

Министерство внутренних дел Российской Федерации

**Федеральное государственное казённое
образовательное учреждение высшего образования
«Орловский юридический институт
Министерства внутренних дел Российской Федерации
имени В. В. Лукьянова»**

А. В. Гришин, М. В. Гришина

**КОММЕРЧЕСКОЕ (ТОРГОВОЕ)
ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО: СОСТОЯНИЕ,
ЗАЩИТА ОТ ПРОТИВОПРАВНЫХ
ПОСЯГАТЕЛЬСТВ И ПРИМЕНЕНИЕ
ПРАВОВЫХ ПРЕЗУМПЦИЙ**

Монография

**Орёл
ОрЮИ МВД России имени В. В. Лукьянова
2015**

УДК 347.7
ББК 67.99(2)32
Г85

Рецензенты:

Кузнецова Н. М. – ведущий научный сотрудник
ФКУ НИЦ БДД МВД России, кандидат психологических наук;
Старостина С. А. – начальник кафедры общеправовых дисциплин
Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета
МВД России, кандидат юридических наук, доцент;
Певцов В. В. – заместитель начальника УМВД РФ по г. Орлу –
начальник Следственного управления УМВД РФ по г. Орлу

Гришин А. В.

Г85 **Коммерческое (торговое) представительство: состояние, защита от противоправных посягательств и применение правовых презумпций** : монография / А. В. Гришин, М. В. Гришина. – Орел : ОрЮИ МВД России имени В. В. Лукьянова, 2015. – 421 с. ISBN 978-5-88872-165-0

Монография является результатом работы над одноимённой фундаментальной темой научного исследования. В работе рассматривается современное состояние и правовые презумпции функционирования института коммерческого (торгового) представительства в нашей стране. На страницах данной монографии пойдёт речь также о проблемах взаимодействия норм права различной отраслевой принадлежности. Монография написана на основе положений Конституции России и действующего законодательства, рассмотрены материалы судебной практики по затрагиваемым проблемам.

Для студентов, преподавателей высших учебных заведений не только юридического, но и иного гуманитарного профиля, а также для научных, практических работников, интересующихся обозначенной проблематикой, уголовно-процессуальным правом, уголовным, гражданским и гражданским процессуальным правом, а равно практикой применения рассмотренных в монографии институтов. Монография рассмотрена на совместном заседании кафедры уголовного процесса и ГПиЭД 01.07.2015. Протокол № 15/15.

Работа публикуется в авторской редакции.

УДК 347.7
ББК 67.99(2)32

ISBN 978-5-88872-165-0 © Гришин А. В., Гришина М. В., 2015
© ОрЮИ МВД России имени В. В. Лукьянова, 2015

Оглавление

Введение	6
Глава 1. Понятие и юридическая сущность института коммерческого (торгового) представительства. Содержание и структура правоотношений по коммерческому (торговому) представительству.	20
§1.1. О правовой природе коммерческого (торгового) представительства как особой разновидности представительства и коммерческого посредничества и отдельных проблемах совершенствования регулирования деятельности коммерческого представителя	200
§1.2. Сравнительно-правовой анализ института коммерческого (торгового) представительства и иных форм участия третьих лиц в установлении и реализации гражданско-правовых отношений.....	50
§1.3. Понятие и основания возникновения института коммерческого (торгового) представительства.....	662
§1.4. Правовой статус и виды профессиональных коммерческих (торговых) представителей	68
Глава 2. Историко-юридический аспект становления и развития института коммерческого (торгового) представительства и его защиты от противоправных посягательств	84
§2.1. Становление и развитие института торгового представительства в романской правовой системе	84
§2.2. Коммерческое (торговое) представительство согласно германской правовой традиции	98
§2.3. Агентство и профессиональное представительство в англо-американской правовой семье.....	114
§2.4. Становление и основные этапы развития института коммерческого (торгового) представительства в отечественной правовой системе.....	129
§2.5. Сравнительно правовой анализ становления и развития института профессионального коммерческого (торгового) представительства по итогам исследования института в различных правовых системах и отдельных нормах международного права ..	15152
Глава 3. Договоры, оформляющие коммерческое (торговое) представительство в гражданском обороте и их место в системе гражданско-правовых сделок	168
§3.1. Взгляд на гражданско-правовые договоры, оформляющие профессиональное коммерческое представительство (анализ видов договоров, оформляющих отношения по коммерческому (торговому) представительству по материалам теории и практики, определение их места в системе гражданско-правовых сделок).....	168

§ 3.2. Виды договоров, оформляющих отношения по коммерческому (торговому) представительству.....	23232
§3.3. О соотношении договора поручения с профессиональным торговым (коммерческим) представителем и иных договоров	24242
§3.4. О структуре договорных связей профессионального торгового (коммерческого) представителя с представляемым и третьими лицами	24747
§3.5. Передоверие исполнения поручения и прекращение поручения в отношениях коммерческого (торгового) представительства	29494
Глава 4. Актуальные вопросы, связанные с применением института профессионального коммерческого (торгового) представительства в судебной практике, коммерческом обороте и современной научной мысли и защитой интересов участников отношений коммерческого представительства от противоправных посягательств	310
§4.1. К вопросу о полномочиях коммерческих (торговых) представителей (анализ существующей судебной практики, касающейся деятельности коммерческого (торгового) представителя и защиты интересов участников отношений коммерческого представительства от противоправных посягательств).....	310
§4.2. Взаимодействие уголовно-правовых норм с гражданско-правовыми средствами и применение правовых презумпций при предотвращении последствий незаконных действий, совершаемых коммерческим представителем и их последствий в структуре договорных связей коммерческого представителя с представляемым и третьими лицами.	331
§4.3. Актуальные вопросы и основные тенденции реформирования законодательства о коммерческом (торговом) представительстве.....	345
Глава 5. Актуальные вопросы и основные тенденции защиты прав субъектов коммерческого (торгового) представительства как участников предпринимательской деятельности от незаконного и необоснованного уголовного преследования. Расследование преступлений совершённых коммерческими (торговыми) представителями, либо контрагентами в его отношении: теория, практика, обеспечение прав личности	356
§5.1. Актуальные вопросы и основные тенденции защиты прав субъектов коммерческого (торгового) представительства как участников предпринимательской деятельности от незаконного и необоснованного уголовного преследования	356

§5.2. Некоторые проблемы, связанные с осуществлением расследования преступлений совершённых коммерческими (торговыми) представителями, либо контрагентами в его отношении в случае злоупотреблений правом. Пути их законодательного урегулирования	375
Заключение.....	398

Введение

В научной литературе высказывается справедливое мнение о том, что в настоящее время неэффективность принимаемых нормативно-правовых актов, зачастую противоречащих друг другу, обусловлена, в том числе, и низким уровнем научного осмысления проблем правового характера в России. В итоге одни и те же общетеоретические понятия наполняются различным содержанием. Неоднозначность правового регулирования заключается в том, что на государственном уровне признаются и принимаются современные концепции..., а на практике обнаруживается, что принятый закон носит декларативный характер и не обеспечен социально-экономическим потенциалом¹.

С момента принятия Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» в соответствии с разработанной на основании того же Указа Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации² ведётся целенаправленная работа по изменению отдельных положений Гражданского кодекса РФ³. Отдельные изменения, внесённые в Гражданский кодекс Российской Федерации и вступившие в силу с 1 октября 2013 г., затронули как положения о представительстве, в целом, так и положения о коммерческом представительстве, в частности.

Общепризнанно, что в условиях рыночных отношений огромное значение для любого предпринимателя имеют его хозяйственные связи с поставщиками и посредниками. Их развитие дает ему возможность уверенно действовать на рынке и успешно конкурировать с любой другой фирмой. Правильный выбор поставщиков, установление с ними взаимопонимания и доверия, основанных на добросовестном выполнении всех договоренностей, даёт возможность предпринимателю вести свои дела наиболее эффективно и с максимальной прибылью. В международной торговле широко распространено торговое представительство и посредничество, осуществляемое предпринимателями. Рост торгового оборота и расширение предпринимательской деятельности обусловили появление указанных институтов и в нашей стране. Поэтому не удивительно, что совре-

¹ Лаптева В. В. Формирование доктрины защиты прав личности как актуальная задача теории права // Рос. правосудие. 2006. № 4. С. 25-30.

² Обзор проекта изменений Гражданского кодекса РФ. Краткий перечень основных планируемых изменений по состоянию на 07.12.2010 (Разделы I, II, III, VI, VII) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Далее – Проект изменений ГК РФ.

³ Гражданский кодекс Рос. Федерации [Электронный ресурс]. Часть первая от 30.11.1994; часть вторая от 26.01.1996; часть третья от 26.11.2001; часть четвертая от 18.12.2006: действующая редакция. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Далее – Гражданский кодекс Российской Федерации; ГК РФ.

менная система экономических взаимоотношений между производителями товаров и услуг, а также между ними и потребителями, основанная на разделении труда и специализации производства, немыслима без профессионального представительства.

Огромное значение для современного промышленного оборота имеет институт добровольного представительства, дающий возможность правоспособному лицу расширять свою юридическую деятельность. При посредстве этого института «юридическая личность человека переходит за пределы, очерченные его физической природой»⁴. С помощью добровольного представительства одно и то же лицо может одновременно вступать в юридические отношения с различными лицами, совершая несколько сделок, по которым оно одно будет считаться юридическим субъектом.

Не удивительно, что современная система экономических взаимоотношений между производителями товаров и услуг, а также между ними и потребителями, основанная на разделении труда и специализации производства, немыслима без профессионального представительства. В условиях становления рыночных отношений, совершенствования законодательства Российской Федерации расширяются возможности полноценной хозяйственной деятельности предприятий торговли и сферы услуг.

Актуальность данной темы заключается в том, что как в науке, так и в практической деятельности даётся неоднозначная оценка и наблюдаются различные подходы к проблемам, связанным с использованием коммерческого представительства при осуществлении предпринимательской деятельности. Кроме того, анализ законодательства показывает, что данный правовой институт не свободен от недостатков, к которым следует отнести неточности формулировок отдельных норм, слишком узкую трактовку понятия «коммерческого представительства», пробелы законодательства и некоторые другие. Поэтому возникает ряд вопросов, связанных с выяснением признаков, целей, принципов, функций и сущности института коммерческого представительства.

Не менее принципиальным является и то, что Россия интегрируется в Европейское сообщество, а потому единообразное регулирование отдельных отношений требует выявления сходства и различий в правовых системах стран Европейского сообщества для устранения, или, по меньшей мере, сглаживания этих различий в национальных правовых системах на основе общепринятых принципов права.

К числу малоисследованных в теории уголовного права вопросов относится, в частности, проблема экономической обусловленности уголовно-правовых норм об ответственности за преступления в сфере экономики.

⁴ Нерсесов Н. О. Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. М., 1998. С. 24.

В юридической литературе вопросы об ответственности за преступления в сфере экономики в той или иной мере были уже предметом научных исследований. Некоторые аспекты данной проблемы рассматривались ранее в работах А. А. Аслаханова, С. Я. Булатова, Т. А. Бушуевой, В. Б. Боровикова, В. А. Владимирова, Б. В. Волженкина, А. В. Галаховой, С. А. Гордейчика, А. Н. Делиева, Ю. И. Ляпунова, С. В. Мельника, В. Е. Мельниковой, А. В. Наумова, В. Я. Тация, П. С. Яни и других авторов.

Эти и другие авторы внесли известный вклад в разработку ответственности за преступления в сфере экономики, однако, в целом её далеко не исчерпали, поскольку значительная часть работ была написана до принятия и введение в действие существующего УК РФ 1996 г.⁵, внёсшего существенные изменения в этот раздел.

Существующая в настоящее время правоприменительная практика проведения следственных действий также позволяет выявить ряд проблем, которые остались неразрешенными либо вообще незатронутыми.

Целью настоящего исследования является теоретический анализ института торгового (коммерческого) представительства, разработка научно-обоснованных предложений по улучшению действующего законодательства, регулирующего этот институт, а также практических рекомендаций по совершенствованию правоприменительной деятельности, связанной с охраной интересов лиц, пользующихся услугами коммерческого представителя.

С учётом сформулированной цели, были поставлены для решения следующие задачи:

- выработать понятие коммерческого представительства, соответствующее современному уровню развития экономических отношений;
- дать определение договору поручения и иным договорам, оформляющим коммерческое представительство, указать их элементы и разновидности;
- рассмотреть содержание договора поручения и иных договоров, оформляющих коммерческое представительство в гражданском праве;
- раскрыть обстоятельства, при которых прекращаются договор поручения и иные договоры, оформляющие коммерческое представительство;
- выявить взаимосвязь экономических отношений и уголовно-правовых норм об ответственности за действия коммерческого представителя, нарушающие экономические интересы представляемых, их взаимодействие и взаимосвязь;

⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 13.06.1996. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Далее – УК РФ.

- рассмотреть гражданско-правовой аспект экономической обусловленности рассматриваемых норм;
- обозначить возможные перспективы развития законодательства о коммерческом представительстве в условиях рыночных экономических отношений;
- изучить основные источники гражданского и уголовного права с тем, чтобы путём исторического, систематического и сравнительно-правового анализа выявить, как решались и решаются проблемы уголовной и гражданско-правовой ответственности за действия коммерческого представителя, нарушающие экономические интересы представляемых;
- обобщить теоретические разработки по данной проблеме, проанализировать действующее законодательство, изучить судебную практику с целью выявления эффективности правовых норм;
- рассмотреть экономическое содержание общественной опасности преступлений и иных действий коммерческого представителя, нарушающих экономические интересы представляемых;
- сформулировать предложения по совершенствованию действующего законодательства.

Методологической основой исследования являются фундаментальные положения философской науки, а также совокупность специальных научных приёмов и методов исследования явлений и процессов, включающих логико-юридический, сравнительно-правовой, системно-структурный, исторический, формально-юридический, структурно-функциональный, конкретно-социологический, правового моделирования и другие методы.

Теоретическую основу монографического исследования составляют труды С. С. Алексеева, В. К. Андреева, А. А. Аслаханова, Х. Э. Бахчисарайцева, Е. А. Богатых, В. Б. Боровикова, М. И. Брагинского, С. Н. Братуся, А. Г. Быкова, В. Н. Васина, В. Г. Вердникова, А. В. Венедиктова, В. В. Витрянского, В. А. Владимирова, Б. В. Волженкина, Д. М. Генкина, С. А. Гордейчика, А. О. Гордона, А. В. Гришина, А. А. Евецкого, И. А. Ерёмичева, О. С. Иоффе, Н. И. Клейн, В. В. Лаптева, Ю. И. Ляпунова, А. Л. Маковского, М. Г. Маркова, Н. С. Мартемьянова, Д. И. Мейера, Е. А. Мельник, С. В. Мельника, А. В. Наумова, Н. О. Нерсесова, И. Б. Новицкого, И. А. Покровского, Н. В. Рабинович, Т. Э. Сидоровой, А. Ф. Сохновского, Г. М. Степаненко, Е. А. Суханова, В. Я. Тация, Ю. К. Толстого, А. Е. Шерстобитова, Г. Ф. Шершеневича, П. С. Яни, В. Ансона, Х. Кётца, Г. Ласка, Р. Саватье, К. Цвайгерта, К. Шмиттгоффа и многих других отечественных и зарубежных авторов.

Нормативной основой работы являются положения действующего уголовного, гражданского, налогового, финансового законодательства, иных отраслей права, а также зарубежное законодательство. В исследовании, кроме того, использованы отечественное дореволюционное и ранее

действовавшее советское гражданское и уголовное законодательства. В работе нами отражены руководящие постановления Пленумов ВС и ВАС РФ (вплоть до его упразднения с 6 августа 2014 г.), а также РСФСР и СССР, относящиеся к рассматриваемой нами проблеме.

В процессе исследования обобщены данные, полученные в ходе опроса более 100 сотрудников (профессорско-преподавательского состава высших учебных заведений; следователей, специализирующихся на расследовании уголовных дел по преступлениям в сфере экономики; оперуполномоченных; работников прокуратуры; судей, в том числе и арбитражного суда; изучено около 10 гражданских, а также уголовных дел, которые были возбуждены по фактам злоупотребления своими правами коммерческими представителями в Орловской области. При проведении исследования использованы данные, полученные МВД РФ, а также опубликованная статистика ВС РФ и ВАС РФ⁶ по гражданским и уголовным делам о действиях коммерческого представителя, нарушающих экономические интересы представляемых.

Объектом настоящего исследования выступают общественные отношения, связанные с заключением гражданско-правовых договоров, прежде всего, договора поручения, а также складывающиеся по поводу реализации интересов лиц, участвующих в отношениях коммерческого представительства. **Непосредственным объектом выступают** институт представительства, договор поручения и иные договоры, оформляющие отношения профессионального торгового (коммерческого) представительства.

Предметом исследования является комплекс проблем, связанных с правовым регулированием института коммерческого представительства: роль и место коммерческих представителей среди иных субъектов предпринимательской деятельности, правовой статус и функциональное назначение коммерческого представителя, форма договоров с участием коммерческого представителя, обязанности сторон согласно таким договорам, а также требования, предъявляемые к коммерческому представителю как к профессиональному участнику предпринимательской деятельности.

Научная новизна исследования заключается в том, что, во-первых в отечественной цивилистике данная тема в целом ещё не подвергалась детальному рассмотрению из-за долгого отсутствия в нашей стране легального института коммерческого представительства.

Автором формулируются основные юридические признаки института коммерческого представительства, отличающие данный вид хозяйственной активности от иных сходных явлений в сфере экономики.

Во-вторых, соискатель задаётся вопросом исследования видов, форм, содержания и структуры правоотношений по коммерческому представи-

⁶ До 6 августа 2014 г., т. е. момента его упразднения.

тельству, который также ещё не подвергался в цивилистической науке отдельному глубокому исследованию.

В-третьих, в проводимом исследовании впервые на основе анализа выводов и положений, содержащихся в монографиях и статьях современных правоведов, а также изучения предшествующего опыта и новаций современной социально-экономической ситуации в сфере регулирования института коммерческого представительства, автором предпринимается попытка разработки теоретико-правового понятия института коммерческого представительства, более удовлетворяющую потребностям современного торгового оборота.

Новизна заключается и в том, что указанная работа представляет собой, хотя и не первое в гражданско-правовой науке исследование, посвящённое комплексному анализу норм гражданского и отчасти смежного законодательства, касающихся функционирования и деятельности коммерческого представителя.

Проводимое исследование позволяет выявить несовершенство ряда действующих правовых норм об ответственности за действия коммерческого представителя, нарушающие экономические интересы представляемых, а также недостатки гражданско-правовых норм, касающиеся рассматриваемого нами института.

Отдельно в работе освещается не менее актуальная проблема реализации Проекта изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса Российской Федерации, подготовленного Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства на основании и во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» в соответствии с разработанной на основании того же Указа Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации⁷.

С учётом сформулированных целей и задач, автор приходит к выводу о необходимости вынесения на защиту следующих положений:

1. Обосновывается **посреднический характер** деятельности коммерческого представителя. Характерной чертой посреднической деятельности, как представляется автору, является то, что она **осуществляется на возмездных началах в интересах другой стороны** и за её счёт или за свой счёт.

2. На основе подробного сравнительного исследования даётся новая трактовка коммерческого представительства, которая более соответствует потребностям современного торгового оборота. Приводятся доводы о необходимости пересмотра понимания представительства в отечественном гражданском праве. Под **коммерческим представительством** предлага-

⁷ Проект изменений ГК РФ.

ется понимать такое трёхстороннее правоотношение, при котором одно лицо (коммерческий представитель) на основе и в пределах предоставленных ему полномочий за определённое вознаграждение совершает сделки с третьими лицами и оказывает иные возмездные услуги в интересах представляемого, а юридические последствия совершённых таким представителем действий возникают непосредственно в лице представляемого.

3. Обосновывается вывод, что **полномочие представителя** представляет собой **совокупность прав и обязанностей**, которые получает представитель в силу своего статуса из договора, доверенности, закона, обычаев делового оборота для осуществления представительства.

4. Аргументируется положение, что смысл всех договоров, оформляющих коммерческое представительство, состоит в **обеспечении интересов** какого-либо **лица действиями другого лица**. Такие действия, как правило, заключаются в совершении сделок.

5. Приводятся доводы о необходимости пересмотра родового понимания представительства в отечественном гражданском праве. Обосновывается **отказ от традиционного понимания представительства** как действия только «от имени» представляемого, что, по мнению автора должно повлечь внесение в Гражданский кодекс Российской Федерации соответствующих изменений и дополнений.

Обосновывается целесообразность более подробной **регламентации коммерческого представительства** на уровне **общих положений о представительстве** в соответствии с международными стандартами. Обосновывается целесообразность более подробной регламентации коммерческого представительства на уровне общих положений о представительстве в соответствии с международными стандартами. Аргументируется, что правила содержащиеся в главе 49 ГК РФ, касающиеся коммерческого представителя, должны быть вынесены за рамки этой главы. Для этого предлагается поместить в главу 10 ГК РФ правила, касающиеся коммерческого представителя, содержащиеся, не только в главе 49 ГК РФ, но и дополнить ее рядом положений.

Утверждается, что было бы более обоснованным закрепление в Гражданском кодексе РФ правила о том, что полномочия коммерческого представителя основываются только на договоре и не могут вытекать из доверенности. В частности, 6-е и 7-е положения, выносимые на защиту, следовало бы учесть при подготовке Проекта изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса Российской Федерации, подготовленного Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства на основании и во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» в соответствии с разработанной на основании того же Указа Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации.

6. Делается вывод о *целесообразности уголовно-правовой защиты* интересов представляемого. Используя сопоставительный анализ ст. ст. 21 и 27 и ряда других положений ГК РФ, а из которых следует возможность занятия предпринимательской деятельностью с 14 лет, предлагается понизить возраст уголовной ответственности за все преступления, связанные с занятием предпринимательской деятельностью, а равно – за преступления, которые возможно совершить, используя полномочия коммерческого представителя с 16 до 14 лет.

7. Для обеспечения прав сторон на достоверную и полную информацию, влияющую на выбор контрагента, предлагается также заимствовать положительный опыт США и других экономически развитых стран. В частности, обеспечить возможность введения в РФ системы, аналогичной Dun @ Bradstreet. Это позволит перед заключением любого минимального контракта обе стороны могут получить исчерпывающую информацию о партнёрах через базу данных какой-либо информационной системы. Самой известной считается система Dun @ Bradstreet, у которой базы данных и в США, и в Испании, и в Скандинавии, и в Арабских Эмиратах. Причём информация о коммерческих структурах включает в себя журналистские расследования, базу данных банкротств, аудиторские отчёты и другие документы. Система Dun @ Bradstreet в развитых странах включает базу общей информации и базу юридической информации. Первая содержит общую информацию о компании, месте, дате регистрации, директорах и собственниках, об изменениях в управлении и юридической структуре, о видах деятельности. Может быть предоставлен краткий обзор финансового состояния, некоторые экономические показатели и информация о нестандартных событиях – противозаконных действиях, банкротствах, слияниях и поглощениях. Вторая база содержит данные об акциях компании, идентификационный номер налогоплательщика, справки о судебных штрафах и решениях суда и т. п.⁸

8. Делается вывод о несистемном подходе законодателя к реформированию действующего гражданского законодательства, что хорошо прослеживается и на исследуемом институте коммерческого представительства, и на последних изменениях гражданского законодательства РФ в целом. Так, ГК РФ, в свете последних изменений, которые явно начали прослеживаться с 2000 г., появляется всё больше «бланкетных», то есть отсылочных норм, вместо того, чтобы на уровне кодифицированного нормативного акта, которым является ГК РФ, максимально обобщить и систематизировать действующие положения.

Как хорошо видно на нормах о том же коммерческом представительстве, ст. 184 ГК РФ, содержащая определённые диспозитивные нормы, в то

⁸ Лапуста М. Г., Шаршукова Л. Г. Риски в предпринимательской деятельности. М.: «ИНФРА-М», 1998. С. 154.

же время отсылает нас к другим нормативным правовым актам, которые эти же диспозитивные нормы опровергают.

Поскольку система экономических взаимоотношений между производителями товаров и услуг и между ними и потребителями, основанная на разделении труда и специализации производства, немыслима без профессионального представительства, в настоящее время проблематика правового регулирования института коммерческого представительства, как видится, имеет особую актуальность. Вместе с тем, изначально, в Проекте изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса Российской Федерации, подготовленного Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства на основании и во исполнение, а затем и при внесении изменений в часть первую ГК РФ, законодатель в большей степени ограничился лишь незначительной корректировкой положений о коммерческом представительстве, снабдив часть 3 ст. 184 ГК РФ бланкетной нормой, о том, что «...особенности коммерческого представительства в отдельных сферах предпринимательской деятельности устанавливаются законом и иными правовыми актами». То, что законами, возможно, вполне и понятно. Однако, как видится, необходимо указать хотя бы их примерный перечень, либо общие требования к тому субъекту, который именуется коммерческим (торговым) представителем. А вот, что касается **иных правовых актов, то здесь и вовсе непонятно. Во-первых, в настоящий момент о таковых, по крайней мере, неизвестно. Можно предположить, что это ратифицированные РФ положения договоров, конвенций, директив (в общем – международных соглашений, документов). Если же это подзаконный акт, то его положения не должны противоречить закону, т. е. Гражданскому кодексу РФ.**

9. В соответствии с п. 2 ст. 184 ГК РФ «...одновременное коммерческое представительство разных сторон в сделке допускается с согласия этих сторон, а также в других случаях, предусмотренных законом. Если коммерческий представитель действует на организованных торгах, предполагается, поскольку не доказано иное, что представляемый согласен на одновременное представительство таким представителем другой стороны или других сторон». Вместе с тем, п. 7 ст. 16 Федерального закона «Об организованных торгах»⁹, говорится дословно о том, что «...если это предусмотрено договором с клиентом, участник торгов вправе быть одновременно **коммерческим представителем** разных сторон договора, заключенного на организованных торгах, в том числе **лиц, не являющихся предпринимателями.** Аналогичные положения продублированы в п. 2.1

9 Об организованных торгах [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 21.11.2011 № 325-ФЗ: в ред. федер. законов от 29.12.2012 № 282-ФЗ, от 23.07.2013 № 251-ФЗ, от 21.12.2013 № 379-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»¹⁰: «...если это предусмотрено договором о брокерском обслуживании, брокер вправе совершать сделки с ценными бумагами и заключать договоры, являющиеся производными финансовыми инструментами, одновременно **являясь коммерческим представителем разных сторон в сделке, в том числе не являющихся предпринимателями**». Значит, дословная формулировка статьи говорит о том, что **коммерческий представитель может представлять и не от имени предпринимателей**. А это уже явное противоречие с п. 1 ст. 184 ГК РФ, указывающего на то, что коммерческий представитель действует «... от имени предпринимателей». Часть вторая ст. 184 ГК РФ отсылает к законодательству об организованных торгах, закрепив презумпцию о том, что «... поскольку не доказано иное, что представляемый согласен на одновременное представительство таким представителем другой стороны или других сторон». Данная редакция привнесена в положения ст. 184 ГК РФ Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ и фактически дублирует положение упомянутого п. 7 ст. 16 Федерального закона «Об организованных торгах». Однако, бросается в глаза, что, помня об одном, законодатель почему-то «забыл» внести соответствующие изменения в п. 1 ст. 184, который можно было изложить как минимум в следующей редакции: «Коммерческим представителем является лицо, постоянно и самостоятельно представляющее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности. В случае если коммерческий представитель является участником организованных торгов, допускается представительство **лиц, не являющихся предпринимателями**».

10. **Изменения не внесены** и в п. п. 3 ст. ст. 972 ГК РФ: «поверенный, действующий в качестве коммерческого представителя (пункт 1 статьи 184 ГК РФ), вправе в соответствии со статьей 359 ГК РФ удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение своих требований по договору поручения», 973 ГК РФ «...поверенному, действующему в качестве коммерческого представителя (пункт 1 статьи 184), может быть предоставлено доверителем право отступать в интересах доверителя от его указаний без предварительного запроса об этом. В этом случае коммерческий представитель обязан в разумный срок уведомить доверителя о допущенных отступлениях, если иное не предусмотрено договором поручения». Вышеизложенное говорит о том, что законодателя, по сути, устраивает ситуация, когда отношения с коммерческим представителем по действующему ГК РФ оформляются договором поручения (глава 49 ГК РФ), косвенно допуская «двойственный статус» ком-

¹⁰ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: ред. от 28.12.2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

мерческого представителя в агентском договоре, брокерском договоре и их модификациях.

11. Мы выступаем за более кардинальные изменения законодательства о коммерческом представительстве, направленные на систематизацию норм о коммерческом (торговом) представительстве, а также видов коммерческого (торгового) представительства.

12. Если сравнить с положениями абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ: предпринимательской является **самостоятельная**, осуществляемая на свой риск деятельность, **направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами**, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Если термин «самостоятельная» встречается и в официальном определении предпринимательской деятельности, то термин «постоянно» можно рассматривать как эквивалентный **направленности деятельности на систематическое получение прибыли**. В то же время, нигде в положениях о коммерческом представительстве прямо не указано, что данный вид деятельности осуществляется «**на свой риск**», равно как и обязанность **регистрации** коммерческого представителя **в качестве предпринимателя**. Впрочем, дополнительные требования к отдельным видам коммерческих представителей могут вытекать из норм ГК РФ и (или) положений специальных законов.

13. Как свидетельствует судебная практика, копия (в том числе ксерокопия) доверенности *может не признаваться доказательством* выдачи доверенности. Ввиду этого, в отношениях профессионального торгового (коммерческого) представительства должен фигурировать только оригинал данного документа!

14. Анализ судебной практики свидетельствует, что по общему правилу отсутствие у поверенного доверенности влечет недействительность договора поручения. **Однако, данное правило не касается отношений профессионального торгового (коммерческого) представительства, в котором законодательно разрешается закреплять полномочия в договоре!**

15. Нельзя признать обоснованной позицию законодателя о сокращении публичного начала уголовного преследования в случае причинения вреда интересам собственной организации (глава 23, ст. ст. 201 и 204 УК РФ), поскольку получение согласия на возбуждение уголовного дела будет во многом зависеть от лиц, совершивших преступление.

Предлагается предоставить возможность государственным органам в исключительных случаях возбуждать уголовное преследование даже при отсутствии заявления или согласия организации и внести изменения в ст. 23 УПК РФ «Привлечение к уголовному преследованию по заявлению коммерческой или иной организации» (в ред. Федерального закона от 2 ноября 2013 г. № 302-ФЗ).

В настоящее время «...если деяние, предусмотренное главой 23 Уголовного кодекса Российской Федерации, причинило вред интересам исключительно коммерческой или иной организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием либо организацией с участием в уставном (складочном) капитале (паевом фонде) государства или муниципального образования, и не причинило вреда интересам других организаций, а также интересам граждан, общества или государства, то уголовное дело **возбуждается по заявлению руководителя данной организации или с его согласия**. Причинение вреда интересам организации с участием в уставном (складочном) капитале (паевом фонде) государства или муниципального образования одновременно влечет за собой причинение вреда интересам государства или муниципального образования».

16. К профессиональным коммерческим (торговым) представителям в современном торговом обороте следует отнести не только поверенного в договоре поручения с участием профессионального коммерческого представителя, но и лиц, осуществляющих брокерскую деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг, агента в агентском договоре (глава 52 ГК РФ), экспедитора (глава 41 ГК РФ), страхового агента (ст. 8 Закона «Об организации страхового дела»), агента в договоре морского агентирования (ст. 232 Кодекса торгового мореплавания РФ), посредника (морского брокера) в договоре морского посредничества (ст. 240 Кодекса торгового мореплавания РФ), таможенного представителя (ст. 60 ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации») и др. То есть их перечень остаётся открытым.

17. Основная терминология, которая используется в данной работе:

Коммерческий представитель – лицо, поименованное в ст. 184 ГК РФ.

Торговый представитель – профессиональный представитель, выступающий как от имени и за счёт представляемого лица (прямое представительство) или (и) за его счёт (в том числе и коммерческий представитель), но и лицо, выступающее на вышеназванных условиях от своего имени (косвенное представительство).

Торговый агент – профессиональный представитель, работающий по агентскому, либо сходному с агентским по своей природе договору, выступающий как от имени и за счёт представляемого лица (прямое представительство) или (и) за его счёт, но и лицо, выступающее на вышеназванных условиях от своего имени (косвенное представительство)¹¹.

¹¹ Деление представительства на «прямое» и «косвенное» встречается у большинства современных российских и западных учёных. См., например: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М.: Международные отношения, 1998. Т. 2. С. 153; Тынель А., Функ Я., Хвалеи В. Курс международного

Коммерческий (торговый) представитель – профессиональный представитель в «широком» смысле «представительства», то есть выступающий как от имени и за счёт представляемого лица (прямое представительство) или (и) за его счёт, но и лицо, выступающее на вышеназванных условиях от своего имени (косвенное представительство)¹², как унифицированный термин, охватывающий профессиональные виды представительства в международных документах.

Профессиональный представитель – коммерческий (торговый) представитель, который по смыслу ГК РФ и иных Федеральных законов РФ не всегда является предпринимателем, а обладает лишь некоторыми признаками, свойственными предпринимательской деятельности. Так, коммерческий представитель – лицо, **постоянно** и **самостоятельно** представляющее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности).

Теоретическая значимость исследования заключается в том, что изложенные в работе выводы и предложения могут быть учтены при разработке нового и совершенствовании действующего законодательства (как уголовного, так и гражданского, налогового, финансового), при подготовке постановлений судебных органов, а также помогут в дальнейшей разработке проблемы.

Практическая значимость исследования заключается в том, что содержащиеся в ней выводы и рекомендации углубляют научные познания о предмете исследования.

Основные теоретические положения исследования могут быть использованы в процессе преподавания курсов гражданского, коммерческого, предпринимательского права, при подготовке научных изысканий по исследуемой проблеме, а также для повышения квалификации сотрудников организаций и правоохранительных органов.

Апробация результатов исследования и внедрения их в практику

Основные теоретические положения и выводы исследования использовались при написании научных статей по итогам участия в различных научно-представительских мероприятиях в ОрЮИ МВД России имени В. В. Лукьянова. По теме исследования имеются научные публикации в кафедральных и межкафедральных сборниках научных статей за 2001-2015 годы.

Основные результаты исследования внедрены в практику работы подразделений МВД РФ.

торгового права. Минск: АМАЛФЕЯ, 1999. С. 279; Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева, 1993. С. 95 и др.

¹² Там же.

Объём и структура работы

Структура работы определяется целью и задачами исследования. Работа состоит из введения, пяти глав, включающих девятнадцать параграфов, заключения.

Глава 1. Понятие и юридическая сущность института коммерческого (торгового) представительства. Содержание и структура правоотношений по коммерческому (торговому) представительству

§ 1.1. О правовой природе коммерческого (торгового) представительства как особой разновидности представительства и коммерческого посредничества и отдельных проблемах совершенствования регулирования деятельности коммерческого представителя

Ряд последних изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, касающихся института коммерческого представительства, вступивших в силу с 1 октября 2013 г., заставили нас обратиться к проблематике, которой профессорско-преподавательским составом кафедры гражданско-правовых и экономических дисциплин в начале двухтысячных годов был посвящён ряд научных исследований и статей. Это институт профессионального торгового (коммерческого) представительства.

Современная система экономических взаимоотношений между производителями товаров и услуг и между ними и потребителями, основанная на разделении труда и специализации производства, немыслима без представительства. Причина этого феномена, на наш взгляд, заключается в особенностях современной предпринимательской деятельности, основной стратегией которой, наряду с производством конкурентоспособной продукции является, и оптимальная минимизация всех возможных рисков на пути продвижения произведённых товаров от производителя к конечному потребителю с целью извлечения как можно большей прибыли.

Сущность предпринимательства, как известно, состоит в систематическом получении прибыли от умелого вложения находящихся в распоряжении того или иного лица средств, но обязательно посредством полезной производительной деятельности – изготовления продукта или оказания услуги. Между тем, на современном этапе развития человеческой цивилизации залогом успеха деятельности любого предпринимателя становится не только производство товара, но и его успешная реализация.

Первостепенная задача производителя заключается в том, чтобы доставить блага к тому месту и к тому времени, где и когда возникает спрос со стороны потребителей. Для успешного занятия деятельностью по реализации товаров необходимо досконально знать неудовлетворённый спрос потребителей, быстро реагировать на него, предлагая соответствующие товары и услуги.

Многолетний опыт передовых стран мира подтвердил в большинстве случаев нецелесообразность отвлечения внимания предпринимателей от основной деятельности на выполнение функций по совершению торговых

сделок собственными силами. Ведь для заключения сделок на новом рынке сбыта своих товаров и услуг необходимо не только обладать квалифицированными знаниями в определённой области, но и специальной информацией, в том числе и о местном рынке и особенностях местной торговли. Кроме того, заключение сделок отдельных категорий или в отношении определённого имущества возможно только лицами, обладающими особым статусом или имеющими лицензию на совершение подобных действий. Вот почему в настоящее время обычной практикой в таких случаях становится представительство интересов заинтересованных лиц за определённое вознаграждение профессиональными посредниками. В большинстве из них речь идёт о выступлении последних от имени и за счёт производителей продукции (прямое представительство) или за их счёт, но от своего имени (косвенное представительство)¹³.

Из вышеизложенного следует, что и в первом и во втором случае речь пойдёт о представительстве. Тем не менее, такого широкого понятия представительства придерживаются далеко не все. Это касается в первую очередь нашей страны и большинства стран запада, относящихся к так называемой континентальной системе права. Право континентальной Европы большое значение придаёт тому, действует ли представитель от собственного имени или от имени другого лица (представляемого, принципала). О «представительстве» речь идёт только в последнем случае и лишь тогда, когда третье лицо ясно осознаёт, что договор должен заключаться с доверителем, или если это вытекает из обстоятельств¹⁴.

Отношения, отражённые в представительстве, возникли давно, однако, нормы, из которых складывается представительство как самостоятельный институт, появляются только с увеличением товарного оборота, с развитием основных форм торговли и предпринимательской деятельности.

По мере того, как, с одной стороны, гражданские отношения делались разнообразными, более сложными, увеличивались потребности людей, а с другой – право освобождалось от формализма как необходимого условия своего существования, стала ощущаться потребность в пользовании юридическими услугами посторонних лиц. Такое направление должно было привести к созданию института добровольного представительства¹⁵.

Обращаясь к историческому развитию института добровольного представительства, а также его особой разновидности – коммерческому представительству в законодательствах Франции, Германии, Англии и США, можно прийти к выводу, что рассматриваемое нами коммерческое

¹³ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 153; Тынель А., Функ Я., Хвалеи В. Указ. соч. С. 279; Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева, 1993. С. 95 и др.

¹⁴ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 153.

¹⁵ См.: Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 24.

представительство оформляется в самостоятельный институт достаточно поздно.

В континентальной Европе это явление можно связать с господством римского права при нормировании представительства, а в англосаксонской правовой системе со слишком широким понятием представительства вообще. В последнем случае правильнее будет сказать не о появлении коммерческого представительства, а о появлении различных видов агентов, выделяемых судебной практикой.

Как в первом, так и во втором случае на становление и развитие института представительства повлияло римское право. В значительной степени его влияние проявилось в регламентировании этого института в континентальной системе права, в менее значительной – в англосаксонской правовой системе.

Свои характерные особенности имело становление института коммерческого представительства и в нашей стране. Причём можно с уверенностью говорить о том, что в своём историко-юридическом развитии институт коммерческого представительства значительно отличался как от торгового представительства в романо-германской правовой семье, так и от его противоположности в системе англо-американского права, хотя в большей степени этот институт в отечественной правовой системе всегда тяготел именно к германской правовой традиции.

Институт коммерческого представительства как самостоятельный правовой институт в большинстве стран Европы появляется лишь к концу XIX-началу XX вв. Однако гражданское и торговое законодательство этих стран всё ещё уделяло сравнительно небольшое внимание вопросам правового регулирования этого института.

В российском законодательстве конца XIX-начала XX вв., несмотря на всю свою противоречивость, нормы, регулирующие профессиональное представительство в торговом праве, также оформились в самостоятельный правовой институт.

Одной из главных особенностей института коммерческого представительства является то, что в отечественной цивилистике исследования, в области его регулирования проводились в дореволюционный период, а также в первые годы советской власти¹⁶. В зарубежных странах отношения с участием торгового представителя подверглись значительному законода-

¹⁶ Неверным представляется утверждение, что предпринимательская деятельность и связанные с её осуществлением институты, в том числе и коммерческое представительство были забыты сразу же после прихода большевиков к власти, в октябре 1917 г., хотя в период военного коммунизма коммерческая деятельность и была формально запрещена, вплоть до объявления политики НЭПа в марте 1921 г.. В этот период большевики еще окончательно не установили власть на всей территории страны и многие её регионы жили по дореволюционному законодательству.

тельному урегулированию уже после того, как в СССР частная предпринимательская деятельность была полностью запрещена.

Вместе с тем, потребность в самом институте представительства никогда не ставилась под сомнение. Однако постепенно в отечественном праве появилась конструкция представительства, мало похожая на ту, которую имела отечественная правовая система вплоть до середины тридцатых годов, что объяснялось всё большим влиянием германского пандектного права.

Это обстоятельство в дальнейшем и привело к тому, что в Гражданском кодексе 1994 г. институт коммерческого представительства регулируется в соответствии с представлениями континентальной системы права. Однако, хотя понятие представительства даётся в ст. 182 Гражданского кодекса РФ, в науке гражданского права такое определение представительства далеко не бесспорно. В. А. Рясенцев справедливо отмечал, что «...едва ли есть ещё институт гражданского права, который породил бы такую путаную терминологию, как институт представительства. Одни и те же термины имеют различное значение, причём понятия, которым они соответствуют, в науке точно ещё не установлены»¹⁷.

Даже сейчас трудно не заметить, что одно из центральных понятий рассматриваемого института, – «представительство» – продолжает оставаться дискуссионным, несмотря на ряд серьёзных исследований указанной проблематики.

Поэтому для более чёткого уяснения понятия представительства целесообразно рассмотреть различные взгляды на его правовую природу.

Сама возможность существования представительства принималась учёными далеко не всегда.

Среди противников представительства в XIX в. особенно выделялись Тель, Пухта и Кунце, которые стояли на почве римского права, не знавшего добровольного представительства, и утверждали несогласованность его с индивидуальным характером обязательства¹⁸. Суть их учения состояла в том, что при представительстве имеются две сделки: представителя с третьим лицом и принципала с ним же, но первая сделка обесценивается второй и уступает ей место.

Однако в ходе торгового развития Европы в XIX в. принцип непосредственного представительства стал общепризнан, и подобные взгляды уже всё чаще подвергались справедливой критике в трудах большинства современных юристов. Из отечественных цивилистов позицию «отрицателей представительства» последовательно критиковали Л. Казанцев, А. Гордон, А. Евецкий, Н. Нерсесов и др.

¹⁷ Рясенцев В. А. Понятие и юридическая природа полномочия представителя в гражданском праве: методические материалы. М.: ВЮЗИ, 1948. Вып. 2. С. 8.

¹⁸ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 128.

Из зарубежных цивилистов, кроме Савиньи, во второй половине XIX в. непосредственное представительство допускали Руштрат, Дернбург, Унгер, Шерль, Бухка, Вехтер, Виндшайд, Лабанд, Бринц, а также Иеринг. Все эти ученые, признавая возможность непосредственного представительства, давали различные обоснования своим мнениям или выражали эти мнения в особых цивилистических формулах. Но различные в частности мнения, названных ученых, в сущности, сводились к двум теориям¹⁹.

Руштрат основывал возможность прямого представительства на фикции, согласно которой лицо представляемое или принципал есть действительный контрагент договора, заключенного представителем; так что договор относительно своего происхождения и действия должен быть обсуждаем только в отношении принципала. Представитель же является фактическим органом воли представляемого лица²⁰.

Первая теория²¹, однако, отлична от теории Савиньи, который вовсе не прибегал к фикции, считая действия представителя подобно действиям нунция, лишь *congrus* от воли принципала.

Вторая теория²² признавала характерным признаком представителя, в противоположность нунцию, то обстоятельство, что представитель выражает в договоре свою волю, но юридические последствия, основанного им договора, исключительно распространяются на представляемое лицо. Поэтому волю и ее выражение следует обсуждать в отношении представителя (дееспособность), но требование правоспособности, с точки зрения содержания договора, обсуждается в отношении представляемого²³.

Между тем, для возникновения у представляемого тех или иных юридических последствий необходимо также и волеизъявление представителя, так как именно он совершает сделку²⁴. В волеизъявлении представителя при коммерческом представительстве всегда выражается и воля того, от чьего имени он выступает.

Представительство имеет целью удовлетворять несостоятельным потребностям жизни. Оно даёт возможность отправлять посредством представителей свою юридическую деятельность таким лицам, которые сами не могут этого сделать вследствие каких-либо естественных, юридических

¹⁹ Евецкий А. А. О представительстве при заключении юридических сделок. Харьков, 1877. С. 58.

²⁰ Там же. С. 59.

²¹ Эту теорию выражали помимо Руштрата, ещё Дернбург, Шерль и Унгер.

²² Эту теорию выражали – Бухка, Вехтер, Виндшайд, Лабанд, Бринц, и Иеринг. В основании и этой теории тоже лежит фикция. Это откровеннее других выражает Бухка.

²³ Евецкий А. А. Указ. соч. С. 60.

²⁴ Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 121; Рабинович Н. В. Недействительность сделок и её последствия. Л., ЛГУ, 1960. С. 89-90.

или нравственных препятствий. В этом случае представительство имеет значение замены одного лица другим²⁵.

Юридическая замена лиц составляет основную, фундаментальную идею представительства. «Но с активным развитием экономической жизни и её потребностей эта основная идея получает более широкое практическое применение: представительство становится средством для расширения сферы юридической деятельности лица. Посредством представителей лицо может совершать одновременно юридические действия в различных и даже самых отдалённых местах. Одно лицо представляется действующим в нескольких лицах»²⁶.

Е. Л. Невзгодина в своей работе отмечает, что имеющиеся в литературе высказывания относительно юридической природы представительства можно подразделить на две концепции: концепцию «действия» и концепцию «правоотношения»²⁷.

Концепция «действия», обоснованная В. А. Рясенцевым и разделяемая целым рядом учёных²⁸, трактует представительство как «совершение определённых *действий* одним лицом – представителем в пределах полномочия от имени другого лица – представляемого»²⁹.

В. К. Андреев считает, что *представительство* в гражданском праве можно определить как «*юридический способ приобретения и осуществления гражданских прав и обязанностей, как правовую форму участия в имущественном обороте, при которой одно лицо непосредственно приобретает права и обязанности посредством действий другого лица*»³⁰.

²⁵ Представительство в гражданском праве. Исследование А. О. Гордона присяжного поверенного при С.-Петербургской Судебной Палате. СПб., 1879. С. 7-8; Свободное представительство в римском гражданском праве. Историко-юридическое исследование Л. Н. Казанцева, приват-доцента Университета Св. Владимира. Киев, 1884. С. 5; Невзгодина Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1975. С. 7.

²⁶ Гордон А. О. Представительство в гражданском праве. Исследование А. О. Гордона, присяжного поверенного при С.-Петербургской Судебной Палате. СПб., 1879. С. 7.

²⁷ Невзгодина Е. Л. Указ. соч. С. 13.

²⁸ Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 184; Пергамент А. И. Опекун как гражданско-правовой представитель несовершеннолетнего // Учёные записки ВНИИСЗ, 1968. Вып. 14. С. 184; Советское гражданское право. М.: Высшая школа, 1968. Т. 1. С. 273; Советское гражданское право. М.: ВЮЗИ, 1975. Т. 1. С. 225 и др.

²⁹ Советский энциклопедический словарь / под ред. А. М. Прохорова. М.: Советская энциклопедия, 1982. С. 1065. См. также: Основы гражданского законодательства СССР и союзных республик 1961 г. Ст. 15; ГК РСФСР 1964 г. Ст. 62. В настоящее время – ГК РФ 1994 г. Ст. 182.

³⁰ Андреев В. К. Представительство в гражданском праве. Калинин: Калининградский государственный университет, 1978. С. 22.

И. Б. Новицкий в своём учебнике даёт формулировку более ранней ст. 39 Гражданского кодекса РСФСР 1922 г.³¹ Согласно названной статье, **представительством** в гражданском праве называется такое **отношение**, при котором одно лицо (представитель) совершает сделку или иное правомерное действие, а юридические последствия этих действий (права и обязанности) возникают в лице другого (представляемого), от имени и за счёт которого действовало первое лицо. Такое понимание представительства характерно для сторонников так называемой концепции «правоотношения»³². И хотя на протяжении всего своего дальнейшего развития эта концепция всё более конкретизировалась, делалось указание на то, что действия всегда должны совершаться в пределах, предоставленных представителю полномочий, тем не менее, на протяжении всего периода своего существования она подвергалась критике.

Более того, все вышеназванные определения представительства, несмотря на своё разнообразие, не внесли полной ясности в определение состава представительства.

В. К. Андреев, в частности, говорит что «представительство не может быть названо правоотношением в своей совокупности внутренних и внешних отношений. Представительство не может существовать самостоятельно как правовое явление, оно является связанным, зависимым от основного правоотношения, которое возникает, изменяется или прекращается в результате деятельности представителя. Внутренние отношения, отношения между представителем и представляемым могут и не быть правоотношениями. Сущность представительства заключается в том, что права и обязанности для одной стороны рассматриваемого правоотношения приобретаются или (и) осуществляются (равно как изменяются и прекращаются) третьими лицами, представителями, которые участниками данного правоотношения не становятся. Поскольку представитель не является юридическим участником правоотношения, порождаемого его действиями, у представительства как приема приобретения им осуществления гражданских прав не может быть субъекта»³³.

Далее В. К. Андреев отмечает, что представительство как юридический приём не имеет и самостоятельного объекта. «То, на что направлена

³¹ Советское гражданское право / под ред. проф. И. Б. Новицкого. М.: Госюриздат, 1959. С. 95.

³² Иоффе О. С. Советское гражданское право. Л.: ЛГУ, 1967. С. 199; Советское гражданское право. М.: Высшая школа, 1972. Т. 1. С. 210; Советское гражданское право. М.: ВЮЗИ, 1973. С. 84; Советское гражданское право / под ред. О. А. Красавчикова. 3-е изд. М.: Высшая школа, 1985. Т. 1. С. 262; Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. М.: Международные отношения, 1993. С. 92.

³³ Андреев В. К. Указ. соч. С. 20-22.

деятельность представителя, – пишет он, – являлось бы предметом действия, представляемого при нормальном развитии событий»³⁴.

Однако подобная точка зрения, как представляется, имеет существенные недостатки. Являясь типичным примером вышеупомянутой «концепции действия», она рассматривает поверенного как инструмент совершения сделки. При коммерческом представительстве между представителем и представляемым всегда возникают правоотношения, т.к. в его основе всегда лежит соглашение сторон.

Аргументируя концепцию «правоотношения», В. А. Рясенцев указывает, что «правоотношение между представителем и представляемым («внутреннее») является лишь одной из предпосылок представительства..., но само в состав представительства не входит»³⁵. При понимании представительства как правоотношения «предпосылка представительства отождествляется с самим представительством»³⁶. Представительство налицо лишь тогда, когда представитель действует³⁷.

Как справедливо замечает Е. Л. Невзгодина, возражая сторонникам концепции «действия», «если представительство – это деятельность по осуществлению полномочия, то получается, что внутреннее правоотношение не входит в состав этой деятельности. Но правоотношение и не может входить в состав деятельности, напротив, деятельность может составлять содержание последнего: из действий слагаются общественные отношения. Если же представительство рассматривается как единство правоотношений, необходимых и достаточных для достижения цели представительства, то внутреннее правоотношение, напротив, входит в состав представительства, хотя наличия этого правоотношения ещё не достаточно для достижения цели представительства, ибо полномочие реализуется по отношению к третьим лицам»³⁸.

Вообще, рассматривая представительство только как деятельность по совершению сделок невозможно разграничить представительство и сделку, совершаемую от имени представляемого представителем.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что концепция «действия» не раскрывает должным образом юридическую сущность представительства.

Особо следует отметить так называемую концепцию «правоотношения и действия», которая нашла своё отражение в работе Е. Н. Гендзехадзе. Полагая, что определение представительства только как юридической деятельности не до конца раскрывает его юридическую сущность, Е. Н. Гендзехадзе приходит к выводу о том, что «представительство – это юридиче-

³⁴ Там же. С. 22.

³⁵ Советское гражданское право. М.: Юридическая литература, 1965. Т. 1. С. 219-220.

³⁶ Там же. С. 220.

³⁷ Советское гражданское право. М.: ВЮЗИ, 1960. Ч. 1. С. 202.

³⁸ Невзгодина Е. Л. Указ. соч. С. 13-14.

ская деятельность представителя и правовая связь между представителем и представляемым»³⁹.

Как правильно заметила Е. Л. Невзгодина, «помимо того, что такое определение сводится к простому перечислению элементов, составляющих определяемое понятие, и не раскрывает его сущностные свойства, рассматривать отдельно правоотношение и деятельность по его организации можно лишь, отвлекаясь от сложного переплетения социальных явлений»⁴⁰.

Только как «*выполнение обязанностей*» представителя, т. е. лица, которое представляет чьи-нибудь интересы, взгляды», понимается *представительство* в словаре С. И. Ожегова⁴¹. Между тем, представитель выполняет не только обязанности, но и имеет определённые права.

В теории права имеется трактовка правоотношения как особой правовой связи, существующей наряду с фактическими отношениями. С этих позиций правоотношение – отношение, специально создаваемое нормой права в целях урегулирования существующих общественных отношений («чистая» связь субъективного права и юридической обязанности), выступающая не как результат, а как средство правового регулирования⁴².

При такой трактовке правоотношения представительства становится возможным рассматривать представительство и как правоотношение, и как деятельность по его реализации, лежащую вне представительства и являющуюся его объектом.

В то же время в литературе господствует точка зрения, что в реальной действительности правоотношения и фактические (материальные) отношения неразрывно связаны друг с другом и во многих случаях друг от друга неотделимы. Правоотношение – это не что иное, как та форма или тот вид, который приобретает фактическое отношение, будучи урегулированным нормами права⁴³.

³⁹ Гражданское право. М.: Юридическая литература, 1969. Т. 1. С. 221.

⁴⁰ Невзгодина Е. Л. Указ. соч. С. 16.

⁴¹ Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. 17 издание. М.: Русский язык, 1985. С. 502-503.

⁴² Стальгевич А. К. Некоторые вопросы теории социалистического права // Советское государство и право. 1957. № 2. С. 24-25; Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958. С. 16-18; Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л.: ЛГУ. С. 18-23; Толстой Ю. К. Ещё раз о правоотношении // Правоведение. 1969. № 1. С. 32-36. Особо следует отметить и мнение о том, что правоотношение вообще не является видом общественного отношения, а служит «лишь моделью поведения людей в различных видах общественных отношений». См., например: Ткаченко Ю. Г. О соотношении содержательного и формального в понятии «правоотношение» // Труды ВЮЗИ. М., 1973. Т. XXXII. С. 219.

⁴³ Алексеев С. С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 261; Иоффе О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении: сб. науч. тр. // Очерки по гражданскому праву. Л.: ЛГУ, 1957. С. 25; Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права.

Наиболее приемлемой, как это вытекает из анализа вышеизложенных концепций, представляется всё же концепция «правоотношения», хотя и признание представительства правоотношением не решает окончательно обозначенной проблемы.

Я. А. Куник отмечает, что «в отношениях по представительству участвуют два лица – представитель и представляемый. Представитель – лицо, совершающее сделки или иные правомерные юридические действия от имени другого лица по его полномочию. Все правовые последствия возникают не для представителя, а для представляемого»⁴⁴.

Д. Фридман указывает, что представительство – это «правоотношение, существующее между двумя лицами, когда одно из них (агент) рассматривается правом в качестве представителя другого (принципала)...»⁴⁵. В. Боудстед определяет представительство как «правоотношение, существующее между двумя лицами, одно из которых прямо или подразумеваемо соглашается, что другое будет представлять его и действовать в его интересах, а другое – также соглашается действовать таким образом»⁴⁶.

Из того, что представительство – это двустороннее правоотношение между принципалом и агентом исходят также У. Сиви, Г. Реусчлейн, У. Грегори, Р. Андерсон. Этой же позиции придерживается и Американский Институт Права⁴⁷.

Однако и подобная точка зрения не бесспорна. Ведь представитель, вступая в отношения с третьими лицами и руководствуясь, прежде всего, интересами принципала, тем не менее, выражает свою собственную волю. А уже в зависимости от того соответствует ли волеизъявление агента действительной воле принципала, зависит то, с кем будет установлено правоотношение – с принципалом или его представителем. Причём в некоторых случаях у третьего лица существует выбор в предъявлении претензий за ненадлежащее выполнение обязательства. Оно может привлечь либо агента, либо принципала. И, наоборот, в случае сговора третьего лица и агента с целью противной интересам принципала, последний может привлечь не только агента, но и третье лицо. В этих случаях правоотношения принципала и агента с третьими лицами или третьих лиц и агента с принципалом будут зависеть не только от характера и объёма полномочий агента, но и возникать из деликтов.

М., 1961. С. 178; Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М.: Юридическая литература, 1974. С. 31.

⁴⁴ Советское гражданское право / под ред. Я. А. Куника. М.: Юридическая литература, 1973. С. 100-101.

⁴⁵ Fridman G. H. The Law of Agency. L., 1976. №. 8. Цит. по: Субботин Н. А. Представительство в англо-американском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1983. С. 57.

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ Там же.

Поэтому более верным, представляется различать в отношениях представительства трёх субъектов – представляемого, представителя и третье лицо, с которым у представляемого возникает правовая связь благодаря действиям представителя. Представительство можно сконструировать как правоотношение, состоящее из системы правоотношений.

- 1) правоотношения между представляемым и представителем;
- 2) правоотношения между представляемым и третьими лицами;
- 3) правоотношения между представителем и третьим лицом.

Ведь само по себе отношение между представляемым и представителем без осуществления последним действий в отношении третьих лиц, не может являться представительством, хотя бы потому, что представительство – это, в первую очередь, деятельность. Нельзя представлять кого-либо, не действуя в соответствии с установленным соглашением.

Исходя из этого, некоторые правоведы, например, Д. Мурdoch, Б. Маркесинс и Р. Манди утверждают, что «представительство невозможно понять с позиции двустороннего правоотношения, как невозможно определить треугольник, обращаясь только к одной из его сторон». С их точки зрения, представительство является трёхсторонним правоотношением, включающим в себя все вышеназванные правоотношения⁴⁸. При этом Д. Мурdoch указывает, что «наиболее важным правоотношением, входящим в структуру представительства, является правоотношение между принципалом и третьим лицом»⁴⁹.

Поэтому законодательство и обширная судебная практика стран общего права детально регламентируют отношения между принципалом и агентом, принципалом и третьими лицами, а также между агентом и третьими лицами.

В связи с тем, что субъектный состав представительства охватывает три категории лиц, структура представительства состоит из трёх правовых связей, не совпадающих по субъективному составу, – участие третьих лиц в отношениях представительства предполагает различие внутренних связей по представительству (между представляемым и представителем) и внешних – с участием третьих лиц⁵⁰.

Внешнюю и внутреннюю стороны в представительстве различают абсолютное большинство учёных. Такой подход встречается уже в цивилистике дореволюционного периода среди большинства учёных. Среди них можно назвать А. Гордона, А. Евецкого, Л. Казанцева, Н. Нерсесова, Г. Шершеневича.

⁴⁸ См.: Markesinis B. S., Munday R. J. An Outline of the Law of Agency. L., 1979. №. 7; Murdoch J. R. The Law of Estate Agency and auctions. L., 1975. P. 4. Цит. по: Субботин Н. А. Указ. соч. С. 55.

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Невзгодина Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву. Томск, 1980. С. 19.

Между тем, и среди сторонников деления представительства на «внешнюю» и «внутреннюю» стороны нет единого мнения о сущности этих двух составляющих.

Г. Ф. Шершеневич, в частности, отмечал, что, заключая с посторонними лицами сделки от имени своего хозяина, торговый доверенный вступает в двоякого рода отношения: одною стороною он обращён к третьим лицам, другою – к представляемому. На внешней стороне он представляет своего представляемого, и третьи лица это знают или должны знать. Поэтому посторонние лица, вступая в сделки, имеют в виду самого представляемого, его имущественную ответственность. Ведь результат деятельности торгового доверенного переходит непосредственно на представляемого, который является настоящим субъектом прав, приобретённых для него представителями. Последние же заключают сделки, но воля их при этом направлена на установление прав другого лица, а не для себя, они только контрагенты, а не субъекты прав⁵¹.

На другой стороне, внутренней, доверенный договаривается с представляемым относительно того, как должно происходить представительство, что он может и что должен делать и что не вправе делать, – относительно пределов полномочий, затем о вознаграждении и многих других обстоятельствах, безразличных для третьих лиц. Таким образом, участие доверенного порождает на внешней стороне представительство, на внутренней – договор доверенности⁵².

Трактовка «внутреннего» правоотношения в представительстве в современной науке также далеко неоднозначна⁵³. Как правило, под внутренним правоотношением представительства, наряду с другими называют обязательства по оказанию услуг (поручение, экспедицию и т. п.), то есть правоотношения, которые не являются отношениями представительства, а выступают в качестве предпосылки его возникновения и потому не могут включаться в структуру представительства в «чистом виде».

По мнению Б. Б. Черепашина, «и внутренние, и внешние правоотношения складываются между представителем и представляемым. Содержанием внешнего правоотношения он называет обязанность представляемого принять на себя права и обязанности по сделке, совершенной представителем в пределах полномочия, и соответствующее ей право представителя требовать этого от представляемого»⁵⁴.

⁵¹ Курс торгового права профессора Казанского университета Г. Ф. Шершеневича. 3-е изд. Казань, 1899. С. 179.

⁵² Там же. С. 179-180.

⁵³ Гальперин Л. Б. Гражданский кодекс РСФСР: уч. пособие. Свердловск, 1965. Ч. 1. С. 155; Андреев В. К. Представительство: понятие и сфера действия: сб. науч. тр. // М. И. Калинин о социалистической законности и современность. Калинин, 1975. С. 61 и др.

⁵⁴ Советское гражданское право / под ред. О. С. Иоффе. Л.: ЛГУ, 1967. Т. 1. С. 201.

Эта концепция вызывает возражения. Если признать, что содержание внешнего правоотношения исчерпывается вышеуказанным правом и обязанностью, а наличие внутреннего правоотношения не порождает само по себе внешнего эффекта, становится непонятным, в рамках какого правоотношения осуществляется деятельность, приводящая к наступлению этого эффекта⁵⁵. Кроме того, необходимость подразделения правовых связей между одними и теми же субъектами на внутренние и внешние не получает обоснования⁵⁶.

Существует также мнение, что внешнее правоотношение складывается между представителем и третьим лицом «в процессе заключения соответствующей сделки или совершения иного юридического действия»⁵⁷. Однако не один автор не определяет ни место данного правоотношения в общей системе гражданско-правовых связей, ни его элементы (содержание, объект). Высказано и противоположное мнение о том, что между представителем и третьим лицом в гражданском праве никаких правоотношений не возникает⁵⁸.

Точка зрения третьих лиц на доверенного как представителя и цели, задачи договора, лежащего в основании его представительства, могут и расходиться. Внутренние отношения между представляемым и его доверенным допускают самые разнообразные соглашения, которые не могут быть всегда в точности известны третьим лицам, между тем, как сила заключенных им с представителем сделок зависит от согласия действий представителя с данным ему *полномочием*.

Само по себе правоотношение между представляемым и третьим лицом не раскрывает специфики представительства. В содержание этого правоотношения входят лишь взаимные права и обязанности представляемого и третьего лица, вытекающие из конкретного договора, заключённого представителем от имени представляемого. Отношения между представляемым и третьим лицом – это обычные отношения контрагентов по договору купли-продажи, перевозки, страхования и т. п. Они являются результатом осуществления представительства и не могут входить в состав правоотношения, направленного на достижение этого результата. С другой стороны, «возникновение правоотношения между представляемым и третьим лицом возможно лишь в силу того, что между представляемым и представителем существует определённое правоотношение, результатом которого является способность представителя выступать от имени и в интересах

⁵⁵ Там же. С. 197.

⁵⁶ Невзгодина Е. Л. Указ. соч. С. 20.

⁵⁷ Советское гражданское право. М.: Высшая школа, 1972. Т. 1. С. 212.

⁵⁸ Рясенцев В. А. Представительство в советском гражданском праве: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1950. Т. 1. С. 127-128.

принципала в отношениях с третьими лицами, создавая при этом обязательные для принципала правовые последствия»⁵⁹.

Опираясь на это обстоятельство, часть современных юристов общего права характеризуют отношение между принципалом и агентом как «базисное, фундаментальное для всего правового института представительства»⁶⁰.

Отсюда в англо-американской правовой доктрине под представительством чаще всего понимается именно правоотношение между принципалом и агентом, т. е. то, что сторонники «трёхстороннего правоотношения» рассматривают в качестве «внутренней» стороны представительства.

Тем не менее, большое значение для уяснения правовой природы представительства имеет вопрос о взаимоотношениях принципала (представляемого) и агента (представителя). Их отношения предполагают наличие трех существенных элементов:

1. Представитель должен обладать полномочием изменять правоотношения представляемого с третьими лицами и возлагать на представляемого личные обязательства. Представитель располагает также полномочием на изменение правоотношений между собой и представляемым.

2. Представитель должен быть доверенным лицом представляемого.

3. В отношении доверенных ему дел представитель должен находиться под контролем представляемого.

Один или большее число этих элементов, но не все они могут быть налицо в случаях других отношений, в частности, посредничества.

Необходимость участия третьих лиц в установлении и реализации экономических отношений возникла ещё при первобытнообщинном строе — обмен между племенами при посредстве родовых старейшин каждой стороны⁶¹ как чисто экономический акт, не имеющий юридической формы, ввиду отсутствия самого государства и права. С возникновением государства и права, углублением разделения труда и появлением клана купцов, который «не принимая никакого участия в производстве становится неустранимым посредником между каждыми двумя производителями и эксплуатирует обоих»⁶², обмен с участием третьих лиц опосредуется правом⁶³.

А. В. Голубев в своей работе, в частности отмечает, что понятие «посредник» (антрепренер), к категории которых мы относим и коммерческого представителя, можно рассматривать как предшествующее появлению

⁵⁹ Субботин Н. А. Указ. соч. С. 56.

⁶⁰ Там же. С.56-57.

⁶¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 21. С. 160.

⁶² Там же. С. 166.

⁶³ Теоретическое обоснование сущности представительства в гражданском праве подробно дано в работе Рясенцева В. А. Происхождение представительства и его сущность в буржуазном гражданском праве // Вопросы гражданского права. Учёные записки ВЮЗИ. Вып. X. С. 79.

термина «предприниматель». Развитие данного термина происходит в соответствии с разделением собственно предпринимательских функций: вложение денег с целью получения прибыли (появляются «венчурные капиталисты» – собственники капитала) и удовлетворение общественных потребностей (так появляются дельцы-работодатели). Причиной такого разделения послужила так называемая, индустриальная революция, произошедшая в XVIII в. и сумевшая размежевать эти две основные функции⁶⁴.

Таким образом, возникнув как бы из «одного корня», посредничество породило различные правовые институты, в том числе представительство как наиболее универсальную правовую форму посредничества.

А. Медведев отмечает, что «характерной чертой посреднической деятельности является то, что она осуществляется по поручению и за счёт другой стороны»⁶⁵.

Такая формулировка, на первый взгляд, вызывает возражения, так как противоречит пониманию посредничества в широком смысле, как «содействию соглашению, сделке между сторонами»⁶⁶, пониманию посредника, как «связующего звена между сторонами, желающими заключить сделку»⁶⁷.

Что касается того, что посредник должен действовать всегда за счёт лица, в интересах которого он действует, то здесь мы не можем согласиться с А. Медведевым, так как коммерческий представитель (как и любой другой посредник) действует не всегда за счёт представляемого, но и за свой счёт. При этом не стоит отождествлять понятия «действия за счёт представляемого» и «получение вознаграждения», так как «здесь, по сути, имеют место две сделки: реализация собственно посреднических услуг и реализация товара (услуг, работ) третьему лицу»⁶⁸.

Поэтому представляется, что посредником может быть только тот, кто действует при заключении сделок в интересах определённого круга лиц, и, правовой результат для которых достигается именно через их посредство. При этом, права по совершаемым сделкам должны переходить от лиц, в интересах которых действует посредник, к третьим лицам, минуя этого посредника.

⁶⁴ Голубев А. В. Предпринимательство в процессе становления гражданского общества: автореф. дис. ... канд. соц. наук. М., 1998. С. 13.

⁶⁵ Медведев А. Гражданско-правовые сделки: бухгалтерская и налоговая неопределённость // Хозяйство и право. 1999. № 3. С. 77.

⁶⁶ Ожегов С. И. Словарь. С. 492.

⁶⁷ Васин В. Н., Ерёмичев И. А., Коршунов А. И. Правовые основы предпринимательской деятельности. М.: ЮИ МВД РФ, 1994. С. 150.

⁶⁸ Аудиторские ведомости. 1998. № 4.

А. П. Сергеев⁶⁹ утверждает, что, хотя посредник, как и представитель, совершает активные юридические действия, имеющие волевой характер, тем не менее, действия первого лишь способствуют заключению договора между сторонами, но сами по себе стороны не связывают, в то время, как деятельность представителя не сводится только к такой технической помощи, а выражается в установлении правовых отношений между представляемым и третьим лицом. Аналогичное утверждение мы можем найти и в учебнике Д. И. Мейера⁷⁰. Однако можно понять, что, говоря о посреднике, и Д. И. Мейер, и А. П. Сергеев имеют в виду маклера.

В п. 2 ст. 182 ГК РФ в настоящее время прямо указано, что не являются представителями лица, действующие, хотя и в чужих интересах, но от собственного имени (коммерческие посредники, конкурсные управляющие при банкротстве и т. п.), а также лица, уполномоченные на вступление в переговоры относительно возможных в будущем сделок.

Поэтому неверно было бы и не замечать сходства между институтом договорного представительства и посредничества. Показательно само определение «коммерческое посредничество», которое даёт Пленум Верховного Суда СССР в Постановлении от 25 июня 1975 г. «О практике применения судами законодательства об ответственности за частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество»⁷¹.

Из указанного определения видно, что «коммерческое посредничество» включало в себя всё то множество случаев, в которых в настоящее время действует лицо, именуемое посредником, не разделяя при этом общее понятие на различные правовые институты, которые теперь легально закрепило современное гражданское законодательство.

Коммерческий представитель занимается деятельностью, направленной на удовлетворение потребностей других лиц, в интересах которых он действует.

Из смысла ст. 184 ГК РФ следует, что деятельность коммерческого представителя основывается не на трудовых правоотношениях, а на гражданско-правовом договоре (договорах). Таким образом, можно смело утверждать, что коммерческий представитель является посредником в гражданском обороте между представляемым и третьими лицами.

Вместе с тем, неверно утверждать, что понятие «посредник» и понятие «коммерческий представитель» идентичны и взаимозаменяемы. Безусловно, что понятие «посредник» более широкое, чем «коммерческий представитель». В то же время и понятие «представительство» гораздо шире «коммерческого представительства». Поэтому, говоря о том, что «коммерческое представительство» является одним из видов посредниче-

⁶⁹ Гражданское право: учебник / под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. М., 1997. Ч. 1. С. 256.

⁷⁰ Мейер Д. И. Русское гражданское право. М., 1997. Ч. 1. С. 176.

⁷¹ См.: Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР, 1975. Ч. 2. С. 218-219.

ской предпринимательской деятельности или посреднической деятельности, как более общего понятия, всё же не следует отождествлять понятия «представительство» и «посредничество».

Изложенное позволяет сделать вывод о посредническом характере деятельности коммерческого представителя. Характерной чертой посреднической деятельности, как представляется, является то, что она осуществляется на возмездных началах в интересах другой стороны и за её счёт или за свой счёт.

В результате анализа различных концепций относительно юридической природы представительства, представляется более обоснованным взгляд на коммерческое представительство как на трёхстороннее отношение, состоящее из системы правоотношений:

правоотношения между представляемым и коммерческим представителем;

правоотношения между представляемым и третьими лицами;

правоотношения между коммерческим представителем и третьим лицом.

Разумеется, что *понятие «коммерческий представитель» в отечественной цивилистике и аналогичные понятия*, как скажем, «*торговый агент*», «*торговый представитель*» в зарубежных правовых системах во многом *похожи, хотя и не идентичны*. Это связано как с историческими, так и с правовыми традициями той или иной правовой системы, на чём достаточно подробно мы остановимся в следующей главе. Однако, с точки зрения сравнительного правоведения, мы всё же можем проводить некоторые аналогии и параллели между этими сходными юридическими институтами и связанными с ними проблемами. В пользу подобного вывода говорит и тот факт, что в Гражданском кодексе РФ нормы, регулирующие интересующий нас институт, были разработаны с учетом не только своего отечественного, но и зарубежного опыта.

Как представляется, на трактовку представительства большое влияние оказал тот факт, что в силу идеологических причин на гражданское законодательство советского периода большое влияние оказало Германское Гражданское уложение⁷². Именно этим обусловлен тот факт, что в отечественном законодательстве появляется конструкция представительства, существенно отличающаяся от существовавшей на протяжении почти всего периода российской истории. Однако, эту концепцию представительства, которая сложилась в континентальной Европе под влиянием римского права, вообще не признававшего представительства, вряд ли можно будет считать приемлемой.

В России проблема законодательного урегулирования отношений коммерческого представительства встала сравнительно недавно и была

⁷² Достаточно ярко это проявляется уже на примере ГК РСФСР 1922.

связана с формированием рыночных отношений и основных форм торговли. Вместе с тем этот институт нельзя назвать новым в отечественной цивилистике. Законодательство дореволюционного периода знало и регулировало этот институт. Но одной из главных особенностей коммерческого представительства в нашей стране является то, что в отечественной цивилистике исследования в его области проводились в дореволюционный период, в то время как во многих зарубежных странах отношения с участием таких торговых деятелей за период с третьего десятилетия XX в. подверглись значительному законодательному урегулированию. Поэтому нормы о коммерческом представительстве в современном Гражданском кодексе Российской Федерации⁷³ были разработаны не только с учётом отечественного, но и зарубежного (преимущественно германского) опыта.

Из-за этого и понятие «коммерческого представителя» в нашем гражданском законодательстве и имеет, на наш взгляд, слишком узкую трактовку, в то время как сфера использования этого института в условиях распространения посреднической коммерческой деятельности расширяется и требует более чёткой правовой регламентации.

Не менее принципиальным является и то, что Россия интегрируется в Европейское сообщество, а потому единообразное регулирование отдельных отношений требует выявления сходства и различий в правовых порядках стран Европы для устранения, или, по меньшей мере, сглаживания этих различий в национальных правовых системах на основе общепринятых принципов права.

