]. Як юридична категорія, інформація має свої особливості, які допомагають відмежувати її від інших об'єктів цивільного права що мають нематеріальної природи. Передусім йдеться про об'єкти права інтелектуальної власності, які є результатом розумової, творчої діяльності людини, а саме об'єкти авторського права і суміжних прав, а також права промислової власності [28, 68]. Ураховуючи наведені позиції вчених, можна припустити, що інформація, яка є основою консалтингової послуги, може бути об'єктом права інтелектуальної власності і є результатом розумової, творчої діяльності людини. З цього слідує, що дія надання консалтингової послуги (предмет договору консалтингу) також виступає об'єктом права інтелектуальної власності, що характеризується нематеріальним елементом. Як справедливо з цього приводу зазначає О. В. Кохановська, «...об'єкти інтелектуальної власності можна розглядати як особливу групу інформації, виключне право на використання якої належить суб'єктам виключних прав» [29, 101].

З іншого боку, консалтингова діяльність передбачає не тільки аналіз інформації, констатування та доведення певних відомостей до замовника, а й вироблення певних рекомендацій та пропозицій у певній галузі з питань, що є важливими та актуальними для замовника. Вказані пропозиції та рекомендації сповнені знаннями – особистим результатом інтелектуальної, творчої, розумової діяльності фізичної особи – послугонадавача консалтингової послуги.

Реалії часу диктують високі вимоги до роботи консультантів. Передусім висуваються такі вимоги, як інтелектуальна діяльність, творче мислення, гнучкий аналітичний розум, постійне прагнення до самовдосконалення і самореалізації, схильність до роботи в умовах невизначеності, здатність до перспективного мислення на випередження

подій та новаторства, вміння пристосовуватися до ситуації, яка склалася, тощо [30, 43-46].

Поняття «інтелект» (від латинського *intellctus* – розуміння, відчуття, сприйняття) означає розум, здатність до мислення, раціонального пізнання і фактично є латинською калькою давньогрецького філософського поняття «нус», що позначає розум, думку, дух. Ці синонімічні дефініції з різних мов тотожні за змістом, означають принцип інтуїтивного знання, початку свідомості та самосвідомості людини. Найчастіше творчість визначають як інтелектуальну діяльність, але дуже часто це поняття трактують як розумову діяльність, тобто здатність до розумового осмислення порядку виконання операцій щодо створення нових об'єктів.

Не заглиблюючись у дискусії з приводу співвідношення понять «інформація» та «ноу-хау», наведемо справедливу [31, 15-16], на наш погляд, точку зору Т. І. Бегової: «На сьогодні «ноу-хау» у міжнародному масштабі перестало розглядатися як альтернатива виключно патентного захисту технічних рішень і трансформувалося у специфічний об'єкт товарообігу, яким охоплюються різні види інформації (технічні знання, досвід, навички), істотні для певної галузі знань» [31, 14]. Ураховуючи зазначене, можна припустити, що будь-яке надання консалтингової послуги, яке передбачає вирішення певних технічних завдань, враховуючи професійний досвід та навички замовника, наділене ознаками «ноу-хау» і може мати інноваційний характер.

Останні роки зовнішньоекономічної діяльності України були спрямовані на вирішення питання щодо вступу країни до СОТ. СОТ є інструментом торговельної політики, яка базується, зокрема, на об'єктах інтелектуальної власності та фаховому використанні інформаційних ресурсів, у тому числі політичних, науково-технічних, економічних, кон'юнктурних тощо [32, 271].

Крім того, на початку ХХІ століття в Україні була проголошена інноваційна модель економічного розвитку, про що свідчить прийняття цілої низки нормативно-правових актів регулювання інноваційної діяльності.

Закон України «Про інноваційну діяльність» у ст. 1 містить такі визначення: «Інновації - новостворені і (або) вдосконалені конкурентоздатні технології, продукція або послуги, а також організаційно-технічні рішення виробничого, адміністративного, комерційного або іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва і (або) спільної сфери; інноваційна діяльність – діяльність, що спрямована на використання і комерціалізацію результатів наукових досліджень та розробок і зумовлює випуск на ринок нових конкурентоздатних товарів та послуг» [34].

У науці цивільного права існують цікаві позиції стосовно правової природи та визначення поняття «інновація», оскільки при дослідженні договору консалтингу, який містить елементи інноваційної діяльності, становить певний теоретичний інтерес аналіз наукових поглядів учених із цієї проблематики.

Український вчений Н. М. Мироненко слушно зазначає: «Поняття «інновація» можна розуміти як новий або удосконалений продукт чи технологію, створену в результаті використання новації, що реалізується на ринку або впроваджується у виробничу, управлінську або іншу діяльність. Саме з появи новації на ринку вона стає інновацією» [32, 276]. Тож консалтингова послуга характеризується як нова або удосконала технологія, створена в результаті новації, яка впроваджується у виробничу, інформаційну, аналітичну, інжинірингову діяльність замовника консалтингової послуги. Є всі підстави стверджувати, що консалтинговій послугі притаманна правова природа інноваційної діяльності.

Серед вчених відсутня єдина точка зору щодо визначення правової природи інноваційних відносин. Умовно можна виділити два підходи до їх розуміння. Представники першого вказують на змішану природу інноваційних правовідносин, які переважно мають господарсько-правовий

характер, що пояснюється господарською сферою їх застосування [34, 126]. Представники другого, акцентуючи увагу на комплексному характері інноваційних відносин, зазначають, що основою є вільні та цілеспрямовані дії учасників ринку, які, безумовно підпадають під дію цивільно-правових норм. Академік Н. С. Кузнєцова дотримується іншої позиції: «Інноваційні правовідносини з точки зору їх належності є різногалузевими, оскільки в них присутня публічна складова, що визначається активною участю держави, її органів. Приватноправова складова забезпечується участю творця – індивіда або відповідних колективних утворень. Крім того, інноваційний продукт як результат творчої діяльності є об'єктом регулювання інституту права інтелектуальної власності» [35, 56-57].

Інші вчені вважають, що для здійснення інноваційної діяльності необхідна наявність інноваційного потенціалу, який характеризується сукупністю різноманітних ресурсів, а саме таких:

- інтелектуальних (технологічна документація, патенти, ліцензії , бізнес-плани із освоєння інновацій, інноваційні програми підприємства тощо);
- матеріальних (дослідно-конструкторська база, технологічне обладнання тощо);
- фінансових (власні, запозичені, інвестиційні, державні, грандові);
- кадрових (лідер-новатор та персонал, зацікавлені в інноваціях, партнерські зв'язки співробітників з НДІ та ВНЗ; досвід проведення НДДКР, досвід керування проектами);
- інфраструктурних (організації, що виконують НДДКР, маркетингові та патентно-правові дослідження, інформаційні роботи);
- інших ресурсів, необхідних для здійснення інноваційної діяльності [32, 276].

Специфіка інноваційних відносин характеризує підстави їх виникнення. Виділення основних етапів інноваційного процесу зумовлює виокремлення двох основних груп інноваційних відносин: винахідницьких та

впроваджувальних. Ознаками відповідних груп відносин є взаємозумовленість, умовний характер поділу, істотна цивільно-правова складова. Чітку межу між двома видами відносин провести складно, оскільки створення інновацій, як правило, не є самоціллю, а спрямовується на її впровадження та комерціалізацію.

Так, до характеристик правової природи надання консалтингових послуг належить інноваційна діяльність, специфіку якої визначає інтелектуальний ресурс фізичних осіб, юридичних осіб або об'єднань громадян.

Таким чином, вважаємо за необхідне на даному етапі дослідження зробити проміжний висновок щодо співвідношення предметів договорів з надання консалтингових та інформаційних послуг.

По-перше, встановлено, що договір консалтингу належить до різновиду договорів з надання інформаційних послуг, оскільки основою консалтингової послуги є певна інформація, відомості.

По-друге, надання консалтингової послуги є сукупністю дій (діяльності) зі збору, накопичення, обробки, аналізу інформації з метою вироблення певних рекомендацій, пропозицій із подальшим впровадженням останніх у життя для отримання замовником корисного результату.

По-третє, достовірна інформація, висококваліфіковані знання, високий професійний рівень, практичний досвід є запорукою якісного надання консалтингових послуг.

Як було зазначено вище, є певний науковий та практичний інтерес вживання термінів «консалтинг» та «маркетинг» у низці нормативно-правових актів як однорідних понять, що ускладнює встановлення правової природи договору консалтингу та його юридичну характеристику.

І. Р. Шишка у дисертаційному дослідженні «Договір на маркетингові дослідження» визначає, що предметом цього договору є маркетингові дослідження. При цьому зауважує: «Маркетингові дослідження охоплюють збір, аналіз і переробку інформації, розробку на її основі висновків і

рекомендацій, які потрібні замовнику для вирішення практичних завдань заняття, розвитку чи згортання і переорієнтації бізнесу, основне – це маркетингова інформація як результат маркетингових досліджень, яка повинна відповідати вимогам ст. 5 Закону України «Про інформацію» [36, 59]. Із наведеного слушно відзначити, що дослідник не зазначає категорію знання як необхідний елемент предмета договору на маркетингові дослідження. Основне складає отримана замовником достовірна інформація, яка формується на підставі збору та аналізу, і на її основі формуються певні висновки та пропозиції щодо вирішення практичних завдань.

Н. Федосенко визначає предмет договору на надання маркетингових послуг як встановлення замовником чітко окресленої проблеми, яка підлягає вирішенню з боку виконавця у вигляді об'єкта дослідження (наприклад, конкретної галузі народного господарства, виду діяльності, окремої групи споживачів), якісних показників товару та його характеристик, які впливають на конкурентоспроможність, виготовлення замовником реклами та її ефективність, дослідження території (району, міста, окремого регіону, визначеної країни), цілей, характеру та об'єму робіт, що необхідно виконати, у тому числі отримання інформації, яка є важливою для замовника, а також настання очікуваного результату [37, 38]. Із наведеного Н. Федосенко також можна визначити предмет договору на надання маркетингових послуг як збір та аналіз інформації, дослідження певної галузі економіки з метою визначення конкурентоспроможного місця замовникові на ринку товарів та послуг.

Таким чином, порівнюючи предмети договору консалтингу та договору на маркетингові дослідження або договору на надання маркетингових послуг, можна стверджувати, що це зовнішньо схожі, але різні за своєю природою договори, відмінність яких полягає у, по-перше, різній сутності договорів, про що свідчать їх предмети; по-друге, перед виконавцями договору консалтингу та договору на маркетингові дослідження висуваються замовником різні завдання; по-третє, замовник передбачає отримати різні корисні результати від надання тих або інших послуг; по-четверте, для виконання договору консалтингу

необхідні висококваліфіковані знання та професійний досвід виконавця, які є однією із головних рис особи, яка надає такого роду послугу, натомість для виконання договору на маркетингові дослідження - головне володіти інформацією, яка цікавить замовника та вдало її проаналізувати.

Висновки до розділу 1.

На основі аналізу положень чинного законодавства та доктринальних підходів до змісту поняття консалтингу в різноаспектних його проявах розроблено авторське визначення цього поняття, відповідно до якого під консалтингом слід розуміти вид професійної діяльності із надання рекомендацій із широкого кола питань, спрямованих на вирішення науково-технічних, інформаційних, фінансово-аналітичних, технологічних завдань, яка здійснюється на підставі договору

Проаналізувавши поділ усіх послуг на фактичні, юридичні та змішані, встановлено, що консалтингові послуги належать до змішаних, оскільки вони об'єднують і юридичні, і фактичні дії.

Запропоновано авторську дефініцію договору консалтингу: за цим договором одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданнями другої сторони розробити, надати та визначити ефективні шляхи впровадження рекомендації щодо вирішення науково-технічних, інформаційних, фінансово-аналітичних, технологічних завдань другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу.

Порівнюючи предмети договорів консалтингу, договору на надання інформаційних послуг та договору на надання маркетингових послуг, встановили, що договори на надання маркетингових та інформаційних послуг передбачають лише збирання, аналіз та передачу інформації. У

договорі консалтингу важливим елементом є знання замовника та професійний досвід, які є необхідними для надання консалтингової послуги.

РОЗДІЛ 2

ПРАВОВИЙ СТАТУС СТОРІН ДОГОВОРУ КОНСАЛТИНГУ

2.1. Характеристика сторін договору консалтингу

Звернення до послуг консалтингових фірм, суб'єктів підприємницької діяльності у країнах з розвинутою ринковою економікою вже давно стало нормою підприємницької діяльності, головна особливість якої полягає в тому, що консультанти відчують потреби майбутнього, завжди йдуть на крок попереду потреб ринку.

