

## Договор фактического посредничества<sup>1</sup>

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена правовой квалификации отношений фактического посредничества. Правоприменительная практика квалифицирует такие отношения как возмездное оказание услуг или агентирование, однако и отечественная до-революционная доктрина, и иностранный опыт свидетельствуют о том, что надлежащей правовой формой является маклерский договор, не урегулированный действующим законодательством.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** фактическое посредничество; оказание услуг, агент, маклер.

### ANNOTATION

The article is concerted with the issue on how to legally qualify actual agency agreement. Currently, the case law qualifies them as fee-based services or agency. However, both the Pre-Soviet Russian and foreign doctrines indicate that this is a makler (broker) agreement. Though, the latter is not regulated by effective Russian law.

**KEY WORDS:** actual agency, fee-based service, agent, makler (broker).

На сегодняшний день институт фактического посредничества не получил достаточно полной теоретической разработки<sup>2</sup>, не установлено его место в системе институтов гражданского права, не определены договоры, составляющие его

<sup>1</sup> См. также: Семушина О. В. Основные права и обязанности сторон маклерского договора в сфере недвижимости // Закон, 2010, № 1.

<sup>2</sup> Более подробно на эту тему см., например: Егоров А. В. Понятие посредничества в гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002.

содержание. Фактическое посредничество — деятельность определенного субъекта (посредника), который оказывает содействие сторонам, желающим заключить сделку, в ситуации, когда они, как правило, не могут самостоятельно найти друг друга либо не делают этого в силу различных причин. Содействие посредника выражается в осуществлении фактических действий (поиск контрагента, ведение переговоров, участие в разработке условий будущей сделки, консультирование по вопросам заключения сделки и «сведение» сторон для последующего заключения сделки). Здесь фактические действия противопоставляются юридическим: действия фактического посредника не влекут каких-либо правовых последствий для клиента за исключением обязанности выплатить вознаграждение.

Российская правоприменительная практика и доктрина к договорам, оформляющим отношения с фактическим посредником, относят: договор возмездного оказания услуг, агентский договор, маклерский договор.

Однако надлежащей правовой формой рассматриваемых отношений, на мой взгляд, может быть признан лишь маклерский договор. В рамках договоров возмездного оказания услуг и агентского сложно в полной мере защитить юридически значимый интерес как посредника, так и его клиентов. Но маклерский договор не урегулирован действующим гражданским законодательством.

#### Договор возмездного оказания услуг

Существует мнение о том, что фактическое посредничество относится к деятельности по оказанию услуг, а договором, оформляющим соответствующие правоотношения, является договор возмездного оказания услуг, которому посвящена глава 39 ГК РФ<sup>3</sup>. Полагаю, с этим нельзя согласиться: не во всех случаях возникновения разногласий между сторонами договора фактического посредничества нормы названной главы способны помочь:

Правовая природа складывающихся при оказании услуг и при осуществлении посредничества отношений различна. Посредничество хоть и является услугой в экономическом понимании этого термина (как являются услугами перевозка, страхование, медицинские услуги и т. д.); но правовой смысл института посредничества нельзя свести к тому пониманию оказания услуг, которое заложено в главе 39 ГК РФ. Для деятельности по оказанию услуг согласно нормам этой главы ключевым моментом выступают действия исполнителя<sup>4</sup>, а для деятельности фактического посредника — достижение определенного результата (заключение его клиентом желаемой сделки). При заключении договора по оказанию услуг для заказчика важен сам процесс (лечение, охрана, наличие связи и т. д.), тогда как в договоре фактического посредничества для заказчика имеет значение результат — заключение сделки. Однако указанный результат не тождествен результату, который присутствует в отношениях подряда<sup>5</sup>. При выполнении работ подрядчик своими силами контролирует процесс создания желаемого для заказ-

<sup>3</sup> См.: Накушнова Е. В. Понятие договора оказания риелторских услуг, его юридическая природа, стороны // Информационно-аналитическая газета «Налоги», 2007, № 20, с. 8–9; Полищук Е. В. Риелтор — продавец информации или посредник на рынке жилой недвижимости? // Услуги: проблемы правового регулирования в судебной практике: Сборник науч.-практ. статей. — М., 2007, с. 108–111; определение ВАС РФ от 28 мая 2010 года № ВАС-4426/10 по делу № А40-40669/09-85-337; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13 сентября 2010 года № 09АП-21635/2010 по делу № А40-175183/09-91-1283; определение Санкт-Петербургского городского суда от 4 апреля 2011 года № 33-4595/2011 по делу № 2-205/2011 (здесь и далее судебные акты приводятся из СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>4</sup> Подробно о правовой природе договора возмездного оказания услуг см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М.: Статут, 2002.