В ГК РФ сохранилась и такая, на наш взгляд, искусственная конструкция в представительстве, как деление действий на фактические и юридические. Вопрос о правомерности такого рода деления восходит ещё к середине XIX в., когда стояла проблема отграничения договора доверенности от договора личного найма, регулировавшегося тогда гражданским законодательством и оформлявшим зачастую отношения представительства. Считалось, что предметом доверенности является юридическая деятельность, а предметом найма – материальные работы. Однако принятие Устава Торгового разрушило последнее отличие, признав в ст. 5, что приказчики исполняют торговые поручения по договору о найме⁷⁴. Не удивительно, что англо-американская система права такого деления действий на юридические и фактические не знает.

Согласно п. 1 ст. 971 ГК РФ предметом договора поручения **могут быть исключительно юридические действия.**

Кроме того, указанный пункт предусматривает, что права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у

⁷³ ГК РФ.

⁷⁴ Курс торгового права профессора Казанского университета Г. Ф. Шершеневича. 3-е издание. Казань, 1899. С. 188-189.

доверителя. При этом одной из обязанностей поверенного, согласно ст. 974 ГК РФ, является передача доверителю всего полученного по сделкам, совершенным во исполнение поручения. Соответственно, в контексте договора поручения возможно ограничительное толкование понятия «юридические действия», сводящее данные действия к совершению сделок.

Если придерживаться подобного толкования, то ряд юридических действий не могут являться предметом договора поручения, поскольку не признаются судебной практикой сделками. Сделками же *не признавались* следующие действия:

- действия в части расчетов за тепловую энергию (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19 января 2006 г. № А10-2661/05-Ф02-6864/05-С2);

- внутрибанковские проводки, включая операции по списанию средств с расчетного счета организаций и зачисление их на корреспондентский счет банка (постановления ФАС Северо-Западного округа от 27 декабря 2006 г. по делу № А13-14089/2005-06, ФАС Московского округа от 20 февраля 2006 г. № КГ-А40/641-06). Следует отметить, что в другом деле довод заявителя, согласно которому банковская операция не является сделкой, был отклонен (Постановление ФАС Московского округа от 25 октября 2007 г. № КГ-А40/9295-07 по делу № А40-59636/06-73-1118);

- перечисление суммы задолженности платежным поручением (Определение ВАС РФ от 29 августа 2007 г. № 10448/07 по делу № А03-13185/06-35);

- размещение обыкновенных бездокументарных именных акций (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 1 августа 2008 г. по делу № А28-7678/2007-201/17);

- совершение действий по перечислению денежных средств (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 5 сентября 2006 г. № Ф04-5705/2006(26066-А45-16) по делу № А45-26336/05-1/698);

- передача имущества, направленная на восстановление нарушенного права лица (Постановление ФАС Поволжского округа от 9 октября 2007 г. по делу № А65-3651/2007-СГЗ-25);

- действия по изъятию имущества из хозяйственного ведения (постановления ФАС Северо-Западного округа от 16 октября 2006 г. по делу № А66-14337/2005, от 16 октября 2006 г. по делу № А66-14336/2005);

- действия по исполнению договора (постановления ФАС Уральского округа от 23 ноября 2006 г. № Ф09-10649/06-С4 по делу № А71-2601/06-Г7, от 16 февраля 2006 г. № Ф09-597/06-С4 по делу № А50-32095/2005).

О том, что фактические действия не могут быть предметом договора поручения, говорит и существующая судебная практика.

Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 5 августа 2005 г. № А58-2696/04-Ф02-3699/05-С2:

«...Арбитражный суд кассационной инстанции считает неправильной правовую квалификацию судом апелляционной инстанции соглашения от 15.07.2002 как договора поручения и, следовательно, неправильным применение положений главы 49 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Пунктом 1 статьи 971 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено, что по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия.

В пункте 1.1 соглашения от 15.07.2002 стороны определили, что ООО «Норд-Ойл» поручает, а предприниматель Федоров Е. В. выполняет от имени общества определенные юридические и практические действия.

Следовательно, предмет соглашения от 15.07.2002 не соответствует по содержанию предмету договора поручения, установленному положениями пункта 1 статьи 971 Гражданского кодекса Российской Федерации...»

Аналогичная судебная практика:

Постановление ФАС Поволжского округа от 31 января 2011 г. по делу № А06-2296/2010

«...Квалификация судом апелляционной инстанции договора от 15.09.2009 № 203/НЭ, заключенного между сторонами спора как договора поручения не соответствует предмету договора.

В соответствии с пунктами 1.1, 1.2 договора истец обязался оказывать помощь ответчику в поиске арендаторов двух нежилых помещений общей площадью 165 кв. м (1 этаж) и общей площадью 278 кв. м (3 этаж) по ул. Звездная, 29 «Б» г. Астрахани путем предложения этих помещений арендаторам, проведения переговоров с ними.

В связи с этим квалификация судом первой инстанции спорного договора как договора возмездного оказания услуг является правильной...»

Постановление ФАС Поволжского округа от 26 августа 2008 г. по делу № А72-7894/2007

«...Как видно из материалов дела, между закрытым акционерным обществом «Авиастар-СП» (доверителем) и обществом с ограниченной ответственностью аудиторская фирма «Центр-Аудит» (поверенным) 10.01.06 заключен договор на совершение комплекса юридических действий по снижению налоговых платежей, штрафов и пеней в бюджеты и внебюджетные фонды («переплаты») за 2000-2006 гг. по следующим налогам: налог на добавленную стоимость; налог на прибыль; единый социальный налог; налог на имущество предприятий и организаций (т. 1 л. д. 12-17).

Согласно подпунктам «а-в» пункта 1 договора, комплекс юридических услуг состоит из трех последовательных стадий выполнения работ: а) анализ бухгалтерской и налоговой отчетности, бухгалтерских регистров и первичных документов в целях выявления возможных «переплат»; б) оформление и направление «поверенным» в налоговый орган письменного заявления о зачете в счет погашения недоимки (в счет предстоящих платежей) выявленных сумм «переплат»; представление интересов «доверителя» в ходе рассмотрения данного заявления в налоговых органах в качестве уполномоченного представителя налогоплательщика; в) защита интересов «доверителя» в административном или судебном порядке на всех стадиях судебного процесса в случае письменного отказа налогового органа в удовлетворении заявления о зачете, указанного в подпункте «б».

Суд правильно определил правовую природу договора от 10.01.06 как договора возмездного оказания услуг.

В соответствии с пунктом 1 статьи 971 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя.

Совершение юридических действий, направленных на возникновение, изменение и прекращение прав и обязанностей доверителя по каким-либо сделкам предмет договора не предусматривает.

Те действия, которые изложены в качестве предмета договора, представляют собой оказание аудиторских и юридических услуг, что в соответствии с пунктом 2 статьи 779 Гражданского кодекса Российской Федерации регулируется правилами главы 39 Гражданского кодекса Российской Федерации о возмездном оказании услуг...»

Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 октября 2010 г. № 15АП-2006/2010 по делу № А53-22853/2009

«...Предметом договора поручения, как следует из пункта 1 статьи 971 Гражданского кодекса Российской Федерации, является совершение одной стороной (поверенным) от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенных юридических действий. Из пункта 1 статьи 975, пункта 1 статьи 182, статьи 185 Гражданского кодекса Российской Федерации следует, что в отношениях с третьими лицами поверенный от имени доверителя действует на основании доверенности последнего.

Предметом спорного договора, как следует из системного анализа пункта 1.1 договора, пунктов 1.1, 2 дополнительного соглашения к нему является деятельность предпринимателя по подготовке пакета правовых документов для регистрации прав собственности на объекты недвижимости (гаражные боксы), сопровождение правовой документации для госрегистрации прав собственности на долю земельного участка ГСК «Гигант» членов гаражного кооператива, представление интересов ко-

оператива при осуществлении указанной деятельности на основании доверенности.

Из сказанного следует, что спорные правоотношения в части совершения предпринимателем фактических действий по подготовке пакета правовых документов для регистрации прав собственности на объекты недвижимости (гаражные боксы), сопровождению правовой документации для госрегистрации прав собственности на долю земельного участка ГСК «Гигант» членов гаражного кооператива регулируются главой 39 Гражданского кодекса Российской Федерации, спорные правоотношения в части представления интересов кооператива перед третьими лицами на основании доверенности – главой 49 Гражданского кодекса Российской Федерации...»

Ввиду того, что в ГК РФ нормы, регулирующие коммерческое представительство построены преимущественно по той же конструкции, что и в романо-германской правовой системе, а некоторые договора, использование которых возможно при оформлении полномочий коммерческого представителя напрямую заимствованы из системы общего права (например, агентский договор), мы считаем более последовательным рассмотреть причины такого, на первый взгляд противоречивого комбинирования в одном законодательстве норм различных правовых систем, а также указать основные тенденции, которые существуют в современном мире при унификации правового регулирования отношений представительства. При этом на наш взгляд, в первую очередь следует обратить внимание на отличия, которые присущи континентальной и общей системе права в этом вопросе и противоречия существующие в нашей российской системе права при определении понятий коммерческого представительства.

В. Хвале́й отмечает⁷⁵, что исходя из анализа норм национального законодательства различных государств, а также актов международного торгового права, можно сделать вывод о том, что договоры коммерческого представительства, комиссии и агентские договоры по своей сути представляют собой один вид международного посредничества – международное торговое представительство, вследствие чего термин «доверитель» (фр. *commetant ou mandat*, нем. *Unternehmer*, итал. *preponente* или *mandante*) соответствует английскому «принципал» (*principal*), а термин «представитель» (фр. *representant*, итал. *rappresentante*, нем. *Handelsvertreter* или *Vertreter*) соответствует английскому термину «агент».

Да действительно, термин «принципал» в общих чертах соответствует французскому термину «комитент» или «доверитель», итальянскому «уполномоченный» или «доверитель». Между тем, термин «агент» на английском языке включает гораздо больший диапазон ситуаций, чем «агент» на французском языке, «агент» на итальянском и «торговый пред-

⁷⁵ Тынель А., Функ Я., Хвале́й В. Указ. соч. С. 297.

ставитель» или «представитель» на немецком. Термин «представитель» часто используется во Франции и Бельгии. Под ним понимают агентов, которые получают заработную плату. В Италии «представитель» означает агента, который имеет право представлять, однако на практике этот термин обычно используется применительно к агентам, которые не уполномочены заключать соглашения от имени и за счёт принципала.

Вместе с тем торговому представительству присущи и общие характерные черты. Обобщая регулирование договоров коммерческого представительства (агентских договоров) в праве стран континентальной Европы, можно сделать вывод о том, что в законодательстве этих государств под названным договором понимается такое соглашение, по которому агент (представитель) обязуется осуществлять продвижение товаров или услуг доверителя на определённых рынках с целью заключения непосредственных договоров между доверителями и потребителями данных рынков⁷⁶.

Однако точка зрения В. Хвалея представляется нам не совсем верной в той мере, где он обосновывает отличия договора коммерческого представительства (агентского договора) от договора поручения. По его мнению, такое отличие заключается в том, что основной задачей агента является не само заключение договора (совершение юридически значимых действий от имени доверителя), а именно содействие в заключении договора (вне зависимости от того, будет ли данный договор подписан агентом от имени доверителя или самим доверителем). На наш взгляд, такая задача может быть, конечно, и основной, но только если об этом прямо указано в договоре. Договор о коммерческом представительстве вполне может быть оформлен и конструкцией договора поручения и в этом смысле уместно говорить об отличиях лишь «простого» договора поручения от соглашения с профессиональным представителем. Тем не менее, следует признать отличие подхода права континентальной Европы в этом вопросе от отечественной трактовки коммерческого представительства. Здесь в силу прямого указания закона действует противоположное высказанному мнению правило, а именно, что главной задачей коммерческого представительства является представительство, а не посредничество. То же можно сказать о праве Франции и некоторых других стран.

Что касается права Англии и США, то согласно ему наиболее общим определением агента является его описание как лица, которое прямо или подразумеваемо имеет полномочия для совершения действий от имени принципала и принятия от его имени прав и обязанностей.

При этом под прямо выраженными полномочиям понимаются полномочия агента, согласованные между агентом и принципалом, под подразумеваемыми — полномочия, хотя и не согласованные между агентом и принципалом, однако обычно предоставляемые агенту в соответствии с

⁷⁶ Там же. С. 281-282.

практикой торгового оборота и необходимые агенту для выполнения им взятых на себя перед принципалом обязательств⁷⁷.

Ввиду того, что в настоящее время в мире существует потребность в унификации законодательства о представительстве, выработаны некоторые законодательные международные акты, регулирующие торговое представительство, рассмотрим основные проблемы, возникающие в мировой практике, и основные направления их решения.

Появление агентского договора, как впрочем, и самого института коммерческого представительства в нашем отечественном законодательстве было обусловлено рядом причин.

Советские, а затем и российские внешнеторговые организации в своей повседневной деятельности часто сталкиваются с вопросами регулирования отношений представительства в различных правовых системах. Это обуславливалось, прежде всего, тем, что отечественные внешнеторговые организации часто имели дело не непосредственно со своими партнёрами-иностранными фирмами, а с их агентами. В связи с этим возникали вопросы о полномочиях данных агентов, правовых последствиях заключённых с ними сделок и ответственности сторон по заключённым таким образом сделкам. Кроме того, нередко сами внешнеторговые объединения прибегали к услугам различного рода агентов.

С разрешением предпринимательской деятельности в нашей стране, вопрос об отношениях с участием представителей становится ещё более остро. В коммерческой практике начинают появляться не только договора комиссии и поручения, предусмотренные ГК РСФСР, но и агентские, договора консигнации и т. д.

Любопытно, что до принятия ч. 1 Гражданского кодекса РФ российская наука в определении понятия коммерческого представительства занимала более последовательную позицию. В более общем виде коммерческое представительство понималось как торговое посредничество, при котором представитель осуществляет свою деятельность в соответствии с данным ему поручением за определённое вознаграждение, причём независимо от того действует ли лицо от имени представляемого или от своего собственного имени. А. С. Комаров в своей работе⁷⁸ к **договорам коммерческого представительства (агентства)** относит, не придавая значения, от чьего имени действует лицо, **договоры поручения, комиссии, консигнации**.

Именно на таком «широком» понимании представительства настаивали и многие дореволюционные и советские учёные, глубоко исследовавшие проблему представительства. Так А. Гордон в своей работе⁷⁹ выде-

⁷⁷ Там же. С. 276.

⁷⁸ Договоры о коммерческом представительстве. М.: Академия Внешней торговли, 1994. С. 6, 13, 20 и др.

⁷⁹ Представительство в гражданском праве. Исследование А. Гордона, присяжного поверенного при Санкт-Петербургской Судебной палате. СПб., 1879. С. 20-23 и др.

ляет полное (всестороннее) и одностороннее (скрытое) представительство. При полном представительстве юридические отношения, устанавливаемые представителем, непосредственно переходят на лицо представляемое. В одностороннем представительстве такой переход осуществляется посредственно. Признавая отличия между этими двумя видами одного и того же юридического явления, А. Гордон, тем не менее, замечает, что отнюдь не следует одностороннее представительство исключать из состава представительства вообще, как это делали некоторые тогдашние юристы⁸⁰. Ведь выделяя этот способ юридической деятельности одного лица в интересах другого из учения о представительстве, названные юристы не указывают ему никакого другого, точно определённого места среди институтов гражданского права.

В. К. Андреев⁸¹ высказывает мнение, что представительство в гражданском праве можно определить как юридический способ приобретения и осуществления, гражданских прав и обязанностей, как правовую форму участия в имущественном обороте, при которой одно лицо непосредственно приобретает права и обязанности посредством действий другого лица.

Из ст. 182 ГК РФ же следует, что необходимыми и специфическими признаками гражданско-правового представительства является **выступление одного лица от имени другого**. Однако содержание выделенного выражения понималось в цивилистике не всегда дословно. В научной литературе можно встретить его трактовку как действия по отношению к третьим лицам⁸², как действие, совершённое при осведомлённости третьих лиц о представительном характере действий⁸³, как юридически целенаправленное действие⁸⁴, или как условие, порождающее непосредственно правовой результат для другого лица⁸⁵.

Е. Л. Невзгодина⁸⁶ в своей работе приходит к выводу, что выступление от имени представляемого – это правомерное действие представителя, совершаемое в интересах представляемого по отношению к третьим лицам, осведомлённым о представительном характере действия, и направленное на приобретение или осуществление прав и обязанностей представляемого с непосредственным правовым результатом для последнего. Иными словами, представительство в гражданском праве характеризуется пол-

⁸⁰ К их числу А. Гордон относит Унгера, Бринца, Лабанда, Гариеса, Циммермана.

⁸¹ Представительство в гражданском праве. Калининградский государственный университет, 1978. С. 22.

⁸² Гражданское право. Ч. 2. М.: Юриздат, 1938. С. 193.

⁸³ Шерешевский И. В. Представительство. Поручение и доверенность. Практический комментарий к ГК РСФСР, 1925. С. 16, 17; Гражданское право. Т. 1. М.: Юриздат, 1944. С. 209.

⁸⁴ Иоффе О. С., Толстой Ю. К. Новый ГК РСФСР. Издательство ЛГУ, 1965. С. 335.

⁸⁵ Черняев Ю. А., Яменфельд Г. М. Основы гражданского и трудового права. М., 1974. С. 135; Советское гражданское право. М.: ВЮЗИ, 1960. С. 199.

⁸⁶ Представительство по советскому гражданскому праву. Томск, 1980.

ным замещением представляемого представителем в процессе совершения тех или иных юридических действий.

То же самое, на наш взгляд, можно будет сказать и о настоящем понятии коммерческого представительства, учитывая, конечно, специфику последнего. Между тем, по логике законодателя оно применимо лишь в договоре поручения и неприемлемо ни в договоре комиссии, ни в договоре доверительного управления имуществом, а в агентском договоре – лишь в случае, когда действия агента совершаются именем принципала.

Получается парадоксальная ситуация, что агент, являясь по своей сути представителем в агентском договоре в одном случае будет действовать как коммерческий представитель, в другом – как лицо с явно неопределённым статусом.

На наш взгляд, нормативная база, регулирующая агентирование, представленная в современном ГК РФ чрезвычайно мала и содержит лишь общие положения, по сравнению с достаточно разработанным и подробно регламентированным законодательством стран общего права. Косвенным доказательством тому служит содержащееся в п. 4 ст. 1005 ГК РФ положение, что законом может быть предусмотрены особенности отдельных видов агентского договора. Однако такие законы до сих пор не разработаны.

Стремление достичь единообразного регулирования определённых отношений приобретает различные формы. Наиболее распространённым способом унификации является принятие международной конвенции.

Что касается отношений по представительству, осуществляемому самостоятельными торговыми агентами, то в целях унификации норм, Советом Министров ЕС в декабре 1986 г. была принята Директива о торговых агентах № 86/653. В настоящее время принимаются меры по реализации Директивы в законодательствах стран сообщества. Достижению аналогичной цели призвана также служить конвенция, подготовленная римским Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА) и принятая в 1983 году на Женевской конференции, правда, так и не вступившая в силу из-за отсутствия необходимого количества ратификаций.

Бесспорно, что явные противоречия в регулировании понятия «представительство» в двух крупнейших правовых системах при расширении мировой торговли не могли не привести к мысли о единообразном урегулировании некоторых спорных вопросов, решавшихся различно в каждой из этих правовых систем.

Важная роль института представительства в торговом обороте большинства стран мира и в мировой торговле в целом явилась причиной того, что уже начиная с 1935 г. УНИДРУА ведутся исследования, связанные с унификацией правовых норм, регулирующих представительство с международным элементом. Причём характерно, что первоначально эти исследования велись с позиций системы права стран континентальной Европы. В

1961 году УНИДРУА был опубликован проект, исходивший из свойственного странам с дуалистической системой права деления представительства на прямое и косвенное. Однако такой подход не был поддержан странами англо-американской системы права, которым подобное деление неизвестно. Поэтому впоследствии по инициативе Англии была произведена работа по созданию проекта конвенции, в котором представительство рассматривалось уже с позиций общего права. В конце концов, эта работа увенчалась успехом на проходившей в Женеве с 31 января по 17 февраля 1983 г. дипломатической конференции, в работе которой принимали участие и делегации ряда «социалистических» стран, в том числе и СССР⁸⁷.

Принятая конвенция, регулируя отношения по договорам торгового представительства, определяет полномочия агента (торгового представителя), условия прекращения данных полномочий, а также правовые последствия сделок, заключённых агентом для принципала и отражает в себе, прежде всего, опыт правового регулирования отношений представительства в англо-американской системе права.

На независимых агентов, уполномоченных на заключение сделок и ведение переговоров от имени принципала, распространяется вышеупомянутая нами Директива Совета ЕС от 18 декабря 1986 г. № 86/653. Директива определяет независимого коммерческого агента как независимого посредника, который имеет полномочия по обсуждению условий покупки или продажи товаров от имени другого лица (принципала), обсуждает или заключает такие сделки в пользу и от имени принципала. Агент, как правило, действует от имени принципала, однако, допускается действие агента и от собственного имени, причём как с указанием на существование принципала, так и без такого указания. Вне зависимости от того, от чьего имени выступает агент во взаимоотношениях с третьими лицами, он действует в интересах (в пользу) принципала.

В целом можно сказать, что вышеназванные документы представляют собой искусную **комбинацию** принципов **континентального (романо-германского)** и **общего (англо-американского)** права в международной торговле товарами.

Учитывая роль вышеназванных международных документов в унификации регулирования международных агентских соглашений нельзя не отметить, вместе с тем влияния на них норм английского права, хотя и неверно было бы утверждать, что право континентальной Европы не оказало здесь никакого влияния. Между тем, унификация законодательства в сфере агентских соглашений, с одной стороны, разрешает некоторые проблемы, а с другой – ставит ряд вопросов, вызывающих затруднения в силу различного взгляда англо-американской и континентальной систем права на институт представительства.

⁸⁷ Субботин Н. А. Указ. соч. С. 7-8.

Так, с точки зрения права континентальной Европы в свете сказанного возникает вопрос о том, как учитываются интересы принципала и третьего лица при практическом применении «теории скрытого представительства». Внимания, в частности, заслуживают две проблемы. Во-первых, как защищаются интересы контрагента третьего лица в случае, если скрытый принципал потребует выполнения договора, который это третье лицо заключило, будучи уверено, что вступает в отношения с другим участником этого договора. И, во-вторых, что делать в диаметрально противоположном случае, если лицо будет иметь возможность требовать выполнения договора не только от посредника, заключившего договор от своего имени, но и от принципала, о существовании которого он не имеет ни малейшего представления.

Женевская конвенция присоединилась в этом вопросе к общему и нидерландскому праву. Ст. 14 (2) Конвенции указывает на то, что принципал может предъявлять требования к третьему лицу со ссылкой на отсутствие полномочия у агента в случае, когда поведение принципала убеждает третье лицо добросовестно верить в то, что агент уполномочен действовать от имени принципала и что он действует в рамках такого полномочия. Согласно ст. 13 (2В), третье лицо в случае невыполнения агентом, являющимся его партнёром по договору, своих перед ним договорных обязательств, наделяется как правом требования к этому агенту, так и к его принципалу. Однако допускается зачёт взаимных претензий, которые возникают в отношениях между третьим лицом и агентом и между агентом и принципалом. Это означает, что принципалу, в отличие от общего права — не может быть в принципе предъявлен иск в случае, если он осуществлял платежи агенту. А из ст. 13 (7) следует, что эти нормы применяются лишь в спорных случаях. Они же действуют также, если по взаимной договорённости сторон лишь агент отвечает по конкретным обязательствам перед третьим лицом.

Вышеизложенное позволяет нам сделать вывод о том, что строгое разделение представительства на прямое и опосредованное (косвенное) не является естественной потребностью права.

Ситуация в общем праве свидетельствует о том, что возможность скрытого принципала отстаивать свои интересы с помощью исков по договорам, заключённым за его счёт, и возможности третьего лица также защищать свои интересы ссылкой на принцип доверия к стороне, подписавшей договоры, как к действительному партнёру, строго сбалансированы, подобно тому как это имеет место в немецком праве цессии⁸⁸.

В современных условиях большое значение приобретает дальнейшее изучение всех сторон деятельности коммерческого представителя с позиций сравнительного правоведения именно потому, что подобная деятель-

⁸⁸ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 158-159.

ность всё большее значение приобретает не только на внутреннем, но и на внешнем рынке. А здесь одной из центральных проблем выступают различия в законодательном регулировании сходных отношений.

Если сравнительно-правовой анализ показывает, что данная проблема за границей решается определённым образом, не стоит возражать против использования этого решения в национальном праве только на том основании, что это регулирование «иностранное», а потому неприемлемо. Необходимо, однако, время от времени проверять не только то обстоятельство, оправдало ли себя на практике в нашей стране иностранное решение, признанное оптимальным, но и его приемлемость для отечественной правовой системы.

Поэтому нам представляется необходимым высказать ряд предложений по совершенствованию российского законодательства в сфере регулирования отношений коммерческого представительства.

В целях ликвидации обозначенных нами противоречий необходимо закрепить на законодательном уровне более широкое понятие представительства, и, следовательно, тем самым расширить трактовку коммерческого представительства.

Под *представительством*, таким образом, следует понимать такое отношение, по которому одно лицо, имеющее полномочия для совершения действий от имени и (или) в интересах представляемого (представитель) действует по поручению представляемого.

По правовой природе **коммерческое представительство** представляет собой организационный договор, по условиям которого доверитель и коммерческий представитель договариваются об основных принципах их внутренних взаимоотношений, объёме функций, осуществляемых представителем в интересах доверителя, порядок исчисления и уплаты его вознаграждения, иные условия в зависимости от вида представительства. Нормами закона не установлен запрет на принятие на себя представителем дополнительных обязательств⁸⁹.

Нормы о **коммерческом представительстве** следует *выделить в отдельный параграф*, а не регулировать применительно к договору поручения. Эти положения *должны находиться* в разделе «**Представительство**» и носить *общий характер* по отношению к договорам, которые могут оформлять отношения *профессионального торгового (коммерческого) представительства*. К последним, с учётом вышеизложенной редакции, можно будет отнести *не только поручение, агентский договор, договор об оказании услуг, экспедицию*, но и *договор комиссии, доверительного управления и ряд других, когда стороны пользуются услугами коммерческого представителя (агента)*.

⁸⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 03.12.2013 по делу № А40-86877/12-9-842.

Ввиду вышеизложенного полагаем, что в действующем ГК РФ более целесообразна **регламентация коммерческого представительства** на уровне **общих положений о представительстве** в соответствии с международными стандартами. Правила содержащиеся в главе 49 ГК РФ, касающиеся коммерческого представителя, должны быть вынесены за рамки этой главы. Для этого предлагается поместить в главу 10 ГК РФ правила, касающиеся **коммерческого представителя, содержащиеся, не только в главе 49 ГК РФ, но и дополнить ее рядом положений.**

Также было бы более обоснованным **закрепление в Гражданском кодексе РФ правила о том, что полномочия профессионального торгового (коммерческого) представителя основываются только на договоре и не могут вытекать из доверенности.** Данные положения следовало бы учесть при подготовке Проекта изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса Российской Федерации, подготовленного Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства на основании и во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» в соответствии с разработанной на основании того же Указа Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации. Однако, последние изменения в ГК РФ, вступившие в силу с 1 октября 2013 г. чётко показали, что законодатель вовсе чужд понимания данного института.

Поэтому для дальнейшего исследования необходимо выяснить те специфические признаки, которые отличают коммерческое представительство от иных форм посредничества в предпринимательской деятельности, а также определиться с понятием представительства как правового явления.

Для этого следует, прежде всего, подробно остановиться на специфических признаках коммерческого представительства, которые отличают его от иных форм участия третьих лиц в установлении и реализации экономических отношений. Затем представляется целесообразным дать определение коммерческого представительства, которое в дальнейшем и будет принято за основу при рассмотрении других вопросов в процессе исследования.

Целесообразна и уголовно-правовая защиты интересов представляемого. Используя сопоставительный анализ ст. ст. 21 и 27 и ряда других положений ГК РФ, а из которых следует возможность занятия предпринимательской деятельностью с 14 лет, предлагается понизить возраст уголовной ответственности за все преступления, связанные с занятием предпринимательской деятельностью, а равно – за преступления, которые возможно совершить, используя полномочия коммерческого представителя с 16 до 14 лет.

§ 1.2. Сравнительно-правовой анализ института коммерческого (торгового) представительства и иных форм участия третьих лиц в установлении и реализации гражданско-правовых отношений

Всесторонний и полный анализ проблем в этом параграфе предполагает сосредоточить внимание на освещении вопросов разграничения коммерческого представительства и других, сходных с ним, институтов по трём направлениям.

Во-первых, поскольку коммерческое представительство тесно связано с институтом представительства, а точнее с такой его разновидностью как договорное представительство, то нам представляется необходимым обратить внимание на отличия коммерческого представительства от других институтов, имеющих сходство с институтом представительства как такового.

Во-вторых, нам целесообразно выяснить те специфические признаки, которые отличают коммерческое представительство от иных форм посредничества в предпринимательской деятельности.

В-третьих, используя полученные данные, нужно будет определить место коммерческого представительства среди двух выше названных юридических институтов, указав на характерные признаки коммерческого представительства, выделяющие его в особый вид представительства.

В литературе нередко рассматривается отличие представительства от **аналогичных отношений, возникающих для третьих лиц из юридической сделки независимо от воли контрагентов**⁹⁰. Внешнее сходство между коммерческим представительством как таковым и приведёнными выше юридическими отношениями заключается в том, что всюду ***одно лицо приобретает права и обязанности из действий другого***.

Между тем, такой однородный во всех приведённых отношениях юридический эффект основывается на различных началах. Действия коммерческого представителя не могут вообще порождать права и обязанности независимо от воли представляемого. При коммерческом представительстве они обуславливаются волей представляемого лица и составляют преднамеренную цель деятельности представителя.

Коммерческое представительство также следует отличать от **переуступки права требования (цессии)** одного предпринимателя другому.

Как и при коммерческом представительстве и в случае уступки права требования, один предприниматель будет ***приобретать права из действий другого лица***.

Отличие коммерческого (торгового) представительства от цессии заключается в том, что, во-первых, при таком представительстве сделка со-

⁹⁰ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 52-55; Ломидзе О. Уступка права (цессия) // Рос. юстиция. 1998. № 5. С. 17 и др.

вершается от имени представителя и в его интересах, поэтому **права и обязанности** по совершённой сделке **возникают у представляемого с момента заключения сделки**. Заключая такую сделку, коммерческий представитель выступает не от своего имени, а от имени представляемого лица, который и является первоначальным и единственным контрагентом по заключённой сделке. В случае с цессией права и обязанности у нового кредитора возникают лишь с момента передачи последнему права требования.

Во-вторых, между **третьим лицом и цессионарием права и обязанности возникают** не на основе **взаимного волеизъявления сторон** (цессионария и цедента), как это имеет место при коммерческом представительстве, когда заранее достигается соглашение между представителем и представляемым о вступлении в гражданско-правовые отношения с третьими лицами, а на основании одностороннего волеизъявления цедента.

В-третьих, в отечественной юридической литературе и судебной практике встречаются мнения о **невозможности уступки права без перемены лиц в обязательстве**.

Данное положение означает, что если иное не предусмотрено законом, недопустимы передача стороной обязательства принадлежащего ей права без перевода возложенной на неё обязанности, равно как и выделение стороной обязательства из состава принадлежащего ей права и передача третьему лицу отдельного правомочия⁹¹.

Однако, такой взгляд на эту проблему кажется нам достаточно односторонним. Исходя из содержания главы 24 ГК РФ, могут быть названы следующие условия уступки права, при которых она возможна. Уступка не должна противоречить закону, иным правовым актам или договору. В случаях, предусмотренных законом или договором, для уступки необходимо согласие должника (п. 2 ст. 382, ст. 388 ГК РФ).

Так, законодательства всех стран германской правовой семьи в интересах должника, у которого, как правило, без его согласия появляется новый кредитор, устанавливают следующее правило. Он считается свободным от обязательств перед этим новым кредитором, если погасил свои долги непосредственно цеденту, поскольку в момент погашения не знал о свершившейся цессии⁹². В п.1 ст. 385 ГК РФ установлено, что должник может не исполнять обязательство новому кредитору до представления перехода прав по обязательству к этому лицу.

Таким образом, в отличие от коммерческого представительства, на цессионария, который по сути дела служит прообразом третьего лица в отношениях коммерческого представительства, возлагается дополнительная обязанность по **информированию своего нового контрагента о состоявшейся переуступке**.

⁹¹ Ломидзе О. Указ. соч. С. 17.

⁹² Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С.163-165.

В ряде случаев при регулировании перехода обязательственных прав на основании закона ГК РФ допускает переход отдельного правомочия без перемены лиц в обязательстве. Прежде всего, это относится к **поручительству и банковской гарантии**. Поручительство и банковская гарантия являются способами обеспечения исполнения обязательств.

Как и при коммерческом представительстве поручитель может оплачивать товар, услуги и т. д., например, при обеспечении поручительством исполнения обязательства покупателя (услугополучателя). При этом такой поручитель не заменяет последних в обязательстве, возникшем из другого договора, равно как и коммерческий представитель не заменяет собой ни представляемого, ни третье лицо. К такому поручителю переходит только тот объем правомочий, который связан с правом требовать от контрагента выплаченных им за него сумм. И у представляемого при коммерческом представительстве не может возникать прав требования больше, чем он приобрел из действий коммерческого представителя.

Поручитель также вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору. А коммерческий представитель вправе рассчитывать на денежное вознаграждение за заключенную сделку.

Отличие коммерческого представительства от *поручительства* заключается и в том, что в первом случае, коммерческий представитель, не является самостоятельной фигурой, а является проводником воли своего принципала. За надлежаще выполненные действия в интересах представляемого ответственность полностью возлагается на принципала. Поручитель и должник всегда отвечают солидарно перед третьими лицами, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Это правило закреплено в ГК РФ и применяется в судебной практике⁹³.

Договором поручения **не могут быть предусмотрены санкции к поверенному (коммерческому представителю) за неисполнение третьим лицом обязанностей по сделке**, заключенной с доверителем по результатам действий поверенного (**Постановление ФАС Центрального округа от 29 марта 2012 г. по делу № А62-3700/2011**).

«...01.11.2009 между Смоленским областным фондом поддержки предпринимательства (фонд) и ООО «Центр поддержки и развития бизнеса» (агент) был заключен агентский договор № 05/11/09, согласно условиям которого, агент обязался за вознаграждение от имени и за счет фонда для заключения фондом договоров займов с субъектами малого и среднего предпринимательства совершать следующие действия:

осуществлять работу по подбору клиентов на выдачу займов, проводить с ними консультации и иную подготовительную работу;

⁹³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации от 27.10.1998 № 5533/98 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации. 1999. № 1. С. 49-50.

проводить консультации и разъяснения по вопросам предоставления финансовой поддержки и прочих услуг, осуществляемых фондом;

вести учет заемщиков, заблаговременно информировать их о сроках очередного платежа;

проводить при необходимости проверку финансового состояния клиента, поручителя, проверять залоговое имущество;

контролировать своевременное погашение заемщиком своих обязательств по уплате процентов и основного долга по договору займа на основании данных получаемых от фонда;

в случае нарушения заемщиком платежной дисциплины принимать все возможные меры для ликвидации задолженности заемщика перед фондом.

В п. 4.3 агентского договора № 05/11/09 от 01.11.2009 установлено, что в случае если подобранный агентом клиент (заемщик) не выполняет свои обязательства по договору займа (уплата процентов и основного долга), фонд вправе в одностороннем порядке удержать из вознаграждения агента штраф в размере невыполненного обязательства клиентом (заемщиком) по договору займа.

Заявляя возражения относительно исковых требований ООО «Центр поддержки и развития бизнеса», ответчик сослался на то, что удержание вознаграждения в сумме 559 902 руб., осуществлялось на основании данного пункта договора в связи с установлением фактов невыполнения заемщиками в период с мая по июль 2011 года обязательств по договорам займа.

Однако как правильно указано судебными инстанциями, указанный пункт договора, предусматривающий по существу ответственность агента перед принципалом за неисполнение третьим лицом сделки, не может быть применен к правоотношениям сторон, которые имеют природу договора поручения. При этом возложение такого рода ответственности на доверенное лицо противоречит природе такой сделки, определяемой нормами главы 49 ГК РФ.

В частности, договоры займа заключались НО «Смоленский областной фонд поддержки предпринимательства» с третьими лицами от своего имени и прямо предусматривали ответственность заемщиков за неисполнение ими принятых на себя обязательств. ООО «Центр поддержки и развития бизнеса» стороной названных договоров не являлось, не принимало на себя обязательств, предусмотренных нормами гражданского законодательства.

В этой связи, учитывая положения вышеуказанных норм права, подписанные сторонами акты выполненных работ, суд апелляционной инстанции правомерно взыскал с ответчика сумму невыплаченного истцу вознаграждения в размере 555 902 руб. и проценты за пользование чужими денежными средствами в сумме 4 094 руб. 14 коп.

С учетом изложенного суд кассационной инстанции не усматривает оснований для отмены обжалуемого судебного акта и удовлетворения кассационной жалобы НО «Смоленский областной фонд поддержки предпринимательства»...»

Представляемый тоже, наподобие *поручителя*, отвечает как бы за обязательство другого лица.

На этом заканчивается сходство этих двух совершенно различных юридических понятий.

Поручитель заключает сделку, производящую юридические последствия для него самого, чем и отличается от **коммерческого представителя, заключающего сделку в интересах другого**. Личность представителя относительно юридических последствий из заключённого им договора поглощается в личности представляемого, между тем как поручитель перед третьим лицом (кредитором) выступает в качестве самостоятельного субъекта, отвечающего за неисправность должника. Через коммерческого представителя возникает юридическое отношение только между представляемым и третьим лицом, имеющие в основании одну причину, а поручительство указывает на существование двойного юридического отношения: одного – главного – между настоящим должником и третьим лицом, кредитором, и другого – акцессорного – между поручителем и тем же кредитором. Эти отношения покоятся на совершенно различных юридических основаниях: первое – на обещании должника, второе – на обещании поручителя⁹⁴.

Сходство **банковской гарантии** с коммерческим (торговым) представительством заключается в том, что гарант действует в интересах принципала, также как это делает коммерческий представитель.

Приведённые аргументы в пользу разграничения коммерческого представительства и поручительства в равной степени можно применить и в отношении банковской гарантии. Пожалуй, за исключением требований об организационно-правовой форме гаранта и связанных с этим дополнительных прав и обязанностей, а также того, что предусмотренное банковской гарантией обязательство перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство.

Следующей областью юридических отношений, которая очень близко граничит с представительством, и представляет интерес для проводимого исследования, будут **договоры в пользу третьих лиц**, т. е. когда стороны заключают договор таким образом, что третье лицо, хотя оно и не является участником договора, тем не менее, может не просто принять испол-

⁹⁴ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 41.

нение договорного обязательства, но, и наделено правом требовать его исполнения от собственного имени⁹⁵.

В. К. Андреев, в частности, отмечает, что представительство по достигаемому правовому эффекту сближается с такими способами построения обязательств, как *договор в пользу третьего лица, об исполнении третьему лицу, об исполнении третьим лицом*⁹⁶.

Для определения отличий представительства от обозначенных договоров в пользу третьих лиц, заслуживает внимания приведённое различными учёными разграничение договоров в пользу третьих лиц и об исполнении третьему лицу от представительства.

Представительство характеризуется тем, что в нём существует одно только каузальное отношение между третьим лицом и принципалом, а представитель заменяет лишь юридически личность последнего. Следовательно, отмечает В. К. Андреев, представитель не является стороной в том правоотношении, которое возникает, изменяется или прекращается в результате его действий. Он не входит в субъектный состав создаваемых своими действиями правоотношений⁹⁷. Между ним и третьим лицом не существует никаких юридических отношений, и для представителя не совершается никакого экономического исполнения. В договорах же в пользу третьего лица существуют два юридических основания, обуславливающих двойное исполнение, которое, однако, проявляется в единственной форме между третьим лицом и принципалом.

Субъект, заключающий договор в пользу третьего лица, действует не в силу полномочия, а лишь на основании имеющейся у него правоспособности, поэтому между ним и третьим лицом никаких правоотношений не предполагается, тогда как представитель и представляемый связаны между собой отношением представительства⁹⁸.

Помимо того, третье лицо приобретает из договора не все возникающие из него права и обязанности, а лишь отдельное право требования. При представительстве же все права и обязанности из действий представителя возникают только у представляемого: представительство сталкивает лишь две имущественные массы, а договоры в пользу третьего лица – три⁹⁹.

Третье лицо, на которое возложено исполнение, в отличие от коммерческого представителя исполняет собственную обязанность перед должником, хотя тем самым и погашается долг должника по основному обязательству. В отличие от представителя и представляемого третье лицо, на которое возложено исполнение, и должник связаны между собой право-

⁹⁵ Круглова Н. Ю. Хозяйственное право. М., 1997. С. 124.

⁹⁶ Андреев В. К. Указ. соч. С. 21.

⁹⁷ Там же. С. 22.

⁹⁸ Невзгодина Е. Л. Указ. соч. С. 51-52.

⁹⁹ Шерешевский И. В. Указ. соч. С. 11; Невзгодина Е. Л. Указ. соч. С. 51.

отношением, которое создает экономическое основание для возложения исполнения в силу одностороннего волеизъявления должника. Обязанность же коммерческого представителя выступать в интересах представляемого не может быть установлена односторонним волеизъявлением представляемого.

Таким образом, действительно можно заметить, что существует близость между представительством и договором в пользу третьих лиц: как в том, так и в другом случае одно лицо совершает сделку в пользу другого.

Между тем, различие между ними существенно. Коммерческое представительство и возложение исполнения различаются по сфере применения, по основаниям возникновения и по особенностям субъектного состава. Представитель своей сделкой не только устанавливает для представляемого права, но и обязанности, тогда как в силу договора в пользу третьих лиц последним можно дать права, но никак не обязать их. Исполнение обязанности должника от его имени коммерческим представителем зависит от воли должника и такой представитель действует в силу полномочия. Исполнение чужого долга любым третьим лицом от воли должника не зависит, и исполнитель действует при отсутствии полномочий.

Нередки случаи, когда **выступление органа юридического лица** отождествляют как с представительством¹⁰⁰, так и с его разновидностью, исследуемой нами – профессиональным торговым (коммерческим) представительством.

Действительно, от имени юридического лица могут выступать также его участники, которые не являются органами юридического лица. Такие участники, в отличие от юридического лица, действуют, как правило, на основании доверенности, если иное не предусмотрено законом или договором.

В Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 марта 1999 г. № 488/99 говорится, что лицо, назначенное исполняющим обязанности президента полномочным органом, действует в пределах своей компетенции без доверенности. Согласно ст. 53 Гражданского кодекса Российской Федерации органы юридического лица, к числу которых относятся и руководитель, не могут рассматриваться как самостоятельные субъекты гражданских правоотношений и являются частью юридического лица.

В советское время большинство учёных¹⁰¹ утверждали, что орган юридического лица является не представителем, а выразителем воли юри-

¹⁰⁰ Обзор практики разрешения споров по сделкам, связанным с размещением и обращением акций: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации от 21.04.1998 № 33.

¹⁰¹ Иоффе О. С. Советское гражданское право. М.: Юридическая литература, 1967. С. 197-198; Советское гражданское право / под ред. Я. А. Куника. М.: Юридическая литература, 1973. С. 101.

дического лица. О том, что орган юридического лица не является его представителем, также говорится и в большинстве судебных решений¹⁰².

Однако, очевидно, что орган, например, директор физически не в состоянии лично оформить все договоры, в которые вступает представляемое им юридическое лицо. Поэтому и действия работника, которые связаны с возложенной на него функцией, воплощают в себе деятельность юридического лица¹⁰³.

Интересно дело № А-48 -1110/98-С-67/16, рассматривавшееся в Арбитражном суде Орловской области по иску ООО «Гелиос-Ф» г. Орла к предприятию «Мострансгаз» п. Газопровод Московской Области в лице Орловского управления магистральных газопроводов г. Орла о взыскании 5 753 129 рублей 36 копеек.

Арбитражным судом Орловской области не была принята во внимание ссылка ответчика в письме от 7.09.98 г. на имя представителя истца о том, что руководитель Орловского управления магистральных газопроводов Шнитков Ю. В. не имеет доверенности на подписание договоров, так как в силу п. 2 ст. 183 ГК РФ последующее одобрение сделки генеральным директором предприятия «Мострансгаз» Козаченко А. Н. (фактическая оплата выполненных работ, переписка) создаёт для ответчика гражданские права и обязанности по данным сделкам с момента их совершения.

Решением Арбитражного суда Орловской области по указанному делу от 10 сентября 1998 г. иск ООО «Гелиос-Ф» к предприятию «Мострансгаз» п. Газопровод Московской Области в лице Орловского управления магистральных газопроводов о взыскании 5 753 129 рублей 36 копеек был удовлетворён полностью, так как **орган юридического лица не является представителем**. Он «осуществляет права, предоставленные ему уставом (положением), а его действия являются действиями самого юридического лица, поэтому он не нуждается в доверенности»¹⁰⁴.

Генеральный директор или любой другой орган юридического лица действует не в чужом интересе, а выражает волю самого юридического лица, составной частью которого он и является. Поскольку орган юридического лица не является представителем последнего, в случаях превышения

¹⁰² Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации от 09.02.1999 № 6164/98 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации. 1999. № 5. С. 65-66.

¹⁰³ Иоффе О. С. Указ. соч. С. 197-198.

¹⁰⁴ Советское гражданское право / под ред. Я. А. Куника. М.: Юридическая литература, 1973. С. 101.

полномочий этим органом при заключении сделки п. 1 ст. 183 ГК РФ применяться не может¹⁰⁵.

Профессиональное торговое (коммерческое) представительство следует отличать от **представительства, осуществляемого служащими предприятия**¹⁰⁶.

Служащий состоит не в гражданско-правовых отношениях с представляемым, а работает по трудовому договору или договору личного найма. Трудовые отношения, как правило, не регламентируются гражданским законодательством, а регулируются особо. Действия коммерческого представителя, как правило, регулируются нормами гражданского права, а действия представителей, работающих по трудовому договору – нормами трудового права.

Особо следует отличать коммерческое представительство от деятельности **администратора, назначаемого в случае несостоятельности**¹⁰⁷. В РФ при наступлении обстоятельств, предусмотренных Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)» 2002 г., назначаются **арбитражные управляющие**, которые коммерческими представителями не являются.

Одной из наиболее распространённых разновидностей торгово-посреднических структур являются **дилерские компании и фирмы**. Их главной особенностью и основным отличием от коммерческого представителя является то, что они работают за свой счёт, покупая товары у различных продавцов и становясь тем самым собственниками этих товаров, а затем перепродают их от своего собственного имени¹⁰⁸. Собственником товаров по заключённым сделкам от имени представляемых коммерческий представитель, как правило, не становится, за исключением случаев недобросовестности или превышения полномочий, что само по себе обусловлено не сущностью коммерческого представительства, а другими основаниями.

Сходство между двумя этими видами деятельности состоит в том, что указанные отношения предполагаются **возмездными**. Правда, дилерская прибыль образуется за счёт разницы между ценой приобретения товаров и ценой продажи товаров самим дилером. Коммерческий представитель же получает вознаграждение либо в форме обусловленного процента

¹⁰⁵ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации от 09.02.1999 № 6164/98 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации. 1999. № 5. С. 65-66.

¹⁰⁶ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. М., 2003. С. 97.

¹⁰⁷ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под ред. В. В. Залесского. С. 117-139.

¹⁰⁸ Осипова Л. В., Синяева И. М. Основы коммерческой деятельности. М., 1997. С. 120-121.

от цены заключённой сделки, либо в форме выплаты из чистой прибыли, о чём свидетельствует торговая практика.

Большой удельный вес в коммерческой деятельности составляет деятельность в области оказания комиссионных услуг на основе оформления комиссионного соглашения. Деятельность коммерческого представителя весьма близка к деятельности **комиссионера**. Комиссионер-это косвенный или односторонний представитель, а потому целесообразно было бы признать возможность применения к нему норм о коммерческом представительстве. Комиссионеры осуществляют продажу товаров производителя или же приобретает их от своего собственного имени, но, в отличие от двух предыдущих групп по поручению и за счёт производителя. Так же, как и коммерческий представитель, комиссионер не становится собственником продаваемого товара¹⁰⁹.

В отличие от договора поручения по договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется совершить в интересах и за счет другой стороны (комитента) по поручению комитента:

- 1) одну или несколько сделок;
- 2) от своего имени, что означает приобретение прав и обязанностей по совершенной сделке комиссионером, независимо от того, что комиссионер мог быть назван в сделке или вступил в непосредственные отношения с третьим лицом по исполнению сделки;
- 3) за вознаграждение.

Представляется, что **было бы более эффективно распространить нормы о коммерческом представительстве и на комиссионные отношения**, а также выделить эту разновидность в особый вид коммерческого представительства, которому присущи свои отличительные черты. Однако для этого придется пересмотреть родовое понимание представительства в отечественном гражданском праве и отказаться от традиционного действия только «от имени» представляемого.

В отличие от дистрибьюторов, обязанных продавать товар по определённой цене, комиссионер может заключать сделку и на более выгодных условиях, чем те, которые указаны комитентом.

Разновидностью комиссионных операций являются операции **консигнации**. Поэтому все основные отличия от коммерческого представителя те же, что уже были рассмотрены выше.

От **профессионального торгового (коммерческого) представителя** следует отличать и такого участника торгового оборота, как **маклер**.

¹⁰⁹ Основы предпринимательского дела. Благородный бизнес: учебник / под ред. Ю. М. Осипова и Е. Е. Смирновой. М., 1996. С. 157; Осипова Л. В., Синяева И. М. Указ. соч. С. 238; Гражданское право: учебник / под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. М., 1997. Ч. 1. С. 562-563.

В *торговом обороте* под **торговым маклером** понимают предпринимателя-посредника, который сам не участвует в заключении сделки¹¹⁰, а только указывает на возможность её заключения.

Основные отличия **профессионального торгового (коммерческого) представителя** от **маклера** заключаются в следующем:

1) **Профессиональный торговый (коммерческий) представитель** совершает сделки, как правило, для одной стороны, представителем которой он является, за исключением случаев одновременного представительства. **Маклер** же выступает по отношению к обеим сторонам договора в качестве независимого посредника.

2) **Профессиональный торговый (коммерческий) представитель** лично заключает сделки от имени представляемых. **Маклер** же сделок не заключает, а только способствует сведению сторон в сделке.

3) И, наконец, **профессиональный торговый (коммерческий) представитель** заключает сделку на основании предоставленных **полномочий**. В круг **полномочий маклера**, как правило, не входит заключение сделок.

Если же маклер, вопреки данному ему полномочию всё же заключит сделку, то в этом случае он будет действовать как представитель без полномочий, как, впрочем, и в случае превышения полномочий *коммерческим представителем*. Однако такая сделка, заключённая маклером, считается одобренной, если она немедленно не будет отклонена лицом, давшим полномочие маклеру, как только этому лицу станет известно о заключении сделки.

Для **профессионального торгового (коммерческого) представителя** презумпция совершенно противоположная, т.е. представляемый должен будет одобрить такую сделку, иначе она считается заключённой от имени такого представителя (ст. 183 ГК РФ).

Таким образом, можно сделать вывод, что **главным отличием профессионального торгового (коммерческого) представительства от иных форм посредничества является то, что профессиональный торговый (коммерческий) представитель не приобретает права собственности на имущество представляемого, которому он и подотчётен в своих действиях**.

Между тем, закон в некоторых случаях предусматривает и прямое указание на организационно-правовую форму, в которой вправе действовать тот или иной коммерческий представитель¹¹¹.

¹¹⁰ Васин В. Н., Ерёмичев И. А., Коршунов А. И. Указ. соч. С. 146.

¹¹¹ О товарных биржах и биржевой торговле: Закон Рос. Федерации от 20.02.1992. Ст. ст. 10, 20 // Ведомости съезда народных депутатов Рос. Федерации и Верховного Совета Рос. Федерации. 1993. № 22, ст. 790 (утратил силу); О рынке ценных бумаг: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 17, ст. 1918; Об организации страхового дела в Российской Федерации:

Совершая юридические сделки, **представитель выражает при этом свою собственную волю**, а не волю представляемого лица, и **является контрагентом в договорах**.

Сделки, совершаемые **профессиональным торговым (коммерческим) представителем**, должны быть заключаемы скорее **не столько от имени представляемого, сколько в его интересах**.

По сделке, заключённой **профессиональным торговым (коммерческим) представителем, права и обязанности возникают непосредственно в лице представляемого**.

Коммерческое (торговое) представительство – это **профессиональный характер деятельности**, т. е. её осуществление происходит на постоянной и самостоятельной основе. Как правило, под профессионализмом понимают и то, что коммерческие представители совершают от имени предпринимателей сделки в определенной области, в которой они обладают более квалифицированными знаниями, специальной информацией, деловыми связями.

Отношения **профессионального торгового (коммерческого) представителя и представляемого основываются всегда на гражданско-правовом договоре**.

Для постоянного представительства такой представитель должен иметь поручение, даваемое на определённый или неопределённый срок.

В соответствии с п. 2 ст. 971 ГК РФ стороны могут указать в договоре поручения срок, в течение которого поверенный вправе действовать от имени доверителя. На практике возникают споры о том, является ли существенным для договора поручения условие о названном сроке.

Необходимо отметить, что в п. 11 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными» указано, что заявление стороны договора о необходимости согласования какого-либо условия означает, что такое условие является существенным для данного договора.

Срок исполнения поручения не является существенным условием договора (Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 октября 2010 г. № 15АП-2006/2010 по делу № А53-22853/200):

«...Из главы 49 Гражданского кодекса Российской Федерации не следует, что срок исполнения поручения, а равно срок действия договора поручения определены действующим законодательством в качестве существенных условий договора поручения.

Поскольку материалами дела подтверждается, что сторонами согласован предмет договора № 17/08 от 19 декабря 2008 года с учетом до-

полнительного соглашения от 24 января 2009 года, а срок исполнения обязанностей по договорам возмездного оказания услуг и поручения, а равно срок действия указанных договоров не относятся к числу их существенных условий, у суда апелляционной инстанции отсутствуют основания для вывода о незаключенности указанных договора и дополнительного соглашения...»

Для коммерческого представительства характерна преимущественная возмездность отношений сторон.

Указанный институт имеет специфический объект. Не допускается совершение через коммерческого представителя сделок, которые по своему характеру могут быть совершены только лично, а равно других сделок, указанных в законе (ст. 182 ГК РФ).

Таким образом, под **профессиональным торговым (коммерческим) представительством** следует понимать такое **трёхстороннее правоотношение**, при котором одно лицо (**профессиональный торговый (коммерческий) представитель**) на основе и в пределах предоставленных ему полномочий за определённое вознаграждение совершает сделки с третьими лицами и оказывает иные возмездные услуги в интересах представляемого, а юридические последствия совершённых таким представителем действий возникают непосредственно в лице представляемого.

§ 1.3. Понятие и основания возникновения института коммерческого (торгового) представительства

Выделение института коммерческого представительства в юридической литературе обычно производится с указанием его признаков, свидетельствующих о его особом, самостоятельном характере по отношению к представительству.

Для более точного представления о рассматриваемом институте целесообразно привести мнение «дореволюционного» исследователя интересующего нас института Н. О. Нерсесова, по словам которого «... отечественная система не столь слепо следовала канонам римского права в регулировании представительства и, достигла в дореволюционной России большей грамотности и эффективности»¹¹².

Первым и важнейшим признаком коммерческого представительства является правовой статус представляемого — им может быть только коммерсант, т. е. индивидуальный предприниматель или коммерческая организация. Об этом прямо говорится в п. 1 ст. 184 ГК РФ. Поэтому если

¹¹² Нерсесов Н. О. Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. Изд. 4-е, испр. М.: Статут, 2010.

представляемый не имеет статуса коммерсанта, можно говорить только об общегражданском представительстве.

Выделяют и такой признак, как совершение представителем таких юридических действий, прежде всего договоров, которые являются торговыми сделками¹¹³.

Следует отметить, что понятие «торговой», или коммерческой, сделки известно лишь законодательству стран с дуалистической системой частного права, тогда как праву стран английского прецедента это понятие неизвестно. В странах же романо-германской правовой семьи при определении понятия торговой сделки и построения системы такого рода сделок законодательство и практика исходят из двух критериев признания их коммерческого характера – объективного или субъективного. Объективный критерий оценки, принятый во Франции, Бельгии и других странах романской подсистемы континентального права, исходит из признания самого коммерческого содержания сделки, независимо от субъектов сделки. При субъективном же критерии оценок, действующим в Германии и Японии, коммерческий характер сделки определяется по признаку совершения ее предпринимателем. Но следует отметить, что ни в одной из стран не выдерживается последовательно использование лишь одного из оценочных критериев. Так, законодательно ФРГ исходит из субъективного критерия как основного, предусматривая объективным критерием квалификации – перечислением основных видов сделок, рассматриваемых как торговые по самому их содержанию.

Современное российское гражданское законодательство так же не содержит перечня торговых сделок. Но анализ положений ст. 184 ГК РФ позволяет сказать, что и современный законодатель следует в целом субъективному критерию отнесения сделки к торговым. Таковыми признаются договоры, заключаемые предпринимателями в сфере своей предпринимательской деятельности.

Таким образом, для определения того, является ли представительство коммерческим, необходимо выяснить характер и цель сделки, совершенной представителем в интересах представляемого, а так же характер прав и обязанностей, на возникновение (изменение или прекращение) которых направлена сделка.

Если сделка и соответствующие права и обязанности носят коммерческий характер для представляемого, то представительство, имевшее место при заключении данной сделки, следует признать коммерческим. И, соответственно, констатация отсутствия связи сделки, совершенной представителем, с предпринимательской деятельностью представляемого позволяет сделать вывод, о невозможности признать представительство коммерческим.

¹¹³ Бойкова О. С. Торговое право. Дашков и К, 2009. С. 47.

Для коммерческого представительства характерна возмездность деятельности представителя, в то время как общегражданский представитель действует, то есть совершает юридические действия для другого лица, как правило, безвозмездно. Ведь при законном представительстве даже речи быть не может о вознаграждении. Что же касается договорного общегражданского представительства, то оно осуществляется обычно на основе договора поручения, который презюмируется безвозмездным. Представительство на основе договора поручения всегда носит безвозмездный характер.

По законодательству Российской Федерации договор поручения также презюмируется безвозмездным. Согласно п. 1 ст. 972 ГК РФ доверитель обязан уплатить поверенному вознаграждение лишь в том случае, если это предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручения. Но если договор поручения используется при коммерческом представительстве, то он презюмируется возмездным, если только в самом договоре не предусмотрено иного. И даже если в таком договоре отсутствуют условия о размере вознаграждения или о порядке его уплаты, доверитель обязан после исполнения поручения уплатить поверенному вознаграждение в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК РФ (п. 1, 2 ст. 972).

В п. 1 ст. 972 ГК РФ закреплена обязанность доверителя уплатить поверенному вознаграждение, если это предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручения.

При применении данной нормы в судебной практике возникают споры о том, является ли существенным условие о размере и порядке выплаты вознаграждения поверенному.

Необходимо отметить, что в п. 11 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными» указано, что заявление стороны договора о необходимости согласования какого-либо условия означает, что такое условие является существенным для данного договора.

Вывод из судебной практики: условие о размере вознаграждения или о порядке его уплаты поверенному не является существенным условием договора поручения. Вместе с тем, в практике судов общей юрисдикции известны примеры признания условия о размере вознаграждения поверенного или о порядке его уплаты существенным (но определенным при его несогласовании сторонами) условием договора поручения (*Определение Свердловского областного суда от 20 марта 2008 г. по делу № 33-2004/2008*).

Постановление ФАС Московского округа от 17 августа 2006 г. № КА-А40/7722-06 по делу № А40-63858/05-98-509

«...Услуги оказывались по договорам поручения, в отношении которых п. 2 ст. 972 Гражданского кодекса Российской Федерации установле-

но, что при отсутствии в возмездном договоре поручения условия о размере его вознаграждения или о порядке его уплаты вознаграждение уплачивается после исполнения поручения в размере, определяемом в соответствии с п. 3 ст. 424 Гражданского кодекса Российской Федерации, то есть соглашение о цене не является существенным условием договора поручения...»

Аналогичная судебная практика:

Постановление ФАС Московского округа от 23 ноября 2006 г., 27 ноября 2006 г. № КА-А40/11400-06 по делу № А40-63857/05-90-516

«...Услуги оказывались по договорам поручения, в отношении которых п. 2 ст. 972 ГК РФ установлено, что при отсутствии в возмездном договоре поручения условия о размере его вознаграждения или о порядке его уплаты вознаграждение уплачивается после исполнения поручения в размере, определяемом в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК РФ, то есть соглашение о цене не является существенным условием договора поручения...»

Между тем, условие выплаты вознаграждения является существенным условием договора поручения, если поверенным является адвокат.

Статьей 25 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – Закон) предусмотрено заключение между адвокатом и доверителем соглашения об оказании юридической помощи, поскольку оно является основанием для ведения адвокатской деятельности.

Соглашение представляет собой гражданско-правовой договор, который заключается в простой письменной форме между доверителем и адвокатом (адвокатами), на оказание юридической помощи самому доверителю или назначенному им лицу.

Данный Закон в п. 4 ст. 25 предусматривает перечень существенных условий указанного соглашения, среди которых есть и выплата доверителем вознаграждения за оказываемую юридическую помощь.

При этом Закон не определяет правовую природу соглашения об оказании юридической помощи, поэтому оно может быть заключено как в форме договора возмездного оказания юридических услуг, так и в форме договора поручения. Возможно также заключение смешанного соглашения на оказание юридической помощи.

Следует отметить, что адвокатское сообщество склонно рассматривать названное соглашение как разновидность договора поручения (см. подробнее: Обзор дисциплинарной практики Совета Адвокатской палаты г. Москвы по состоянию на 22 ноября 2006 г.).

Существенность данного условия подтверждает и практика применения судами ст. 25 Закона об адвокатуре (Определение ВАС РФ от 3 апреля 2008 г. № 3857/08, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 26

сентября 2007 г. по делу № А29-8614/2006-2э, Определение Свердловского областного суда от 15 июня 2006 г. по делу № 33-4190/2006).

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26 июня 2006 г. по делу № А05-4067/2005-17.

«...В соответствии со статьей 25 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – Закон об адвокатской деятельности) адвокат выступает в качестве представителя доверителя в конституционном, гражданском, административном судопроизводстве только на основании договора поручения. Согласно положениям главы 49 Гражданского кодекса Российской Федерации условие о размере вознаграждения не является существенным и в случае отсутствия в договоре такого условия вознаграждение уплачивается после исполнения поручения в размере, определяемом в соответствии с пунктом 3 статьи 424 названного Кодекса. Соглашение об оказании юридической помощи должно содержать перечисленные в пункте 4 статьи 25 Закона об адвокатской деятельности существенные условия, к которым, в частности, отнесены условия выплаты доверителем вознаграждения за оказываемую юридическую помощь, а не установление конкретного размера вознаграждения.

Суд первой инстанции пришел к правильному выводу о том, что в договоре от 01.03.2005 стороны согласовали существенные условия, определив, что предметом данного договора является оказание адвокатом юридической помощи в качестве представителя по факту кражи товара из охраняемого объекта и судебного рассмотрения исковых требований по данному факту, а также установив в пунктах 3 и 4 данного договора условия выплаты доверителем вознаграждения за оказываемую юридическую помощь. Участие адвоката Склярова Э.Л. в качестве представителя предпринимателя при рассмотрении настоящего дела в трех судебных инстанциях и выплата ему 10000 руб. в качестве вознаграждения за оказанные по договору поручения юридические услуги подтверждены надлежащими доказательствами, размер вознаграждения отвечает критерию разумности, поэтому суд на законных основаниях компенсировал указанные расходы за счет Охранного предприятия. Как правильно указано в решении суда, личное участие истца в судебных заседаниях не лишает его права воспользоваться услугами представителя и требовать возмещения за счет проигравшей стороны понесенных в связи с этим расходов...».

Коммерческое представительство является разновидностью общегражданского представительства, поэтому правовая природа данных правоотношений весьма схожа. Однако имеются и определенные отличия. Именно присутствие этих отличий и позволяет выделить коммерческое представительство в качестве особой разновидности общегражданского представительства. Коммерческое представительство отличается от общегражданского представительства основанием своего возникновения, субъ-

ектным составом, объемом прав и обязанностей представляемого и представителя, а также характером сделок, совершаемых коммерческим представителем.

Рассмотрим основные отличия *профессионального торгового (коммерческого) представительства* от общегражданского.

1. Коммерческое представительство осуществляется на основании договора заключенного в письменной форме и содержащего указания на полномочия представителя, а при отсутствии таких указаний – также и доверенности (п. 3 ст. 184 ГК РФ). Иными словами, коммерческое представительство всегда является договорным.

Полномочия же общегражданского представителя могут быть основаны как на договоре и доверенности, так и на других юридических фактах – рождении ребенка, усыновлении, установлении опеки. В этом случае полномочия представителя основаны на прямом предписании закона. Так, в силу п. 1 ст. 28 ГК РФ законными представителями малолетних являются их родители, усыновители или опекуны. Гражданский кодекс Российской Федерации (ст. 182) выделяет в качестве юридических фактов, порождающих полномочия представителей, также акты государственных органов или органов местного самоуправления, обязывающие граждан или юридических лиц действовать в качестве представителей. В частности, в силу ст. 6 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» (ред. от 18 июля 2011 г.) представителями Российской Федерации, субъектов Федерации и муниципальных образований в органах управления созданных обществ выступают назначенные ими государственные или муниципальные служащие либо иные лица.

2. Представителями при коммерческом представительстве могут быть только юридические лица, являющиеся коммерческими организациями, а так же граждане – индивидуальные предприниматели.

При общегражданском же представительстве представляемыми могут выступать любые субъекты гражданского права (ст. 124 ГК РФ), включая физических лиц – с момента рождения.

3. Гражданский кодекс РФ презюмирует возмездный характер коммерческого представительства, что также отмечает этот институт от обычного, общегражданского представительства. Последнее, по общему правилу, безвозмездно, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручения (п. 1 ст. 972 ГК РФ).

4. Коммерческий представитель для представляемого им предпринимателя и в его интересах совершает юридические действия, прежде всего, заключает договоры, относящиеся к ведению его торгового промысла. Говоря современным языком, коммерческий представитель заключает договоры и совершает иные юридические действия в интересах коммерсанта в сфере его предпринимательской деятельности.

Общегражданский же представитель совершает для представляемого и в его интересах любые юридические действия, в том числе и такие, которые никак не связаны с предпринимательской деятельностью представляемого.

С учетом отмеченных отличий и характерных черт представительства в области предпринимательской деятельности представляется возможным следующим образом определить понятие коммерческого представителя: коммерческим представителем является лицо, которое в силу полномочий, основанных на договоре, за вознаграждение совершает юридические действия в интересах коммерсанта в сфере его предпринимательской деятельности.

Исходя из вышеуказанных черт или признаков **коммерческого представительства**, представляется возможным рекомендовать, в плане совершенствования действующего российского законодательства, следующее **определение коммерческого представителя**: *«Коммерческим (торговым) представителем является лицо, которое в силу полномочий, основанных на договоре, совершает за вознаграждение юридические действия в интересах предпринимателя в сфере и процессе его предпринимательской деятельности»*.

Такое определение подходит не только для «традиционных» коммерческих представителей – независимых торговых агентов, действующих в форме «прямого» представительства, но и являющимися «косвенными представителями» предпринимателя, а равно для такой категории как служащие торговых предприятий, что характерно для современного законодательства континентальной Европы.

§ 1.4. Правовой статус и виды профессиональных коммерческих (торговых) представителей

В отношениях представительства логичнее всего различать трех субъектов: представляемого, представителя и третье лицо, с которым у представляемого возникает правовая связь благодаря действиям представителя. В роли представляемого должен выступать любой субъект гражданского права – юридическое лицо или гражданин, имеющий статус предпринимателя¹¹⁴.

Круг лиц, которые могут быть коммерческими представителями, является более узким. Во-первых, профессиональные коммерческие представители – всегда предприниматели. Во-вторых, юридические лица могут принимать на себя функции коммерческих представителей, если это не

¹¹⁴ Токар Е. Я. О формировании правового института коммерческого представительства // Предпринимательское право. 2010. № 4. С. 8.

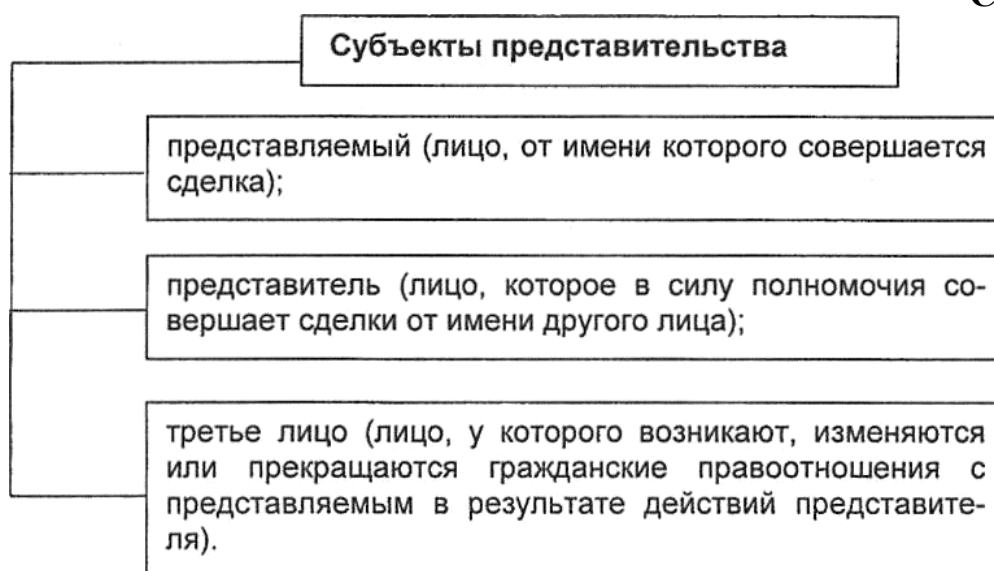
расходится с теми целями и задачами, которые указаны в их учредительных документах. В-третьих, законодательство содержит ряд прямых запретов в отношении выполнения представительских функций некоторыми субъектами гражданского права (например, отсутствие лицензии, стажа работы и т. п.).

Правовые связи при представительстве имеют сложную структуру и складываются из трех следующих отношений:

- 1) между представляемым и представителем;
- 2) между представителем и третьим лицом;
- 3) между представляемым и третьим лицом.

Субъекты профессионального коммерческого представительства:

Схема 1.



Первые два звена этой цепочки образуют соответственно внутреннюю и внешнюю стороны непосредственно представительства. Отношения между представляемым и третьим лицом являются результатом осуществления представительства и поэтому представительскими в точном смысле этого слова считаться не могут¹¹⁵.

Рассмотрим их по порядку.

Основные права и обязанности профессионального коммерческого представителя занимают наибольшее место, но в настоящее время нормы, посвященные им, «разбросаны» по российскому законодательству.

1) В частности, глава 49 ГК РФ «Договор поручения» предоставляет коммерческому представителю право удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение своих требований. Профессиональный коммерческий (торговый) представитель может

¹¹⁵ Там же. С. 10.

использовать, таким образом, право на удержание товаров, коллекций, образцов и т. д., предоставленных в его распоряжение комитентом.

2) В силу ст. 10 ГК РФ коммерческий представитель не может осуществлять свои действия с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотреблять правом в иных формах. Эту обязанность коммерческого представителя можно рассматривать, в частности, и как обязанность быть лояльным по отношению к представляемому.

3) Отечественное законодательство высказывается также вполне определенно, что коммерческий представитель должен действовать при исполнении данных ему поручений с заботливостью обычного предпринимателя (п. 2 ст. 184 ГК РФ).

4) По общему правилу, если иное не предусмотрено в договоре, коммерческий представитель должен выполнять взятые на себя обязательства лично. Надлежащим исполнением признается выполнение данного коммерческому представителю поручения как лично самим представителем, так и его работниками.

5) К обязанностям коммерческого представителя относится выполнение действий, которые поручены ему по договору. Между тем, поверенному, действующему в качестве коммерческого представителя, доверителем может быть предоставлено право отступать в интересах доверителя от его указаний и без предварительного запроса об этом. Это не освобождает такого представителя от обязанности в разумный срок уведомить доверителя о допущенных отступлениях. Тем не менее, в силу прямого указания в договоре поручения коммерческий представитель может быть освобожден и от исполнения и этой обязанности (п. 3 ст. 973 ГК РФ).

6) Коммерческий представитель-экспедитор, помимо того, обязан сообщать клиенту об обнаруженных недостатках полученной информации, а в случае неполноты информации – запрашивать у клиента необходимые дополнительные данные.

7) Коммерческий представитель обязан сохранять в тайне сведения о торговых сделках, ставшие ему известными в результате исполнения поручения, и не раскрывать иную конфиденциальную информацию. Данная обязанность сохраняется и после того, как коммерческим представителем будет исполнено поручение. Исключение составляют случаи, когда имеющиеся у коммерческого представителя факты свидетельствуют о совершении представляемым уголовно наказуемого деяния или серьезно нарушают общественные интересы.

8) В силу того, что коммерческий представитель обязан соблюдать и общие нормы представительства, он не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично.

9) Коммерческий представитель обязан предоставить представляемому возможность следить за ходом выполнения договора поручения. Эта обязанность требует от поверенного выполнения двоякого рода действий:

во-первых, поверенный обязан по требованию доверителя в процессе самого исполнения поручения сообщать сведения, касающиеся хода исполнения; во-вторых – представлять доверителю необходимую информацию о ходе выполнения дела и отчет по завершении. В ст. 974 ГК РФ сказано, что поверенный обязан сообщать доверителю по его требованию все сведения о ходе исполнения поручения. В частности, об этой обязанности говорится не только в ст. 974 ГК РФ, но и в ст. 999 ГК РФ, ст. 1008 ГК РФ. Говорится об этой обязанности и в главе 50, регламентирующей действия в чужих интересах без поручения (ст. 981 ГК РФ). Эти же положения с завидным постоянством повторяются и в зарубежном законодательстве, касающемся представительства. Полагаем, что сообщение сведений доверителю возможно как в устной форме, так и посредством предоставления письменного отчета. Об этом говорит и судебная практика¹¹⁶.

10) Если полномочия коммерческого представителя были оформлены доверенностью, то по исполнении или прекращении договора коммерческий представитель обязан возвратить доверителю доверенность, срок действия которой не истек. Правовые последствия прекращения доверенности наступают в момент, когда коммерческий представитель узнал или должен был узнать о прекращении доверенности. Поэтому права и обязанности, возникшие до соответствующего момента, сохраняют значение для представителя и правопреемников.

11) По российскому законодательству, согласно п.6 Указа Президента РФ «О мерах по повышению собираемости налогов и других обязательных платежей и упорядочению наличного и безналичного денежного обращения» от 18 августа 1996 г. (в редакции Указа Президента РФ от 28 февраля 1997 г. № 139), все расчеты по сделкам на поставку товаров (выполнение работ, оказание услуг), совершаемым представителем (агентом, поверенным) от имени доверителя (принципала), осуществляются с расчетного счета доверителя. Не допускается зачисление представителем на свои счета доходов (вознаграждения) по указанным сделкам ранее зачисления выручки от указанных сделок на расчетный счет доверителя. Подобное правило необходимо закрепить в действующем ГК РФ.