Вчений-економіст О. А. Трофімова вказує, що на більш високих стадіях розвитку ринкових відносин консалтингові послуги стають такими ж необхідними, як і послуги банків, фінансових компаній тощо. Консалтингові фірми є основою управлінської інфраструктури, яка створює необхідні умови для якісного і ефективного функціонування національної економіки та сприяє формуванню й тісній взаємодії всіх елементів її інфраструктурного комплексу [38, 43].

Як зазначалося у попередньому розділі, правовою формою, яка опосередковує відносини з надання консалтингових послуг, є договір консалтингу.

Керуючись вихідним положенням стосовно того, що договір консалтингу є непоіменованим, відправним для характеристики учасників та встановлення правового становища його сторін, є загальні положення глав 52 і 63 ЦК України. Щодо першої, то вказуються такі вихідні підходи до моделювання сторін договору: не визначені кількісні та якісні вимоги; можливість кожної особи бути учасником договору та вибору іншого учасника договору, якщо інше не встановлене законом, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості; наявність загальних вимог до майбутніх учасників щодо їх правоздатності чи більше дієздатності, а для участі в

господарських зобов'язаннях – відповідних дозволів (ліцензії, патенти, квоти, сертифікати, акредитації) [39, 198].

У доктрині права поняття «учасник цивільних відносин» здебільшого розглядається як тотожне поняттю «суб'єкт цивільних правовідносин». У позитивному праві інший, загально персоніфікований підхід. Відповідно до ст. 2 ЦК України, учасниками цивільних відносин є фізичні та юридичні особи, а також держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Так законодавець виділив ці категорії суб'єктів за їх правовим становищем і у подальшому враховує його у тих чи інших цивільних правовідносинах. Надалі категорія «учасник цивільних правовідносин» деталізується стосовно специфіки відповідного інституту цивільного права. У зобов'язальному праві, згідно з його системою, персоніфікація сторін є орієнтиром для визнання за ними певних характерних для даного типу, виду чи підвиду договорів.

Відповідно до ст. 901 ЦК України учасниками договору про надання послуг, різновидом якого є договір консалтингу, є замовник та виконавець. Жодних обмежень щодо участі фізичних чи юридичних осіб у даному правовідношенні закон не називає. Правове становище сторін у договорі консалтингу ґрунтується на загальних усталених доктринальних постулатах, зокрема про правоздатність та дієздатність осіб. За ст. 91 ЦК України юридична особа може мати такі самі цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, що за своєю природою можуть належати лише людині. В окремих випадках юридична особа може здійснювати певні види діяльності, перелік яких встановлюється законом, лише після одержання нею спеціального дозволу (ліцензії) [40, 159].

Відповідно до ст. 42 Конституції України, будь-хто має право займатися підприємницькою діяльністю, яка не заборонена законом. Тож не можна виключити можливість участі у цих відносинах усіх суб'єктів відносин, регульованих цивільним правом, але варті враховувати

підприємницький характер договору консалтингу та особливості його суб'єктного складу, які полягають у обов'язковій належності виконавця до суб'єктів підприємницької діяльності. Отже, у даному випадку можна говорити про деякі обмеження, але це стосується тільки участі у договорі консалтингу в якості виконавця.

Сторонами договору про надання послуг є послугонадавач, що іменується виконавцем, та послугоотримувач, якого ще називають замовником. Спеціальних вимог до цих осіб закон також не висуває. Тому на них поширюються загальні правила щодо участі осіб у цивільному обігу. У доктрині цивільного права існує думка, що використання терміна «послугоотримувач» не є доцільним у тому випадку, коли договір про надання послуг укладається на користь третіх осіб. У такому договорі саме вигодонабувач буде виступати в якості послугоотримувача [41, 11]. У зв'язку з цим є цілком логічним використання терміна «замовник консалтингової послуги», оскільки цей термін є більш прийнятним для характеристики сторони договору консалтингу.

Сторонами договору консалтингу є виконавець (фізична особа – підприємець, яка у практичній діяльності називається «консультантом» (або консалтингова фірма) та замовник консалтингових послуг. ЦК України не містить будь-яких спеціальних вимог до суб'єктного складу зобов'язання з оплатного надання консалтингових послуг, тому необхідно орієнтуватися на загальні правила участі фізичних та юридичних осіб у цивільному обігу.

Детально зупинимось на виконавцеві консалтингових послуг, яким можуть бути як фізичні особи, так і юридичні.

Розпочнемо аналіз особи виконавця з дослідження його найбільш поширеного типу – юридичної особи або консалтингової фірми.

А. І. Пригожин виділяє чотири основні види консалтингових товариств [42, 117].

Перший вид – це багатогалузеве товариство, яке спеціалізується на аудиторській діяльності, інформаційних технологіях та фінансовому

консалтингу. Для зазначених багатогалузевих юридичних осіб консалтингові послуги надаються додатково, тобто їх надання не є основним видом діяльності. А тому вважати суто «класичним» товариство з надання консалтингових послуг не можна, оскільки це може впливати на якість надання консалтингової послуги.

Другий вид – це спеціалізовані товариства у будь-якій галузі консалтингу. Наприклад, консалтингова фірма із інформаційних технологій, консалтингова фірма з питань інжинірингу, із міжнародного маркетингу тощо. Можна відзначити, що саме спеціалізовані вузькопрофільні консалтингові товариства є найбільш придатними для українського ринку, оскільки консалтингова діяльність в Україні відносно молода і ще не сформовані великі консалтингові центри, які можуть надавати весь спектр консалтингових послуг замовникові.

Третій вид – так звані «партнерські» консалтингові товариства – це група консультантів, кожен із яких досвідчений спеціаліст у своїй галузі, має своїх замовників та можливість працювати самостійно, незалежно від інших фізичних та юридичних осіб. Але вони, як правило, мають спільне офісне приміщення, обслуговуючий персонал, оргтехніку тощо. Коло таких партнерів, як правило, складає 6 – 8 осіб. Крім того, вони можуть разом обговорювати різного роду консалтингові процеси, радитись, допомагати, ділитись досвідом та методами роботи.

Четвертий вид – незалежні індивідуальні консультанти, які, як правило, зареєстровані як фізичні особи – підприємці та здійснюють підприємницьку діяльність окремо. Такий консультант може бути вузькоспеціалізованим фахівцем у конкретній галузі [43, 38-48].

Дещо іншу класифікацію виконавців договору консалтингу пропонує проф. А. Е. Воронкова, яка виділяє:

1. Великі багатопрофільні консалтингові фірми, що здійснюють широку практичну діяльність, часто із залученням іноземного елемента та/або надають консалтингові послуги замовникам на території іноземних

держав. Представництва цих юридичних осіб мають змогу надавати консалтингові послуги замовникам іноземних держав.

2. Дрібні та середні консалтингові фірми, кількість працівників в яких становить, як правило, до 50 осіб. Найчастіше вони надають консалтингові послуги невеликим юридичним особам у межах однієї адміністративно-територіальної одиниці (області або регіону); спеціальним консультуванням в одній або декількох галузях, таких як корпоративна стратегія, управління кадровим апаратом, маркетинг, управління виробничим процесом і т.д.; суворо спеціалізованою діяльністю в одній або декількох галузях промисловості або сфери послуг, як правило, засновані у формі приватного підприємства чи ТОВ.

3. Організації, що надають спеціальні технічні консалтингові послуги. Ці організації являють собою юридичні особи, зазвичай, створені фахівцями в галузі математики, обчислювальної техніки, дослідження операцій, та пропонують надання спеціальних послуг у сфері стратегічних досліджень, моделювання, прогнозування, аналізу і проектування систем та ін. Можна зробити певні припущення, що за часів СРСР деякі із зазначених видів послуг надавалися структурними підрозділами ВНЗ або НДІ. На сьогодні ж це вид підприємницької діяльності, попит на здійснення якої збільшується з кожним днем.

4. Самостійні консультанти, якими можуть бути індивідуальні висококваліфіковані спеціалісти у певній галузі знань, як правило, зареєстровані як фізичні особи-підприємці задля отримання розрахункового рахунка. Їх сильною стороною є гнучкий підхід, що складніше застосовувати великій консалтинговій фірмі. На послуги самостійного консультанта менша ціна, оскільки він може уникнути багатьох витрат, властивих юридичним особам.

Отже, можна зробити висновок, що на сьогодні цей вид виконавця користується найбільшою популярністю. З огляду на оплатну ціну договору консалтингу, індивідуальний підхід до замовника, якщо замовляється

консалтингова послуга із загальних проблем підприємницької діяльності чи інжинірингу, максимальний ефект замовник може отримати від середніх та багатопрофільних консалтингових організацій.

До чотирьох основних, перерахованих вище, виконавців договору консалтингу А. Е. Воронкова додає ще й «нетрадиційне джерело надання послуг», до якого відносить постачальників і продавців комп'ютерної техніки та засобів зв'язку, постачальників програмного забезпечення [44, 26], але ми вважаємо, що такого роду консультації не є консалтинговою діяльністю, вони мають разовий характер, і за своєю сутністю є аналогічними медичним, туристичним, інформаційним послугам, оскільки, по-перше, надання консалтингової послуги спрямоване на настання певного корисного результату для замовника, який може настати після завершення надання консалтингової послуги, тобто момент завершення надання консалтингової послуги та настання очікуваного результату не збігаються. Натомість при наданні консультації «нетрадиційним джерелом» момент надання послуги та результат збігаються.

Основною вимогою до фізичної особи, яка надає консалтингові послуги, є те, що вона повинна діяти як фізична особа – підприємець, тобто бути суб'єктом підприємницької діяльності, зареєстрованим у встановленому законом порядку.

Таким чином, можна зробити проміжний висновок, що виконавцем договору консалтингу може бути юридична особа приватного права певної організаційно-правової форми, яку ми розглянемо далі, та індивідуальні консультанти.

Питому вагу юридичних осіб приватного права утворюють підприємницькі товариства, тобто юридичні особи, метою діяльності яких є отримання прибутку. Отже, досліджуючи особливості такого виконавця за договором консалтингу, необхідно детально зупинитись на визначенні поняття «підприємницька юридична особа». Взагалі така назва юридичної особи походить від терміна «підприємництво».

Так, при визначенні поняття «підприємництво» необхідно виходити з теоретичної економічної основи, роз'яснюючи його сутність. Німецький учений Петер Верхан зазначив, що важко знайти таку ж складну та неоднозначну сферу діяльності, як підприємництво. У ринковій економіці воно реалізується на перехресті економіки, політики, техніки, юриспруденції, психології та етики [43, 5].

Визначення поняття «підприємництво» міститься в ст. 42 ГК. Відповідно цієї статті підприємництво - це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку.

ЦК України визначає основні правила цивільної правоздатності юридичної особи.

Юридична особа здатна мати також цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізичні особи, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Цивільна правоздатність юридичної особи може бути обмежена лише рішенням суду. Юридична особа може здійснювати окремі види діяльності, перелік яких встановлюється законом. Цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення (ст. 91 ЦК України).

Товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі в цьому товаристві. Воно може створюватися однією особою, якщо інше не передбачене законом. Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. У даному випадку нас цікавлять тільки підприємницькі товариства, оскільки консалтингові фірми – підприємницькі, надають послуги з метою отримання прибутку.

Перехід до ринкової економіки зумовив появу нових організаційно-правових форм, покликаних забезпечити поєднання майнових та інших інтересів фізичних та юридичних осіб у сфері підприємницької діяльності.

Саме для цього створюються численні господарські товариства, до яких належать юридичні особи, створені на підставі договору шляхом об'єднання майна (або майна і підприємницької діяльності) фізичних та юридичних осіб з метою одержання прибутку.

Найбільш значущі серед організаційно-правових форм підприємницької діяльності є ті, які дають можливість виявити риси, притаманні підприємницькій діяльності – ініціативу, самостійність та ін. [204, с. 202].

Нерідко у літературі вживається термін «підприємницька фірма». Її визначають як організаційно-правову форму підприємницької діяльності громадян (фізичних осіб) та організацій (юридичних осіб) або як такий різновид підприємницької діяльності, який дозволяє залучати до праці найманих робітників.

Незважаючи на той факт, що виконавцем договору консалтингу може бути юридична особа та фізична особа-підприємець, особливий інтерес для нас становить послугонадавач. У сучасній науковій літературі на сьогодні не сформовано єдиних вимог, яким повинен відповідати послугонадавач консалтингової послуги. Незважаючи на те, що виконавцем може бути юридична особа (консалтингова фірма), консалтингова послуга надається фізичною особою, людиною.

Так, існує декілька підходів до визначення загальних критеріїв професійного рівня, які повинен мати послугонадавач консалтингової послуги. Професійний рівень послугонадавача є прямим свідченням якості послуги, що надається.