<sup>5</sup> Договор фактического посредничества как договор возмездного оказания услуг с обязательством достичь определенного результата квалифицирует, в частности, И. Галушина. — См.: Галушина И. Н. Посредничество как гражданско-правовая категория. Дис. ... канд. юрид. наук. — Пермь, 2006.

чика результата. Только от подрядчика зависят качество и свойства достигнутого результата, за исключением случаев, когда заказчик предоставил некачественный материал. Результат работ может подвергнуться объективной оценке со стороны третьих лиц. Но для фактического посредника результат находится вне сферы его контроля: решение о том, совершать ли подготовленную сделку, принимает только клиент (заказчик). Таким образом, по меньшей мере несправедливо возлагать на посредника риски, которые по закону несет подрядчик, например риск невыполнения работы в установленный срок.

Исходя из буквального содержания ст. 703 ГК РФ договор подряда заключается на изготовление или переработку вещи либо на выполнение такой работы, результат которой подрядчик способен передать заказчику. Посредник же не выполняет каких-либо манипуляций с вещами клиента и ничего ему не передает. Он совершает те действия, без которых желаемая для заказчика сделка (например, купля-продажа вещи) не состоялась бы, — на этом его деятельность заканчивается<sup>6</sup>. Никакая иная деятельность посредника не имеет существенного интереса для клиента.

На примере деятельности риэлторов некоторые авторы приходят к выводу о том, что нормы главы 39 ГК РФ регулируют отдельные аспекты деятельности посредника — консультирование, организация показов и т. п.<sup>7</sup> Указанный подход представляется неверным. При дроблении функций фактического посредника на определенные обязательства, как-то: консультирование, проведение осмотров, переговоров и т. д. — возникают трудности доказывания факта оказания услуг, когда взыскание оплаты производится принудительно. Поскольку такое дробление можно осуществлять бесконечно, возникают ситуации, в которых посреднику не удастся получить вознаграждение в полном объеме. Доказать факт оказания каждой из данных услуг практически невозможно<sup>8</sup>.

Судебная практика подтверждает высказанные опасения: в ряде дел при наличии неоспариваемого факта заключения сделки клиент, не желающий платить посреднику, втягивает его в необоснованные споры относительно объема оказанных услуг (см., например: постановления апелляции инстанции Арбитражного суда Краснодарского края от 24 мая 2004 года по делу № А32-20175/2004-50/359; апелляции инстанции Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 2 июля 2004 года по делу № А56-50006/03; определение ВАС РФ от 28 мая 2010 года № ВАС-4426/10 по делу № А40-40669/09-85-337; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13 сентября 2010 года № 09АП-21635/2010 по делу № А40-175183/09-91-1283; определение Санкт-Петербургского городского суда от 4 апреля 2011 года № 33-4595/2011 по делу № 2-205/2011, согласно которому отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции обоснованно исходил из того, что в материалах дела отсутствуют доказательства принятия ответчиками каких-либо услуг, оказанных истцом, а также их реальная стоимость, доказательства фактически понесенных истцом расходов, связанных с исполнением договора).

<sup>6</sup> Согласно устоявшейся практике фактический посредник может подготовить пакет необходимых документов для заключения сделки, но такая деятельность не является ключевой для правового понимания деятельности фактических посредников.

<sup>7</sup> Петелин Д. В. Договорное регулирование риэлторской деятельности в Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2008, с. 77.

<sup>8</sup> Для возникновения права на вознаграждение по маклерскому договору неважно, какие конкретно действия совершил маклер (риэлтор), их объем может варьироваться от случая к случаю. Правовые последствия связываются только с тем, что при посредничестве маклера желаемая для клиента сделка заключена.