12) Далее следует обязанность коммерческого представителя передавать представляемому все полученное по сделкам, совершенным во исполнение поручения.

Теперь рассмотрим права и обязанности представляемого в отношении профессионального коммерческого (торгового) представителя:

1) обязанность вознаградить коммерческого представителя. Услуги, оказываемые профессиональными коммерческими представителями, носят такой характер, что вознаграждение за эти услуги часто является сочетани-

¹¹⁶ Гражданский кодекс РФ с постатейным приложением материалов судебной практики Арбитражного суда. 5-е изд., перераб. / Д. В. Мурзин, 2009. С. 905-906.

ем задатка и условного вознаграждения. Брокерам обычно платят комиссионное вознаграждение за исключением сделки для принципала. Например, комиссионное вознаграждение брокера по продаже недвижимости составляет обычно 5 % продажной цены имущества;

2) представляемый обязан возместить коммерческому представителю расходы по выполнению договора;

3) специально не оговаривается¹¹⁷, но подразумевается обязанность доверителя-предпринимателя предоставлять коммерческому представителю соответствующую информацию;

4) если за коммерческим представителем закрепляется определенная территория или определенный круг клиентов, представляемый не вправе на таких же условиях давать поручения другим лицам.

В качестве третьего лица, с которым представляемый с помощью коммерческого представителя заключает гражданско-правовую сделку или совершает иное юридическое действие, может выступать также любой субъект гражданского права. Такой субъект должен обладать право- и дееспособностью, достаточными для совершения данного юридического действия. Им может быть и физическое, и юридическое лицо. В результате взаимодействия представителя и третьего лица возникают, изменяются или прекращаются права и обязанности представляемого.

Таким образом, действия одного лица (профессионального коммерческого представителя) влекут правовые последствия для другого (представляемого). Возникающие при этом правоотношения носят сложный характер. Сначала появляется правовая связь между представляемым и представителем (например, при выдаче доверенности на покупку автомашины). Далее представитель, выполняя свои функции, вступает в отношение с третьим лицом – заключает с продавцом договор и т. п., стороной по которому выступает представляемый.

Действовать от имени доверителя представитель может в силу своих полномочий и в их пределах. В сущности, это право профессионального коммерческого представителя выступать от чужого имени.

Полномочия коммерческого представителя указываются в доверенности (ст. 185 ГК РФ) или в договоре.

Российское законодательство пошло по тому пути, который рассматривает правила о коммерческом представительстве при регламентации Гражданским кодексом договора поручения, которым традиционно в Западной Европе и оформлялось представительство. Это дало даже повод некоторым юристам отождествить коммерческое представительство с до-

¹¹⁷ Так, клиент обязан предоставить коммерческому представителю- экспедитору документы и другую информацию о свойства груза, об условия его перевозки, а так же иную информацию, необходимую для исполнения экспедитором обязанностей, предусмотренных договором транспортной экспедиции.

говором коммерческого (торгового) представительства, заключаемого по правилам поручения¹¹⁸.

Между тем, такая позиция, хотя и не представляется нам верной, тем не менее, все же содержит рациональный подход в определении общих прав и обязанностей сторон по договору, которые, как видится, должны применяться ко всем договорным отношениям с коммерческим представителем. Поэтому было бы более правильным общие нормы о коммерческом представительстве рассматривать именно в разделе о представительстве, а не применительно к договору поручения, поместив их либо в отдельную статью, либо в главу 10.1 «Профессиональное коммерческое представительство».

Указанные нормы в настоящее время «разбросаны» по российскому законодательству. Кроме того, в ГК РФ необходимо предусмотреть более широкие полномочия сторонам, избравшим коммерческое (торговое) представительство в установлении не только дополнительных прав и обязанностей, но и в изменении существующих положений. Последние должны применяться, если договором не предусмотрено иное.

Современное гражданское законодательство предусматривает возможность осуществления предпринимательской деятельности без образования юридического лица в форме индивидуальной предпринимательской деятельности¹¹⁹.

Предпринимательская деятельность коммерческого представителя, зарегистрированного индивидуальным предпринимателем, характеризуется тем, что он является равноправным субъектом хозяйственной деятельности наряду с юридическими лицами. Соприкасаясь в процессе своей деятельности с другими хозяйствующими субъектами, профессиональный коммерческий представитель вступает с ними в договорные отношения от имени представляемых и таким образом приобретает специфические права и обязанности. С другой стороны, коммерческий представитель уже состоит в договорных отношениях с представляемым, а, следовательно, наделен правами и несет определенные обязанности перед представляемым в соответствии с законом или договором.

Коммерческий представитель может заключить такую сделку, при заключении которой он превысит свои полномочия. А в силу ст. 183 ГК РФ при превышении полномочий сделка считается заключенной от имени и в интересах совершившего ее лица, если, другое лицо (представляемый) впоследствии прямо не одобрит данную сделку. Таким образом, в случае превышения полномочий сделка, требующая специальной правоспособности у лиц, ее заключающих, будет совершена с коммерческим представи-

¹¹⁸ Николюкин С. В. Посреднические договоры. М., Юстицинформ. 2010. С. 35-39.

¹¹⁹ Беленков Р. Гражданское право. Часть первая, вторая. А-ПРИОР, 2007. С. 322.

телем, который не имеет лицензии на осуществление подобного рода деятельности.

Представляется, что в таком случае в силу п. 3 ст. 23 ГК РФ к подобной сделке могут быть применены правила ст. 173 ГК РФ. То есть сделка, совершенная коммерческим представителем, не имеющим лицензии на занятие соответствующей деятельностью, например, реализацией алкогольной продукции, может быть признана судом недействительной по иску коммерческого представителя или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за подобного рода деятельностью при условии, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать о ее незаконности. В противном случае коммерческий представитель должен будет нести ответственность по заключенной им сделке по правилам главы 25 ГК РФ ввиду невозможности исполнения обязательства.

Законом предусмотрены случаи, когда сама деятельность коммерческого представителя может подлежать обязательному лицензированию.

К профессиональным коммерческим (торговым) представителям в современном торговом обороте следует отнести не только поверенного в договоре поручения с участием профессионального коммерческого представителя, но и лиц, осуществляющих брокерскую деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг (ст. 3 Закона «О рынке ценных бумаг»)¹²⁰, агента в агентском договоре (глава 52 ГК РФ), экспедитора (глава 41 ГК РФ), страхового агента (ст. 8 Закона «Об организации страхового дела»)¹²¹, агента в договоре морского агентирования (ст. 232 Кодекса торгового мореплавания РФ)¹²², посредника (морского брокера) в договоре морского посредничества (ст. 240 Кодекса торгового мореплавания РФ)¹²³, таможенного представителя (ст. 60 ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»¹²⁴ и др.¹²⁵

¹²⁰ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: ред. от 28.12.2013: с изм. и доп., вступ. в силу с 01.07.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹²¹ Об организации страхового дела в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Закон Рос. Федерации от 27.11.1992 № 4015-1: ред. от 04.06.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹²² Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999 № 81-ФЗ: ред. от 03.02.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹²³ Там же.

¹²⁴ О таможенном регулировании в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 27.11.2010 № 311-ФЗ: ред. от 05.05.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹²⁵ О клиринге и клиринговой деятельности [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 07.02.2011 № 7-ФЗ: в ред. от 12.03.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

К таможенному представителю предъявляется требование, что таковым «...может быть российское юридическое лицо, включенное в реестр таможенных представителей». Условия включения юридического лица в реестр таможенных представителей установлены ст. 13 Таможенного кодекса Таможенного союза.

К коммерческим представителям ранее относились в соответствии с Законом «О товарных биржах»¹²⁶ брокерские фирмы и независимые брокеры, имеющие статус участников биржевой торговли и обладающие правом совершать сделки на товарных биржах, осуществляющие биржевую торговлю от имени клиента и за его счет или от имени клиента и за свой счет (ст. 20 Закона РФ от 20 февраля 1992 г. «О товарных биржах и биржевой торговле»). Согласно ст. 10 Закона РФ от 20 февраля 1992 г. «О товарных биржах и биржевой торговле» под независимым брокером понималось физическое лицо, зарегистрированное в качестве предпринимателя, осуществляющего свою деятельность без образования юридического лица.

Коммерческим представительством признается также и брокерская деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг, под которой в соответствии со ст. 3 Закона «О рынке ценных бумаг»¹²⁷ понимается совершение гражданско-правовых сделок с ценными бумагами в качестве поверенного или комиссионера, действующего на основании договора поручения или комиссии, а также доверенности на совершение таких сделок при отсутствии указаний на полномочия поверенного или комиссионера в договоре.

Сделка с ценными бумагами, как и с любым другим товаром, совершается в несколько этапов. Основные этапы проведения сделки на фондовом рынке таковы:

- 1) заключение сделки;
- 2) сверка параметров заключенной сделки;
- 3) клиринг;
- 4) исполнение сделки, т. е. осуществление денежного платежа и встречной передачи ценных бумаг.

Профессиональные участники рынка ценных бумаг, осуществляющие комиссионную деятельность при совершении сделок с ценными бумагами по поручению клиентов, обязаны:

1. Отказаться от приема поручений на покупку каких-либо ценных бумаг, если нет уверенности в том, что клиент может оплатить сделку.

¹²⁶ О товарных биржах и биржевой торговле [Электронный ресурс]: Закон Рос. Федерации от 20.02.1992 № 2383-1: с изм. от 19.07.2011. URL: www.pravo.gov.ru. В настоящее время утратил силу.

¹²⁷ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: в ред. от 07.02.2011. URL: www.pravo.gov.ru.

2. Не принимать поручения на продажу ценных бумаг в случае, если отсутствует гарантия того, что клиент обладает данными ценными бумагами и сможет предоставить их в распоряжение участника рынка ценных бумаг (инвестиционного института) в течение пяти рабочих дней с момента поручения.

3. Незамедлительно после совершения сделки или по истечении времени действия поручения сообщать клиенту о факте заключения или незаключения сделок с ценными бумагами и их результатах.

4. При получении от клиента доверенности на совершение от его имени серии операций с ценными бумагами или на управление активами клиента действовать строго в рамках полномочий, оговоренных в доверенности, в которой должны быть установлены все взаимоотношения клиента и брокера¹²⁸.

Помимо того, профессиональный участник рынка ценных бумаг обязан до совершения сделок по ценным бумагам и оказания услуг по ним письменно раскрыть своим клиентам информацию:

а) о виде профессиональной деятельности по ценным бумагам, которой он занимается в связи с осуществлением конкретной сделки и оказанием услуг;

б) о размерах (ставках) дилерского сбора, комиссионного вознаграждения, платы за консультационные услуги и иных расценках сборов и платежей за осуществление сделок и оказание прочих услуг по ценным бумагам;

в) о номере и дате выдачи полученной им лицензии на осуществление профессиональной деятельности по ценным бумагам и своей квалификации.

Профессиональные участники рынка ценных бумаг, выступающие как профессиональные коммерческие представители, могут совершать сделки за счет клиентов только на основе заключенных в установленной законодательством форме договоров поручения точно в соответствии с указанными в них необходимыми условиями, при выполнении которых клиент считал бы возможным совершение сделки.

Клиент до исполнения договора имеет право в одностороннем порядке прекратить его действие. Такое же право имеет и поверенный по договору поручения¹²⁹.

Исполнением договора поручения считается передача клиенту официального извещения брокера о заключении сделки.

При совершении сделок с ценными бумагами стороны должны прийти к соглашению по следующим условиям:

¹²⁸ Нерсесов Н. О. Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. М.: Статут, изд. 4-е, испр. 2010. С. 85.

¹²⁹ См.: Белов В. Н. Коммерческое представительство и агентирование (договоры). М., 2007.

1) вид и полное наименование ценных бумаг (рекомендуется включение регистрационного номера ценных бумаг);

2) срок, способ передачи ценных бумаг и их оплаты, условия страхования коммерческого риска по сделке, если таковой имеется;

3) размер комиссионного вознаграждения за исполнение сделки. Стороны могут по взаимному соглашению включать в сделки и любые другие условия. Участник рынка ценных бумаг должен известить клиента о совершении сделки.

По соглашению сторон вопрос о включении в сделку соответствующих условий может быть рассмотрен третейским судом. Поэтому в договоре с брокером необходимо предусматривать не только санкции, налагаемые на нарушителя условий заключаемого договора, но и возможность обращения в третейский суд¹³⁰.

Профессионалы фондового рынка находят много способов самоорганизации и выработки общепринятых правил торговли. Самой известной организационной формой, способствующей установлению постоянных и единообразных правил заключения сделок купли-продажи, является фондовая биржа.

Принципы работы любой фондовой биржи предполагают строго профессиональный состав участников, наличие четких торговых процедур, локализацию заключения сделок в определенном специально оборудованном месте и в строго установленное время, строгий контроль со стороны профессионального сообщества и жесткую регламентацию со стороны регулирующих органов. Существует множество других систем профессиональной торговли ценными бумагами, которые носят не менее формализованный и почти не регламентированный характер, территориально более рассредоточены и часто организационно не оформлены. Совокупность таких систем, принципы которых определяются устоявшейся практикой и строятся значительной частью на обычаях и принятых «по умолчанию» правилах, именуется «внебиржевым рынком»¹³¹.

В соответствии со ст. 8 Закона РФ от 27 ноября 1992 г. «Об организации страхового дела в РФ»¹³² к числу профессиональных коммерческих представителей можно отнести страховых агентов – физических или юридических лиц, действующих от имени страховщика и по его поручению в соответствии с предоставленными полномочиями. В то же время страховые брокеры – физические или юридические лица, зарегистрированные в качестве предпринимателей, осуществляющие посредническую деятель-

¹³⁰ Корчагин Ю. А. Рынок ценных бумаг // Финансовая газ. 2007. № 53. С. 12.

¹³¹ Козлов А. А. Основные этапы проведения сделок с ценными бумагами [Электронный ресурс]. URL: <http://www.opec.ru/library>.

¹³² Об организации страхового дела в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Закон Рос. Федерации от 27.11.1992 № 4015-1: в ред. от 30.11.2011 № 362-ФЗ. URL: www.pravo.gov.ru.

ность по страхованию от своего имени на основании поручений страхователя либо страховщика, – в соответствии со ст. 182 ГК РФ представителями не являются.

Подлежит лицензированию деятельность профессионального коммерческого представителя, оказывающего некоторые специфические услуги, например, транспортные экспедиции, биржевое посредничество при совершении фьючерсных и опционных сделок на товарных биржах.

В случае если коммерческий представитель собирается приступить к деятельности, на получение которой требуется специальное разрешение, ему необходимо обратиться в соответствующий орган, осуществляющий лицензионную деятельность, и получить лицензию – официальный документ, который разрешает осуществление указанного в нем вида деятельности в течение установленного срока, а также определяет условия ее осуществления¹³³.

При этом нужно иметь в виду, что в зависимости от специфики деятельности в положении о лицензировании соответствующего вида деятельности может быть предусмотрено предоставление иных документов. Между тем, требовать от заявителя предоставления документов, не предусмотренных в положении о лицензировании соответствующего вида деятельности, запрещается. Для признания лицензии действительной она должна содержать обязательные реквизиты. К ним относятся наименование органа, выдавшего лицензию; фамилия, имя, отчество, паспортные данные (серия, номер, кем и когда выдан, место жительства); вид деятельности, на осуществление которой выдается лицензия; срок действия лицензии; условия осуществления данного вида деятельности; регистрационный номер лицензии и дата выдачи. Помимо того, лицензия подписывается руководителем (его заместителем) органа, уполномоченного на ведение лицензионной деятельности, и заверяется печатью этого органа¹³⁴.

На каждый вид деятельности лицензия выдается отдельно. Передача же лицензии другому юридическому или физическому лицу запрещается. За нарушение условий лицензирования законом предусматривается ответственность предпринимателя вплоть до уголовной. Под таким нарушением следует понимать и осуществление предпринимательской деятельности по просроченным лицензиям либо осуществление вида деятельности, не указанного в лицензии, а также осуществление такой деятельности с нарушением размеров необходимой площади, при отсутствии санитарного оборудования, надлежащей техники и т. п.

¹³³ Суханов Е. А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе РФ. М.: Изд-во Центр деловой информации «Экономика и жизнь», 2006. С. 56.

¹³⁴ Договорные отношения: юридический справочник предпринимателя / под ред. М. Ю. Тихомирова. М., 2007. С. 268.

При прекращении действия свидетельства о государственной регистрации коммерческого представителя в качестве предпринимателя, выданная лицензия теряет юридическую силу.

Особо следует оговорить случаи, когда деятельность профессиональных коммерческих представителей носит разъездной характер. В таких случаях деятельность на основании лицензии, выданной органами исполнительной власти субъектов РФ, на территории иных субъектов РФ может осуществляться лишь после регистрации таких лицензий органами исполнительной власти соответствующих субъектов РФ.

О проведенной регистрации в лицензии делается отметка о занесении в реестр выданных, зарегистрированных, приостановленных и аннулированных лицензий. В регистрации может быть отказано в том же порядке и по тем же основаниям, которые предусмотрены для отказа в выдаче лицензии.

Таков в общих чертах порядок лицензирования отдельных видов предпринимательской деятельности. Отметим, что целью исследования не ставилось более глубокое изучение этого вопроса, поскольку по общему правилу деятельность коммерческого представителя не подлежит лицензированию. Вместе с тем, освещение подобного вопроса было нам необходимо для всесторонней характеристики статуса профессионального коммерческого представителя как участника предпринимательской деятельности¹³⁵.

Как и любой предприниматель, профессиональный коммерческий представитель вправе использовать в своей деятельности и наемный труд. В настоящее время трудовые отношения в таких случаях оформляются путем заключения письменного трудового договора или же гражданско-правового договора. В зависимости от формы такого договора коммерческий представитель отвечает за действия своих работников в силу ст. 402 ГК РФ и за действия третьих лиц – в соответствии со ст. 403 ГК РФ.

Прекращение индивидуальной предпринимательской деятельности без образования юридического лица возможно в следующих случаях:

- 1) по истечении срока, на который выдано свидетельство о государственной регистрации;
- 2) на основании волеизъявления самого предпринимателя по его заявлению;
- 3) в случае смерти гражданина или утраты им дееспособности;
- 4) в случае несостоятельности (банкротства);
- 5) в иных случаях, предусмотренных законодательством.

Гражданское законодательство РФ не предусматривает сложных механизмов прекращения деятельности индивидуального предпринимателя в

¹³⁵ Договорные отношения: юридический справочник предпринимателя / под ред. М. Ю. Тихомирова. М., 2007. С. 240.

отличие от длительных и непростых процедур, связанных с ликвидацией юридических лиц. Как правило, в этих случаях достаточно произвести расчеты с бюджетом и внебюджетными фондами, удостоверить отсутствие претензий со стороны налоговых органов и сдать в регистрирующий орган (регистрационную палату и т. п.) свидетельство о государственной регистрации¹³⁶.

Таким образом, статус предпринимателя закрепляется за профессиональным коммерческим представителем при государственной регистрации в качестве субъекта предпринимательской деятельности. В зависимости от профиля и содержания будущей предпринимательской деятельности, собственных возможностей, масштабов деятельности, уровня конкуренции в отрасли, а также ряда других причин лицо, желающее оказать услуги по коммерческому представительству, вправе выбирать любую предусмотренную законом организационно-правовую форму предпринимательской деятельности. Сам факт государственной регистрации и есть получение статуса, т. е. приобретение дополнительного по сравнению с общегражданскими правами и свободами правового пространства¹³⁷.

К профессиональным коммерческим (торговым) представителям в современном торговом обороте следует отнести не только поверенного в договоре поручения с участием профессионального коммерческого представителя, но и лиц, осуществляющих брокерскую деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг (ст. 3 Закона «О рынке ценных бумаг»)¹³⁸, агента в агентском договоре (глава 52 ГК РФ), экспедитора (глава 41 ГК РФ), страхового агента (ст. 8 Закона «Об организации страхового дела»)¹³⁹, агента в договоре морского агентирования (ст. 232 Кодекса торгового мореплавания РФ)¹⁴⁰, посредника (морского брокера) в договоре морского посредничества (ст. 240 Кодекса торгового мореплавания РФ)¹⁴¹, таможенного представителя (ст. 60 ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»)¹⁴² и др.¹⁴³

¹³⁶ Там же. С. 275.

¹³⁷ Бусыгин А. В. Предпринимательство. М., 2007. С. 373.

¹³⁸ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: ред. от 28.12.2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹³⁹ Об организации страхового дела в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Закон Рос. Федерации от 27.11.1992 № 4015-1: ред. от 04.06.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴⁰ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999: ред. от 03.02.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴¹ Там же. Ст. 240.

¹⁴² О таможенном регулировании в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 27.11.2010 № 311-ФЗ: ред. от 05.05.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

К таможенному представителю предъявляется требование, что таковым «...может быть российское юридическое лицо, включенное в реестр таможенных представителей»¹⁴⁴. Условия включения юридического лица в реестр таможенных представителей установлены ст. 13 Таможенного кодекса Таможенного союза.

Морской агент – лицо, которое по договору морского агентирования обязуется за вознаграждение совершать **по поручению и за счет судовладельца** юридические и иные действия от своего имени или от имени судовладельца в определенном порту или на определенной территории¹⁴⁵. Как хорошо видно, – это конструкция договора поручения.

Посредник (морской брокер) – лицо, которое по договору морского посредничества обязуется **от имени и за счет доверителя** оказывать посреднические услуги при заключении договоров купли-продажи судов, договоров фрахтования и договоров буксировки судов, а также договоров морского страхования¹⁴⁶. Здесь видно, что договор с морским брокером заключается по правилам конструкции модифицированного договора поручения, то есть поручения с элементами коммерческого представительства.

Брокером именуется профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий брокерскую деятельность, под которой понимается деятельность по совершению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами и (или) по заключению договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, по поручению клиента **от имени и за счет клиента** (в том числе эмитента эмиссионных ценных бумаг при их размещении) или **от своего имени** и за счет клиента на основании возмездных договоров с клиентом (ст. 3 ФЗ РФ «О рынке ценных бумаг», в ред. Федерального закона от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ).

В первом случае речь идёт о коммерческом представительстве «в чистом виде» в смысле ст. 184 ГК РФ. А вот второй случай – это также вид торгового представительства, однако, так называемого **«косвенного» коммерческого представительства**. В данном случае – это типичная форма агентского договора.

Как представляется, коммерческими представителями могли бы быть и патентные поверенные (ст. 1247, ч. 4 ГК РФ). По ранее действовавшему законодательству (Патентный закон, ныне утратил силу в связи с введени-

¹⁴³ О клиринге и клиринговой деятельности [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 07.02.2011 № 7-ФЗ: в ред. от 12.03.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴⁴ О таможенном регулировании в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 27.11.2010 № 311-ФЗ: ред. от 05.05.2014. Ст. 60. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴⁵ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999: ред. от 03.02.2014. Ст. 232. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴⁶ Там же. Ст. 240.

ем в действие ч. 4 ГК РФ), патентные поверенные относились к разновидностям коммерческих представителей.

Однако, требования к их статусу действующего законодательства, вытекающие из ч. 3 ст. 1247 ГК РФ несколько изменились. Требования к патентным поверенным устанавливаются отдельным законом. Таковым «...может быть зарегистрирован гражданин Российской Федерации, постоянно проживающий на ее территории». Как следует из ч. 3 ст. 1247 «...другие требования к патентному поверенному, порядок его аттестации и регистрации, а также его правомочия в отношении ведения дел, связанных с правовой охраной результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, устанавливаются законом». Вместе с тем, прямых отсылок к положениям о коммерческом представительстве данная статья ГК РФ не содержит, наверное, виду того, что патентный поверенный вправе осуществлять свою профессиональную деятельность самостоятельно, занимаясь частной практикой, а также **на основании трудового договора** между патентным поверенным и работодателем (юридическим лицом). Значит, в данном случае имеют место трудовые отношения, а не гражданско-правовые.

Если говорить о статусе предпринимателя, то таковой может закрепляться за профессиональным коммерческим представителем при государственной регистрации в качестве субъекта предпринимательской деятельности. В зависимости от профиля и содержания будущей предпринимательской деятельности, собственных возможностей, масштабов деятельности, уровня конкуренции в отрасли, а также ряда других причин лицо, желающее оказать услуги по коммерческому представительству, вправе выбирать любую предусмотренную законом организационно-правовую форму предпринимательской деятельности¹⁴⁷.

Между тем, тезис, что «коммерческий представитель – это всегда предприниматель»¹⁴⁸ не в полной мере соответствует действительности. Очевидно, что далеко не всегда, а лишь в **случаях прямо предусмотренных законом!** В Конституции РФ, помимо предпринимательской, кстати, упоминается право лица заниматься и «иной экономической деятельностью», понятие которой вообще нигде не расшифровывается. Значит если коммерческий представитель занимается не предпринимательской деятельностью, то он занимается иной экономической деятельностью, что ни в коем случае не умоляет его статуса как профессионального участника гражданского оборота! О праве лица заниматься «иной экономической деятельностью» сказано в Конституции РФ. При этом юридического понятия

¹⁴⁷ Бусыгин А. В. Предпринимательство. М., 2007. С. 373.

¹⁴⁸ Токар Е. Я. О формировании правового института коммерческого представительства // Предпринимательское право. 2010. № 4. С. 10.

«иная экономическая деятельность» в нормативных правовых актах не даётся.

Таким образом, круг лиц, которые могут быть коммерческими представителями, является достаточно определённым, более узким, чем перечень «традиционных» представителей.

Во-первых, профессиональные коммерческие представители, как правило, – предприниматели¹⁴⁹, но далеко не всегда, а лишь в случаях **прямо предусмотренных законом**. Во-вторых, юридические лица могут принимать на себя функции коммерческих представителей, если это не расходится с теми целями и задачами, которые указаны в их учредительных документах. В-третьих, законодательство содержит ряд прямых запретов в отношении выполнения представительских функций некоторыми субъектами гражданского права (например, отсутствие лицензии, стажа работы и т. п.).

Российское законодательство пошло по тому пути, который рассматривает правила о коммерческом представительстве при регламентации Гражданским кодексом договора поручения, которым традиционно в Западной Европе и оформлялось представительство. Это дало даже повод некоторым юристам отождествить коммерческое представительство с договором коммерческого представительства, заключаемого по правилам поручения¹⁵⁰.

Между тем, такая позиция, хотя и не представляется нам верной, тем не менее, все же содержит рациональный подход в определении общих прав и обязанностей сторон по договору, которые, как видится, должны применяться ко всем договорным отношениям с коммерческим представителем. Поэтому было бы более правильным общие нормы о коммерческом представительстве рассматривать именно в разделе о представительстве, а не применительно к договору поручения, поместив их либо в отдельную статью, либо в главу 10 (1) «Профессиональное коммерческое представительство».

Указанные нормы в настоящее время «разбросаны» по российскому законодательству. Кроме того, в ГК РФ необходимо предусмотреть более широкие полномочия сторонам, избравшим коммерческое представительство в установлении не только дополнительных прав и обязанностей, но и в изменении существующих положений. Последние должны применяться, если договором не предусмотрено иное.

¹⁴⁹ Там же.

¹⁵⁰ Николюкин С. В. Посреднические договоры. М.: Юстицинформ. 2010. С. 35-39.

Глава 2. Историко-юридический аспект становления и развития института коммерческого (торгового) представительства и его защиты от противоправных посягательств

*Кто докапывается до корней обычая, тот его уничтожает.
Блез Паскаль.*

§ 2.1. Становление и развитие института торгового представительства в романской правовой системе

Уже в глубокой древности образовалось оживленное экономическое и культурное общение народов, обитавших на побережьях Средиземного моря. Но особенную интенсивность приобрело это общение со времен образования римского государства, охватившего единой политической организацией большинство участвовавших в этом общении народов. Для регулирования этого экономического общения было создано то римское право, которому суждено было затем играть такую беспримерную роль в истории гражданского права всех нынешних народов Европы.

Если ошибочно было распространенное до Савиньи мнение, будто римское право с VI в. потеряло совершенно свое значение и применение, то все-таки остается верным, что влияние его было довольно ограничено до рецепции. Под этим именем понимается распространение влияния юстиниановского законодательства на западе Европы с XV и XVI вв., которое достигло признания за ним силы положительного права¹⁵¹.

В нашем исследовании мы попытаемся проанализировать историко-юридический аспект становления и развития института коммерческого представительства в романской правовой системе на примере одной из стран, право которых сформировалось и продолжает развиваться в условиях рыночной экономики.

Наиболее ярким примером романской правовой системы выступает гражданское и торговое право Франции. Именно оно, унаследовав богатейшие традиции римского частного права, преумножило их, приспособив к условиям капиталистического общества и торгового оборота, свойственного этому этапу развития цивилизации. Кроме того, французское право позволяет проследить эволюцию рассматриваемого нами института коммерческого представительства от первых этапов становления капиталистической экономики до наших дней.

Любопытно, что во Франции римское право – в противоположность тому, как это имело место при рецепции его позднее в Германии, – рассматривалось как авторитетное и ценное отнюдь не потому, что это было

¹⁵¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 50.

право Римской империи. Французские короли были заинтересованы в укреплении своего суверенитета в рамках и противовес Священной Римской империи и сохранении своего государства. Поэтому королевские юристы всячески защищали тезис о том, что римское право действовало во Франции не как навязанное Римом, а было воспринято естественным образом как обычное право или в силу присущих ему высоких качеств.

И потому во Франции рецепция римского права никогда не оспаривалась, как это было позднее в Германии. Оно применялось в той мере, насколько отвечало местным обычаям юга, или в силу большей эффективности регулирования по сравнению с кутумами на севере¹⁵².

Поэтому представляется целесообразным первоначально изложить в общих чертах дореволюционную историю развития французского права в той мере, в какой это необходимо для понимания того, как создавался Гражданский кодекс Франции. Для этого нами будет сделан краткий экскурс в историю, ограниченный рамками, который необходим для уточнения особенностей коммерческого представительства и правильного практического применения нормативного материала.

После завоевания Галлии римлянами там, как и во всех провинциях империи стало действовать римское право. Даже после крушения Западной Римской империи в 476 году оно продолжало действовать в образовавшихся на ее месте германских государствах, особенно Бургундском и Вестготском королевствах, как действующее право подданных негерманского происхождения. В 506 году король вестготов Аларих II издал закон – Брвиарий Алариха, или римское право вестготов. В нем в сокращенном виде воспроизводились и комментировались Кодекс Феодосия и другие источники римского права. Это способствовало тому, что, несмотря на великое переселение народов в V-VI вв., римское право сохранилось в южных областях Франции. На севере Франции, наоборот, после вторжения туда франков и образования ими собственного государства римское право стало вытесняться, так как у франков было собственное довольно развитое обычное право германского происхождения, которое в дальнейшем было закреплено путем придания ему внешней формы благодаря изданию ряда законов важнейший из которых – «Салическая правда».

Однако развивающаяся промышленность и торговля требовали развитой правовой надстройки, не тормозящей, но стимулирующей прогресс производительных сил и производственных отношений, и притом надстройки, выходящей за границы отдельных феодальных государств. Хозяйственные отношения выходили за пределы мелких феодальных территорий, и их правовое регулирование должно было быть адекватно им – территориально и по существу. Применение косных и дробных феодаль-

¹⁵² Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 121.

ных кутюмов (обычно-правовых норм) являлось бы существенным тормозом для развития, производительных сил¹⁵³.

Сословие купцов руководствовалось в своей профессиональной деятельности складывавшимися сначала внутри купеческих корпораций, а затем в масштабах городов, обычаями. Так постепенно формировалось право торгового оборота, которое первоначально по кругу субъектов распространялось на лиц торгового звания и называлось правом торговцев¹⁵⁴.

Историки, избегая указывать точных метрических данных, ссылаются, как правило, на рубеж XI-XII вв., когда длительный период локальных торговых связей (начавшегося с падением Римской империи) сменился началом крестовых походов и интенсификацией торгового мореплавания в Средиземном море, развитием сукноделия, установлением наземного пути между Италией и Фландрией и возникновением вдоль него постоянно действующих торговых ярмарок (Бокер, Ланю, Труа и другие).

Нормы гражданского права, часто громоздкие, требующие от участников правоотношений совершения сложных формальностей, а иногда и действий обрядового характера, не отвечали уже в те времена главной потребности торгового оборота – созданию условий для быстрого и надежного перемещения ценностей от одного субъекта к другому и при этом строгой фиксации прав на имущество. Неприемлемыми для торгового оборота оказались также принципы индивидуального подхода к оценке поведения обязанного лица без учета общепринятой в торговле практики, дух национальной обособленности гражданского права¹⁵⁵.

Торговое право во Франции возникло в условиях феодального государства, чему способствовали, с одной стороны, сословный характер общества, а с другой – усложнение и развитие торговой, предпринимательской деятельности. Первым этапом развития торгового права можно назвать право самоуправляемых гильдий. Позднее купеческий патрициат стал управлять в целых городах – республиках¹⁵⁶.

В таких городах, сначала в Италии, а потом и на севере Европы, предпринимались попытки записи торговых обычаев городов и судебных решений по торговым делам, а с развитием торговой деятельности купцов и морской торговли, укреплением рынков происходит постепенное расширение сферы действия норм обычного права, как в пространстве, так и по кругу лиц¹⁵⁷. Во Франции к этой категории относились суверенные «консульские» города юга, а в других регионах страны, где позиция местных

¹⁵³ Скаридов А. С. Международное частное право. СПб., 1998. С. 14-15.

¹⁵⁴ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. М.: Международные отношения, 1993. С. 17.

¹⁵⁵ Там же.

¹⁵⁶ Скаридов А. С. Указ. соч. С. 15.

¹⁵⁷ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 17.

обычаев также постепенно ослабевала – вольные города и города – коммуны.

Обычаи торговцев начинают применяться для урегулирования отношений не только между лицами торгового сословия, но и другими лицами, вступившими в отношения торгового характера, то есть постепенно происходит превращение права торговцев в торговое право.

Организовавшись в объединения, купцы стали вводить в гражданский оборот собственное частное право. Так возникли первые коммандитные соглашения – договор между хозяином судна и капитаном – продавцом, где ключевым являлась временная передача права собственности на груз в пользу последнего на период рейса. В таком случае капитан – продавец действовал в интересах хозяина судна за определенное вознаграждение. На капитана такого судна договором могло быть возложено выполнение или организация выполнения определенных услуг, связанных с перевозкой груза и последующей его продажей. При продаже вверенного ему груза капитан – продавец мог выступать как от собственного имени, так и от имени своего хозяина. В последнем случае в действиях капитана судна налицо признаки торгового представительства, закрепленные в современном законодательстве.

Позднее возникают положения о страховании от морских рисков, типовые положения продажи на ярмарке и в порту, техника оборота векселей как средства платежа с оплатой вне пункта сделки, превратившейся затем в долговое обязательство, а также торговые суды и институт банкротства.

В XI-XII вв. начинается ренессанс римского права в связи с изучением его постгlossаторами в Северной Италии. Это нашло сильный отклик на юге Франции. И уже в XII в. Римское право преподается в университетах Монпелье и Тулузы. Даже на Севере изучение римского права находит все большее распространение. Но при этом не происходит вытеснение обычного франкского права. Тем самым, закладывается основа для разделения французского правового пространства на две приблизительно равные сферы влияния: южных областей с их писаным правом, основанном на римском праве, и северных – с преобладанием обычного германского права (кутюмов). Граница между этими сферами влияния различных источников права проходит по устью Жиронды параллельно Луаре на восток к Женевскому озеру¹⁵⁸.

С усилением королевской власти с XIII в. местные обычаи постепенно начинают обобщаться. Влияние королей на объединение права обуславливается, прежде всего, установлением единообразия в судебной организации. Затем короли берут на себя задачу собирания и выяснения местных обычаев, задача, которая прежде выполнялась частными лицами.

¹⁵⁸ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 119-120.

Сопоставление данных о степени развития во Франции национального и торгового права к началу XIV приводит к выводу о том, что в то время как французские короли только взялись за собирание местных обычаев, нормы торгового права стали оформляться в отдельный правовой институт. Сравнение приведенных данных говорит о том, что нормы торгового права в этот период уже отмечались довольно подробной проработкой деталей и его положения применялись практически одинаково не только в самой Франции, но и во многих других странах, с которыми французское купечество вело торговлю.

Войны, без конца терзавшие Европу с начала XV столетия способствовали сокращению торговли, дефициту денежных средств и, как следствие повлекли снижение активности международного нормотворчества. Власть вынужденно централизуется, а это приводит к изменению характера правоотношений: право гильдий уступает место государственным законам¹⁵⁹.

Карл VII в 1454 году издал ордонанс Монти-ле-Тур, согласно которому провинциальным властям в сотрудничестве с комиссией королевских экспертов предписывалось записать все местные кутюмы, а уже записанные – заново пересмотреть. Такое повеление неоднократно повторялось следующими королями, и в течение XV и XVI столетий все важные кутюмы, за исключением кутюмов чисто местного значения, были переписаны и на их основе составлено несколько сборников местных обычаев¹⁶⁰.

Практическая ликвидация купеческого права и подмена его нормами национального характера, привели к необходимости выявления обычаев, регулирующих гражданские отношения между центром и провинциями. С XVI в. развитие права совершается главным образом посредством королевских указов, известных под именем ордонансов. Такие указы издавались и ранее королями (с XV в., но особенное значение они приобретают с XVI столетия). Значение их в истории права настолько велико, что дало основание германскому ученому Варнкенигу сказать – «история ордонансов – это история Франции». В истории ордонансов замечательны особенно два момента: третья четверть XVII столетия (Кольбер) и вторая четверть XVIII (д'Агессо). Ордонансы касаются преимущественно торгового права, как ордонанс торговый 1673 г. и ордонанс морской 1681 г., затем административного права, судостроительства и судопроизводства, как, например, знаменитый акт 1667 г., тогда как гражданское право мало ими затрагивается. Эта область привлекает к себе ордонансы в сравнительно

¹⁵⁹ Этот процесс отчетливо прослеживается на примере Франции и Англии. Во Франции король был обязан соблюдать феодальные обычаи – важнейшие элементы системы, на которой основывались его права сюзерена в отношении крупных вассалов. В Англии аналогичный процесс растянулся на три столетия и в итоге купеческое право растворилось в общем праве (Common Law).

¹⁶⁰ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 122.

позднее время, как, например, ордонанс 1731 г. о дарениях, 1735 г. о завещаниях, 1747 г. о субституциях и некоторые другие. Благодаря значению королевской власти, которого она достигла во Франции ранее, чем в других странах, ее ордонансы влияли на объединение французского права, разобщенного местными обычаями¹⁶¹.

Решающую роль в постепенном становлении общезаконоуложенного гражданского права сыграли известные юристы, не только профессора, но и практики: адвокаты, эксперты, королевские чиновники и судьи. Среди них следует назвать, прежде всего, Дюмулена. Он первым увидел единое право Франции в единой правовой мысли, которая пронизывала все разные по своему материальному содержанию кутюмы. Его работы – особенно знаменитый и влиятельный комментарий к первой книге парижского кутюма – направлены в первую очередь на выявление всеобщих правовых принципов. В них он критически анализирует правовое содержание сравниваемых кутюмов и следует принципу: при отсутствии обычая следует обращаться не к римскому праву, а к сходным по содержанию общим и местным обычаям Галлии.

Наряду с Дюмуленом следует также назвать Кокия (1523-1603). Он написал комментарий к кутюму графства Невер и «Институции французского права». В обоих трактатах он использует сравнительно-правовой метод для гармонизации и сближения кутюмов. Однако непосредственным образцом и ориентиром для создателей Французского гражданского кодекса послужили работы юристов XVII и XVIII вв.¹⁶²

Прежде всего, это Буржон, парижский адвокат и блестящий знаток кутюма своего родного города, который в 1720 г. написал авторитетную работу под характерным названием «Общезаконоуложенное право и парижский кутюм, сведенные к правовым принципам». Другой юрист Дома (1625-1695) был чистым теоретиком, далеким от практики, с философским складом ума. Будучи крупным систематиком, он в своей работе «Гражданские законы и естественное право» (1689) систематизировал нормы римского права, отвечающие требованиям своего времени в свете естественно-правовых идей, и тем самым внес вклад в научные основы гражданского кодекса. Но наибольшее влияние на редакторов гражданского кодекса оказал Потье. Он блестяще знал римское и кутюмное право, а его многочисленные небольшие статьи об обязательственном праве, праве купли-продажи, найма, дарения и т. д. отличаются элегантным стилем, кристальной ясностью и терминологической точностью¹⁶³.

Но, несмотря на все эти стремления к объединению, на различные изменения обычаев, единство в праве не могло быть достигнуто вслед-

¹⁶¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. С. 28-29.

¹⁶² Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С.123-125.

¹⁶³ Там же. С. 125.

ствие глубокой правовой розни между севером и югом и разнообразием местных обычаев, вследствие неприкосновенности права, обещанного некоторым провинциям (например, Дофинэ) при самом присоединении к Франции, вследствие разделения общества на сословия (дворяне, горожане) крепко придерживающиеся привилегий данных им королями во время борьбы за власть. Только революция изменила положение дел, резко порвав с историческими традициями и стремясь к полному единству Франции¹⁶⁴.

Начиная с XVI в. во Франции в недрах феодализма формируются новые, относительно более прогрессивные капиталистические отношения. Укрепление экономических и политических связей между отдельными провинциями страны содействовало сплочению населения в единую нацию.

Становление капиталистических отношений вызвало важные сдвиги в социальной структуре общества. Появляется буржуазия, первоначальное ядро которой составляли богатые купцы – поставщики, очень часто становившиеся владельцами (собственниками) промышленных предприятий.

Одновременно развиваются и товарно-денежные отношения, что приводит к оформлению единого общенационального рынка.

Однако, несмотря на все усилия, процесс унификации гражданского права Франции накануне революции был далек от своего завершения. Ко времени революции 1789 г. во Франции в основном продолжали действовать две системы права: в южной части страны – римское право; в северной части – обычное право.

Институт прямого представительства развивался во французском праве также под влиянием обычного местного права и римского, и, наконец, был окончательно признан в действующем ныне законодательстве¹⁶⁵.

Однако, влияние римского права заметно в произведениях французских юристов, которые внесли свой вклад в составление гражданского кодекса¹⁶⁶. Известный юрист Потье дает следующее определение мандата: «договор, посредством которого один из контрагентов доверяет ведение своих дел вместо себя и на свой риск другому контрагенту, действующему безвозмездно». В этом определении нет даже указаний на представительное полномочие, то есть на право представителя совершать сделки от имени принципала. Влияние римского права на Потье сказывается и при разрешении некоторых частных вопросов, касающихся мандата. Так, в своем сочинении она говорит что, если мандатарий исполняет юридические действия для своего принципала, хотя в пределах поручения, но от своего

¹⁶⁴ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 29.

¹⁶⁵ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 125.

¹⁶⁶ Там же.

имени, то он остается перед третьим лицом главным должником, а против принципала дается *actio utilis*.

Мы видели выше, что состояние гражданского права к концу XVIII в. во Франции характеризовалось крайней пестротой и неопределенностью, с которой не могла мириться развивающаяся экономическая жизнь. Чувствовалась повсеместная потребность в известном объединении и упорядочении гражданско-правовых норм. Естественнo-правовое настроение, господствовавшее тогда в Европе, присоединило к этому новый мотив – именно необходимость рационализирования права, построения его на новых началах разума и справедливости¹⁶⁷.

Но для воплощения этой идеи единого французского гражданского права в действительности потребовалось еще два фактора: мощный политический импульс французской революции и решительность Наполеона¹⁶⁸.

Но не только революция 1789 г. формировала дух и основные черты кодекса. В период между созывом Учредительного собрания в 1789 г. и захватом власти Наполеоном Бонапартом в стране действовало «промежуточное» право. Это право, как никакое другое, в считанные годы разрушило старый социальный порядок¹⁶⁹.

Одним из наиболее важных программных требований революции с самого начала стало создание унифицированного гражданского права. Уже Учредительное собрание провозгласило: «Следует разработать гражданские законы, единые для всего королевства». В 1793 году Комбасерос подготовил первый проект. Он содержал 697 статей и был столь всеобъемлющ и сложен, что было выдвинуто требование разработать «более простую и более философскую концепцию». Второй проект, разработанный Комбасеросом на следующий год, содержал уже 297 статей, но, однако и он был отклонен Национальным конвентом.

В 1796 г. Комбасерос представил «Совету пятисот» – законодательному органу, созданному в соответствии с Конституцией Директории, третий проект, обсуждение которого надолго затянулось и неожиданно было прервано в связи с захватом власти Наполеоном в конце 1799 г.¹⁷⁰

С этого момента работа начинает продвигаться в непрерывном темпе. После неоднократных неудачных попыток. Когда несколько проектов было отвергнуто за то, что они слишком придерживались исторических основ, удалось достигнуть желаемой цели. Комиссия из четырех человек с поразительной быстротой выработала проект гражданского уложения, в обсуждении которого принял энергичное участие сам Наполеон I, тогда еще консул. Проект был обнародован сначала по частям, а затем законом

¹⁶⁷ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 64.

¹⁶⁸ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 127.

¹⁶⁹ Там же.

¹⁷⁰ Там же. С. 129.

от 21 марта 1804 г. они были окончательно объединены, и вступили в действие под названием «Гражданский кодекс Французов»¹⁷¹.

Гражданский кодекс 1804 г. не только стал ядром французского гражданского права, но и послужил классическим образцом для кодификации частного права всей романской правовой семьи. Кодекс явился вдохновенным порождением французской революции, и весь проникнут ее реформаторским духом¹⁷². Этот кодекс действует и поныне, причем не только во Франции, но и во многих других странах мира¹⁷³.

Несмотря на некоторые новые начала, на новую форму, французский кодекс в значительной степени стоит на исторической почве. Материалами для составителей послужили прежние местные обычаи, ордонансы, римское право и даже французская научная литература, особенно труды знаменитого юриста XVIII в. Потье¹⁷⁴.

Предпосылки возникновения представительства как самостоятельного правового института во Франции, как и в других странах континентальной Европы, появляются одновременно с формированием развитого товарного производства. К этим предпосылкам относятся: концентрация производства, делающая необходимым обособление функций, связанных с обращением капитала, и создающая экономическую возможность для широкого использования услуг представителей. Обострение проблемы реализации товарной продукции и освоение новых рынков, необходимость постоянного снижения издержек обращения и ускорения оборота капитала, создание благоприятных условий для присвоения предпринимателями большей прибавочной стоимости и, следовательно, большей прибыли¹⁷⁵.

Гражданский и торговый оборот порождал новые отношения между его участниками, которые еще не были урегулированы в законодательном порядке, но уже были известны в судебной и арбитражной практике.

Гражданское право Франции, унаследовав богатейшие традиции римского частного права, преумножило их, приспособив к условиям современного общества и торгового оборота. Вместе с тем нельзя не учитывать, что Франция относится к числу тех стран, где хозяйственная деятельность, осуществляемая в качестве промысла с целью извлечения прибыли, регулируется нормами так называемого торгового права.

Франция была первой страной, где проблема создания нового гражданского и торгового законодательства, единого на всей территории государства, была успешно решена. Наряду с Гражданским кодексом 1804 г. во Франции действует Торговый кодекс 1807 г. Оба этих нормативных акта с

¹⁷¹ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 29.

¹⁷² Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 118.

¹⁷³ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 36.

¹⁷⁴ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 30.

¹⁷⁵ Субботин Н. А. Указ. соч. С. 9-10.

изменениями и дополнениями являются действующими законами до настоящего времени.

Однако до появления торгового права в современном его понимании необходим был период длительного исторического развития, на котором от первоначальной записи обычаев, простой фиксации, от отдельных попыток кодификации торговых обычаев французский законодатель пришел к созданию единого кодифицированного нормативного акта.

Франция принадлежит к числу стран с так называемой дуалистической системой частного права, где наряду с гражданским правом особой отраслью законодательства является торговое право.

Наблюдается интересное явление, когда в одном государстве для регулирования, казалось бы, однотипных имущественных отношений в области частного права применяются два закона – гражданский и торговый, имеет место своеобразная двойственность в законодательстве, регулирующем частнопрововые отношения¹⁷⁶.

В задачу торгового кодекса с самого начала входило установление специальных правил, которые регулировали бы взаимоотношения между торговцами. До революции наиболее значительные усилия в этом направлении были предприняты во Франции при Людовике XIV, министр финансов которого Кольбер способствовал разработке и введению в действие на всей территории королевства двух ордонансов – Ордонанса о торговле 1673 г. и Ордонанса о мореплавании 1681 г., в значительной степени способствовавших унификации правового регулирования торговых операций на территории Франции. Ордонансы известны как Ордонансы Кольбера, и ряд идей и принципов этих нормативных актов дожил до наших дней, будучи основой Французского Торгового кодекса 1807 г., действующего во Франции и сейчас¹⁷⁷.

Развитие института представительства в большинстве стран Европы было связано с развитием капиталистического способа производства.

Гражданское и торговое законодательство Франции начала XIX в., однако, уделяло сравнительно небольшое внимание вопросам правового регулирования представительства. Предприниматель еще сам сбывал товар. Отражая условия торгового оборота того времени, Французский Гражданский кодекс отношения по представительству фактически не урегулировал, основное внимание, уделяя отношениям между поверенными и доверителями (ст. ст. 1984-2010)¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 16-18, 38.

¹⁷⁷ Там же. С. 18, 38.

¹⁷⁸ Там же. С. 92, 93.

Действующий во Франции Гражданский кодекс в целом ряде постановлений признает институт прямого представительства¹⁷⁹. Ст. 1984 Французского Гражданского кодекса, с момента его появления, трактовала мандат только как представительное полномочие. Многие из французских цивилистов того времени полагали, что упомянутая статья применима и к договору поручения, где мандатарий действует от своего собственного имени. Однако, такое воззрение, как верно заметил Н. О. Нерсесов, не находило для себя оправдания ввиду явного смысла этой статьи, не допускающего никакого сомнения¹⁸⁰.

В континентальной Европе между действиями от собственного и от чужого имени проводится четкая разграничительная линия. Во Франции, однако, исходят не определения «поручения» (Mandat) в ст. 1984 Французского Гражданского кодекса, хотя она гласит, что «мандатарий» («доверенное лицо») должен действовать «за» и «от имени» «манданта» («доверителя»)¹⁸¹.

Для правильного подхода к оценке понятия представительств во Французском Гражданском кодексе нельзя обойти вниманием ст. 1119 ГК, которая в виде общего правила устанавливает, что всякий желающий приобретать обязательства в своем лице, должен контрагировать лично. Признание за подобным правилом, напоминающим римское *alteri stipulari nemo potest* значения безусловного юридического принципа должно исключать, по логической последовательности, возможность не только договоров в пользу третьего лица, но и представительства. Между тем положительное французское законодательство признает как первый из упомянутых институтов под известными условиями, так и второй. Таким образом, правило, установленное ст. 1119 Французского Гражданского кодекса оказывается совершенно изолированным и несогласным с другими постановлениями того же законодательства¹⁸².

Существование подобного правила во Французском Гражданском кодексе объясняется историческим происхождением его, а именно тем обстоятельством, что редакторы Гражданского кодекса заимствовали его от Потье, который в свою очередь заимствовал это правило без всякой критики из римского права¹⁸³.

Поручение в смысле Французского Гражданского кодекса имеет место и в том случае, когда «мандатарий» действует, как и комиссионер, от собственного имени. Art 94 Code de commerce определяет комиссионера

¹⁷⁹ В юридической литературе прямое представительство признается начиная с XIX века.

¹⁸⁰ Нерсесов Н. О. Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. М.: Статут, 1998. С. 126.

¹⁸¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 2. С. 149.

¹⁸² Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 125-126.

¹⁸³ Там же. С. 126.

как лицо, действующее от своего имени, но за счет комитента. Такой комиссионер признается единственным юридическим субъектом по сделкам, совершенным им в пределах данного ему поручения. Между комитентом и третьим лицом не возникает непосредственных юридических отношений¹⁸⁴. Но редакторы Торгового кодекса поступили непоследовательно, признав и таких комиссионеров, которые действуют от имени комитента¹⁸⁵. В первом из этих случаев речь должна бы идти, согласно доктрине, о «поручении без представительства». Прямые же правовые последствия для «манданта» возникают лишь при «представительстве», обязательным условием которого является ведение дел от чужого имени¹⁸⁶.

Во второй половине приведенной ст. 94 Французского Торгового кодекса закреплено положение, что «обязанности и права комиссионера, действующего от имени комитента, определены в кодексе Наполеона, книга III, титул XIII. «Подобная форма комиссионерства есть не что иное, как один из видов рассматриваемого нами торгового представительства, о котором, французское законодательство XIX начала XX вв. ничего не говорит¹⁸⁷.

Французский Гражданский кодекс отвечал интересам и потребностям буржуазии XX в. Ему, правда, не удалось избежать многочисленных технических погрешностей и неточностей, что наряду с обилием рамочных норм представляло широкие возможности для толкования. Это обстоятельство в процессе функционирования кодекса во времени было эффективно использовано в судебной практикой и доктриной в нормотворческих целях. Этим можно объяснить, что Французский Гражданский кодекс получил распространение не только среди романских народов Европы, особенно восточной, но и на Ближнем Востоке, в Центральной и Южной Америке и даже в ряде европейских стран, особенно в Германии, долгое время оказывал влияние на их правовое развитие¹⁸⁸.

К настоящему времени во многих областях французский законодатель изменил редакцию Гражданского и Торгового кодексов и постоянно адаптирует ее к социальной действительности. Многие их положения отменены, много добавлено нового, а то, что осталось в первоначальной редакции, применяется сейчас совершенно иначе, чем в начале XIX в.

Торговый кодекс подвергся весьма существенным изменениям уже вскоре после принятия. Закон 1838 г., например, изменил право о несостоятельности, Закон 1867 г. по-новому регулировал правовое положение Ак-

¹⁸⁴ Delamarre et Lepoitvin. Traite' the'orique et pratique de droit commercial, т. III; и след. Pardessus «Cours de droit commercial», 5-е изд. Т. II и др. Цит. по: Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 127.

¹⁸⁵ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 127.

¹⁸⁶ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 2. С. 149.

¹⁸⁷ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 127.

¹⁸⁸ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С.152-153.

ционерных обществ и т. д. Среди мероприятий более позднего периода следует особо упомянуть полную реформу вексельного права, проведенную после присоединения Франции к Женевской вексельной конвенции 1930, Закон о торговых товариществах 1967 г. Таким образом, в настоящее время основное значение имеет уже не сам кодекс, а нормативные акты, дополнившие и изменившие многие его положения.

Французский торговый кодекс не совершил такого триумфального шествия по всему миру, как гражданский. Это объясняется и архаичностью норм, и сравнительной бедностью его содержания и невысокими техническими качествами. Но все же и он оказал влияние на законодательства ряда стран (Бельгии, Голландии, Греции, Испании, Португалии и др.)¹⁸⁹.

Что касается гражданского кодекса, то он хотя и сохранился в относительной неприкосновенности гораздо дольше, чем торговый, однако претерпел также существенные изменения.

О высокой степени восприимчивости Гражданского кодекса к изменениям в законотворчестве, судебной практике и доктрине, вызываемым современным развитием, можно судить по ному факту, что, несмотря на довольно частые призывы к его радикальной реформе, все попытки сделать это не привели к практическим результатам. Уже к вековому юбилею Гражданского кодекса в 1904 г. была создана комиссия по его реформе, состоящая из 100 человек, причем членами ее были не только юристы.

Работа этой комиссии окончилась ничем. Новая энергичная попытка реформирования Гражданского кодекса была предпринята после второй мировой войны. В 1945 г. была создана комиссия по реформе под председательством профессора Жюлио де ла Морандьера, состоящая только из двенадцати членов. Эта комиссия разработала в 1954 г. проект вводной и первой книг Гражданского кодекса о физических лицах и семейном праве. В 1961 г. был подготовлен проект второй книги о наследственном праве и дарении. Но до практического осуществления этих проектов дело так и не дошло. А в последние годы деятельность этой комиссии вообще застыла. И французский законодатель удовлетворился вместо этого, лишь частичной реформой Гражданского кодекса¹⁹⁰.

В результате правовое регулирование становится все более сложным и запутанным. Издаются новые нормативные акты, относящиеся к различным сферам экономической и общественной деятельности. Одни из этих актов дополняют, изменяют и отменяют другие. В то же время многие положения действующих гражданского и торгового кодексов трудно совместить с новыми нормами.

¹⁸⁹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 38-40.

¹⁹⁰ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 149-150.

Сложность и запутанность усугубляются существованием так называемого делегированного законодательства, которое, как было уже сказано отменяет и изменяет ранее изданные законы. Например, декрет от 9 августа 1953 г. изменил ряд статей торгового кодекса¹⁹¹.

В результате развития торговли развиваются и различные формы торгового представительства, которым гражданское и торговое законодательство стало уделять большее внимание, предусматривая различное четкое регулирование при этом внутренних отношений между представителем и представляемым и отношений представляемых лиц с третьими лицами в связи с представительством¹⁹².

Как и во многих других странах, где существует торговое право как самостоятельная отрасль, французскому праву известно понятие коммерсанта, или купца, как участника хозяйственного оборота, правовое положение и сделки которого подчинены специальному регулированию. Коммерсантами выступают предприниматели – индивидуальные или коллективные лица. Статус участника хозяйственного оборота как коммерсанта определяется природой сделок и других хозяйственных операций, которые он совершает либо осуществлением хозяйственной (коммерческой) деятельности в виде предпринимательства. Последняя понимается как хозяйственная деятельность, которая проводится лицом на профессиональной основе в виде обычного промысла с использованием профессиональных знаний и опыта, с одной стороны, и осуществлением лицом ее от своего имени, т. е. в качестве самостоятельного хозяйственного деятеля, – с другой стороны.

В ст. 10 Торгового кодекса, записано, что «коммерсантами являются лица, которые совершают торговые сделки в процессе осуществления своей обычной профессии». Иными словами, статус коммерсанта определяется торговым характером заключаемых в виде промысла сделок, причем перечень их определяется в самом законе. Этот перечень операций, признаваемых торговыми, приводится в ст. ст. 632 и 633 Французского Торгового кодекса и включает широкий круг сделок. По признаку осуществления таких операций коммерсантами признаются как юридические, так и физические лица. Представительство, осуществляемое лицами, не находящимися в служебных отношениях с предпринимателем, а являющимися самостоятельными торговыми деятелями широко используется в современном торговом обороте. Специально регламентирует торговое представительство, используемое коммерсантами декрет 1958 г. Нормы гражданского законодательства применяются здесь постольку, поскольку отсутствует регулирование соответствующих правоотношений в специальном торговом зако-

¹⁹¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 39-40.

¹⁹² Там же. С. 93.

нодательстве. Торговым агентом, в соответствии с декретом 1958 г., признается лицо, которое, не являясь служащим, самостоятельно в виде промысла занимается заключением сделок по купле-продаже, найму или предоставлению услуг от имени или за счет промышленных предпринимателей или купцов¹⁹³.

По закону в качестве торгового агента во Франции могут действовать как физические, так и юридические лица. Торговый агент, которому поручено заключать сделки, является представителем предпринимателя.

Будучи самостоятельными торговыми деятелями, торговые агенты во Франции вправе осуществлять представительство нескольких предпринимателей, за исключением предпринимателей-конкурентов.

§ 2.2. Коммерческое (торговое) представительство согласно германской правовой традиции

Римское право оказало существенное влияние и на развитие другой правовой системы – германского права. Вопрос о том, следует ли проводить различие между романской и германской правовыми семьями в рамках правовых систем стран континентальной Европы, возможно, является спорным. Конечно, романская и германская правовые семьи имеют между собой гораздо больше общего, чем каждая из них с общим правом. Однако одного этого обстоятельства, по-видимому, недостаточно, чтобы игнорировать различия в стилях, которые сложились в континентальном праве¹⁹⁴.

Логичность и целесообразность отнесения правопорядков Франции и Германии, как основных представителей романской и германской правовых систем, к различным правовым семьям становятся особенно очевидными при сравнении путей их исторического развития. С этой целью ниже следующее изложение истории развития и становления института коммерческого представительства будет неразрывно связано с историей немецкого частного права.

Германские племена, вторгшиеся в римские владения, сохранили за бывшими римскими гражданами возможность пользоваться римским правом, дав им в руководство *Leges romanae*¹⁹⁵. Вместе с тем в области права новые народы германского корня принесли с собой собственные национальные обычаи, свое собственное германское право. А это право во многих отношениях представляло собой полную противоположность римскому¹⁹⁶.

¹⁹³ Там же.

¹⁹⁴ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 204.

¹⁹⁵ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 27.

¹⁹⁶ Покровский И. А. Указ. соч. С. 51.

Если римское право покоилось на определенном писаном законе, то германское право состояло из неписаных, живущих только в народной памяти обычаев, часто лишенных надлежащей ясности и определенности¹⁹⁷.

Вместе с тем германцы составили памятники своего народного права. Составление таких сборников начинается с конца V столетия и особенно энергично ведется в течение VI в. Каждое племя имело свой памятник права. Сила каждого из этих сборников распространялась не на всех живущих в пределах данного племени, а на всех, принадлежащих к племени, где бы они ни находились. Отсюда видно, что в то время господствовал не территориальный, а личный принцип права¹⁹⁸. Кроме того, германское право даже внутри каждого племени дробилось по сословиям: оно было одним у крестьян, другим у горожан, третьим у дворян и т. д.¹⁹⁹

С точки зрения материального содержания, германское право также далеко отстояло от римского. В то время как это последнее образовалось на почве высоко развитой экономической жизни и оживленного торгового обмена и отражало в себе всю тонкость и сложность развитых отношений, германское право было приспособлено лишь к крайне несложным условиям натурального хозяйства. В то время как римское право было построено на начале полной хозяйственной самостоятельности индивида германский быт был полон еще принципами примитивного коллективизма – семейного, родового, общинного. С течением времени ко всему этому присоединились еще путы феодализма.

Таким образом, в начале средних веков в западной половине европейского континента римское и германское право стояли друг против друга как две полные противоположности, как два друг другу совершенно чуждые мира²⁰⁰. В этот период все обязательственное право стояло на самой примитивной ступени развития. Первые законодательные памятники Германии содержали в себе главным образом постановления уголовного права. Гражданский элемент в них был представлен в самой незначительной мере. В основном это были обязательства, удовлетворявшие потребностям патриархального хозяйства (мена, продажа, отчасти заем).

Торговля была развита слабо, так как господствовало натуральное хозяйство. Естественно, что в таких условиях германскому праву не было известно понятие коммерсанта, купца или предпринимателя, т. е. лица, совершающего торговые сделки в виде промысла с целью извлечения прибыли.

Таким образом, на этой стадии развития говорить о таких обязательствах, в которых, вместо одной стороны действует другое лицо от имени и в интересах представляемого, не приходится.

¹⁹⁷ Там же.

¹⁹⁸ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 27-28.

¹⁹⁹ Покровский И. А. Указ. соч. С. 51-52.

²⁰⁰ Там же. С. 52.

Если на первых порах экономическая жизнь новых народов характеризуется примитивной простотой и несложностью, то с течением времени она развивается и усложняется. Вместе с тем, как в свое время в старом Риме, все сильнее и сильнее начинает ощущаться потребность в освобождении индивида от всех тех пут, которые связывали свободу хозяйственной деятельности. Представляется, что экономический прогресс возможен только под условием признания свободы хозяйственной инициативы и самостоятельности, и соответственно этому развивается тяготение к нормам более индивидуалистическим, чем старогерманские обычаи²⁰¹.

С другой стороны, по мере того, как заканчивается «великое переселение народов» и жизнь этих новых деятелей всемирной истории приобретает более спокойный и упорядоченный характер, между ними возникают мирные экономические отношения. Возрождается международная торговля. Появляются знаменитые в истории средневековья ярмарки. Расцветают торговые города. На почве этой международной торговли возникает потребность в едином вненациональном праве, которое могло бы объединить в деловых сношениях *франка* и *лангобарда*, *бургунда* и *гота*, и при том в праве настолько развитом, чтобы оно могло регулировать те тонкие отношения, какие естественно возникают по поводу торговли и кредита и какие совершенно чужды землевладельческому укладу. Говоря иначе, возникает снова потребность в праве общем, универсальном²⁰².

Вскоре после смерти Карла Великого созданная им империя распалась на части, которые образовали собой современные европейские государства – Францию, Германию, Италию. В этот период времени, следующий за политическим обособлением Германии прежние источники права, *Leges barbarorum* и *Capitularia*, приходят в забвение. Прямой отмены их со стороны законодательной власти не было, но они сами собой вышли из употребления, вследствие изменившихся бытовых отношений. Однако народное право, которое внесено было в *Leges barbarorum*, связанное со всей прошедшей жизнью германцев, понятно, продолжает действовать и развиваться и далее. До XIII в. германское право остается чисто обычным и неписаным: оно живет в сознании народов и выражается в решениях суда, в котором участвует народный элемент²⁰³.

Мало-помалу, в значительной степени под влиянием римских образцов появляются и обработки национальных обычаев²⁰⁴.

Выше всех таких произведений стоит Саксонское зеркало. Документ датируется примерно 1230 г. Его составил судья Эйке фон Репгау. Другой частный сборник – Швабское зеркало, составленное около 1275 г. неиз-

²⁰¹ Там же. С. 53.

²⁰² Там же.

²⁰³ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 28-31.

²⁰⁴ Покровский И. А. Указ. соч. С. 54.

вестным лицом по своему значению несколько уступает Саксонскому зеркалу.

Отсутствие такой сильной центральной власти, как во Франции, не дало возможность собрать и объединить обычное право, а рецепция римского права надолго задержала развитие германского права из народных исторических начал²⁰⁵. Разные народы в разное время ознакомились с римским правом. В Германию оно пришло сравнительно поздно, в основном в середине XV в.

Причины, объясняющие столь необычный характер рецепции римского права в Германии, следует искать в политическом положении страны в конце правления династии Штауфенов. В этот период происходит существенное ослабление центральной имперской власти и одновременно усиливается власть феодалов и городов. Слабость императорской власти в Германии, отсутствие прочной системы правосудия и влиятельного сословия юристов создали предпосылки для рецепции римского права в этой стране. Но это, однако, еще не объясняет, почему римское право было воспринято в столь широком объеме и почему местное право, пусть даже раздробленное, оказалось неудовлетворительным. Это связывают с тем, что формы отправления правосудия в Германии не отвечали потребностям времени.

В Германии нормы местного права не были обобщены, систематизированы, защищены авторитетом государства, обогащены понятиями римского права, как это было во Франции. Местное право находилось в «преднаучном» состоянии.

Понятия и институты римского права с многообразием выработанных им понятий и формализацией правового мышления были восприняты в большинстве государственно-территориальных образований Германии и в большинстве отраслей права «в целом», «в чистом виде», без учета национальных особенностей и единой правовой культуры. Такой культуры практически не существовало. С помощью норм римского права можно было разрешить юридически даже трудные проблемы, подвергнуть их логическому анализу, раскрыть их суть, сделав предметом доступной для понимания аргументации. К этому следует добавить, что в то время римское право не было каким-либо действующим иностранным правом. Оно рассматривалось как право Римской империи. Его притязания на применение в Германии могли основываться уже только на том, что Священная Римская империя германской нации, как свидетельствует уже одно ее название, считало себя преемницей Римской империи, а германский император чувствовал себя наследником римских цезарей²⁰⁶.

²⁰⁵ Там же.

²⁰⁶ Там же. С. 205-208.

Не удивительно, что к концу XV в. немецкие юристы, знающие римское право, постепенно вытеснили малосведущих в праве практиков, и сами заняли их место.

Эти юристы, являлись университетскими профессорами, судейскими и городскими чиновниками, экспертами права, юрисконсультами феодалов и городских властей, авторами территориальных и городских правовых актов. Именно они способствовали тому, что в течение XVI и XVII вв. в результате взаимодействия реципированного римского права и действующего местного права появились «современно применяемые пандекты».

Однако время формирования единого германского права еще не наступило. Политическое бессилие империи и партикуляризм мелких и мельчайших территорий и городов препятствовали этому. В Германии лишь в некоторых крупных регионах сумели осуществить синтез римского и местного права. Это произошло в Саксонии благодаря работам Карпцова (1595-1666), в Остзейских землях – усилием Мевуса (1609-1670), в Юртемберге – на основе исследований Лаутербаха (1618-1678)²⁰⁷.

Несмотря на старания глоссаторов примирить положения римского права с требованиями жизни, противоречие между ними постоянно увеличивалось.

Относительно рассматриваемого института коммерческого представительства задача затруднялась еще и тем, что в позднейшую эпоху римского права древний принцип недопустимости заключения договора одним лицом от имени другого подвергся значительным изменениям. С одной стороны, отсутствие так называемого несвободного, необходимого представительства, а с другой – осложнение гражданских отношений и расширение торгового оборота заставляли чувствовать необходимость прямого представительства. Таким образом, этот институт образовывался и вырабатывался на почве германской юриспруденции под влиянием борьбы двух противоположных факторов: общих начал римского права и современных потребностей жизни, из которых, очевидно, второй должен был одержать верх, хотя и после продолжительного времени²⁰⁸.

Этот патологический процесс, который Бухка обрисовал с достаточной полнотой и ясностью в своей книге, завершился на почве германской юридической жизни в XVII в. полным признанием института прямого представительства на основании обычного права²⁰⁹.

Немало оказывало влияние на установление понятия прямого представительства и каноническое право. Находясь под влиянием крестьянской религии, оно отличалось характером отвлечения, объективизма, в противоположность пластическому и конкретному мировоззрению римского

²⁰⁷ Там же.

²⁰⁸ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 120-121.

²⁰⁹ Buchka Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock, 1852. С. 15, 16, 17, 18, 19.

права. В то время, когда для удовлетворения потребности в представительстве в сфере гражданского права прибегали к разным косвенным мерам и обходам для того, чтобы сохранить в неприкосновенности унаследованные от римского права принципы, каноническое право допускало применение правовых конструкций, фактически позволявших устанавливать представительство.

В XVIII в. в интеллектуальной жизни Европы происходят коренные изменения. Мощный духовный подъем, получивший название «эпоха Просвещения», характеризуется критическим переосмыслением традиционных ценностей в области религии, политики, права и культуры. Это интеллектуальное течение имело колоссальное влияние на правовую науку. Именно в эпоху просвещения родилась идея кодификации, убежденность в том, что устаревшее, раздробленное и ставшее трудным для понимания право может быть заменено единым и всеобъемлющим законодательством, которое будет иметь ясную и понятную всем структуру и материал которого будет систематизирован по определенному плану²¹⁰.

В Германии общефилософские идеи рационализма постепенно трансформировались в систему принципов частного права. Пуфендорф, Томазиус и Христиан Вольф, великие систематики своего времени, используя математически точный и построенный на логических умозаключениях дедуктивный метод, сконструировали на основе наиболее общих принципов рационализма механизм регулирования конкретных правоотношений, придав тем самым национальному праву строго упорядоченную и понятную структуру²¹¹.

Однако, рассматривая вопрос становления и развития института коммерческого представительства в германском праве, нам необходимо остановить свое внимание на взглядах Х. Вольфа. Его учение сводилось к тому, что посредством договора, который заключает доверенный или уполномоченный в интересах и в соответствии с инструкциями доверителя можно приобретать для него не только права, но и обременяющие его обязанности. Но для того, чтобы договор служил источником прав и обязанностей третьего лица, партнер по договору должен быть уполномочен на заключение такого договора этим третьим лицом соответствующим образом.

Преобладание идей естественного права в XVII столетии и пробуждение национального германского чувства вызвали возвращение к народному праву и закрепление его в форме кодексов²¹². Начало кодификации того времени было положено в 1756 г. Гражданским кодексом Максимилиана Баварского, разработанным канцлером Баварии – фон Крайтмайером. Этот гражданский кодекс представлял собой в основном лишь бавар-

²¹⁰ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 208-209.

²¹¹ Там же. С. 210.

²¹² Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 31.

ский вариант кодифицированного пандектного права²¹³. Баврский кодекс постановлял, что договор, заключенный мандатаром от имени манданта, рассматривается как бы заключенный самим принципалом. Этот последний приобретал право требования против третьего лица без всякой цессии со стороны мандатария²¹⁴.

В конце XVIII столетия, в 1794 г., в Пруссии вступает в силу кодекс под именем «Общее земское право прусских провинций»²¹⁵. Оно действовало во всех старопрусских государствах, существовавших в то время на территории этой части Германии с 1794 г. и вплоть до вступления в силу Германского Гражданского уложения. Прусское земское уложение в титуле 13, ч. 1 дает целый ряд постановлений, из которых можно заключить о признании прямого представительства.

Параграфы 1 и 85 приведенного титула заслуживают особого внимания. Первый из них гласит, что вещи и права могут быть приобретены через действие третьего. Такое правило указывает на допустимость активного представительства в сфере вещных и обязательственных прав, в противоположность общему положению римского права. Второй из приведенных параграфов говорит о пассивной стороне представительства приблизительно следующее: все, что уполномоченный сделал в силу данного ему поручения, обязывает принципала, как если бы с ним самим было совершено означенное действие. Параграф 153 того же титула в частности говорит, что кто договорился с уполномоченным, тот должен за исполнением договора обратиться к принципалу. Следующий же параграф 154 гласит, что, если уполномоченное лицо заключило договор от своего имени, то контрагент может требовать исполнения только от него²¹⁶.

Большое значение в то время имели вопросы о приемлемой систематизации правовых норм, регулирующих представительство, и о том, как придать этим систематизированным нормам форму закона. При этом речь шла о соотношении договора, связывающего доверителя и поверенного, и «доверенности», выдаваемой поверенному доверителем на ведение дел этого последнего, в которой предусматривалось также предоставление поверенному право представлять доверителя при заключении договора с третьими лицами. Раньше между этими двумя документами не делали различия. Считалось, что доверенность основана на договоре поручения и они более или менее идентичны²¹⁷.

Поэтому в Австрийском Гражданском уложении 1811 г. с параграфа 1002 начинается раздел «О доверенностях и других видах ведения дел», а также о «Договоре поручения». В Австрийском Гражданском уложении

²¹³ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 211.

²¹⁴ Нерсесов Н.О. Указ. соч. С. 122.

²¹⁵ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 31.

²¹⁶ Нерсесов Н.О. Указ. соч. С. 121.

²¹⁷ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 150-151.

говорится преимущественно о представительном полномочии, что видно из параграфа 1002, определяющего, что договор, с помощью которого одно лицо принимает на себя ведение порученного ему дела от имени другого, называется договором полномочия. Австрийское Гражданское уложение довольно ясно признает институт представительства с активной и пассивной стороны. Параграф 1017 этого законодательства постановляет, что из договоров, заключенных поверенным от имени другого, возникают непосредственные юридические отношения между последним и третьими лицами. Инструкция, данная поверенному, не вредит третьему лицу²¹⁸.