А. І. Пригожин вважає, що рівень кваліфікації послугонадавача консалтингової послуги складається з таких складових [46, 85]:

- знання, тобто інформованість і вільна орієнтація в системі професійних істин, фактів, норм;
- мистецтво, тобто комплекс формалізації прийомів, а також професійна інтуїція;

- ремесло, тобто володіння технікою здійснення конкретної консалтингової діяльності: системний підхід і аналіз, новітні тенденції в практиці.

А. І. Пригожин, також виділяє декілька напрямків професійних знань та умінь послугонадавача консалтингової послуги. Перш за все він називає технологічну підготовку та вміння використовувати методи, які є необхідними для виконання договору консалтингу, здійснення консалтингового процесу. Під останніми автор розуміє проведення діагностики проблеми замовника консалтингової послуги, вироблення конкретних рішень та пропозицій для замовника і втілення цих обґрунтованих рішень у діяльність замовника. Крім того, - зазначає А. І. Пригожин, - послугонадавачу консалтингової послуги непогано володіти вузькопрофільними знаннями та вміннями, що належать до однієї галузі знань – економіки, права, маркетингу, соціології, бухгалтерського обліку, аудиту та ін. Також консультант повинен володіти технікою професійної роботи, певними емпіричними процедурами. Це можуть бути навички складання відповідних документів, вироблення певних рішень [46, 88].

Л. Король та Є. Михайлова вважають, що до професійної компетенції консультанта повинні належати такі складові [47, 19]:

- технічна компетентність – уміння консультанта сформулювати мету, запропоновану замовником консалтингової послуги, з подальшою трансформацією в систему конкретних завдань;

- міжособистісна комунікативна компетентність – розвинені комунікативні навички, розуміння мотивів поведінки замовника, високий рівень усвідомлення власних особистісних характеристик;

- контекстуальна компетентність – виконавець договору консалтингу повинен усвідомлювати настання передбачених результатів після надання консалтингової послуги;

- адаптивна компетентність – здатність передбачити зміни у діяльності товариства замовника;

- концептуальна компетентність – володіння інтелектуальними або теоретичними знаннями, на яких ґрунтується надання консалтингової послуги;

- інтегративна компетентність – уміння надавати інформативні, професійні оцінки, приймати обґрунтовані рішення та впроваджувати їх у життя.

А. П. Посадський вважає, що достатній обсяг знань та навичок при наданні консультантом консалтингової послуги включає [48, 124]:

- здатність послугонадавача консалтингової послуги вивчати існуючу в замовника ситуацію і охарактеризувати необхідні дії для її поліпшення (вміння збирати і критично аналізувати інформацію, ідентифікувати всі аспекти проблеми, а потім здійснити певні дії для поліпшення ситуації, використовуючи власний інтелектуальний капітал та творчість);

- здатність послугонадавача встановлювати відносини співпраці із замовником, отримувати його згоду на зміни і компетентно сприяти їх впровадженню у діяльність;

- здатність досягати високої майстерності у сфері надання послуг. Автором не випадково зазначена саме ця навичка, оскільки надання консалтингової послуги – це певний інтелектуальний процес. До речі, один і той самий консалтинговий проект різні виконавці здійснять по-різному, від цього залежить очікуваний результат від надання консалтингової послуги, якість послуги та порядок виконання договору консалтингу;

- здатність виконувати поставлену замовником задачу швидко та результативно. Ця думка, висловлена А. І. Пригожиним, на перший погляд не впливає на цивільно-правову природу договору консалтингу, але враховуючи той факт, що до істотних умов договору консалтингу віднесено строк надання консалтингової послуги, ця обставина може спричинити настання певних юридичних наслідків.

Стандарти етики та чесності Академії розвитку людських ресурсів (США), наприклад, висувають такі вимоги до послугонадавача консалтингових послуг: «Консультанти можуть надавати свої послуги, використовуючи нові технології, тільки після відповідного академічного навчання, тренінгів, супервізії та консультацій з професіоналами в цій сфері. ... професійний консультант повинен мати документ, що підтверджує визнання рівня його професійної підготовки Академією». Цитоване положення свідчить про високі вимоги, що висуваються до американських консультантів. Крім того, цей факт є свідченням і того, що надання консалтингових послуг в США ствердилось і має ознаки професійної діяльності, навіть з огляду на історичне зародження консалтингу як виду підприємницької діяльності в США, датоване ще ХІХ століттям.

Таким чином, наведені різні підходи до класифікації свідчать про той факт, що науковцями у сфері консалтингу неодноразово була зроблена спроба структурно виокремити професійні та особисті характеристики послугонадавача консалтингової послуги, які змогли б охарактеризувати останнього як виконавця, та критеріїв якості майбутньої консалтингової послуги.

Отже, з вищевказаного можна зробити висновки щодо ознак та особи виконавця договору консалтингу, ним можуть бути:

1) фізична особа – підприємець, яка не зареєстрована як юридична особа, здійснила державну реєстрацію як суб'єкт підприємницької діяльності;

2) юридична особа, яка належить за способом утворення до юридичної особи приватного права; відноситься до підприємницьких товариств; зареєстрована у встановленому законом порядку, відноситься до господарських товариств, які можуть виступати у таких організаційно-правових формах: товариство з обмеженою відповідальністю; акціонерне товариство; командне товариство; повне товариство; товариство з додатковою відповідальністю. Відповідно до Закону України «Про

ліцензування окремих видів діяльності» [49] консалтингові послуги не потребують ліцензування. Згідно із Законом України «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності» [50] консалтингові фірми та індивідуальні консультанти не повинні обов'язково отримувати патент для надання консалтингових послуг. Участь юридичних осіб в якості виконавця консалтингових послуг обмежено за принципом спеціальної правоздатності.

3) участь фізичних осіб у відносинах з надання консультаційних послуг в якості послугоотримувача (замовника) не обмежується жодними законодавчими приписами. Тобто будь-яка фізична особа може замовляти консалтингову послугу для впровадження її результатів у свою практичну діяльність.

Участь юридичних осіб у зобов'язанні з надання консультаційних послуг обмежено тим, що якщо послуга носить особистий характер, то участь юридичних осіб в якості безпосереднього споживача послуги не можлива.

Так, принцип спеціальної правоздатності юридичних осіб, який застосовується до відносин з надання послуг, більш жорстко діє по відношенню до державних установ, кооперативних та громадських організацій та підприємств. Так, не допускається надання послуг, якщо в статуті підприємства такий вид діяльності не зазначається;

4) таким чином, надання консалтингових оплатних послуг державними підприємствами, кооперативними та громадськими організаціями може здійснюватися тільки у випадках, прямо передбачених у статуті або положенні, тобто у суворій відповідності принципу їх спеціальної правоздатності.

Наявність усіх вище зазначених обставин ще не гарантує того, що замовника задовольнить та діяльність і її результати, які йому запропонує виконавець. У зв'язку з тим, що в зобов'язаннях з надання консультативних послуг результат невід'ємний від діяльності виконавця, а процес використання консалтингової послуги здійснюється, як правило, з моменту її надання до настання очікуваного результату, велике значення має

особистість самого виконавця, його індивідуальні дані, досвід, професіоналізм, знання і т.п.

Але існують такі зобов'язання, в яких особисте виконання не має значення. Крім цього, замовник, укладаючи договір з юридичною особою, може обговорити виконання зобов'язання конкретним спеціалістом або погодитися з виконанням будь-яким кваліфікованим працівником, якого обере керівник фірми. Наприклад, звертаючись до консалтингової фірми, можна домовитись про впровадження інформаційних технологій конкретним фахівцем або просто укласти договір і тим самим допустити виконання будь-яким спеціалістом фірми.

Хоча термін «особисте виконання» пов'язують зазвичай з діяльністю фізичних осіб, визначені обов'язки можуть покладатися і на юридичну особу. При зверненні за консультаційною послугою до юридичної особи замовник бере до уваги ознаки відомості, авторитетності та солідності фірми. Таким чином, його цікавить, щоб послуга була виконана саме цією юридичною особою. Це означає, що юридична особа має право використовувати будь-яких спеціалістів, як власних, так і залучених, але переведення боргу або інший засіб зміни особи на стороні виконавця у зобов'язаннях оплатного надання послуг за загальним правилом не допускається.

Отже, суб'єктами зобов'язання з надання консалтингових послуг можуть бути фізичні та юридичні особи. Загальне правило про суб'єкт зобов'язання з надання консалтингових послуг можна сформулювати таким чином: суб'єктами зобов'язання з надання консалтингових послуг можуть бути громадяни та юридичні особи, якщо інше не передбачено законодавством та не слідує із сутності зобов'язання.

З метою всебічної характеристики сторін за договором консалтингу буде доцільним детально розглянути права та обов'язки сторін, їх особливості.

2.2. Права та обов'язки сторін договору консалтингу

Характеристика змісту договору консалтингу є важливим науковим та практичним завданням, оскільки має вирішальне значення у таких випадках: при укладанні договору консалтингу, визначення його елементів та істотних умов, узгодження цієї договірної конструкції з імперативними вимогами чинного законодавства, при його виконанні та оцінці корисного результату від наданої консалтингової послуги, належного виконання договору консалтингу, визначенні видів забезпечення належного виконання договору консалтингу та наслідків його порушення, при складанні акта про прийняття-передачу результатів наданої консалтингової послуги. Нині, зазначені вище позиції є вельми актуальним, оскільки, національна цивілістична наука не має достатніх ґрунтовних напрацювань з цієї проблематики та потребує критичної оцінки досвіду практиків.

Відповідно, дослідницьке завдання цього підрозділу полягає у тому, щоб на основі загальних положень про зміст договору в ст. 628 ЦК України, про предмет договору про надання послуг визначити зміст договору консалтингу. У зв'язку з цим видається абсолютно слушним твердження В. В. Луця про те, що «... зміст договору – це ті умови, на яких укладена відповідна угода сторін, та не тільки, а стосовно яких у подальшому визначаються права та обов'язки сторін та чого можна проводити оцінку виконання» [20, 79].

Зміст договору як спільного вольового юридичного акта сторін становить, по-перше, умови, стосовно яких вони дійшли згоди, і, по-друге, ті умови, які приймаються ними як обов'язкові внаслідок чинного законодавства (ч. 1 ст. 628 ЦК, ч.1 ст. 180 ГК). Іншими словами, зміст договору – це ті умови, на яких укладена відповідна домовленість сторін. Якщо договір оформлено письмово, у вигляді єдиного документа, підписаного сторонами, то відповідні умови фіксуються у пунктах договору, в яких можуть міститися і посилання на норми чинного у цій сфері законодавства. Оскільки договір є підставою виникнення цивільно-правового

зобов'язання, то зміст цього зобов'язання розкривається через права та обов'язки його учасників, визначені умовами договору [39, 175].

Права і обов'язки сторін у двосторонніх договорах завжди взаємопов'язані є зустрічними: те, що для однієї сторони є обов'язковим, складає зміст права вимоги другої сторони. Отже, поки одна сторона не виконає свій обов'язок, інша сторона не може реалізувати своє право [51, 444]. Тому предметом дослідження цього підрозділу буде з'ясування змісту договору консалтингу через призму розкриття прав та обов'язків цього договору.

Згідно з ч. 1 ст. 628 ЦК України зміст договору становлять умови (пункти): а) визначені на розсуд сторін і погоджені ними; б) які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.

Очевидно, що умови є змістом договору як домовленості (правочину), а пункти, викладені в умовах договору, складають зміст договору як документа (тобто договору, вчиненого в простій письмовій формі). На думку українського вченого Т. В. Боднар, вжиті в ч.1 ст. 628 ЦК України терміни «умови» і «пункти» не можна розглядати як тотожні, оскільки умова описує, яким чином повинна поводити себе та або інша сторона договору в конкретній ситуації, а пункт є формою опису цієї поведінки [52, 53]. Дещо іншої думки О. В. Київець, яка відзначає, що зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства [53, 60]. Із наведеного є очевидним, що О. В. Київець не приділяє уваги розмежуванню понять «умови» та «пункти». На нашу думку, це не є цілком обґрунтованим, тому що «умови» законодавцем уживаються саме для позначення домовленостей сторонами договору, що є винятково важливими та впливають на виконання договору, зокрема, договору консалтингу. «Пункти» ж змісту договору консалтингу можуть слугувати лише засобом договірної техніки для деталізації та позначення «умов» договору консалтингу.

Отже, зміст договору консалтингу складає сукупність прав та обов'язків замовника та виконавця.