Один из наиболее сложных вопросов при квалификации договора фактического посредничества в качестве договора возмездного оказания услуг — определение момента, когда у посредника возникает право на вознаграждение. Так, у риэлторов конкретный момент возникновения права на вознаграждение фиксируется в договоре с заказчиком и увязывается с самыми разными конкретными событиями. Суды в одних случаях возникновение права на вознаграждение связывают с фактом заключения договора при посредничестве риэлтора (см., например, определение ВАС РФ от 29 сентября 2010 года № ВАС-12605/10 по делу № А40-118604/09-23-786), а в других — с фактом оказания услуг (постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 13 сентября 2010 года по делу № А40-175183/09-91-1283, ФАС Северо-Кавказского округа от 18 ноября 2004 года по делу № А53-7551/2004-С3-36).

На ошибочность квалификации договора фактического посредничества в качестве договора возмездного оказания услуг указывается в литературе<sup>9</sup>. При квалификации отношений фактического посредничества как маклерского договора проблема, связанная с определением надлежащего момента, с наступлением которого у маклера возникает право на вознаграждение, отпадает. Момент возникновения у маклера (фактического посредника) права на вознаграждение связан с фактом заключения заказчиком желаемой сделки, который, как правило, легко доказуем (особенно в сфере недвижимости). На сегодняшний день риэлторы пытаются самостоятельно защитить свои интересы, включая в договор различные условия, обязывающие к выплате вознаграждения при заключении заказчиком сделки в «обход». Но на практике взыскать вознаграждение в суде сложно<sup>10</sup>, хотя есть и положительные примеры<sup>11</sup>. В любом случае на данном этапе развития правоприменительной практики результат рассмотрения подобного дела в суде непредсказуем.

Другой вопрос связан с правилами ст. 782 ГК РФ, согласно которой заказчик имеет право в любой момент отказаться от договора, уплатив исполнителю фактически понесенные расходы. На практике распространена ситуация, когда сделка доведена посредником до логического конца, а заказчик, не желая платить, направляет уведомление об отказе от договора фактического посредничества со ссылкой на ст. 782 ГК РФ, а затем заключает желаемую сделку. Поскольку размер вознаграждения определяется как процент от цены сделки, велик соблазн оплатить лишь фактические расходы (см., например, постановления ФАС Московского округа от 30 июня 2010 года по делу № А40-109151/09-3-876, ФАС Северо-Западного округа от 29 августа 2005 года по делу № А56-32221/04).

Полагаю, что при рассмотрении споров с участием фактических посредников судам целесообразно шире применять подход, выраженный в п. 1 Обзора практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 года № 127), обеспечивая защиту права посредника в случае недобросовестных действий клиента.

В иностранных правопорядках на законодательном уровне закреплены императивные правила, препятствующие заключению сделок «в обход» фактических

<sup>9</sup> См.: Егоров А. В. Указ. соч., с. 87.

<sup>10</sup> См., например, постановления ФАС Московского округа от 30 июня 2010 года по делу № А40-109151/09-3-876, ФАС Волго-Вятского округа от 9 марта 2006 года по делу № А43-12047/2005 20-367.

<sup>11</sup> Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 28 сентября 2006 года по делу № А56-17517/2006; постановления Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 26 января 2007 года по делу № А56-17517/2006, ФАС Северо-Западного округа от 25 апреля 2007 года по делу № А56-17517/2006.

посредников. Разумно было бы установить такие правила и в отечественном законодательстве, чтобы исключить использование формальных методов с поиском наиболее подходящего договорного типа и более эффективно применять принцип свободы договора. В условиях подчинения договора фактического посредничества нормам главы 39 ГК РФ «Возмездное оказание услуг» деятельность посредника является крайне рискованной.

### Агентский договор

В ряде судебных актов выражена позиция, в соответствии с которой деятельность фактического посредника может оформляться агентским договором по правилам главы 52 ГК РФ (постановление ФАС Московского округа от 4 октября 2010 года № КГ-А40/11514-10; определение Нижегородского областного суда от 8 июля 2008 года № 33-4002/2008).

В соответствии с п. 1 ст. 1005 ГК РФ по агентскому договору агент обязуется за вознаграждение совершать по поручению принципала юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала или от имени и за счет принципала.

Квалификация договора фактического посредничества в качестве агентского также представляется неверной. Во-первых, агент совершает от имени принципала юридические действия, фактический посредник — преимущественно фактические действия. Во-вторых, нормы главы 52 ГК РФ, так же как и главы 39, не позволяют защитить интересы посредника в случае возникновения споров.