Разнообразие и неопределенность источников, многочисленность местных прав должно было, естественно, возбудить мысль об объединении гражданского права. Эта идея возникла в Германии во время сильного пробуждения национального чувства, после народных побед, обнаруживших значение объединенных сил. Так было после низвержения Наполеона I, то же повторилось после Франко-прусской войны²¹⁹.

Потребность в объединении и упорядочении гражданского права, вызвавшая издание упомянутых кодексов в Пруссии и Австрии, существовала, конечно, и в других частях Германии. Как уже было сказано выше, совместная борьба с Наполеоном I и освобождение германских государств от французского владычества создали среди немцев общий национальный подъем и стремление к большему взаимному сближению²²⁰.

До объединения Германии в XIX в. на территории почти каждой Германской земли действовали свои нормы права. Лишь некоторые земли имели свое собственное кодифицированное законодательство. В других областях по левому берегу Рейна, отошедших к Франции по Люневильскому миру с 1801 г. действовал Французский Гражданский кодекс. В некоторых других отдаленных прибрежных областях Пруссии. Равно как и в Великом герцогстве Баден, действовал Французский Гражданский кодекс 1804 г. в слегка трансформированном виде в «Баденском земском праве», поскольку с помощью ряда разъясняющих добавлений, осуществленных Брауэром, был приспособлен к функционированию в немецких условиях. Наконец, в Германии действовало так называемое Общее право, представляющее собой римское право, кодифицированное Юстинианом. Правда, при рецепции туда был внесен ряд изменений, вызванных главным образом необходимостью приспособить старое право к новым потребностям. Оно называлось общим правом потому, что применялось субсидиарно на всей территории Германии в тех случаях, когда тот или иной вопрос не ре-

²¹⁸ Нерсесов Н.О. Указ. соч. С.122.

²¹⁹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 32.

²²⁰ Покровский И. А. Указ. соч. С. 66.

гулировался местным правом. Кроме того, в некоторых частях Германии оно было единственным источником права²²¹.

Совершенно очевидно, что такая пестрота гражданско-правовых норм мешала нормальному деловому обороту и, следовательно, развитию рыночных отношений. Помимо того, в кодификации большинство немецких земель сохранились чисто феодальные нормы, не только совершенно непригодные для регулирования новых экономических отношений, но и препятствовавшие их нормальному развитию²²².

Именно эти предпосылки способствовали возникновению мысли о желательности единого Гражданского кодекса, который объединил бы нацию и создал бы базис для экономического общения. Потребность в этом последнем была настолько велика, что высказывались даже мысли о рецепировании французского кодекса. В противовес этому течению выступил в 1814 г. гейдельбергский профессор Тибо в своей книге «О необходимости для Германии единого гражданского права» с призывом к созданию собственного общегерманского гражданского уложения²²³.

Однако неблагоприятная для предложений Тибо политическая ситуация в Германии усугублялась энергичным противодействием общепризнанного главы исторической школы права, одного из классиков немецкой юриспруденции – Фридриха Карла фон Савиньи (1779-1861)²²⁴. В ответ на предложение Тибо в том же 1814 г. появилась знаменитая по своим последствиям брошюра Савиньи «О призвании нашего времени к законодательству и правоведению». В этой брошюре Ф. К. Савиньи решительно высказывается против предложения Тибо, причем в виде мотивировки излагает свой новый взгляд на вопрос о процессе образования права и, в частности, на вопрос о роли законодательства. Право не создается единичной волей тех или других отдельных лиц сообразно их желанию или таким или иным предвзятым общим началам. Оно является органическим продуктом «народного духа», развивающимся самопроизвольно и незаметно, подобно языку и правам в народной истории. Что же касается законодателя, то он, в лучшем случае, может только формулировать народное правосознание, а не творить. Но даже и для такого формулирования Ф. К. Савиньи считал тогдашних юристов неподготовленными: для осуществления этой задачи необходимо тщательное изучение истории права, которой тогда почти не существовало и в создании которой Ф. К. Савиньи усматривал первую задачу правоведения²²⁵.

²²¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С.41. Цвайгерт К. Кетц Х. Указанная работа. Т. 1. С. 158-159.

²²² Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 42.

²²³ Покровский И. А. Указ. соч. С. 66-67.

²²⁴ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т 1. С. 213-214.

²²⁵ Покровский И. А. Указ. соч. С. 67.

Несколько первых десятилетий XIX в. историческая школа господствовала над умами почти безраздельно, но затем постепенно – и чем далее, тем сильнее – начинается критика ее основных положений и освобождение от ее тенденций. Виднейшим представителем этого критического отношения к исторической школе является Иеринг, вышедший из ее рядов и, тем не менее, нанесший ей наиболее тяжкие удары²²⁶.

Иеринг был первым, кто в 1847 г. обратил внимание на то, что между договорными отношениями сторон – независимо от того, идет ли речь о договоре поручения, обслуживания, товарищества и т. д. – и выдачей доверенности следует делать различие.

Той точки зрения, что оба эти документа совершенно не зависят друг от друга, также придерживался Лабанд. И потому вопрос об объеме и продолжительности выдаваемой доверенности, и соответственно вопрос о том, могут ли действия поверенного иметь отрицательные или положительные последствия для доверителя, следует отделять от другого вопроса: имел ли место договор между сторонами и что должен делать поверенный в соответствии с содержанием этого договора за или вместо доверителя.

Эта доктрина была впоследствии реализована не только в Германии. Она лежит в основе почти всех современных гражданских кодексов. Кроме того, ее последствием стало то, что между нормами, регулирующими выдачу доверенностей, их объем, продолжительность и отзыв, и нормами, регулирующими договорные отношения сторон, было установлено четкое разграничение²²⁷.

В середине XIX в. начала проявляться тенденция к унификации немецкого частного права, в первую очередь благодаря космополитизму торгового права и ценных бумаг. В этой сфере удалось унифицировать вексельное право благодаря введению закона о вексельном обращении в 1848 г. и торговое право посредством Всегерманского торгового кодекса в 1861 г. Оба этих закона постепенно вступили в силу во всех государствах Германского союза в одинаковой редакции. В 1869 г., еще до завершения политического воссоединения Германии, вексельное и торговое право германских земель было объединено²²⁸.

Однако, благодаря исторически сложившимся обстоятельствам, установившемуся разобщению между составными частями Германии, последняя, как уже отмечалось, не обладала общими для всего государства источниками права, а что касается гражданского права, то к его унификации приступили только после образования единой Германской империи²²⁹.

²²⁶ Там же. С. 69.

²²⁷ Цвайгерт К. Кетц Х. Указ. соч. Т. 2. С. 151.

²²⁸ Там же. С. 217-218; Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 42.

²²⁹ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 32; Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 42.

До создания Германской империи в 1871 г. отдельные германские земли все еще были представлены в основном разобщенными, самостоятельными государствами со своими частноправовыми системами, среди которых наиболее развитыми были баварская, прусская и саксонская. Последняя, в частности, была представлена высоким по своему юридическому уровню Саксонским гражданским уложением, изданным в 1863 г. и вступившим в силу в 1865 г.²³⁰

При его анализе остановимся лишь на интересующем нас вопросе правового регулирования института представительства. В параграфе 788 говорилось, что объявление воли представителем в пределах данного ему полномочия действует так, как если бы оно было объявлением воли самого представляемого. Из договора подобного представителя возникали непосредственные требования между представляемым и лицом, с которым заключен договор²³¹.

Другим, заслуживающим нашего внимания, кодифицированным актом, дающим постановления о представительстве, как об общепризнанном институте, является проект Гражданского кодекса для королевства Баварии 1861 г. От имени всех, говорится в art. 31, ч. 1 этого проекта, без различия – будут ли они дееспособны или нет, могут быть совершаемые юридические сделки через представителя, за исключением некоторых случаев, определенных законом. В мотивах к этому проекту сказано, что сделка представителя действует совершенно так, как если бы она была заключена лично самим представляемым и потому в лице последнего непосредственно возникают права и обязанности из договора представителя. Подробные постановления о взаимных отношениях представляемого, представителя и третьего лица даны во второй части, книги II, отдела 15, «договор поручения или полномочия», где перемешаны определения института поручения с представительным полномочием. В ст. 705 этого отдела определяются с большой подробностью признаки представительства следующими словами: «По сделкам, совершенным поверенным в пределах полномочия и от имени доверителя, последний непосредственно уполномочивается и обязывается, как если бы он сам их совершил. Представитель в этом случае не приобретает никакого иска и не может быть привлекаем к ответственности»²³².

Изложенное свидетельствует, что в приведенных немецких законодательных памятниках признается прямое представительство, как это видно из содержания их цитированных положений, касающихся рассматриваемого института. По всем этим законодательствам представитель как таковой освобождается от всяких личных юридических отношений со своим

²³⁰ Бергман В., Суханов Е.А. Вступительная статья // Германское право / под ред. В. В. Залеского. М.: МЦФЭР. Т. 1. С. 8.

²³¹ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 122.

²³² Там же. С. 122-123.

контрагентом, если только он не переступил данного ему полномочия. В последнем случае третьему лицу дается право обратного требования уплаченного и возмещения убытков лично от мнимого представителя или же право окончательного отступления от договора²³³.

Вместе с тем нельзя не учитывать, что все рассмотренные в этот период законодательные памятки по многим частным вопросам следуют римскому праву, что и подтверждается их некоторыми принципиальными положениями, касающимися рассматриваемого института, которые несовместимы ни с логическими основаниями прямого представительства, ни с требованиями современной им жизни. Например, Гражданский кодекс Максимилиана Баварского (ч. IV, tit. 9, параграф 7) гласит, что третьи лица могут предъявлять личный иск и против представителя, насколько последний имеет в руках имущество своего доверителя, размером которого (имущества) ограничивается ответственность представителя. Такое же противоречие просматривается в постановлениях прусского земского уложения (ч. II, tit. 8, параграфы 541 и 542) о торговой прокуре (специальный вид представительства). В указанных параграфах прусского уложения говорится, то всякое лицо, вступающее в сделку с уполномоченным приказчиком, имеет право выбора между своим контрагентом и его принципалом. При этом личная ответственность приказчика имеет место лишь за период времени сохранения им своего знания и ограничивается размером имеющегося у него в руках имущества хозяина. В прусском уложении есть и другое, аналогичное с этим, постановление, касающееся представителей юридических лиц, а именно параграф 156 этого уложения (ч. 1, tit. 13) дает третьему лицу право выбора между своим контрагентом и сами учреждением, представителем которого выступает контрагент²³⁴.

Очевидно, что приведенные положения некоторых из германских законодательных актов противоречат современной теории представительства. Согласно доктрине представительства возможно только одно из двух. Либо контрагент действует от своего имени, значит, он один и считается юридическим субъектом, причем внутренние отношения между ним и другим лицом (мандантом) не влияют на видоизменение юридических отношений настоящих контрагентов. Либо же контрагент выступает в качестве чужого представителя, и тогда он не может подлежать какой бы то ни было личной ответственности, и иск, возбужденный против него должен быть оставлен без удовлетворения вследствие отвода, предъявленного ответчи-

²³³ Параграфы 150, 151 Прусского уложения. Титул 13, ч. 1, art. 710 проекта Баварского уложения.

²³⁴ Хотя в приведенном постановлении Прусского уложения говорится о таком представителе юридического лица, который совершает сделку от своего имени, но там же прибавлено, что представительное качество такого представителя вытекает из фактических обстоятельств.

ком (представителем) о том, что иск по всей целости относится к другому лицу²³⁵.

Острота проблемы обуславливалась еще и тем, что в некоторых из многочисленных действовавших в то время законодательных актах само понятие представительства давало повод к неточному и неправильному пониманию. Представительство в них определялось посредством следующей формулы: сделка представителя действует так, как если бы она была заключена лично самим принципалом. Подобная формулировка, как справедливо отмечал Н. О. Нерсесов, дает повод к отождествлению – посредством фикции или просто – представителя обыкновенному посланному, т. к. из нее как будто вытекает, что личность представителя совершенно безразлична относительно заключаемой им сделки²³⁶.

Создание единого германского Гражданского кодекса стало одним из важных требований национального движения во второй половине XIX в. Стремление унифицировать действующее в Германии частное право, основываясь как на римских, так и на германских началах, было исходным пунктом в создании Германского Гражданского уложения. Большую роль в этом сыграли труды упомянутого нами выдающегося немецкого правоведа Фридриха Карла фон Савиньи, удачно систематизировавшего в своих работах частноправовые подходы и идеи²³⁷. В 1874 г. назначается комиссия для выработки проекта. Она состояла из одиннадцати членов, среди которых были два авторитетнейших пандектиста своего времени – Готтлиб Планк, либеральный политик и известный высокопоставленный судья, и Бернар Виндшайд. Только через тринадцать лет, в 1887 г., на суд общественности был представлен проект кодекса с необходимым обоснованием в Приложении. После официального опубликования в 1888 г. этот проект вызвал значительную критику, в частности из-за сложности изложения, обширности многих отдельных статей, игнорирования национальных правовых традиций и требований социальной справедливости. Но эта критика не повлекла за собой практических последствий²³⁸.

Тем не менее, в 1890 г. была назначена для пересмотра вторая комиссия, и 17 января 1896 г. пересмотренный проект был представлен рейхстагу, прошел с небольшими и в целом незначительными поправками процедуру парламентских слушаний и летом 1 июля 1896 г. был принят рейхстагом, 14 июля бундесратом, 18 августа принят и утвержден императором, а 24 августа был официально опубликован. По личному желанию

²³⁵ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 123-124.

²³⁶ Там же. С. 124.

²³⁷ Бергман В., Суханов Е. А. Указ. соч. С. 9.

²³⁸ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 218-219; Бергман В., Суханов Е. А. Указ. соч. С. 9; Покровский И. А. Указ. соч. С. 71.

кайзера вступление кодекса в силу было отложено до 1 января 1900 г.: новый век следовало ознаменовать блистательным началом²³⁹.

В книге первой «Общая часть», разделе III «Сделки» пятая глава посвящена общим положениям о представительстве. Договорное представительство, согласно Германскому Гражданскому уложению, имеет место как в том случае, когда представитель изъявляет волю в пределах данного ему полномочия, от имени представляемого, так и в том случае, когда из обстоятельств дела вытекает, что изъяснение делается от имени представляемого (параграф 164 Германского Гражданского уложения).

Ограничение представителя в дееспособности не влияет на действительность волеизъявления, сделанного представителем или адресованного ему (параграф 165). Полномочие дается представителю в форме заявления, обращенного к нему или к тому лицу, по отношению к которому представительство должно иметь место. Для такого заявления не требуется специальной формы (параграф 167). В соответствии с параграфом 171 допускается предоставление полномочий через посредство публикации. В этом случае представитель уполномочивается на совершение сделок по отношению ко всем третьим лицам²⁴⁰.

Сделка, заключенная одним лицом от имени другого без полномочия порождает права и обязанности для представляемого лишь при последующем одобрении им сделки. Такое одобрение может последовать в течение двух недель с того дня, когда другая сторона предложила представляемому выразить одобрение. На лицо, заключившее договор при отсутствии у него полномочий, переходят все права и обязанности по договору в случае отказа в подтверждении его представляемым, если контрагент знал или должен был знать об отсутствии у него полномочий. Полномочие остается в силе до тех пор, пока доверенность не возвращена доверителю или третьи лица не оповещены об ее отмене (параграф 172). Доверенность может быть аннулирована путем публикации²⁴¹.

Одновременно с Германским Гражданским уложением 1 января 1900 г. вступает в силу специальный закон для сферы торгового права и права хозяйственных организаций, а именно Торговое уложение. Корни современного торгового права Германии восходят как к старому немецкому праву, которое получило особенное развитие в торговых городах, так и к влиянию итальянского и французского права. Эти нормы были собраны в 1861 г. в «Общее германское торговое уложение», являющееся предшественником сегодняшнего Торгового уложения. Вместе с тем, вышедшее в 1900 году и действующее на сегодняшний день Торговое уложение неоднократно подвергалось изменениям, как по содержанию, так и по структу-

²³⁹ Бергман В., Суханов Е. А. Указ. соч. С. 9; Покровский И. А. Указ. соч. С. 71.

²⁴⁰ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 93-94.

²⁴¹ Там же. С. 94.

ре. Значительные изменения были вызваны изъятием из него в 1937 г. – акционерного права. В 1978 г. такие изменения повлекло принятие «Германских общих условий экспедиционного обслуживания». Дальнейшее развитие банковского права и принятие Закона «Об основных положениях баланса» способствовало в 1986 г. дополнению Торгового уложения (часть третья)²⁴².

Поскольку торговое право Германии является правом торговцев, понятие «коммерсант» имеет центральное значение. Прежде всего, это лица, которые занимаются одним из видов коммерческой деятельности, названных в законе, например, приобретением и продажей товаров, предоставлением на возмездных началах услуг и т. п. Коммерсантом является также тот, кто записался в торговый реестр в качестве такового. По закону предпринимателями признаются торговые товарищества и общества (полное товарищество, коммандитное товарищество, общество с ограниченной ответственностью, акционерное общество, коммандитное товарищество на акциях, а также европейское объединение экономических интересов, даже если оно не занимается коммерческой деятельностью)²⁴³.

Торговым представителем в соответствии с параграфом 84 Германского Торгового уложения является тот, кому как самостоятельно занимающемуся промыслом поручено постоянно посредничать для другого предпринимателя (предпринимателей) в сделках или заключать их от его имени. Наличие полномочий дает торговому представителю право на самостоятельное представительство коммерсанта вне рамок его предприятия. Именно поэтому торговый представитель является самостоятельным предпринимателем, которому доверяется посредничать, заключать и осуществлять сделки.

Торговое уложение, регулирующее отдельно торговое представительство, существует наряду с общим Гражданским уложением как специальное законодательство. Нормы гражданского права применяются к отношениям профессионального представительства только тогда, когда отсутствует специальное регулирование, установленное в торговом праве. Для сделок, заключаемых торговым представителем между предпринимателями действует торговое право, а гражданское право – лишь по мере необходимости.

Нормы торгового права, касающиеся рассматриваемого института, могут содержаться в иных законах. К этому добавляются и другие правовые источники, такие как обычное право, торговые обыкновения, модельное (типовое) регулирование и рекомендации торгово-промышленных палат, а также судебная практика.

²⁴² Бергман В., Суханов Е. А. Указ. соч. С. 5-6.

²⁴³ Там же. С. 7.

Так, в ФРГ Закон о торговых представителях 1953 г. изменил соответствующее постановление Германского Торгового уложения об агентах. В соответствии с этим законом торговым представителем является тот, кто в качестве самостоятельного предпринимателя наделен постоянными полномочиями оказывать посредничество по заключению сделок для другого предпринимателя или заключать сделки от его имени. Самостоятельным предпринимателем по закону считается тот, кто может свободно осуществлять свою деятельность.

До этого, следует отметить, Германское Торговое уложение 1897 г. являлось единственным из законодательств того времени имевшим постановления о торговых агентах. Причем в параграфах 84-92 этого уложения не проводилось строго различия между агентом, действующим самостоятельно и приказчиком, состоящим на службе у предпринимателя.

Возрастающая интернационализация торговли приводит к тому, что в международном торговом обороте все больше используются стандартные оговорки, содержание которых частично воспроизведено Международной торговой палатой в Париже в публикации под названием «Международные коммерческие термины» (ИНКОТЕРМС). В результате развития торговли развиваются и различные формы торгового представительства, которым гражданское и торговое законодательство Германии уделяет все большее внимание, предусматривая различное четкое регулирование при этом внутренних отношений между представителем и представляемым и отношений представляемых лиц с третьими лицами в связи с представительством.

В период после объединения двух Германий в тексты законов и в само Торговое уложение вносился ряд изменений и дополнений. Это вызвало, в первую очередь проведением в жизнь декретов Европейского Сообщества в связи с унификацией торгового законодательства стран-участниц ЕС.

23 октября 1989 г. было принято Переходное предписание к Закону об осуществлении директивы ЕС по координации права торговых представителей. Согласно ст. 29 к договорным отношениям торговых представителей, возникшим до 1 января 1990 г. и еще существующим на настоящий день, по-прежнему до истечения 1993 г. применялись параграфы 86, 87, 87 а, 89, 89b, 90а, 92с. Торгового уложения в редакции, действовавшей на 31 декабря 1989 г.

В связи с объединением ГДР и ФРГ в единое государство, ст. 29а, посвященная торговым представителям за пределами ЕС и представителям судовладельцев, закрепляет правило, что при применении параграфа 92с абзаца 1 Торгового уложения в редакции, действующей с 1 января 1990 г., территория Германской Демократической Республики, включая Берлин (Восточный), приравнивается к территории Европейского Сообщества.

Подводя итог проведенному исследованию, необходимо отметить, что правовому регулированию отношения коммерческого представительства в Германии, впрочем, как и во Франции, были подвергнуты только к концу XIX-началу XX вв. До этого гражданское и торговое законодательство изучаемых стран, уделяло сравнительно небольшое внимание вопросам правового регулирования, как торгового представительства, так и института представительства вообще.

Тем не менее, подобные отношения, как это показывает исторический анализ, сложились достаточно давно, хотя и использовались в основном узким кругом купцов-предпринимателей. Конечно, не представляется возможным точно определить хронологические рамки, и ответить однозначно на вопрос когда же все-таки появилось коммерческое представительство, указав определенную дату. В то же время, с уверенностью можно говорить о том, что как самостоятельный правовой институт торговое представительство возникает только тогда, когда в обществе появляются значительная потребность в подобного рода услугах. Поэтому, опираясь на результаты исследования, можно констатировать, что институт торгового представительства, как самостоятельный правовой институт появляется лишь к началу XX в., хотя отношения подобного рода уже были известны задолго до этого.

§ 2.3. Агентство и профессиональное представительство в англо-американской правовой семье

Английский правопорядок, как никакой другой, требует для правильного понимания рассматриваемого нами института коммерческого представительства тщательного изучения его исторических корней. Об этом свидетельствует тот факт, что развитие английского права шло самостоятельным путем, независимо от римского, и канонического. Поэтому оно «представляет особенность в прошедшем и в настоящее время сравнительно с правом континентальных государств»²⁴⁴. То, что в континентальной Европе различают действия «от собственного имени» и «от чужого имени», для английского юриста звучит в определенной степени непривычно, и ему остается неясным, почему лишь в первом случае действия уполномоченного могут служить основанием для возникновения собственных прав и обязанностей заказчика. Для него «представительство» имеет место, когда одно лицо в качестве «принципала» (доверителя) дает поручение другому, выступающему в качестве «агента» («доверенного лица»), действовать определенным образом «за него» и «от его имени», и в особенности заключать договоры с третьими лицами. «Представитель-

²⁴⁴ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 34.

ство» – это правоотношение, которое возникает, когда одно лицо, называемое принципалом, наделяет правом другое лицо, называемое агентом, действовать от его имени, и это другое лицо дает на то свое согласие». Правда, признается, что в данном случае преследуются различные интересы и потому требуется применение различных правил в зависимости от того, было ли ясно третьему лицу при заключении договора, что его партнером будет принципал. Точно так же с точки зрения общего права в обоих случаях речь идет об одной и той же жизненной ситуации, а именно: одно лицо по поручению другого лица и в его интересах ступает в деловые обязательственные отношения с третьим лицом²⁴⁵.

Теоретический аспект разработки рассматриваемой нами проблемы предполагает изучение таких вопросов как исторические предпосылки возникновения института представительства в английском праве, регулирование этого института, начиная с раннего английского права и далее, включая его современную регламентацию, отличительные черты института представительства в английском праве, а также проследим историю развития самого английского права в той мере, в которой это нам необходимо для более полного понятия об изучаемом правовом явлении.

Рассматривая исторические предпосылки возникновения представительства Ласк отмечал, что отношения, выражающиеся в представительстве, так же стары, как и история человечества. Однако, нормы, из которых складывается представительство, как самостоятельный правовой институт, возникли недавно. В своей основе представительство – это отношения, складывающиеся. Когда одно лицо действует за другое и под его контролем. В древние времена контролирующее лицо было хозяином, а контролируемое – рабом. Поскольку раб был просто вещью и не имел никаких прав, логично было считать хозяина юридически ответственным за действия раба, особенно если эти действия совершались по указанию хозяина²⁴⁶.

В половине V столетия в Англию вторглось германское племя, англосаксы, которое укрепились на завоеванном острове и положило основу британского государства. Вместе с собою оно принесло обычное германское право, то самое, которое нашло себе выражение в *Leges barbarorum*. От этого первого периода английской истории сохранилось очень много сборников народных обычаев, составленных как во время существования семи государств, так и во время их объединения. Особенный интерес представляют для нас законы Альфреда Великого и Эдуарда Исповедника²⁴⁷.

Вместе с тем история современного английского права начинается с 1066 г., когда норманны под представительством Вильгельма I в битве при

²⁴⁵ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 148-149.

²⁴⁶ Ласк Г. Гражданское право США (Право торгового оборота). М.: Иностранная литература, 1961. С. 274.

²⁴⁷ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 34.

Гастингсе нанесли англосаксам сокрушительное поражение и тем самым создали предпосылки для постепенного подчинения в последующие годы своему полному господству Британских островов. И хотя правовая традиция, существовавшая в англосаксонском государственном образовании была сохранена, а 1066 г. не внес в нее коренных изменений, то в дальнейшем влияние норманнского владычества в области права было столь значительным, что предыдущим периодом в развитии английского права можно пренебречь²⁴⁸.

К большим достижениям Вильгельма I и его приемников относится создание однородной, жесткой и четко упорядоченной системы вассалитета во главе с королем. Жесткая, построенная по иерархическому принципу пирамидальная конструкция централизованной власти во главе с королем и блестящие организаторские способности норманнов создавали предпосылки для дальнейшего сосредоточения управленческих функций в руках королевской администрации. Возрастающее вмешательство центральной королевской администрации в гражданско-правовую и уголовную сферы имело под собой фискальную основу. Помимо того, история источников права Англии была тесно связана с историей судебной организации²⁴⁹. В XII-XIII вв. королевская юстиция постепенно разрастается из судебного учреждения со специальной компетенцией по решению споров с участием государства в общую юрисдикцию с широкими полномочиями. Этим было положено начало развитию процесса, который в течение следующих столетий привел к сильной централизации юстиции и стимулировал унификацию права в Англии. По мере того, как росла роль права, применявшегося королевскими судьями, значение обычного права уменьшается. Таким образом, в Англии довольно рано проявляется унифицированное право, называемое по этой причине «общее право». Как мы уже показывали, во Франции процесс формирования «общего французского права» закончился только в XVI в. А в Германии становление «общего права» завершается в XIX столетии, да и то лишь в теории пандектов. Поэтому в Англии никогда не играли заметной роли такие важные движущие силы реализации кодификационной идеи на континенте, как философия просветителей, теория естественного права и практическая потребность в унификации²⁵⁰.

То обстоятельство, что основные формы английского права формировались в процессе осуществления правосудия, послужило причиной того, что в английском праве не существует четкого разграничения между материальным и процессуальным правом. В Англии до настоящего времени гражданское право не только не кодифицировано, но вообще так называемое «писаное», «статутное» право, законы и подзаконные акты зача-

²⁴⁸ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 275.

²⁴⁹ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 34.

²⁵⁰ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 277-278.

стую отходят на второй план по сравнению с прецедентным правом (case law), т. е. с нормами права, которые сложились исторически в практике английских судов. Основной смысл и значение прецедентного права состоят в том, что решение, вынесенное по какому-либо делу, является обязательным при решении аналогичного дела судом низшей инстанции. Прецедентное право состоит из двух частей: так называемого общего права (common law) и права справедливости (law of equity). Обе эти части сложились исторически. Наиболее старой частью является общее право. Возникновение его относят к эпохе Вильгельма Завоевателя, а как система оно сложилось в XIII-XIV вв. в практике английских судов того времени²⁵¹. Нормы права справедливости внешне не противоречили общему праву и не стремились вытеснить или заменить его. Более того, право справедливости содержало как бы лишь одни замечания, касающиеся второстепенных моментов, глоссы и добавления к общему праву, которые, однако, иногда приобретали исключительно важное значение и могли при случае, если быть до конца объективным, практически парализовать действие норм общего права²⁵².

Приведенные особенности английской правовой системы, безусловно, оказали определенное влияние и на становление рассматриваемого нами института представительства, что способствовало в дальнейшем появлению в этом институте ряда отличительных особенностей, не свойственных континентальной системе права. Одна из них состоит в том, что слова «представитель» и «представительство» в системе общего права имеют множество значений. В праве термин «представительство» в широком смысле включает все отношения, существующие между двумя лицами, когда одно из этих лиц действует за другое лицо и под его контролем. Представительство охватывает все разновидности отношений – от таких, которые возникают между двумя лицами, когда одно из них занято совершением наиболее простых из фактических действий, до таких, которые возникают между двумя лицами, когда одно из них занято предпринимательской деятельностью (рассматриваемый нами случай коммерческого (торгового) представительства), связанной с очень большой ответственностью. Так, например, представителем по английскому праву является как лицо, нанятое предпринимателем для очистки выгребной ямы при его летнем коттедже, так и адвокат, нанятый тем же предпринимателем для проведения за его счет многомиллионной операции²⁵³.

Таким образом, в отношениях представительства можно незаметно продвигаться от одного крайнего положения к другому.

²⁵¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 46-47.

²⁵² Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 288.

²⁵³ Ласк Г. Указ. соч. С. 75.

По раннему английскому праву это были отношения слуги и хозяина. Слуга был свободным человеком, но он был обязан подчиняться указаниям хозяина. Обыкновенно дело или торговля велись в доме хозяина или в определенном помещении этого дома, и слуга жил вместе с хозяином, составляя как бы часть его имущества. В таких условиях слуги находились почти полностью под контролем хозяина, хотя слуга был свободным человеком и обладал право – и дееспособностью и, следовательно, нес личную ответственность за свои действия. В этот период в праве не делались различия между отношениями хозяина и слуги, с одной стороны, и отношениями принципала и агента – с другой²⁵⁴.

Еще одной характерной особенностью английского права было то, что на развитие и природу института торгового представительства в значительной мере повлиял факт раннего становления в стране сословия юристов. В Англии существовало традиционное разделение юридических профессий на солиситоров и барристеров. В настоящее время под солиситером понимается агент по продаже недвижимости, имеющий подразумеваемое полномочие получать повестки и выступать в суде от имени своего клиента. Типичный английский солиситор – самостоятельный адвокат, который лично или в сотрудничестве с другими солиситрами консультирует своих клиентов по юридическим вопросам. Он ведет их дела с земельной недвижимостью, составляет договоры и завещания, берет на себя управление недвижимым имуществом и дает рекомендации по вопросам налогообложения, страхования, конкуренции и предпринимательства. Для более четкого представления об этом виде агентов, скажем, что в Англии термином «агент» («представитель») употребляется как в широком смысле, охватывающем все виды представительства и посредничества, в том числе и так называемое косвенное представительство, так и в более узком смысле, в соответствии с которым агентом является лицо, уполномоченное на заключение сделок и на совершение других действий от имени представляемого и за его счет или на посредничество между сторонами при заключении сделок ими самими. Фактически такое же положение имеет место и в США.

Уже во времена раннего средневековья, впрочем, как и сейчас, делалось различие между юрисконсультами или поверенными (*attorneti* или *attorneys*) людьми, опытными в торговых делах и консультирующими стороны по правовым вопросам, и адвокатами или барристерами (*advocati* или *pleaders*), которые специализировались на устном изложении дел в суде. В течение XVI в. противоречия между выступающими в судах адвокатами (барристерами) и юрисконсультами (атторнеями) постепенно усиливалось. Это привело к тому, что уже в конце XVI столетия все юрисконсульты (атторнеи), вступавшие в прямые контакты с клиентами, дела которых они

²⁵⁴ Там же. С. 274.

вели, осуществлявшие представительство в процессе и принимавшие участие в подготовке процесса, особенно в сборе фактического материала, были исключены из членов гильдии. Наряду с поверенными, осуществлявшими представительство в процессе на судах общего права, появились новые представители юридической профессии – солиситоры, которые выполняли те же функции, что и поверенные, но перед канцлерским судом. В 1739 г. поверенные (атторнеи) и солиситоры совместно создали «Общество джентльменов, практикующих в судах общего права и права справедливости». Оно явилось предшественником «Юридического общества», которое в наши дни является профессиональным представительством юристов, специализирующихся в области регулирования хозяйственных отношений и объединенных по единым названием «солиситоры»²⁵⁵.

Деятельность большинства солиситорских контор, которые расположены в основном в провинции, заключается не столько в подготовке, начале и ведении судебных процессов, сколько в осуществлении сделок с земельными участками. А так как в Англии поземельные книги, подобные германским, есть лишь в незначительном числе округов, да и там они не столь совершенны, то правовой титул собственника – лица, которое желает продать свой участок или обременить его каким-либо обязательством, – нуждается в тщательной проверке. Солиситоры вплоть до самого последнего времени занимали в этом бизнесе, называемом «передача правового титула» на недвижимость, монопольное положение. Сейчас их доходы от него составляют 30 % совокупных доходов, получаемых лицами этой профессии²⁵⁶.

Вместе с тем важно отметить и то, что в средневековье торговля, в недрах которой зародился рассматриваемый нами институт, в Англии осуществлялась купцами различных стран. Они постоянно переезжали из страны в страну, и с ярмарки на ярмарку и жили в соответствии с международным обычным правом, которое в значительной мере было подвержено влиянию римского права. Обычные процедуры судов общего права не подходили для правового регулирования торговых сделок. И потому в местах важнейших ярмарок и торговых центров создавались специальные торговые суды, которые применяли не общее право, а международное. Аналогичная картина сложилась и с морским правом. Здесь также в некоторых торговых городах создаются специальные морские суды. Позднее королем было создано несколько морских судов, которые применяли в основном гражданское право. Вплоть до XIX в. между торговыми судами и судами общего права шла активная борьба за утверждение своей юрисдикции. Эта борьба, в конце концов, завершилась в пользу судов общего права. В результате торговое право больше не существует в Англии как само-

²⁵⁵ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 289-292.

²⁵⁶ Там же. С. 319-320.

стоятельная отрасль права. Благодаря знаменитому судье лорду Мэнсфилду (1705-1793) оно полностью было поглощено общим правом. Тем не менее, влияние римского права на торговое и морское право оставалось относительно сильным и ощущается даже сейчас.

Макс Вебер отмечал, что правовой стиль какого-либо определенного общества отчетливо проявляется в профессиональном образовании и деятельности, в сословных организациях и экономических интересах юристов, задающих тон в этом обществе²⁵⁷. Любое посягательство на традиционные формы применения прав угрожало материальным интересам юристов-практиков, из которых состояло юридическая элита в Англии. Это объясняется тем, что в сложившемся положении механизм адаптации типовых, занесенных в реестр, контрактных и исковых форм к нормам действующего права, с одной стороны, и к интересам состязающихся стран, с другой, находился именно в их руках²⁵⁸. Эта социологическая точка зрения на профессиональную основу английского права позволяет нам понять, почему рецепция римского права почти не затронула Англию.

Вместе с тем, многообразие связей общего права с гражданским было известно Англии с давних пор. Так, уже в середине XII в. болонский магистр Викариус преподавал римское право в Оксфорде и Кентербери, когда в Германии о нем почти ничего не было известно. Церковные суды, которые норманны наделили компетенцией решать брачно-семейные и наследственные дела, касающиеся движимости, применяли римское каноническое право. Брэкстон, будучи духовным лицом, также знал римское право достаточно хорошо, но использовал его понятия и методы юридического мышления лишь в той мере, в какой это было необходимо для систематизации и приведения в порядок местного правового материала. Определенное влияние римского права можно, наконец, проследить в практике применения права справедливости лордом – канцлером. Вплоть до XVI в. он был лицом духовного звания, и все инквизиторские процедуры осуществлялись им по образцу канонического права. Но лишь однажды в истории общего права был период, когда римское право угрожало полностью занять его место или оставить ему роль субсидиарного источника. Это случилось при Тюдорах и Стюартах в XVI и XVII вв. То была эпоха великого противостояния королей, стремившихся к абсолютной монархии, и парламента. В этом споре римское право и сыскало симпатии правителей, т. к. лишь оно давало возможность обосновать легитимность политических притязаний придать королевской воле абсолютный и юридически обязательный характер. Тем не менее, всеобъемлющей рецепции римского права в Англии не произошло.

²⁵⁷ Weber M. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1956. P. 457.

²⁵⁸ Koschaker. *Europa und das romische Recht*, 1953. P. 170.

Этим объясняется то, что под термином «представительство» в английском праве в отличие от римского, не признававшего прямого представительства, понимаются в широком смысле все отношения, существующие между двумя лицами, когда одно из этих лиц (агент) действует за другое лицо (принципала) и под его контролем. Поэтому под понятие представителя подпадают и комиссионеры, и торговые представители, и коммивояжеры, и брокеры, и капитаны судов и адвокаты²⁵⁹.

Сразу же оговоримся, что под термином «торговый агент» в английском праве понимается (по смыслу Закона об агентах-факторах 1899 г.) агент, который в ходе своей обычной деятельности имеет полномочия на продажу товаров, их хранение с целью продажи, покупку товаров, получение денег под обеспечение товарами. Из определения видно, что термин «торговый агент» в английской правовой системе существенно отличается от аналогичного термина в праве Франции, понятия «торговый представитель» по закону 1953 г. в Германии, а также аналогичных понятий в континентальной системе права. Не стоит путать понятие «торговый агент» и с понятием «коммерческий представитель» по российскому праву. Последнее является более широким понятием чем «торговый агент» и более узким, чем понятие «представительство» в английском праве. Между тем формулировка «коммерческого представителя» охватывает деятельность таких видов агентов, как торговый представитель, агент-делькредере, солиситор и др. в зависимости от характера и объема полномочий, предоставленных последним.

Предпосылками становления представительства в Англии как самостоятельного правового института, впрочем, как и в большинстве стран Европейского континента, можно назвать концентрацию производства, что вело к усложнению функций управления, обострение проблемы реализации товарной продукции и освоения новых рынков, развитие торговли и банковского дела, необходимость постоянного снижения издержек обращения и ускорения оборота капитала, а также многие другие, связанные с развитием капиталистического способа производства.

Таким образом, после промышленной революции в Англии, сопровождавшейся расширением предпринимательской деятельности, предприниматели все чаще ведут свои дела на фабриках или в магазинах, полностью изолированных и отделенных от их жилого дома. На этих предприятиях было занято достаточно много людей и развилась практика возлагать на служащих исполнение работ определенного рода. Часто хозяин видел, что он не может уже лично вести свои дела, и ввиду этого уполномочивал доверенных служащих вести дела от своего имени. На этой стадии общественного развития суды стали проводить различия между отношения-

²⁵⁹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 100.

ми хозяина и слуги в случаях, когда слуга нанимался для физического труда, и отношениями хозяина и слуги, когда слуга нанимался для занятия предпринимательской деятельностью.

Внешнеполитическое положение Англии становится как никогда прочным после падения Наполеона I. Вместе с тем, для внутривнутриполитической и социальной обстановки в стране в начале XIX в. были характерны кризисные явления. Центр тяжести хозяйственной жизни все больше перемещался в сферу торговли и промышленности. В 1873-1875 гг. в Англии была проведена судебная реформа, на основании которой суды общего права и права справедливости были слиты в единую судебную систему. Материальное право в XIX в. также подверглось более сильному воздействию закона, чем когда-либо прежде. В результате к концу XIX в. торгово-экономическая сфера в значительной мере была урегулирована специальными законами: «О векселях» (1882 г.), «О товариществах» (1890 г.), «О купле-продаже» (1897 г.), «О морском страховании» (1906 г.). Что же касается других важных сфер гражданско-правового регулирования, помимо торгово-экономической, то здесь основные законы были приняты уже в XX в. Но в своем большинстве эти законы не открывали ничего нового. Их рассматривали как «кодифицирующие акты», т. е. как упорядочивающие уже существовавшие и применявшиеся судами нормы общего права²⁶⁰.

Тем не менее, принятие некоторых законов закрепило правовое положение некоторых видов агентов, услуги которых широко использовались в торговле вообще и во внешней торговле особенно. Так правовое положение консигнационного агента, или фактора, в Англии определено законом о факторах 1899 г. Помимо факторов, судебная практика Англии урегулировала и положение таких агентов как агент-делькредере, брокер, агент с исключительными правами, аукционист, а также некоторых других. Не лишним будет добавить, что на сегодняшний день почти все институты торгового права получили законодательное урегулирование.

Ряд новых нормативных актов был принят уже в связи со вступлением Англии в общий рынок, что потребовало внесения существенных изменений во многие ранее действовавшие нормы английского права. Эти изменения коснулись статутного и прецедентного права. С момента вступления Англии в Европейское экономическое сообщество (1 января 1973 г.) к числу источников гражданского и торгового права Великобритании относятся и право Сообщества. На основании закона о ЕЭС 1972 г. во внутреннее право Великобритании были инкорпорированы предписания соответствующих договоров и тех актов, изданных органами сообщества, которые являются так называемыми нормами прямого действия, или непосредственно действующем правом внутри государств-членов. В целях унифици-

²⁶⁰ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 297; 299; 302-303.

кации норм, регулирующих отношения по представительству, осуществляемому самостоятельными торговыми деятелями, Советом министров ЕЭС в декабре 1986 г. была принята директива о торговых агентах. В настоящее время принимаются меры по реализации директивы в законодательстве стран Сообщества. Достижению аналогичной цели призвана также служить конвенция, подготовленная римским международным институтом по унификации частного права и принятая в 1983 г. на Женевской Конференции. Конвенция не вступила в силу из-за отсутствия необходимого числа ратификаций²⁶¹. Помимо указанных международных актов, направленных на унификацию законодательства о представительстве, следует еще также упомянуть Гаагскую конвенцию 1978 г. о праве, применяемом к агентским соглашениям.

Безусловно, указанные нормативные акты играют положительную роль в унификации норм, регулирующих отношения по представительству. Тем не менее, их издания порождает и определенные проблемы, связанные с расхождением с урегулированием сходных отношений по английскому праву, а если смотреть более широко, то и проблемы, связанные с различными взглядами романо-германской и англосаксонской правовых систем на институт представительства вообще. Рассматривая эту проблему, нам представляется более последовательным остановить свое внимание на понятии представительства в английской правовой системе с необходимыми на правовое регулирование этого института по континентальному праву.

Отношения принципала и агента предполагают наличие трех существенных элементов. Во-первых, агент должен обладать полномочием изменять правоотношения принципала с третьими лицами и возлагать на принципала личные обязательства. Агент располагает также полномочием на применение правоотношений между собой и принципалом. Во-вторых, в сфере представительства агент должен быть доверенным лицом принципала. В-третьих, в отношении доверенных ему дел агент должен находиться под контролем представляемого²⁶². Каждое агентское соглашение создает три вида отношений: 1) между принципалом и агентом; 2) между принципалом и третьим лицом; 3) между агентом и третьим лицом.

Первое является внутренним соглашением между принципалом и агентом, истинным агентским договором. Оно устанавливает права и обязанности этих двух сторон, масштаб полномочий агента и его вознаграждение. Второе является обычным договором, например, купли продажи, но

²⁶¹ В противоположность Франции и ФРГ, где международный договор становится частью внутреннего права в силу одной лишь ратификации, в Англии кроме ратификации необходимо еще и издание специального закона. Однако, согласно п. 1 ст. 2 Закона о ЕЭС 1972 г. регламентам и директивам без принятия какого-либо нормативного акта придается правовая сила внутри страны.

²⁶² Ласк Г. Указ. соч. С. 276-277.

в него вносятся некоторые черты, обусловленные тем, что продавец заключил договор через представителя.

Третье взаимоотношение возникает только в исключительных обстоятельствах²⁶³. Исключительной особенностью английской правовой системы является то, что в отношениях представительства агент не обязан раскрывать сущность последнего перед третьим лицом. С точки зрения третьего лица, например, иностранного покупателя, здесь возможны следующие варианты:

агент не сообщает о принципе и заключает договор от собственного имени, в таком случае он действует за нераскрытого (undisclosed) принципала;

агент сообщает о принципе, но не называет его имени, например, подписывает договор от «имени наших принципалов» и, следовательно, действует за неназванного (unnamed) принципала;

агент сообщает о существовании принципала и называет его имя, действуя за названного (named) принципала.

Первый из этих трех случаев имеет особое значение для нашего исследования, т. к. раскрывает различие между концепцией агентства, которая характерна для правовых систем, основанных на Common law, включая Великобританию и США, и подходом, господствующим в континентальном праве большинства европейских стран. По английскому праву, если агент был должным образом уполномочен принципалом и заключил договор с третьим лицом от собственного имени, т. е. не раскрывая своей представительской сущности, возникают две возможности: право выбора третьей стороной и право принципала на вмешательство. Третье лицо (покупатель) по обнаружении истинных фактов может выбирать, преследовать ли ему в судебном порядке принципала или его агента. Однако если третья сторона предъявляет судебные требования против одного из этих лиц, то его право выбора ответчика прекращается, и иск против другого лица не может быть признан. В двух других случаях покупатель может преследовать в судебном порядке только принципала²⁶⁴.

Возникает законный вопрос об обоснованности жесткого разграничения действий от чужого имени и действий от собственного имени. Правовые порядки стран континентальной Европы не столь строго придерживаются этого разграничения. В них даже признается, что действия какого-либо лица от собственного имени могут породить правовые последствия для того, за чей счет это лицо действует. Но в обоих случаях определяющую роль играет экономическая подоплека действий участников. И потому следует признать, что общее право с его широким определением понятия

²⁶³ Шмиттгофф К. М. Экспорт. Право и практика международной торговли. М.: Международные отношения, 1993. С. 144.

²⁶⁴ Там же. С. 144-145.

представительства как агентства лучше учитывает это обстоятельство, чем право континентальной Европы²⁶⁵.

С другой стороны, не следует переоценивать практическое значение этого различия. Об этом свидетельствует упомянутая нами подписанная в Женеве в 1983 г. Конвенция о представительстве в международной торговле товарами. В целом можно отметить, что Конвенция представляет собой искусную комбинацию принципов континентального (романо-германского) и общего (англо-американского) права в международной торговле товарами²⁶⁶. Она регулирует ситуации, в которых действует «лицо, агент, наделенное прямо выраженной или подразумеваемой компетенцией заключать от имени другого лица, принципала, договоры с третьей стороной о купле-продаже товаров» (ст. 1 (1)). В ст. 1 (4) разъясняется, что не имеет значения, «действует ли агент от собственного лица или от имени принципала». И хотя в конвенции берется за основу широкое понятие «агентства» общего права, легко удалось достичь взаимопонимания по вопросу о разделении, объеме и прекращении действия «компетенции» агента, тем не менее, большие затруднения вызывал вопрос о правах и обязанностях принципала в случаях, когда обстоятельства таковы, что хотя договор с третьим лицом заключен агентом «от имени принципала», никто кроме этого агента не может считаться партнером контрагента по данному договору²⁶⁷.

Во всяком случае, представляется целесообразным обратить внимание на три положения Конвенции. Во-первых, конвенция допускает презюмированные полномочия. Презюмируемым или очевидным полномочием принято считать полномочие агента, которое представляется таковым другим лицам. Ст. 14 (2) Конвенции предусматривает: когда поведение принципала убеждает третье лицо добросовестно верить в то, что агент уполномочен действовать от имени принципала и что он действует в рамках такого полномочия, принципал не может предъявить требование третьему лицу со ссылкой на отсутствие полномочия агента. Во-вторых, Конвенция содержит правила о вмешательстве и выборе, когда уполномоченный агент заключает договор с третьим лицом от своего собственного имени ст. 13. В этом отношении Конвенция следует английскому законодательству и не содержит жестких правил континентального права в отношении комиссионера. В-третьих, в соответствии с принципом независимости сторон и их воли, который является фундаментальным правилом в договорном праве всех стран мира, принципал или агент, действующий в соответствии с прямыми или подразумеваемыми инструкциями принципала,

²⁶⁵ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. II. С. 149-150.

²⁶⁶ Шмиттгофф К. М. Указ. соч. С. 163.

²⁶⁷ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. II. С.150.

могут согласовать с третьим лицом вопрос об исключении всех или некоторых положений Конвенции – ст. 5.

Выше уже упоминалось, что в правопорядках стран континентальной Европы различают договоры, заключаемые поверенными с третьими лицами от собственного имени и от имени доверителя. О «представительстве» речь идет только в последнем случае и лишь тогда, если третье лицо ясно осознает, что договор должен заключаться доверенным, или если это вытекает из обстоятельств. Когда же поверенный действует от собственного имени, то имеет место «косвенное» («непрямое») представительство. И это означает, что по договору права и обязанности приобретает только поверенный, даже если при этом идет речь, как и в случае «подлинного» представительства, об исполнении чуждого ему рискованного дела и представляющего экономический интерес только для доверителя²⁶⁸.

В общем праве такого различия не делается. Если агент заключает договор с третьим лицом за счет принципала в рамках своей «компетенции», то принципал, как правило, наделяется правами и обязанностями по этому договору даже в том случае, если агент при заключении этого договора умолчал о существовании принципала и создал тем самым впечатление, что только он хочет быть стороной в договоре.

Рассмотренная выше Женевская Конвенция присоединилась в этом вопросе к общему праву. Согласно ст. 13 (2В), третье лицо в случае невыполнения агентом, являющимся его партнером по договору, своих перед ним договорных обязательств, наделяется правом требования, как к этому агенту, так и к его принципалу. Однако допускается зачет взаимных претензий между третьим лицом и агентом и между агентом и принципалом. Это означает, что принципалу, в отличие от общего права, не может быть в принципе предъявлен иск в случае, если он осуществил платежи агенту. А из ст. 13 (7) следует, что эти нормы применяются лишь в спорных случаях. Они не действуют также, если по взаимной договоренности сторон лишь агент отвечает по контрактным обязательствам перед третьим лицом.

Названные выше направления исследования проблемы различия трактовки «представительства» в англосаксонской и романо-германской правовых системах со всеми вытекающими отсюда спорными положениями, а также применение к отношениям представительства положений Женевской Конвенции не только показывают, что решение обозначенной проблемы есть, но и свидетельствуют о целесообразности комплексного подхода.

При исследовании историко-юридического аспекта становления и развития института торгового представительства в англосаксонской правовой системе нельзя обойти вниманием то обстоятельство, что в Велико-

²⁶⁸ Там же. С. 153-154.

британии нет правового единства, а действующее право основано не только на общем праве Англии.

Прежде всего, существует собственная правовая система в Шотландии, существенно отличающаяся от общего права. Но, как бы то ни было, можно с уверенностью сказать, что шотландское право наглядно иллюстрирует определенную форму симбиоза английской и континентальной правовых традиций и заслуживает отдельного исследования.

Вместе с тем нельзя не учитывать, что важное место в англо-американской правовой системе занимает, помимо рассмотренного нами английского права, еще и право США. Дальнейшая разработка нашей проблемы позволит нам затронуть целый ряд вопросов, связанных с правовым регулированием института торгового представительства в американской правовой системе.

Еще до завоевания независимости среди американских поселенцев укрепилось мнение, что в каждой из колоний в принципе должны действовать английское общее право и специально издаваемые для них английские законы. Было признано также, что общее право не будет применяться, если будет противоречить местным условиям данной колонии. Опираясь на эти принципы, американские суды уже в колониальный период, но особенно в течение XIX в., во многом модернизировали английское общее право.

Во многих штатах полномочие агента на совершение договора продажи, на установление залогов или доверительной собственности на недвижимость согласно этим законам требует письменной формы. В некоторых штатах письменной формы требует полномочие на заключение от имени принципала таких договоров, которые должны быть подтверждены письменными доказательствами, для того чтобы их можно было осуществить в принудительном порядке. По общему праву требовалось, чтобы полномочие агента на совершение договора, а печатью было выдано также за печатью. Это правило еще действует в штатах, где и поныне признается значение печати, но в большинстве штатов различие между договорами за печатью и договорами без печати было аннулировано законом.

Уже в конце XIX в. в США убедились в том, что было бы желательно регулировать отдельные определенные сферы жизни общества в разных штатах с помощью унифицированного по содержанию законодательства. Поэтому по инициативе Ассоциации американских юристов был создан национальный комитет под названием «Национальная конференция уполномоченных по разработке унифицированных законов штатов». Деятельность этой конференции в значительной мере стимулировала процесс правовой унификации, особенно в области торгового права, поскольку в этой области потребность в единообразном регулировании была особенно велика.

Наиболее важным и успешным делом конференции стала разработка совместно с Институтом американского права Единообразного торгового

кодекса. Эту работу возглавлял Люэллин, идеи которого во многом определили структуру, объем и методологию кодекса. В 1952 г. первый проект кодекса был распространен для экспертной оценки среди сотен бизнесменов, маклеров, банкиров, предпринимателей, лиц, занимающихся транспортными перевозками и складированием. С учетом их критики в 1956 г. появляется окончательный вариант, который был принят всеми штатами, за исключением Луизианы. Таким образом, ныне в США действуют в основном унифицированные нормы, единообразно регулирующие куплю-продажу, оборот векселей и чеков, складскую документацию, коносаменты, аккредитивы, долговые обязательства и т. д., а также инкассовые документы и исключительно важную область страхования кредитов²⁶⁹.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что в США федеральное право и право штатов часто сосуществуют, находясь в крайне сложных отношениях между собой. Поэтому следует исходить из проверенного правила, согласно которому право, относящееся к контролю за экономической деятельностью, является федеральным, хотя штаты в этой области часто действуют наряду с федеральными властями или, как, например, в случае с контролем за страхованием, – вместо них. Важные сферы торгового права, особенно коммерческие сделки по купле-продаже и связанные с ними платежи и страхование, регулируются штатами. Однако благодаря введению ЕТК это регулирование во всех штатах теперь имеет одинаковое содержание. Другая область торгового права, как, например, право компаний (за исключением сделок с акциями и биржевых операций, которые регулируются федеральными властями), и страховое право, составляет содержание соответствующих законодательных актов штатов, которые часто сильно различаются²⁷⁰.

При определении способности действовать в качестве принципала применяются нормы договорного права, регулирующие способность к заключению договора. Что касается несовершеннолетних, то общее правило, которому ныне следуют в США, заключается в том, что несовершеннолетние могут действовать в качестве принципалов. Тем не менее, как назначение агента, так и договоры, заключенные агентом в соответствии с полномочием, данным агенту несовершеннолетним принципалом, являются оспоримыми по усмотрению несовершеннолетнего.

В далеком прошлом английские суды считали недействительным назначение несовершеннолетним агента. Некоторые штаты следуют этим правилам и ныне, а в ряде штатов суды считают действительным назначение несовершеннолетним агента для продажи недвижимости.

Относительно правоспособности и дееспособности душевнобольных суды придерживаются, за небольшими исключениями или же без всяких

²⁶⁹ Malcolm. The Uniform Commercial Code in the United States, 1963. P. 226.

²⁷⁰ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 1. С. 377-378.

исключений, норм договорного права. Назначение агента душевнобольным, не признанным таковым в установленном порядке, а также договоры, заключенные агентом такого душевнобольного, являются оспоримыми, а не ничтожными. В соответствии с законами многих штатов договоры лица, официально признанного душевнобольным, являются ничтожными, следовательно, назначение таким душевнобольным агента недействительно²⁷¹.

Что касается торгово-промышленных объединений, таких, как корпорации, товарищества, акционерные компании, тресты, то те из них, которые способны к вступлению в договоры могут также и назначать агентов. Здесь следует отметить, что фактически вся деятельность торгово-промышленных корпораций осуществляется при посредстве агентов. Неинкорпорированная ассоциация не признается законным образованием и не имеет права предъявлять иски и отвечать по искам, иметь или передавать имущество или заключать договоры. Она не нуждается в назначении агента и не обладает способностью к этому. Если неинкорпорированная ассоциация делает попытку действовать через агента, то члены этой ассоциации будут нести обязанности лично в качестве принципалов, если они одобрили назначение агента и данные ему полномочия или одобрили действия агента.

Свои особенности в американском праве имеет и возможность действовать в качестве агента. Человек может иметь возможность действовать в качестве агента, даже если не обладает способностью заключать договора. Ласк²⁷² отмечает, что при ведении дел через агента стороной по сделке является принципал, а не агент. Правоспособность и дееспособность агента несущественны, поскольку он располагает достаточной возможностью выполнения имеющихся у него инструкций. Несовершеннолетний или даже душевнобольной могут действовать в качестве агента. Как правило, может действовать в качестве агента и товарищество. Может ли действовать корпорация в качестве агента, зависит от объема ее полномочий по уставу. Способность других видов торгово-промышленных организаций действовать в качестве агентов зависит от целей, для которых они организованы. Неинкорпорированная ассоциация не может, как таковая действовать в качестве агента, но ее члены как индивиды могут действовать в этом качестве.

Для коммерческой практики характерны несколько специальных видов агентов, которые играют важную роль в экспортной торговле.

²⁷¹ Ласк Г. Указ. соч. С. 280-281.

²⁷² Там же. С. 281-282.

§ 2.4. Становление и основные этапы развития института коммерческого (торгового) представительства в отечественной правовой системе

Рассмотрев юридический аспект и наиболее характерные проблемы правового регулирования института коммерческого представительства в романской, германской и англосаксонской правовых системах можно отметить, что в ходе проведенного анализа достаточно определенно проявились основные направления совершенствования законодательства, касающегося регулирования рассматриваемого института.

Проанализировав историю развития института добровольного представительства, а также его особой разновидности – коммерческого представительства в законодательствах Франции, Германии, Англии и США, можно прийти к выводу, рассматриваемое нами коммерческое представительство оформляется в самостоятельный институт достаточно поздно. В континентальной Европе это явление можно связать с господством римского права при нормировании представительства, в англосаксонской правовой системе со слишком широким понятием представительства вообще. В последнем случае правильнее будет говорить не о появлении такого вида как коммерческое представительство, а о различных видах агентов, выделяемых судебной практикой. Между тем, как в первом, так и во втором случае на становление и развитие института представительства повлияло римское право. В значительной степени его влияние проявилось в регламентировании этого института в континентальной системе права, в менее значительной – в англосаксонской правовой системе.

Вместе с тем, отчетливо видно, что на правовое регулирование рассматриваемого института повлияло не только римское право, но и другие факторы, в том числе и правовая система той или иной страны, обычаи, взгляды, самобытность народов их населявших, географическое положение страны, способствовавшее оживленной торговле, ее политическое положение, экономические связи с другими государствами.

В соответствии с проведенными исследованиями, по нашему мнению, целесообразно согласиться с Н. О. Нерсесовым²⁷³, который считал, что, «для законодательной регламентации и вообще для правильной юридической конструкции института прямого представительства не следует обращаться к римскому праву, с которым этот институт не имеет исторических корней. Для достижения указанной цели необходимо обратиться к изучению самой природы представительства, которая может быть выяснена из судебной практики и сравнительного исследования этого института у современных народов. Последний путь, т. е. сравнительное изучение, способен давать правильные и точные результаты, в особенности, потому, что

²⁷³ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 132.

институт представительства, в противоположность многим институтам гражданского права, отличается, по преимуществу, космополитическим характером, объясняемым однородностью потребностей, вызвавших этот институт в современном гражданском обороте».

Этот вывод особенно актуален для коммерческого представительства, зародившегося в ходе осуществления торговли, и, особенно, в настоящее время, когда последняя приобретает международное значение, а, следовательно, и требует единых норм как для ее регулирования в целом, так и для регулирования отдельных институтов, используемых при ее осуществлении.

Таким образом, в соответствии с вышеизложенными положениями, для более точного представления о рассматриваемом институте, как видится, только теперь целесообразно рассмотреть становление и развитие института коммерческого представительства в российской правовой системе. Отечественная система не столь слепо следовала канонам римского права в регулировании представительства и, по словам Н. О. Нерсесова, достигла в дореволюционной России «большей грамотности и эффективности».

Россия, в отличие от рассматриваемых нами ранее стран, расположена на огромном пространстве, объединявшем различные народы как западного, так и восточного типа. Обширная восточно-европейская равнина, на которой образовалось Русское государство, в начале нашей истории не являлась на всем своем пространстве заселенной тем народом, который доселе делает ее историю²⁷⁴. Русь с самого начала была многонациональным государством, впрочем, как многонациональным было и окружение Руси. Поэтому с самого начала в истории русского народа играли огромную роль их соседи. Все эти предпосылки способствовали тому, что не только культура, но и правовая система Руси, оказавшая влияние на появление, развитие и особенности регулирования отдельных гражданско-правовых институтов, сложилась в условиях этой многонациональности.

Г. Ф. Шершеневич различал в европейской цивилизации три элемента, под влиянием которых складывалась современная правовая система на Западе, – римский, христианский и германский. Влияние христианства обнаруживалось преимущественно на семейном праве, германское влияние – на поземельном и наследственном праве, римское – на обязательственном²⁷⁵. Причем на рассматриваемый нами институт коммерческого представительства последнее оказало достаточно большое влияние.

Сведения о начале истории нашего государства противоречивы²⁷⁶. Обращаясь к изучению первого периода нашей истории, нельзя не упомя-

²⁷⁴ Ключевский В. О. О русской истории. М., 1993. С. 13.

²⁷⁵ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 23.

²⁷⁶ Ключевский В. О. Указ. соч. С. 27-36.

ноть Повести временных лет, являющейся составной частью так называемой Начальной летописи²⁷⁷. Припомнив, как Повесть о начале Русской земли размещает славянские племена по нашей стране, легко заметить, что масса славянского населения занимала западную ее половину. Хозяйственная жизнь населения в этом краю направлялась одним могучим потоком, Днепром, который прорезает его с севера на юг. При тогдашнем значении рек, как удобнейших путей сообщения, Днепр был главной хозяйственной артерией, столбовой торговой дорогой, охватывавшей всю западную и частью восточную половину Русской равнины. Благодаря этому по Днепру с незапамятных времен шло оживленное торговое движение, толчок к которому был дан греками²⁷⁸. А торговля является той сферой общественных отношений в недрах которой, как показывает опыт Запада, зародился рассматриваемый нами институт коммерческого представительства.

Следствием успехов восточной торговли славян, завязавшейся в VIII в., было возникновение древнейших торговых городов Руси. Большинство из них вытянулось длинной цепью по главному речному пути «из Варяг в Греки», по линии Днепра – Волхова. Возникновение этих больших торговых городов было завершением сложного экономического процесса, завязавшегося среди славян на новых местах жительства. Все эти наши древнейшие торговые города, расположенные по греко-варяжскому пути выросли из рынков, возникших на особенно бойких торговых путях, и служивших посредниками между туземными промышленниками и иностранными рынками²⁷⁹.

Подводя итог проведенным исследованиям, можно смело утверждать, что предпосылками возникновения права, регулирующего торговые отношения, были, во-первых, развитие внешней южной и восточной, черноморско-каспийской торговли славян и, во-вторых, возникновение древнейших городов на Руси с тянувшими к ним торгово-промышленными округами. Оба эти явления можно относить к VIII в.

Древние славяне жили по своим местным обычаям, – «имяху бо обычаи своих и закон отец своих и предания, каждо свой норов». Памятники истории русского права в первый период – Русская Правда, Псковская Судная Грамота, Новгородская Судная Грамота, были составлены, главным образом, на обычном материале, на «пошлине»²⁸⁰. Очевидно, что все эти источники не были идентичны друг другу.

Уже в IX в. купцы из Руси были известны в разных странах мира. В это время торговля стала важной сферой жизнедеятельности восточных славян. В те времена торговля и различные виды ремесел концентрируются в городах и вокруг них. Из истории России известны такие центры рус-

²⁷⁷ Там же. С. 21.

²⁷⁸ Там же. С. 44.

²⁷⁹ Там же. С. 48.

²⁸⁰ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского торгового права. М.: СПАРК, 1994. С. 36.

ской торговли и ремесла, как Новгород, Киев, Псков, Тверь, Смоленск. Предпринимательство в том представлении, которое имеет это слово в настоящее время, зародилось и сформировалось в России гораздо позднее²⁸¹.

Общий интерес, создавший Великое княжество Киевское, охрана границ и внешней торговли, направлял и его дальнейшее развитие, руководил как внутренней, так и внешней, так и внутренней деятельностью первых киевских князей. Главными торговцами были киевское правительство, князь и его «мужи», бояре. К торговому каравану княжескому и боярскому примыкали лодки простых купцов, чтобы под прикрытием княжеского конвоя дойти до Царьграда, к которым у первых русских князей был особый экономический интерес. Вот почему византийские походы, вызывавшиеся, большей частью, стремлением Руси поддержать или восстановить порывавшиеся торговые отношения с Византией, оканчивались, обыкновенно, торговыми трактатами. Подробнее и точнее всего определен в этих договорах порядок торговых сношений Руси с Византией, а также порядок частных отношений русских в Константинополе к грекам. С этой стороны договоры отличаются достаточной выработкой юридических норм, особенно международного права.

В договоре Игоря с греками мы читаем, между прочим, что Великий князь русский и его бояре могут посылать к великим царям греческим столько кораблей, сколько захотят, с посланными и гостями, т. е. со своими собственными приказчиками и с вольными русскими купцами. И те, и другие считались в Византии агентами киевского князя, причем первые из них назывались торговыми послами и получали в Царьграде свои посольские оклады. Деятельность их носила юридический характер и состояла в совершении сделок. Такие торговые послы, хотя и совершали сделки от своего имени, но распоряжались товаром, принадлежащем князю и его боярам, за что те получали вознаграждение. Их деятельность сравнима с деятельностью современного комиссионера или же торгового служащего, состоящего с нанимателем в договоре по личному найму, а также агента, действующего от своего имени, но за счет принципала. В то время предприниматели еще не выделились в отдельное сословие, предпринимательством занималось все общество в целом при известной специализации, о чем свидетельствуют торговые договоры и прочие юридические документы того времени.

В связи с вышеизложенным, следует отметить, что Киевская Русь до монголо-татарского нашествия имела достаточно развитую по тем временам правовую систему. Причем на становление и развитие этой системы повлияла оживленная торговля через Киев с Византией и через Новгород –

²⁸¹ Мирзоев Г. Б. Юридическая защита предпринимательства в России. М., 1997. С. 43.

с Западом²⁸². При составлении договоров уже использовались не нормы разрозненных местных обычаев, а достаточно разработанные юридические нормы Византийской империи, регламентирующие торговлю и носившие международный характер. Говорить о существовании института коммерческого представительства в современном его понимании нам еще не приходится. Тем не менее, при осуществлении торговли уже в этот период складываются отношения, напоминающие те, которые регулирует в настоящее время рассматриваемый нами институт. Но для его развития и становления, как самостоятельного института, на Руси не было предпосылок. Это объясняется тем, что в нашей стране в то время не существовало ни развитой судебной системы, как это было в Англии, а для решения немногих возникавших споров подходили общие нормы обычного права, ни других характерных предпосылок. Тем более что купцы в основном, еще сами сбывали свой товар, а торговые послы князя и бояр в то время полностью зависели от последних. Но одной из главных причин, оказавшей влияние, как на дальнейшее развитие рассматриваемого нами института, так и на всю правовую систему России, было татарское нашествие и владычество, отрезавшее отечество от всей Европы на много столетий, вследствие чего развитие нашего гражданского права шло совершенно самобытно²⁸³.

Поэтому наше положительное законодательство почти совсем не находилось под влиянием римского права, играющего очень видную роль в законодательствах западных народов. Отсутствие влияния римского права на русское замечается и в вопросе о представительстве. Хотя, в наших законодательных памятниках прошедшего времени, бедных юридическими обобщениями, нет почти никаких определений и постановлений, относящихся к рассматриваемому нами институту, но по некоторым отрывочным данным можно заключить, что непосредственные представительские отношения были известны в Московском государстве уже в период, предшествовавший Уложению царя Алексея Михайловича 1649 г.

Идея прямых представительных отношений не была чужда нашему прошлому юридическому быту и возникла в нашей правовой системе без всякого влияния римского права. Однако простота правовых отношений и бедность юридического творчества были причиной того, что институт представительства, особенно добровольного не получил надлежащей законодательной регламентации. Тем не менее, в наших законодательных памятниках встречается сравнительно много постановлений, касающихся судебного представительства. Допущение же представительства в процессе

²⁸² В этом убеждает первый русский свод законов «Русская правда», где с большой юридической тонкостью были разработаны сложные понятия гражданского оборота и права.

²⁸³ Покровский И. А. Указ. соч. С. 54.

указывает на отсутствие принципиальных препятствий для допустимости этого понятия в материальном гражданском праве²⁸⁴.

Еще в XV-XVI вв. на Руси традиционными торговцами были такие посреднические группы, как «прасольство» и «офенство». Прасол – это посредник, который собирал товар непосредственно от первых производителей и направлял его в определенные торговые или сортировочные пункты, откуда этот товар массами шел в более крупные распределительные центры. Офеня – странствующий торговец, развозящий повсюду мелочный товар. Из приведенных примеров видно, что если прасол занимался в основном скупной и максимально был приближен к производителям продукции, то офеня в своей посреднической деятельности в максимальной степени был приближен к конечному покупателю. Таким образом, в России уже к XV виду сложился класс посредников-предпринимателей, что можно также отнести к одной из предпосылок возникновения рассматриваемого нами института. Между тем к XVI в. на Руси первый для регулирования коммерческих отношений стал применяться единый документ. Это был сборник законов и «Русская правда», составленный еще Ярославом и дополненный его приемниками. Именно в этом документе были заложены основы взаимодействия российского купечества²⁸⁵.

Представительские отношения в нашей стране появились, главным образом, в сделках, совершаемых от имени юридических лиц, которые нуждаются в представительстве более или ранее, чем физические лица. До нас дошли некоторые юридические системы, относящиеся к среднему периоду нашей истории, из которых видно, что если представители монастырей (игумен, староста и др.) совершали сделки для представляемого ими учреждения, то правовые последствия из таких сделок с самого момента своего возникновения считались принадлежностью самого учреждения, между тем как в римском праве эти последствия возникали, прежде всего, в лице представителя юридического лица, а затем уже, переносились от него в силу особого юридического акта на учреждение.

Для подтверждения наших слов представляется целесообразным провести выписки из некоторых документов. Так, в одной притчей, относящейся к XIV или XV вв.²⁸⁶, говорится: *«Се купи игумен Михайловской Лука и Василей, староста Михайловской, у Микулы у Сидорова участка половину земли ... а купиша, Святому Михаилу одарень... а в Микулино место и в Феклино и в его детей Рафай у купчей Сафонов»*. Из этого документа наглядно видно, что представитель монастыря совершал договор купли-продажи от имени монастыря, а последний приобретал непосред-

²⁸⁴ Нерсесов Н. О. Указ. соч. С. 128.

²⁸⁵ Осипова Л. В., Синяева И. М. Основы коммерческой деятельности. М., 1997. С. 37-38.

²⁸⁶ Акты юридические, изданные археологической комиссией. СПб., 1838. С. 117. № 71, XXIX (в отделе купчих крепостей).

ственно право собственности на купленную землю. Точно также монастыри обязывались непосредственно перед третьими лицами по сделкам своим представителей²⁸⁷. Такие же отношения возникали и из других сделок, совершенных представителем монастыря, например, из займа – «*Се яз Иван Есипов сын Слугин ... занял есми у ключника у старца Закхея четвертку пшеницы... а давати мне в дом Никола Чудотворцу из приросту треть за семены*»²⁸⁸. Отношение не изменялось и в том случае, когда заем совершался под обеспечение закладной – «*Се яз Григорей Васильев сын Языков занял есми у Живоначальныя Троицы у властей ... монастырских казенных денег двести рублей; а в тех деньгах заложил есми в Троицкий монастырь вотчину свою ... А будет кто роду нашего и племени похочет выкупить, и ему дать за тое вотчину в долг Живоначальныя Троицы и великим Чудотворцем Сергию и Николу двести рублей*»²⁸⁹.

Учение о так называемых «вспомогательных торговых деятелях»²⁹⁰, к которым Г. Ф. Шершеневич относил не только лиц, посвящающих свою деятельность торговле, но и лиц, содействующих другим отраслям промышленности, а по своей сути являвшихся профессиональными представителями, начинает занимать русского законодателя с XVIII столетия.

Указом 14 мая 1723 г. предписывается «*купецким людям, у которых приказчики и в лавках сидельцы торгуют именами хозяйскими, впредь тех сидельцев имена хозяевам их записывать в Таможне, объявляя именно, что они торговать будут их хозяйскими именами и за них они в торговых счетах с посторонними купцами счет иметь будут и для того, если впредь от кого в таких счетах или в торговых долгах на тех приказчиков и сидельцев будет челобитье, то повинны будут отвечать и платить те их хозяева*». Для нашего исследования здесь интересно, прежде всего, признание непосредственной ответственности хозяина за действия приказчика, следовательно, непосредственный переход на них прав и обязанностей по сделкам, заключенным приказчиками от их имени (под фамилию). Юридический результат таких сделок «как бы они хозяева сами то учинили»²⁹¹.

Те же начала подтверждаются в указах 15 марта 1732 г. и 14 марта 1844 г. В последнем указе необходимость записи объясняется тем обстоятельством, что «*поныне премного споров и тяжб происходило о кредитных письмах, которые от купцов приказчикам их даются, ибо большее число из них сами не знают, какая именно в том кредитиве или верющем письме сила есть*». Иностранные же гости по сделкам, заключенным с

²⁸⁷ Там же. С. 121. № 78.

²⁸⁸ Там же. С. 265. № 246.

²⁸⁹ Там же. С. 268. № 254.

²⁹⁰ Курс торгового права профессора Казанского университета Г. Ф. Шершеневича. Третье издание. Казань: Типо-литография Императорского университета, 1899. С. 175.

²⁹¹ Там же. С. 176.

приказчиками, предъявляют свои требования прямо к хозяевам, не принимая возражений об отсутствии у приказчика законной доверенности. Доверенность же по указу, должна быть занесена дословно в таможенную книгу, а оригинал возвращен хозяину с надписью о явке. К указу прилагался формуляр общей доверенности, которая должна была заканчиваться заявлением: «... что оной приказчик мой сторгует и в действо произведет, то все я хозяин совершенно и действительно приму и во всем ответен буду властно, яко бы сам все то учинил»²⁹².

В 1749 г. 28 апреля вышел Сенатский указ о том, что в «верющих письмах поставщиков вина на кружечные дворы писать, что они им во всем том порядке и приеме за поставленное по тому подряду вино деньги верят и что они их поверенные учинят, ни в чем то прекословить не будут»²⁹³. В этом же законодательном памятнике имеется много постановлений добровольного представительства в торговом праве.

Некоторые постановления о приказчиках встречаются в Таможенном уставе 1 декабря 1755 г.²⁹⁴ В главе 14, п. 12 говорится, что приказчикам и комиссионерам, которым поручается покупка и продажа, должны быть даны кредитные письма. *«Без таких кредитивов в таможенных и прочих местах не допускать им чинить никакого произведения в торговых делах, дабы хозяева не могли иметь отговорки, но по тем кредитам за своих приказчиков и комиссионеров во всем ответствовали, платили и на свой счет принимали так, как бы они, хозяева, сами то учинили»*. Здесь также, как и в указе от 15 марта 1732 г., приложена форма кредитного письма, оканчивающаяся следующими словами: «...и то все я, хозяин, совершенно за действительность признавать буду властей, якобы я сам его чинил и подменно все они дела сам же производил»²⁹⁵.