Зважаючи на сутність договору консалтингу, який є різновидом договорів про надання послуг, слідує, що основним обов'язком виконавця є надання замовникові певної консалтингової послуги, на замовлення замовника, яка передбачена договором. За загальним правилом, визначеним ЦК України (ч.1 ст. 902), виконавець повинен надати послугу особисто. Для замовника послуги, беззаперечно важливою є саме особа, яка буде надавати консалтингову послугу, оскільки послуга є невіддільною від здійснення певних дій або діяльності виконавця, його особа має суттєве значення для замовника. Якщо виконавцем договору консалтингу є юридична особа, то замовник може порушувати питання щодо особи конкретного працівника, який здійснюватиме дії з надання послуг. Зацікавленість замовника послуги у конкретному виконавцеві обумовлена в першу чергу високою кваліфікацією в тій або іншій сфері та діловою репутацією виконавця.

Розвиток інформаційних технологій потребує нових технічних засобів для якісного виконання договору консалтингу та формування значущих рекомендацій, впровадження у практичну діяльність яких призведе до корисного результату. При цьому у пошуку найкращих рекомендацій, Т. П. Кальна-Дубінюк зазначає, що велике значення має сама людина. Одна людина може впливати на долі інших людей, юридичних осіб, держав, цивілізації. Проведення теоретико-методологічних досліджень загальносистемних характеристик консалтингових послуг дає змогу консультанту прийняти правильне, раціональне рішення та використати рекомендації з максимальним корисним результатом [4, 75-76].

Обов'язки виконавця. 1. Основним обов'язком у договорі консалтингу є надання послуг (тобто консультацій) відповідно до погодженого сторонами завдання (проекту) і передача одержаних результатів у визначений термін.

2. Специфічною рисою договору консалтингу є встановлення вимоги стосовно виконавця надати послугу особисто. Це означає, що особа, будучи

виконавцем, зобов'язана надати послугу особисто, не покладаючи цього обов'язку на іншого суб'єкта цивільних правовідносин. Якщо це консалтингова фірма, тобто юридична особа, то у договорі повинно бути зазначено, який саме спеціаліст буде виконувати даний проект або завдання.

3. У договорі консалтингу має передбачатися обов'язок виконавця утримуватися від публікацій та розголошення відомостей, які стали йому відомі під час виконання послуги і можуть становити комерційну таємницю.

Комерційна таємниця як правовий інститут посідає особливе місце в системі цивільного права і включає сукупність загальних та спеціальних цивільно-правових норм, які регулюють обіг комерційно значущої інформації. Словосполучення «комерційно значуща інформація» означає «ту інформацію яка має цінність», і важливе значення або навіть необхідність для здійснення підприємницької діяльності. ЦК України дає визначення даного поняття. Так, комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невід'ємною та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних до обставин, що склалися, заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію (ч.1 ст. 505). До видів комерційної таємниці закон відносить відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці. Таким чином, можна припустити, що у договорі консалтингу комерційну таємницю становлять відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру. Тобто ключовим обов'язком виконавця є якість наданої послуги. Якщо замовника не влаштовує якість наданої послуги, рекомендації, висновок або інформація, зафіксована на матеріальному носії, і то виконавець повинен власними силами усунути ці недоліки за свої кошти, якщо інше не встановлено у договорі.

На момент укладання договору консалтингу в ньому необхідно зазначити про інформацію, яка є об'єктом конфіденційності, може бути відома та індивідуалізована за обсягом, формою, носіями, змістом тощо, а може й не бути відомою сторонами (наприклад, коли інформація має бути зібрана або створена в майбутньому за договором консалтингу). У такому випадку для належної індивідуалізації об'єкта і конкретизації змісту прав і обов'язків сторін у договорі потрібно охарактеризувати джерела отримання інформації та її змістову направленість, а також, якщо це необхідно, способи її отримання та форми вираження [54, 154].

4. Важливим обов'язком замовника є надання послуги у термін, чітко визначений договором консалтингу.

Права виконавця. 1) Передусім виконавець має право вимагати від замовника прийняти надану послугу та оплатити її.

2) Виконавець має право залучати до виконання проекту (завдання) інших спеціалістів-консультантів, з дозволу замовника. Якщо це правило не застережено, то виконавець повинен надати консультації особисто.

3. Виконавець має право залучати до виконання завдання працівників замовника, які володіють необхідною інформацією, потрібною для виконання договору консалтингу. Російський фахівець у сфері консалтингу Н. С. Редькіна наголошує саме на цьому. Н. С. Редькіна – практик, вона тісно співпрацює із бібліотеками Російської Федерації, надаючи їх консалтингові послуги. Це пов'язано зі стрімким розвитком інформаційного простору і незначним попитом на бібліотечні послуги. Практик дійшов висновку, що тільки за допомогою залучення провідних спеціалістів бібліотеки вдасться розширити коло бібліотечних послуг, і тим самим підвищити імідж серед користувачів [55, 27-34].

4. Виконавець має право особисто мати доступ до інформації, яка для нього становить професійний інтерес для виконання робіт. Так, професор О. М. Вінник, досліджуючи захист інтересів у процесі здійснення підприємницької діяльності, зазначає, що учасники господарського життя

мають право доступу на отримання необхідної інформації, крім відомостей, що за законом можуть становити державну та комерційну інформацію. До доступної інформації вчений відносить інформацію про основні параметри замовника, а саме: його найменування; організаційно-правову форму; форму власності, на базі якої функціонує цей суб'єкт; розмір основного (статутного) капіталу; предмет діяльності; місцезнаходження; строк діяльності, якщо він передбачений установчими документами; наявність дочірніх підприємств, філій, представництв та інших відокремлених підрозділів; основні відомості про засновників та учасників, (особливо тих, хто володіє найбільшими частками у статутному фонді) і меж їх майнової відповідальності, а також про посадових осіб, які мають право здійснювати дії від імені суб'єкта підприємницької діяльності; аудиторів (аудиторські фірми), що перевіряють їх фінансово-господарський стан; результати таких перевірок, що свідчать про стан справ відповідної організації за певний період (рік, квартал) [56, 14]. Тож виконавець має право одержувати безперешкодно вказану вище інформацію з метою надання якісної консалтингової послуги. Крім того, від цих наданих відомостей буде залежати зміст рекомендації та настання корисного ефекту від впровадження консалтингової послуги у практичну діяльність замовника.

5. Має право на збір інформації у зручній для виконавця формі.

6. Має право на забезпечення матеріальних умов для роботи (приміщення, обладнання, копіювання, друк матеріалів та ін.).

7. Має право на одержання гонорару.

8. Виконавець має право вимагати навчання персоналу новим методам роботи, якщо цього потребує виконання договору. Так, якщо за договором консалтингу передбачається впровадження інноваційно-технологічної діяльності у виробництво, то для успішного виконання договору консалтингу недостатньо передати результат послуги замовникові. Обов'язковим в даному випадку є запровадження результатів у практичну діяльність

замовника, зокрема, навчання персоналу (працівників) новій технології, вироблення креативних методик тощо.

Як приклад можна навести замовлення консалтингової послуги сільськогосподарськими товаровиробниками. При виконанні договору консалтингу виконавцем було вчинено цілу низку дій з метою навчання працівників фермерського господарства. Замовник провів декілька семінарів та тренінгів сільгоспвиробників з метою розвитку виробництва та отримання новітніх знань про автоматизовані системи, нові способи захисту рослин, селекційні досягнення тощо. На думку виконавця, це дуже ефективний спосіб надання консалтингової послуги, оскільки між практичною діяльністю та знаннями, що отримані на семінарах, дуже малий часовий проміжок, що в подальшому практичний досвід та набуті навички допоможуть замовникові правильно прийняти рішення і розвивати підприємницьку діяльність у цій сфері [57, 31-34].

З позиції практика А. Рибачака, «тренінг передбачає, що його учасник отримає практичний досвід роботи, оволодіє елементами технології на практиці. Припускається, що учасник тренінгу володіє основами теорії, тому основна увага приділяється практиці. Деколи відомі професійні консультанти пропонують свої послуги в певній предметній сфері. Через зайнятість у консалтинговій організації вони не можуть виїжджати до замовника, тому проводять навчання заочно» [58, 12-19]. Український фахівець у сфері надання консалтингових послуг І. П. Дубова зазначає: «Проведення роботи із навчання персоналу є дуже ефективним, вона відбувається шляхом застосування таких методів, як інтерв'ю, тести, спостереження тощо. Професійно виявляються недоліки у діяльності юридичної особи, робляться конкретні висновки та даються певні рекомендації замовнику щодо усунення виявлених недоліків» [30, 43-46].

На нашу думку, навчання персоналу у вигляді тренінгів та семінарів, проведення тестів тощо є дуже ефективним. Ми не поділяємо позицію щодо навчання заочно, шляхом мережі Інтернет, оскільки вважаємо, що тільки при

«живому» спілкуванні замовник – виконавець буде якісно надана консалтингова послуга та отримано очікуваний корисний результат.

Права та обов'язки замовника. 1. Передусім замовник повинен забезпечити виконавця необхідною дійсною і повною інформацією. У першу чергу, це має бути вихідна інформація, якою замовник повинен забезпечити виконавця ще до початку консультування. Але на цьому надання інформації не припиняється, замовник повинен на всіх етапах консультування забезпечувати виконавця останньою на його вимогу або за власною ініціативою, тобто сприяти виконавцеві у підготовці повного, всебічного, професійного висновку, який ґрунтується на повній картині діяльності замовника.

2. Замовник зобов'язаний чітко визначити тематику поставленої проблеми перед виконавцем, в обумовлений строк, якщо це зазначено у договорі.

3. Завдання (проект), як правило, розробляється і підписується ще до укладення договору, воно має містити визначення основних параметрів очікуваних результатів. Погоджене з виконавцем завдання стає невід'ємною частиною договору. Підготовка завдання (проекту) може бути покладена і на виконавця, у такому разі його розглядає і схвалює замовник.

4. Безумовним обов'язком є оплата надання консультацій виконавцем.

5. Замовник зобов'язаний прийняти виконану роботу і оплатити її.

Права замовника. 1. Замовник передусім має право вимагати передання йому виконаної роботи. Він має також право усунення недоліків, які були допущені з вини виконавця.

2. Замовник має право надавати виконавцеві інформацію, яка йому стала відома після укладення договору.

3. Замовник має право отримати інформацію від виконавця на будь-якому етапі впровадження проекту.

4. Замовник має право використовувати передані йому результати послуг консультанта у межах і на умовах, зазначених у договорі.

5. У договорі може передбачатися право замовника реалізовувати результат послуги консультанта третім особам.

Одним із найважливіших загальних обов'язків сторін при використанні будь-яких результатів наданих консультацій є збереження їх конфіденційності. Обсяг відомостей, що визнаються конфіденційними або комерційною таємницею, визначається у договорі.

Даний перелік прав та обов'язків сторін у договорі консалтингу не є вичерпним. Норми законодавства не становлять будь-яких обмежень щодо прав та обов'язків сторін у договорі консалтингу, оскільки правове регулювання даного виду договору в законодавстві взагалі відсутнє і діє на загальних нормах про договори, зобов'язання та договори про надання послуг.

Висновки до Розділу 2.

Сторонами договору консалтингу є виконавець (фізична особа – підприємець, яка у практичній діяльності називається «консультантом» (або консалтингова фірма) та замовник консалтингових послуг. ЦК України не містить будь-яких спеціальних вимог до суб'єктного складу зобов'язання з оплатного надання консалтингових послуг, тому необхідно орієнтуватися на загальні правила участі фізичних та юридичних осіб у цивільному обігу.

На основі аналізу сутності договірних відносин консалтингу визначено права і обов'язки його сторін. Перелік цих прав та обов'язків не є вичерпним. Норми законодавства не становлять будь-яких обмежень щодо прав та обов'язків сторін у договорі консалтингу, оскільки правове регулювання даного виду договору в законодавстві взагалі відсутнє і діє на загальних нормах про договори, зобов'язання та договори про надання послуг.

РОЗДІЛ 3

ДИНАМІКА ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН КОНСАЛТИНГУ

3.1. Укладання договору консалтингу

Під порядком укладання цивільно-правового договору розуміють передбачену правовими нормами юридично-логічну послідовність стадій встановлення цивільних прав і обов'язків, що заснована на звернених зустрічних діях осіб, які виражені в різноманітних способах узгодження змісту договору шляхом їх вільного волевиявлення [59, 87].

Оскільки договір консалтингу належить до непоіменованих договорів і особливості його укладання не встановлені в окремих нормативно-правових актах, то можна припустити, що на порядок укладання договору консалтингу поширюються загальні правила укладання цивільно-правових договорів.