Как указывает А. Егоров, поручение по агентскому договору совершать одни фактические действия способно вызывать сложно разрешимые практические проблемы, которые связаны, прежде всего, с отсылкой к правилам о договоре комиссии или о договоре поручения в зависимости от того, от чьего имени действует агент. Однако правила ни одного из этих договоров не относятся к осуществлению фактических действий. Остается возможность применять к этим действиям нормы о возмездном оказании услуг, но они также не приспособлены для регулирования фактических действий посреднического характера<sup>12</sup>.

С мнением о различии правовой природы отношений, складывающихся при возмездном оказании услуг, и отношений при выполнении фактических действий в агентском договоре, а также о неприменимости норм главы 39 ГК РФ к субсидиарному регулированию фактических действий в агентском договоре<sup>13</sup> следует согласиться.

Российская судебная практика по вопросу соотношения действия норм глав 39 и 52 ГК РФ неоднозначна.

В одних случаях выдвигается требование согласовать все существенные условия, предусмотренные как для договора агентирования, так и для договора возмездного оказания услуг (постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27 ноября 2008 года по делу № А60-13994/08, отменено постановлением ФАС Поволжского округа от 18 августа 2010 года по делу № А06-8309/2009). В других случаях суды применяют правила главы 39 Кодекса к агентированию с учетом п. 2 ст. 779 (постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 20 мая 1999 года по делу № Ф04/993-190/А70-99).

Принимая во внимание строго формальный подход судов к применению закона, необходимо согласиться с трактовкой судами ст. 1005 ГК РФ: под предметом агентского договора понимается совершение юридических и фактических

<sup>12</sup> Егоров А. В. Указ. соч., с. 116.

<sup>13</sup> Там же, с. 87, 116.

действий. Если же в договоре отсутствует указание на поручение агенту совершить какие-либо юридические действия, суд квалифицирует его в качестве договора возмездного оказания услуг (постановление ФАС Северо-Западного округа по делу от 28 ноября 2001 года № А56-12682/01)<sup>14</sup>.

Так, согласно агентскому договору исполнитель оказывал заказчику комплекс агентских услуг по организации оформления договора купли-продажи объекта недвижимости. Заказчик направил исполнителю уведомление об одностороннем отказе от договора со ссылкой на ст. 782 ГК РФ с согласием возместить фактически понесенные расходы, на что исполнитель ответил требованием о взыскании вознаграждения и неустойки (сделка, при которой посредником выступал риэлтор, впоследствии была заключена заказчиком). ФАС Северо-Западного округа (дело № А56-32221/04 от 29 августа 2005 года) поддержал выводы нижестоящих судов о правовой природе заключенного сторонами договора как договора возмездного оказания услуг и отказ в иске о взыскании вознаграждения по агентскому договору, квалифицировав отношения сторон как возмездное оказание услуг.



Некоторые авторы указывают, что агентский договор, построенный по модели фактического посредничества, является маклерским договором<sup>15</sup>. Эта точка зрения представляется ошибочной. Как отмечал Г. Шершеневич, маклер действует не на постоянной основе, то есть от случая к случаю, и в интересах обеих сторон: «от маклера агента отличает то обстоятельство, что агент стоит на страже интересов одной стороны, тогда как маклер, в идее, обязан быть беспристрастным посредником»<sup>16</sup>. Однако возможность действовать в интересах двух сторон одновременно не единственный квалифицирующий признак маклерского договора.

На сегодняшний день правовая основа деятельности фактических посредников четко не обозначена: посредник полагается скорее на порядочность клиентов, нежели на возможность судебной защиты своих прав. Для сглаживания указанных недостатков стороны могут включить в договор поручение на осуществление каких-либо юридических действий от имени клиента<sup>17</sup>. Однако это в реальных правовых условиях не способно защитить интересы посредника и не снимет основные проблемы, которые могут быть решены (и решаются в других странах) только в законе.

Квалификации договора фактического посредничества как агентского препятствуют конституирующие признаки последнего. При заключении агентского договора сотрудничество сторон носит систематический, длительный характер<sup>18</sup>.



А. Фёдоров указывал, что агент «обыкновенно состоит в более или менее прочных отношениях к препоручителю и во всяком случае посредничает между сторонами отсутствующими, не сводя их вместе для окончательного заключения сделки, как это делает маклер»<sup>19</sup>. Таким образом, агент совершает сделки самостоятельно от имени принципала, агент может иметь полномочия и на исполнение сделки.

<sup>14</sup> См.: Галушина И. Н. Указ. соч., с. 139.