Но все же главный материал, из которого были впоследствии составлены действующие постановления о торговых представителях, был взят из устава о цехах 12 ноября 1799 г.²⁹⁶ Согласно его постановлениям между другими цехами был установлен цех приказчиков или лавочных сидельцев, промысел которых состоял в том «чтобы делами купцов и фабрикантов управлять за положенную плату» (глава XVI, параграф 4). С изданием положения о пошлинах за право торговли в него, среди финансовых постановлений попали некоторые положения гражданского права. С изданием второй части XI тома в 1887 г. положения эти были перенесены в торговый устав, где вместе с другими постановлениями о приказчиках составили первый раздел первой книги в объеме 60 статей.

²⁹² Там же. С. 176-177.

²⁹³ Полное собрание Законов за 1749 год. № 9605.

²⁹⁴ Полное собрание Законов за 1755 год. № 10486.

²⁹⁵ Полное собрание Законов за 1744 год. № 8896.

²⁹⁶ Полное собрание Законов за 1799 год. № 19187.

В числе профессиональных представителей²⁹⁷ торговое право выделяет приказчиков, комиссионеров и торговых агентов. Деятельность приказчиков состояла в совершении сделок и носила юридический характер. С одной стороны такой приказчик состоял в отношениях личного найма с предпринимателем, с другой – вступал в юридические сделки с третьими лицами, действуя как представитель своего хозяина. Последняя сторона деятельности приказчика определялась доверенностью, действительно выданной или предполагаемой (Устав Торговый, ст. ст. 5, 33). Приказчиками, как торговыми доверенными являлись: управляющие торговым предприятием, фабрикой, заводом, конторой. Помимо того к приказчикам относились: коммивояжеры или разъездные приказчики, странствующие по терминологии тогдашнего закона (т. V, Нал. Торг. и Пром. Ст. 426), а также местный агент, посвящающий свой труд всецело одному предприятию, капитаны морского и речного парохода и вообще все приказчики, состоящие при торговом предприятии и заключающие сделки с купцами или же с потребителями²⁹⁸.

Под именем торгового агента в торговом обороте понималось «лицо, действующее в чужом интересе, не в качестве приказчика, комиссионера или маклера»²⁹⁹. Г. Ф. Шершеневич приходит к такому определению агента в силу того, что в то время значение понятия «агент» было весьма условно.

Агент являлся посредником при заключении сделок, которых лично сам не совершал. Он всегда осуществлял торговую деятельность в чужом интересе, причем эта деятельность должна была носить постоянный промысловый характер, а не случайный. Роль агента сводилась к тому, чтобы найти и привлечь лиц, желающих вступить в известную сделку с предприятием, которому служил агент.

Однако определить значение понятия «агент» даже путем его отличительных признаков от названных выше торговых деятелей было практически невозможно.

В то же время в более общем виде Н. О. Нерсесов определял агента «как лицо, которое занималось исполнением чужих поручений, не только от имени, но и за счет другого лица»³⁰⁰.

²⁹⁷ В данном случае, поскольку понимание коммерческого представительства в дореволюционном торговом обороте не сводилось только к деятельности торгового агента, а было значительно шире, чем трактует его современный законодатель, вместо термина «коммерческий представитель» будет использоваться более широкое понятие «профессиональный представитель».

²⁹⁸ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. М.: СПАРК, 1994. С. 88-89.

²⁹⁹ Курс торгового права профессора Казанского университета Г. Ф. Шершеневича. Третье издание. Казань: Типо-литография Императорского университета, 1899. С. 377.

³⁰⁰ Торговое право ординарного профессора Императорского московского университета Н. О. Нерсесова, 1892. С. 34.

В начале XX в. выдвигается новый вид торговых агентов, обладавших полной самостоятельностью и обслуживавших иногда ряд предприятий. Юридически агент выступал как купец, совершая юридические сделки от своего имени. В действительности же он работал на какое-то предприятие, которому он был обязан доставить все закупленное, капиталом которого он пользовался и перед которым отчитывался. Отсюда вытекает, что «к агентам относились те лица, которые хотя и содействовали учету предприятия, но не посвящали ему всецело своего труда, разделяя его с другими предприятиями, оказывая торговые услуги, но при этом сохраняя полную самостоятельность»³⁰¹.

В Уставе Торговом встречается указание еще на один специальный вид торгового поручения – комиссионерство, но не дается определения этого юридического понятия. Из сопоставления же отдельных статей этого устава видно, что комиссионерство считалось у нас одним из видов рассматриваемого нами торгового представительства, т. е. комиссионер в качестве обыкновенного приказчика ведет торговые операции от имени и за счет другого.

С другой стороны Устав Торговый совершенно приравнивал комиссионера и приказчика, что видно из ст. 726 этого Устава, гласящий, что общая доверенность на ведение торговых операций от имени купца может быть дана приказчику, поверенному или комиссионеру. Лицо, действующее в силу подобной общей доверенности, становилось фактически в зависимые отношения к торговому предприятию своего доверителя, делается его приказчиком. Это подтверждается, хотя и косвенно п. 737 ст. XI, ч. II Устава Торгового, которая постановляет, что «правила, в прошедшей главе о наемных приказчиках и лавочных сидельцах изложенные ... простираются равномерно и на тех, кто от купцов уполномочиваются доверенностью к производству торга и к управлению торговыми делами, хотя бы они были комиссионерами».

Несмотря на значительное развитие в России комиссионных операций, русское законодательство почти до окончания 1910 г. не имело постановлений, относящихся как к статусу комиссионера, так и к договору комиссии. В сенатском указе 14 марта 1744 г. записано «который его купцов не приказчик, но только комиссионер». Цеховой устав 1799 г., видя в комиссионерах «тех купцов, кои правят делами разных купцов», исключает их, ввиду их самостоятельности, из приказчиьего цеха. В дореволюционном праве замечалось как смешение комиссионера с приказчиком, так и отличие их друг от друга. Практика признавала твердо отличительные особенности комиссионного договора. Но только закон 21 апреля 1910 г. о договоре торговой комиссии, приняв понятие договора комиссии, как отношение, в силу которого одно лицо – комиссионер, за вознаграждение обя-

³⁰¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. М.: СПАРК, 1994. С. 103-104.

зывается по поручению другого лица, комитета, совершить известного рода торговые сделки за его счет, но от своего имени, дал ряд статей, определяющих отношения, вытекающие из этого договора³⁰².

Комиссионер отличался от приказчика главным образом степенью зависимости от торгового промысла принципала: первый считался почти самостоятельным лицом в сфере своей деятельности, он мог исполнять одновременно торговые поручения различных купцов. Второй был ограничен в своих действиях, так как должен был всецело посвятить свою деятельность торговому промыслу своего принципала. Еще в уставе о цехах в главе 16, параграфе 24³⁰³ указывалось довольно правильно на отличительный признак комиссионера: «Те купцы, которые правят делами разных купцов, называются комиссионерами».

Этот отличительный признак комиссионера от приказчика обуславливает собой некоторые правовые последствия, имеющие довольно важный практический интерес. Например, Н. О. Нерсесов в своей работе отмечал, что «запрещение приказчику производить торговые операции за свой счет или за счет постороннего лица не мог быть применяем к комиссионеру как самостоятельному торговцу»³⁰⁴. Кроме того, по его мнению «различные сроки, установленные положительным законодательством для окончания взаимных расчетов между хозяином и приказчиком, вряд ли могли применяться к отношениям комитента и комиссионера»³⁰⁵.

Статус комиссионера законодательно закрепляется только законом 21 апреля 1910 г. «О договоре торговой комиссии», хотя не только теория, но и судебная практика на протяжении многих лет признавала твердо отличительные особенности комиссионного договора³⁰⁶.

Для коммерческого (профессионального) представительства было характерно, что занятие торговлей должно составлять промысел лица. Под промыслом понималась «деятельность, направленная на приобретение материальных средств посредством постоянного занятия»³⁰⁷. Эта деятельность должна быть рассчитана на неопределенное число актов, составляющих источник дохода. Между тем, случайного, хотя бы и повторяемого, совершения действий, имеющих соприкосновение с торговлей, было недостаточно для признания наличности промысла. А с точки зрения торгового права, тот, кто занимается производством торговых сделок в виде промысла от своего имени признавался купцом.

³⁰² Там же. С. 203.

³⁰³ Полное собрание Законов за 1799 год. № 19187.

³⁰⁴ Нерсесов Н. О. Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. М.: Статут, 1998. С. 131-132.

³⁰⁵ Там же. С. 132.

³⁰⁶ Решение кассационного департамента № 43 (1876), Судебного департамента № 2303 (1902).

³⁰⁷ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 61.

Изложенное характеризует возросшую роль института профессионального представительства в торговом обороте России в начале XX в. Торговая практика изначально понимала представительство слишком широко (как это имеет место в англосаксонской системе права), но по мере принятия отдельных законов это понятие сужалось. Поэтому, подобно англо-американской системе права, выделяющей различного рода агентов, дореволюционное российское законодательство склонялось к регулированию отдельных видов профессионального представительства, осуществляемых на постоянной основе.

Под профессиональными представителями понимались не только торговые агенты, действовавшие от имени и в интересах представляемого, но и комиссионеры, а также приказчики, работавшие по договору личного найма. Неудивительно, что часто эти понятия смешивались, а законодательство и судебная практика порой не давали точного ответа о том какими нормами руководствоваться в том или ином конкретном отношении. Поэтому особо остро стоял вопрос об упорядочении правового регулирования обязательственных отношений. Именно последнее обстоятельство послужило поводом к тому, что уже в 1915 г. на рассмотрение Государственной Думы был представлен проект книги V «Об обязательствах» Гражданского уложения Российской империи, содержавшей более тысячи статей и регламентировавшей более подробно обязательственные отношения. Но Дума не успела принять этот акт из-за начавшейся первой мировой войны.

Из вышеизложенного видно, что понятие «представительство» в российском законодательстве конца XIX-начала XX вв. было уже достаточно разработано, а нормы, регулирующие отношения представительства составляли отдельный институт. Между тем, институт коммерческого представительства регулировался отдельно и имел определенную специфику. И хотя законодательство Российской империи второй половины XIX в. было достаточно противоречивым, тем не менее, уже к началу XX в. нормы, регулирующие институт коммерческого представительства в торговом праве не входили в противоречие с гражданско-правовым понятием представительства.

После событий 1917 г. *предпринимательская деятельность, постепенно переходит из сферы поощряемых и регулируемого государством занятия в юрисдикцию уголовного права и рассматривается как общественно опасное деяние. Поэтому вплоть до конца 80-х годов в нашей стране на законодательном уровне отсутствовало регулирование предпринимательской деятельности и связанных с ней институтов.*

Для лучшего понимания сущности рассматриваемого нами института, на наш взгляд необходимо отметить некоторые особенности, которые были ему присущи в первые годы советской власти, когда капиталистиче-

ские отношения еще не были полностью поглощены новой государственной системой.

И. Б. Новицкий, как и большинство советских ученых, в истории развития советского гражданского права выделял две стадии:

первая – переход от капитализма к социализму (1917-1935 гг.);

второй – начинающийся с Конституции страны победившего социализма (с 1936 г.)³⁰⁸.

Первую стадию, при рассмотрении института коммерческого представительства следует рассматривать с некоторыми уточнениями. Так, в период первых лет Советской власти (1917-1921 гг.), то есть «военного коммунизма», можно говорить лишь о разнообразном правовом регулировании рассматриваемого нами института на территориях бывшей империи. Там же где Советская власть установилась, преобладали нормы запретительного характера. В этот период оживленная торговля замирает, поэтому институт коммерческого представительства фактически не применяется.

Второй период, период нэпа, характеризовался тем, что институту коммерческого представительства уделялось значительное внимание. Он регулировался достаточно подробно советским законодательством и широко применялся на практике. Это было обусловлено, прежде всего, тем, что еще в первые годы нэпа частному предпринимательству удалось занять преобладающее место в розничной и весьма значительной в оптово-розничной торговле.

Развитие торговли привело к легализации торгового посредничества. Так, уже в 1922 г. Технопромышленная инспекция НК РКИ обследовала деятельность свыше 30 трестов, 17 московских представительств ГСНХ и губснабов и обнаружила «значительные извращения» в снабженческо-сбытовой работе хозрасчетных организаций, которые, как, оказалось, привлекали частных торговых посредников³⁰⁹. Законодательству и практике рассматриваемого периода был известен широкий круг торговых посредников. Среди профессиональных представителей можно назвать, как и в дореволюционную эпоху, комиссионеров, торговых агентов, коммивояжеров³¹⁰.

О комиссионных отношениях законодатель в положительном аспекте впервые упомянул в Декрете от 24 мая 1921 г. «Об обмене»³¹¹, а затем в Декрете СНК от 26 октября 1921 г. «О порядке привлечения потребительской кооперации органами государства к выполнению товарообменных и заготовительных операций»³¹². Однако оба эти декрета упоминают о ко-

³⁰⁸ Новицкий И. Б. История советского гражданского права. М.: Юриздат, 1957. С. 6-7.

³⁰⁹ Венедиктов А. В. Организация государственной промышленности в СССР (в двух томах). Издательство ЛГУ, 1961. Т. 2. С. 163-172.

³¹⁰ Последние до революции или именовались приказчиками или торговыми агентами.

³¹¹ СУ. 1921. № 40, ст. 212.

³¹² СУ. 1921. № 72, ст. 576.

миссионерстве лишь вскользь. Что же касается Гражданского кодекса 1922 г., то он данный институт вообще обошел молчанием.

Впервые в советский период эти отношения подвергаются законодательной регламентации в Декретах СНК от 2 января 1923 г. «О мерах по урегулированию торговых операций государственных учреждений и предприятий»³¹³ и «Положение о порядке учреждения и регистрации комиссионных предприятий»³¹⁴.

Указанные декреты запретили частное посредничество на комиссионных началах между государственными предприятиями и определили круг товаров, в отношении которых они могли прибегать к комиссионному посредничеству. Эти законы установили, что государственные производственные и торговые учреждения, предприятия имели право производить торговлю лишь предметами своего изготовления или предметами, торговля которыми входила в круг их деятельности.

Под комиссионными предприятиями закон понимал только такие предприятия, которые занимались комиссионными операциями в виде промысла. Ими были акционерные общества, товарищества полные и на вере, а также единоличные торговые предприятия. В отношении всех комиссионеров было установлено правило обязательной регистрации в местном губернском экономическом совещании.

Вместе с тем указанные Декреты разрешили, в основном, лишь организационные вопросы, так как подробной регламентации комиссионной деятельности в них дано не было.

Указанный недостаток был в большей части устранен Декретом ВЦИК и СНК РСФСР от 6 сентября 1926 г., которым в ГК РСФСР была включена глава IX-а «Договор комиссии», состоявшая из 25 отдельных статей (с 275-а по 275-щ)³¹⁵.

В торговле нэповского периода значительную роль играли и такие посредники, как торговые агенты и коммивояжеры (разъездные агенты).

Деятельность этих профессиональных представителей регулировалась Постановлением ЦИК и СНК СССР от 29 октября 1925 г. «О торговых агентах»³¹⁶, инструкцией НКТ и ВСНХ СССР от 16 февраля 1926 г. по применению указанного постановления³¹⁷, Декретом СНК от 2 января 1923 г. «Положение о коммивояжерах государственных торговых и промышленных предприятий»³¹⁸.

В соответствии с указанными нормативными актами, государственным торговым и промышленным предприятиям в целях расширения сбыта

³¹³ СУ. 1923. № 14, ст. 173.

³¹⁴ СУ. 1923. № 2, ст. 23.

³¹⁵ СУ. 1926. № 59, ст. 451.

³¹⁶ СЗ. 1925. № 76, ст. 569.

³¹⁷ БФХЗ. 1926, № 12.

³¹⁸ СУ. 1923. № 1, ст. 19.

товаров, разрешалось пользоваться услугами коммивояжеров, если они не состояли на государственной службе.

Предприятия заключали с коммивояжерами особый договор, согласно которому тот обязывался от их имени в определенном районе продавать товары и принимать заказы по образцам и ценам предприятия. Коммивояжер отвечал в общем порядке перед государственным предприятием за все убытки по сделкам, совершенным им вопреки условиям заключенного с ним договора.

Одновременная деятельность коммивояжера в интересах нескольких предприятий допускалась лишь с общего согласия этих предприятий. При заключении сделок с государственным предприятием, учреждением или кооперативными организациями коммивояжер был обязан обращаться непосредственно к покупателю или заказчику, не прибегая к услугам других посредников. За свою деятельность он получал вознаграждение в процентном отношении к сумме счетов по принятым при его посредничестве заказам.

В соответствии с Постановлением ЦИК и СНК СССР от 29 октября 1925 г., торговыми агентами признавались юридические и физические лица, которые, не состоя на службе в торговом или промышленном предприятии, оказывали ему содействие по заключению торговых сделок или совершали торговые действия от его имени.

Закон о торговых агентах, как изданный позже, чем закон о коммивояжерах, поглощал последний, а потому деятельность торговых агентов, как и их разновидности – коммивояжеров, с 1925 г. регулировалась одинаково. Последний закон несколько изменил права торговых агентов и сферу их деятельности по сравнению с правами коммивояжеров³¹⁹.

Теперь торговый агент был вправе заключать сделки от имени обслуживаемого им предприятия лишь в случае наличия у него письменного полномочия. Ранее такое специальное ограничение имелось лишь при решении вопроса об оказании коммивояжерам кредита и получения денежных сумм, причитающихся государственному предприятию с покупателем. В то же время торговый агент считался уполномоченным подавать и принимать заявления о сдаче или приеме товара, о недостатках товара, а равно другие заявления, если они относились к исполнению сделки, независимо от особой на то оговорки в полномочии.

Торговый агент мог получать вознаграждение в процентном отношении от суммы сделки, или по соглашению сторон, в твердой денежной сумме, что запрещалось коммивояжеру.

³¹⁹ Сохновский А. Ф. Правовое регулирование торгового посредничества в современном гражданском обороте: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1972. С. 28.

Именно в это время отечественное законодательство окончательно начинает разделять действия лиц от «своего» и «чужого» имени, собственно понимая под представительством только последние.

Не удивительно, что в этот период, в отличие от предреволюционного, в гражданском обороте четко определяются те признаки, которые выделяют торгового агента в самостоятельный вид торговых деятелей, который уже обладал своими специфическими признаками, позволяющими назвать этого деятеля прообразом современного коммерческого представителя (в порядке ст. 184 ГК РФ).

Так, если комиссионер по советскому законодательству, помимо того, что действовал от своего имени, имел еще и определенное служебное положение и работал за счет представляемого им клиента, осуществляя при этом лишь заключение торговых сделок, то торговый агент выступал в гражданском обороте от своего имени, и, являясь самостоятельным торговым деятелем, выполнял свои функции на собственный страх и риск. Кроме того, ему могло быть поручено не только заключение договора, но и лишь содействие в его заключении.

Биржевой маклер отличался от торгового агента тем, что ему поручалось только содействие при заключении разовых сделок, условия которых вырабатывали сами контрагенты. Помимо того, его деятельность носила не только характер посредничества, но и была подчинена государственным задачам³²⁰.

Неточным, по мнению А. Ф. Сохновского, было бы и отождествление агентурного договора с договором поручения, что делалось некоторыми авторами³²¹, так как при всей схожести этих институтов, агентурный договор имел ряд особенностей, вытекающих из предмета его регулирования: оказание содействия в заключении самих сделок только в сфере торговли специфическими средствами и приемами³²².

Уже в 1924-1925 гг. начинается постепенное вытеснение «капиталистических элементов» из торговли и уже к концу 1925 г. три четверти всей торговли находились в руках государства и кооперации. Тем не менее, необходимо заметить, что примерно до середины тридцатых годов предпринимательство еще играло определенную роль в экономике. Однако государство допускало только тот уровень, который был необходим для функционирования экономики. В начале тридцатых годов прекращает свое существование коммерческое посредничество, в том числе и осуществляе-

³²⁰ Сохновский А. Ф. Указ. соч. С. 24; 29.

³²¹ Кусиков А. О вознаграждении за труд торгового агента // Вестник советской юстиции. 1926. № 12. С. 475.

³²² Сохновский А. Ф. Указ. соч. С. 29.

мое торговыми агентами, хотя окончательно вопрос о запрещении частного посредничества был решен в 1936 г.³²³

Таким образом, именно со второй стадии, начавшейся с 1935 г., можно говорить о полной ликвидации института коммерческого представительства (торгового агентства) в нашей стране, как регулируемого и поощряемого государством проявления предпринимательской активности. Государство устанавливает монополию на ведение предпринимательской деятельности. В отношении рассматриваемого нами института это, прежде всего, проявляется в регулировании деятельности комиссионных магазинов, которые, хотя и выполняли отдельные функции профессионального представительства (так называемого косвенного представительства), тем не менее, не обладали самостоятельностью, а являлись государственными учреждениями.

Во внешней торговле, в числе специального общесоюзного законодательства, также вытекающего из монополии внешней торговли, осуществляемой СССР можно назвать положения о торговых представительствах и торговых агентствах СССР за границей³²⁴, Правила о форме и порядке подписания внешнеторговых сделок³²⁵, уставы внешнеторговых импортных и экспортных объединений и др.

Начиная с 20-30-х годов XX столетия роль представителей советского государства перед другими странами играли торговые представительства (торгпредства), особенность которых заключалась в том, что они являлись органами государства и на них распространялся судебный иммунитет. С. Раевич, справедливо отмечал, что вопрос о судебном иммунитете торгпредства тесно связан с вопросом о том, является ли торгпредство купцом или самостоятельным юридическим лицом³²⁶. В пользу первого, в частности, говорит решение коммерческого трибунала Сены от 13 января 1927 г. Свою позицию судьи объясняют следующим образом «торговое представительство СССР во Франции повседневно осуществляет коммерческую деятельность в широком размере. Поэтому оно не может ссылаться на то, что его руководители защищены дипломатическим иммунитетом, ни на то, что внешняя торговля России является государственной монополией, которая осуществляется от имени Народного Комиссариата через различные правительственные организации, в числе которых фигурируют и торговые представительства иностранных государств. Торговые представительства не могут претендовать и на то, что эти торговые представитель-

³²³ 26 марта 1936 года СНК СССР утвердил Правила «О регистрации кустарных и ремесленных промыслов», которыми было запрещено частное посредничество в любой форме.

³²⁴ СЗ СССР. 1933. № 59, ст. 354.

³²⁵ СЗ СССР. 1930. № 56, ст. 583; 1936. № 1, ст. 3; № 62, ст. 459.

³²⁶ Раевич С. Ответственность СССР в буржуазных судах // Вопросы внешней торговли. № 4-5. ОГИЗ. 1931. С. 39.

ства являются частью дипломатических представительств или посольств. Впредь до того, как дипломатическим соглашением не будет принято иное решение, проявление коммерческой деятельности, осуществляемой во всех отраслях, не может рассматриваться иначе, чем торговые операции, на каковые принцип суверенитета государства не распространяется³²⁷. Отсюда хорошо видно, что торгпредства рассматривались зарубежными контрагентами именно как разновидность торгового (коммерческого) представительства.

Кроме того, в дальнейшем, советские внешнеторговые организации в своей повседневной деятельности нередко сталкивались с вопросами регулирования отношений представительства в зарубежном гражданском праве. Это обуславливалось тем, что советские внешнеторговые организации часто имели дело не непосредственно со своими партнерами, а именно с их представителями – торговыми (коммерческими) представителями, агентами. В Англии и США советские пароходства сами имели широкую сеть агентов и субагентов.

Поэтому и отечественная наука не могла стоять в стороне от регламентирования подобного рода деятельности.

Если в международном договоре или международном соглашении, в котором участвовал СССР, были установлены иные правила, чем те которые содержались в советском гражданском законодательстве (специальном или общем), то к внешнеторговой сделке применялись правила указанного договора или соглашения, а не нормы советского гражданского права. Поскольку РСФСР входило в состав СССР, то этот порядок в аналогичном случае действовал и на территории РСФСР³²⁸. Поэтому во внешней торговле СССР мог заключать договоры и не предусмотренные гражданским кодексом, что, в общем, не противоречило смыслу гражданского законодательства, предусматривающего, что гражданские права и обязанности возникают из сделок, хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему. Отсюда хорошо видно, что во внешнеэкономической деятельности СССР мог заключать договора, регламентируемые законодательством стран как континентальной, так и англосаксонской правовых систем, а также использовать услуги различного рода агентов и торговых представителей зарубежных стран. Однако никто другой, кроме государства, не мог самостоятельно выступать во внешней торговле. А потому, в регулировании института коммерческого представительства в советский период на уровне гражданского законодательства не было необходимости.

Нельзя упомянуть также еще об одном явлении, существовавшем в нашей стране в советский период и известном под названием торгового посредничества. В 1936 году, наряду с регламентацией деятельности ко-

³²⁷ Там же.

³²⁸ Основы гражданского законодательства СССР. Ст. 129; ГК РСФСР. Ст. 569.

миссионных магазинов, Постановлением СНК СССР от 4 мая 1936 г. «О государственных конторах по торговому посредничеству»³²⁹ в системе Наркомвнутторга были созданы государственные конторы по торговому посредничеству с возложением на них задач по обслуживанию всех торговых и промышленных предприятий на соответствующих территориях.

Так, согласно Правилам заключения торговых сделок через конторы по торговому посредничеству, утвержденным Приказом Министерства торговли СССР от 14 октября 1953 г. № 252³³⁰, излишние товары народного потребления реализовались согласно правилам, которые очень напоминают регулирование коммерческого представительства в современном законодательстве.

Так, организация, нуждавшаяся в каком-либо конкретном наименовании товара, и организация-излишкодатель заполняли типовой бланк поручения, в котором содержались все условия поставки товара и подробная его спецификация. Поручения сдавались торгово-посреднической конторе, которая на их основании оформляла торговые сделки, расписываясь за обе стороны. Все это очень напоминает нам так называемый случай одновременного коммерческого представительства в силу ст. 184 ГК РФ, когда коммерческий представитель действует в интересах обеих сторон. Тем не менее, несмотря на внешнее сходство с коммерческим представителем, контора по торговому посредничеству, имела и свои существенные отличия. И, хотя вывод, сделанный В. К. Андреевым о том, что «в отличие от представителя, торгово-посредническая контора не самостоятельно выражает свою волю, а лишь передает волю излишкодателя и излишкоприобретателя и тем самым способствует заключению сделок»³³¹ представляется не совсем правильным с позиций трактовки современного коммерческого представительства, все же назвать такую контору коммерческим представителем в полном смысле этого слова нельзя. Это было государственное учреждение. Поэтому говорить о самостоятельности деятельности, присущей коммерческому представительству нельзя.

Впрочем, как это не парадоксально, в советском законодательстве имелось понятие и предпринимательской деятельности и коммерческого посредничества. Правда, разрабатывались они не гражданским правом, а судебной практикой. В бывшем СССР предпринимательство рассматривалось как антиобщественная деятельность, а его субъекты привлекались к уголовной ответственности (ст. 153 УК РСФСР). Пленум Верховного суда СССР в Постановлении от 27 июня 1975 г. «О практике применении судами законодательства об ответственности за частнопредпринимательскую

³²⁹ СЗ. 1936. № 24, ст. 231.

³³⁰ См.: Об улучшении работы торгпосредконтор: Приказ МТ СССР от 14.10.1953 № 252 // Источники советского гражданского права. М.: ГИЮЛ, 1961. С. 638.

³³¹ Андреев В. К. Представительство в гражданском праве. Калининградский государственный университет, 1978. С. 61.

деятельность и коммерческое посредничество»³³² под уголовно наказуемым частным предпринимательством понимал «деятельность в целях извлечения наживы, которая осуществляется при производстве товаров, строительстве или оказании услуг в сфере бытового, культурного или иного обслуживания населения с использованием или под прикрытием государственных, кооперативных или иных общественных форм для получения прав, льгот и преимуществ, предоставляемых социалистическим предприятием и организациям (найме рабочей силы, получения сырья, материалов, оборудования, а также льгот по налоговому обложению, реализация продуктов и т. д.)». Коммерческое посредничество могло выражаться «в приобретении или сбыте продукции под прикрытием договора поручения, заключенного социалистической организацией с частным лицом, в подыскании продавцу – покупателю, а покупателю – продавца, в приобретении товаров для других лиц или организации, найме помещения для торговли, оказании содействия гражданам в приобретении товаров путем продажи не оплаченных чеков, посредничестве в обмене квартир и т. п.»³³³

Переломным этапом в становлении товарно-денежных отношений можно назвать 1985 г. – начало радикальной перестройки управления экономикой, затем, 1990 г., который ознаменовался признанием существенной роли и значения коммерческой работы с одновременным принятием основополагающих документов и нормативных актов, регламентирующих рыночные отношения и предпринимательство в России. Среди многочисленных законов решающее значение в развитии товарно-денежных отношений имели: Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности» (в настоящий момент утратил силу), Закон РСФСР от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей», Закон РСФСР от 20 февраля 1992 г. «О товарных биржах и биржевой деятельности» (в настоящий момент утратил силу) и многие другие.

Старое законодательство, рассчитанное на монополию государства в экономической деятельности уже не учитывало этих многих существенных изменений. В Гражданском кодексе РСФСР 1964 г. содержались лишь положения о договорах поручения и комиссии, отсутствовали нормы о предпринимательской деятельности. Впрочем, как это ни парадоксально, в советском законодательстве имелось понятие и предпринимательской деятельности и коммерческого посредничества. Правда, разрабатывались они не гражданским правом, а судебной практикой. В бывшем СССР предпринимательство рассматривалось как антиобщественная деятельность, а его субъекты привлекались к уголовной ответственности (ст. 153 УК РСФСР). Пленум Верховного суда СССР в Постановлении от 27 июня 1975 г. «О практике применении судами законодательства об ответственности за

³³² Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. Ч. 2. 1975. С. 218, 219.

³³³ Там же.

частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество»³³⁴ под уголовно наказуемым частным предпринимательством понимал «деятельность в целях извлечения наживы, которая осуществляется при производстве товаров, строительстве или оказании услуг в сфере бытового, культурного или иного обслуживания населения с использованием или под прикрытием государственных, кооперативных или иных общественных форм для получения прав, льгот и преимуществ, предоставляемых социалистическим предприятием и организациям (найме рабочей силы, получения сырья, материалов, оборудования, а также льгот по налоговому обложению, реализация продуктов и т. д.)». Коммерческое посредничество могло выражаться «в приобретении или сбыте продукции под прикрытием договора поручения, заключенного социалистической организацией с частным лицом, в подыскании продавцу – покупателю, а покупателю – продавца, в приобретении товаров для других лиц или организации, найме помещения для торговли, оказании содействия гражданам в приобретении товаров путем продажи не оплаченных чеков, посредничестве в обмене квартир и т. п.»

Любопытно отметить, что признаки предпринимательства, которые учитывались при оценке состава преступления (деятельность по производству товаров, услуг, в целях извлечения прибыли (наживы), осуществляемое с привлечением рабочей силы в формах предприятий и организаций)³³⁵ вошли в определение предпринимательства как вполне легального понятия, которое регламентируется и защищается государством.

Под посредником стали понимать организацию или гражданина, оказывающего услуги другим организациям или гражданам в совершении сделок. Под «услугами» понимается предпринимательская деятельность гражданина или юридического лица, направленная на удовлетворение потребностей других лиц, за исключением деятельности, осуществляемой на основе трудовых правоотношений³³⁶.

В этой связи не удивительно, что на сегодняшний день в обществе существует множество различных обязательств (договоров) по оказанию услуг: поручения, комиссии, агентирования, доверительного управления имуществом и др. Между тем, посредническая предпринимательская деятельность всегда была шире законодательно закрепленных в гражданском кодексе правоотношений. В начале девяностых годов, до принятия Гражданского кодекса РФ, сама жизнь заставляла участников нашей экономики приспосабливаться к реалиям не устоявшихся рыночных отношений. Стороны нередко, заключая контракт, подгоняли условия под узаконенные в

³³⁴ Там же.

³³⁵ О практике применения судами законодательства об ответственности за частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 25.06.1976 № 7 // БВС СССР. 1976. № 4.

³³⁶ Юридическая энциклопедия. М.: Изд. Тихомирова М. Ю., 1997. С. 336; 464.

то время договоры поручения и комиссии. Однако, в сущности, они составляли договоры консигнации, возмездного оказания услуг, агентские и т. п. Возникла проблема устранения очевидных и многочисленных противоречий.

Принятие части 1 Гражданского кодекса РФ в 1994 г., несомненно, стало серьезным этапом развития нормативной базы о предпринимательской деятельности и связанных с ней институтов. В Гражданском кодексе РФ впервые за послеоктябрьский период появляется институт коммерческого представительства. Со вступлением в силу части 2 Гражданского кодекса РФ 1 марта 1996 г., кроме того, правовая база, регламентирующая оказание услуг значительно расширилась. Ученые правоведы не отрицали тот факт, что договора с участием коммерческого представителя относятся именно к сфере оказания услуг. Помимо того, очевидно, что услуги коммерческого представителя относятся именно к посредническим услугам. Однако, эти понятия не взаимозаменяемые, т. к. коммерческий представитель – на лицо, которое постоянно и самостоятельно оказывает услуги по представительству при заключении сделок в сфере предпринимательской деятельности. К коммерческим представителям в современном торговом обороте можно отнести не только поверенного в договоре поручения с участием коммерческого представителя, но и биржевого брокера, агента в агентском договоре, страхового агента, экспедитора.

В п. 1 ст. 2 ГК РФ 1994 г. теперь прямо указано, что именно гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность или деятельность с их участием. Тем самым прямо отрицается существование в нашей стране наряду с гражданским еще и торгового кодекса, существующего во многих европейских государствах. Последний, как правило, формировался на базе средневекового торгово-городского права.

Гражданский кодекс, в принципе отвергает подобный подход как совершенно необоснованный ни современными условиями, ни отечественными правовыми традициями³³⁷. Более того, уже в начале XX в. было обнаружено не совпадение обозначения «торговое право» с предметом регулирования, который вышел за пределы торгового оборота. Не случайно ни одна из современных кодификаций не пошла по пути обособления торгового права³³⁸.

Появление института коммерческого представительства в нашей стране было обусловлено развитием рыночных отношений, возникновением частной предпринимательской деятельности, ростом торгового оборота. Однако на современном этапе роль коммерческого представительства

³³⁷ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 27-37.

³³⁸ Суханов Е. А. Современная кодификация гражданского законодательства в России // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1995. С. 10.

недооценивается многими участниками гражданского оборота. Анализ действующего законодательства показывает, что данный правовой институт действительно не свободен от недостатков, к которым следует отнести неточности формулировок отдельных норм, слишком узкую трактовку понятия коммерческого представителя, отсутствие специализированного законодательства и некоторые другие.

Тем не менее, преимущества коммерческого представительства при осуществлении предпринимательской деятельности очевидны. Ведь коммерческий представитель является профессиональным участником гражданского оборота. Как правило, коммерческие представители совершают от имени предпринимателей сделки в определенной области, в которой они обладают более квалифицированными знаниями, деловыми связями и т. д. К коммерческому представителю как к профессиональному участнику коммерческого оборота предъявляются повышенные требования. Из смысла характера деятельности коммерческого представителя следует, что он несет повышенную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств. Помимо всего этого, коммерческий представитель отвечает за действия своих работников (ст. 402 ГК РФ) и действия третьих лиц (ст. 403 ГК РФ).

Из общих положений о представительстве следует, что коммерческий представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично. Не допускается совершение через коммерческого представителя сделок, которые по своему характеру могут быть совершены только лично, а равно и некоторых других сделок, указанных в законе.

Из вышесказанного следует, что несмотря на определенное несовершенство института коммерческого представительства участникам предпринимательской деятельности, и, в первую очередь поставщикам товаров и услуг в целях экономии времени и материальных затрат гораздо выгоднее пользоваться услугами именно коммерческого представителя. Таким образом, использование в своей предпринимательской деятельности услуг коммерческого представителя в сочетании с умелым договорным оформлением этих отношений, в зависимости от той или иной конкретной ситуации и обстоятельств, представляется одним из более приоритетных способов ведения предпринимательской деятельности, и, учитывая опыт зарубежных стран, получит и в России должное распространение.

§ 2.5. Сравнительно правовой анализ становления и развития института профессионального коммерческого (торгового) представительства по итогам исследования института в различных правовых системах и отдельных нормах международного права

Из изложенного в предыдущих параграфах главы можно сделать вывод, что правовое регулирование профессионального представительства осуществляемого в качестве предпринимательской деятельности, которое по своим признакам соответствует коммерческому представительству появляется в континентальной Европе только в середине XX в., в то время как понятие «представительство» в современном его понимании присутствовало в отдельных законодательствах уже к началу XIX в., а фактические отношения коммерческого представительства сложились к концу XIX-началу XX вв., хотя их регулированию и не уделялось существенного внимания. И именно римское право оказало большое влияние на формирование концепции коммерческого представительства.

В Англии и США, в отличие от стран с дуалистической системой частного права, отношения представительства регулируются главным образом не законодательством, а нормами прецедентного права, которые были созданы судами. Ни в Англии, ни в США не существует легального определения представительства. Американским институтом права в 1933 г. была осуществлена кодификация судебных решений по некоторым правовым институтам, в том числе и по представительству³³⁹. В 1958 г. было подготовлено второе издание томов, посвященных представительству. В Англии подобная кодификация судебных решений по представительству была проведена еще в прошлом веке В. Боустедом. Его работа с соответствующими изменениями и дополнениями издавалась 14 раз и до сих пор остается наиболее авторитетным исследованием представительства в англо-американском праве. Последнее издание вышло в Лондоне в 1976 г.³⁴⁰ Несмотря на то, что обе кодификации носят частный характер, они приобрели большой авторитет в Англии и США и широко используются судами при рассмотрении конкретных дел.

В понятие представительства в англо-американском праве вкладывается несколько иной смысл, нежели в странах с романской или германской системой права.

Слова «представитель» и «представительство» в системе общего права имеют множество значений. В общем праве термин «представительство» в широком смысле включает все отношения, существующие между двумя лицами, когда одно из этих лиц действует за другое лицо и под его контролем. Представительство охватывает все разновидности отношений – от таких, которые возникают между двумя лицами, когда одно из них занято совершением наиболее простых из фактических действий, до таких, которые возникают между двумя лицами, когда одно из них занято предпринимательской деятельностью (рассматриваемый нами случай коммерче-

³³⁹ Restatement of the Law of Agency. Vol. 1-2. St. Paul, American Law Institute Publishers, 1933 (Restatement of the Law of Agency). Цит. по: Субботин Н. А. Указ. соч. С. 34.

³⁴⁰ Bowstead on Agency. By Reynolds F. M. and Davenport B. J. 14-th Ed. L., 1976 (Bowstead on Agency). Цит. по: Субботин Н. А. Указ. соч. С. 34.

ского (торгового) представительства), связанной с очень большой ответственностью.

В отличие от стран с дуалистической системой частного права, в Англии и США не существует деления на общегражданское и торговое представительство. Понятие «агент» включает в себя и общегражданских представителей, и торговых агентов и представителей, а зачастую трактуется настолько широко, что включает в себя любого рода экономических посредников. Англо-американское право не разграничивает прямое и косвенное представительство, в то время как, например, в итальянском праве это два совершенно самостоятельных отношения, регулируемые различными статьями Гражданского кодекса. В соответствии с англо-американским правом агентом может быть служащий предприятия, в то время как ст. 1 французского закона от 13 декабря 1958 г., регулирующего правовой статус торговых агентов, и ст. 2094 ГК Италии устанавливают, что торговых агентов следует отличать от наемных служащих.

Для концепции представительства в англо-американском праве характерно отождествление личности принципала и агента в отношениях с третьим лицом. По общему правилу агент, действуя в пределах предоставленных ему полномочий, создает правовые отношения непосредственно для принципала; сам он не является стороной вновь возникшего правоотношения. Для права стран континентальной Европы характерно более строгое разграничение «внутреннего» и «внешнего» правоотношений представительства³⁴¹. Так, при наличии косвенного представительства агент выступает самостоятельной стороной в отношениях с третьим лицом. Третье лицо, вступившее в договорные отношения с агентом, не вправе в этом случае привлечь к ответственности принципала за нарушение договора. В соответствии с англо-американским правом, напротив, третье лицо вправе предъявить иск непосредственно принципалу, даже если в момент заключения соглашения оно не подозревало о его существовании.

Характерным для англо-американского права является также и то, что отношения представительства охватывают сферу не только договорного, но и деликтного права. Так, под понятие агента подпадает «любое лицо, которое своими действиями может создать деликтную ответственность для другого лица в дополнение или вместо своей»³⁴².

При определении способности действовать в качестве принципала применяются нормы договорного права, регулирующие способность к заключению договора. Что касается несовершеннолетних, то общее правило,

³⁴¹ В структуре договорных связей, возникающих в связи с осуществлением представительства, обычно различают «внутреннее» правоотношение – между агентом и принципалом и «внешнее» – между агентом (принципалом) с одной стороны, и третьим лицом – с другой.

³⁴² Fridman G. H. L. The Law of Agency. L., 1976. P. 233. Цит. по: Субботин Н. А. Указ. соч. С. 35-36.

которому ныне следуют в США, заключается в том, что несовершеннолетние могут действовать в качестве принципалов. Тем не менее, как назначение агента, так и договоры, заключенные агентом в соответствии с полномочием, данным агенту несовершеннолетним принципалом, являются оспоримыми по усмотрению несовершеннолетнего.

Относительно правоспособности и дееспособности душевнобольных суды придерживаются, за небольшими исключениями или же без всяких исключений, норм договорного права. Назначение агента душевнобольным, не признанным таковым в установленном порядке, а также договоры, заключенные агентом такого душевнобольного, являются оспоримыми, а не ничтожными. В соответствии с законами многих штатов договоры лица, официально признанного душевнобольным, являются ничтожными, следовательно, назначение таким душевнобольным агента недействительно³⁴³.

Что касается торгово-промышленных объединений, таких, как корпорации, товарищества, акционерные компании, тресты, то те из них, которые способны к вступлению в договоры, имеют право также и назначать агентов. Здесь следует отметить, что фактически вся деятельность торгово-промышленных корпораций осуществляется при посредстве агентов. Неинкорпорированная ассоциация не признается законным образованием и не имеет права предъявлять иски и отвечать по искам, иметь или передавать имущество или заключать договоры. Она не нуждается в назначении агента и не обладает способностью к этому. Если неинкорпорированная ассоциация делает попытку действовать через агента, то члены этой ассоциации будут нести обязанности лично в качестве принципалов, если они одобрили назначение агента и данные ему полномочия или одобрили действия агента.

В американском праве свои особенности имеет возможность действовать в качестве агента. Человек может обладать способностью действовать в качестве агента, даже если не обладает способностью заключать договора. Ласк отмечает, что при ведении дел через агента стороной по сделке является принципал, а не агент³⁴⁴. Правоспособность и дееспособность агента несущественны, поскольку он располагает достаточной возможностью выполнения имеющихся у него инструкций. Несовершеннолетний или даже душевнобольной могут действовать в качестве агента. Как правило, может действовать в качестве агента и товарищество. Может ли действовать корпорация в качестве агента, зависит от объема ее полномочий по уставу. Способность других видов торгово-промышленных организаций действовать в качестве агентов зависит от целей, для которых они организованы. Неинкорпорированная ассоциация не может, как таковая

³⁴³ Ласк Г. Указ. соч. С. 280-281.

³⁴⁴ Там же. С. 281-282.

действовать в качестве агента, но ее члены как индивиды могут действовать в этом качестве.

Вообще, для коммерческой практики англо-американского права характерны несколько специальных видов агентов, которые играют важную роль в экспортной торговле.

В России с развитием рыночной экономики формы предпринимательской деятельности становятся все более разнообразными. Они либо воскрешаются из прошлого российского опыта и получают дальнейшее развитие, либо воспринимаются из зарубежного опыта, либо образуются с учетом того или другого. Говоря о коммерческом представительстве, как об одной из форм осуществления посреднической предпринимательской деятельности, следует отметить то обстоятельство, что в ч. 1 ГК РФ 1994 г. нормы, регулирующие этот институт, были разработаны именно с учетом как своего отечественного, так и зарубежного опыта. Большое влияние на данный институт оказало именно германское право. Именно поэтому в отечественном праве появилась конструкция коммерческого представительства мало похожая на ту, которую имела отечественная правовая система вплоть до середины тридцатых годов.

Нельзя сказать, что вопросы коммерческого представительства мало исследовались российскими учеными.

Многое из того, что в отечественном законодательстве второй половины XIX-начала XX вв. регулировалось применительно к представительству в целом (обязанность сообщать сведения о ходе дел, передавать все полученное в процессе осуществления представительства и др.) ныне регулируются в Разделе IV ГК РФ только по отношению к обязательствам, вытекающим из договора поручения и некоторых других договоров, связанных с осуществлением представительства.

Однако одной из главных особенностей института коммерческого представительства является то, что в отечественной цивилистике исследования в области его регулирования проводились в дореволюционный период, а также в первые годы советской власти³⁴⁵, в то время как в зарубежных странах отношения с участием торгового представителя, уже после того, как в СССР предпринимательская деятельность была окончательно запрещена, подверглись значительному законодательному урегулированию.

Многолетний опыт передовых стран мира подтвердил в большинстве случаев нецелесообразность отвлечения внимания предпринимателей от

³⁴⁵ Неверным представляется утверждение, что предпринимательская деятельность и связанные с ее осуществлением институты, в том числе и коммерческое представительство, были забыты сразу же после прихода большевиков к власти в октябре 1917 года, хотя в период военного коммунизма коммерческая деятельность и была формально запрещена, вплоть до объявления политики НЭПа в марте 1921 года. В этот период большевики еще окончательно не установили власть на всей территории страны и многие ее регионы жили по дореволюционному законодательству.

основной деятельности на выполнение функций по совершению торговых сделок собственными силами. Ведь для заключения сделок на новом рынке сбыта своих товаров и услуг необходимо не только обладать квалифицированными знаниями в определенной области, но и специальной информацией, в том числе и о местном рынке и особенностях местной торговли. Кроме того, заключение сделок отдельных категорий или в отношении определенного имущества возможно только лицами, обладающими особым статусом или имеющими лицензию на совершение подобных действий. Вот почему в настоящее время обычной практикой в таких случаях становится представительство интересов заинтересованных лиц за определенное вознаграждение профессиональными посредниками. В большинстве из них речь идет о выступлении последних от имени и за счет производителей продукции (прямое представительство) или за их счет, но от своего имени (косвенное представительство)³⁴⁶.

Из вышеизложенного следует, что и в первом и во втором случаях речь пойдет о представительстве. Тем не менее, такого широкого понятия представительства придерживаются далеко не все. Это касается в первую очередь нашей страны и большинства стран запада, относящихся к так называемой континентальной системе права. Право континентальной Европы большое значение придает тому, действует ли представитель от собственного имени или от имени другого лица (представляемого, принципала). О «представительстве» речь идет только в последнем случае и лишь тогда, когда третье лицо ясно осознает, что договор должен заключаться с доверителем, или если это вытекает из обстоятельств³⁴⁷.

В России проблема законодательного урегулирования отношений коммерческого представительства встала сравнительно недавно и была связана с формированием рыночных отношений и основных форм торговли. Вместе с тем этот институт нельзя назвать новым в отечественной цивилистике. Законодательство дореволюционного периода знало и регулировало этот институт. Но одной из главных особенностей коммерческого представительства в нашей стране является то, что в отечественной цивилистике исследования в его области проводились в дореволюционный период, в то время как во многих зарубежных странах отношения с участием таких торговых деятелей за период с третьего десятилетия XX в. подверглись значительному законодательному урегулированию. Поэтому нормы о коммерческом представительстве в современном Гражданском кодексе РФ были разработаны не только с учетом отечественного, но и зарубежного (преимущественно германского) опыта.

³⁴⁶ Деление представительства на «прямое» и «косвенное» встречается у большинства современных российских и западных ученых. См., например: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 153. Тынель А., Функ Я., Хвалеи В. Указ. соч. С. 279. Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. 1993. С. 95 и др.

³⁴⁷ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. 2. С. 153.

Из-за этого и понятие «коммерческого представителя» в нашем гражданском законодательстве и имеет, на наш взгляд, слишком узкую трактовку, в то время как сфера использования этого института в условиях распространения посреднической коммерческой деятельности расширяется и требует более четкой правовой регламентации.

Не менее принципиальным является и то, что Россия интегрируется в Европейское сообщество, а потому единообразное регулирование отдельных отношений требует выявления сходства и различий в правовых порядках стран Европейского сообщества для устранения, или, по меньшей мере, сглаживания этих различий в национальных правовых системах на основе общепринятых принципов права.

Дело еще и в том, что отечественное законодательство в вопросе о коммерческом представительстве поступает достаточно противоречиво. С одной стороны в понятии представительства закрепляются положения о том, что представительством являются действия, совершаемые только от имени представляемого. О других так называемых формах экономического представительства то же законодательство говорит достаточно четко, что представительством в смысле гражданского права они не являются. Однако уже во второй части Гражданского кодекса РФ появляются положения об агентских договорах, которые соответствуют англо-американской системе права и оформляют там различные отношения представительства.

В ГК РФ сохранилась и такая, на наш взгляд, искусственная конструкция в представительстве, как деление действий на фактические и юридические. Вопрос о правомерности такого рода разделения восходит еще к середине XIX в., когда стояла проблема отграничения договора доверенности от договора личного найма, регулировавшегося тогда гражданским законодательством и оформлявшим зачастую отношения представительства. Считалось, что предметом доверенности является юридическая деятельность, а предметом найма – материальные работы. Однако принятие Устава Торгового разрушило последнее отличие, признав в ст. 5, что приказчики исполняют торговые поручения по договору о найме³⁴⁸. Не удивительно, что англо-американская система права такого деления действий на юридические и фактические не знает.

Ввиду того, что в ГК РФ нормы, регулирующие коммерческое представительство построены преимущественно по той же конструкции, что и в романо-германской правовой системе, а некоторые договоры, использование которых возможно при оформлении полномочий коммерческого представителя напрямую заимствованы из системы общего права (например, агентский договор), мы считаем более последовательным рассмотреть причины такого, на первый взгляд противоречивого комбинирования в од-

³⁴⁸ Курс торгового права профессора Казанского университета Г. Ф. Шершеневича. Третье издание. Казань, 1899. С. 188-189.

ном законодательстве норм различных правовых систем, а также указать основные тенденции, которые существуют в современном мире при унификации правового регулирования отношений представительства. При этом на наш взгляд, в первую очередь следует обратить внимание на отличия, которые присущи континентальной и общей системе права в этом вопросе и противоречия существующие в нашей российской системе права при определении понятий коммерческого представительства.

В. Хвале́й отмечает, что исходя из анализа норм национального законодательства различных государств, а также актов международного торгового права, можно сделать вывод о том, что договоры коммерческого представительства, комиссии и агентские договоры по своей сути представляют собой один вид международного посредничества – международное торговое представительство, вследствие чего термин «доверитель» (фр. *commetant ou mandat*, нем. *Unternehmer*, итал. *preponente* или *mandante*) соответствует английскому «принципал» (*principal*), а термин «представитель» (фр. *representant*, итал. *rappresentante*, нем. *Handelsvertreter* или *Vertreter*) соответствует английскому термину «агент»³⁴⁹.

Да действительно, термин «принципал» в общих чертах соответствует французскому термину «комитент» или «доверитель», итальянскому «уполномоченный» или «доверитель». Между тем, термин «агент» на английском языке включает гораздо больший диапазон ситуаций, чем «агент» на французском языке, «агент» на итальянском и «торговый представитель» или «представитель» на немецком. Термин «представитель» часто используется во Франции и Бельгии. Под ним понимают агентов, которые получают заработную плату. В Италии «представитель» означает агента, который имеет право представлять, однако на практике этот термин обычно используется применительно к агентам, которые не уполномочены заключать соглашения от имени и за счет принципала.

Вместе с тем торговому представительству присущи и общие характерные черты. Обобщая регулирование договоров коммерческого представительства (агентских договоров) в праве стран континентальной Европы, можно сделать вывод о том, что в законодательстве этих государств под названным договором понимается такое соглашение, по которому агент (представитель) обязуется осуществлять продвижение товаров или услуг доверителя на определенных рынках с целью заключения непосредственных договоров между доверителями и потребителями данных рынков³⁵⁰.

Однако точка зрения В. Хвале́я представляется нам не совсем верной в той мере, где он обосновывает отличия договора коммерческого представительства (агентского договора) от договора поручения. По его мнению, такое отличие заключается в том, что основной задачей агента является не

³⁴⁹ Тынель А., Функ Я., Хвале́й В. Указ. соч. С. 297.

³⁵⁰ Там же. С. 281-282.

само заключение договора (совершение юридически значимых действий от имени доверителя), а именно содействие в заключении договора (вне зависимости от того, будет ли данный договор подписан агентом от имени доверителя или самим доверителем). На наш взгляд, такая задача может быть, конечно, и основной, но только если об этом прямо указано в договоре. Договор о коммерческом представительстве вполне может быть оформлен и конструкцией договора поручения и в этом смысле уместно говорить об отличиях лишь «простого» договора поручения от соглашения с профессиональным представителем. Тем не менее, следует признать отличие подхода права континентальной Европы в этом вопросе от отечественной трактовки коммерческого представительства. Здесь в силу прямого указания закона действует противоположное высказанному мнению правило, а именно, что главной задачей коммерческого представительства является представительство, а не посредничество. То же можно сказать о праве Франции и некоторых других стран.

Глава 52 ГК РФ, регулирующая отношения агентирования, не устанавливает специальных правил возврата полученного по сделкам, совершенным агентом. В то время как ст. 1011 ГК РФ предусматривает субсидиарное применение норм гл. 49 ГК РФ к агентским отношениям, если агент действует от имени принципала. Также исходя из буквального толкования ст. 1011 ГК РФ, если агент действует от своего имени, к таким отношениям применяются не нормы договора поручения, а положения, регулирующие договор комиссии.

Вывод из судебной практики: Если между сторонами заключен агентский договор, но его условия не позволяют определить, каким образом будет возвращено исполненное, то к таким отношениям применяются положения ст. 974 ГК РФ об обязанностях поверенного.

Однако в качестве примечания следует обратить внимание на следующее. В приведенных далее Постановлениях суды ссылались на ст. 974 ГК РФ. Однако по условиям спорных договоров агентирования агент совершал действия от своего имени, а не от имени принципала, и, соответственно, должны были применяться нормы о договоре комиссии, а именно ст. 999 ГК РФ, которая императивно устанавливает, что по исполнении поручения комиссионер обязан представить комитенту отчет и передать ему все полученное по договору.

В отличие от приведенной нормы ст. 974 ГК РФ требует представления поверенным отчета, только если это необходимо по условиям договора или характеру поручения.

Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15 июля 2004 г. № Ф04/3806-1556/А27-2004:

«...Согласно названному договору принципал поручил, а агент принял на себя обязательство совершать от своего имени и за счет принципала действия по начислению, предъявлению к оплате платежных документов

и счетов-фактур и сбору денежных средств с абонентов, перечисленных в приложении № 1, за потребленную ими электрическую энергию.

По условиям договора агент должен был собирать денежные средства с абонентов принципала за электрическую энергию, потребленную ими после заключения настоящего договора и потребленную, но не оплаченную до заключения договора...

Давая оценку агентскому договору, суд пришел к правильному выводу, что к нему в силу статьи 1011 Гражданского кодекса Российской Федерации применяются правила, закрепленные в главе 49 настоящего Кодекса.

В соответствии со статьей 974 Гражданского кодекса Российской Федерации агент обязан передавать принципалу без промедления все полученное по сделкам, совершенным во исполнение поручения...

Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Уральского округа от 19 февраля 2004 г. № Ф09-350/2004-ГК.

«...Как усматривается из материалов дела, 11.07.2000 между ООО «Оренбурггазпром» и ООО «Татхимэнергогаз плюс» заключен агентский договор № 1267-32, в соответствии с условиями которого ответчик обязался от своего имени но за счет истца совершить действия по возврату задолженности ОАО «Казаньоргсинтез» перед ООО «Оренбурггазпром» ориентировочно на сумму 6000000 руб.

Во исполнение агентского договора № 1267-32 ООО «Татхимэнергогаз плюс» от ОАО «Казаньоргсинтез» получены векселя на сумму 4354186 руб., что подтверждается актами приема-передачи векселей, а также отчетом агента, принятым ООО «Оренбурггазпром».

...В отсутствие специально установленных сторонами вышеназванного договора специальных условий возврата полученной ответчиком суммы задолженности от ОАО «Казаньоргсинтез», с учетом положений ст. 1011 ГК РФ, следует руководствоваться ст. 974 ГК РФ, в соответствии с которой ООО «Татхимэнергогаз плюс» обязано передавать истцу без промедления все полученное по сделкам, совершенным во исполнение заключенного между сторонами договора.

Таким образом, представляется правомерным вывод арбитражного суда о наличии оснований для взыскания с ответчика задолженности за непередачу полученных от ОАО «Казаньоргсинтез» векселей на сумму 4354186 руб. (ст. ст. 309, 974 ГК РФ, п. 1.1 договора № 1267-32 от 11.07.2000)...

Что касается права Англии и США, то согласно ему наиболее общим определением агента является его описание как лица, которое прямо или подразумеваемо, имеет полномочия для совершения действий от имени принципала и принятия от его имени прав и обязанностей.

При этом под прямо выраженными полномочиям понимаются полномочия агента, согласованные между агентом и принципалом, под подра-

зумеваемыми – полномочия, хотя и не согласованные между агентом и принципалом, однако обычно предоставляемые агенту в соответствии с практикой торгового оборота и необходимые агенту для выполнения им взятых на себя перед принципалом обязательств³⁵¹.

Ввиду того, что в настоящее время в мире существует потребность в унификации законодательства о представительстве, выработаны некоторые законодательные международные акты, регулирующие торговое представительство, рассмотрим основные проблемы, возникающие в мировой практике и основные направления их решения.

Появление агентского договора, как впрочем, и самого института коммерческого представительства в нашем отечественном законодательстве было обусловлено рядом причин.

Советские, а затем и российские внешнеторговые организации в своей повседневной деятельности часто сталкиваются с вопросами регулирования отношений представительства в различных правовых системах. Это обуславливалось, прежде всего, тем, что отечественные внешнеторговые организации часто имели дело не непосредственно со своими партнерами – иностранными фирмами, а с их агентами. В связи с этим возникали вопросы о полномочиях данных агентов, правовых последствиях заключенных с ними сделок и ответственности сторон по заключенным таким образом сделкам. Кроме того, нередко сами внешнеторговые объединения прибегали к услугам различного рода агентов.

С разрешением предпринимательской деятельности в нашей стране, вопрос об отношениях с участием представителей становится еще более остро. В коммерческой практике начинают появляться не только договора комиссии и поручения, предусмотренные ГК РСФСР, но и агентские, договора консигнации и т. д.

Любопытно, что до принятия ч.1 ГК РФ российская наука в определении понятия коммерческого представительства занимала более последовательную позицию. В более общем виде коммерческое представительство понималось как торговое посредничество, при котором представитель осуществляет свою деятельность в соответствии с данным ему поручением за определенное вознаграждение, причем независимо от того действует ли лицо от имени представляемого или от своего собственного имени. А. С. Комаров в своей работе³⁵² к договорам коммерческого представительства (агентства) относит, не придавая значения от чьего имени действует лицо, договоры поручения, комиссии, консигнации.

Именно на таком «широком» понимании представительства настаивали и многие дореволюционные и советские ученые, глубоко исследо-

³⁵¹ Там же. С. 276.

³⁵² Договоры о коммерческом представительстве. М.: Академия Внешней торговли, 1994. С. 6, 13, 20 и др.

вавшие проблему представительства. Так уже А. Гордон в своей работе³⁵³ выделяет полное (всестороннее) и одностороннее (скрытое) представительство. При полном представительстве юридические отношения, устанавливаемые представителем, непосредственно переходят на лицо представляемое. В одностороннем представительстве такой переход осуществляется посредственно. Признавая отличия между этими двумя видами одного и того же юридического явления, А. Гордон, тем не менее, замечает, что отнюдь не следует одностороннее представительство исключать из состава представительства вообще, как это делали некоторые тогдашние юристы³⁵⁴. Ведь выделяя этот способ юридической деятельности одного лица в интересах другого из учения о представительстве, названные юристы не указывают ему никакого другого, точно определенного места среди институтов гражданского права.

В. К. Андреев³⁵⁵ высказывает мнение, что представительство в гражданском праве можно определить как юридический способ приобретения и осуществления, гражданских прав и обязанностей, как правовую форму участия в имущественном обороте, при которой одно лицо непосредственно приобретает права и обязанности посредством действий другого лица.

Из ст. 182 ГК РФ же следует, что необходимыми и специфическими признаками гражданско-правового представительства является выступление одного лица от имени другого. Однако содержание выделенного выражения понималось в цивилистике не всегда дословно. В научной литературе можно встретить его трактовку как действия по отношению к третьим лицам³⁵⁶, как действие, совершенное при осведомленности третьих лиц о представительном характере действий³⁵⁷, как юридически целенаправленное действие³⁵⁸, или как условие, порождающее непосредственно правовой результат для другого лица³⁵⁹.

Е. Л. Невзгодина³⁶⁰ в своей работе приходит к выводу, что выступление от имени представляемого – это правомерное действие представителя, совершаемое в интересах представляемого по отношению к третьим ли-

³⁵³ Представительство в гражданском праве. Исследование А. Гордона присяжного поверенного при Санкт-Петербургской Судебной палате. СПб., 1879. С. 20-23 и др.

³⁵⁴ К их числу А. Гордон относит Унгера, Бринца, Лабанда, Гариеса, Циммермана.

³⁵⁵ Представительство в гражданском праве. Калининградский государственный университет, 1978. С. 22.

³⁵⁶ Гражданское право. Ч. 2. М.: Юриздат, 1938. С. 193.

³⁵⁷ Шерешевский И. В. Представительство. Поручение и доверенность. Практический комментарий к ГК РСФСР. 1925. С. 16, 17; Гражданское право. Т. 1. М., Юриздат, 1944. С. 209.

³⁵⁸ Иоффе О. С., Толстой Ю. К. Новый ГК РСФСР. Издательство ЛГУ, 1965. С. 335.

³⁵⁹ Черняев Ю. А., Яменфельд Г. М. Основы гражданского и трудового права. М., 1974. С. 135; Советское гражданское право. Ч. 1. М.: ВЮЗИ, 1960. С. 199.

³⁶⁰ Невзгодина Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву. Томск, 1980.

цам, осведомленным о представительном характере действия, и направленное на приобретение или осуществление прав и обязанностей представляемого с непосредственным правовым результатом для последнего. Иными словами, представительство в гражданском праве характеризуется полным замещением представляемого представителем в процессе совершения тех или иных юридических действий.

То же самое, на наш взгляд, можно будет сказать и о настоящем понятии коммерческого представительства, учитывая, конечно, специфику последнего. Между тем, по логике законодателя оно применимо лишь в договоре поручения и неприемлемо ни в договоре комиссии, ни в договоре доверительного управления имуществом, а в агентском договоре – лишь в случае, когда действия агента совершаются именем принципала.

Получается парадоксальная ситуация, что агент, являясь по своей сути представителем в агентском договоре в одном случае будет действовать как коммерческий представитель, в другом – как лицо с явно неопределенным статусом.

На наш взгляд, нормативная база, регулирующая агентирование, представленная в современном ГК РФ чрезвычайно мала и содержит лишь общие положения, по сравнению с достаточно разработанным и подробно регламентированным законодательством стран общего права. Косвенным доказательством тому служит содержащееся в п. 4 ст. 1005 ГК РФ положение, что законом может быть предусмотрены особенности отдельных видов агентского договора. Однако такие законы до сих пор не разработаны.

Стремление достичь единообразного регулирования определенных отношений приобретает различные формы. Наиболее распространенным способом унификации является принятие международной конвенции.

Что касается отношений по представительству, осуществляемому самостоятельными торговыми агентами, то в целях унификации норм, Советом Министров ЕС в декабре 1986 г. была принята Директива о торговых агентах № 86/653. В настоящее время принимаются меры по реализации Директивы в законодательствах стран сообщества. Достижению аналогичной цели призвана также служить конвенция, подготовленная римским Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА) и принятая в 1983 г. на Женевской конференции, правда, так и не вступившая в силу из-за отсутствия необходимого количества ратификаций.

Бесспорно, что явные противоречия в регулировании понятия «представительство» в двух крупнейших правовых системах при расширении мировой торговли не могли не привести к мысли о единообразном урегулировании некоторых спорных вопросов, решавшихся различно в каждой из этих правовых систем.

Важная роль института представительства в торговом обороте большинства стран мира и в мировой торговле в целом явилась причиной того,

что, уже начиная с 1935 г., УНИДРУА ведутся исследования, связанные с унификацией правовых норм, регулирующих представительство с международным элементом. Причем характерно, что первоначально эти исследования велись с позиций системы права стран континентальной Европы. В 1961 г. УНИДРУА был опубликован проект, исходивший из свойственного странам с дуалистической системой права деления представительства на прямое и косвенное. Однако такой подход не был поддержан странами англо-американской системы права, которым подобное деление неизвестно. Поэтому впоследствии по инициативе Англии была произведена работа по созданию проекта конвенции, в котором представительство рассматривалось уже с позиций общего права. В конце концов, эта работа увенчалась успехом на проходившей в Женеве с 31 января по 17 февраля 1983 г. дипломатической конференции, в работе которой принимали участие и делегации ряда «социалистических» стран, в том числе и СССР³⁶¹.

Принятая конвенция, регулируя отношения по договорам торгового представительства, определяет полномочия агента (торгового представителя), условия прекращения данных полномочий, а также правовые последствия сделок, заключенных агентом для принципала и отражает в себе, прежде всего, опыт правового регулирования отношений представительства в англо-американской системе права.

На независимых агентов, уполномоченных на заключение сделок и ведение переговоров от имени принципала, распространяется вышеупомянутая нами Директива Совета ЕС от 18 декабря 1986 г. № 86/653. Директива определяет независимого коммерческого агента как независимого посредника, который имеет полномочия по обсуждению условий покупки или продажи товаров от имени другого лица (принципала), обсуждает или заключает такие сделки в пользу и от имени принципала. Агент, как правило, действует от имени принципала, однако, допускается действие агента и от собственного имени, причем как с указанием на существование принципала, так и без такого указания. Вне зависимости от того, от чьего имени выступает агент во взаимоотношениях с третьими лицами, он действует в интересах (в пользу) принципала.

В целом можно сказать, что вышеназванные документы представляют собой искусную комбинацию принципов континентального (романо-германского) и общего (англо-американского) права в международной торговле товарами.

Учитывая роль вышеназванных международных документов в унификации регулирования международных агентских соглашений нельзя не отметить, вместе с тем влияния на них норм английского права, хотя и неверно было бы утверждать, что право континентальной Европы не оказало здесь никакого влияния. Между тем, унификация законодательства в сфере

³⁶¹ Субботин Н. А. Указ. соч. С. 7-8.

агентских соглашений, с одной стороны, разрешает некоторые проблемы, а с другой – ставит ряд вопросов, вызывающих затруднения в силу различного взгляда англо-американской и континентальной систем права на институт представительства.

Так, с точки зрения права континентальной Европы в свете сказанного возникает вопрос о том, как учитываются интересы принципала и третьего лица при практическом применении «теории скрытого представительства». Внимания, в частности, заслуживают две проблемы. Во-первых, как защищаются интересы контрагента третьего лица в случае, если скрытый принципал потребует выполнения договора, который это третье лицо заключило, будучи уверено, что, вступает в отношения с другим участником этого договора. И, во-вторых, что делать в диаметрально противоположном случае, если лицо будет иметь возможность требовать выполнения договора не только от посредника, заключившего договор от своего имени, но и от принципала, о существовании которого он не имеет ни малейшего представления.

Женевская конвенция присоединилась в этом вопросе к общему и нидерландскому праву. Ст. 14 (2) Конвенции указывает на то, что принципал может предъявлять требования к третьему лицу со ссылкой на отсутствие полномочия у агента в случае, когда поведение принципала убеждает третье лицо добросовестно верить в то, что агент уполномочен действовать от имени принципала и что он действует в рамках такого полномочия. Согласно ст. 13 (2В), третье лицо в случае невыполнения агентом, являющимся его партнером по договору, своих перед ним договорных обязательств, наделяется как правом требования к этому агенту, так и к его принципалу. Однако допускается зачет взаимных претензий, которые возникают в отношениях между третьим лицом и агентом и между агентом и принципалом. Это означает, что принципалу, в отличие от общего права – не может быть в принципе предъявлен иск в случае, если он осуществлял платежи агенту. А из ст. 13 (7) следует, что эти нормы применяются лишь в спорных случаях. Они же действуют также, если по взаимной договоренности сторон лишь агент отвечает по конкретным обязательствам перед третьим лицом.

Вышеизложенное позволяет нам сделать вывод о том, что строгое разделение представительства на прямое и опосредованное (косвенное) не является естественной потребностью права. Ситуация в общем праве свидетельствует о том, что возможность скрытого принципала отстаивать свои интересы с помощью исков по договорам, заключенным за его счет, и возможности третьего лица также защищать свои интересы ссылкой на принцип доверия к стороне, подписавшей договоры, как к действительному партнеру, строго сбалансированы, подобно тому как это имеет место в немецком праве цессии.

В современных условиях большое значение приобретает дальнейшее изучение всех сторон деятельности коммерческого представителя с позиций сравнительного правоведения именно потому, что подобная деятельность все большее значение приобретает не только на внутреннем, но и на внешнем рынке. А здесь одной из центральных проблем выступают различия в законодательном урегулировании сходных отношений.

Если сравнительно-правовой анализ показывает, что данная проблема за границей решается определенным образом, не стоит возражать против использования этого решения в национальном праве только на том основании, что это регулирование «иностранное», а потому неприемлемо. Необходимо, однако, время от времени проверять не только то обстоятельство, оправдало ли себя на практике в нашей стране иностранное решение, признанное оптимальным, но и его приемлемость для отечественной правовой системы.

Поэтому нам представляется необходимым высказать ряд предложений по совершенствованию российского законодательства в сфере регулирования отношений коммерческого представительства.

Во-первых, в целях ликвидации обозначенных нами противоречий необходимо закрепить на законодательном уровне более широкое понятие представительства, и, следовательно, тем самым расширить трактовку коммерческого представительства.

Под представительством, таким образом, следует понимать такое отношение, по которому одно лицо, имеющее полномочия для совершения действий от имени и (или) в интересах представляемого (представитель) действует по поручению представляемого.

Следовательно, коммерческим представительством будет такое трехстороннее правоотношение, при котором одно лицо (коммерческий представитель) на основе и в пределах предоставленных ему полномочий за определенное вознаграждение совершает сделки с третьими лицами и оказывает иные возмездные услуги в интересах представляемого, а юридические последствия совершенных таким представителем действий возникают непосредственно в лице представляемого.

Во-вторых, нормы о коммерческом представительстве следует выделить в отдельный параграф, а не регулировать применительно к договору поручения. Эти положения должны находиться в разделе «Представительство» и носить общий характер по отношению к договорам, которые могут оформлять отношения коммерческого представительства. К последним, с учетом вышеизложенной редакции, можно будет отнести не только поручение, агентский договор, договор об оказании услуг, экспедицию, но и договор комиссии, доверительного управления и ряд других, когда стороны пользуются услугами коммерческого представителя.

Глава 3. Договоры, оформляющие коммерческое (торговое) представительство в гражданском обороте и их место в системе гражданско-правовых сделок

§ 3.1. Взгляд на гражданско-правовые договоры, оформляющие профессиональное коммерческое представительство (анализ видов договоров, оформляющих отношения по коммерческому (торговому) представительству по материалам теории и практики, определение их места в системе гражданско-правовых сделок)

Договоры, которые оформляют отношения профессионального коммерческого представительства, как видится, можно объединить в одну группу, общими признаками для которой будут совершение уполномоченным лицом действий в чужих интересах и по поручению заинтересованного лица. Эти договорные отношения входят в состав посреднических договоров, однако полностью с ними не отождествляются. Поскольку центральной фигурой в них выступает профессиональный коммерческий представитель, то более правильным будет именовать их договорами о профессиональном коммерческом (торговом) представительстве.

Представительство, основанное на договоре, является представительством добровольным³⁶². Это означает, что оно возникает по воле представляемого, который определяет не только фигуру представителя, но и его полномочия. Кроме того, на совершение юридических действий от имени представляемого требуется согласие самого представителя.

Между представляемым и торговым представителем заключается договор, определяющий их внутренние взаимоотношения. Данный вид представительства имеет ряд существенных особенностей по сравнению с обычным, некоммерческим представительством, которые были рассмотрены нами выше.

Полномочия коммерческого представителя должны быть прямо отражены в договоре, который заключается в письменной форме, либо указаны в выдаваемой ему доверенности.

Исторически сложилось так, что одним из наиболее распространенных оснований возникновения представительских обязательств у коммерческого представителя является договор поручения.

А. С. Комаров и С. С. Алексеева в своих работах³⁶³ к договорам торгового представительства (агентства) относят, не придавая значения, от

³⁶² Алексеева С. С. Гражданское право: учебник. М.: Проспект, 2009. С. 528.

³⁶³ Алексеева С. С. Указ. соч. С. 8, 20. Белов В. Н. Коммерческое представительство и агентирование (договоры). М., 2007. С. 103-192.

чьего имени действует лицо, договоры поручения, комиссии, консигнации, то есть так называемые посреднические договоры.

Посреднические договоры в торговом обороте выделяются в связи с осуществлением одной из сторон этих договоров (торговым посредником) деятельности, связанной с оказанием услуг, посредством которых осуществляется организация рынка. К таким договорам относятся: договор поручения (ст. 971 ГК РФ), договор комиссии (ст. 990 ГК РФ), договор агентирования (ст. 1005 ГК РФ), договор коммерческой концессии (ст. 1027 ГК РФ), договор профессионального представительства (по правилам ст. 184 ГК РФ), а также не упомянутый в ГК РФ, но широко используемый в торговом обороте дистрибьюторский договор. Необходимо отметить, что перечень названных в ГК РФ посреднических договоров не является закрытым. Кодекс допускает определения иных их видов в других федеральных законах, иных правовых актах (п. 2 ст. 421 ГК РФ) либо по инициативе самих субъектов.

Договоры поручения, коммерческого представительства, комиссии, агентирования и иные их виды образуют группу договоров, связанных с действиями в чужом интересе по поручению этого заинтересованного лица.

Общим в определении признаков этой группы является наделение посредника (поверенного, коммерческого представителя, комиссионера или агента) полномочиями, в соответствии с которыми он обязан совершать действия в интересах и за счет лица, предоставляющего эти полномочия. Все упомянутые договоры могут носить срочный или бессрочный характер.

По договору поручения поверенный на основании предоставленных доверителем полномочий обязуется совершить:

- 1) юридические действия, определенные по характеру;
- 2) в интересах и за счет доверителя;
- 3) от имени доверителя, что означает возникновение прав и обязанностей по сделкам, совершенным поверенным на основании договора поручения, непосредственно у доверителя;
- 4) за вознаграждение (поскольку в торговом обороте доверитель осуществляет предпринимательскую деятельность, то он обязан выплатить вознаграждение поверенному, если в договоре поручительства не оговорено иное).