Як зазначає Т.В. Боднар ГК та ГПК України послуговуються терміном «укладення», на відміну від ЦК України, де такого роду дії законодавець називає «укладання». На думку Т. В. Боднар, має місце не просто розбіжність у термінології, вжитій у зазначених кодексах, а й регулювання ними різного кола суспільних відносин. Виходячи із граматичного тлумачення термінів «укладення» та «укладання», можна дійти висновку, що вживаним у ГК України та ГПК України терміном «укладення» законодавець позначає порядок, процедуру укладання господарських договорів, тобто сукупність і послідовність визначених законом дій учасників господарських відносин щодо узгодження змісту договору та дотримання інших процедур (передання майна, нотаріального посвідчення, державної реєстрації), результатом (наслідком) вчинення яких і є власне укладення договору, тобто, з одного боку, досягнення сторонами в належній формі згоди з усіх істотних умов договору, а з іншого, - надання йому характеру юридичного факту, що є підставою виникнення договірної зобов'язання [52, 60].

Виходячи із досвіду укладання та виконання договорів консалтингу, слід зауважити, що на практиці ці етапи тісно пов'язані між собою та мають назву «консалтинговий процес».

Звичайно, це словосполучення не є цивілістичним, однак для повної ілюстрації динаміки виникнення, існування, змін та безпосереднього виконання договору консалтингу ми будемо використовувати в цій частині дослідження саме цей термін з метою формулювання нових висновків щодо виконання договору консалтингу.

Науковці не мають єдиної позиції щодо консалтингового процесу як підстави набуття юридичних прав та обов'язків сторін. Крім того, відсутня єдина точка зору щодо консалтингового процесу як сукупності стадій та підстадій самого процесу надання консультаційної допомоги. Спробуємо проаналізувати деякі із них та зробити відповідні висновки, які допоможуть чітко визначити порядок укладання договору консалтингу.

Як зазначає Г. І. Марінко, консалтинговий процес являє собою логічну послідовність процедур, які спільними зусиллями виконують консультант та замовник для вирішення проблем останнього. Консалтинговий процес включає в себе переддоговірну, договірну та післядоговірну стадії.

Під переддоговірною стадією Г. І. Марінко, розуміє виявлення проблеми та необхідність її вирішення за допомогою залучення консультанта для здійснення ним відповідних дій чи діяльності. Ця стадія закінчується укладанням договору консалтингу.

Наступна стадія – договірна включає в себе цілий ряд етапів (діагностика, розробка та надання рекомендацій), які, у свою чергу, поділяються також на визначені процедури (підстадії). Тож можна сказати, що Г. І. Марінко на даному етапі консалтингового процесу має на увазі безпосереднє виконання договору консалтингу. Основною метою договірної стадії є визначення конкретних результатів та напрямків роботи; забезпечення розробки вирішення проблеми та механізму застосування вироблених рекомендацій; здійснення повної реалізації запланованого.

Заключна (післядоговірна) стадія пов'язана із настанням очікуваних позитивних (корисних) результатів, задля яких була надана консалтингова послуга [1, 133]. Втім, необхідно зазначити, що ми не повністю погоджуємося саме з такою думкою, оскільки в даному випадку немає чітко визначених стадій консалтингового процесу, які б допомогли встановити єдиний правовий механізм укладання договору консалтингу.

На нашу думку, більш повно та широко охарактеризував консалтинговий процес О. П. Посадський. Як слушно він зауважує, консалтинговий процес - це не тільки укладення договору консалтингу та його виконання. Консалтинговий процес - поняття ширше, ніж договір, та обов'язково повинен включати в себе переддоговірну та післядоговірну стадії. Він визначає таку структуру консалтингового процесу [48, 35]:

Переддоговірна стадія:

- виявлення виконавцем проблеми, яка потребує надання консалтингової послуги;
- визначення кола завдань, які необхідно вирішити (технічне завдання).

Договірна стадія:

Початок виконання договору консалтингу (діагностика):

- збір та опрацювання інформації, яку надано замовником;
- систематизоване визначення проблеми.

Розробка рішень та рекомендацій:

- визначення кола допустимих рішень;
- вибір рекомендаційних рішень, які можуть бути запропоновані виконавцем;
- надання вироблених рекомендацій та рішень замовнику консалтингової послуги.

Використання або застосування розроблених рішень та рекомендацій:

- розробка програми застосування;
- безпосереднє застосування рішень та рекомендацій;
- контроль за застосуванням рішень та рекомендацій;

- оцінка очікуваних результатів після надання консалтингової послуги.

Післядоговірна стадія:

- кінцевий фінансовий розрахунок консультанта із замовником консалтингової послуги;

- одержання та підписання акту прийому-передачі на надання консалтингових послуг.

Із запропонованої структури консалтингового процесу можна зробити висновок, що кожна стадія та динаміка договірних зобов'язань виконання договору консалтингу повинна закінчуватися укладенням або підписанням відповідного юридично значимого документа.

Відповідно ч.1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Аналізуючи зміст цієї статті, стає зрозумілим, що процес укладення договору консалтингу включає в себе три послідовні стадії: 1) направлення однією стороною (виконавцем) укласти договір (оферту); 2) ухвалення замовником пропозиції укласти договір (акцепт); 3) отримання акцепту виконавцем [51, 375].

Форма договору консалтингу є проста письмова, але може бути і нотаріально посвідчена за домовленістю сторін.

Як було вище зазначено, консалтинговий процес має три стадії. Кожна стадія повинна обов'язково оформлюватися відповідним юридично значимим документом.

На переддоговірній стадії, коли передбачається виявлення виконавцем проблеми, яка потребує надання консалтингової послуги та визначення кола завдань, які необхідно вирішити (технічне завдання), повинен укладатися попередній договір.

Відповідно до ст. 635 ЦК України попередній договір – це домовленість про укладання основного договору в майбутньому. Сутність попереднього договору консалтингу полягає у тому, що його сторони зобов'язуються в майбутньому укласти основний договір консалтингу. Такий договір необхідний для укладення основного договору, тому що для його

укладення треба здійснити ряд дій або діяльність, без яких його неможливо укласти. Так, сторони не можуть одразу укласти основний договір консалтингу, не здійснивши при цьому цілий ряд дій, а саме: виявлення проблеми, яка потребує надання консалтингової послуги та визначення кола завдань, які необхідно вирішити. Сторони договору консалтингу повинні укласти основний договір на умовах, передбачених попереднім договором. Проте ГК України, на відміну від ЦК України, передбачає обов'язкове узгодження сторонами всіх істотних умов майбутнього договору, які, напевне, в незмінному вигляді будуть перенесені до основного договору [60]. При укладенні попереднього договору необхідно врахувати одну важливу обставину: він не може містити нічого, окрім зобов'язання укласти в майбутньому договір консалтингу.

Однією із вимог до попереднього договору, встановлених ст. 635 ЦК України, є його форма. Форма попереднього договору має відповідати формі основного договору. Отже, попередній договір консалтингу повинен укладатися письмово.

ЦК України називає істотні умови предмету договору, які визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, а також всі ті умови, щодо яких за заявою однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Отже, слідуючи суті договору консалтингу, можна виділити наступні його істотні умови: 1) предмет договору консалтингу; 2) строк надання послуги; 3) ціна консалтингової послуги.

Предмет істотно впливає на укладення договору, тому є необхідність розглянути предмет договору консалтингу під іншим кутом, крізь призму його послідовних елементів. До предмету договору консалтингу входять три складові частини, котрі, як правило, закріплюються у трьох документах та які є невід'ємною частиною договору.

Предметом договору консалтингу можна назвати:

- 1) механізм оцінки надання консалтингової послуги;
- 2) вид консультації;

3) зміст рекомендації [48, 35-40].

Необхідно зазначити, що названі вище три елементи предмета договору можуть бути як пов'язані між собою та існувати у сукупності, виступаючи єдиним предметом, так і існувати окремо. Можливе також поєднання декількох елементів.

Механізм оцінки надання консалтингової послуги - це, як правило, перший етап консалтингу. Він полягає в детальному та поглибленому дослідженні, яке проводиться шляхом фундаментального вивчення основних аспектів взаємодії між проблемою та результатами діяльності замовника з метою чіткого виявлення факторів та сил, які впливають на проблему. До задач цієї діяльності також належить прогноз напрямків розвитку виявлених проблем. Інакше кажучи, мета механізму оцінки полягає у формуванні загального уявлення про юридичну особу – замовника із розкриттям усіх аспектів його функціонування, встановлення шляхів та можливостей збільшення результативної діяльності.

При укладенні договору необхідно обов'язково визначитись у чому буде проявлятися механізм оцінки, якого збору та аналізу потребуватиме замовник консалтингової послуги. Домовленість за цими умовами обов'язково повинна бути відображена в окремому юридично значимому документі або у попередньому договорі чи у додатку до основного договору.

Вид консультації. Вид консультації являє собою конкретизацію та розгорнену характеристику аналізу і збору інформації. Так, вказуючи у договорі вид консультації, сторони тим самим декларують конкретні обов'язки виконавця. Тому вказівка на вид консультації є істотою умовою укладення договору консалтингу і впливає, крім ступеня оплатності договору, безпосередньо на настання того корисного результату, якого прагне замовник.

Отже, з точки зору організації консалтингових послуг спеціалісти в галузі консалтингу розрізняють такі види консультацій:

1) *консультація щодо діагностики* – це одноразова, визначена окремим замовленням, або повна діагностика, що здійснюється консультантами з приводу будь-якої проблеми, що виникла або існувала тривалий час у замовника. У даному випадку консультування може здійснюватися будь-яким способом;

2) *консультація про підвищення кваліфікації* складається з організації процесу навчання та спеціального тренінгу для керівної ланки юридичної особи замовника, шляхом отримання процесуального консультування. Такий вид консультації у консалтингу отримав назву «експерт - замовник»;

3) *консультація на здійснення консалтингового проекту* є найбільш складною з точки зору змісту та пропонує консультантам вибір методів для розробки проекту, удосконалення або створення ефективної системи надання консалтингових послуг. У межах такої консультації здійснюються інноваційні процеси та використовується ряд сучасних методів для досягнення позитивних тенденцій та розвитку замовника;

4) *консультація з питань розвитку юридичної особи* – це консультація з комплексного консультування, при якій розробляється загальна та приватна стратегія, консультації отримують безпосередньо керівники вищої ланки та провідних підрозділів;

5) *одноразова консультація* складається із відповідей на конкретно поставлені питання керівників товариств, які виникають у процесі здійснення діяльності. У даному випадку виконавець пропонує замовнику свій варіант вирішення проблеми.

6) *консультація з абонентського обслуговування* передбачає довгострокові консультації, які засновані на тісній взаємодії замовника та виконавця. При цьому консалтингова фірма здійснює надання консалтингових послуг з усіх питань, що виникли, пріоритетних сфер підприємницької діяльності протягом строку, на який укладено договір консалтингу [61, 30].

Тому матеріали, які надаються замовнику (рекомендації та звіт про надання послуг), нерідко є єдиним матеріальним доказом виконаних консультантом дій та наданої замовникові консалтингової послуги.

Останньою складною частиною предмету договору консалтингу, яка істотно впливає на його укладення, є з'ясування можливого матеріального результату договору консалтингу, тобто зміст рекомендацій.

Як правило, якщо консалтингова послуга є складною, то вона стосується таких видів, як: консультування із загальних проблем підприємницької діяльності чи інжинірингу на стадії укладання договору; замовник може наголосити на обов'язковості надання, крім підсумкового, ще й проміжних звітів, а також представлення (можливо, усної) інформації про хід надання послуги на його вимогу.

Так, ще на стадії укладання договору консалтингу сторони повинні домовитись про усі необхідні документи чи іншим чином оформлену інформацію, що виконавець повинен надати замовникові як виконання договору консалтингу.

Зазвичай на практиці, з огляду на відсутність законодавчого регулювання договору консалтингу, ці документи називаються «Звіт», «Супутні документи», обов'язок надати їх стимулює виконавця до належного виконання договору консалтингу. Список цих документів, як правило, зазначається в окремому додатку до договору (у випадку надання складної фахової послуги). Крім того, вони можуть бути належним доказом у випадку виникнення спорів щодо укладення договору консалтингу чи спорів щодо якості наданої послуги і, як наслідок, розподілення відповідальності між сторонами.

У господарському суді Сумської області було розглянуто справу № 14/578-06 про розірвання договору з надання консалтингових послуг та стягнення коштів із замовника. Так, позивач просить розірвати договір про надання консалтингових послуг, який було укладено на два роки. Відповідач не виконав належним чином умови договору і консалтингових послуг не

надавав, а отримані наперед кошти не повернув. Відповідач у відзиві на позовну заяву вимог позивача не визнає та вважає їх безпідставними та необґрунтованими. Розглянувши матеріали справи, заслухавши пояснення представників та дослідивши наявні докази по справі, суд вважає, що вимоги позивача за первісним позовом не підлягають задоволенню, а вимоги позивача за зустрічним позовом підлягають задоволенню в повному обсязі, виходячи з наступного. Між приватним підприємством «Тристан» (позивач) та приватним підприємцем (відповідач) було укладено договір про надання консалтингових послуг зі строком дії 2 роки. На виконання вимог п. 2.3 розділу 2 даного договору по закінченню кожного місяця між позивачем за первісним позовом та позивачем за зустрічним позовом були складені та підписані акти приймання-передачі виконаних робіт. Відповідно до п. 2.4 розділу 2 договору консалтингу, після підписання акту здачі/прийняття послуг, Замовник в особі ПП «Тристан» в термін два банківські дні зобов'язувався перерахувати кошти. Відповідно до ст. 526 ЦК України, зобов'язання повинні виконуватись належним чином і відповідно до умов Договору.