<sup>15</sup> Пак М. З. Агент как простой посредник // Российская юстиция, 2006, № 1, с. 12–13.

<sup>16</sup> См.: Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 1, с. 511–512. Цит. по: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч., с. 460–461.

<sup>17</sup> В соответствии с п. 23 Обзора практики разрешения споров по договору комиссии (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 года № 85) сделка продажи недвижимого имущества, заключенная комиссионером во исполнение поручения комитента, не может быть самостоятельно исполнена комиссионером ввиду специфики правового режима недвижимости.

<sup>18</sup> См., например, п. 1 ст. 1005, ч. 3 ст. 1006 ГК РФ. См. также: Нырова Н. Н. Сравнительно-правовой анализ договоров посредничества в праве России и Китая и их применение для организации экспорта российских товаров на рынок КНР: Дис. ... канд. юрид. наук. — Хабаровск, 2003, с. 76; Таль Л. С. Торговый агент и агентурный договор как правовые типы. — М., 1914, с. 14.

<sup>19</sup> Фёдоров А. Ф. Торговое право. — Одесса, 1911, с. 386.

Договор с фактическим посредником не нацелен на длительные отношения сторон, напротив, эти отношения имеют разовый характер<sup>20</sup>. Полномочиями, как на заключение сделок между отсутствующими контрагентами, так и на исполнение сделки (юридические действия) фактический посредник не обладает, хотя препятствий для наделения его указанными полномочиями в общегражданском порядке (в частности, путем выдачи доверенности) на сегодняшний день нет.

О пробелах правового регулирования в рассматриваемой сфере свидетельствует определение КС РФ от 13 октября 2009 года № 1201-О-О. ООО и Фонд заключили агентский договор, в соответствии с которым ООО приняло на себя обязательство подобрать покупателя и обеспечить исполнение сделки по продаже объекта недвижимости, принадлежащего Фонду. Решением, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, в удовлетворении требования ООО к Фонду о взыскании суммы вознаграждения по агентскому договору было отказано. Суды исходили из того, что истец не представил доказательств, подтверждающих, что им был предложен покупатель (контрагент) принадлежащего ответчику объекта недвижимости. Хотя КС РФ и не нашел оснований для принятия жалобы к рассмотрению, очевидна недостаточная обоснованность подходов к проблемам фактического посредничества.

### Маклерский договор

#### Регулирование маклерского договора за рубежом

Страны с различными правовыми системами сходным образом регулируют институт фактического посредничества.

Институт фактического посредничества представлен в иностранных правовых порядках понятиями маклер, брокер, агент. Лицо, обращающееся к фактическому посреднику за содействием, в литературе также именуется по-разному: клиент, заказчик, принципал<sup>21</sup>.

В Италии маклер — это лицо, которое обеспечивает контакт между двумя или более лицами с целью заключения договора, не будучи связанным ни с одним из них отношением сотрудничества, зависимости или представительства<sup>22</sup>.

В Швейцарии маклерский договор обязывает маклера принять на себя поручение по подысканию, за известное вознаграждение, возможности заключить договор или по оказанию посредничества при заключении договора. Как правило, маклеру отводится только посредническая роль путем совершения фактических действий: он сводит стороны и готовит для них документы<sup>23</sup>.

В соответствии с § 652 Германского гражданского уложения (ГГУ) лицо, которое обещает выплатить маклерское вознаграждение за указание возможности заключить договор либо за посредничество в его заключении, обязано выплатить вознаграждение, только если договор будет заключен в результате указания такой возможности либо вследствие посредничества маклера. В ФРГ в силу закона не требуется, а равно не является обычным на практике, чтобы маклер принимал на себя обязанность осуществлять соответствующую деятельность или даже добиться определенного результата, например заключения соответствующего договора. Поэтому при квалификации договора с фактическим посредником речь

<sup>20</sup> Заранее точно предугадать время, которое затратит риэлтор на посредничество, как правило, нельзя. Это зависит не только от него, но и от клиента риэлтора, и от будущего контрагента клиента риэлтора, следовательно, отношения сторон по риэлторскому договору могут иметь сколь угодно длительный характер. «Разовый» здесь имеется в виду как противоположность «систематическому».

<sup>21</sup> Далее все приведенные термины будут использоваться как синонимы.

<sup>22</sup> Тыньель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. — Минск, 1999, с. 302.