Используя путеводитель по судебной практике рассмотрим возникающие вопросы судебной практики по толкованию и применению положений глава 49 ГК РФ «Поручение» и возможные пути их решения.

Основные вопросы, которые отмечает судебная практика по толкованию и применению ст. 971 ГК РФ «Договор поручения» сводятся к следующему.

1. Надлежащее согласование условия о предмете договора поручения.
2. Размер и выплата вознаграждения поверенного как существенные условия договора поручения.
3. Срок исполнения поручения как существенное условие договора.
4. Фактические действия как предмет договора поручения.
5. Последствие заключения договора поручения в отношении заведомо неосуществимых действий.
6. Применение норм гл. 49 ГК РФ о договоре поручения к сложившимся отношениям сторон при незаключенном договоре поручения.
7. Соотношение договора поручения и иных договоров.
8. Право третьего лица предъявлять требования к поверенному по сделке, совершенной во исполнение договора поручения.
9. Возможность взыскания с доверителя расходов, произведенных поверенным в связи с недействительностью договора, заключенного во исполнение договора поручения.
10. Ответственность поверенного за неисполнение сделки третьим лицом.

Существенными условиями договора являются: условие о его предмете, условия, существенные для договоров данного вида в силу закона или иных правовых актов, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. В п. 11 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными» указано, что заявление стороны договора о необходимости согласования какого-либо условия означает, что такое условие является существенным для данного договора. Необходимо отметить, что договор не может быть признан недействительным на том основании, что не согласованы его существенные условия. Такой договор является незаключенным (п. 1 указанного информационного письма).

Согласно ст. 971 ГК РФ предметом договора поручения являются определенные юридические действия, совершенные поверенным от имени и за счет доверителя. Однако на практике часто возникают вопросы о том, в какой мере и каким образом такие действия должны быть определены, чтобы условие договора о предмете считалось согласованным.

Условие о юридических действиях, которые должен совершить поверенный, должно быть определено достаточно конкретно. В противном случае договор может быть признан незаключенным.

Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19 апреля 2006 г. № А58-2955/05-Ф02-1126/06-С1 по делу № А58-2955/05.

«...Согласно пункту 1 статьи 971 и пункту 1 статьи 973 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны

(доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя. Поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными.

Из смысла данных статей следует, что существенным для сторон, заключающих договор поручения, является согласование и отражение в тексте сделки условия относительно юридического действия, которое поручается совершить поверенному...»

Аналогичная судебная практика:

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 12 мая 2009 г. № Ф03-1651/2009 по делу № А04-5568/2008.

«...Суд первой инстанции, оценивая условия договора поручения от 21.03.2006, установил, что предмет договора – «проведение подготовительных работ по жилым домам, расположенным в квартале № 418 по адресам: г. Благовещенск, ул. Краснофлотская, д. 181, 183, 185, в том числе подбор вариантов квартир для граждан, подлежащих выселению, оформление права собственности на квартиры для граждан, подлежащих выселению за счет заказчика, определение предварительных затрат на техническую документацию и государственную регистрацию» не содержит однозначной формулировки о юридических и фактических действиях агентства, подлежащих совершению при его исполнении. В этой связи с учетом требований ст. ст. 431, 432, 971 ГК РФ суд сделал обоснованный вывод о незаключении сторонами договора поручения от 21.03.2006.

Доводы заявителя кассационной жалобы являлись предметом исследования и оценки, не опровергают выводов судов и не могут служить основанием к отмене оспариваемых судебных актов...»

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20 ноября 2007 г. № Ф03-А37/07-1/4247 по делу № А37-2531/06-12.

«...Согласно пунктам 2.1.1, 2.1.2 коллегия представляет интересы доверителя в Арбитражном суде Магаданской области по иску ООО «Трио РОСа» о взыскании 483 760 рублей 76 копеек (дело № А37-2332/03-5) и по иску ООО «Трио РОСа» о взыскании 1 509 749 рублей 12 копеек (дело № А37-2331/03-3), организует изучение материалов дела, подготавливает и представляет отзыв на исковое заявление, принимает участие в предварительных и судебных заседаниях. По условиям договора для выполнения указанных обязанностей коллегия назначила адвоката А., также подписавшего данный договор.

*...Суд апелляционной инстанций **правомерно руководствовался нормами главы 39 ГК РФ.** Вместе с тем кассационная инстанция считает, что данный договор по своей правовой природе имеет признаки, как договора возмездного оказания услуг, так и договора поручения.*

...Не принимается во внимание ссылка заявителя кассационной жалобы о том, что спорный договор нельзя признать заключенным, поскольку в нем не согласованы существенные условия, так как из содержания п. 1 ст. 779, п. 1 ст. 971³⁶⁴ следует, что к числу существенных условий договора относится предмет договора (определенные действия, которые обязан совершить исполнитель, либо указанная определенная деятельность, которую он обязан осуществить), а он в спорном договоре согласован...»

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20 ноября 2007 г. № Ф03-А37/07-1/4245 по делу № А37-2532/06-13.

«...Согласно пунктам 2.1.1, 2.2 Коллегия представляет интересы Доверителя в Арбитражном суде Магаданской области по иску Федеральной службы по гидрометеорологии и мониторингу окружающей среды ГУ «Колымское УГМС» (дело № А37-3887/04-8), организует изучение материалов дела, подготавливает и представляет отзыв на исковое заявление, принимает участие в предварительных и судебных заседаниях. По условиям договора для выполнения указанных обязанностей Коллегия назначила адвоката Адушева Ю.П., также подписавшего данный договор.

...Суд апелляционной инстанций правомерно руководствовался нормами главы 39 ГК РФ. Вместе с тем кассационная инстанция считает, что данный договор по своей правовой природе имеет признаки, как договора возмездного оказания услуг, так и договора поручения.

...Не принимается во внимание ссылка заявителя кассационной жалобы о том, что спорный договор нельзя признать заключенным, поскольку в нем не согласованы существенные условия, так как из содержания пункта 1 статьи 779, пункта 1 статьи 971 следует, что к числу существенных условий договора относится предмет договора (определенные действия, которые обязан совершить исполнитель, либо указанная определенная деятельность, которую он обязан осуществить), а он в спорном договоре согласован...»

Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10 января 2006 г. № Ф04-9422/2005(18462-А81-13).

«...Из смысла статей 971, 973 Гражданского кодекса Российской Федерации следует, что существенным для сторон, заключающих договор поручения, является согласование и отражение в тексте сделки условия относительно юридического действия, которое поручается совершить поверенному.

В пункте 1.1 договора содержится поручение поверенному «организовать поставку товарно-материальных ценностей на сумму 93297000 руб.»

Данное условие договора не позволяет сделать вывод о согласовании сторонами предмета договора поручения.

³⁶⁴ Имеются в виду п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 971 Гражданского кодекса РФ.

Согласно статье 971 Гражданского кодекса юридическое действие, которое подлежит совершить поверенному, должно быть определенным. Понятие «организовать поставку» является неконкретным и не свидетельствует о наличии у ассоциации обязанности по заключению от имени администрации определенного договора.

Вывод суда о том, что договор поручения содержит указание - заключить от имени доверителя договоры поставки, не соответствует пункту 1.1 договора.

В случае, если ассоциация и приняла на себя обязательства заключить договор поставки от имени администрации, то договор поручения должен содержать указание на то, какое имущество подлежало поставке. В силу статьи 455 Гражданского кодекса наименование и количество товара относится к существенным условиям договора поставки. Указанной информации договор не содержит.

При таких условиях сторонами не был согласован предмет договора и, следовательно, договор в силу статьи 432 Гражданского кодекса является незаключенным...»

Постановление ФАС Поволжского округа от 26 мая 2010 г. по делу № А57-9906/2009.

«...Существенным для сторон, заключающих договор поручения, является согласование и отражение в тексте сделки условия относительно юридического действия, которое поручается совершить поверенному.

Оценивая условия договора от 24.06.2008 № TUTCAP 277-2008/08/124-Рф в части поручения, суд установил, что предмет договора – «ввод объекта в эксплуатацию с оформлением сопутствующих документов (организация приемки и ввода законченного строительством объекта, получение заключений, разрешений) и регистрация права собственности заказчика на объект» не содержит однозначной формулировки о юридических и фактических действиях ОАО «Саратовское производственное ремонтное предприятие», подлежащих совершению при его исполнении.

Учитывая изложенное, и в связи с тем, что предмет договора поручения не содержит однозначной формулировки о всех юридических и фактических действиях, подлежащих совершению поверенным ОАО «Саратовское производственное ремонтное предприятие» при его исполнении, в договоре указаны заведомо неосуществимые действия, и с учетом требований статей 431, 432, 971 ГК РФ суд сделал обоснованный вывод о незаключении сторонами договора поручения...»

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21 декабря 2007 г. по делу № А56-7060/2007.

«...Согласно пункту 1 статьи 971 ГК РФ по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обя-

занности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя.

В силу пункта 1 статьи 973 ГК РФ поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными.

Существенным условием договора поручения является его предмет - определенные договором конкретные юридические действия, которые поверенный должен совершить от имени и за счет доверителя.

Из представленного в материалы дела поручения от 20.02.2007 № 000386 следует, что Шустов В. Н. уполномочивает Букашкину Ю. В. «внести в качестве предоплаты за банкет на «22» февраля 2007 г. время: 18-00 зал: 1 эт. на расчетный счет или в кассу предприятия денежную сумму в размере 5000 руб. 00 коп. (пять тысяч руб. 00 коп.)».

В данном случае предмет Договора поручения не определен, поскольку в нем не указано предприятие, на расчетный счет или в кассу которого надлежит внести денежные средства, а потому он не может быть признан заключенным...»

Постановление ФАС Уральского округа от 21 января 2009 г. № Ф09-10326/08-С4 по делу № А60-12068/2008-С11.

«...В силу п. 1 ст. 971 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия.

Судами первой и апелляционной инстанций правильно установлено, что договор поручения от 29.11.2007 является незаключенным, так как сторонами не согласованы существенные условия договора - отсутствие технического задания на проектирование объекта и несогласование конкретных юридических действий, который должен совершить поверенный от имени доверителя...»

Другой, «традиционный» для отношений представительства договор – «агентирование». Он появился в нашем законодательстве с принятием части второй ГК РФ еще в 1996 г.

Агентский договор с коммерческим представителем может заключаться с учетом специфики правового статуса последнего, когда агент действует от имени представляемого им лица при заключении сделок на постоянной и профессиональной основе. Между тем, такая позиция отечественного законодательства вряд ли оправдана.

Агентский договор наиболее характерен для торгового оборота, поскольку широко охватывает возможности осуществления деятельности посредника как предусмотренные договорами комиссии и поручения, так и не предусмотренные ими. По этому договору одна сторона (агент) обязуется совершать в интересах и за счет другой стороны (принципала):

- 1) юридические и иные действия;
- 2) как от своего имени, так и от имени принципала;
- 3) за вознаграждение.

Широкое определение предмета агентского договора дает агенту возможность осуществлять не только юридически значимые действия, но и иные действия фактического характера. Такие действия агента могут включать проведение рекламы и иные способы продвижения товара на рынке, сбор заказов потенциальных клиентов на товары принципала, обучение персонала клиентов, осуществление расчетов по заключаемым договорам через свой счет, хранение товаров, которые должны быть переданы агентом в счет исполнения заключенных им в интересах принципала договоров, и другие действия фактического характера.

Разнообразие, периодичность исполнения и связанность упомянутых действий обуславливает долговременный характер агентского договора, что подчеркивается употреблением термина «совершать» в ст. 1005 ГК РФ.

На мой взгляд, нормативная база, регулирующая агентирование, представленная в ГК РФ, чрезвычайно мала и содержит лишь общие положения, по сравнению с достаточно разработанным и подробно регламентированным законодательством стран общего права. Косвенным доказательством тому служит содержащееся в п. 4 ст. 1005 ГК РФ положение о том, что законом могут быть предусмотрены особенности отдельных видов агентского договора³⁶⁵.

Поэтому нормы, регулирующие простой агентский договор, должны подлежать дополнительному применению в случае, если сторонами в договорном порядке не урегулированы конкретные отношения сторон, а также если правовая квалификация агентских отношений оказывается на практике затруднительной.

При рассмотрении договора профессионального коммерческого представительства необходимо обратить внимание на спорность выделения его в самостоятельный вид. Постоянство и самостоятельность действий коммерческого представителя, их предпринимательский характер, необходимость совершения им в связи с заключением договоров фактических действий при представительстве сближает этот договор с агентским договором, в котором агент действует только от имени принципала.

Более узкий характер предмета договора профессионального коммерческого представительства, содержащий только юридически значимые действия коммерческого представителя по заключению от имени доверителя договоров в сфере предпринимательства (ст. 184 ГК РФ) и ссылки на него в разделе о договоре поручения позволяют отнести этот договор к

³⁶⁵ О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами: Федер. закон Рос. Федерации от 03.06.2009 № 103-ФЗ: ред. от 27.06.2011.

особому виду договора поручения, используемому в основном в торговом обороте.

Отличительные особенности содержания указанных договоров проявляются при рассмотрении вопросов, связанных с принятием и передачей имущества между управомочивающим лицом и управомоченным, ответственности и последствий прекращения договоров.

Поручение и агентирование, как показывает практика, не единственные договоры, с помощью которых можно оформлять отношения коммерческого представительства. Все зависит от того, какими полномочиями желает наделить коммерческого представителя представляемый для обеспечения своих интересов. Поэтому в зависимости от характера услуг, оказываемых коммерческим представителем, его отношения с представляемым могут основываться на различных договорах, которые, тем не менее, относятся к одной большой группе и именуются договорами по оказанию посреднических услуг.

В практике своей деятельности профессиональные коммерческие представители могут наделяться и исключительными правами, когда коммерческий представитель является единственным лицом, имеющим право заключать сделки от имени принципала на данной территории³⁶⁶.

Дистрибьюторские договоры (называемые также иногда дилерскими, или договорами с единоличным дилером) и договоры коммерческой концессии (договоры франшизы) образуют группу договоров, связанных с передачей исключительных или единоличных прав с целью организации торговли или производства товаров (выполнения работ, оказания услуг) на определенной территории или без ее указания.

Общими признаками договоров этой группы являются:

- 1) передача управомочивающей стороной прав с целью организации сбыта или производства товаров (выполнение работ, оказание услуг) управомочивающей стороны на определенной территории или без ее указания;
- 2) оказание сопутствующих основной деятельности услуг;
- 3) как правило, долгосрочный характер договоров.

По дистрибьюторскому договору управомочивающая сторона (принципал) передает управомоченной стороне (дистрибьютору) права на торговлю определенными видами товаров на определенной территории, а дистрибьютор обязуется торговать только товарами принципала. При этом:

- 1) дистрибьютор заключает с принципалом договоры купли-продажи товаров, заказы на которые были сформированы по дистрибьюторскому соглашению. Поэтому в отношении закупаемых товаров дистрибьютор действует независимо от принципала как их собственник и, в частности, не обязан отчитываться перед ним о прибыли, полученной от их продажи

³⁶⁶ Федчук Е. В. Коммерческое представительство // Вестник Московского университета МВД России. 2007. № 6. С. 65.

(формируется двухуровневая система договоров между принципалом и дистрибьютором: дистрибьюторский договор и договоры оптовой купли-продажи, которая называется иногда системой «двойных договоров»);

2) в отношениях с клиентами дистрибьютор действует от собственного имени, принципал не участвует в отношениях между клиентом и дистрибьютором;

3) дистрибьютор осуществляет торгово-предпринимательскую деятельность и заключает с клиентами договоры торгово-предпринимательского характера;

4) права, передаваемые дистрибьютору, могут носить исключительный или единоличный характер.

Последний признак означает, что принципал не имеет права назначить другого дистрибьютора на оговоренную в договоре территорию. При этом если дистрибьютору были переданы исключительные права представлять, то принципал не имеет права конкурировать с дистрибьютором на упомянутой территории, если же были переданы не исключительные, а лишь единоличные права, то принципал имеет право самостоятельно продавать товары на упомянутой территории. В этом случае имеет место так называемая схема «параллельной» торговли, когда торговля товарами ведется как через дистрибьютора, так и непосредственно принципалом (обычно по более низким ценам), что стимулирует дистрибьютора снижать цены и не злоупотреблять полученным правом на единоличный сбыт товаров³⁶⁷.

Иногда договор о сбыте или представительстве предусматривает, что представитель имеет «единоличные и исключительные права» на представительство. В данном случае представительство носит территориальный, а не личный характер.

Хотя последняя схема договорных отношений стимулирует конкуренцию, в целом соглашение имеет ограничительный для предпринимательской деятельности принципала характер. Поэтому при определении его условий следует учитывать нормы законодательства о регулировании антимонополистической деятельности на товарных рынках.

Нормы о договоре коммерческой концессии (франчайзинга) оформляют обязательства по использованию результатов творческой деятельности и других исключительных прав, в большей своей части урегулированных не кодексом, а специальными законами (патентным, авторским, о товарных знаках и др.). Е. А. Суханов делает вывод, что «такие обязательства

³⁶⁷ Шмиттгофф К. М. Экспорт: право и практика международной торговли: пер. с англ. М.: Юрид. лит., 2009. С. 132, 150.

не являются обязательствами по оказанию услуг. Следовательно, они не могут регулировать отношения по коммерческому представительству»³⁶⁸.

Следует отметить резко отличающийся характер условий договора коммерческой концессии от дистрибьюторского договора, хотя они находятся в одной группе посреднических договоров. Условия договора коммерческой концессии предполагают установление жесткого контроля за использованием предоставляемых пользователю по договору прав. Если по дистрибьюторскому договору сопутствующие услуги оказывает дистрибьютор принципалу, то по договору коммерческой концессии их оказывает правообладатель пользователю.

Соответственно, по дистрибьюторскому договору принципал может лишь применить к дистрибьютору общие меры ответственности в виде возмещения убытков или расторгнуть договор, и при этом он не несет ответственности перед третьими лицами (за исключением ответственности перед потребителем в случаях, оговоренных в действующем законодательстве). По договору коммерческой концессии правообладатель несет субсидиарную или полную ответственность перед клиентами (ст. 1034 ГК РФ) и, следовательно, может заявить регрессные требования пользователю.

Договор транспортной экспедиции, напротив, можно отнести к числу договоров о коммерческом представительстве.

К обязанностям коммерческого представителя-экспедитора в качестве дополнительных услуг договором транспортной экспедиции может быть отнесено осуществление таких необходимых для доставки груза операций, как получение требующихся для экспорта или импорта документов, выполнение таможенных и иных формальностей, проверка количества и состояния груза, его погрузка и выгрузка, уплата пошлин, сборов и других расходов, возлагаемых на клиента, хранение груза, его получение в пункте назначения, а также выполнение иных операций и услуг, предусмотренных договором (ст. 801 ГК РФ). В случае непредставления клиентом необходимой информации экспедитор вправе не приступать к исполнению соответствующих обязанностей до предоставления такой информации. Во всех этих случаях клиент обязан возместить убытки экспедитора (ст. 393 ГК РФ), размер которых должен быть этим последним доказан (ст. 804 ГК РФ).

Близко к отношениям по коммерческому представительству стоят отношения финансового агента с клиентом. В общих чертах факторинг – это разновидность торгово-комиссионной операции, сочетающейся с кредитованием оборотного капитала клиента через покупку фактор-компанией счетов клиента³⁶⁹.

³⁶⁸ Суханов Е. А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе РФ. М.: Изд-во Центр деловой информации «Экономика и жизнь», 2006. С. 5.

³⁶⁹ См.: Носкова Ю. Б. Коммерческие представители // Гражданское право. 2005. № 2.

Вышеизложенное позволяет мне сделать вывод, что заключить с коммерческим представителем договор финансирования под уступку денежного требования (факторинга) невозможно, так как статусы агента-фактора и коммерческого представителя различны и их правовое положение регулируется различными гражданско-правовыми институтами.

Перечень договоров, оформляющих коммерческое представительство, содержащихся в ГК РФ, не является исчерпывающим.

В силу закона на таких профессиональных участников гражданского оборота, помимо общих норм о коммерческом представительстве, распространяются дополнительные обязанности.

Договор с коммерческим представителем может рассматриваться в качестве одного из оснований для выдачи доверенности. Доверенность, помимо универсальности, обладает чертами документа, направленного на уведомление третьих лиц о статусе коммерческого представителя и объеме переданных ему полномочий, т. е. особой доказательственной силой.

Достаточно актуальным представляется вопрос о характере доверенности, выданной в порядке реализации договора с коммерческим представителем. Будет она лишь документом, свидетельствующим о наличии полномочий, или же включит в себя понятие сделки по наделению полномочиями? Этот вопрос связан с изучением доверенности, с точки зрения внутренней стороны представительства, его первоосновы.

Доверенность на совершение сделки, требующей нотариального удостоверения, выдается коммерческому представителю в нотариальной форме, если иное не предусмотрено законом³⁷⁰: *«нотариус удостоверяет доверенности от имени одного или нескольких лиц на имя одного или нескольких лиц»*.

В то же время в силу ст. 182 ГК РФ **представительством является выступление одного лица от имени другого лица**. Следовательно, есть все основания говорить о формальном противоречии двух норм, где приоритет, конечно, должен оставаться за Гражданским кодексом РФ как законом большей силы и позже принятым. Впрочем, иногда выдвигаются возражения, что, во-первых, формулировка ст. 182 ГК РФ имеет не юридический, а грамматический смысл противопоставления «одного» «другому», а во-вторых, поскольку нет прямого запрета множественности представителей, то даже и без упоминания в Основах о нотариате она допустима. Между тем, нормы главы 10 ГК РФ о представительстве вполне определенно упоминают о единственности представителя.

В подавляющем большинстве случаев юридическая сила подлинников документов и их нотариально удостоверенных копий одинакова. Но с доверенностью профессионального коммерческого (торгового) представи-

³⁷⁰ Глущенко П. П., Седов А. М. Основы нотариальной деятельности: учебное пособие. 2-е изд. СПб.: Изд-во Михайлова В. А., 2007.

теля дело обстоит иначе. В силу п. 3 ст. 189 ГК РФ отсутствие у представителя подлинника доверенности создает презумпцию того, что ее действие прекратилось, и в соответствии с законом она должна быть немедленно возвращена. Ее копия не позволяет опровергнуть эту презумпцию, и при отсутствии у представителя подлинника доверенности его полномочия следует предполагать прекратившимися.

Контрагент, знающий об этом и руководствующийся доверенностью, поступает правомерно. Ведь именно доверенность определена законом в качестве одного из оснований возникновения полномочий коммерческого представителя.

Кроме того, именно доверенность определена в качестве документа, выдаваемого для представительства перед третьими лицами (ст. 185 ГК РФ).

Действующий Гражданский кодекс РФ, определяя в ст. 182 ГК РФ основания возникновения представительства, не упоминает в их числе договор. Однако в ст. ст. 184 ГК РФ и 1005 ГК РФ, а также в ст. 3 Федерального закона «О рынке ценных бумаг»³⁷¹ содержится допущение включения полномочий в текст представительского договора, влекущее ненужность выдачи доверенности.

С формальных позиций структура таких соглашений имеет двойственную природу. С одной стороны, совместное волеизъявление представляемого и представителя, определяющее их взаимные права и обязанности, а с другой – самостоятельное волеизъявление представляемого о наделении представителя полномочиями. Вместе с тем, рассмотрение таких договоров с формальных позиций не дает ответа на главный вопрос: зачем существует необходимость выделять сделку по наделению полномочиями из договора по исполнению этих полномочий. В частности, зачем вычленять доверенность, скажем, из договора поручения. Было бы гораздо логичнее рассматривать только сам факт заключения договора как основание для появления полномочий.

Институт коммерческого (торгового) представительства появляется лишь с принятием части первой Гражданского кодекса РФ в 1994 году. А правовую базу в виде договоров, с помощью которых возможно оформлять подобные отношения, участники гражданского оборота получают лишь в 1996 году со вступлением в действие части второй Гражданского кодекса РФ. Не удивительно, что в силу этой, а также ряда других различных причин отношения коммерческого представительства пока не получили в нашей стране столь широкого распространения, как в большинстве развитых стран. Поэтому, для лучшего понимания правового статуса коммерческого представителя, на наш взгляд, следует обратиться не только к отече-

³⁷¹ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: в ред. от 07.02.2011. URL: www.pravo.gov.ru.

ственному, но и к зарубежному законодательству, а также к вопросам и коллизиям, возникающим как в отечественной, так и в зарубежной судебной практике.

Анализ обобщённой судебной практики однозначно говорит о том, что, перечень определенных юридических действий, совершаемых по договору поручения, может быть указан не в договоре, а в доверенности, выданной поверенному.

Постановление ФАС Центрального округа от 6 сентября 2004 г. № А23-2657/03Г-16-234.

«...Как следует из договора поручения от 30 мая 2002 г., поверенный обязался совершить от имени и за счет доверителя юридические действия по подготовке материалов на передачу государственного пакета акций доверителя от Государственного фонда федерального имущества в Министерство имущественных отношений Российской Федерации. Конкретный перечень юридических действий в договоре не указан.

В соответствии со ст. 971 ГК РФ поверенный может действовать от имени доверителя лишь при наличии доверенности.

В выданной ОАО «Приборный завод «Сигнал» доверенности от 31 мая 2002 г. на имя Запольского А. М. указано, что ему поручается представлять интересы открытого акционерного общества «Приборный завод «Сигнал» и быть его представителем в РФФИ, Минимущества и ЗАО «РК-РЕЕСТР», совершать от имени общества следующие действия: осуществлять операции, связанные с передачей в номинальное держание в реестр Минимущества от РФФИ акций ОАО «ПЗ «Сигнал» в количестве 154613 штук обыкновенных акций; осуществлять операции, связанные с переводом в систему ведения реестра на акции ОАО «ПЗ «Сигнал» в количестве 154613 (сто пятьдесят четыре тысячи шестьсот тринадцать) штук именных обыкновенных акций; подавать анкету зарегистрированного лица, другие необходимые анкеты, заявления, передаточные распоряжения и прочие документы в ЗАО «РК-РЕЕСТР»; вносить изменения в реквизиты лицевого счета зарегистрированного лица в реестре владельцев именных ценных бумаг ОАО «ПЗ «Сигнал» в ЗАО «РК-РЕЕСТР»; получать на руки все предназначенные обществу документы, в том числе справки, уведомления и т. д. в ЗАО «РК-РЕЕСТР»; заказывать и получать выписки из реестра акционеров ОАО «ПЗ «Сигнал» в ЗАО «РК-РЕЕСТР»; производить оплату услуг ЗАО «РК-РЕЕСТР» согласно прейскуранту цен; подписывать документы от имени общества и совершать все другие действия, связанные с выполнением данного поручения.

Таким образом, конкретные действия, которые должен был выполнить поверенный по договору поручения от 30 мая 2002 г., были указаны в доверенности от 31 мая 2002 г.

В соответствии со ст. 971 ч. 2 ГК РФ предметом договора поручения является совершение поверенным от имени и за счет доверителя опреде-

ленных юридических действий. В связи с этим при совершении указанных в договоре действий поверенный считается исполнившим свои обязательства и вправе при возмездном договоре требовать выплаты причитающегося вознаграждения...»

Аналогичная судебная практика: Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 октября 2010 г. № 15АП-2006/2010 по делу № А53-22853/2009.

«...Как указано выше, предметом договора поручения является совершение одной стороной (поверенным) от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенных юридических действий. В соответствии со ст. 975 Гражданского кодекса Российской Федерации поверенный действует на основании доверенности.

Поскольку доверенность выражает волеизъявление доверителя на предоставление поверенному определенного объема полномочий для исполнения поручения, образующего предмет договора поручения, постольку содержание доверенности имеет значение для оценки согласованности условия договора поручения о предмете.

Оценивая содержание пункта 1 спорного договора и доверенности кооператива от 20 декабря 2008 года, из которых следует, что ответчик предоставил истцу перечисленные в тексте доверенности полномочия для представительства в судебных, государственных, административных и иных учреждениях и организациях по вопросам приватизации (выкупа) земельного участка (доли земельного участка) по адресу г. Ростов-на-Дону, ул. Стачки 259а, государственной регистрации права собственности на строения, сооружения, гаражи и земельный участок (долю земельного участка) по указанному адресу, суд апелляционной инстанции приходит к выводу, что условие договора о предмете в части поручения сторонами было согласовано.

В силу вышеизложенного вывод суда первой инстанции о несогласованности сторонами условия спорного договора о предмете не соответствует обстоятельствам дела...»

Поэтому видится более обоснованным закрепление в п. 3 ст. 184 Гражданского кодекса РФ правила о том, что полномочия коммерческого представителя основываются только на договоре. А для придания этим отношениям гибкости вовсе не обязательно выдавать отдельную доверенность. Достаточно лишь наделения коммерческого представителя общими полномочиями.

В сегодняшней хозяйственной практике большое внимание уделяется посреднической деятельности как привычному атрибуту сделок с участием субъектов предпринимательской деятельности самых различных организационно-правовых форм.

В качестве посреднических используется широкий набор специальных агентских договоров и более общих договоров поручения и комиссии,

а зачастую и договоров трудового найма. Следует отметить широкое распространение смешанных видов договоров, которые сочетают в себе черты различных видов и представляющих собой переходную форму от одного вида к другому, что особенно ярко проявилось в последнее время в праве Швейцарии, Франции и других стран континентальной Европы.

Кроме того, различаются по своему действию договоры, регулирующие отношения представительства в различных областях коммерческой деятельности, что отражает специфику функций представителей в разных сферах коммерции³⁷².

Учёные-правоведы относят действия, осуществляемые коммерческим представителем по заключённому с ним договору именно к сфере оказания услуг. При этом, как известно, за свои услуги коммерческий представитель получает денежное вознаграждение, а следовательно, любой договор с его участием следует квалифицировать как возмездный.

Возмездные услуги можно классифицировать по различным основаниям: правовой основе, форме их оказания, виду документа, на основании которого они осуществляются. Возмездные услуги могут быть оказаны по трудовому договору, а также на основании договоров гражданско-правового характера.

Рассматривая вопрос об отнесении отдельных видов договоров к услугам, заметим, что и в настоящее время в учебно-правовой и юридической литературе он вызывает споры.

Так, В. А. Кабатов³⁷³ считает, что в отечественной доктрине термин «обязательства по оказанию услуг» употребляется в широком смысле, как родовое понятие, охватывающее различные договоры.

Признаком, объединяющим и, в то же время отличающим их от подрядных отношений, обычно называют отсутствие в овеществлённой форме результата выполненной работы. Исходя, главным образом, из этого критерия, одни авторы к числу обязательств по оказанию услуг относят договоры хранения, поручения, комиссии и экспедиции. Другие включают сюда также транспортные договоры, обязательства по страхованию, расчётные и кредитные обязательства.

К числу первых можно отнести О. С. Иоффе³⁷⁴. Он выделяет эти договоры из общей системы обязательственного права по одному признаку — все они характеризуются тем, что действия обязанного лица влекут за собой не материальные, а юридические последствия.

³⁷² Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под ред. В. В. Залесского. М.: Норма, 1999. С. 14.

³⁷³ Кабатов В. А. Возмездное оказание услуг. ГК РФ, часть вторая: текст, комментарии. М.: МЦФЭР, 1996. С. 392.

³⁷⁴ Иоффе О. С. Отдельные виды обязательств. Изд. ЛГУ, 1961. С. 211-212.

Из современных авторов можно назвать М. В. Кротова³⁷⁵, который приходит к выводу, что обязательство по оказанию услуг может быть определено как такое гражданское правоотношение, в силу которого исполнитель (услугодатель) обязан совершить те или иные действия, результат которых не имеет овеществлённого выражения и не может быть гарантирован, а заказчик (услугополучатель) обязан оплатить оказанные услуги. Таким образом, наличие или отсутствие овеществлённого результата по мнению этой группы авторов кладётся в основу отграничения договоров по оказанию услуг от других, в частности, от договоров подряда. Такой подход не лишён основания. Так, например, глава 7 Германского Гражданского уложения в п. 2 параграфа 631 даёт следующее определение: «предметом договора подряда может быть как изготовление или изменение вещи, так и иной результат, достигнутый путём выполнения работы или оказания услуги».

Что касается других, то среди них можно назвать Е. Д. Шешенина, относящего к сфере оказания услуг, помимо перечисленных выше, и некоторые другие договоры, например, «заключаемые с органами транспорта и связи»³⁷⁶. При этом Е. Д. Шешенин также противопоставляет договор подряда договору по оказанию услуг. Тем не менее и О. С. Иоффе, и Е. Д. Шешенин, и М. В. Кротов едины в одном, что «предметом всех договорных обязательств по оказанию услуг являются услуги как деятельность, не имеющая вещественного результата», что сам результат «выражается не в материальных, а в юридических последствиях – в приобретении прав и обязанностей по сделке тем субъектом, для которого она была совершена»³⁷⁷.

По-иному регулируют этот вопрос законодательства западной Европы. В современный период всё большее значение приобретает подряд на исполнение научно-технических работ – научно-исследовательских и проектно-конструкторских, – получивших наименование «инжиниринг» (engineering). Сферой применения договора подряда становятся именуемые «консалтингом» консультационные и информационные услуги в сфере научной организации и управления производством и торговлей, в частности, осуществление инженерного контроля за проведением работ, маркетинговые исследования рынка и т. д.³⁷⁸

³⁷⁵ Гражданское право: учебник / под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. М.: Проспект, 1997. Ч. 2. С. 539.

³⁷⁶ Шешенин Е. Д. Предмет обязательства по оказанию услуг // Сборник трудов Свердловского юридического института. Вып. 3. Свердловск, 1964. С. 189.

³⁷⁷ Шешенин Е. Д. Указ. соч. С. 188; Кротов М. В. Учебник гражданского права. С. 539; Иоффе О. С. Указ. соч. С. 24.

³⁷⁸ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. М.: Международные отношения, 1993. С. 347-348.

Для подобных услуг, как мы видим, в любом случае необходим не только тот или иной материальный результат.

Упомянутая нами глава 7 Германского Гражданского уложения помимо договора подряда регулирует и «иные подобные договоры». К таким «подобным договорам» относится договор о туристическом обслуживании. Параграф 651a гласит, что «по договору о туристическом обслуживании лицо, организующее путешествия, обязуется предоставить туристу совокупность всех услуг по организации путешествий. Представляется, что такие услуги не всегда будут иметь какой-то определённый результат.

Руководствуясь, наверное, именно последним пониманием этого слова, многие современные учёные трактуют услугу, исходя из отличий от работы. По их мнению, услуга представляет собой действия или деятельность, осуществляемые по заказу, которые не имеют материального результата. Вместе с тем, они добавляют, что некоторые услуги всё же могут иметь и материальный результат. Однако, такой результат в любом случае неотделим от самого действия или деятельности³⁷⁹.

Е. А. Суханов³⁸⁰, например, говоря о договоре транспортной экспедиции, верно заметил, что последний оформляет «оказание услуг клиенту не только юридического, но и фактического характера, тесно связанных между собой сферой перевозки грузов».

В дополнение к точке зрения Е. А. Суханова, надо отметить, что О. С. Иоффе, М. В. Кротов и Е. Д. Шешенин всё же не всегда последовательны при определении границ обязательств по оказанию услуг. Так все эти авторы относят к обязательствам по оказанию услуг договор экспедиции³⁸¹.

О. С. Иоффе, например, отмечает, что, в отличие от указанных им обязательств по оказанию услуг в договоре подряда (обязательства по производству работ) характерным является «достижение определённого материального результата, выражающегося в создании вещи, её преобразовании (при выполнении, например, ремонтных работ) или, по крайней мере, в её перемещении (при выполнении, например, погрузочно-разгрузочных работ)³⁸². Между тем, как верно замечает Ю. Х. Калмыков в своей статье «совершение погрузочно-разгрузочных действий – это типичные для договора экспедиции действия, которые, тем не менее, автор относит не к под-

³⁷⁹ Комментарий к ГК РФ, части первой (постатейный) / под ред. О. Н. Садикова. М., 1999. С. 271.

³⁸⁰ Суханов Е. А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе РФ. М.: ЦДИ еженедельника ЭЖ, 1996. С. 5.

³⁸¹ Шешенин Е. Д. Указ. соч. С. 189; Кротов М. В. Указ. соч. С. 542; Иоффе О. С. Указ. соч. С. 211-212.

³⁸² Иоффе О. С. Отдельные виды обязательств. Изд. ЛГУ, 1961. С. 212.

ряду, а к услугам»³⁸³. Поэтому признание того, что и фактические действия, имеющие овеществлённое выражение, могут входить в предмет обязательств по оказанию услуг представляется нам более обоснованным.

Вместе с тем, даже учитывая изложенное выше, взгляды этих авторов вызывают и другие существенные возражения. Здесь уместно вспомнить, что ещё Ю. Х. Калмыков в своей статье отмечал, что «при определении границ обязательств по оказанию услуг более верным представляется исходить прежде всего из общеэкономической категории сферы обслуживания. Гражданско-правовые нормы регулируют область имущественных отношений, поэтому и гражданско-правовые обязательства по оказанию услуг регулируют не все отношения, возникающие в этой сфере, а лишь отношения имущественного порядка. Иные отношения в сфере обслуживания регулируются другими отраслями права. Так отношения в области организации здравоохранения, просвещения и т. д. регулируются правом административным»³⁸⁴.

Вообще, само слово «услуги» (conditional deposit) – английского происхождения. В Юридической энциклопедии³⁸⁵ под услугами понимается предпринимательская деятельность гражданина или юридического лица, направленная на удовлетворение потребностей других лиц, за исключением деятельности, осуществляемой на основе трудовых правоотношений.

В учебнике гражданского права под редакцией А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого³⁸⁶ под услугами понимаются действия, результаты которых неотделимы от самой деятельности и потребляются в процессе этой деятельности.

В словаре С. И. Ожегова под услугой понимается действие, приносящее пользу, помощь другому, или же как бытовые удобства, предоставляемые кому-либо³⁸⁷.

Гражданский кодекс РФ 1994 г. (ч. 1) рассматривает услуги как самостоятельный объект гражданского права. В ст. 128 ГК РФ говорится, что наряду с другими, объектами гражданского права являются работы и услуги. В самом ГК РФ мы не найдём трактовки такого понятия как «услуга». Законодатель не пошёл по пути исключения различного рода договорных отношений путём выработки понятия услуги, существенно отличающейся от аналогичного понятия в социально-экономической сфере. Это лишний раз свидетельствует о несостоятельности желания некоторых авторов, мнения которых были рассмотрены нами выше, исключить из сфе-

³⁸³ Калмыков Ю. Х. К понятию обязательства по оказанию услуг в гражданском праве // Избранное. Труды. Статьи. Выступления. М.: Статут, 1998.

³⁸⁴ Там же. С. 30.

³⁸⁵ Юридическая энциклопедия. М.: Изд. Тихомирова М. Ю., 1997. С. 464.

³⁸⁶ Там же. С. 216.

³⁸⁷ Ожегов С. И. Словарь русского языка. Издание 17-е / под ред. Ю. Н. Шведовой. М.: Русский язык, 1985. С. 729.

ры обязательств по оказанию услуг действия, результат которых не имеет овеществлённого выражения и (или) не может быть гарантирован. Законодатель, на наш взгляд, руководствовался соображением создать законодательную базу для тех услуг, которые отдельно не урегулированы в Гражданском кодексе. Поэтому он исходит из социально-экономического понятия услуги, как действий (деятельности), приносящих пользу, помощь другому или же как бытовые удобства предоставляемые кому-либо, изначально направленных, как и любое обязательство, на «удовлетворение материальных и культурных потребностей населения»³⁸⁸.

Правильность такого понимания услуги, на наш взгляд, можно усмотреть и в самом гражданском кодексе. Так, используя трактовку ст. 779 ГК РФ хорошо видно, что договорные отношения, основанные на правилах о подряде; выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ; перевозке; транспортной экспедиции; банковском вкладе; банковском счёте; расчётах; хранении; поручении; комиссии; доверительном управлении имуществом в любом случае следует относить к обязательствам по оказанию услуг.

Отличительная черта договоров об оказании услуг коммерческим представителем состоит в том, что правовой результат для принципала (доверителя, комитента, учредителя управления и т. д.) достигается через посредство иных лиц (отсюда и широко распространенный термин «посредники» или «посреднические договоры»). При этом не имеет значения, от чьего имени выступает данный «посредник» – от своего собственного или от чужого; главное в том, что он действует в интересах принципала, приобретая, изменяя или прекращая субъективные права последнего путем совершения сделок или иных юридически значимых действий.

В этом смысле все вышеуказанные договоры можно условно поименовать посредническими, а отношения, вытекающие из них, свести к конструкции «принципал – посредник – третье лицо»³⁸⁹.

При этом С. Ю. Ларин отмечает, что «таких «юридических» посредников не следует отождествлять, с одной стороны, с посредниками в общеэкономическом понимании термина, а с другой – с представителями в гражданско-правовом понимании этого термина»³⁹⁰.

Гражданский кодекс РФ особо оговаривает, что коммерческие посредники как лица, действующие хотя и в чужих интересах, но от собственного имени, не могут рассматриваться представителями (см. п. 2 ст. 182 ГК РФ). Следовательно, отмечает С. Ю. Ларин, «любой поверенный (коммерческий представитель) или агент, выступающий от имени доверителя (принципала), не должны рассматриваться посредниками, а комисси-

³⁸⁸ Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1950. С. 62-64.

³⁸⁹ Аудиторские ведомости. 1998. № 4.

³⁹⁰ Там же.

онер или агент, выступающий от своего имени, не может быть представителем»³⁹¹.

С первым выводом мы не можем согласиться, так как коммерческий представитель относится к посредникам, так как его деятельность полностью вписывается в конструкцию принципал – посредник – третье лицо. Да и сам С. Ю. Ларин впоследствии отмечает, что «... именно отношения представительства лежат в основе посреднических сделок». Второй вывод устраивает нас только в том случае, если говорить о представительстве в узком смысле, в каком понимает его ГК РФ. Если же рассматривать понятие «представительство» более широко, как мы понимаем его в настоящем исследовании, то и второй вывод ставится нами под сомнение. Поэтому говорить об условности термина «посредник» («посреднический договор») в данных случаях, как нам представляется, нет необходимости.

В строгом смысле слова «посредники» Гражданскому кодексу РФ неведомы (так же, как и, собственно, «посреднические договоры»). В то же время в Гражданском кодексе РФ можно выделить группу договоров, оформляющих обязательства по оказанию юридических услуг.

По мнению С. Ю. Ларина, в эту группу включаются обязательства, возникающие главным образом из договоров поручения, комиссии, агентирования, доверительного управления имуществом и коммерческой концессии. К ним, очевидно, следует отнести ряд обязательств, возникающих из договоров транспортной экспедиции и коммерческой концессии. Подтверждением тому, по его мнению, служат положения абзаца 2 п. 1 ст. 801 ГК РФ, «дающие, в частности, основание для субсидиарного применения к транспортной экспедиции в зависимости от положений заключенного договора соответствующих норм о договорах поручения, комиссии и агентирования»³⁹².

Добавим ещё к этому позицию Е. А. Суханова, который отмечает, что примыкающие в системе второй части Гражданского кодекса РФ к правилам о доверительном управлении имуществом нормы о договоре коммерческой концессии (франчайзинга) оформляют обязательства по использованию результатов творческой деятельности и других исключительных прав, в большей своей части урегулированных не кодексом, а специальными законами (патентным, авторским, о товарных знаках и др.). Подводя итог сказанному Е. А. Суханов делает вывод, что такие обязательства не являются обязательствами по оказанию услуг³⁹³.

Представляется, что С. Ю. Ларин совершенно обоснованно относит договор экспедиции к посредническим договорам. Однако, что касается

³⁹¹ Там же.

³⁹² Там же.

³⁹³ Суханов Е. А. Указ. соч. С. 5.

договора коммерческой концессии, то здесь более обосновано мнение Е. А. Суханова.

Сложность посреднических договоров в том, что в них наряду с внутренней стороной, регламентирующей взаимоотношения «принципал – посредник», существует и так называемая внешняя сторона, отображающая действия посредника по отношению к третьим лицам. Характер этих действий посредника определяется видом посреднической услуги, реализуемой принципалу и составляющей предмет любого посреднического договора.

Поэтому попытаемся рассмотреть, что конкретно понимается под термином «посредническая деятельность» в общеэкономическом (торговом) обороте и как это смысловое наполнение соотносится с тем значением, которое в него вкладывают акты российского законодательства.

Как правило, это специальное законодательство, регулирующее не гражданско-правовые, а налоговые отношения. Ведь гражданское право не выделяет посреднические сделки в самостоятельную группу сделок, из-за чего, собственно говоря, и происходят конфликты по вопросам квалификации сделок для целей налогообложения³⁹⁴.

Так, письмо Госналогслужбы России от 11 мая 1995 г. № ВП 6-16/263 (в ред. от 13 июня 1995 г.) приравнивает посредническую деятельность к торговле и снабжению. Постановление Госкомстата России от 18 декабря 1995 г. № 198, в свою очередь, устанавливает, что к отрасли «Общая коммерческая деятельность по обеспечению функционирования рынка» относятся лишь те организации, которые занимаются следующими видами деятельности:

- посреднические услуги при купле-продаже товаров, ценных бумаг, валюты и сдача в наем, аренду, прокат без выраженной специализации (универсальные товарно-фондовые и другие биржи, брокерские конторы и агентства, осуществляющие эти операции);
- посреднические услуги в области транспорта, жилищно-коммунального хозяйства, бытового обслуживания, образования, культуры, здравоохранения и науки;
- реклама, представительские услуги, аудиторская деятельность;
- маркетинговые исследования, консультации по вопросам коммерческой деятельности, финансов и управления.

Особо стоит отметить, что в письме Минфина России и Госналогслужбы России от 18 ноября 1993 г. № 04-03-08 / ЮУ-4-06/187н посредническая деятельность в рамках договора поручения (комиссии) в целях исчисления и уплаты налога на добавленную стоимость и налога на прибыль

³⁹⁴ Медведев А. Гражданско-правовые сделки: бухгалтерская и налоговая неопределённость // Хозяйство и право. 1999. № 3. С. 77.

при осуществлении внешнеэкономических операций терминологически приравнивается к торговому посредничеству.

И наконец, заслуживает внимания формулировка, содержащаяся в Концепции комплексной программы развития инфраструктуры товарных рынков Российской Федерации на 1998-2005 годы, одобренной Постановлением Правительства РФ от 3 августа 1996 г. № 936: «Основными подсистемами инфраструктуры товарных рынков и подсистемами, обеспечивающими ее функционирование, являются:

⇒подсистема торговых посредников и складского хозяйства;

⇒организации, осуществляющие посредническую деятельность и обеспечивающие взаимодействие предприятий изготовителей и потребителей в части купли (продажи) товара посредством создания оптовых рынков, биржевой торговли, проведения выставок и ярмарок, оказания складских услуг и др.»

Практически единственное развернутое определение посреднической деятельности применительно к области налогового права можно найти в инструкции Госналогслужбы России от 10 августа 1995 г. № 37 «О порядке исчисления и уплаты в бюджет налога на прибыль с предприятий и организаций». В ней говорится, что **к посредническим операциям и сделкам относится деятельность предприятия, выступающего в роли комиссионера или поверенного в договоре комиссии или поручения.**

По договору поручения поверенный обязуется совершить от имени и за счет доверителя определенные юридические действия за вознаграждение, по договору комиссии комиссионер обязуется по поручению комитента (лица, по поручению которого совершается сделка) совершить одну или несколько сделок от своего имени за счет комитента за вознаграждение.

В отношении данной формулировки можно заметить следующее: в части, касающейся договора поручения, она не полностью соответствует положениям ст. 971 ГК РФ, из которой следует, что договор поручения по общему правилу носит безвозмездный характер. Однако, учитывая, что элемент представительства возникает, прежде всего, в действиях коммерческого представителя, осуществляющего предпринимательскую деятельность в рамках договора поручения на возмездной основе, такой акцент вполне оправдан.

Вместе с тем, **посредник** – это организация или гражданин, оказывающие услуги другим организациям или гражданам в совершении сделок. Например, биржевой брокер, агент в агентском договоре, поверенный в договоре поручения и т. д.³⁹⁵ Поэтому такая трактовка в инструкции Госналогслужбы России от 10 августа 1995 г. № 37 посреднических сделок

³⁹⁵ Юридическая энциклопедия. М.: Издательство Тихомирова М. Ю., 1997. С. 336.

представляется нам слишком узкой, так как в ней не учитываются многие иные договоры, предназначенные служить для содействия в совершении сделок.

Об этом свидетельствует и анализ Временного положения «О порядке ведения реестра страховых брокеров»³⁹⁶.

Определяя брокерскую деятельность в страховании, перестраховании или состраховании законодатель отмечает, что «это посредническая деятельность по покупке или продаже страховых услуг, подразумевающая *содействие соглашению* между сторонами, заинтересованными в страховании, предусматривающая ведение переговоров по страхованию согласно волеизъявления страхователя или страховщика (в договорах перестрахования), конечной целью которой является нахождение условий и форм страхования, взаимоприемлемых для сторон»³⁹⁷.

Таким образом, не оставляет сомнения, что услуги коммерческого представителя относятся именно к посредническим услугам. Однако, эти понятия не взаимозаменяемые. При этом сторонам договоров, приходится оперировать немалым количеством внешне похожих категорий гражданского, налогового и финансового права, необоснованное смешение которых порой приводит к неадекватной интерпретации принципиальных положений налогового законодательства и, следовательно, неизбежным ошибкам при оформлении бухгалтерской и налоговой отчетности. Поэтому попытаемся глубже уяснить природу таких отношений и проанализируем категорию посреднических договоров, используемых в коммерческом представительстве с гражданско-правовой точки зрения.

Необходимость участия третьих лиц в установлении и реализации экономических отношений возникла ещё при «первобытно-общинном» строе – обмен между племенами при посредстве родовых старейшин каждой стороны³⁹⁸ как чисто экономический акт, не имеющий юридической формы ввиду отсутствия самого государства и права. С возникновением государства и права, углублением разделения труда и появлением клана купцов, который «не принимая никакого участия в производстве, становится неустранимым посредником между каждым двумя производителя-

³⁹⁶ О порядке ведения реестра страховых брокеров, осуществляющих свою деятельность на территории Российской Федерации: временное положение: утв. Приказом Федеральной службы России по надзору за страховой деятельностью от 09.02.1995 № 02-02/03.

³⁹⁷ Там же. П. 1.3.

³⁹⁸ Маркс К., Энгельс Ф., Соч. Т. 21. С. 160.

ми и эксплуатирует обоих»³⁹⁹, обмен с участием третьих лиц опосредуется правом⁴⁰⁰.

А. В. Голубев в своей работе, в частности отмечает, что понятие «посредник» (антрепренер), к категории которых мы относим и коммерческого представителя, можно рассматривать как предшествующее появлению термина «предприниматель». Развитие данного термина происходит в соответствии с разделением собственно предпринимательских функций: вложение денег с целью получения прибыли (появляются «венчурные капиталисты» – собственники капитала) и удовлетворение общественных потребностей (так появляются дельцы-работодатели). Причиной такого разделения послужила, так называемая, индустриальная революция, произошедшая в XVIII в. и сумевшая размежевать эти две основные функции⁴⁰¹.

На сегодняшний день в торговом обороте можно назвать множество различных обязательств (договоров) по оказанию посреднических услуг: поручения, комиссии, агентирования, доверительного управления имуществом и др. К коммерческим представителям в современном торговом обороте можно отнести не только поверенного в договоре поручения с участием коммерческого представителя но и биржевого брокера, агента в агентском договоре, страхового агента, экспедитора, с которыми заключаются особые договора. Как правило, их оформление, помимо Гражданского кодекса, регламентируется ещё и специальными законами.

Таким образом, возникнув как бы из «одного корня», посредничество породило различные правовые институты, в том числе представительство как наиболее универсальную правовую форму посредничества.

А. Медведев отмечает, что характерной чертой посреднической деятельности является то, что она осуществляется по поручению и за счёт другой стороны⁴⁰².

Такая формулировка на первый взгляд вызывает возражения, так как противоречит пониманию посредничества в широком смысле, как «содействию соглашению, сделке между сторонами»⁴⁰³.

Но если понимать посредничество слишком широко, то в таком случае посредническая деятельность не всегда будет осуществляться на ком-

³⁹⁹ Там же. С. 166.

⁴⁰⁰ Теоретическое обоснование сущности представительства в гражданском праве подробно дано в работе В. А. Рясенцева. См.: Рясенцев В. А. Происхождение представительства и его сущность в буржуазном гражданском праве // Вопросы гражданского права. Учёные записки. (ВЮЗИ). Вып. X. С. 79.

⁴⁰¹ Голубев А. В. Предпринимательство в процессе становления гражданского общества: автореф. дис. ... канд. соц. наук. М., 1998. С. 13.

⁴⁰² Медведев А. Гражданско-правовые сделки: бухгалтерская и налоговая неопределённость // Хозяйство и право. 1999. № 3. С. 77.

⁴⁰³ Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. 17-е издание. М.: Русский язык, 1985. С. 492.

мерческой основе, т. к. посредник, содействующий соглашению, может и не быть коммерсантом.

Если же заранее исключить некоммерческую сторону посредничества, то вообще любую коммерческую деятельность следует признать посредничеством. Ведь под торговлей следует понимать деятельность, имеющую своей целью посредничество между производителями и потребителями при обращении экономических благ. Её задача заключается в том, чтобы доставить блага к тому месту и к тому времени, где и когда возникает спрос со стороны потребителей⁴⁰⁴.

По этой же причине, неверно было бы отождествлять с такими посредниками как агенты и брокеры, крупнооптовых предпринимателей и розничных торговцев и других лиц, которые на коммерческой основе занимаются стыковкой интересов на всех этапах оборота товаров – от их изготовления до конечного индивидуального потребления⁴⁰⁵, за исключением того случая, когда они действуют при заключении сделок в интересах определённого круга лиц, а правовой результат для последних достигается именно через их посредство.

Наверное, руководствуясь именно этими соображениями, законодатель сузил трактовку посреднической деятельности. Письмо Минэкономики России от 20 декабря 1995 г. № 7-1026, Госналогслужбы России от 12 февраля 1996 г. и Приказ Минфина России от 27 марта 1996 г. № 31 объединяли, по сути, в одну группу посредническую деятельность и такие виды деятельности, как снабженческо-сбытовая, торговая и закупочная.

Однако, уже приказом Минфина России от 21 ноября 1997 г. № 81н внесены изменения и дополнения к Инструкции о порядке заполнения форм годовой бухгалтерской отчетности, утвержденной приказом Минфина России от 12 ноября 1996 г. № 97, в соответствии с которыми «торговая, снабженческая и сбытовая деятельность не относятся к посреднической деятельности»⁴⁰⁶.

Поэтому представляется, что посредником может быть лишь тот, кто действует при заключении сделок в интересах определённого круга лиц, и, правовой результат для которых достигается именно через их посредство. При этом, как представляется, права по совершаемым сделкам должны переходить от лиц, в интересах которых действует посредник, к третьим лицам, минуя этого посредника.

Что касается того, что посредник должен действовать всегда за счёт лица, в интересах которого он действует, то здесь мы не можем согласиться с А. Медведевым, так как коммерческий представитель (как и любой

⁴⁰⁴ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. М.: Спарк, 1994. С. 24.

⁴⁰⁵ Осипова Л. В., Синяева И. М. Основы коммерческой деятельности. М.: ЮНИТИ, 1997. С. 115.

⁴⁰⁶ Инструкция о порядке заполнения форм годовой бухгалтерской отчетности: утв. Приказом Минфина России от 12.11.1996 № 97: с изм. от 21.11.1997. Абз. 3 п. 3.2.

другой посредник) действует не всегда за счёт представляемого, но и за свой счёт. При этом не стоит отождествлять понятия «действия за счёт представляемого» и «получение вознаграждения», так как «здесь, по сути, имеют место две сделки: реализация собственно посреднических услуг и реализация товара (услуг, работ) третьему лицу»⁴⁰⁷.

В английской рыночной терминологии существует несколько слов, переводимых на русский язык как посредник. Например, agent, consiliator, но более точное mediator, в основе которого лежит слово «средний». Посредник – это юридическое или физическое лицо, находящееся между другими контрагентами коммерческого процесса и выполняющее функции их сведения друг с другом для обмена товарами, услугами и информацией. В роли контрагентов выступают, как правило, производители товаров, оптовые и розничные потребители⁴⁰⁸.

Вместе с тем, выступая от своего, либо от чужого имени, посредник не только должен, но и обязан действовать в чужих интересах⁴⁰⁹, т. е., в интересах своего клиента. В этом и есть сущность правоотношений по оказанию посреднических услуг, причём самого различного рода.

В учебно-методическом пособии «Коммерческое право России» даётся развёрнутая классификация посреднических договоров, применяемых в коммерческом обороте, которые авторы выделяют «в связи с осуществлением одной из сторон этих договоров (торговым посредником) деятельности, связанной с оказанием услуг, посредством которых осуществляется организация рынка»⁴¹⁰. Вся эта группа договоров характеризуется тем, что торговый посредник всегда действует в чужом интересе по поручению заинтересованного лица.

Поэтому характерной чертой посреднической деятельности, как нам представляется, является то, что она осуществляется на возмездных началах в интересах другой стороны и за её счёт или за свой счёт.

Коммерческое представительство является одним из видов посреднической предпринимательской деятельности, как было указано нами в первой главе. При этом мы полностью не отождествляем понятия «посредничество» и «коммерческое представительство».

А. С. Комаров в своей работе⁴¹¹ к договорам коммерческого представительства (агентства) относит, не придавая значения от чьего имени действует лицо, договоры поручения, комиссии, консигнации. Именно на таком «широком» понимании представительства настаивали и многие уче-

⁴⁰⁷ Аудиторские ведомости. 1998. № 4.

⁴⁰⁸ Осипова Л. В., Синяева И. М. Указ. соч. С. 115.

⁴⁰⁹ Суханов Е. А. Указ. соч. С. 5.

⁴¹⁰ Сидорова Т. Э. и др. Коммерческое право России: учебно-методическое пособие / под ред. Б. И. Пугинского. М.: Городец, 1999. С. 67.

⁴¹¹ Договоры о коммерческом представительстве. М.: Академия Внешней торговли, 1994. С. 6, 13, 20 и др.

ные-цивилисты дореволюционного и советского периода, глубоко исследовавшие проблему представительства. Так А. Гордон в своём исследовании выделяет полное (всестороннее) и одностороннее (скрытое) представительство. При полном представительстве юридические отношения, устанавливаемые представителем непосредственно переходят на лицо представляемое. В одностороннем представительстве такой переход осуществляется посредственно. Признавая отличия между этими двумя видами одного и того же юридического явления, А. Гордон тем не менее замечет, что отнюдь не следует одностороннее представительство вообще, как это делали некоторые тогдашние юристы⁴¹². Ведь выделяя этот способ юридической деятельности одного лица в интересах другого из учения о предпринимательстве, названные юристы не указывают ему никакого другого, точно определенного места среди институтов гражданского права⁴¹³.

Любопытно, что до принятия ч. 1 ГК РФ российская наука в определении понятия коммерческого представительства занимала более последовательную позицию. В более общем виде коммерческое представительство понималось как торговое посредничество, при котором представитель осуществляет свою деятельность в соответствии с данным ему поручением за определенное вознаграждение, причем независимо от того действует ли лицо от имени представляемого или от своего собственного имени.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. в качестве предмета договора называл «порученные доверителем действия», не конкретизируя о каких — юридических или фактических действиях идёт речь.

Руководствуясь вышеизложенным, мы считаем, что более последовательным в формулировке коммерческого представительства было применение категории «... и иные возмездные услуги» вместо «... и иные юридические действия».

Из ст. 182 ГК РФ же следует, что необходимыми и специфическими признаки гражданско-правового представительства является выступление одного лица от имени другого. Однако содержание выделенного выражения понималось в цивилистике не всегда дословно. В научной литературе можно встретить его трактовку как действия по отношению к третьим лицам⁴¹⁴, как действие, совершенное при осведомленности третьих лиц о

⁴¹² К их числу А. Гордон относит Унгера, Бринца, Лабанда, Гариеса, Циммермана.

⁴¹³ Не указывают такого места и многие современные ученые. В большинстве случаев они относят этот вид деятельности к «косвенному представительству». Однако многие из них противоречат здесь сами себе, с одной стороны используя термин «представительство», с другой — отрицая представительскую сущность подобных отношений. Более подробно их мнение разберем ниже.

⁴¹⁴ Гражданское право. Часть 2. М.: Юриздат, 1938. С. 193.

представительном характере действий⁴¹⁵, как юридически целенаправленное действие⁴¹⁶, или как условие, порождающее непосредственно правовой результат для другого лица⁴¹⁷.

Между тем, по логике законодателя оно применимо лишь в договоре поручения и неприемлемо ни в договоре комиссии, ни в договоре доверительного управления имуществом, а в агентском договоре – лишь в случае, когда действия агента совершаются именем принципала.

Получается парадоксальная ситуация, что агент, являясь, по своей сути, представителем в агентском договоре в одном случае будет действовать как коммерческий представитель, а в другом – как лицо с явным неопределенным статусом!

При этом показателен пример эволюции в выработке унифицированного понятия представительства.

Важная роль института представительства в торговом обороте большинства стран мира и в мировой торговле в целом явилась причиной того что, начиная с 1935 г., Международным институтом унификации частного права в Риме (УНИДРУА) ведутся исследования, связанные с унификацией правовых норм, регулирующих представительство с международным элементом. Причем характерно, что первоначально эти исследования велись с позиций системы права стран континентальной Европы.

В 1961 г. УНИДРУА был опубликован проект, исходивший из собственного странам с дуалистической системой частного права деления представительства на «прямое» и «косвенное». Однако такой подход не был поддержан странами англо-американской системы права, которым подобное деление неизвестно. Впоследствии по инициативе Англии была проведена работа по созданию проекта конвенции, в котором представительство рассматривалось уже с позиций «общего права». Эта работа увенчалась успехом на проходившей в Женеве с 31 января по 17 февраля 1983 г. дипломатической конференции. На данной конференции была принята Конвенция о представительстве в международной купле-продаже товаров, которая отражает в себе, прежде всего, опыт правового регулирования отношений представительства в странах англо-американской системы права.

Вышеизложенное свидетельствует в пользу того, что представительство следует понимать более широко, чем оно трактуется современным отечественным законодательством. Это позволяет расширить круг договоров, которые могут использоваться при оформлении коммерческого пред-

⁴¹⁵ Шерешевский И. В. Представительство. Поручение и доверенность. Практический комментарий к ГК РСФСР, 1925. С. 16, 17; Гражданское право Т. 1. М.: Юриздат, 1944. С. 209.

⁴¹⁶ Иоффе О. С., Толстой Ю. К. Новый ГК РСФСР. Издательство ЛГУ, 1965. С. 335.

⁴¹⁷ Черняев Ю. А., Яменфельд Г. М. Основы гражданского и трудового права. М., 1974. С. 135; Советское гражданское право. Ч. 1. М.: ВЮЗИ, 1960. С. 199.

ставительства договорами комиссии и доверительного управления имуществом. «Узкое» понимание представительства в нашем праве обусловлено, на наш взгляд, тем, что представительство мыслилось долгое время в нашей стране только как содержание договора поручения. Об этом говорит, в частности проведённый нами исторический анализ. Большую роль в этом сыграло и отождествления поручения с римским мандатом.

«Римский мандат в течение многих веков терял свой примитивный характер и постепенно стал использоваться для нужд представительства. Последнее стало рассматриваться как цель этого контракта. Юристы стали забывать, что договор поручения может существовать без представительства, как это было в римском праве, и уже не допускали, что представительство может возникнуть помимо мандата»⁴¹⁸. Помимо того, в странах континентальной Европы, на которые римское право оказало очень большое влияние, постепенно утверждается понимание мандата (поручения) как действий только «от имени представляемого». Представляется, что именно отождествление мандата с представительством и повлекло в дальнейшем подобное понимание представительства как действий только от «чужого имени», так как мандатарий всегда действовал от имени манданта.

Из стран континентального права наиболее последовательной в рассматриваемом вопросе, на наш взгляд, представляется позиция швейцарского законодательства. Специфика швейцарского подхода в рамках континентального права выражается, во-первых, в чрезвычайно широком понимании представительства и, во-вторых, в оригинальности правового регулирования отношений представительства.

Особенность правового механизма, закреплённого в законе, состоит в широком использовании принципа взаимосвязи, взаимодействия и специальных норм. Это достигается путём сочетания императивных и диспозитивных норм, наличия многочисленных оговорок, отсылающих к нормам, посвящённым иному виду договоров, в качестве субсидиарного источника регулирования, а также путём достижения фактического сходства правового регулирования отношений, возникающих из разных видов договоров. Кроме того, применяется система правовых презумпций, позволяющих выводить факт и содержание отношений из сопутствующих обстоятельств⁴¹⁹.

Отношения по представительству при осуществлении коммерческой деятельности могут возникать не только из трудовых договоров о коммивояжёрах и договоров поручения (агентских договоров), но и в силу некоторых иных договоров. В частности, это договор о деятельности прокури-

⁴¹⁸ Рясенцев В. А. Представительство в советском гражданском праве: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1948. Т. 2. С. 1.

⁴¹⁹ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под ред. В. В. Залесского. М.: Норма, 1999. С. 16-17.

стов (торговых управляющих) и других торговых представителей. Сфера этого договора (по своей правовой природе близкого договору комиссии) достаточно широка и охватывает представительство со стороны служащих торговых домов и иных учреждений, осуществляющих предпринимательскую деятельность (часто филиалов и дочерних предприятий торговых товариществ), в том числе подразумеваемого представительства, существование которого санкционировано конклюдентными действиями представляемого или просто презюмируется из сопутствующих обстоятельств, если представляемый этого прямо и недвусмысленно не опровергает. Действительность прокуры (документа, подтверждающего и удостоверяющего полномочия прокуриста или же просто подразумевающего его полномочия) связывается законом с фактом регистрации в торговом реестре. Полномочия же иных представителей в силу данного вида договора признаются без какой бы то ни было регистрации.

В систему агентских договоров входят: просто агентский договор, договор аккредитива, «брокерский», или «маклерский», договор и договор о торговых агентах⁴²⁰.

Простой агентский договор охватывает широкий спектр отношений представительства.

Работающие по такому договору управляющие инвестициями, деятельность которых охватывается сферой договора поручения в широком смысле, являются по сути дела комиссионерами, поскольку производят инвестиционные вложения и управляют ими за счёт и в интересах иного лица, но от своего собственного имени. Отношения по управлению имуществом, являющимся собственностью другого лица, регулируются в швейцарском праве также нормами именно этого договора. Таким образом, на практике проявляются комплексность договора поручения в швейцарском праве и гибкость соответствующих законодательных норм, регулирующих отношения коммерческого представительства.

В Швейцарском обязательственном законе (ШОЗ) содержатся как общие нормы о представительстве, так и нормы, посвящённые отдельным видам договоров, которые могут служить основанием для возникновения отношений по торговому (коммерческому) представительству. При таком положении, с одной стороны, несомненно, создаются большие возможности для осуществления представительской деятельности в разнообразных сферах предпринимательства и в различных формах – на постоянной, временной или разовой основе, с разной степенью самостоятельности представителя и значимости его услуг для общего состояния дел и дальнейших деловых перспектив лиц, пользующихся такими услугами. В итоге предпринимательская деятельность получает достаточно полный правовой

⁴²⁰ Там же. С. 17.

охват, что, несомненно, сказывается на её эффективности и положительно влияет на развитие в Швейцарии рыночных отношений⁴²¹.

С другой стороны, наблюдается не только разнообразие и детальность в правовом регулировании, но и несомненное сближение, а в отдельных случаях – частичное слияние и переплетение правовых режимов, относящихся к различным видам представительства. В результате перед юристами встаёт не всегда легко разрешимая проблема надлежащей правовой квалификации конкретных отношений⁴²².

Поэтому нормы, регулирующие простой агентский договор, подлежат субсидиарному (дополнительному) применению в случае, если ни сторонами в договорном порядке, ни положениями ШОЗ о каком-либо специальном агентском договоре не урегулированы конкретные отношения сторон, а также, если правовая квалификация агентских отношений оказывается на практике затруднительной⁴²³. Представляется, что такой подход позволил бы решить многие серьёзные проблемы, возникающие в отечественной судебной практике.

АОЗТ «Старт» заключило экспортно-импортный контракт с зарубежной торговой компанией (КНР). Кроме того, было подписано дополнительное соглашение к нему о закупке леса на территории РФ за счет средств компании и о перемещении грузов через таможенную границу из КНР в РФ с передачей груза представителю зарубежной торговой компании на территории РФ и наоборот. За совершение указанных операций АОЗТ «Старт» получает вознаграждение в процентном отношении к стоимости задекларированного груза. Дополнительное соглашение имеет предмет совершения сделки, не связанный с основным договором, поэтому его можно рассматривать как самостоятельный договор. Возникает вопрос о том, к какому виду договоров можно отнести дополнительное соглашение.

При всей видимой сложности построения взаимоотношений сторон такой договорно-правовой механизм не противоречит действующему гражданскому законодательству. Однако при этом следует учитывать специфику каждого из элементов данных правоотношений.

По своему содержанию дополнительное соглашение можно охарактеризовать как смешанный договор, так как, с одной стороны, он является договором комиссии: АОЗТ «Старт» выступает комиссионером, а инофирма – комитентом, при этом предметом договора является заключение сделок купли-продажи леса с третьими лицами от имени комиссионера за счет комитента; а с другой стороны – договором поручения: АОЗТ «Старт» выступает поверенным, а инофирма – доверителем,

⁴²¹ Там же.

⁴²² Там же. С. 15-16.

⁴²³ Там же. С. 17-18.

предметом договора является совершение юридических действий (таможенное оформление и перемещение груза и передача этого груза представителю иностранной компании), в связи с чем при регулировании соответствующих отношений необходимо исходить из положений глав 49 и 51 ГК РФ.

В части исполнения договора поручения действия поверенного подпадают под действие таможенного законодательства⁴²⁴.

Могут возникнуть спорные вопросы при применении указанных положений. Так, предположим, что оговаривая обязанности в договоре, стороны бы предусмотрели положение, в соответствии с которым они за свой счет и от своего имени будут обязаны производить доставку товара до покупателей, проводить маркетинговые исследования. Возникает вопрос о том, имеют ли в этом случае стороны право все перечисленные расходы отнести на свои затраты.

Представляется, что в этом случае соглашение сторон будет регулироваться нормами о договоре комиссии.

В результате исполнения обязательств по договору комиссии у комиссионера возникают обязанности по выполнению поручения клиента, который, в свою очередь, обязан не только выплатить комиссионеру вознаграждение, но и возместить ему все расходы, связанные с выполнением поручения, за исключением расходов по хранению имущества клиента (ст. 1001 ГК РФ). Данная норма является с юридической точки зрения императивной, т. е. подлежащей применению субъектами гражданского права без изменения по своему усмотрению.

Указанное положение означает, что в случае если в договоре стороны предусмотрели положения, в соответствии с которым расходы, связанные с исполнением поручения комитента, возложены на сторону, выполняющую обязанности комиссионера, то данное положение договора является недействительным с момента заключения договора комиссии независимо от признания судом в силу противоречия норме закона (ст. ст. 166, 168 ГК РФ). При этом недействительность какого-либо положения договора, составляющего его часть, не влечет недействительность прочих его частей в случае, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной части, т. е. положения, предусматривающего обязанность комиссионера возместить за свой счет расходы по выполнению поручения комитента.

Подобных вопросов не возникало бы вовсе, если бы на подобные отношения распространялись нормы, подобные тем, которые регулируют

⁴²⁴ См.: О таможенном регулировании в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 27.11.2010 № 311-ФЗ: ред. от 05.05.2014. Ст. 60. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Таможенный кодекс Таможенного союза [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

простой агентский договор в швейцарском праве, в качестве дополнительного (субсидиарного) источника применения.

«**Брокерский**», или «**маклерский**», договор в Швейцарии регулирует посредническую деятельность в области страхования, купли-продажи и сделок с ценными бумагами. Поскольку при этом куртье (посредники) специализируются зачастую в сферах деятельности, подлежащей в Швейцарии лицензированию, то чаще всего здесь встаёт вопрос о дополнительном (кроме сделки) правовом основании возникновения отношений по представительству⁴²⁵.

В российской правовой системе к подобным договорам следует отнести договор с участием страхового брокера действующего от имени страховщика и по его поручению в соответствии с предоставленными полномочиями, как это предписывает Закон РФ от 27 ноября 1992 г. «О страховании»⁴²⁶; брокера, осуществляющего профессиональную деятельность на рынке ценных бумаг согласно Закону «О рынке ценных бумаг»⁴²⁷; агента в агентском договоре (глава 52 ГК РФ), экспедитора (глава 41 ГК РФ), страхового агента (ст. 8 Закона «Об организации страхового дела»)⁴²⁸, агента в договоре морского агентирования (ст. 232 Кодекса торгового мореплавания РФ)⁴²⁹, посредника (морского брокера) в договоре морского посредничества (ст. 240 Кодекса торгового мореплавания РФ)⁴³⁰, таможенного представителя (ст. 60 ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»)⁴³¹ и др.⁴³² Ранее к таким договорам относились договоры

⁴²⁵ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под ред. В. В. Залесского. М.: Норма, 1999. С. 18.

⁴²⁶ Об организации страхового дела в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Закон Рос. Федерации от 27.11.1992 № 4015-1: в ред. от 04.06.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴²⁷ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: ред. от 28.12.2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴²⁸ Об организации страхового дела в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Закон Рос. Федерации от 27.11.1992 № 4015-1: в ред. от 04.06.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴²⁹ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999: ред. от 03.02.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴³⁰ Там же. Ст. 240.

⁴³¹ О таможенном регулировании в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 27.11.2010 № 311-ФЗ: ред. от 05.05.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴³² О клиринге и клиринговой деятельности [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 07.02.2011 № 7-ФЗ: в ред. от 12.03.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

с участием брокера на товарной бирже в соответствии с Законом «О товарных биржах»⁴³³.

В силу закона на таких профессиональных участников гражданского оборота, помимо общих норм о коммерческом представительстве, распространяются дополнительные обязанности.

Так, с целью обеспечения добросовестного и профессионального исполнения своих обязанностей обязательным условием осуществления деятельности **страховым брокером** – физическим лицом и руководителем брокерской организации – юридического лица должно быть наличие высшего образования или среднего специального экономического или юридического образования при стаже работы в области финансовой или страховой деятельности не менее 3 лет.

Кроме того, не допускается:

- осуществление брокерской деятельности без наличия свидетельства о внесении в реестр страховых брокеров;
- осуществление других видов деятельности, в том числе посреднической деятельности, кроме брокерской по страхованию;
- посредническая деятельность по прямому страхованию, связанная с заключением договоров страхования от имени и в пользу иностранных страховых организаций, если иное не предусмотрено межправительственными соглашениями с участием Российской Федерации;
- размещение договора прямого страхования в страховых организациях, не имеющих лицензии уполномоченного органа исполнительной власти на проведение соответствующего вида страховой деятельности;
- участие страховых брокеров в уставных капиталах страховых организаций, владение акциями, паями и другими правами участия.