Відповідно до вимог ч. 2 ст. 625 Цивільного кодексу України боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом, а тому вимоги позивача за зустрічним позовом щодо стягнення з відповідача 1 6442 грн. 87 коп. інфляційних збитків за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань та 4842 грн. 06 коп. 3% річних від простроченої суми боргу підлягають задоволенню, оскільки вони нараховані у відповідності до вимог чинного законодавства.

Наступною істотною умовою договору консалтингу є ціна. На відміну від ГК України, в якому щодо ціни в господарському договорі акценти

змінено на директивне регулювання цін, у ст. 632 ЦК зазначено, що ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін.

Положення про те, що ціна в договорі консалтингу встановлюється за домовленістю сторін, відображає тенденцію переходу від централізовано регульованих цін на консалтингові послуги до цін «договірних», тобто встановлюваних за згодою сторін у договорі. В умовах ринкової економіки ціни на консалтингові послуги визначаються попитом та пропозицією на них та іншими економічними чинниками [39, 176].

Для ринкової економіки характерним є вільне ціноутворення, коли ціни на консалтингові послуги складаються під впливом певних об'єктивних економічних факторів: попиту, пропозиції, конкуренції тощо і визначаються сторонами в договорі за домовленістю сторін. Так, ч.1 ст. 632 ЦК України встановлює, що ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін. Але навіть в умовах ринкової економіки свобода ціноутворення не може бути абсолютною. Сторони в договорі мають право вільно встановлювати ціни (тарифи, ставки) на послуги, за винятком тих, стосовно яких згідно із законом здійснюється регулювання цін (тарифів, ставок) уповноваженими державними органами або органами місцевого самоврядування. Законодавство не містить норм щодо регулювання ціни у договорі консалтингу. Зазвичай ціни, до яких не застосовується регулювання з боку державних органів та органів місцевого самоврядування, отримали назву «нефіксовані».

У світовій практиці прийняті чотири основні форми встановлення ціни на консалтингові послуги:

- 1) погодинна оплата;
- 2) фіксована оплата;
- 3) відсоток від вартості об'єкта консультування або одержаного результату;
- 4) комбінована оплата.

Всі ці форми встановлення цін є ринковими, тобто виробленими у процесі конкурентної боротьби та переговорів. Ніяких загальнодержавних преїскурантів на консалтингові послуги не існує, але в основі визначення ціни завжди лежать деякі розумні міркування, аргументи та обґрунтованість. Замовник повинен володіти інформацією про ціноутворення на ринку консалтингових послуг для того, щоб, з однієї сторони, не переплачувати, а з іншої - щоб не відштовхнути кваліфікованих консультантів низькою оцінкою їх праці.

Зміна ціни після укладення договору консалтингу відповідно до ч. 2 ст. 632 ЦК допускається лише у випадках і на умовах, які встановлені безпосередньо договором консалтингу, спрямованим на забезпечення стабільності договірних відносин.

Строк договору консалтингу також впливає на укладення договору. 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. Строк дії договору може збігатися зі строком виконання сторонами своїх обов'язків за договором або бути більшим за нього, охоплювати його. Строком є певний період у часі, зі впливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення. Строк визначається роками, місяцями, тижнями, днями або годинами (ст. 251, 252 ЦК України).

Що стосується договору консалтингу, то у ньому зазначається строк дії договору як істотна умова, якщо відсутній строк у договорі, то він вважається неукладеним.

На підставі аналізу численних договорів консалтингу та справ можна зробити висновки про існування таких договорів консалтингу залежно від строків:

- 1) консалтингове обслуговування за заявкою, яке передбачає надання разової консультації з конкретного питання за визначену оплату. Як правило, консалтингове обслуговування за заявкою передбачає надання консультацій із чітко визначених проблем замовника, які не передбачають впровадження

довготривалого консалтингового процесу. Таким способом можуть надаватися такі види консалтингових послуг як, наприклад, консультування з обчислення податків за новим ПК України;

2) договір на абонентне консультативне обслуговування укладається на визначений строк, узгоджений між замовником та виконавцем, за яким виконавець приймає на себе зобов'язання протягом вказаного строку надавати замовникові різного роду консалтингові послуги, причому їхня кількість не обмежена. Договір на абонентське консультативне обслуговування є одним із поширених видів договорів консалтингу. Він може укладатися на визначений термін або до досягнення певного корисного результату. Предметом таких договорів є не конкретне вирішення проблем замовника, а надання консультацій із усіх «поточних» питань, які виникають при здійсненні замовником діяльності.

3.2. Виконання і припинення договору консалтингу

Найбільш яскраво значення та зміст договору консалтингу розкривається при його виконанні. Один із провідних спеціалістів у галузі договірної права Т. В. Боднар, у своєму дослідженні із сучасної точки зору розвитку науки визначає виконання як динамічний стан зобов'язання, завдяки якому реалізуються (здійснюються) права і обов'язки його сторін. У процесі виконання оцінюється сукупність дій (бездіяльність) боржника щодо виконання покладених на нього обов'язків з позиції відповідності їх вимогам закону, умовам договору, звичаям тощо, а отже, з точки зору визнання виконання належним [62, 4].

Виконання будь-якого договірної зобов'язання може розглядатися у трьох аспектах: як правовий інститут, як процес і як підстава припинення зобов'язання .

1. Як правовий інститут виконання зобов'язання – це сукупність цивільно-правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають у зв'язку з виконанням зобов'язань (як договірних, так і позадоговірних).

2. Виконання зобов'язання – це процес. Якщо зобов'язання – це правовідношення у статиці, то його виконання – це динамічний стан зобов'язання, завдяки якому реалізуються (здійснюються) права і обов'язки сторін зобов'язання (в § 241 ЦК Німеччини вжито термін *Leistung* – власне виконання як дія (бездіяльність), тобто здійснення, реалізація обов'язку) [63, 334-335].

Економічною метою діяльності суб'єктів договірного зобов'язання є здійснення передбаченого договором товарно-грошового обміну і отримання обумовленого майнового результату. Юридична мета полягає в тому, щоб шляхом належного виконання припинити договірне зобов'язання і набути відповідно до закону право на майновий результат виконання. Правовим засобом, що забезпечує досягнення однієї і другої мети, є договірне правовідношення, яке виконує функцію правової форми, що спрямовує учасників договору на чітке і високоякісне виконання суб'єктивних обов'язків.

ЦК України (ст. 526) встановлені загальні умови (засади) виконання зобов'язання. Вони передбачають наявність п'яти видів стандартів поведінки, з якими має бути узгоджена поведінка суб'єктів виконання. Це умови договору; вимоги Цивільного кодексу; вимоги інших актів цивільного законодавства; звичаї ділового обороту; інші вимоги, що звичайно ставляться.

Важливим у зв'язку з цим є з'ясування на підставі аналізу змісту цивільно-правових норм, що встановлюють вимоги, яким має відповідати виконання договірних зобов'язань, особливостей їх застосування в сучасних умовах та подальшого вдосконалення нормативно-правового регулювання виконання зазначених зобов'язань [64, 302-309].

До ознак (елементів), що характеризують суть виконання договірною зобов'язання, можна віднести такі ознаки:

а) виконання зобов'язання є сукупністю фактичних та/або юридичних дій сторін зобов'язання (рідше – утримання від вчинення дій);

б) виконання зобов'язання спрямоване на досягнення економічної і юридичної мети зобов'язання (його результату) шляхом реалізації (здійснення) суб'єктивних прав і обов'язків сторін зобов'язання як суб'єктів цивільного правовідношення.

Проте цей процес не може бути безкінечним, оскільки не можуть бути невизначеними (неокресленими, безмежними у просторі та часі) права і обов'язки суб'єктів зобов'язання. Виконання є тією кінцевою метою, заради якої приводиться в рух весь складний механізм договірних зв'язків і без якої договір перетворився б на нісенітницю.

Ураховуючи, що запропоновані аспекти розуміння виконання договірною зобов'язання є належними та допустимими і для виконання договору консалтингу, то є певна необхідність зупинитись на цьому детально.

Беручи до уваги точки зору видатних вчених, можна дійти логічного твердження, що виконання договору консалтингу можна розглядати в трьох аспектах: як правовий інститут виконання договору консалтингу, як процес та як підставу припинення консалтингового процесу.

У рамках предмету наш дослідження становить інтерес саме виконання договору як процес, оскільки виконання договору консалтингу не врегульоване нормами законодавства та не отримало належного науково-теоретичного аналізу у вітчизняній цивілістиці. Дослідивши спеціальну вітчизняну та зарубіжну літературу, а також практику застосування договору консалтингу, спробуємо розкрити особливості його виконання.

На практиці здійснення виконання договору консалтингу відбувається шляхом застосування сформованих моделей взаємодії між замовником та виконавцем, які відрізняються організацією консалтингового процесу,

умовами договору, порядком виконання умов договірної зобов'язання, ступенем участі на кожному етапі консалтингового процесу клієнта та замовника, а також визначають вимоги до змісту наданих консалтингових послуг.

На сьогодні практиками вироблено багато способів виконання договору консалтингу. Кожний спосіб містить певні характерні лише для нього стадії консалтингового процесу. Але незважаючи на різноманітність способів, які ми розглянемо далі, можна виокремити характерні стадії виконання договору, які притаманні для кожного виду надання консалтингової послуги.

Відповідність поведінки (вчинення певних дій або утримання від дій) зобов'язаної сторони умовам договору, в яких зафіксовані такі елементи виконання договірної зобов'язання, як предмет, суб'єкти, місце, строк (термін) та спосіб, дає підстави оцінювати її (поведінку) як виконання зобов'язання належним чином. І навпаки, невідповідність поведінки сторін хоч би одному із параметрів, встановлених умовами договору, є доказом неналежного виконання.

Таким чином, важливими елементами виконання договору консалтингу є поведінка сторін:

- 1) дії виконавця щодо підготовки рекомендацій та надання послуги;
- 2) розроблення моделі дій замовника з прийняття послуги, її оплати;
- 3) зберігання конфіденційної інформації та корисного результату від наданої послуги та впровадження її в практичну діяльність з метою оцінки корисного результату.

Досліджуючи зарубіжний досвід та спеціальну літературу, можна побачити різні наукові погляди з даного питання. Учені не дійшли єдиної думки щодо виконання договору консалтингу. Це пов'язано із тим, що консалтингова послуга щонайменше передбачає 65 видів. Кожен вид консалтингової послуги надається із специфічними особливостями. Тому, на

даному етапі дослідження спробуємо визначити належні умови забезпечення виконання договору консалтингу.

Виконання договору консалтингу полягає у пошуку виконавцем відповідей на питання, які висуваються замовником. Їх коло може бути широким, включаючи всі види консалтингових послуг. Наприклад, у замовника спостерігається стабільне падіння обсягів продажу товарів чи послуг. Замовник прагне дізнатися, які необхідно вчинити дії (здійснити діяльність), щоб збільшити обсяги продажу товарів, послуг та повернутися на попередні позиції. Обґрунтовані відповіді виконавця можуть містити рекомендації щодо оновлення асортименту та комплектності товару, зміни ціни на товар та послуги, диверсифікації виробництва тощо [65, 60].

Після укладення договору консалтингу між виконавцем та замовником розпочинається експертиза варіантів, запропонованих замовником. Основним методом аналізу виконавцем варіантів можливих рішень є аналітико-систематизаційний. При його застосуванні кожний варіант рішення підлягає системному аналізу, що здійснюється у такій послідовності [66, 70-77]:

- 1) аналіз приводу для рішення: обставин (проблем), мети (намірів);
- 2) визначення предмету рішення, тобто того, чого конкретно прагне досягти замовник, якими засобами володіє;
- 3) класифікація та оцінювання цільових установок за кожним варіантом рішення, верифікація цілей, їх актуальності, реальності;
- 4) оцінювання альтернативних рішень під кутом зору досягнення можливих та бажаних цілей, відкидання альтернатив, за яким бажана (необхідна) ціль не може бути досягнута;
- 5) виявлення негативних наслідків і ризиків для кожного варіанта;
- 6) оцінювання ймовірності реалізації кожного варіанта;
- 7) обирання варіанта рішення, який можна рекомендувати замовникові.