<sup>23</sup> Германские и европейские законы. — М.: Волтерс Клувер, 2005.

идет не о двусторонне обязывающем, а об односторонне обязывающем договоре<sup>24</sup>. Обязанность уплатить вознаграждение маклеру принимает на себя заказчик услуг, если вследствие деятельности маклера сделка будет заключена. Маклер не имеет полномочий вступать в правоотношения от имени другого лица, а также сам не становится стороной договора подобно комиссионеру. Сторонами договора, при котором выступает посредником маклер, являются принципал и третье лицо. Маклер вступает в правоотношения только с его принципалом, права и обязанности маклера касаются только его принципала. Он не действует на постоянной основе, не выступает ни от имени другого лица, ни за счет другого лица<sup>25</sup>. Маклерский договор не является договором оказания услуг или договором подряда, хотя имеет с ними общие черты. Это самостоятельный договор, поскольку по общему правилу у маклера нет обязанности приступить к выполнению указанного принципала<sup>26</sup>.

Согласно Закону Австрии о маклерах от 4 ноября 1997 года<sup>27</sup> маклером является тот, кто на основании гражданско-правового соглашения выступает посредником заказчика перед третьим лицом, не имея постоянного заказа (разовый заказ). Маклер должен отстаивать интересы заказчика добросовестно и заботливо, в том числе когда он одновременно действует и в интересах третьего лица. Заказчик обязан добросовестно оказывать поддержку маклеру при осуществлении им посреднической деятельности и воздерживаться от передачи ставших ему известными данных о возможностях заключения сделки. По общему правилу маклер не должен прилагать усилия для посредничества. Заказчик не обязан заключать подготовленную сделку.

В главе 16 ГК Грузии<sup>28</sup> урегулировано посредничество, под которым понимается деятельность маклеров. Содержание норм в целом сходно с ГГУ, но является менее широким.

В Китае посредник выполняет только фактические действия узкой специализации. Выражение воли на заключение сделки не входит в его компетенцию. Посредник лишь предоставляет клиенту информацию или оказывает помощь в заключении им сделки с третьими лицами: устанавливает контакт, проводит переговоры, содействует в заключении сделки. Он не участвует в этой сделке ни в качестве представителя, ни от собственного имени. Отличие договора фактического посредничества от других договоров по оказанию услуг в том, что посредник получает вознаграждение не за то, что он прилагает труд, оказывая те или иные услуги, а только в случае результативности своих действий, которая выражается в заключении сделки между доверителем и третьим лицом. Закон устанавливает, что, если посредник не содействовал заключению сделки или сделка не была совершена, он имеет право требовать оплаты необходимых расходов, но не выплаты вознаграждения<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Еропов А. В. Указ. соч., с. 131. The German Law of Agency and Distributorship Agreements. Fritz Staubach. General Editor Robert R. Pennington. European Commercial law Library number 7. OYEZ Publishing. London. 1977. P. 179.

<sup>25</sup> The German Law of Agency and Distributorship Agreements. Fritz Staubach. General Editor Robert R. Pennington. European Commercial law Library number 7. OYEZ Publishing. London. 1977. P. 178.

<sup>26</sup> The German Law of Agency and Distributorship Agreements. Fritz Staubach. General Editor Robert R. Pennington. European Commercial law Library number 7. OYEZ Publishing. London. 1977. P. 178.

<sup>27</sup> Вестник федерального законодательства I S. 1745; Вестник федерального законодательства III 402-24-8; с изменениями Закона о реформе законодательства о строительстве жилья от 13.09.2001, Вестник федерального законодательства I S. 2376, 12399.

<sup>28</sup> Гражданский кодекс Грузии от 26 июня 1997 года / Науч. ред. З. К. Бигвава; вступит. статья Л. Чантурия; предисл. И. В. Елисева, А. В. Коновалова; пер. с груз. И. Мериджанашвили, И. Чиковани. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2002, с. 434-441.

<sup>29</sup> Нырова Н. Н. Указ. соч., с. 22, 237-238.





Как указывает Н. Нырова, по праву Китая фактический посредник осуществляет действия по сообщению доверителю сведений о возможности заключения договора. Такие сведения должны иметь непосредственное отношение к заключению договора и указывать на реальную возможность сделать это. Посредник должен не просто передать информацию доверителю, но и рекомендовать ему таких контрагентов для будущей сделки, которые в состоянии удовлетворить коммерческие запросы доверителя. Еще до сообщения доверителю о возможности заключения договора посредник должен установить контакт с потенциальными контрагентами, сообщить им об условиях доверителя в отношении будущей сделки. Также посредник должен получить от контрагента явно выраженное намерение заключить эту сделку<sup>30</sup>.