Одним из наиболее распространенных оснований возникновения представительских обязательств у коммерческого представителя является **договор поручения**.

Договор поручения как особый вид договора известен только праву континентальной Европы. Этот вид договора был известен еще римскому частному праву. Поручение (*mandatum*) представляло собой договор, по которому одно лицо – доверитель (*mandans*) поручает, а другое лицо – поверенный (*procurator*) принимает на себя исполнение каких-либо действий безвозмездно.

По сути, обязательная безвозмездность договора по праву ФРГ и презумпция безвозмездности в праве Франции не соответствуют условиям коммерческого представительства. Поэтому наряду с регулированием договора поручения гражданскими кодексами действует специальное зако-

⁴³³ О товарных биржах и биржевой торговле: Закон Рос. Федерации от 20.02.1992 // Ведомости съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 18, ст. 961. В настоящий момент утратил силу.

нодательство, касающееся отдельных видов поручения, в частности отношений предпринимателей с торговыми представителями⁴³⁴.

Тем не менее, хотя и юридическая чистота договора о торговых агентах как договора поручения по своей природе может нарушаться на практике, нельзя не признать целесообразность сохранения классического поручения. Не случайно по швейцарскому праву в нормах, относящихся к типичному договору поручения в классическом смысле (*договор о торговых агентах*), подчёркивается, что в силу этого договора трудовые отношения не возникают. Поэтому, выступая, с одной стороны за более широкую трактовку представительства, мы с другой стороны, не настаиваем на нецелесообразности существования договора поручения, предусматривающего действия только от чужого имени.

Договор поручения не единственный договор, с помощью которого можно оформлять отношения коммерческого представительства. Всё зависит от того какими полномочиями желает наделить коммерческого представителя представляемый для обеспечения своих интересов. Поэтому, в зависимости от характера услуг, оказываемых коммерческим представителем, его отношения с представляемым могут основываться на различных договорах, которые, тем не менее, относятся к одной большой группе и именуются договорами по оказанию услуг.

Показательно, что в странах континентальной Европы отсутствует законодательное закрепление такого обязательства, как возмездное оказание услуг. Частично такие нормы можно встретить в статьях, регулирующих именно подрядные отношения.

В англо-американской правовой системе весь спектр подобных обязательств охватывается либо понятием «агентство», либо рассматривается как один из видов договора личного найма. Примечательно, что и подрядные отношения являются разновидностью личного найма.

Английскому праву известны многочисленные формы ведения дел и реализации прав на основе доверенности, что создаёт иногда трудности в разграничении полномочий различных видов агентов, представителей, поверенных и доверительных собственников. Поскольку поверенный вступает в правоотношения с третьими лицами, последние должны быть осведомлены о характере и пределах полномочий. Если по российскому гражданскому законодательству поверенный может устно получать от доверителя часть указаний относительно способов выполнения порученного дела, то по английскому праву все детали оговариваются письменно. Неудобство устных договорённостей заключается в том, что они не всегда тождественны содержанию доверенности⁴³⁵.

⁴³⁴ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. М., 2003. С. 364-365.

⁴³⁵ Контрактное право. Мировая практика. Собрание документов в трёх томах / под редакцией и с предисловием Г. В. Петровой. М., 1992. Т. 2. С. 12.

Наиболее распространены трастовые операции при передаче на доверительных основах одной компанией прав по управлению её имуществом другой компании. В рассматриваемых договорах права и обязанности обеих компаний приурочены к двум моментам:

- выполнению полномочий поверенным (солиситором) по распоряжению делами компании;
- выплате доверителем компенсации или вознаграждения за добросовестное исполнение обязательства.

Солиситор считается надлежаще выполнившим свои обязанности при условии, если осуществил порученные ему функции в полном соответствии с договором. Если ситуация вынуждает солиситора отступить от условий договора, то он обязан согласовать это с доверителем, чтобы не причинить ему ущерб непредусмотренными действиями. Для того чтобы доверитель был в курсе дел, солиситор обязан сообщать ему регулярно о ходе выполнения поручения⁴³⁶.

В соответствии с Письмом Госкомсвязи РФ от 25 марта 1999 г. № 1805 предоставление услуг связи может осуществляться только лицом, имеющим лицензию Госкомсвязи России (Минсвязи России). Таким образом, договоры с пользователями о возмездном оказании услуг связи должны заключаться и исполняться только лицензиатами. Право заключения таких договоров и обязательств по их исполнению, равно как и право оказывать услуги связи и иные права, предоставляемые лицензии, не подлежат передаче в силу п. 4 ст. 182 ГК РФ, ст. 15 Федерального закона «О связи». Здесь же особо отмечается, что функции коммерческого представителя связаны именно с посреднической деятельностью при заключении договора.

Основными характеризующими признаками договора возмездного оказания услуг являются совершение определённых действий или осуществление определённой деятельности. Как показывает проведённое исследование, многие учёные-правоведы подчёркивают, что при оказании услуг продаётся не сам результат, а действия к нему приведшие. Если мы вспомним трактовку коммерческого представительства, то убедимся, что подобная деятельность полностью подпадает под приведённую в ст. 779 ГК РФ формулировку. Ведь основная деятельность коммерческого представителя состоит в представительстве при заключении сделок между предпринимателями. Имеет ли такое представительство материальный результат в виде заключения сделки или не имеет такового, значения, в принципе, не имеет.

Другое дело, когда помимо этой прописанной законом обязанности, коммерческий представитель берёт на себя обязательство оказывать и иные услуги. Например, представить информацию о положении на рынке,

⁴³⁶ Там же.

провести те или иные исследования, результат которых должен быть предоставлен представляемому. В таком случае результат будет уже выступать не как юридически безразличное для отношений сторон обстоятельство, а как доказательство того, что та или иная услуга, взятое на себя обязательство, исполнены надлежащим образом. В противном случае будет наступать ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, что, в свою очередь, приведёт к наступлению предусмотренных законом юридических последствий.

Возможность заключения с коммерческим представителем договора возмездного оказания услуг подтверждает также историко-юридический анализ, позволяющий обратить внимание на сходство между рассматриваемым договором и договором найма услуг (*locatio-conductio operarum*) в римском праве. В ходе этого сравнения отметим, что договором найма услуг по римскому праву назывался такой договор, по которому одна сторона (*locator*) принимало на себя обязательство исполнять в пользу другой стороны-нанимателя (*conductor*) определённые услуги, а наниматель принимал на себя обязательство платить за эти услуги определённое вознаграждение. Подобный договор в римском праве отличали от договора подряда (*locatio-conductio operis*), ввиду того, что последний имел предоставление подрядчиком готового результата работы, а наем услуг имел своим содержанием выполнение именно отдельных услуг по указанию нанявшего⁴³⁷.

В пользу большого сходства между договором найма услуг (*locatio-conductio operarum*) и поручения (*mandatum*) говорит тот факт, что в тех случаях, когда по характеру отношения известная зависимость нанявшегося от нанимателя представлялась унижительной или вообще не подходящей, прибегали именно к договору поручения⁴³⁸.

При оформлении отношений коммерческого представительства этот тип договора даёт большую, чем при поручении, инициативу участникам для установления условий договора. Однако к такому договору в силу прямого указания закона не могут применяться правила главы 49 ГК РФ. Между тем, правила о представительстве, при участии в договоре коммерческого представителя, должны применяться в полном объёме. Поэтому ситуация, когда некоторые правила, прописанные именно для коммерческого представителя не могут быть применимы для рассмотренного нами договора представляется нам неправильной. Это лишний раз подтверждает, что правила содержащиеся в главе 49 ГК РФ, касающиеся коммерческого представителя должны быть вынесены за рамки этой главы и рассматриваться как общие положения в статьях, регулирующих коммерче-

⁴³⁷ Римское частное право: учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М.: Юрист, 1996. С. 456.

⁴³⁸ Там же.

ское представительство, что, в свою очередь дало бы возможность применять их в любом договоре без дополнительных указаний.

Близко к отношениям по коммерческому представительству стоят отношения финансового агента с клиентом. В более общих чертах факторинг можно охарактеризовать как разновидность торгово-комиссионной операции, сочетающейся с кредитованием оборотного капитала клиента через покупку фактор-компанией счетов клиента⁴³⁹.

Вышеизложенное позволяет сделать нам вывод, что заключить с коммерческим представителем договор финансирования под уступку денежного требования (факторинга) невозможно, так как статусы агента-фактора и коммерческого представителя различны и их правовое положение регулируется различными гражданско-правовыми институтами.

Определённое сходство просматривается и между действиями банка, выполняющего распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счёта, проведении иных операций по счёту по договору банковского счёта, а также при осуществлении некоторых видов расчётов в порядке главы 46 ГК РФ, который выступает как представитель клиента и деятельностью коммерческого представителя, который также выполняет данные ему поручения и выступает представителем своих клиентов.

Между тем, коммерческий представитель всегда выполняет поручения по заключению сделок. Банк же по указанным договорам сделок не заключает, а лишь производит операции связанные с перемещением денежных средств, то есть занимается абсолютно другой деятельностью. Кроме того, следует отметить, что в своей деятельности банки подчиняются специальным инструкциям и приказам, а правовые статусы коммерческого представителя и банка совершенно разноплановые понятия.

И ещё следует отметить один, последний на наш взгляд, договор, с помощью которого возможно оформить отношения коммерческого представительства в отечественной правовой системе. Это **договор транспортной экспедиции**. Вообще, этот договор учёными традиционно относится к числу распространённых в экономическом обороте гражданско-правовых договоров, с помощью которого предоставляются специализированные услуги по приёмке и отправке грузов организациям и гражданам.

Особенностью этого договора является то, что несоблюдение письменной формы договора транспортной экспедиции всё же не лишает стороны права приводить письменные и другие доказательства (кроме свидетельских показаний) о заключении договора (ст.162 ГК РФ). Такими другими доказательствами может быть, в частности, фактическое исполнение договора экспедитором полностью или в части⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Бусыгин А. В. Предпринимательство. Основной курс. М.: ИНФРА-М, 1998. С. 357.

⁴⁴⁰ Комментарий к ГК РФ, части второй (постатейный) / под ред. О. Н. Садикова. М., 1999. С. 370.

Кроме того, в качестве экспедиторов могут выступать только юридические лица, в уставе или положении о которых предусмотрено совершение ими транспортно-экспедиционных операций, а также граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей, имеющие соответствующую лицензию. Клиентами по договору экспедиции с участием коммерческого представителя могут выступать только предприниматели. Следует полагать, что клиентом в договоре транспортной экспедиции могут выступать наряду с отправителем и получателем груза также и другие лица: собственник груза, перевозчик и другие субъекты, интересы которых связаны с перевозкой вследствие наличия договорных отношений с отправителем и получателем груза⁴⁴¹.

А. Медведев справедливо отмечает, что многие новые виды договоров, которые описаны в Гражданском кодексе РФ, нарушают логику бухгалтерских правил и не ложатся на счета бухгалтерского учёта. На практике приходится выдумывать какие-то особые ходы, чтобы отразить особенности тех или иных операций по вновь введённым договорам. Этот недостаток признают не только бухгалтеры, но и юристы⁴⁴².

Для организации бухгалтерского и налогового учёта у экспедитора принципиальным является вопрос: «Относится ли договор транспортной экспедиции к посредническим»⁴⁴³? От ответа на этот вопрос зависит исчисление налога на прибыль. В письме Минфина России от 30 мая 1997 г. № 04-03-10 было разъяснено, что «суммы авансовых платежей, поступившие на расчётный счёт транспортно-экспедиторских организаций в счёт предстоящего выполнения экспедиторских услуг, облагаются налогом на добавленную стоимость только в части их вознаграждения». Тем самым **признаётся посредническая сущность договоров транспортной экспедиции**.

В ст. 801 ГК РФ отсутствует прямое указание на то, что к договору транспортной экспедиции применяются правила, установленные для договоров поручения и комиссии, но при этом указание на то, что экспедитор выполняет услуги «за вознаграждение и за счёт другой стороны», даёт веские основания отнести транспортную экспедицию к посреднической деятельности.

Вместе с тем, на практике следует руководствоваться формулировкой предмета конкретного договора: если экспедитор выполняет перевозки самостоятельно, то данный вид сделки скорее всего ближе к договору перевозки или возмездного оказания услуг; если же экспедитор лишь органи-

⁴⁴¹ Там же. С. 369.

⁴⁴² Медведев А. Гражданско-правовые сделки: бухгалтерская и налоговая неопределённость // Хозяйство и право. 1999. № 3. С. 72-73.

⁴⁴³ Там же. С. 76.

зует перевозки, то очевидно, что он выступает только посредником между клиентом и перевозчиком⁴⁴⁴.

Таким образом, можно сделать следующий вывод:

- в тех случаях, когда экспедитор по договору обязуется лишь организовать выполнение услуг (то есть в явном виде выступает как посредник), договор транспортной экспедиции является посредническим договором, при осуществлении которого облагаемым НДС оборотом у экспедитора является лишь сумма дохода, полученного в виде вознаграждения;

- когда экспедитор обязуется выполнить услуги самостоятельно, ни о какой посреднической сделке говорить не приходится, поскольку – это договор перевозки с дополнительными обязательствами перевозчика⁴⁴⁵.

Однако, приходится сомневаться в правильности такого подхода, так как сделанный вывод ведёт к парадоксальной ситуации, что один и тот же договор в одном случае является посредническим, а в другом – нет. Представляется, что и во втором случае договор будет носить характер посреднического, так выполняя свои договорные обязанности, экспедитор действует по поручению другой стороны, а не по своей собственной инициативе. Он является промежуточным звеном между лицом, интересы которого он представляет и третьим лицом, в отношении которого он выступает как представитель первого.

Такая неопределённость приводит к тому, что на практике налоговые органы подчас не делают различий между договорами на оказание услуг (договорами перевозки) и договорами транспортной экспедиции, заставляя экспедитора включать в облагаемый НДС оборот не только сумму своего вознаграждения, но и все суммы, полученные от клиента для выполнения посреднических функций. Выполнение этого требования налоговых органов приводит к тому, что в ситуации, когда экспедитор осуществляет по поручению клиента платежи в адрес организаций, освобождённых от НДС (например, таможенные платежи), посредник вынужден искусственно завышать договорную калькуляцию на суммы НДС, которые фактически начисляются на таможенные платежи⁴⁴⁶!

Приходится констатировать, что недостаточно чёткая регламентация в гражданском праве посреднической функции договора транспортной экспедиции приводит к конфликтам с налоговыми органами, которые в одних случаях расценивают договоры транспортной экспедиции как разновидность договоров перевозки, а в других – квалифицируют договоры транспортной экспедиции как посреднические⁴⁴⁷.

Аналогичные проблемы возникают и в отношении коммерческого представителя, действующего по агентскому договору.

⁴⁴⁴ Там же. С. 77.

⁴⁴⁵ Там же.

⁴⁴⁶ Там же. С. 77-78.

⁴⁴⁷ Там же. С. 78.

Так, предприятие «А» заключило агентский договор, по которому поручило фирме «В» получить материальные ценности от своего должника. Затем путем проведения бартерных операций предполагалось эти материальные ценности обменять на другие (необходимые предприятию) и поставить их на предприятие. Далее предприятие вносило полученные материальные ценности в качестве вклада в совместную деятельность. По агентскому договору предприятие возмещало фирме все понесенные ею затраты и выплачивало вознаграждение.

В этой ситуации возникает вопрос о том, а может ли предприятие расходы по выплате вознаграждения и возмещению расходов фирмы отнести на себестоимость продукции.

Согласно агентскому договору, предприятие поручало фирме поставить на предприятие определенные товарно-материальные ценности. Поэтому расходы предприятия по выплате вознаграждения и возмещению расходов фирме следует расценивать как затраты, связанные с приобретением указанных товарно-материальных ценностей.

Расходы по закупке и доставке товаров могут быть включены предприятием в покупную стоимость этих товаров или отнесены на издержки производства и обращения (см. п. 2.2 Методических рекомендаций по бухгалтерскому учету затрат, включаемых в издержки обращения и производства, и финансовых результатов на предприятиях торговли и общественного питания, утвержденных Роскомторгом по согласованию с Минфином РФ от 20 апреля 1995 г. № 1-550/32-2).

Таким образом, в описанной ситуации затраты предприятия, связанные с оплатой услуг фирмы, в себестоимость продукции не включаются, а погашаются в порядке, изложенном выше. При этом тот факт, что материальные ценности предназначены для внесения в качестве вклада в совместную деятельность, никак не влияет на порядок отнесения затрат, связанных с приобретением этих материальных ценностей.

Появление агентского договора, как впрочем и самого института коммерческого представительства в нашем отечественном законодательстве было обусловлено рядом причин.

Советские, а затем и российские внешнеторговые организации в своей повседневной деятельности часто сталкивались с вопросами регулирования отношений представительства в различных правовых системах. Это обуславливалось прежде всего тем, что ответственные организации, занимавшиеся внешней торговлей часто имели дело не непосредственно со своими партнерами – иностранными фирмами, а с их агентами. В связи с этим возникали вопросы о полномочиях последних, правовых последствиях заключенных с ними сделок и ответственности сторон по уже заключенным сделкам. Кроме того, нередко и сами внешнеторговые объединения прибегали к услугам различного рода агентов.

С разрешением предпринимательской деятельности в нашей стране, вопрос об отношениях с участием представителей становится еще более остро. В коммерческой практике начинают заключаться не только договора комиссии и поручения, предусмотренные Гражданским кодексом РСФСР, но и договора консигнации, агентирования и т. д. Только приходилось их называть договорами поручения (комиссии) с соответствующими оговорками.

Если агент по данному договору действует от собственного имени, он и становится стороной сделок, заключенных им с третьими лицами, причем и в том случае, когда эти лица знали о совершении сделки в интересах принципала, а не его агента, либо даже сам принципал вступил с третьим лицом – контрагентом по сделке в непосредственные отношения по ее исполнению. Лишь после подписания сделки агент должен будет передать права и обязанности по ней своему принципалу. Такой подход характерен для договора комиссии (ср. абз. 2 п. 1 ст. 1005 и абз. 2 п. 1 ст. 990 ГК). Поэтому ст. 1011 ГК позволяет применять к указанным отношениям правила о договоре комиссии, если они не противоречат специальным правилам закона об агентском договоре или существу этого договора. В связи с этим нормы об агентском договоре не содержат предписаний, например, о правовом режиме имущества, переданного агенту принципалом для реализации или приобретенного агентом для принципала, или о порядке передачи агентом принципалу прав и обязанностей по заключенным в интересах последнего сделкам, поскольку данные вопросы решаются по правилам о договоре комиссии⁴⁴⁸.

Нет прямого ответа на вопрос, как в бухгалтерском учете агентства следует отражать операции, связанные с выполнением работ по такому договору.

Например, рекламное агентство заключает с клиентом агентский договор, согласно которому агентство обязуется разместить рекламу клиента и оплатить счета сторонних организаций за ее размещение. Клиент перечисляет на счет агентства денежные средства, необходимые для выполнения договора, включая агентское вознаграждение.

Кроме того, иногда не совсем ясно, каков порядок бухгалтерского и налогового учета условий агентского договора:

если агент действует от имени и за счет принципала;

если агент действует от своего имени и за счет принципала.

С точки зрения налогового законодательства, деятельность предприятия, выступающего в роли комиссионера или поверенного в договоре комиссии или поручения, рассматривалась как посредническая (см. п. 2.9 Инструкции Госналогслужбы РФ от 10 августа 1995 г. № 37 «О порядке

⁴⁴⁸ Суханов Е. А. Комментарий к ГК РФ. Агентирование // Хозяйство и Право. 1996. № 11. С. 4.

исчисления и уплаты в бюджет налога на прибыль предприятий и организаций».

Учитывая изложенное, можно сделать вывод о том, что деятельность рекламного агентства, выступающего в роли агента в агентском договоре, рассматривается как посредническая независимо от условий агентского договора.

В научной литературе высказывается мнение о том, что оформление договорных отношений с коммерческим представителем в форме агентского договора невозможно. Такая точка зрения подкрепляется следующей аргументацией.

В отношении юридических действий как предмета агентского договора закон допускает оформление полномочий агента на совершение сделок от имени принципала не доверенностью, а договором, заключенным в простой письменной форме и закрепляющим общие полномочия агента на совершение таких сделок (п. 2 ст. 1005 ГК).

Такое оформление характерно для коммерческого представительства (п. 3 ст. 184 ГК). Однако в отличие от него в агентском договоре допускается указание «общих полномочий агента на совершение сделок от имени принципала» без конкретизации их характера. В подобной ситуации принципал не вправе отказываться от прав и обязанностей по совершенным для него сделкам, ссылаясь на отсутствие у агента конкретных полномочий⁴⁴⁹.

Более того, добавим, что агентский договор может предусматривать действия агента не от имени принципала, а от своего собственного имени, что вполне соответствует англо-американской правовой доктрине.

Однако, в первом случае, указание общих полномочий агента по договору не вступает в противоречие со статусом коммерческого представителя, как такового, а противоречит лишь отдельной договорной конструкции договора поручения, рекомендуемой, но не носящей характера обязательной для оформления отношений с коммерческим представителем.

Во-вторых, в п. 2 ст. 1005 ГК РФ об общих полномочиях агента говорится не как о правиле, а скорее как об исключении из правила. А отсюда следует, что агент по такому договору может быть наделен и конкретными полномочиями.

Отсутствие норм о коммерческом представительстве в агентском договоре компенсируется тем, что в ст. 1011 ГК РФ предусмотрено применение к агентским отношениям правил о договорах поручения.

Между тем п. 1 ст. 973 ГК РФ в случае оформления отношений с коммерческим представителем применяться не должен, так как ее правила противоречат положениям главы 52 ГК РФ и существу агентского договора.

⁴⁴⁹ Завидов Б. Д. Договор о посреднических услугах. М., 1997. С. 54; Суханов Е. А. Указ. соч.

В п. 3 ст. 184 ГК РФ говорится лишь о том, что в договоре с коммерческим представителем должны содержаться указания на полномочия такого представителя, но ничего не говорится о конкретизации подобных полномочий. Поэтому в агентском договоре коммерческий представитель вполне может обладать и общими полномочиями и в этом его специфика в указанном отношении.

Во втором случае действия агента при заключении сделок в сфере предпринимательской деятельности подпадают под понятие представительства в англо-американской правовой системе, для которой такой агент будет являться профессиональным представителем. В отечественной же правовой системе статус такого лица отдельно в законодательстве не регламентируется, хотя и имеет много общего с комиссионером. Поэтому с коммерческим представителем агентский договор может заключаться с учётом специфики правового статуса последнего, когда агент действует от имени представляемого им лица при заключении сделок на постоянной и профессиональной основе.

На наш взгляд, нормативная база, регламентирующая агентирование, представленная в современном Гражданском кодексе чрезвычайно мала и содержит лишь общие положения, по сравнению с достаточно разработанным и подробно регламентированным законодательством стран общего права. Косвенным доказательством тому служит содержащееся в п. 4 ст. 1005 ГК РФ положение, что законом могут быть предусмотрены особенности отдельных видов агентского договора. Однако, такие законы до сих пор не разработаны. Исключением является только КТМ РФ 1999 г.⁴⁵⁰ Да и он содержит лишь более общие положения об агентстве.

А ведь агентские соглашения являются одним из важных институтов представительства в международном частном праве и занимают значительное место в организации международного коммерческого оборота. Они позволяют предпринимателям и другим объектам коммерческого оборота заниматься самим непосредственно бизнесом, переложив организационную работу на своих представителей.

Конструкция агентского договора в российском гражданском праве преследует цель достаточно четкого правового оформления отношений, в которых посредник (представитель) совершает в чужих интересах как сделки и другие юридические действия так и действия фактические, не влекущие юридических последствий. Например, лицо, выступающее в качестве агента может взять на себя задачу сбыта чужих товаров, имея ввиду не только заключение договоров купли-продажи, но и осуществление рекламных компаний и других мероприятий по изучению и освоению рынка

⁴⁵⁰ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999: ред. от 03.02.2014. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

(маркетинговых) агентская деятельность такого рода возможна и в культурно-творческой сфере, где предприниматели («импресарио», «антрепренеры», литературные агенты и т. п.) осуществляют как юридические так и фактические действия по организации и проведению различных театральных, концертных, гастрольных и т. п. акций⁴⁵¹.

Если же агент по условиям договора с принципалом участвует от его имени, права и обязанности по совершенным агентом с третьими лицами сделкам возникают сразу же непосредственно у принципала, минуя агента⁴⁵².

При реализации товаров по договору поручения продавцом товара, принадлежащего доверителю, выступает сам доверитель. Поверенный не является участником сделки и потому не может считаться организацией, реализующей товары по договору поручения. Доверитель, следовательно, обязан исчислить налог на основе стоимости реализуемых им товаров в соответствии с абз. 3 п. 3 ст. 4 Закона. Облагаемым оборотом у поверенного в договоре поручения станет согласно абз. 1 указанного пункта сумма дохода, полученная от доверителя в виде вознаграждения.

Поскольку в соответствии с п. 1 ст. 971 ГК РФ права и обязанности по сделке, совершенной поверенным (представителем), возникают непосредственно у доверителя (представляемого), денежные суммы, полученные гражданином представителем индивидуального предпринимателя при заключении сделок от имени и по поручению предпринимателя на основании выданной им доверенности, будут являться доходом предпринимателя.

При реализации товаров по договору комиссии продавцом товара, принадлежащего комитенту, выступает комиссионер. То есть о коммиссионере, осуществившем сделку по реализации товара по договору комиссии от своего имени, можно говорить как об организации, осуществившей сделку по продаже товаров. Однако, с учётом того, что законодатель установил равные налоговые последствия для реализации товаров организациями, занимающимися продажей и перепродажей товаров, как по договору комиссии, так и по договору поручения, облагаемый оборот у коммиссионера, реализовавшего товар по поручению комитента от своего имени, должен определяться в том же порядке, что и у поверенного, совершившего сделку по поручению и от имени доверителя. Об этом, по мнению А. Никонова, свидетельствует и содержащееся в абз. 3 п. 2 ст. 7 Закона указание, что «сумма налога на добавленную стоимость, подлежащая внесению в бюджет заготовительными, снабженческо-сбытовыми, оптовыми и другими предприятиями, занимающимися продажей и перепродажей товаров, в том числе по договорам комиссии и поручения..., определяется как

⁴⁵¹ Суханов Е. А. Указ. соч. С. 3.

⁴⁵² Там же. С. 4-5.

разница между суммами налога, полученными от покупателей за реализованные товары (работы, услуги), и суммами налога, уплаченными поставщиками этих товаров и материальных ресурсов (работ, услуг), стоимость которых относится на издержки производства и обращения»⁴⁵³.

Однако комитент, равно как и доверитель, не является для комиссионера (поверенного) поставщиком реализуемых товаров, а потому комитент (доверитель) не может исчислять налог указанным способом. Действительно, формулировка Закона предполагает оплату организацией, реализующей товар по договору комиссии поставщикам этих товаров. Но комиссионер не оплачивает товары комитенту, который является собственником полученной от покупателя платы за товар, независимо от того, на чей счёт произведена оплата за товар покупателем, – на счёт непосредственно комитента или на счёт комиссионера⁴⁵⁴.

При реализации товаров через посредничество комиссионера (поверенного) сделка по реализации товаров совершается один, а не два раза. Товары при этом переходят из собственности покупателя в собственность продавца при совершении комиссионером (поверенным) сделки по реализации товаров. Комиссионер (поверенный) при этом не становится собственником ни товаров, полученных от комитента (доверителя) и переданных покупателю, ни денежных средств, полученных от покупателей в оплату указанных товаров. При таких обстоятельствах утверждение о том, что у комиссионера (поверенного) имеют место обороты по реализации товаров, лишено какого-либо смысла. Ведь экономическое содержание термина «оборот» в применении к торговым операциям предполагает изменение принадлежащего собственнику капитала с товарной формы на денежную и наоборот. Если же комиссионер (поверенный) в силу закона не обладает никакими вещными правами ни по отношению к товарам, являющимся предметом налогообложения, ни по отношению к денежным средствам, поступившим в их оплату, обременение его обязательствами по отношению к оборотам, совершаемым при его посредничестве другими лицами неправомерно⁴⁵⁵.

Судебная практика при этом исходит из того, что ... «добавленная стоимость является объектом обложения указанным налогом» (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 марта 1997 г. № 3917/95). То есть если допустить, что у комиссионера (поверенного) добавленная стоимость возникает не в связи с получением вознаграждения за совершённую по указанию доверителя (комитента) сделку по реализации товаров, а непосредственно из сделки по реализации товаров, мы придём к абсурдному выводу, что добавленная стоимость у комиссионера (поверен-

⁴⁵³ Никонов А. Исчисление налога на добавленную стоимость у посредников, в обязанности которых входит совершение сделки // Хозяйство и право. 1998. № 4. С. 67.

⁴⁵⁴ Там же.

⁴⁵⁵ Там же. С. 68.

ного) составляет разницу между стоимостью реализованных товаров и расходами, связанными с их реализацией.

Все вопросы возмещения затрат посредников (как комиссионеров по договорам комиссии, так и агентов по агентским договорам) со стороны комитентов (принципалов) регулируются условиями посреднических договоров. В этих договорах отдельно должна быть предусмотрена:

- сумма посреднического вознаграждения;
- сумма затрат, связанных с исполнением договора и производимых посредником по поручению комитента (принципала).

В ответе на частный запрос Минфин России в своем письме от 6 августа 1998 г. № 04-03-08 применительно к договору комиссии, предметом которого является экспорт товаров, разъяснил следующее: «Согласно ст. 1001 ГК РФ комитент обязан возместить комиссионеру израсходованные им на исполнение комиссионного поручения суммы. В связи с этим все расходы, связанные с реализацией экспортного товара, несет его собственник (комитент) независимо от того, кто производит оплату этих расходов. Если расходы оплатил комиссионер, комитент должен возместить их комиссионеру. При этом имеются в виду расходы, которые непосредственно связаны с исполнением договора комиссии (транспортировка, экспедирование, страхование товара, таможенное оформление и т. п.), то есть расходы, связанные с продвижением экспортного товара, которые не могут быть отнесены на затраты комиссионера. После возмещения комиссионеру указанных расходов комитент вправе отнести их на издержки по реализации экспортного товара в общеустановленном порядке».

Говоря о расходах посредника, необходимо четко различать:

- собственные расходы посредника, которые покрываются суммой вознаграждения, установленной в договоре;
- расходы, которые посредник осуществляет «транзитом» (оплачивая услуги сторонних организаций по поручению комитента, принципала). Эти расходы возмещаются посреднику дополнительно и не включаются в состав его выручки.

Например, если комиссионер в рамках договора комиссии вынужден был отправить в командировку своих сотрудников, то, согласно письму Минфина России от 13 июня 1997 г. № 04-02-14, расходы на командировку являются частью услуги комиссионера в целом⁴⁵⁶.

При этом следует отметить, что расходы, компенсируемые посреднику по договору, не включаются у него в состав выручки только в том случае, если соблюдены следующие условия:

- данные расходы произведены за счет и по поручению принципала (комитента);

⁴⁵⁶ Медведев А. Н. Компенсация затрат по хозяйственным и посредническим договорам // Главбух. 1999. № 16.

- компенсация данных расходов предусмотрена в договоре;
- посредник представил письменный отчет о произведенных расходах, которые подлежат компенсации со стороны принципала (комитента);
- принципал (комитент) утвердил представленный посредником отчет и признал данные расходы в качестве собственных.

Если по каким-либо причинам принципал (комитент) отказался компенсировать посреднику затраты, связанные с исполнением договора, то они относятся у посредника на себестоимость в пределах установленных норм⁴⁵⁷.

В любом случае, в соответствии с Указом Президента РФ «О мерах по повышению собираемости налогов и других обязательных платежей и упорядочению наличного и безналичного денежного обращения» от 18 августа 1996 г. (в редакции Указа Президента РФ от 28 февраля 1997 г. № 139) агенту (поверенному, комиссионеру) не может поручаться исполнение юридических действий, вытекающих из правоотношений принципала (доверителя, комитента), регулируемых налоговым законодательством РФ и законодательством РФ о труде.

Проведённое исследование позволяет нам определиться с договорами, оформляющими коммерческое представительство в гражданском праве. Ими являются не только договоры поручения, брокерские, возмездного оказания услуг и транспортной экспедиции, но и агентский договор. Представляется, что в этот перечень целесообразно включить договор доверительного управления и комиссии. Кроме того, гражданское законодательство позволяет нам заключать и так называемые смешанные виды договоров и даже не предусмотренные законом. Каждый из таких договоров имеет свои особенности и свою сферу применения. Поэтому при оформлении договорных отношений с коммерческим представителем стоит учитывать свои реальные потребности и интересы, а также специфику сферы деятельности, в которой необходимо прибегнуть к профессиональному представительству.

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16 мая 2003 г. № А56-31159/02:

«...Содержание договора от 21.12.2001 № 09/01-2 свидетельствует о том, что он носит смешанный характер, поскольку содержит элементы как договора поручения, так и договора возмездного оказания услуг.

Согласно пункту 4.1.2 договора «в случае положительного решения в пользу доверителя на кассационной инстанции либо другой инстанции, то есть неудовлетворения судом требования контрагента о взыскании убытков, вознаграждение Юридической фирмы составляет 10 % от положительного эффекта в пользу доверителя по отношению к постанов-

⁴⁵⁷ Там же.

лению апелляционной инстанции по делу № А56-17560/01, которое согласно пункту 4.1.3 выплачивается после вступления в силу решения суда, то есть отмены решения других судов о возмещении убытков контрагенту ЗАО «Строительная фирма «НЕВАпромстрой» в сумме 8004338 руб. 71 коп.»

Суд пришел к правильному выводу о том, что условия договора свидетельствуют о зависимости размера оплаты услуг от решения суда, которое будет принято впоследствии.

В соответствии с информационным письмом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.09.99 № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг» не подлежит удовлетворению требование исполнителя о выплате вознаграждения, если данное требование истец обосновывает условием договора, ставящим размер оплаты услуг в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем.

Кроме того, следует отметить, что исковые требования не подлежат удовлетворению и в связи с тем, что в данном случае отсутствует «положительный эффект» (пункт 4.1.2 договора), поскольку постановлением Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.01.2002 по делу № А56-17560/01 утверждено мировое соглашение, заключенное сторонами, и производство по делу прекращено. Следовательно, отсутствуют основания для взыскания вознаграждения в соответствии с пунктом 4.1.2 договора, а, следовательно, и процентов за пользование чужими денежными средствами...»

Смысл всех договоров, оформляющих коммерческое представительство заключается в обеспечение интересов какого-либо лица действиями другого лица. Объединяет их то, что в силу этих договоров одна из сторон действует в интересах другой стороны, выполняя её поручения за свой счёт или за счёт представляемого. В некоторых случаях действия совершаются в какой-то определённой сфере (договор транспортной экспедиции), в других – коммерческий представитель наделяется полномочиями на ведение дел в различных сферах деятельности (договор поручения, агентский договор).

Договор с коммерческим представителем может рассматриваться в качестве одного из оснований для выдачи доверенности. Доверенность, помимо универсальности, обладает чертами документа, направленного на уведомление третьих лиц о статусе коммерческого представителя и объеме переданных ему полномочий, т. е. особую доказательственную силу.

Поскольку для отношений представительства характерна именно двухзвенная структура, включающая отношения между представителем и представляемым и отношения между представителем и третьим лицом, постольку доверенность выступает гарантом законности полномочий ком-

мерческого представителя. Научные основы для такого статуса доверенности были заложены в прошлом веке А. Гордоном, который разграничил в договоре поручения внутреннюю сторону отношений, где сторонами выступают доверитель и поверенный, и внешнюю сторону, в которой поверенный соприкасается с третьим лицом. Третьему лицу интересен лишь статус представителя, поскольку все его действия, если они совершены в рамках полномочий, переносят последствия на представляемого. Доверенность в этой ситуации служит документом, который исключительно достоверно для третьих лиц несет информацию о представительстве.

Вместе с тем необходимо отметить, что деление на внешнюю и внутреннюю сторону в поручении может иметь место с определенными оговорками. Прежде всего, предложенное Гордоном деление возникло, когда в российском дореволюционном законодательстве доверенность рассматривалась как придаток к договору поручения и именовалась «верящее письмо». Как отмечает сам А. Гордон, «верящее письмо по своей форме определяет только пространство полномочия, переданного поверенному»⁴⁵⁸.

В настоящее время в научной и учебной литературе в основном достаточно чётко разграничиваются поручение и доверенность. Между тем, наличие у доверенности двух самостоятельных значений по отношению к институту представительства (**самостоятельный документ либо составная часть договора**) требует анализа этого явления.

В Законе «О договоре торговой комиссии» дореволюционного периода имелись положения, указывающие, что сделки совершаются по поручению комитента, так что внутренняя сторона коммиссионного отношения определяется доверенностью, а ст. 541 Устава Торгового называет комитента препоручителем. Обращаясь к трактовке договора доверенности, называемого также поручением, препоручением, нетрудно заметить, что он представляет собой юридическое отношение, в котором одно лицо обязывается быть представителем другого по какому-либо гражданскому действию⁴⁵⁹. Добавим еще к этому, и то, что по ранее действующему законодательству комиссионер мог договариваться с третьими лицами не только от своего собственного имени, но и от имени комитента. В любом случае сделки совершались за счет комитента, так как при этом имелись в виду исключительно интересы последнего, а результат таких сделок составлял всецелом выгоду или убыток комитента (ст. 54.1; 54.5 Устава Торгового). Такие отношения можно назвать представительством по экономическому признаку.

Проводя аналогию, можно отметить, что в англо-американской правовой системы в подобной роли выступает агент, действующий от имени

⁴⁵⁸ Гордон А. Представительство в гражданском праве. СПб., 1879. С. 87.

⁴⁵⁹ Свод Законов. Т. X. Ч. 1. Ст. 2291-2293.

нераскрытого принципала, с той лишь разницей, что нераскрытый принципал, в отличие от комиссионера, может установить прямые договорные отношения с третьим лицом по своему усмотрению или инициативе.

Выделение доверенности от договора поручения происходит в конце XIX в., когда в национальных законодательствах европейских государств возобладала точка зрения о наличии самостоятельного статуса доверенности. Поводом для подобного деления послужили исследования в области представительства, результатом которых стало вычленение в представительстве его основы – полномочия.

Первым в русской цивилистической науке дореволюционного периода дал чёткое разграничение поручения и доверенности Н. О. Нерсесов, который в частности, указывал, что «... поручение направлено исключительно на внутреннее отношение препоручителя и лица, принявшего поручение; представительство – на внешнее отношение... Эти два института имеют совершенно различный характер по своему содержанию и могут существовать независимо друг от друга... При обсуждении отношений представляемого к третьему лицу, заключившему сделку с представителем, следует исходить из полномочия, которое было дано последнему; при обсуждении же отношений между принципалом и его представителем нужно руководствоваться общими началами поручения»⁴⁶⁰.

Этот взгляд разделяли и такие его современники как Л. Н. Казанцев⁴⁶¹, А. О. Гордон⁴⁶², П. П. Цитович⁴⁶³.

Как отмечал Л. Таль, «начиная с швейцарского закона 1881 года «Об обязательствах», все без исключения последующие гражданские кодексы отделяют полномочие от договора поручения и трактуют о нем в общей части в связи с представительством»⁴⁶⁴. Подобная структура характерна в общих чертах и для ныне действующего Гражданского кодекса России.

В исследованиях советского периода такое разграничение последовательно проводил И. В. Шерешевский⁴⁶⁵.

Развитие посреднической деятельности как коммерческой и появление на рынке профессиональных агентов, преследующих собственные интересы, привели к повышению роли представительства в

⁴⁶⁰ Нерсесов Н. О. Понятие добровольного представительства в гражданском праве. М., 1878. С. 35-37.

⁴⁶¹ Казанцев Л. Н. Учение о представительстве в гражданском праве. Ярославль, 1879. С. 97-100.

⁴⁶² Гордон А. О. Представительство в гражданском праве. СПб., 1879. С. 81.

⁴⁶³ Цитович П. П. Учебник торгового права. СПб., 1891. Вып. 1. С. 87-88.

⁴⁶⁴ Таль Л. С. Договор доверенности или поручения в проекте гражданского уложения. СПб., 1911. С. 10.

⁴⁶⁵ Шерешевский И. В. Представительство, поручение и доверенность. М., 1925. С. 9-10.

гражданском обороте и выявили ряд сложных проблем в применении норм главы 10 Гражданского кодекса РФ.

В связи с изложенным возникает вопрос о характере доверенности, выданной в порядке реализации договора поручения. Будет она лишь документом, свидетельствующим о наличии полномочий, или же включит в себя понятие сделки по наделению полномочиями? Этот вопрос связан с изучением доверенности с точки зрения внутренней стороны представительства, его первоосновы⁴⁶⁶.

В отличие от договора, регулирующего внутренние отношения между коммерческим представителем и предпринимателем, доверенность призвана обеспечить внешний эффект представительства, а именно установить правовую связь между представляемым и третьим лицом посредством действий представителя. Знакомясь с доверенностью, третьи лица, которым она собственно и адресуется, узнают, какими полномочиями обладает представитель. Договор же или иной юридический факт, послуживший основой для выдачи доверенности, как таковой, третьих лиц в данном случае не касается. Любые сделки и иные действия, совершенные представителем в рамках предоставленных ему полномочий, носят для представляемого обязательный характер. В частности, представляемый не может отказаться от исполнения заключенного на основании доверенности договора, сославшись на то, что представитель нарушил заключенный между ними договор о представительстве, например, отступил от данных ему указаний, если только они не были четко отражены в договоре, но и в доверенности. Иными словами, в случае расхождения между договором, определяющим внутренние отношения представляемого и представителя, и выданной представителю доверенностью, права и обязанности представляемого, вытекающие из сделок, совершенных коммерческим представителем с третьими лицами, определяются полномочиями, зафиксированными в доверенности, а не в договоре о представительстве (например, в договоре поручения).

Давая коммерческому представителю право на совершение определенных действий от своего имени, дееспособный представляемый тем самым не лишает себя возможности лично совершить эти действия или поручить их совершение другому представителю, ибо цель любого представительства – расширение сферы деятельности лица, а не сужение его право- и дееспособности.

В последнее время наибольшие трудности, как можно судить, вызывает выступление нескольких представителей по одной доверенности. Например, в одном случае доверенность выдана на имя четырех лиц с условием, что сделки будут заключаться любыми двумя из них. Другая до-

⁴⁶⁶ Крылов С. Соотношение договора поручения и доверенности // Рос. юстиция. 1999. № 9. С. 2.

веренность выдана двум лицам, причем указано, что каждый действует «независимо от другого»⁴⁶⁷.

Особо остро проблема встаёт тогда, когда речь идет о фондовом рынке. Нередко создается ситуация, когда оба представителя «независимо» друг от друга совершают сделки с одним и тем же пакетом акций и, явившись перед регистратором, требуют внести изменения в реестр.

К. И. Скловский справедливо отмечает, что «даже самый глубокий анализ не позволяет найти основания к отказу в таком требовании, а равно и основания для признания сделок недействительными. Значит, судьба имущества ставится в зависимость от случая (например, от срока регистрации сделки и отражения ее в реестре), а другое обязательство, возникшее из договора купли-продажи, поскольку нет оснований для признания его недействительным, должно быть прекращено в связи с невозможностью исполнения, что никак нельзя признать обстоятельством, стимулирующим оборот»⁴⁶⁸.

Такие же операции вполне могут быть проделаны и с иным имуществом, поэтому в принципе проблема гораздо шире действий коммерческого представителя на рынке ценных бумаг. Аналогичные ситуации вполне могут возникнуть и в любых других сферах применения института представительства. Между тем, наиболее часто такие проблемы возникают именно при использовании института представительства в предпринимательской деятельности. А в этом случае речь уже идёт, как правило, о коммерческом представительстве.

Главным, конечно, является вопрос о правомерности выдачи доверенности на имя нескольких лиц. Доверенность на совершение сделки, требующей нотариального удостоверения, выдается коммерческому представителю в нотариальной форме, если иное не предусмотрено законом.

Законодательным основанием здесь послужила ст. 59 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате⁴⁶⁹, повторяющая формулировки п. 83 Инструкции о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами⁴⁷⁰: «нотариус удостоверяет доверенности от имени одного или нескольких лиц на имя одного или нескольких лиц».

⁴⁶⁷ Скловский К. И. Множественность лиц в представительстве // Хозяйство и право. 1998. № 1. С. 1.

⁴⁶⁸ Там же.

⁴⁶⁹ Основы законодательства РФ о нотариате от 11.01.1993 / Глущенко П. П., Седов А. М. Основы нотариальной деятельности. СПб.: Издательства Михайлова В. А., 1999. С. 115.

⁴⁷⁰ Инструкция о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР: утв. Приказом Министра юстиции РСФСР от 06.01.1987 № 01/16-01 // Там же. С. 216.

В то же время в силу ст. 182 ГК РФ представительством является выступление одного лица от имени другого лица. Следовательно, есть все основания говорить о формальном противоречии двух норм, где приоритет, конечно, остается за Кодексом как законом большей силы и позже принятым. Впрочем, иногда выдвигаются возражения, что, во-первых, формулировка ст. 182 ГК РФ имеет не юридический, а грамматический смысл противопоставления «одного другому», а во-вторых, поскольку нет прямого запрета множественности представителей, то даже и без упоминания в Основах о нотариате она допустима. Тем не менее, нормы главы 10 ГК РФ о представительстве везде упоминают о единственности представителя. Нетрудно заметить, что законодатель всюду видит перед собой единственного представителя. Множественность представителей, особенно когда они действуют «независимо» друг от друга в действительности порождает много проблем. Так, доверенность может быть выдана двум или более представителям, не имеющим постоянных контактов. Возникает вопрос о том, какие последствия наступят в случае, если один из них утратил дееспособность, скончался либо отказался от доверенности, а другие, не зная об этом, совершили сделку.

К. И. Скловский отмечает, что по буквальному смыслу закона эта сделка совершена без полномочия и потому, казалось бы, на нее распространяется правило п. 1 ст. 183 ГК РФ: переход сделки на имя неуполномоченного представителя (кстати, если их осталось более одного, возникает еще и вопрос, на кого именно), если не последует одобрение представляемого. Однако, по мнению К. И. Скловского, такой ход рассуждения недопустимо искажает смысл закона, который исходит из того, что последствия, предусмотренные этой нормой, наступают именно потому, что представитель сознательно действует без полномочий и тем самым выражает волю к известным юридическим последствиям. Если же допустить, что возможно совершение сделки на собственное имя помимо и даже прямо вопреки своей воле, это вступит в прямое противоречие с понятием сделки как сознательного и целенаправленного действия (ст. 153 ГК РФ)⁴⁷¹.

Следовательно, признание сделки от имени представителя, действовавшего по доверенности, прекращенной в результате фактов, относящихся к иным представителям, о которых первый не был осведомлен, не может произойти. Но сделка недействительна и для представляемого, поскольку доверенность уже прекращена, а обстоятельства, позволяющие распространить сделку на представляемого после прекращения доверенности (ст. 189 ГК РФ), отсутствуют. Стало быть, действия такого представителя не имеют вовсе никакого эффекта. Это и позволяет считать сомнительной

⁴⁷¹ Скловский К. И. Множественность лиц в представительстве // Хозяйство и право. 1998. № 1. С. 3-4.

законность выдачи доверенности на имя нескольких представителей, особенно в случае, если оговорено условие о независимости их действий. По мнению К. И. Скловского возникшая проблема может быть урегулирована и без вмешательства законодателя на уровне высших судебных инстанций. Но судебная практика пока не слишком обширна. Во-первых, обычно отказ третьего лица принять сомнительные полномочия никак не фиксируется и не обжалуется, а во-вторых, для обжалования необходимо получение от представляемого дополнительных судебных полномочий, что делается не всегда, особенно если сам представляемый стал жертвой недобросовестных действий группы представителей, которые, естественно, избегают обращаться к нему снова. Споров, по-видимому, следует ожидать в тех случаях, когда сделка с участием нескольких представителей все же заключена, но при этом стороны должны обратить внимание суда именно на полномочия, а не на неисполнение договора⁴⁷².

Представляется, что *потребность предпринимателя в нескольких коммерческих представителях, должна достигаться выдачей каждому поверенному отдельной доверенности, в содержание которой включены соответствующие оговорки*. Такое решение тем более приемлемо, что позволяет, в зависимости от намерений доверителя, предусмотреть сохранение силы за одной доверенностью, если потребность в услугах других представителей отпала.

При условии, когда в доверенности указаны сразу несколько представителей, действует презумпция, что третье лицо, заключая договор с одним из них, тем самым принимает на себя риск совершения сделки с тем же предметом с другими лицами и не вправе ссылаться на недобросовестность иной стороны и на свою неосведомленность, так как принятая им доверенность содержит явное условие о нескольких представителях. Если же представляемый выдал доверенность разным лицам с идентичным полномочием, например для продажи одного и того же пакета акций, он несет весь риск одновременного совершения сделки разными представителями, вплоть до признания его действий недобросовестными и противоправными.

Следует, однако, согласиться с К. И. Скловским, что затруднительно позаимствовать допускаемое, например, германским правом «солидарное» представительство. Ведь параграфом 179 Германского гражданского уложения предусмотрена личная ответственность неуполномоченного представителя, в том числе и без вины, а это значит, что его действия в любом случае имеют последствия в отличие от Гражданского кодекса РФ.

Помимо этого, возможно и такая ситуация, когда доверитель и поверенный, действуя самостоятельно и не будучи осведомлены о действиях друг друга, могут совершить одни и те же сделки.

⁴⁷² Там же. С. 5.

Во многих случаях дублирование поверенным действий доверителя, или наоборот, невозможно. Такая ситуация возникает в случае передачи индивидуально-определённых вещей, документов, получении денег, почтовой корреспонденции и т. д. В других случаях возможна ситуация, когда поверенный и доверитель, действуя, как и в первом случае, самостоятельно, совершают сделки-дубли:

- с одним и тем же третьим лицом;
- с разными лицами.

В первом случае третье лицо не может не осознавать неисполнимости одной из них (или, во всяком случае, нежелательности для её доверителя) и возможного причинения вреда доверителю её заключением, то есть виновно. Поэтому доверителю следует предоставить право решать вопрос о том, которая из заключённых сделок подлежит исполнению. Другая сделка признаётся недействительной как заключённая под влиянием существенного заблуждения или обмана – в зависимости от формы вины третьего лица.

Если сделки-дубли заключаются в отношении одной и той же индивидуально-определённой вещи с разными лицами, следует применять последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определённую вещь. При этом доверитель, обязанный считаться с возможностью заключения сделок-дублей и осуществлять контроль за действиями поверенного с целью предотвратить это, в то время как третьи лица лишены возможности осуществить такой контроль, обязан возместить убытки, возникшие у третьего лица в силу неисполнимости заключённой с ним сделки. Напротив, если третье лицо, заключая сделку, знало, или должно было знать о том, что в отношении данной вещи уже заключена аналогичная сделка, оно обязано возместить доверителю убытки, возникшие в связи с невозможностью исполнения одной из заключённых сделок⁴⁷³.

Если поверенный и третье лицо, заключая сделку, заведомо дублируют сделку, уже совершённую лично доверителем либо другим поверенным, сделка, заключённая первым поверенным, может быть признана недействительной по иску доверителя как заключённая в силу злонамеренного соглашения поверенного с третьим лицом⁴⁷⁴.

Гораздо сложнее обстоит дело, когда и доверитель и поверенный заключают одну и ту же сделку, не связанную с передачей индивидуально-определённой вещи, с разными лицами, действующими добросовестно при заключении сделок. В результате у доверителя помимо его воли возникают одни и те же права и обязанности по отношению к разным третьим лицам, с которыми заключены сделки.

⁴⁷³ Невзгодина Е. Л. Представительство по советскому гражданскому праву: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1975. С. 189.

⁴⁷⁴ Там же.

Во многих случаях фактически может быть использовано лишь одно из возникших обстоятельств (при заключении нескольких сделок по оказанию услуг по ремонту в отношении одной и той же вещи и т. п.). В иных случаях доверитель фактически способен исполнить оба обязательства (например, при покупке двух аналогичных вещей у разных лиц). Тем не менее, вряд ли целесообразно принуждать его к этому, ибо воля доверителя всё же не была направлена на возникновение двух аналогичных обязательств, а исполнение обоих может повлечь за собой существенный ущерб для доверителя⁴⁷⁵.

Вопрос о том, какая из нескольких дублирующих сделок, заключённых с разными лицами и не связанных с передачей индивидуально-определённой вещи, подлежит исполнению, в общем виде до сих пор не получил разрешения в законе.

По мнению Е. Л. Невзгодиной, предпочтение следует отдать всё же той сделке, которая к моменту возникновения спора уже исполнена (полностью или частично). Если же ни одна из сделок не исполнена, то исполнению подлежит сделка, заключённая ранее других. Интересы третьих лиц, сделки с которыми не подлежат исполнению, охраняются тем, что они получают право требовать от доверителя возмещения убытков, вызванных неисполнением заключённых с ними сделок. Вина доверителя выражается здесь в отсутствии должной заботливости и осмотрительности, в нарушении обязанности считаться с возможностью дублирования сделок и предупреждать такое дублирование⁴⁷⁶.

Подводя итог сказанному, Е. Л. Невзгодина приходит к выводу, что глава Гражданского кодекса, регламентирующая поручение могла бы быть дополнена соответствующей статьёй, озаглавленной «Последствия совершения доверителем и поверенным либо несколькими поверенными дублирующих друг друга сделок» примерно следующего содержания:

«В случае заключения доверителем и поверенным, либо несколькими поверенными дублирующих друг друга сделок с одним и тем же третьим лицом, исполнению подлежит одна из них по выбору доверителя. Другая сделка (сделки) признаётся недействительной по иску доверителя.

При заключении дублирующих друг друга сделок с разными лицами последствия определяются по статье Гражданского кодекса, предусматривающей последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определённую вещь»⁴⁷⁷.

Согласно п. 3 ст. 189 ГК РФ по прекращении доверенности представитель обязан немедленно вернуть ее представляемому или его правопреемникам.

⁴⁷⁵ Там же. С. 190.

⁴⁷⁶ Там же.

⁴⁷⁷ Там же. С. 190-191.

По английскому прецедентному праву если в доверенности (trust) прямо указано, что она является безотзывной и выдаётся для обеспечения исполнения принятого перед ним обязательства, то до тех пор, пока у уполномоченного лица имеется этот интерес или пока не погашено обязательство, полномочие не может быть отозвано без согласия лица, выдавшего доверенность. В случае отзыва доверенности уполномоченное ею лицо не несёт никакой ответственности ни перед какими лицами⁴⁷⁸.

Нет прямого ответа и на вопрос о том, вправе ли третье лицо отказаться воспринимать нотариально удостоверенную копию доверенности в качестве подтверждения полномочий коммерческого представителя, если он по каким-либо причинам не в состоянии предъявить подлинник доверенности.

Для начала необходимо отметить, что при коммерческом представительстве закон допускает установление полномочий в договоре, а не в доверенности (п. 3 ст. 184 ГК РФ). В случае если коммерческий представитель имеет договор и доверенность, в которых по-разному определен объем его полномочий, **преимущество имеет договор**.

В подавляющем большинстве случаев юридическая сила подлинников документов и их нотариально удостоверенных копий одинакова.

Но с доверенностью дело обстоит иначе. В силу п. 3 ст. 189 ГК РФ отсутствие у представителя подлинника доверенности создает презумпцию того, что ее действие прекратилось, и в соответствии с законом она должна быть немедленно возвращена. Ее копия не позволяет опровергнуть эту презумпцию, и при отсутствии у представителя подлинника доверенности его полномочия следует предполагать прекратившимися.

Контрагент, знающий об этом и руководствующийся доверенностью, поступает правомерно. Ведь именно доверенность определена законом в качестве одного из оснований возникновения полномочий коммерческого представителя. Кроме того, именно доверенность определена в качестве документа, выдаваемого для представительства перед третьими лицами (ст. 185 ГК РФ). При расхождении в содержании договора и доверенности третьему лицу целесообразно поинтересоваться у представляемого, не отменил ли он доверенность полностью или частично. Если сделка совершается при отмененной доверенности, это превращает ее в сделку с неуполномоченным лицом с соответствующими последствиями (ст. 183 ГК РФ). Но в случае подтверждения представляемым установленного в доверенности объема полномочий представителя следует руководствоваться именно доверенностью.

⁴⁷⁸ Контрактное право. Мировая практика. Собрание документов в трёх томах / под ред. и с предисловием Г. В. Петровой. М., 1992. Т. 2. С. 12.

К доверенности предъявляются также и специальные требования относительно их формы, например скрепление их печатью организации, необходимо только тогда, когда на этот счет есть указание в законе или ином правовом акте или соглашении сторон. В частности п. 5 ст. 185 Гражданского кодекса предусмотрено, что при выдаче доверенности от имени юридического лица необходимо наличие, помимо соответствующей подписи, также печати организации.

Доверенность, выдаваемая от имени юридического лица, по общему правилу подписывается руководителем. Действительной может являться доверенность, подписанная и любым другим лицом, если оно наделено соответствующими полномочиями учредительным документом организации.

Действующий Гражданский кодекс РФ, определяя в ст. 182 основания возникновения представительства, не упоминает в их числе договор. Однако в ст. ст. 184 и 1005 ГК РФ, а также в ст. 3 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» содержится допущение включения полномочий в текст представительского договора, влекущее ненужность выдачи доверенности. С формальных позиций структура таких соглашений имеет двойственную природу. С одной стороны – совместное волеизъявление представляемого и представителя, определяющее их взаимные права и обязанности, а с другой – самостоятельное волеизъявление представляемого о наделении представителя полномочиями. Речь может идти о своеобразном включении доверенности как уполномочия в текст договора. Вместе с тем рассмотрение таких договоров с формальных позиций не дает ответа на главный вопрос, зачем существует необходимость выделять сделку по наделению полномочиями из договора по исполнению этих полномочий. В частности, зачем вычленять доверенность из договора поручения. Было бы логичным рассматривать сам факт заключения договора как основание для появления полномочий. Ответ на этот вопрос связан исключительно с письменной формой доверенности и отсутствием в ст. 182 ГК РФ прямого упоминания об устных сделках по наделению полномочиями. Заключение договора поручения не может само порождать полномочия, поскольку для этого акта необходима только письменная сделка под названием «доверенность»⁴⁷⁹.

Как подтверждение того, что доверенность может иметь два способа выражения: сказанного следует рассматривать взаимосвязанные положения ст. ст. 971 и 975 ГК РФ. Первая норма, раскрывающая предмет договора поручения, не упоминает о наделении полномочиями, в то время как вторая содержит обязанность доверителя выдать доверенность. Подобная конструкция позволяет объяснить причину, по которой законодатель не упоминает об обязательной нотариальной форме договора поручения,

⁴⁷⁹ Крылов С. Соотношение договора поручения и доверенности // Рос. юстиция. 1999. № 9. С. 3-4.

направленного на заключение нотариальных сделок. Роль гаранта для третьих лиц в этих ситуациях выполняет доверенность, оформленная у нотариуса. Приравняются к нотариальной форме и специальные удостоверительные надписи.

А. Удостоверительная надпись на доверенности, подписанной по поручению лица, выдавшего доверенность, другим лицом (Приложение № 13 к Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами госпиталей, санаториев и других военно-лечебных учреждений, утв. Минюстом СССР по согласованию с Минобороны СССР 15 марта 1974 г.).

В. Удостоверительная надпись на доверенности, подписанной лицом, выдавшим доверенность (Приложение № 12 к Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами госпиталей, санаториев и других военно-лечебных учреждений, утв. Минюстом СССР по согласованию с Минобороны СССР 15 марта 1974 г.).

С. Удостоверительная надпись командира воинской части на завещании, подписанном по просьбе завещателя другим лицом (Приложение № 6 к Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами госпиталей, санаториев и других военно-лечебных учреждений, утв. Минюстом СССР по согласованию с Минобороны СССР 15 марта 1974 г.).

Д. Удостоверительная надпись командира воинской части на завещании, подписанном лично завещателем (Приложение № 5 к Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами госпиталей, санаториев и других военно-лечебных учреждений, утв. Минюстом СССР по согласованию с Минобороны СССР 15 марта 1974 г.).

Требования к самой доверенности не всегда едины и зависят от особенностей регулируемых специальным законодательством отношений.

В коммерческом обороте выделяются следующие наиболее часто встречающиеся *виды доверенностей*.

А. Доверенность на совершение действий, связанных с погашением векселей (для физических лиц) (утв. Приказом Минфина РФ от 3 сентября 1999 г. № 229).

В. Доверенность на совершение действий, связанных с погашением векселей (для юридических лиц) (утв. Приказом Минфина РФ от 3 сентября 1999 г. № 229).

С. Доверенность на получение чека для выдачи наличных денег со счета органа федерального казначейства. (Приложение к Инструкции по бухгалтерскому учету исполнения бюджетов, утв. Приказом Минфина РФ от 17 февраля 1999 г. № 15н).

Д. Доверенность на получение в таможенной лаборатории заключения экспертизы товара.

Е. Доверенность на передачу в таможенную лабораторию материалов для экспертизы товара.

Г. Типовая межотраслевая форма № М-2 «Доверенность на получение материальных ценностей, отпускаемых поставщиком по наряду, счету, договору, заказу, соглашению» (утв. Постановлением Госкомстата РФ от 30 октября 1997 г. № 71а).

Г. Типовая межотраслевая форма № М-2а «Доверенность на получение материальных ценностей, носящее массовый характер» (утв. Постановлением Госкомстата РФ от 30 октября 1997 г. № 71а).

Н. Доверенность на право подписания соглашения о проведении расчетов в особом порядке.

И. Доверенность старшего бригады инкассаторов (утв. Приказом ЦБР от 25 марта 1997 г. № 02-101).

Л. Доверенность инкассатору на получение ценностей (утв. Приказом ЦБР от 25 марта 1997 г. № 02-101).

К. Доверенность для целей процедур, применяемых Федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности Российской Федерации (утв. Роспатентом 29 ноября 1995 г.).

Л. Типовая межведомственная форма № М-2а «Доверенность на получение товарно-материальных ценностей, носящее массовый характер» (Приложение к указанию ГТК РФ от 17 апреля 1992 г. № 01-12/26).

М. Доверенность на получение товарно-материальных ценностей должностным лицом таможенных органов (Приложение к указанию ГТК РФ от 17 апреля 1992 г. № 01-12/26).

Н. Примерная форма доверенности на получение свидетельства о праве на наследство (Приложение № 11 к Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами госпиталей, санаториев и других военно-лечебных учреждений, утв. Минюстом СССР по согласованию с Минобороны СССР 15 марта 1974 г.).

О. Примерная форма доверенности на продажу дома (Приложение № 9 к Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных

заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами госпиталей, санаториев и других военно-лечебных учреждений, утв. Минюстом СССР по согласованию с Минобороны СССР 15 марта 1974 г.).

Р. Примерная форма доверенности на получение заработной платы (Приложение № 10 к Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами госпиталей, санаториев и других военно-лечебных учреждений, утв. Минюстом СССР по согласованию с Минобороны СССР 15 марта 1974 г.).

Q. Примерная форма доверенности на управление имуществом (общая) (Приложение № 8 к Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами госпиталей, санаториев и других военно-лечебных учреждений, утв. Минюстом СССР по согласованию с Минобороны СССР 15 марта 1974 г.).

Р. Доверенность на участие в торгах сотрудникам банка. Правила членства в Секции валютного рынка Московской межбанковской валютной биржи. (Утв. на заседании Биржевого совета ММВБ. Протокол от 17 декабря 1998 г. № 20).

S. Типовая форма доверенности, предъявляемой векселедержателем при оплате векселя (утв. Постановлением Правления Сбербанка РФ от 27 августа 1998 г. № 431-р).

T. Доверенность на получение товарно-материальных ценностей (типовая междуведомственная форма № М-2, утв. ЦСУ СССР 14 декабря 1972 г. № 816).

U. Доверенность на право пользования и распоряжения транспортными средствами (приложение к Приказу Минюста РФ и МВД РФ от 9 марта 1995 г. № 9-01-31-95 / 165).

Однако следует отметить, что указанные типовые формы должны применяться в полном соответствии с действующим гражданским законодательством и не имеют обязательной юридической силы для сторон. Но в тоже время они зачастую применяются как апробированная типовая форма для регулирования конкретных специфических отношений.

Следует также отметить, что в законодательстве большинства иностранных государств предусматривается существование устной сделки по наделению полномочиями. В подобной постановке вопроса договор поручения может рассматриваться и в качестве подтверждения выдачи устной доверенности, поскольку представитель, обязывая лицо совершить действия в его интересе, соглашается с представительским характером этих действий.

Наше отечественное гражданское законодательство, воспринимая зарубежный опыт, уже делает определенные шаги в направлении признания самостоятельного статуса за устным согласием на представительство. Так, в соответствии со ст. 982 ГК РФ для возникновения представительских отношений допустимо устное одобрение поведения лица, действовавшего без полномочий. Кроме того, нет необходимости выдавать письменную доверенность при получении представителем товара по кассовому чеку согласно п. 2 ст. 449 ГК РФ.

В заключение представляется оправданным выделить отличия и сходства в этих понятиях. Среди отличий следует отметить следующие: доверенность является односторонней сделкой, порождающей лишь представительство, в то время как договор поручения связывает две стороны; предметом доверенности выступает уполномочие, в то время как предметом договора поручения является оказание услуги в сфере представительства; форма доверенности письменная, договор поручения может быть заключен устно; доверенность служит источником убежденности для третьих лиц в наличии полномочий у представляемого, договор же поручения имеет значимость, прежде всего, в отношениях между поверенным и доверителем. Объединяют названные понятия такие обстоятельства, как: единая направленность, поскольку представляемый, выдавая доверенность и заключая договор, преследует по существу единую цель – заменить себя в хозяйственном обороте; наличие у поверенного и доверителя прав и обязанностей, касающихся выдачи доверенности и ее возврата, существование единых правовых норм (например, норм о передоверии); личный характер этих сделок, позволяющий представляемому или доверителю досрочно без причины отозвать полномочие и прекратить обязательства по договору.

Проанализировав все вышесказанное, можно определиться с договорами, оформляющими коммерческое представительство в гражданском праве. Ими, все-таки, являются не только договоры поручения, брокерские, возмездного оказания услуг и транспортной экспедиции, но и агентские, дилерские и дистрибьюторские договоры. Каждый из таких договоров имеет свои особенности и свою сферу применения.

Смысл всех договоров, оформляющих коммерческое представительство, заключается в обеспечении интересов какого-либо лица действиями другого лица. Объединяет их то, что в силу этих договоров одна из сторон действует в интересах другой стороны, выполняя ее поручения за свой счет или за счет представляемого. В некоторых случаях действия совершаются в какой-то определенной сфере (договор транспортной экспедиции), в других – коммерческий представитель наделяется полномочиями на ведение дел в различных сферах деятельности (договор поручения, агентский договор).

Более обоснованным видится закрепление в п. 3 ст. 184 Гражданского кодекса РФ правила о том, что полномочия коммерческого представите-

ля основываются только на договоре. А для придания этим отношениям гибкости вовсе не обязательно выдавать отдельную доверенность. Достаточно лишь наделения коммерческого представителя общими полномочиями.

Во-вторых, нормы о профессиональном коммерческом представительстве следует выделить в отдельный параграф, а не регулировать применительно к договору поручения. Эти положения должны находиться в разделе «Представительство» и носить общий характер по отношению к договорам, которые могут оформлять отношения профессионального представительства. К последним, с учетом вышеизложенного, можно будет отнести не только поручение, агентский договор, договор об оказании услуг, экспедицию, но и договор комиссии и ряд других (смешанных), когда стороны пользуются услугами профессионального представителя.

Но для этого опять же необходимо пересмотреть взгляд на представительство лишь как на действия только «от имени» другого лица.

§ 3.2. Виды договоров, оформляющих отношения по коммерческому (торговому) представительству

Одним из наиболее распространенных оснований возникновения представительских обязательств у коммерческого представителя является **договор поручения** (гл. 49 ГК РФ).

Другой, «традиционный» для отношений представительства договор – «**агентирование**». Он появился в нашем законодательстве с принятием части второй Гражданского кодекса РФ в 1996 году⁴⁸⁰.

Если агент по данному договору действует от собственного имени, он и становится стороной сделок, заключенных им с третьими лицами. Это правило распространяется и на случаи, когда эти лица знали о совершении сделки в интересах принципала, а не его агента. Применяется оно и при вступлении принципала в непосредственные отношения по исполнению сделки с третьим лицом – контрагентом. Лишь после подписания сделки агент должен будет передать права и обязанности по ней своему принципалу. Такой подход характерен для договора комиссии (ср. абз. 2 п. 1 ст. 1005 и абз. 2 п. 1 ст. 990 ГК). Поэтому ст. 1011 ГК позволяет применять к указанным отношениям правила о договоре комиссии, если они не противоречат специальным правилам закона об агентском договоре или существу этого договора. В связи с этим нормы об агентском договоре не содержат подробных предписаний. Например, о правовом режиме имущества, переданного агенту принципалом для реализации или приобретенно-

⁴⁸⁰ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под ред. В. В. Залесского. С. 18.

го агентом для принципала, или о порядке передачи агентом принципалу прав и обязанностей по заключенным в интересах последнего сделкам. Данные вопросы решаются по правилам о договоре комиссии⁴⁸¹.

Представляется, что нормативная база, регламентирующая агентирование, чрезвычайно мала. В отечественном гражданском законодательстве содержатся лишь общие положения. Между тем, законодательство стран общего права достаточно подробно регламентирует агентские соглашения. Косвенным доказательством тому служит содержащееся в п. 4 ст. 1005 ГК РФ положение, что законом могут быть предусмотрены особенности отдельных видов агентского договора. Однако такие законы до сих пор не разработаны⁴⁸².

А. С. Комаров в своей работе⁴⁸³ к договорам коммерческого представительства (агентства) относит, не придавая значения от чьего имени действует лицо, договоры поручения, комиссии, консигнации. Именно на таком «широком» понимании представительства настаивали и многие ученые-цивилисты дореволюционного и советского периода, глубоко исследовавшие проблему представительства. Так, А. Гордон в своём исследовании выделял полное (всестороннее) и одностороннее (скрытое) представительство. При полном представительстве юридические отношения, устанавливаемые представителем, непосредственно переходят на лицо представляемое. В одностороннем представительстве такой переход осуществляется посредственно. Признавая отличия между этими двумя видами одного и того же юридического явления, А. Гордон, тем не менее, замечет, что отнюдь не следует одностороннее представительство вообще, как это делали некоторые юристы⁴⁸⁴. Ведь выделяя этот способ юридической деятельности одного лица в интересах другого из учения о предпринимательстве, названные юристы не указывают ему никакого другого, точно определенного места среди институтов гражданского права⁴⁸⁵.

Любопытно, что до принятия ч. 1 ГК РФ российская наука в определении понятия коммерческого представительства занимала более последовательную позицию. В общем виде коммерческое представительство понималось как торговое посредничество, при котором представитель осуществляет свою деятельность в соответствии с данным ему поручением за

⁴⁸¹ Суханов Е. А. Комментарий к ГК РФ. Агентирование // Хозяйство и Право. 1996. № 11. С. 4.

⁴⁸² Исключением является только Кодекс торгового мореплавания РФ.

⁴⁸³ Договоры о коммерческом представительстве. М.: Академия Внешней торговли, 1994. С. 6, 13, 20 и др.

⁴⁸⁴ К их числу А. Гордон относит Унгера, Бринца, Лабанда, Гариеса, Циммермана.

⁴⁸⁵ Не указывают такого места и многие современные ученые. В большинстве случаев они относят этот вид деятельности к «косвенному представительству». Однако многие из них противоречат здесь сами себе, с одной стороны используя термин «представительство», с другой — отрицая представительскую сущность подобных отношений. Более подробно их мнение разберем ниже.

определенное вознаграждение, причем независимо от того, действует ли лицо от имени представляемого или от своего собственного имени.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. в качестве предмета договора называл «порученные доверителем действия», не конкретизируя о каких – юридических или фактических действиях идёт речь.

Руководствуясь вышеизложенным, представляется, что более последовательным в формулировке коммерческого представительства было применение категории «... и иные возмездные услуги» вместо «... и иные юридические действия».

Из ст. 182 ГК РФ же следует, что необходимыми и специфическими признаки гражданско-правового представительства является **выступление одного лица от имени другого**. Однако содержание выделенного выражения понималось в цивилистике не всегда дословно. В научной литературе можно встретить его трактовку как действия по отношению к третьим лицам⁴⁸⁶, как действие, совершенное при осведомленности третьих лиц о представительном характере действий⁴⁸⁷, как юридически целенаправленное действие⁴⁸⁸ или как условие, порождающее непосредственно правовой результат для другого лица⁴⁸⁹.

Между тем, по логике законодателя оно применимо лишь в договоре поручения и неприемлемо ни в договоре комиссии, ни в договоре доверительного управления имуществом, а в агентском договоре – лишь в случае, когда действия агента совершаются именем принципала.

Получается парадоксальная ситуация, что агент, являясь по своей сути представителем в агентском договоре в одном случае будет действовать как коммерческий представитель, а в другом – как лицо с явным неопределённым статусом. При этом показателен пример эволюции в выработке унифицированного понятия представительства.

Следующим договором, при помощи которого можно оформить отношения с коммерческим представителем является договор возмездного оказания услуг. Основными характеризующими признаками этого договора являются совершение определённых действий или осуществление определённой деятельности. Как показывает проведённое исследование, многие учёные-правоведы подчёркивают, что при оказании услуг продаётся не сам результат, а действия к нему приведшие. Если мы вспомним трактовку коммерческого представительства, то убедимся, что подобная деятельность полностью подпадает под приведённую в ст. 779 ГК РФ формули-

⁴⁸⁶ Гражданское право. М.: Юриздат, 1938. Ч. 2. С. 193.

⁴⁸⁷ Шерешевский И. В. Представительство. Поручение и доверенность. Практический комментарий к ГК РСФСР. М., 1925. С. 16, 17; Гражданское право. М.: Юриздат, 1944. Т. 1. С. 209.

⁴⁸⁸ Иоффе О. С., Толстой Ю. К. Новый ГК РСФСР. Л.: ЛГУ, 1965. С. 335.

⁴⁸⁹ Черняев Ю. А., Яменфельд Г. М. Основы гражданского и трудового права. М., 1974. С. 135. Советское гражданское право. М.: ВЮЗИ, 1960. Ч. 1. С. 199.

ровку. Ведь основная деятельность коммерческого представителя состоит в представительстве при заключении сделок между предпринимателями. Имеет ли такое представительство материальный результат в виде заключения сделки или не имеет такового, значения, в принципе, не имеет.

Другое дело, когда помимо этой прописанной законом обязанности коммерческий представитель берёт на себя обязательство оказывать и иные услуги. Например, представить информацию о положении на рынке, провести те или иные исследования, результат которых должен быть предоставлен представляемому. В таком случае результат будет уже выступать не как юридически безразличное для отношений сторон обстоятельство, а как доказательство того, что та или иная услуга, взятое на себя обязательство, исполнены надлежащим образом. В противном случае будет наступать ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, что, в свою очередь, приведёт к наступлению предусмотренных законом юридических последствий.