При цьому виконавець аналізує якість і ефективність кожного варіанта рішення. Зміст поняття «якість рішень» у літературі точно не визначено. Тому вважаємо, що якість рішення можна оцінити залежно від

ступеня його відповідності вимогам наукової обґрунтованості, цілеспрямованості, кількісної та якісної визначеності, правомірності, оптимальності, своєчасності, комплексності, гнучкості, повноти оформлення.

Відбір кращих варіантів рішення з позицій їх ефективності здійснюється за економічними параметрами.

Але оцінювання варіантів рішення здійснюється також за неекономічними критеріями, а такими, як соціальні наслідки, екологічні, технічні, технологічні та інші зміни, що можуть стати наслідком якісного виконання договору консалтингу чи проявитись як неочікувані загрози. У деяких випадках неекономічні критерії можуть відмінити економічно менш вигідний варіант рішення, але такий, що не призведе до погіршення соціального клімату, економічної ситуації тощо.

Розв'язання організаційних проблем замовника є зазвичай системним, тому виконавець при виборі оптимального рішення щодо обраного напрямку виконання договору консалтингу зобов'язаний керуватися також оцінкою, що відображає певні стратегічно лімітуючі чинники, важливі значення для успішного розв'язання завдання, досягнення поставленої мети та належного виконання договору консалтингу.

На вибір рішення також впливає оцінка альтернатив.

Оцінюючи альтернативу, не можна передбачити всіх її наслідків. З'ясування всіх наслідків вимагало б стільки часу і коштів, що проблема у той чи інший спосіб була б розв'язана чи втратила б актуальність раніше, ніж було досліджено всі альтернативи. Крім того, виявлення наслідків альтернатив пов'язане з певним ступенем невпевненості. На обраний варіант впливатимуть зовнішні і внутрішні чинники компанії замовника. Результати альтернатив виявляться у майбутньому, а на поточний момент їх можна з'ясувати з більшим чи меншим ступенем імовірності. Виконавець, як правило, не володіє достатньою інформацією та засобами, щоб точно встановити результати різних варіантів або ймовірність появи цих

результатів. Тільки за відносно стабільних умов можна передбачити, що майбутнє не буде простою функцією найближчого минулого.

Крім самостійного розв'язання та виконання завдання, існує інший, досить часто вживаний спосіб виконання договору консалтингу, при якому виконавець та замовник діють спільно під час усього консалтингового процесу.

В даному випадку, ще на стадії укладення договору замовником акцентується увага не на проблемі, а на безпосередньому завданні виконавцеві.

Початком виконання тут буде спільне планування дій, в тому числі робіт, які повинен здійснити виконавець: збирання інформації (фактичної, гіпотетичної, ймовірної) з урахуванням ним ідеальних показників, урахування цих ризиків та обов'язків, постійний зворотній зв'язок із замовником.

У випадку недотримання виконавцем останньої умови може настати підстава для покладення на виконавця відповідальності та штрафних санкцій.

Крім того, завершення виконання полягає у наданні звіту та додатково до нього допомога та участь у впровадженні результатів завдання, коригування можливих пропозицій з боку замовника та участь в остаточному впровадженні консалтингової послуги у практичну діяльність замовника. Слід зазначити, що такий процес виконання договору консалтингу застосовується в транснаціональних корпораціях, міжнародних холдингах та інших великих суб'єктах підприємницької діяльності.

Виконання договору консалтингу в широкому розумінні не є одноразовою дією, виконавець не може моментально діагностувати проблеми замовника, обрати і реалізувати шляхи їх розв'язання. Виконання договору консалтингу вказаним вище способом вимагає певного часу і визначеної послідовності дій як з боку виконавця, так і з боку замовника, тобто є консалтинговим процесом із певними особливостями [61, 9].

Також при виконанні договору консалтингу інколи можливе вилучення одного або кількох етапів консалтингового процесу, допустиме також їх часткове накладення (зміщення), наприклад, етап впровадження може розпочатися ще до завершення етапу планування дій (діяльності). Іноді ефективним є аналіз проблем замовника у зворотному напрямку – від більш пізнього етапу до раннього. Наприклад, оцінювання, що проводиться на завершальному етапі виконання договору консалтингу, не тільки дає підсумкову оцінку результатів надання консалтингової послуги, а й може бути корисним для ухвалення рішення про необхідність розпочати все знову і використати інший підхід [67,185-186].

У разі досягнення принципової згоди між замовником та виконавцем про спосіб виконання договору консалтингу виконавець розпочинає попередню діагностику проблеми. Обговорюються повноваження виконавця щодо використання необхідних документів та інформації; умови залучення працівників замовника; ставлення співробітників замовника до досліджуваних питань; строк завершення попередньої діагностики і подання пропозицій замовнику, а також розмір оплати за проведену виконавцем попередню діагностику, якщо інше не встановлено договором. Наприклад, сторони, укладаючи договір консалтингу, встановлюють норму, що регламентує оплату наданих послуг після проведення всіх необхідних робіт та із настанням очікуваного замовником результату від виконання договору консалтингу.

У договорі обґрунтовується очікуваний корисний результат і строк, протягом якого його можна досягти. Очікувана користь у результаті виконання договору консалтингу є істотною умовою договору є і вирішальним критерієм належного виконання.

Корисний результат виконання договору може стосуватися заощадження на відсотках за кредитним договором, зростання обсягів укладених договорів купівлі-продажу, економії поточних витрат замовника

тощо. Дуже часто тільки замовник може оцінити настання корисного результату внаслідок належного надання консалтингової послуги.

Досліджуючи механізм здійснення суб'єктивних цивільних прав і виконання обов'язків, Є. В. Вавілін визначає його як послідовну комплексну організацію правових засобів і забезпечення умов, спрямованих на досягнення кінцевої мети, закладеної у змісті права і обов'язку. На його думку, мета цього механізму повинна бути спрямована не лише на досягнення результату де-юре (офіційного), а й на дійсну, фактичну реалізацію тих можливостей (де-факто) для управненої особи, які надаються правом. Аналогічно мета механізму виконання обов'язків в ідеалі повинна відображати не виключно юридичне (формальне) виконання необхідних вимог, а й фактичний, соціально-економічний результат дії (бездіяльності) зобов'язаної особи [68, 42]. Викладену позицію вченого можна також застосувати і до договору консалтингу.

Отже, на цьому етапі дослідження існують усі підстави говорити про існування ще одного важливого аспекту виконання – наслідку – корисного результату, який впливає із договору консалтингу.

Як зазначено в ч. 1 ст. 598 ЦК України, зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом. Зокрема, зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином (ст. 599 ЦК) [69, 15].

Серед багатьох новел ЦК України, що регулюють виконання договірною зобов'язання, привертає до себе увагу ст. 545 «Підтвердження виконання зобов'язання», що містить окремі положення, яких не було в ст. 216 ЦК УРСР [62, 41].

Новизна ряду положень, вміщених у ст. 545 ЦК України, а також недослідженість проблеми підтвердження виконання в сучасній цивільно-правовій науці стали основною причиною відсутності наукових публікацій з цього питання. Слід, проте, зазначити, що окремі питання, пов'язані з підтвердженням виконання зобов'язань, розглядалися в російській

дореволюційній юридичній літературі, зокрема, Д. І. Мейєром [70, 488-490] та іншими вченими. Однак їхні дослідження ґрунтувалися на законодавстві та сенатській практиці того часу, і не у всьому можуть бути корисними сьогодні. Дослідження радянських (у тому числі і українських вчених) зводилися головним чином до коментування чинного законодавства. Подібний підхід переважно спостерігаємо і в сучасній літературі [66, 489], хоч останнім часом питанням підтвердження виконання почала приділятися увага [71, 182].

Виконання зобов'язання є тим кінцевим результатом, якого бажали досягти сторони, укладаючи договір. Виконання, проведене належним чином, припиняє зобов'язання. Саме тому важливо підтвердити (доказати) виконання, оскільки, як писав Д. І. Мейєр, саме по собі здійснення задоволення не залишає сліду [70, 488].

Проблем у підтвердженні виконання не виникає, якщо порядок виконання у вигляді черговості дій сторін було встановлено договором консалтингу, що вже було доведено вище.

Як зазначалося раніше, положення ст. 545 ЦК України щодо підтвердження виконання є універсальними і застосовуються щодо всіх зобов'язань. Разом з тим специфіка окремих видів відносин зумовила потребу в спеціальному законодавчому регулюванні прийняття виконання повністю або частково. На практиці актами передання-прийняття підтверджується виконання зобов'язань за договорами побутового підряду, підряду на проведення проектних та пошукових робіт, на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт тощо. Умови щодо цього сторони визначають у відповідних договорах. У договорах цього виду доцільно також встановлювати правові наслідки відмови кредитора від складання і підписання актів передання-прийняття, оскільки відсутність таких наслідків у законодавстві призводить до порушення прав боржника [62, 54].

Щодо підтвердження виконання договору консалтингу, то виконавець після наданих послуг складає звіт у письмовій формі, який затверджує замовник.

Таким чином, у результаті проведеного дослідження виконання договору консалтингу, ми дійшли таких висновків: виконанням договору консалтингу є складний консалтинговий процес, до якого входять стадії, залежно від виду надання консалтингової послуги.

Крім того, важливими елементами виконання договору консалтингу є: дії виконавця з підготовки рекомендацій та надання послуги; розроблення моделі дій замовника щодо прийняття послуги, оплати її; зберігання конфіденційної інформації та корисного результату від наданої послуги та впровадження її в практичну діяльність з метою оцінки корисного результату.

Інформація, надана замовником виконавцеві для виконання договору консалтингу (науково-технічна, технологічна, виробнича, фінансово-економічна та інша, у тому числі інформація, яка складає секрети виробництва (ноу-хау) на будь-якому етапі консалтингового процесу може бути визнана комерційною таємницею.

Висновки до Розділу 3.

Оскільки договір консалтингу належить до непоіменованих договорів і особливості його укладання не встановлені в окремих нормативно-правових актах, то можна припустити, що на порядок укладання договору консалтингу поширюються загальні правила укладання цивільно-правових договорів.

Істотними умовами договору консалтингу є: предмет договору консалтингу, як умова, яка властива всім видам договорів та строк надання послуги і ціна консалтингової послуги, як умови, які слідують із суті договірних відносин консалтингу.

Предмету договору консалтингу входять три складові частини, які, як правило, є невід'ємною частиною договору. Це механізм оцінки надання консалтингової послуги; вид консультації; зміст рекомендації. Щодо ціни консалтингової послуги, то у світовій практиці прийняті чотири основні способи встановлення ціни: 1) погодинна оплата; 2) фіксована оплата; 3) відсоток від вартості об'єкта консультування або одержаного результату; 4) комбінована оплата.

Існує два види договору консалтингу, залежно від строку надання: а) консультаційне обслуговування за заявкою; б) договір на абонентне консультативне обслуговування.

Виконанням договору консалтингу є складний консалтинговий процес, до якого входять стадії, залежно від виду надання консалтингової послуги.

Важливими елементами виконання договору консалтингу є: дії виконавця з підготовки рекомендацій та надання послуги; розроблення моделі дій замовника щодо прийняття послуги, оплати її; зберігання конфіденційної інформації та корисного результату від наданої послуги та впровадження її в практичну діяльність з метою оцінки корисного результату.

ВИСНОВКИ

На основі аналізу положень чинного законодавства та доктринальних підходів до змісту поняття консалтингу в різноаспектних його проявах розроблено авторське визначення цього поняття, відповідно до якого під консалтингом слід розуміти вид професійної діяльності із надання рекомендацій із широкого кола питань, спрямованих на вирішення науково-технічних, інформаційних, фінансово-аналітичних, технологічних завдань, яка здійснюється на підставі договору

Проаналізувавши поділ усіх послуг на фактичні, юридичні та змішані, встановлено, що консалтингові послуги належать до змішаних, оскільки вони об'єднують і юридичні, і фактичні дії.

Запропоновано авторську дефініцію договору консалтингу: за цим договором одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданнями другої сторони розробити, надати та визначити ефективні шляхи впровадження рекомендації щодо вирішення науково-технічних, інформаційних, фінансово-аналітичних, технологічних завдань другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу.

Порівнюючи предмети договорів консалтингу, договору на надання інформаційних послуг та договору на надання маркетингових послуг, встановили, що договори на надання маркетингових та інформаційних послуг передбачають лише збирання, аналіз та передачу інформації. У договорі консалтингу важливим елементом є знання замовника та професійний досвід, які є необхідними для надання консалтингової послуги.

Сторонами договору консалтингу є виконавець (фізична особа – підприємець, яка у практичній діяльності називається «консультантом» (або консалтингова фірма) та замовник консалтингових послуг. ЦК України не містить будь-яких спеціальних вимог до суб'єктного складу зобов'язання з оплатного надання консалтингових послуг, тому необхідно орієнтуватися на загальні правила участі фізичних та юридичних осіб у цивільному обігу.