В странах общего права фактическое посредничество закреплено прецедентами. Судебная практика сформировала правила, сходные с континентальным регулированием. Агентский (маклерский) договор в Великобритании является односторонне обязывающим, обязанность принимает на себя только принципал — уплатить вознаграждение маклеру в случае заключения желаемой сделки, при которой он выступал посредником. Агент (фактический посредник) не имеет полномочий на заключение сделки с недвижимостью<sup>31</sup>, он отвечает за неисполнение фидуциарных обязанностей (обязанности действовать в интересах клиента), неисполнение требований разумности и добросовестности. Право на вознаграждение возникает только по достижении того результата, ради которого посредник был нанят, причем такой результат должен быть не простой случайностью, а следствием действий агента: между двумя сделками должна быть связь. Кроме того, присуждение вознаграждения посреднику во многом зависит от конкретных условий договора фактического посредничества.

#### Регулирование маклерского договора в России

Маклеры в России официально под этим названием появились в 1717 году; когда в ведении коммерцколлегии был учрежден «гофь» — маклер для покупки и продажи казенных товаров. Регламент или устав Главного магистрата от 16 января 1721 года определял права и обязанности маклера<sup>32</sup>.

Дореволюционные исследователи указывали на разовый характер посредничества маклера, фактический характер действий по сведению контрагентов, на отсутствие полномочий на заключение сделок от имени принципала.



Л. Таль отмечал, что маклеры не могли являться постоянными посредниками и заключать сделки от чужого имени<sup>33</sup>.

М. Кечеджи-Шаповалов указывал, что маклер ограничивается сведением сторон и обязан блюсти интересы обеих сторон<sup>34</sup>.

С. Ландкоф прямо называл фактические действия агента маклерскими функциями<sup>35</sup>.

Маклеров относили к фактическим соучастникам при заключении сделок, которые передают, излагают или исполняют только чужую волю, а не собственную<sup>36</sup>.

Н. Нерсесов считал деятельность маклера фактическим соучастием<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Нырова Н. Н. Указ. соч.

<sup>31</sup> G. H. L. Fridman. The Law of Agency. 7<sup>th</sup> edition. 1997. С. 49, 191, 192, 411.

<sup>32</sup> Полное собрание законов Российской империи (ПСЗ) — Собр. 1. Т. VI № 3708. Гл. XIX «О маклерах или о торговых сводчиках», с. 301.

<sup>33</sup> Таль Л. С. Торговый агент и агентурный договор как правовые типы: Сборник статей по гражданскому и торговому праву памяти проф. Г. Ф. Шершеневича. — М., 1915, с. 359–362.

<sup>34</sup> Кечеджи-Шаповалов М. В. Торговые посредники (маклеры, комиссионеры, экспедиторы, агенты и коммивояжеры). Юридические и практические основы торгового посредничества. — СПб., 1910, с. 49–51.

<sup>35</sup> Ландкоф С. Н. Торговые сделки. Теория и практика. — Харьков, 1929, с. 12–14.

<sup>36</sup> Цитович П. Очерк основных понятий торгового права. — Киев, 1886; Победоносцев К. П. Курс гражданского права: в 3 т. Т. 3 / Под ред. В. А. Томсинова. — М., 2003; Удинцев В. А. Конспект лекций по торговому праву. — Киев, 1900.

<sup>37</sup> Нерсесов Н. О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. — М., 1998, с. 30.

А. Фёдоров полагал, что отличие маклеров от представителей и комиссионеров в том, что первые сами сделок не заключали ни от своего лица, ни от чужого; от агентов — в том, что маклеры не имели прочных отношений к своим клиентам, они оказывали посреднические услуги одинаково обеим сторонам и для окончательного заключения сделки сводили их вместе, причём деятельность маклера на этом обыкновенно и заканчивалась<sup>38</sup>. Принципал мог отказаться во всякое время от окончательного заключения приготовленной маклером сделки и тем самым прекратить действие договора с маклером, даже если поручение было дано на срок, в течение которого маклер и подыскал контрагента. Данное на срок поручение означало только предел времени, на которое предоставлено посредничество, но без обязанности во что бы то ни стало воспользоваться результатами этого посредничества. Равным образом не имело значения и то обстоятельство, что маклером соблюдена данная ему клиентом инструкция<sup>39</sup>. Кроме того, принципал имел право вступить в договорные отношения с другим маклером или сам заключить сделку.

А. Гусаков видел отличие маклера от комиссионера в том, что деятельность маклера при заключении договора носит чисто фактический характер. «Маклер сближает между собой контрагентов, передает их взаимные поручения, сглаживает различия предложений и вообще делает все приготовления, имеющие значение для возможного заключения сделки. Но сам маклер не заключает сделки ни от своего имени (что отличает его от комиссионера), ни от имени препоручителя (что отличает его от представителя). Кроме того, контрагенты освобождаются от необходимости собирать всякие сведения, на что требуется очень много времени, так как это сделает гораздо быстрее и лучше маклер. Назначение маклера — быть беспристрастным. Маклерство и комиссионерство экономически тесно связаны друг с другом и фактически даже совпадают. Маклер действует в интересах обоих контрагентов, которым он предоставляет свои услуги. Оба они являются его препоручителями, чего не бывает при договоре комиссии. Ввиду различия интересов сторон, пользующихся услугами маклера, последний должен быть непартийным представителем интересов обоих контрагентов. Маклер только тогда получает право на вознаграждение, когда сделка уже заключена, только в этот момент его обязанность считается исполненной. Риск за исполнение договора никогда не падает на маклера. Вознаграждение маклеру уплачивается не за отдельные действия, а за заключение сделки как одно целое. Поэтому, если сделка не состоялась, хотя бы были произведены предварительные действия, то вознаграждение не полагается, т. е. риск за заключение сделки падает на маклера. Если же сделка заключена, то, несмотря на позднейшее ее уничтожение или расторжение, частные лица, обратившиеся к маклеру за посредничеством, не освобождаются от обязанности уплаты причитающегося ему вознаграждения»<sup>40</sup>.

Приведенные характеристики маклерского договора позволяют выявить специфику и отличие этого вида договоров от иных (агентирования, возмездного оказания услуг), что свидетельствует о самостоятельности данного договора. Маклерский договор содержит следующие конституирующие признаки:

- предмет — осуществление фактического посредничества, имеющего разовый (не длящийся) характер;
- односторонний характер данного договора, обязанность принимает на себя только заказчик (клиент) маклера — выплатить вознаграждение в случае заключения сделки, которая является результатом посредничества маклера;
- отсутствие у маклера обязанности совершать какие-либо действия в целях осуществления посредничества;
- отсутствие у заказчика обязанности заключить сделку, при которой посредничал маклер;

<sup>38</sup> Фёдоров А. Ф. Указ. соч., с. 392.

<sup>39</sup> Там же, с. 397.

<sup>40</sup> Гусаков А. Г. Конспект лекций по торговому праву. Ч. 2. — СПб., 1912, с. 153.

- право маклера на вознаграждение связывается с заключением сделки, которая стала результатом его посредничества;
- отсутствие у маклера полномочий действовать от имени заказчика;
- как правило, двусторонний характер посредничества маклера.

Специфика маклерского договора обусловлена, прежде всего, односторонне обязывающим характером данного договорного типа. На это обращено внимание как отечественными дореволюционными исследователями, так и иностранной доктриной. Маклерский договор — самостоятельный договорный тип, требующий отдельного закрепления в законе<sup>41</sup>.

На сегодняшний день у лиц, желающих заключить договор фактического посредничества, есть только одна возможность — исходя из принципа свободы договора использовать нормы общей части ГК РФ для конструирования договора по модели маклерского. Однако в случае возникновения споров это не позволит обеспечить надлежащую защиту от злоупотреблений.

Представляется целесообразным включить в часть вторую ГК РФ маклерский договор, который не является разновидностью агентского, как самостоятельный вид договора. В заключение остается с сожалением констатировать отсутствие должного внимания к рассматриваемому институту со стороны разработчиков поправок в ГК РФ, связанных с глобальным реформированием отечественного гражданского законодательства.

**О. СЕМУШИНА,**  
магистр юриспруденции (РШЧП),  
юрист адвокатского бюро  
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

<sup>41</sup> Что предлагает, в частности, А. Егоров. — См.: Егоров А. В. Указ. соч., с. 88.