Оскільки договір консалтингу належить до непоіменованих договорів і особливості його укладання не встановлені в окремих нормативно-правових актах, то можна припустити, що на порядок укладання договору консалтингу поширюються загальні правила укладання цивільно-правових договорів.

Істотними умовами договору консалтингу є: предмет договору консалтингу, як умова, яка властива всім видам договорів та строк надання послуги і ціна консалтингової послуги, як умови, які слідують із суті договірних відносин консалтингу.

Предмету договору консалтингу входять три складові частини, які, як правило, є невід'ємною частиною договору. Це механізм оцінки надання консалтингової послуги; вид консультації; зміст рекомендації. Щодо ціни консалтингової послуги, то у світовій практиці прийняті чотири основні способи встановлення ціни: 1) погодинна оплата; 2) фіксована оплата; 3) відсоток від вартості об'єкта консультування або одержаного результату; 4) комбінована оплата.

Існує два види договору консалтингу, залежно від строку надання: а) консультаційне обслуговування за заявкою; б) договір на абонентне консультативне обслуговування.

Виконанням договору консалтингу є складний консалтинговий процес, до якого входять стадії, залежно від виду надання консалтингової послуги.

Важливими елементами виконання договору консалтингу є: дії виконавця з підготовки рекомендацій та надання послуги; розроблення моделі дій замовника щодо прийняття послуги, оплати її; зберігання конфіденційної інформації та корисного результату від наданої послуги та впровадження її в практичну діяльність з метою оцінки корисного результату.

ПЕРЕЛІК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Маринко Г. И. Управленческий консалтинг: Учеб. пособие / Геннадий Иванович Маринко. – М.: ИНФРА-М, 2005. – 380 с.
2. Мюллер В. К. Англо-русский словарь. - М., 1989. – 512 с.
3. Вечканов Г., Вечканова Р.Г. Современная экономическая энциклопедия / Г. Вечканов, Р. Г. Вечканова. – СПб.: Лань, 2002. - 673 с.
4. Кальна-Дубінюк Т.П. Обґрунтування теоретичних аспектів консалтингу / Т. П. Кальна-Дубінюк // Вісник аграрної науки.- 2008. - №12. – С75-76.
5. Мідляр А. К. Поняття та зміст економічної категорії «управлінське консультування» / А. К. Мідляр // Економіка АПК. – 2009. - № 4. – С. 51-55.
6. Чакіров К. Управлінське консультування – організація процесу / К. Чакіров. - Софія., 1986. – 118 с.
7. Прокопенко И. Управленческое консультирование как услуга / И. Прокопенко // Проблемы теории управления. – 1988. - № 3. – С.36-39.
8. Рапорт Ш. В. Диагностика управления: практический опыт и реализация / В. Ш. Рапорт. – М. – 1988. – 259 с.
9. Коростельов В. А. Управлінське консультування. / Віктор Андрійович Коростельов. Навч. посіб. МАУП. - Київ., 2003. – 104 с.
10. Блинов А. О., Бутырин Г. Н., Добренкова Е. В. Управленческий консалтинг корпоративных организаций / А. О.Блинов., Г. Н. Бутырин., Е. В Добренкова. - М.: Викар, 2002. – 192 с.
11. Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави та права ім. В. М. Корецького НАН України; Відп. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Ін Юре, 2009. – 950 с.
12. Красман Ф. Как заработать на консалтинге / Ф. Красман. – СПб.: Питер, 2000. – С.12-14.
13. Санникова Л. В. Услуги в гражданском праве России / Лариса Васильевна Санникова. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 81 с.

14. Про здійснення державних закупівель: Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВРУ). – 2010. – № 33. – Ст. 471
15. Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: Закон України // Відомості Верховної Ради України. –2006. – №45. – Ст. 434
16. Про Загальнодержавну комплексну програму розвитку високих наукоємних технологій: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – №32. – Ст. 384
17. Смотров О. І. Договір щодо оплатного надання медичних послуг: Дис...канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Смотров Олег Іванович – Харків, 2002. – 224 с.
18. Шаркова Ганна Юріївна. Договір консалтингу: Дис...канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Г. Ю. Шаркова – Київ, 2011. – 220 с.
19. Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность / И. Б.Новицкий. – М., 1954. – 346 с.
20. Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 485 с.
21. Иоффе О. С. Советское гражданское право / О. С. Иоффе. – М., 1967. – 664 с.
22. Советское гражданское право: Учебник. В 2-х томах. Т. 2. / Верб С. А., Добрынин Ю. Е., Илларионова Т. И. и др. / Под ред. О. А. Красавчикова. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Высшая школа, 1985. – 567 с.
23. Ситдикова Л. Б. Правовое регулирование отношений в сфере оказания информационных и консультационных услуг в Российской Федерации. Дис.... докт. юрид. наук / Л. Б. Ситдикова. - М., 2009. – 463 с.
24. Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник. Т. 2 / отв. ред. О.М. Олейник. - М., 2002. - 705 с.
25. Копылов В. А. Информационное право: учебник / В. А. Копылов. - М., 2005. – 542 с.
26. Лютикова П. Поняття та види договорів на надання інформаційних послуг / П. Лютикова // Право України, 2008. - № 7. – С.92-95

27. Письменницький А.А. Засоби масової інформації у демократичному суспільстві: правове регулювання діяльності та співвідношення з гілками державної влади в Україні. [Електронний ресурс] / А.А. Письменницький. – Режим доступу: www.edportal.org.ua/books/Conference_2005/Pysmennytsky.pdf.

28. Жилінкова О. Співвідношення понять «інформація» та «об'єкт права інтелектуальної власності» / О. Жилінкова // Юридична Україна. – 2010. - № 8.- С.68-71.

29. Кохановська О. В. Актуальні теоретичні проблеми співвідношення інформаційних прав і прав інтелектуальної власності / О.В. Кохановська // Підприємство, господарство і право. – 2004. - № 8. – С.101-104.

30. Дубова І. П. Сучасні проблеми консалтингу в Україні / І. П. Дубова // Проблеми науки. – 2003. - № 9. – С. 43-46.

31. Бегова Т. Поняття «ноу-хау» і договір про його передання : монографія / Т.І. Бегова. – Х.: Право, 2009. – 176 с.

32. Актуальні проблеми розвитку підприємницької діяльності в Україні: монографія / За ред. члена-кореспондента АПрН України, доктора юридичних наук Н. М. Мироненко. – Київ – Тернопіль: Підручники і посібники. – 368 с.

33. Про інноваційну діяльність: Закон України від 4 липня 2002 р. № 40 – IV // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - № 36. – Ст. 266

34. Отаманова Ю. Теоретичні проблеми становлення інноваційного права України / Ю. Отаманова. – Х., 2006. – 236 с.

35. Кузнєцова Н. С. Цивільно-правові засоби забезпечення інновацій в сучасному законодавстві України / Н. С. Кузнєцова // Інноваційний розвиток України: наукове, економічне та правове забезпечення: тези доп. всеукр. наук.-практ. конф., 27-28 жовтня 2006 р. – Х., 2007. – С.56-57.

36. Шишка І. Р. Договір на маркетингові дослідження // Дис. ... канд. юрид. наук / Ігор Романович Шишка. – К., 2010. – 237 с.

37. Федосенко Н. К вопросу о предмете договора о предоставлении маркетинговых услуг / Н. Федосенко // Право України. – 2004. - № 11. – С. 37-39
38. Трохимова О. А. Методи забезпечення ефективності консалтингової діяльності на підприємствах промисловості: Дис... канд. екон. наук: 08.07.01 / О. К. Трохимова; Національний аерокосмічний ун-т ім. М. Є. Жуковського «Харківський авіаційний ін-т». – Х., 2002. – С.43
39. Договірне право України. Загальна частина: Навч. посіб. / Н. С. Кузнєцова та ін. / За ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 891 с.
40. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: У двох томах / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 1. Загальна частина. – 2009. – 724 с.
41. Санникова Л. В. Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве / Л. В. Санникова. - М.: Волтерс Клувер, 2008. – 178 с.
42. Пригожин А. И. Методы развития организаций / А. И. Пригожин. – М.: МЦФЭР, 2003. – 863 с.
43. Коростельов В. Вітчизняні та міжнародні консалтингові організації, їх місце і значення у забезпеченні кредитними ресурсами сектору малого та середнього бізнесу / В. Коростельов // Проблеми кредитування малого та середнього бізнесу в Україні. – 2001. - № 4.- С.38-48.
44. Основи управлінського консультування: Навчальний посібник / А. Е. Воронкова та ін.; За заг. ред. д-ра екон. наук, проф. А. Е. Воронкової. – Х.: ВД «ИНЖЕК», 2010. – 872 с.
45. Верхан Петер Х. Підприємець: його економічна функція та суспільно-політична відповідальність / Х. Верхан Петер. – К, 1994. – 59 с.
46. Пригожин А. И. Особенности профессии консультанта по управлению / А. И. Пригожин // Маркетинг, 1997. - № 1. – С. 84-90.
47. Король Л. М., Михайлова Е. Л. Тренинг тренеров: как закалялась сталь / Л. М. Король, Е. Л. Михайлова. – Независимая фирма «Класс», 2002. – С.18-21

48. Посадский А. П. Основы консалтинга: Пособие для преподавателей экономических и бизнес-дисциплин / А. П. Посадський. – М., 1999. – 240 с.
49. Про ліцензування окремих видів діяльності: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2000 – №36. – Ст.299.
50. Про патентування деяких видів підприємницької діяльності: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – №20. – Ст.82.
51. Цивільний кодекс України: Коментар. Видання друге, із змінами за станом на 15 січня 2004 р. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2004. - С.444
52. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: заг. положення: навч. посіб. / Т. В. Боднар. – К.: Юстініан, 2007. – 280 с.
53. Київець О. В. Договірне право України: Навч. Посібник / О. В. Київець. – К.: КНЕУ, 2008. – 456 с.
54. Носік Ю. Договір про нерозголошення інформації / Ю. Носік // Право України. – 2010. - № 3. – С. 153-160
55. Редькина Н.С. Библиотечный технологический консалтинг / Н. С. Редькина // Научность и техничность библиотеки. – 2006. - №5. – С. 27-34.
56. Вінник О. Захист суспільних інтересів у процесі здійснення підприємницької діяльності / О. Вінник // Підприємництво, господарство і право. – 1997. - № 9. – С.14-17.
57. Доценко Л. Попит на консалтингові послуги сільськогосподарських дорадчих служб / Л. Доценко // Економіка АПК. – 2004. - № 7. – С.31-34.
58. Рибак А. Що потрібно знати про консалтинг / А. Рибак // Податкове планування. – 2003. - №12. – С.12-19.
59. Бородовський С.О. Деякі питання укладення цивільно-правового договору // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Зб. наук. стат. / С. О. Бородовський. – 2003. – Вип. XI. – С.87.
60. Господарський кодекс України від 16 січня 2003р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

61. Рынок консультационных услуг в Украине. Сущность и виды консультационных услуг // Финансовая консультация. – 2002. - № 13. – С.12-13

62. Боднар Т.В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): Дис... докт. юрид. наук / Т. В. Боднар. – К., 2005. – 436 с.

63. Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право / А. Э. Жалинский, Антоний Рёрихт. – М.: Спарк, 2001. – 560 с.

64. Боднар Т. В. Загальні засади виконання цивільно-правових зобов'язань / Т. В. Боднар// Вісник господарського судочинства. – 2003. - № 4. – С. 169-174.

65. Хміль. Ф. І. Основи управлінського консультування: Навч. Посібник / Ф. І. Хміль. - К.: Академвидав, 2008. – 296 с.

66. Цивільне право України: Підручник. У 2 т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – Т.1. – 539 с.

67. Васильев Г. А., Деева Е. М. Управленческое консультирование / Г. А. Васильев, Е. М. Деева. - М.: Юнити-дана. – 2004. – 255 с.

68. Вавилин Е. В. Понятие и механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей / Е. В. Вавилин // Журнал российского права. – 2004, - № 3. - С. 42-47

69. Крупчан О., Луць В., Берестова І. Методологічні засади охорони та захисту майнових прав осіб в Україні та ЄС: Монографія /О. Крупчан, В. Луць, І. Берестова / За заг. ред. О.Д. Крупчана. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2008. – 256 с.

70. Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902 / Дмитрий Иванович Мейер. - Изд. 2-е, испр. – М.: «Статут», 2000 – 567 с.

71. Ярема А. Г., Карабань В. Я., Кривенко В. В., Ротань В. Г. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України / А. Г. Ярема,

В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань— К.: А.С.К., Інститут юридичних досліджень. Академія суддів України, 2004. — Т. 2. — 464 с.