При оформлении отношений коммерческого представительства этот тип договора даёт большую, чем при поручении, инициативу участникам для установления условий договора. Однако к такому договору в силу прямого указания закона не могут применяться правила главы 49 ГК РФ. Между тем, правила о представительстве при участии в договоре коммерческого представителя должны применяться в полном объёме. Поэтому ситуация, когда некоторые правила, прописанные именно для коммерческого представителя, не могут быть применимы для рассмотренного нами договора, представляется нам неправильной. Это лишний раз подтверждает, что правила содержащиеся в главе 49 ГК РФ, касающиеся коммерческого представителя, должны быть вынесены за рамки этой главы. Их необходимо закрепить как общие положения в статьях, регулирующих коммерческое представительство. Это, в свою очередь, дало бы возможность применять их в любом договоре без дополнительных указаний.

Близко к отношениям по коммерческому представительству стоят отношения финансового агента с клиентом. В общих чертах факторинг – это разновидность торгово-комиссионной операции, сочетающейся с кредитованием оборотного капитала клиента через покупку фактор-компанией счетов клиента.

Вышеизложенное позволяет сделать нам вывод, что заключить с коммерческим представителем договор финансирования под уступку денежного требования (факторинга) невозможно, так как статусы агента-фактора и коммерческого представителя различны, и их правовое положение регулируется различными гражданско-правовыми институтами.

Определённое сходство просматривается и между действиями банка, выполняющего распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счёта, проведении иных операций по счёту, по договору банковского счёта, а также при осуществлении некоторых видов расчётов

в порядке главы 46 ГК РФ, который выступает как представитель клиента и деятельностью коммерческого представителя, который также выполняет данные ему поручения и выступает представителем своих клиентов.

Между тем, коммерческий представитель всегда выполняет поручения по заключению сделок. Банк же по указанным договорам сделок не заключает, а лишь производит операции, связанные с перемещением денежных средств, то есть занимается абсолютно другой деятельностью. Кроме того, следует отметить, что в своей деятельности банки подчиняются специальным инструкциям и приказам, а правовые статусы коммерческого представителя и банка, совершенно разноплановые понятия.

Нормы о договоре коммерческой концессии (франчайзинга) оформляют обязательства по использованию результатов творческой деятельности и других исключительных прав, в большей своей части урегулированных не кодексом, а специальными законами (патентным, авторским, о товарных знаках и др.). Е. А. Суханов делает вывод, что «такие обязательства не являются обязательствами по оказанию услуг»⁴⁹⁰. Следовательно, они не могут регулировать отношения по коммерческому представительству.

Особо следует отметить **договор транспортной экспедиции**. Вообще, этот договор учёными традиционно относится к числу распространённых в экономическом обороте гражданско-правовых договоров, с помощью которых предоставляются специализированные услуги по приёме и отправке грузов организациям и гражданам.

Особенностью этого договора является то, что несоблюдение письменной формы договора транспортной экспедиции всё же не лишает стороны права приводить письменные и другие доказательства (кроме свидетельских показаний) о заключении договора (ст. 162 ГК РФ). Такими другими доказательствами может быть, в частности, фактическое исполнение договора экспедитором полностью или в части.

Кроме того, в качестве экспедиторов могут выступать только юридические лица, в уставе или положении о которых предусмотрено совершение ими транспортно-экспедиционных операций, а также граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей, **имеющие соответствующую лицензию**. Клиентами по договору экспедиции с участием коммерческого представителя могут выступать только предприниматели. Следует полагать, что клиентом в договоре транспортной экспедиции могут выступать наряду с отправителем и получателем груза также и другие лица: собственник груза, перевозчик и другие субъекты, интересы которых связаны с перевозкой вследствие наличия договорных отношений с отправителем и получателем груза.

⁴⁹⁰ Суханов Е. А. Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе РФ. М.: ЦДИ еженедельника ЭЖ, 1996. С. 5.

Представляется, что было бы более эффективно распространить нормы о коммерческом представительстве и на отношения доверительного управления, а также выделить эту разновидность в особый вид коммерческого представительства, которому присущи свои отличительные черты. Однако для этого придётся пересмотреть родовое понимание представительства в отечественном гражданском праве и отказаться от традиционного «действия только «от имени» представляемого. Такой вывод возникает в силу ряда обстоятельств.

Так, П. В. Турышев отмечает, что необходимо будет «признать цели доверительного управления одним из существенных условий договора доверительного управления имуществом. Поскольку понятие «интересы учредителя управления или указанного им лица», отмечает он, не имеет легального определения и может толковаться произвольно, то стороны должны согласовывать его в договоре»⁴⁹¹. Тем не менее, такое заранее точно определённое понимание интересов учредителей управления (указанного им лица) может дать возможность судам толковать все иные действия доверительного управляющего как исключительно совершённые в интересах оговоренных лиц. То есть сделка, совершённая без указания доверительного управляющего на свой статус, либо с превышением полномочий или с нарушением запретов, будет считаться действительной, если она не будет противоречить указанным целям. Да и вообще, если не признавать доверительного управляющего представителем, то лицо, в интересах которого устанавливается доверительное управление, не будут иметь возможности одобрять или опровергать такие сделки, так как в данном случае нельзя будет, вообще, говорить о «полномочии». Это косвенно признаёт и П. В. Турышев⁴⁹², однако, он предлагает менее удобный путь решения этой проблемы, а именно путём принятия специального закона. В силу закона на таких профессиональных участников гражданского оборота, помимо общих норм о коммерческом представительстве, распространяются дополнительные обязанности.

В любом случае, в соответствии с Указом Президента РФ «О мерах по повышению собираемости налогов и других обязательных платежей и упорядочению наличного и безналичного денежного обращения» от 18 августа 1996 г. (в редакции Указа Президента РФ от 28 февраля 1997 г. № 139) агенту (поверенному, комиссионеру) не может поручаться исполнение юридических действий, вытекающих из правоотношений принципала (доверителя, комитента), регулируемых **налоговым законодательством РФ и законодательством РФ о труде.**

⁴⁹¹ Турышев П. В. Траст и договор доверительного управления имуществом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 5.

⁴⁹² Там же. С. 7.

Так, с целью обеспечения добросовестного и профессионального исполнения своих обязанностей обязательным условием осуществления деятельности страховым брокером – физическим лицом и руководителем брокерской организации – юридического лица должно быть наличие высшего образования, или среднего специального экономического, или юридического образования при стаже работы в области финансовой или страховой деятельности не менее 3 лет⁴⁹³. Профессиональный участник рынка ценных бумаг вправе действовать от имени и за счет физического лица либо от своего имени и за счет физического лица на основании указанных ранее выданных лицензий в случае, если размер его собственного капитала превышает минимальный размер собственного капитала для брокерской деятельности, требования к которому установлены пунктом 2.6 Положения о лицензировании различных видов профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг Российской Федерации, не менее чем в четыре раза⁴⁹⁴.

Договор с коммерческим представителем может рассматриваться в качестве одного из оснований для выдачи *доверенности*. Доверенность, помимо универсальности, обладает чертами документа, направленного на уведомление третьих лиц о статусе коммерческого представителя и объеме переданных ему полномочий, т. е. особую доказательственную силу.

Развитие посреднической деятельности как коммерческой и появление на рынке профессиональных агентов, преследующих собственные интересы, привели к повышению роли представительства в гражданском обороте и выявили ряд сложных проблем в применении норм главы 10 Гражданского кодекса РФ.

В связи с изложенным возникает вопрос о характере доверенности, выданной в порядке реализации договора с коммерческим представителем. Будет она лишь документом, свидетельствующим о наличии полномочий, или же включит в себя понятие сделки по наделению полномочиями? Этот вопрос связан с изучением доверенности, с точки зрения внутренней стороны представительства, его первоосновы⁴⁹⁵.

В последнее время наибольшие трудности вызывает выступление нескольких представителей по одной доверенности. Например, в одном случае доверенность выдана на имя четырех лиц с условием, что сделки

⁴⁹³ О порядке ведения реестра страховых брокеров, осуществляющих свою деятельность на территории Российской Федерации: временное положение: утв. Приказом Федеральной службы России по надзору за страховой деятельностью от 09.02.1995 № 02-02/03. П. 3.1, 4.1 и др. // Финансовая газ. 1995. № 8.

⁴⁹⁴ Разъяснения Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг отдельных требований постановления Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 3.11.98 № 50 «Об утверждении Положения о лицензировании различных видов деятельности на рынке ценных бумаг Российской Федерации», касающихся осуществления брокерской деятельности // Вестник ФКЦБ России. 1999. 21 янв. № 1.

⁴⁹⁵ Крылов С. Соотношение договора поручения и доверенности // Рос. юстиция. 1999. № 9.

будут заключаться любыми двумя из них. Другая доверенность выдана двум лицам, причем указано, что каждый действует «независимо от другого»⁴⁹⁶.

Особо остро проблема встаёт тогда, когда речь идет о фондовом рынке. Нередко создается ситуация, когда оба представителя «независимо» друг от друга совершают сделки с одним и тем же пакетом акций и, явившись перед регистратором, требуют внести изменения в реестр.

К. И. Скловский справедливо отмечает, что «даже самый глубокий анализ не позволяет найти основания к отказу в таком требовании, а равно и основания для признания сделок недействительными. Значит, судьба имущества ставится в зависимость от случая (например, от срока регистрации сделки и отражения ее в реестре), а другое обязательство, возникшее из договора купли-продажи, поскольку нет оснований для признания его недействительным, должно быть прекращено в связи с невозможностью исполнения, что никак нельзя признать обстоятельством, стимулирующим оборот»⁴⁹⁷.

Такие же операции вполне могут быть проделаны и с иным имуществом, поэтому в принципе проблема гораздо шире действий коммерческого представителя на рынке ценных бумаг. Аналогичные ситуации вполне могут возникнуть и в любых других сферах применения института представительства. Между тем, наиболее часто такие проблемы возникают именно при использовании института представительства в предпринимательской деятельности. А в этом случае речь уже идёт, как правило, о коммерческом представительстве.

Главным, конечно, является вопрос о правомерности выдачи доверенности на имя нескольких лиц. Доверенность на совершение сделки, требующей нотариального удостоверения, выдается коммерческому представителю в нотариальной форме, если иное не предусмотрено законом. Представляется, что потребность предпринимателя в нескольких коммерческих представителях должна достигаться выдачей каждому поверенному отдельной доверенности, в содержание которой включены соответствующие оговорки. Такое решение позволяет, в зависимости от намерений доверителя, предусмотреть сохранение силы за одной доверенностью, если потребность в услугах других представителей отпала⁴⁹⁸.

Следует, однако, согласиться с К. И. Скловским, что затруднительно позаимствовать допускаемое, например, германским правом «солидарное» представительство. Ведь параграфом 179 Германского гражданского уложения предусмотрена личная ответственность неуполномоченного представителя, в том числе и без вины, а это значит, что его действия в любом

⁴⁹⁶ Скловский К. И. Множественность лиц в представительстве // Хозяйство и право. 1998. № 1.

⁴⁹⁷ Там же.

⁴⁹⁸ Там же.

случае имеют последствия в отличие от Гражданского кодекса РФ. Если поверенный и третье лицо, заключая сделку, заведомо дублируют сделку, уже совершённую лично доверителем либо другим поверенным, сделка, заключённая первым поверенным, может быть признана недействительной по иску доверителя как заключённая в силу злонамеренного соглашения поверенного с третьим лицом⁴⁹⁹.

Гораздо сложнее обстоит дело, когда и доверитель, и поверенный заключают одну и ту же сделку с разными лицами, действующими добросовестно при заключении сделок. В результате у доверителя помимо его воли возникают одни и те же права и обязанности по отношению к разным третьим лицам, с которыми заключены сделки.

Во многих случаях фактически может быть использовано лишь одно из возникших обстоятельств (при заключении нескольких сделок по оказанию услуг по ремонту в отношении одной и той же вещи и т. п.). В иных случаях доверитель фактически способен исполнить оба обязательства (например, при покупке двух аналогичных вещей у разных лиц). Тем не менее, вряд ли целесообразно принуждать его к этому, ибо воля доверителя всё же не была направлена на возникновение двух аналогичных обязательств, а исполнение обоих может повлечь за собой существенный ущерб для доверителя⁵⁰⁰.

Вопрос о том, какая из нескольких дублирующих сделок, заключённых с разными лицами, подлежит исполнению, не получил разрешения в законе.

По мнению Е. Л. Невзгодиной, предпочтение следует отдать всё же той сделке, которая к моменту возникновения спора уже исполнена (полностью или частично). Если же ни одна из сделок не исполнена, то исполнению подлежит сделка, заключённая ранее других. Интересы третьих лиц, сделки с которыми не подлежат исполнению, охраняются тем, что они получают право требовать от доверителя возмещения убытков, вызванных неисполнением заключённых с ними сделок. Вина доверителя выражается здесь в отсутствии должной заботливости и осмотрительности, в нарушении обязанности считаться с возможностью дублирования сделок и предупреждать такое дублирование⁵⁰¹.

Действующий ГК РФ, определяя в ст. 182 основания возникновения представительства, не упоминает в их числе договор. Однако в ст. 184 и 1005 ГК РФ, а также в ст. 3 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» содержится допущение включения полномочий в текст представительского договора, влекущее ненужность выдачи доверенности. С формальных позиций структура таких соглашений имеет двойственную природу. С од-

⁴⁹⁹ Невзгодина Е. Л. Указ. соч. С. 189.

⁵⁰⁰ Там же. С. 190.

⁵⁰¹ Там же.

ной стороны – совместное волеизъявление представляемого и представителя, определяющее их взаимные права и обязанности, а, с другой – самостоятельное волеизъявление представляемого о наделении представителя полномочиями. Вместе с тем, рассмотрение таких договоров с формальных позиций не дает ответа на главный вопрос, зачем существует необходимость выделять сделку по наделению полномочиями из договора по исполнению этих полномочий. В частности, зачем вычленять доверенность из договора поручения. Было бы логичным рассматривать сам факт заключения договора как основание для появления полномочий⁵⁰².

Поэтому, более обоснованным было бы закрепление в ГК РФ правила о том, что полномочия коммерческого представителя основываются только на договоре. А для придания этим отношениям гибкости вовсе не обязательно выдавать отдельную доверенность. Достаточно лишь наделения коммерческого представителя общими полномочиями.

Проведённое исследование позволяет нам определиться с договорами, оформляющими коммерческое представительство в гражданском праве. Ими являются не только договоры поручения, брокерские, возмездного оказания услуг и транспортной экспедиции, но и агентский договор. Представляется, что в этот перечень целесообразно включить договор доверительного управления и комиссии. Кроме того, гражданское законодательство позволяет нам заключать и так называемые смешанные виды договоров, и даже не предусмотренные законом. Каждый из таких договоров имеет свои особенности и свою сферу применения. Поэтому при оформлении договорных отношений с коммерческим представителем стоит учитывать свои реальные потребности и интересы, а также специфику сферы деятельности, в которой необходимо прибегнуть к профессиональному представительству.

Смысл всех договоров, оформляющих коммерческое представительство, заключается в обеспечении интересов какого-либо лица действиями другого лица. Объединяет их то, что в силу этих договоров одна из сторон действует в интересах другой стороны, выполняя её поручения за свой счёт или за счёт представляемого. В некоторых случаях действия совершаются в какой-то определённой сфере (договор транспортной экспедиции), в других – коммерческий представитель наделается полномочиями на ведение дел в различных сферах деятельности (договор поручения, агентский договор).

⁵⁰² Крылов С. Соотношение договора поручения и доверенности // Рос. юстиция. 1999. № 9.

§ 3.3. О соотношении договора поручения с профессиональным торговым (коммерческим) представителем и иных договоров

Договоры, которые были рассмотрены нами в предыдущем параграфе, как нам представляется, можно объединить в одну группу, общими признаками для которой будут совершение уполномоченным лицом действий в чужих интересах и по поручению заинтересованного лица. Эти договорные отношения входят в состав посреднических договоров, однако полностью с ними не отождествляются. Поскольку центральной фигурой в них выступает коммерческий представитель, то более правильным будет именовать их договорами о коммерческом представительстве. Вместе с тем, основной договорной конструкцией для оформления отношений с коммерческим представителем следует признать всё же договор поручения, что вполне соответствует замыслу законодательства при совокупной трактовке положений глав 10 и 49 ГК РФ.

Вместе с тем, на практике нередко стороны заключают договор, сходный с договором поручения, что приводит к спорам о его квалификации.

Начнём с того, что согласно п. 1 ст. 971 ГК РФ по договору поручения поверенный обязуется совершить от имени и за счет доверителя определенные юридические действия. Правовые презумпции соотношения договора поручения и иных договоров можно найти в существующей судебной практике и правоприменении интересующих нас институтов.

По договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя (п. 1 ст. 971 ГК РФ). На практике стороны могут предусмотреть в договоре условие о штрафных санкциях в отношении поверенного за неисполнение третьим лицом обязанностей по сделке, заключенной поверенным. Возникает вопрос о законности такого условия.

Но, если по договору поручения поверенный обязуется осуществлять перевозку от имени доверителя, но доверенность на имя поверенного не выдавалась, то к данному договору применяются нормы о перевозке пассажиров.

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26 августа 2009 г. по делу № А05-3994/2009.

«...Как следует из материалов дела, между Северодвинским муниципальным пассажирским автотранспортным предприятием (доверитель) и предпринимателем Комаровым Ю. В. (поверенный) заключен договор поручения от 14.11.2008 № 2008-11/157-э, в соответствии с пунктом 1.1 которого поверенный обязуется осуществлять перевозки пассажиров по маршрутам № 8, 16 и 17, пролегающим по территории города Северо-

двинска. Вознаграждение поверенного за выполнение обязательств по договору в соответствии с пунктом 1.4 данного договора образуется в виде выручки, полученной им от перевозки пассажиров (л. д. 23).

В соответствии с пунктом 1 статьи 971 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя. Доверитель обязан уплатить поверенному вознаграждение, если это предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручения (пункт 1 статьи 972 ГК РФ).

В силу пункта 1 статьи 975 ГК РФ доверитель обязан выдать поверенному доверенность на совершение юридических действий, предусмотренных договором поручения, за исключением случаев, предусмотренных абзацем вторым пункта 1 статьи 182 ГК РФ.

Суды первой и апелляционной инстанций установили отсутствие в деле доказательств того, что Северодвинское муниципальное пассажирское автотранспортное предприятие выдавало предпринимателю Комарову Ю.В. доверенность, а также несло какие-либо расходы в связи с осуществлением поверенным деятельности и что данная деятельность осуществлялась от его имени.

Суд апелляционной инстанции не принял в качестве доказательства доверенность от 18.02.2009 № 2009-02/18, выданную предпринимателю Северодвинским муниципальным пассажирским автотранспортным предприятием, отметив, что она не была предъявлена ни в административный орган, ни в суд первой инстанции.

Представленная предпринимателем в суд кассационной инстанции доверенность от 18.02.2009, которая не была предметом рассмотрения административного органа и суда первой инстанции, не может быть принята и оценена кассационной инстанцией.

Таким образом, суды первой и апелляционной инстанций пришли к правильному выводу, что по существу заключенный договор от 14.11.2008 № 2008-11/157-э не является договором поручения. Фактически предпринимателем Комаровым Ю. В. исполнялся договор перевозки пассажиров, регулируемый главой 40 Гражданского кодекса Российской Федерации...»

В договоре поручения, в отличие от договора возмездного оказания услуг, определяющими во взаимоотношениях сторон являются указания доверителя.

Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 1 февраля 2011 г. по делу № А53-11322/2010.

«...Как видно из материалов дела, общество (поверенный) и компания (доверитель) заключили договор от 18.02.2009, согласно которому поверенный обязался совершить от имени и за счет доверителя юридиче-

ские действия, необходимые для: досудебного урегулирования спора; представления интересов доверителя во всех судебных инстанциях при взыскании с ЗАО «Центр» задолженности и штрафных санкций по трем договорам 2008 года. Доверитель обязался уплатить поверенному обусловленное договором вознаграждение. В соответствии с пунктом 4 договора вознаграждение поверенного составляет 392 367 рублей и выплачивается в следующем порядке: 40 тыс. рублей аванса – после подписания договора (по 10 тыс. рублей за иски по двум договорам с ЗАО «Центр» и 20 тыс. рублей за иск по третьему договору); в случае погашения должником задолженности в полном объеме вознаграждение поверенному также выплачивается в полном объеме; при погашении задолженности должником не полностью или частями вознаграждение выплачивается из расчета 7 % от погашенной должником части. При невозможности взыскания задолженности аванс не возвращается.

В соответствии с пунктами 1 и 3 статьи 781 Кодекса заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг, а при невозможности исполнения по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, исполнителю возмещаются фактически понесенные им расходы, если иное не предусмотрено законом или договором возмездного оказания услуг.

Доводы общества о неправильной квалификации правоотношений сторон не могут служить основанием для отмены или изменения судебных актов, так как при неопределенности условий не только о размере и порядке выплаты вознаграждения, но, фактически, и о предмете договора, цена услуг исполнителя должна определяться по правилам статьи 424 Кодекса, независимо от того, является ли рассматриваемая сделка поручением или возмездным оказанием услуг.

Кроме того, в договоре поручения выполнение юридических действий в соответствии с указаниями доверителя является определяющим во взаимоотношениях сторон (статья 973 Кодекса), а в договоре на оказание юридической помощи указания заказчика могут иметь лишь второстепенное значение, поскольку такого рода деятельность должна, прежде всего, основываться на нормах материального и процессуального права. В связи с этим рассматриваемая сделка обоснованно квалифицирована как договор возмездного оказания услуг, что соответствует судебной практике (определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.06.2010 № ВАС-8397/10) и правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации (постановление от 23.01.2007 № 1-П)...»

Договор, предметом которого является заключение договоров от имени доверителя, но не совершение фактических действий, по своей правовой природе является договором поручения, а не агентским.

Постановление ФАС Уральского округа от 24 июня 2013 г. № Ф09-4718/13 по делу № А60-38808/2012.

«...Как следует из материалов дела, между обществом «Аэропорт Кольцово» (сторона 1) и обществом «АПР-Сити/ТВД» (сторона 2) заключен договор от 01.08.2010 № К-728_10, по условиям которого сторона 1 обязуется на возмездной основе предоставить стороне 2 на период с 01.08.2010 по 31.07.2015 включительно эксклюзивное право от имени и за счет стороны 1 в течение срока действия договора и на его условиях совершать сделки с третьими лицами, а именно: заключать договоры на оказание рекламных услуг, в соответствии с условиями которых третьи лица будут иметь право на возмездной основе размещать рекламу на рекламных площадях (за исключением рекламы на плазменных мониторах) (п. 1.1 договора).

Дополнительно сторона 2 в соответствии с условиями договора в период, указанный в п. 1.1 договора, будет иметь право на заключение договоров от имени и за счет стороны 1 на организацию и проведение промо-мероприятий на территории стороны 1, за исключением проведения рекламных, медийных, промоциональных мероприятий в отношении стороны 1. Проведение промо-мероприятий на территории стороны 1 иницируются и разрабатываются силами стороны 2 с обязательным предварительным согласованием со стороной 1 (п. 1.2 названного договора).

Проанализировав условия договора в соответствии с требованиями ст. 431 Гражданского кодекса Российской Федерации, суды пришли к выводу, что договор от 01.08.2010 № К-728_10 по своей правовой природе является договором поручения, отношения по которому подлежат регулированию нормами главы 49 Гражданского кодекса Российской Федерации.

При толковании условий спорного договора (п. 1.1, 1.2, 1, 3, 4.1.1) суды правильно применили положения ст. 971, 975 Гражданского кодекса Российской Федерации, исходя из прав и обязанностей его участников.

Обязательства общества «АПР-Сити/ТВД» по договору от 01.08.2010 № К-728_10 не входят в предмет агентирования, предусматривающего в соответствии со ст. 1005 Гражданского кодекса Российской Федерации совершение по поручению другой стороны юридических и иных действий.

Агентский договор отличается от других посреднических договоров более широким предметом действия, тем, что по нему агентом по поручению принципала совершаются как юридические, так и фактические действия.

В данном случае названный договор предполагает действия ответчика только по заключению договоров от имени истца, а не совершение фактических действий, которые приведут к достижению последним положительного результата в его предпринимательской деятельности.

При этом полномочия агента на совершение юридических и фактических действий от имени принципала в отличие от полномочий поверен-

ного в договоре поручения могут закрепляться только в договоре, имеющем письменную форму, при этом обязательной выдачи доверенности не требуется.

Заключая 01.08.2010 договор, стороны предусмотрели обязательную выдачу обществом «Аэропорт Кольцово» доверенности с полномочиями, необходимыми для исполнения обществом «АПР-Сити/ТВД» своих обязательств по договору (п. 4.1.1).

Таким образом, суды, разрешая вопрос о подлежащих применению к отношениям сторон норм права, дали правильную квалификацию правовой природе спорного договора.

Иное толкование заявителем положений гражданского законодательства о поручении, а также иная оценка обстоятельств спора не свидетельствует о неправильном применении судами норм материального права...»

Ввиду вышеизложенного можно выделить следующие правовые презумпции и их применение в существующей практике делового оборота:

1. Если по договору поручения поверенный обязуется осуществлять перевозку от имени доверителя, но доверенность на имя поверенного не выдавалась, то **к данному договору применяются нормы о перевозке пассажиров** главы 40 ГК РФ.

2. В договоре поручения, в отличие от договора возмездного оказания услуг, **определяющими** во взаимоотношениях сторон являются **указания доверителя**.

3. Договор, предметом которого является заключение договоров от имени доверителя, но не совершение фактических действий, по своей правовой природе **является договором поручения, а не агентским**.

В то же время, следует заметить, что юристам общего права достаточно хорошо известно, что понятие «агентство» можно рассматривать как с точки зрения договорных обязательственных отношений, и тогда оно имеет много общего с договором купли-продажи и аренды, так и с точки зрения передачи «представительских полномочий». Признанным считается также, что «полномочия» могут быть даже в тех случаях, когда возникновению действительных договорных отношений препятствует какая-либо причина, например, отсутствие «встречного удовлетворения» или несовершенное состояние агента, что не позволяет заключить действительный договор⁵⁰³.

Отечественное законодательство в вопросе о коммерческом представительстве поступает достаточно противоречиво. С одной стороны в понятии представительства закрепляются положения о том, что представительством являются действия, совершаемые только от имени представляемого.

⁵⁰³ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Т. II. С. 151-152.

О других, так называемых формах экономического представительства, то же законодательство говорит достаточно чётко, что представительством в смысле гражданского права они не являются. Однако уже во второй части Гражданского кодекса РФ появляются положения об агентских договорах, которые соответствуют англо-американской системе права и оформляют там различные отношения представительства.

§ 3.4. О структуре договорных связей профессионального торгового (коммерческого) представителя с представляемым и третьими лицами

Вне зависимости от того, правилам какого договора подчинят свою деятельность коммерческий представитель и заинтересованный предприниматель, наряду с индивидуальными особенностями каждого обязательства, существуют общие для всех них правила, которые должны применяться в силу специфического статуса коммерческого представителя.

Российское законодательство пошло по тому пути, который рассматривает правила о коммерческом представительстве при регламентации Гражданским кодексом договора поручения, которым традиционно в западной Европе и оформлялось представительство. Это дало даже повод некоторым юристам отождествить коммерческое представительство с договором коммерческого представительства, заключаемого по правилам поручения⁵⁰⁴.

Между тем, такая позиция, хотя и не представляется нам верной, тем не менее, всё же содержит рациональный подход в определении общих прав и обязанностей сторон по договору, которые, как нам представляется, должны применяться ко всем договорным отношениям с коммерческим представителем. Поэтому было бы более правильным общие нормы о коммерческом представительстве рассматривать именно в разделе о представительстве, а не применительно к договору поручения.

О самостоятельности подобных отношений говорит целый ряд международных документов.

При рассмотрении отношений коммерческого представительства нельзя не упомянуть Гаагскую конвенцию 1978 г.⁵⁰⁵ и руководство МТП⁵⁰⁶ по составлению торговых агентских соглашений между сторонами, находящимися в разных странах, в редакции 1983 г. Дело в том, что коллизи-

⁵⁰⁴ Завидов Б. Д. Договоры посреднических услуг. М., 1997. С. 55-61.

⁵⁰⁵ Гаагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям от 14.10.1978 // Внешнеэкономическая деятельность: международное частное право и российское законодательство: сборник нормативных документов. М., 1997. С. 153-162.

⁵⁰⁶ Международная торговая палата – неправительственная организация, занимающаяся в частности проведением неофициальной кодификации обычаев и обыкновений, действующих в международном торговом обороте.

онное право западноевропейских государств содержит нормы, отличные от норм российского законодательства, с чем, кстати, сталкиваются те российские организации, которые занимаются внешнеэкономической деятельностью на основании международных агентских соглашений с иностранными партнерами.

Сама эта конвенция была разработана и принята в рамках Гаагской конференции по международному частному праву и объединяет в составе участников практически все государства Европы. Конвенция регулирует как отношения агента и принципала (гл. 2), так и отношения с третьей стороной (гл. 3).

В качестве основной коллизионной нормы здесь выступает закон автономии воли, который гласит, что отношения между агентом и принципалом регулируются нормами избранного или национального права (ст. 5). Если применимое право не было определено сторонами, то таковым будет считаться право того государства, на территории которого в момент заключения агентского соглашения агент имел свое коммерческое предприятие или, при отсутствии такового, свое обычное место жительства. Если агент имеет более одного коммерческого предприятия, то имеется в виду то коммерческое предприятие, с которым агентское соглашение наиболее тесно связано (ст. 6). Независимо от того, какое право применено к агентскому соглашению, при исполнении такого соглашения будет принято во внимание право, действующее в месте исполнения (ст. 9). Применимое право, избранное в соответствии с нормами конвенции, регулирует порядок заключения и юридическую действительность агентского соглашения, обязанности принципала и агента, условия исполнения агентского соглашения, последствия его неисполнения и порядок прекращения обязательств.

Такое положение Конвенции не противоречит и отечественному законодательству. Руководство МТП по составлению торговых агентских соглашений между сторонами, находящимися в разных странах, затрагивает только взаимоотношения между принципалами и профессиональными торговыми агентами, т.е. взаимоотношения между принципалами и физическими или юридическими лицами, имеющими постоянные полномочия на поиск и посещение заказчиков, с целью проведения переговоров и заключения соглашений о продаже от имени и за счет принципала.

Вместе с тем, данное руководство рассматривает не все возможные агентские соглашения, а лишь наиболее часто встречающиеся в международной торговле, согласно которым агенту поручается задача по продаже товаров.

Учитывая роль вышеназванных международных документов в унификации регулирования международных агентских соглашений, нельзя не отметить, влияния на них норм английского права, хотя и неверно было бы

утверждать, что право континентальной Европы не оказало здесь никакого влияния.

Коммерческое представительство охватывает три вида отношений:

- между представляемым и коммерческим представителем;
- между представляемым и третьим лицом;
- между коммерческим представителем и третьим лицом.

Рассмотрим их по порядку.

Первое отношение возникает из договора и порождает у коммерческого представителя ряд прав и обязанностей. Среди этих отношений можно выделить две большие группы. Первая группа включает в себя те права и обязанности, которые возникают из договора. Вторая группа – права и обязанности, которые, хотя и связаны с заключением договора, но определяются исключительно особым статусом коммерческого представителя.

Существенной чертой законодательства, регулирующего коммерческое представительство в международном торговом обороте, является большая степень его гибкости.

Это проявляется, в первую очередь, в неограниченном закреплении прав и обязанностей представителя. Обычно последние определяются по усмотрению сторон. Впрочем, при этом в тексте договоров применяются ссылки на торговые обычаи, на понятия «добросовестности ведения дел» и «разумности».

Во-вторых, такая гибкость проявляется в решении вопроса о праве, а также пределах этого права отступать от условий договора, проявлять оперативность и самостоятельность в ведении дел представляемого. Между тем, это право зачастую перерастает в обязанность представителя.

Помимо того, при толковании норм закона значительная роль отведена судебной практике и торговым обычаям. Причём такое положение дел характерно не только для англо-американской системы права, но и практически для всех стран континентальной Европы.

Немаловажным является вопрос взаимоотношений представляемого и представителя с третьими лицами.

Что касается отношений между представляемым и третьим лицом, то эти отношения возникают с момента заключения сделки либо заключённой с коммерческим представителем в пределах своих полномочий, либо одобренной впоследствии представляемым. Права и обязанности сторон вытекают из содержания взятых на себя сторонами обязательств, изучение которых не входит в предмет исследования. Правда, в англосаксонской правовой системе особое место занимают нормы об ответственности принципала перед третьими лицами за действия агента⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷ Ласк Г. Указ. соч. С. 287-288.

Женевская конвенция о представительстве⁵⁰⁸, представляющая собой искусную комбинацию принципов континентального (романо-германского) и общего (англо-американского) права, содержит правила о вмешательстве и выборе, когда уполномоченный агент заключает договор с третьим лицом от собственного имени. В этом отношении Конвенция следует британскому законодательству и не содержит жестких правил континентального права в отношении комиссионера.

В ст. 5 Конвенции говорится о том, что в соответствии с принципом независимости сторон и их воли принципал или агент, действующий в соответствии с прямым или подразумеваемыми инструкциями принципала, могут согласовать с третьим лицом вопрос об исключении всех или нескольких положений.

К коммерческому представителю как к профессиональному участнику коммерческого оборота предъявляются, с одной стороны, повышенные требования, а, с другой – интересы коммерческого представителя имеют большую степень защиты. Так, стороны *имеют право прекращать обязательство односторонним отказом от договора*. При этом заинтересованная сторона должна уведомить другую сторону о прекращении договора не позднее, чем за тридцать дней, за исключением случаев, когда договором предусмотрен и более длительный срок. Исключение составляет случай, когда при реорганизации юридического лица, выступающего в роли коммерческого представителя, доверитель имеет право отменить поручение и без предварительного уведомления.

В международной практике, если соглашение расторгается по вине представляемого, он обязуется перевести представителю сумму возмещения, равную средневзвешенной сумме комиссионного вознаграждения, уплаченного за два последних отчетных года, предшествующих разрыву, при условии обязательства представителя не конкурировать с бывшим представляемым⁵⁰⁹.

Договор о представительстве в англо-американском праве предусматривает, что доверитель в любое время может отменить полномочия солиситора, а тот отказаться от его исполнения. Аналогичный подход прослеживается и в ГК РФ, в главе 52, закрепляющей положения об агентском договоре.

Однако по общему праву односторонний отказ от договорных обязательств не должен ставить в затруднительное положение другую сторону. Поэтому солиситор обязан возместить доверителю убытки, причинён-

⁵⁰⁸ Конвенция о представительстве в международной купле-продаже товаров (Женева, 17 февраля 1983 г.).

⁵⁰⁹ Приложение № 1. Типовое соглашение о торговом представительстве в международных отношениях. П. 23. Оговорка о неконкуренции должна быть ограничена во времени и пространстве. Срок ее действия не может превышать 2-3 лет.

ные односторонним отказом от договора, или доверитель компенсирует ущерб солиситора при досрочном прекращении его полномочий.

Право требовать возмещения убытков, вызванных односторонним отказом от договора, при коммерческом представительстве имеет и доверитель, и поверенный (п. п. 2, 3 ст. 978 ГК РФ). Аналогичная обязанность предусмотрена и в нормах о других договорах, которыми может быть оформлено коммерческое представительство.

Между тем, указанные правила по замыслу законодателя применимы лишь в случае заключения с коммерческим представителем договора поручения. Такой подход представляется нам не совсем верным, так как те же самые правила целесообразно применять ко всем случаям коммерческого представительства вне зависимости от характера договора. Так, в агентском договоре применение правил о коммерческом представительстве будет ставиться в зависимость только от того, чьим именем агент будет совершать сделку. А потому, как нам представляется, это правило необходимо закрепить в общих положениях о коммерческом представительстве.

Общепризнанно, что особыми **правами коммерческого представителя** являются: требование ***уплаты обусловленного вознаграждения и возмещение понесенных им при исполнении поручения издержек от сторон договора***.

Когда сделка осуществлена от имени нескольких представляемых одновременно, предусмотрено, что при отсутствии в заключенном с коммерческим представителем договора иного вознаграждение и возмещение издержек должны выплачиваться сторонам в равных долях.

Из ст. 9 ГК РФ следует, что коммерческий представитель не вправе отказаться от осуществления принадлежащих ему прав. Такой отказ не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, прямо предусмотренных в законе.

Важно отметить, что в праве зарубежных стран и после прекращения действия договора поверенный при определенных условиях не теряет право на вознаграждение. Такое право сохраняется в случае, если деятельность представителя привела к существенному расширению круга клиентов предпринимателя, с которым для доверителя и после прекращения договора связаны значительные преимущества. Реализовывать это право может не только представитель, но и его наследники. Не допускается включение в договор условий, лишаящих торгового представителя права на вознаграждение после прекращения действия договора. Устанавливается максимальный размер такого вознаграждения и среднее вознаграждение за год из расчета вознаграждения последних пяти лет до прекращения договора. Право на вознаграждение утрачивается в случае, когда прекращение договора было вызвано обстоятельством, за которое несет ответственность агент (абз. 3 ст. 418 Швейцарского обязательственного закона).

Ст. 184 ГК РФ даёт право на *одновременное коммерческое представительство разных сторон в сделке* с их согласия, а также в иных случаях, предусмотренных законом. При этом коммерческий представитель должен действовать в интересах разных сторон, быть беспристрастным и выполнять данные ему поручения с заботливостью обычного предпринимателя.

По общему праву профессиональный агент действует в качестве агента многих различных принципалов.

Данное правило известно континентальному праву, по которому торговые представители и торговые агенты вправе осуществлять представительство нескольких предпринимателей. Стоит отметить, что в одном случае, например, во Франции, по закону представители не вправе одновременно представлять предпринимателей-конкурентов, в другом же, как в ФРГ, законодательством такая возможность не запрещена.

Коммерческому представителю предоставлено *право удерживать находящиеся у него вещи*, которые подлежат передаче доверителю в обеспечение своих требований. Агент общего права должен выплачивать принципалу все деньги, фактически полученные для последнего, но, если в агентском соглашении не предусмотрено иное, имеет право в соответствующих случаях на зачет или удержание имущества (товаров или денег) принципала. Этими правами агент может воспользоваться в случае, когда деньги должен принципал, однако агент не может претендовать на такие права для компенсации произвольных расходов, которые не были заранее согласованы⁵¹⁰.

Согласно п. 16 Типового соглашения о торговом представительстве в международных отношениях⁵¹¹, в обеспечение своего права требования причитающегося комиссионного вознаграждения, представитель может использовать право на удержание товаров, коллекций, образцов и т. д., предоставленных в его распоряжение комитентом. Однако применение этого права не может повлечь за собой удержание товаров, коллекций или образцов, принадлежащих комитенту, стоимость которых выше суммы требования представителя.

В практике своей деятельности торговые агенты могут наделяться и *исключительными правами*, то есть когда агент является единственным лицом, имеющим право заключать сделки от имени принципала на данной территории. Сам принципал также может заключать сделки на этой территории, но при этом агент с исключительными правами получает дополнительное вознаграждение за каждую сделку. Кроме того, торговые агенты

⁵¹⁰ Шмиттгофф К. М. Экспорт. Право и практика международной торговли. М.: Международные отношения, 1993. С. 147.

⁵¹¹ Приложение № 1. Типовое соглашение о торговом представительстве в международных отношениях. П. 16.

могут получать и принимать на себя обязательства осуществлять консигнационную торговлю.

Помимо названных прав, которые присущи для коммерческого представительства не только в нашей стране, но и в международном торговом обороте, такой профессиональный представитель несёт ряд **обязанностей**, которые либо закреплены в специальном законодательстве, либо вытекают из правил делового оборота.

1). Во-первых, это так называемая **общая обязанность**, вытекающая не только из доверительного характера отношений представительства, но и из общепринятых начал коммерческого оборота. В силу ст. 10 ГК РФ коммерческий представитель не может осуществлять свои действия с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотреблять правом в иных формах. Эту обязанность коммерческого представителя можно рассматривать, в частности, и как обязанность быть лояльным по отношению к представляемому.

2). Отечественное законодательство высказывается также вполне определённо по вопросу, что **коммерческий представитель должен действовать при исполнении данных ему поручений с заботливостью обычного предпринимателя** (п. 2 ст. 184 ГК РФ)⁵¹². Судебная практика за последние шесть лет действительно свидетельствует о неоднозначном подходе в трактовке указанных понятий относительно того, что в первую очередь касается проблемы злоупотребления полномочиями. По существу, судебная практика их попросту игнорирует, используя иные основания для принятия решения по существу⁵¹³. Ст. 1-201 Единообразного торгового кодекса США в п. 19 раскрывает понятие добросовестности. Согласно смыслу этого пункта «добросовестность» означает фактическую честность в поведении или сделке, о которых идёт речь⁵¹⁴.

По английскому законодательству даже если агент виновен в небрежности, он должен возместить принципалу любой ущерб, который явился непосредственным результатом его небрежности.

Необходимость проявления такой заботливости обоснована ответственностью коммерческого представителя за выбор третьего лица и соблюдение условий заключенной с третьим лицом за счет представляемого сделки. В российском законодательстве такая обязанность коммерческого представителя вытекает из норм о повышенной ответственности предпринимателя. Иными словами, в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) обязательства действует презумпция вины коммерческого представителя, то есть считается, что он не проявил должной заботы или **необхо-**

⁵¹² Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. М.: Международные отношения, 1993. С. 364-366.

⁵¹³ Скловский К. И. Указ. соч. С. 90.

⁵¹⁴ Единообразный торговый кодекс США. М., 1996. С. 49.

димую меру заботливости «среднего благоразумного делового человека».

Степень такой заботливости может прямо оговариваться в соглашении с коммерческим представителем, как это имеет место в международных типовых формах соглашений с агентом.

Представитель должен следить за тем, чтобы обслуживаемая клиентура была платежеспособной, с хорошей коммерческой репутацией и не фигурировала ни в каком «черном» списке. Для обеспечения прав сторон на достоверную и полную информацию, влияющую на выбор контрагента, предлагается также заимствовать положительный опыт США и других экономически развитых стран. В частности, обеспечить возможность введения в РФ системы, аналогичной Dun @ Bradstreet. Это позволит перед заключением любого минимального контракта обе стороны могут получить исчерпывающую информацию о партнёрах через базу данных какой-либо информационной системы. Самой известной считается система Dun @ Bradstreet, у которой базы данных и в США, и в Испании, и в Скандинавии, и в Арабских Эмиратах. Причём информация о коммерческих структурах включает в себя журналистские расследования, базу данных банкротств, аудиторские отчёты и другие документы. Система Dun @ Bradstreet в развитых странах включает базу общей информации и базу юридической информации. Первая содержит общую информацию о компании, месте, дате регистрации, директорах и собственниках, об изменениях в управлении и юридической структуре, о видах деятельности. Может быть предоставлен краткий обзор финансового состояния, некоторые экономические показатели и информация о нестандартных событиях – противозаконных действиях, банкротствах, слияниях и поглощениях. Вторая база содержит данные об акциях компании, идентификационный номер налогоплательщика, справки о судебных штрафах и решениях суда и т. п.⁵¹⁵ Представитель должен обязательно обратить внимание обслуживаемой клиентуры на основные условия продажи комитента и, особенно, на условие о том, что для комитента договорные обязательства наступают только после отправления им подтверждения заказа⁵¹⁶.

Таким образом, если первая обязанность требует от коммерческого представителя воздерживаться от определённого рода действий, то вторая предписывает ему действовать определённым образом.

3). В силу доверительного характера отношений представительства большое значение для представляемого имеет личность коммерческого представителя. Поэтому по общему правилу, если иное не предусмотрено в

⁵¹⁵ Лапуста М. Г., Шаршукова Л. Г. Риски в предпринимательской деятельности. М.: ИНФРА-М, 1998. С. 154.

⁵¹⁶ Приложение № 1. Типовое соглашение о торговом представительстве в международных отношениях. П. 5.

договоре, коммерческий представитель *должен выполнять взятые на себя обязательства лично*⁵¹⁷.

4). К обязанностям профессионального коммерческого (торгового) представителя относится *выполнение действий, которые поручены ему по договору* (ст. 973 ГК РФ: «*Исполнение поручения в соответствии с указаниями доверителя*»). В этом смысле договор может заключаться о совершении определенного количества действий от имени представляемого, но может охватывать неограниченный заранее комплекс действий представителя.

В любом случае, основные правовые презумпции, касающиеся исполнения указанной обязанности профессиональным коммерческим (торговым) представителем сводятся к определённым правилам. Обратимся к существующей судебной практике.

Вопросы судебной практики по толкованию и применению ст. 973 ГК РФ следующие:

1) возможность отступления поверенного от указаний доверителя в силу закона;

2) последствия отступления поверенного от указаний доверителя.

1. Возможность отступления поверенного от указаний доверителя в силу закона.

Пункт 2 ст. 973 ГК РФ позволяет поверенному отступать от указаний доверителя при определенных обстоятельствах. При этом данные отступления должны производиться в интересах доверителя. Однако в судебной практике возник вопрос: правомочен ли поверенный совершать действия, не указанные в договоре поручения, но необходимые в силу закона для исполнения указаний доверителя, даже в том случае, если последний впоследствии не одобряет подобные действия?

Вывод из судебной практики: Поверенный вправе совершать действия, не указанные в договоре поручения, но необходимые в силу закона для исполнения им своих обязательств перед доверителем.

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 28 июля 2008 г. № Ф03-А59/08-1/2890 по делу № А59-4284/07-С17:

«...Судебными инстанциями установлено, что между ООО «Таможенное Агентство-Сахалин» (брокер) и ООО «Рыбоводстрой» (представляемое лицо) заключен договор на оказание услуг таможенного брокера от 23.05.2007 № 10000/0173-07-056, по которому брокер обязался от своего имени, по поручению и за счет представляемого лица оказывать последнему услуги по таможенному оформлению товаров, отправляемых

⁵¹⁷ Markesinis B. S., Munday R. J. Указ. соч. С. 80-81. Цит. по: Субботин Н. А. Указ. соч. С. 140; Calico Printers' Association Ltd. v. Barclay Banck (1931) 145 LT 51. Цит. по: Субботин Н. А. Указ. соч. С. 140.

представляемым лицом или поступающих в адрес представляемого лица, перемещаемых через таможенную границу РФ...

Согласно пункту 2.1 договора от 23.05.2007 истец (брокер) принял на себя обязательства осуществлять декларирование товаров, представлять таможенному органу документы и дополнительные сведения, необходимые для таможенных целей, предъявлять декларируемые товары таможенному органу и совершать другие действия, необходимые для таможенного оформления и таможенного контроля, в качестве лица, обладающего полномочиями в отношении декларируемых товаров.

Как следует из детализированного упаковочного листа – приложения к коносаменту № FSIMDH PUK0000587, в составе груза в адрес ответчика поступили следующие товары: герметик силиконовый – 3 шт., пеногерметик – 10 шт., краска – 1 банка, шпатлевка – 1 банка.

В соответствии с письмом Федеральной таможенной службы от 14.12.2006 № 06-73/44168 указанные товары включены в список товаров, на которые должны быть оформлены санитарно-эпидемиологические заключения или свидетельства о государственной регистрации при таможенном оформлении, в связи с чем Агентство обратилось к третьему лицу – ООО «Альфа Тест Интернешнл» с заявкой о получении необходимых заключений.

14.06.2007 на имя ООО «Рыбоводстрой» выданы санитарно-эпидемиологические заключения...

Вместе с тем судом первой и апелляционной инстанций установлено, что письмом от 18.06.2007 ООО «Рыбоводстрой» сообщило Агентству о нецелесообразности оформления санитарно-эпидемиологических заключений на ввезенные товары: краску акриловую – 1 банка, шпатлевка малярная – 1 банка, пеногерметик – 10 баллонов, и просило задекларировать данный товар как образцы для будущей закупки.

Поскольку Агентство письмом от 20.06.2007 сообщило о невозможности таможенного оформления вышеуказанных товаров в качестве образцов, ООО «Рыбоводстрой» 20.06.2007 заявило об одностороннем расторжении договора от 23.05.2007 по мотиву несоблюдения Агентством интересов клиента и отказалось от уплаты его услуг, в связи с чем и возник спор.

Поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными (пункт 1 статьи 973 ГК РФ).

Согласно подпункту 2 пункта 1 статьи 149 ТК РФ выпуск товаров осуществляется таможенными органами, если в таможенный орган представлены лицензии, сертификаты, разрешения и (или) иные документы, подтверждающие соблюдение ограничений, установленных в соответствии с законодательством Российской Федерации о государственном

регулировании внешнеторговой деятельности или в соответствии с международными договорами Российской Федерации, за исключением случаев, когда указанные документы могут быть представлены после выпуска товаров.

Установив факт поступления в адрес ответчика товаров, указанных в письме Федеральной таможенной службы от 14.12.2006 № 06-73/44168, судебные инстанции пришли к правильному выводу о том, что согласно вышеуказанным нормам таможенного законодательства получение санитарно-эпидемиологических заключений является обязательным условием для таможенного оформления и выпуска данной категории товаров для свободного обращения.

При таких обстоятельствах судебные инстанции обоснованно признали, что действия Агентства по получению необходимых заключений согласуются с его обязательствами, предусмотренными пунктом 2.1 договора от 23.05.2007, и соответствуют требованиям статьи 973 ГК РФ, поэтому ответчик должен оплатить оказанные ему услуги и вознаграждение брокера...»

2. Последствия отступления поверенного от указаний доверителя.

В ст. 973 ГК РФ установлено, что поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Однако данная норма не разъясняет последствия отступления поверенного от таких указаний.

Вывод из судебной практики: В случае отступления поверенного от указаний доверителя последний вправе требовать взыскания с поверенного причиненных убытков (Определение ВАС РФ от 20.04.2011 № ВАС-4093/11 по делу № А08-1411/2010-19).

«...Судом установлено, что заключая договор с обществом, компания действовала как поверенный Курского филиала РФФИ) на основании договора поручения от 03.06.2005 № ДП-05/310005, в соответствии с пунктом 1.1 которого Курский филиал РФФИ (доверитель) поручает, а общество (поверенный) обязуется на условиях, установленных настоящим договором, письменными поручениями и указаниями доверителя за вознаграждение совершать от его имени юридические действия по реализации арестованного имущества.

Поручением от 21.12.2006 № отд.741/Б Курский филиал РФФИ поручил компании реализовать арестованное на основании сводного исполнительного производства от 28.09.2006 № 63/4/2006 имущество стоимостью 54 909 076 рублей 77 копеек.

Реализация имущества по цене, не соответствующей поручению, данному Курским филиалом РФФИ, явилось основанием для обращения управления в суд с иском.

Суд, проанализировав фактические и юридические обстоятельства дела, пришел к выводам, что истцом пропущен срок исковой давности предъявления требования; ответственность за исполнение поручения с отступлениями от указаний доверителя в случае наступления для него неблагоприятных последствий, должен нести поверенный, а не другая сторона по сделке; поверенный, исполнивший поручение ненадлежащим образом, должен нести ответственность в виде возмещения причиненных ненадлежащим исполнением убытков; отступление поверенного от указаний доверителя не является основанием для признания договора поручения недействительным в силу ничтожности.

На основании изложенного суд заключил, что истцом выбран ненадлежащий способ защиты своих прав.

Как следует из судебных актов, доводы заявителя рассматривались судами, и им была дана правильная правовая оценка. Нарушения единообразия в толковании и применении арбитражными судами в данном деле не допущено...»

Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Центрального округа от 14.01.2011 по делу № А08-1411/2010/19.

«...Как следует из материалов дела, между Специализированным государственным учреждением при Правительстве РФ РФФИ (доверитель) и ООО «Компания «Правнар» (поверенный) был заключен договор поручения от 03.06.2005 г. № ДП-05/31005, согласно которому доверитель поручает, а поверенный обязуется на условиях, установленных договором, письменными поручениями и указаниями доверителя за вознаграждение совершать юридические действия по реализации арестованного имущества, на которое обращено взыскание в соответствии с Федеральным законом «Об исполнительном производстве» от 21.07.1997 г. № 119-ФЗ, на территории Белгородской области. Названные юридические действия по реализации имущества осуществляются во исполнение решений органов, которым предоставлено право обращать взыскание на имущество.

В целях реализации сахара, между ООО «Компания «Правнар» (поставщик) и ООО «АгрохимЦентр-Л» (покупатель) был заключен договор поставки от 26.02.2007 г. № 10/03, по условиям которого ООО «Компания «Правнар» обязалось передать в собственность ООО «АгрохимЦентр» сахар-песок, соответствующий ГОСТу, в количестве 4040 404 кг, находящийся на складе ООО «Нежеголь-Агро» по цене 1,8 руб. за 1 кг всего на сумму 7272727,2 руб.

Полагая, что, поскольку поверенная организация уполномочена производить реализацию арестованного имущества по цене, указанной в поручении на реализацию, цена в спорном договоре поставки № 10/03 от 26.02.2007 г. является существенным условием, а совершение сделки с превышением полномочий является достаточным основанием для признания

ее недействительной в силу ничтожности, ТУФАУГИ в Белгородской области обратилось в суд с соответствующим иском.

Однако, обращаясь в суд с требованием о применении последствий недействительности ничтожной сделки – договора поручения от 03.06.2005 г. № ДП-05/31005, заключенного между Курским филиалом РФФИ и ООО «Компания «Правнар», истец не представил суду доказательств несоответствия указанного договора поставки какому-либо закону или иному правовому акту.

В соответствии со ст. 973 ГК РФ поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными.

Таким образом, ответственность за исполнение поручения с отступлениями от указаний доверителя в случае наступления для него неблагоприятных последствий, должен нести поверенный, а не другая сторона по сделке.

Поверенный, исполнивший поручение ненадлежащим образом должен нести ответственности в виде возмещения причиненных ненадлежащим исполнением убытков.

Само по себе отступление поверенного от указаний доверителя не является основанием для признания договора поручения недействительным в силу ничтожности.

Нарушений процессуального закона, влекущих безусловную отмену решения и постановления суда, не установлено...»

5). Важной обязанностью коммерческого представителя является **сообщение (информирование) представляемого по его требованию о всех сведениях об исполнении обязательства.**

6). Профессиональный коммерческий (торговый) представитель обязан **сохранять в тайне сведения о торговых сделках, ставшие ему известными в результате исполнения поручения, и не раскрывать иную конфиденциальную информацию.**

Данная обязанность базируется на гарантированном ст. 23 Конституции РФ праве на неприкосновенность частной жизни, которая находит своё отражение не только в положениях гражданского законодательства, но и проявляется в следующих принципах уголовного процесса: тайна переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений и неприкосновенность жилища. Кроме того, данные положения вытекают из действующего законодательства «О коммерческой тайне» и положений ряда других законов, регламентирующих «особенности коммерческого представительства в иных сферах предпринимательской деятельности». Такие положения содержатся, в частности, в Кодексе торгово-

го мореплавания РФ⁵¹⁸, законах «О рынке ценных бумаг»⁵¹⁹, «Об организации страхового дела»⁵²⁰, «О таможенном регулировании в Российской Федерации»⁵²¹, Таможенном кодексе Таможенного союза и др.

Принцип обеспечения права на тайну переписки и переговоров является гарантией права каждого устанавливать, развивать и поддерживать отношения с другими людьми и возможность свободно обмениваться с ними информацией личного характера, не опасаясь, что она станет известна третьим лицам. Переписка и другие формы связи могут нести немалую информацию о человеке, его стремлениях и помыслах, его интимной жизни, а с появлением устройств для прослушивания и звукозаписи телефонных и иных переговоров у органов расследования преступлений появилась возможность получить всю эту информацию, что может нанести серьезный, непоправимый ущерб интересам человека, его здоровью и жизни.

Вместе с тем, только по данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ, общее число ходатайств об ограничении тайны сообщений, поступивших на рассмотрение в районные суды РФ, в период с 2010 по первое полугодие 2013 г. включительно составило 130,4 тысяч⁵²². Приведенные данные показывают только число обращений в суд с ходатайством об ограничении тайны сообщений.

Однако в правоприменительной практике реальное число случаев ограничения тайны сообщений выше.

Это связано с тем, что в правоприменительной практике некоторых регионов России так называемая детализация телефонных переговоров, при которой у операторов связи истребуют сведения о входящих и исходящих вызовах с телефонного номера интересующего абонента, о номерах абонентов, продолжительности их переговоров и т.д., долгое время не расценивалась как вмешательство в тайну пере-

⁵¹⁸ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999 № 81-ФЗ: ред. от 03.02.2014. Ст. 232. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵¹⁹ О рынке ценных бумаг: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: ред. от 28.12.2013. Ст. 3.

⁵²⁰ Об организации страхового дела в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Закон Рос. Федерации от 27.11.1992 № 4015-1: ред. от 04.06.2014. Ст. 8. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵²¹ О таможенном регулировании в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 27.11.2010 № 311-ФЗ: ред. от 05.05.2014. Ст. 60. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵²² Об утверждении Табеля форм статистической отчетности о деятельности судов общей юрисдикции и судимости и форм статистической отчетности о деятельности судов и судимости [Электронный ресурс]: Приказ Судебного департамента при Верховном Суде Рос. Федерации от 28.06.2013 № 130. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

говоров и переписки и рассматривалась как наведение справок или выемка, не требующие судебного решения. Соответственно, эта мера в этих регионах не учитывалась в судебной статистике.

Ввиду изложенного потенциально доступ к сведениям о торговых сделках, ставших известными профессиональному (торговому) коммерческому представителю в результате исполнения поручения, иной конфиденциальной информации могут получить на вполне законных основаниях и третьи лица.

Поэтому не лишним будет напомнить, что в действующем уголовно-процессуальном законодательстве установлены правила, без соблюдения которых органы государства не вправе ограничивать тайну переговоров и переписки. Ограничение этой тайны, неизбежное при наложении ареста на почтовые и телеграфные отправления и их выемке в учреждениях связи (ст. 185 УПК РФ), осуществлении контроля и записи переговоров, получении информации о соединениях между абонентами и абонентскими устройствами (ст. 186, 186.1 УПК РФ), допускается исключительно на основании судебных решений. Право на тайну переговоров и переписки – это право каждого индивида на установление коммуникации с другими людьми на неформальной основе без вмешательства извне и цензуры. По этой причине любые телефонные переговоры между частными лицами вне зависимости от их содержания подпадают под понятие «частная жизнь».

При осуществлении контроля и записи переговоров устанавливается не только содержание телефонных переговоров, но и сопутствующие звонку обстоятельства, которые делают возможным идентификацию общающихся абонентов: их инициалы, адреса, абонентские номера, сведения о времени, месте, количестве и продолжительности соединений, о местонахождении общающихся абонентов в момент соединения и другие данные. Как показывает практика, эти сведения нередко интересуют органы расследования куда больше, чем содержание самих телефонных переговоров.

7). В силу того, что коммерческий представитель обязан соблюдать и общие нормы представительства, то он не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично.

8). Коммерческий представитель обязан предоставить представляемому возможность следить за ходом выполнения договора поручения. Полагаем, что сообщение сведений доверителю возможно как в устной форме, так и посредством предоставления письменного отчета. Об этом говорит и судебная практика⁵²³.

⁵²³ Гражданский Кодекс РФ с постатейным приложением материалов практики Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ / Исследовательский центр частного права при Президенте РФ, Уральский институт права. М., 1999. С. 808-809.

Содержание отчета поверенного. В соответствии со ст. 974 ГК РФ одной из обязанностей поверенного является предоставление доверителю отчета с приложением оправдательных документов, если это требуется по условиям договора или характеру поручения. При этом данная статья не устанавливает какие-либо требования к содержанию предоставляемого отчета, что на практике приводит к спорам.

Вывод из судебной практики: Действующее законодательство не предусматривает обязательных требований к содержанию отчета поверенного, при этом для принятия к бухгалтерскому учету он должен содержать реквизиты, предусмотренные Федеральным законом «О бухгалтерском учете».

Постановление ФАС Поволжского округа от 9 ноября 2010 г. по делу № А65-35130/2009:

«...По окончании выполнения поручения поверенные представляли заявителю отчет, в котором содержались сведения о договоре купли-продажи товара заявителя, заключение которого явилось результатом выполнения поручения, а также перечень проданной по этому договору автотехники.

Довод налогового органа о ненадлежащем оформлении первичных документов, в связи с отсутствием в отчетах поверенных сведений о произведенных ими действиях во исполнение договоров поручения с приложением оправдательных документов, и о составе услуг, обоснованно отклонен судами, как не основанный на действующем законодательстве.

В соответствии с частью 5 статьи 974 ГК РФ поверенный обязан по исполнению поручения или при прекращении договора поручения до его исполнения без промедления представить отчет с приложением оправдательных документов, если это требуется по условиям договора или характеру поручения.

Конкретных требований к содержанию отчета поверенного Гражданский кодекс Российской Федерации не содержит.

Первичные учетные документы принимаются к учету, если они составлены по форме, содержащейся в альбомах унифицированных форм первичной учетной документации, а документы, форма которых не предусмотрена в этих альбомах, должны содержать следующие обязательные реквизиты: наименование документа; дату составления документа; наименование организации, от имени которой составлен документ; содержание хозяйственной операции; измерители хозяйственной операции в натуральном и денежном выражении; наименование должностей лиц, ответственных за совершение хозяйственной операции и правильность ее оформления; личные подписи указанных лиц.

Все реквизиты, предусмотренные законом «О бухгалтерском учете», в отчетах поверенных имеются, что не опровергается налоговым органом.

Предъявление налоговым органом к содержанию первичных документов дополнительных требований, сверх требований Федерального закона «О бухгалтерском учете», является незаконным.

Учитывая, что фактические обстоятельства, имеющие значение для дела, установлены судами на основании полного и всестороннего исследования имеющихся в деле доказательств, у суда кассационной инстанции отсутствуют правовые основания для их переоценки...»

Согласно ст. 974 ГК РФ поверенный обязан по исполнению поручения или при прекращении договора поручения до его исполнения без промедления представить доверителю **отчет** с приложением оправдательных документов, если это требуется по условиям договора или характеру поручения. При применении данной нормы на практике возникают вопросы о том, при каких условиях отчет поверенного может выступать доказательством выполнения поручения.

Если договором поручения предусмотрена обязанность поверенного представить отчет об исполнении поручения, представление такого отчета и отсутствие возражений на него со стороны доверителя являются достаточным доказательством исполнения поручения.

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 9 февраля 2012 г. по делу № А66-2612/2011:

«...Поверенный 29.12.2010 направил доверителю отчет об исполнении договора поручения в полном объеме, а также претензию о выплате вознаграждения.

Отказ ООО «ИнтерВИЛС» удовлетворить указанное требование послужил основанием для обращения ООО «РжевМаши» в арбитражный суд с настоящим иском.

Суды первой и апелляционной инстанций, отказывая в иске, исходили из недоказанности истцом факта исполнения договора поручения, поскольку не представлены документы, прямо свидетельствующие об участии ООО «РжевМаши» в поставках оборудования третьему лицу.

Кассационная инстанция считает, что обжалуемые судебные акты подлежат отмене, а дело – направлению на новое рассмотрение.

ООО «РжевМаши» в подтверждение факта исполнения поручения представило в материалы дела отчет (л. д. 17), направленный в адрес доверителя – ООО «ИнтерВИЛС» 29.12.2010, о чем свидетельствует почтовая квитанция (л. д. 18).

Согласно статье 974 Гражданского кодекса Российской Федерации поверенный обязан по исполнению поручения или при прекращении договора поручения до его исполнения без промедления возвратить доверителю доверенность, срок действия которой не истек, и представить отчет с приложением оправдательных документов, если это требуется по условиям договора или характеру поручения.

В данном случае пунктом 2.1 договора предусмотрена обязанность поверенного представить отчет с приложением оправдательных документов, а пунктом 2.2 договора обязанность доверителя принять отчет поверенного, все предоставленные им документы и все исполненное им в соответствии с договором.

При таких обстоятельствах и при отсутствии возражений со стороны доверителя суд не вправе требовать от поверенного представления иных документов, помимо отчета, подтверждающих выполнение им поручения доверителя.

Между тем суд не оценил представленный истцом отчет с точки зрения необходимого и достаточного доказательства исполнения указанных в отчете действий поверенного.

При новом рассмотрении дела суду следует оценить этот отчет как надлежащее доказательство исполнения поверенным данного ему доверителем поручения, в том числе с точки зрения того, что в нем указан договор поставки от 23.06.2008 № 23-06-08, в то время как денежные средства поступили ответчику от ООО «АРТ Бетон Строй» по договору поставки от 21.08.2008 № 21-08-08. Кроме того, в отчете указана стоимость имущества в сумме 2 057 802 руб., однако ответчику было перечислено только 1 997 802 руб...»

Таким образом, так или иначе, хотя и не всегда в письменной форме коммерческий представитель обязан будет отчитаться перед представляемым об исключении поручения, т.е. представить ему в той или иной форме итоговую информацию о выполненной работе.

9). Если полномочия коммерческого представителя были оформлены доверенностью, то по исполнении или прекращении договора коммерческий представитель **обязан возвратить доверителю доверенность срок действия которой не истек.**

10). В англосаксонском праве у агента существует **обязанность обособленного содержания имущества принципала.**

11). Далее следует обязанность коммерческого представителя **передать представляемому все полученное по сделкам**, совершенным во исполнение поручения. Всё, что поступает коммерческому представителю от третьих лиц в связи с исполнением им поручения, он обязан без промедления передавать представляемому.

12). Общим правом особо оговаривается **обязанность агента при получении платежей**⁵²⁴.

13). Особо оговаривается общим правом и **обязанность агента в связи с предоставлением кредита.** Агент, уполномоченный на продажу имущества в кредит, обязан проявить нормальную осмотрительность при проверке кредитоспособности покупателя. Равным образом, если агент

⁵²⁴ Ласк Г. Указ. соч. С. 324-325.

уполномочен на предоставление займов за счет принципала, то он должен проверить кредитоспособность заемщиков; в тех случаях, когда требуется обеспечение таких займов, обязанностью агента является потребность предоставления соответствующего обеспечения. Агент не является страховщиком своих действий, но он обязан проявлять нормальную осмотрительность, умение и заботливость при исполнении своих обязанностей. Агент может по договору принять на себя более строгую ответственность, чем та, которая возлагается на него по общему правилу, и наоборот, агент может по договору освободить себя от этой последней⁵²⁵.

Теперь рассмотрим **права и обязанности доверителя (принципала)** в отношении профессионального коммерческого (торгового) представителя.

1). Из определения договора поручения следует, что поверенный обязуется совершать юридические действия от имени и за счет доверителя. В то же время ст. 975 ГК РФ императивно устанавливает обязанность доверителя ***выдать поверенному доверенность(и) на совершение указанных действий***.

В связи с этим в судебной практике возник вопрос: правомочен ли поверенный совершать эти действия, если договор сторонами был подписан, поверенный принял на себя обязательства представлять интересы, но доверенность ему не была выдана?

Вывод из судебной практики: По вопросу о том, вправе ли поверенный представлять интересы, если ему не выдавалась доверенность, существует две позиции судов.

Позиция 1. При отсутствии доверенности поверенный не вправе заключать договоры от имени доверителя.

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 12 сентября 2008 г. № Ф03-А51/08-1/3825 по делу № А51-774/200836-41:

«...Исходя из анализа норм действующего законодательства (статьи 971, 975 ГК РФ), условий, наименования и содержания спорного договора, судами первой и апелляционной инстанций сделан правильный вывод о том, что заключенный сторонами договор от 07.12.2006 № 7-113/14 по своей правовой природе является договором поручения.

В силу пункта 1 статьи 975 ГК РФ доверитель обязан выдать поверенному доверенность (доверенности) на совершение юридических действий, предусмотренных договором поручения.

Из материалов дела следует, что такая доверенность ООО «Теплоэнергетическая компания» ответчиком не выдавалась.

Таким образом, истец не имел права совершать от имени доверителя (ОАО «Хасанкоммунэнерго») определенные действия...»

⁵²⁵ Там же. С. 325.

Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Московского округа от 16 апреля 2004 г. № КГ-А40/2652-04; Постановление ФАС Московского округа от 11 марта 2003 г., 17 марта 2003 г. № КГ-А40/1060-03; Постановление ФАС Московского округа от 29 августа 2002 г. № КГ-А40/5664-02:

При отсутствии доверенности... «поверенный, заключая договор купли-продажи от имени доверителя, действовал без полномочий.

В соответствии со ст. 183 ГК РФ при отсутствии полномочий действовать от имени другого лица и данных о ее одобрении представляемым сделка считается заключенной от имени и в интересах совершившего ее лица.

При таких обстоятельствах основания для признания недействительным указанного договора купли-продажи отсутствовали...»

Позиция 2. При отсутствии доверенности поверенный вправе заключать договоры от имени доверителя, если его полномочия следуют из договора поручения и нет доказательств неодобрения доверителем заключенного поверенным договора.

Постановление ФАС Московского округа от 25 февраля 2004 г. № КГ-А40/11458-03:

«...ОО «СТД РФ» (доверитель) заключила с Фабрикой (поверенный) договор поручения от 20.01.2000 № 1, по условиям которого поверенный обязан от имени и за счет доверителя заключить договор аренды недвижимого имущества по адресу: г. Москва, Зеленый пр-т, д. 5/12, стр. 4. Вступившим в законную силу решением от 17.01.2003 по делу № А40-45454/01-83-542 в удовлетворении иска о признании договора поручения от 20.10.2000 № 1 незаключенным отказано.

Во исполнение указанного договора поручения Фабрика заключила с ООО «Нола плюс» договор от 13.10.2000 № 7 аренды нежилого помещения общей площадью 134,3 кв. м, расположенного по адресу: г. Москва, Зеленый пр-т, д. 5/12, стр. 4. В преамбуле договора имеется ссылка на договор поручения от 20.01.2000 № 1. Договор аренды зарегистрирован в установленном порядке.

Согласно статье 608 ГК РФ право сдачи имущества в аренду принадлежит его собственнику. Арендодателями могут быть также лица, уполномоченные законом или собственником сдавать имущество в аренду.

Судом установлено, что в данном случае Фабрика является управомоченным собственником лицом на заключение спорного договора аренды. Договор исполнялся сторонами, арендная плата перечислялась ОО «СТД РФ». В этой связи суд пришел к правильному выводу об отказе в иске.

Довод кассационной жалобы о том, что заключение договора поручения не влечет прав поверенного действовать от имени доверителя без соответствующей доверенности, не может быть принят во внимание. Отсутствие доверенности на заключение договора аренды с ООО «Нола

плюс» не является основанием для признания указанного договора недействительным. Доказательств неодобрения сделки на момент заключения спорного договора истцом не представлено.

Оценив условия спорной сделки, суд пришел к обоснованному выводу о том, что она не противоречит закону и оснований для ее признания недействительной не имеется...»

Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24 апреля 2002 г. № 2843:

«...Ссылка предприятия на нарушение ООО «Леандр» условия договора о выдаче ему доверенности на совершение юридических действий неостоятельна.

Как видно из материалов дела, издержки, являющиеся предметом данного спора, связаны с реализацией поверенным товара – пшеничной муки. На полномочия поверенного реализовать муку от имени и за счет предприятия прямо указано в пункте 1.1 договора. Эти полномочия подтверждаются также доверенностями от 25.05.99 и от 03.06.99 (л.д. 37) на отпуск и получение истцом муки со склада открытого акционерного общества «КМЗ». Следовательно, суды обеих инстанций сделали обоснованный вывод, что основанием возникновения полномочий представителя является сам договор поручения от 03.06.99. Установленная в пункте 3.1 договора обязанность доверителя выдавать доверенность на совершение юридических действий распространяется на те действия, в отношении которых полномочия в договоре не указаны...»

Вывод из судебной практики: по общему правилу *отсутствие у поверенного доверенности влечет недействительность договора поручения.*

Однако данное правило не касается отношений профессионального торгового (коммерческого) представительства, в котором законодательно разрешается закреплять полномочия в договоре!

Далее следует заметить следующее. В рамках разрешения спора по поводу надлежащего оформления и подтверждения полномочий представителя в арбитражном суде возник обратный рассматриваемому вопрос: лишается ли доверенность юридической силы, если нет договора поручения? На что был дан отрицательный ответ: отсутствие договора поручения не лишает доверенность юридической силы (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 25 июля 2008 г. № Ф03-А73/08-1/2812 по делу № А73-13498/2007-86).

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24 января 2005 г. по делу № А56-21027/04:

«...Северо-Западное государственное геологическое предприятие «Севзапгеология» (далее – Предприятие) обратилось в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с иском к Департаменту государственного контроля и перспективного развития в сфере

природопользования и охраны окружающей среды Министерства природных ресурсов России по Северо-Западному федеральному округу (далее – Департамент) о признании недействительным договора поручения от 11.12.2001...

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд исходил из того, что договор от 11.12.2001 является договором поручения, и соглашение сторон о безвозмездности исполнения договора не противоречит требованиям статьи 972 ГК РФ.

Вместе с тем суд кассационной инстанции не может согласиться с таким выводом суда.

Договор поручения лежит в основе отношений представительства. Представитель может выступать от имени представляемого в силу и в пределах предоставленного ему полномочия. Полномочие представителя (поверенного) по договору поручения в соответствии со статьей 975 ГК РФ основано на доверенности, которую ему обязан выдать доверитель. Отсутствие доверенности влечет недействительность сделки.

Как видно из материалов дела, доверенность на совершение определенных юридических действий от имени и в интересах Департамента перед третьим лицом у Предприятия отсутствовала...»

Доказательство выдачи доверенности поверенному. По общему правилу, предусмотренному в п. 1 ст. 975 ГК РФ, поверенному выдается доверенность для исполнения поручения. При рассмотрении споров, возникающих из договоров поручения, нередко суду предоставляется только копия доверенности. Суды исходят из того, что такая копия не является доказательством выдачи доверенности.

Вывод из судебной практики: копия (в том числе ксерокопия) доверенности может не признаваться доказательством выдачи доверенности.

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 25 сентября 2008 г. № Ф03-А59/08-1/3974 по делу № А59-293/08-С8:

«...Судом установлено, что действительно заявка от 03.07.2007 № 1 в рамках договора поручения от 03.07.2007 ООО «Эгида-Транс» не выполнена.

Вместе с тем суд, оценивая возможность исполнения договора поручения от 03.07.2007, пришел к выводу, что исполнение данного договора с учетом требований ст. ст. 971, 973, 975 ГК РФ возможно при наличии у поверенного – ООО «Эгида-Транс» соответствующей доверенности. Подлинник такой доверенности в материалы дела не представлен ни истцом, ни третьим лицом: доверителем – ООО «Сахалинрыбсервис».

Представленная в апелляционную инстанцию копия доверенности от 03.07.2007 (л. д. 122 т. 1), на которой учинена запись о сдаче оригинала доверенности в связи с прекращением договора из-за отказа в перевозке по заявке № 12040948, с учетом отсутствия условий в договоре поручения

от 03.07.2007 срока его действия, отсутствия даты записи, а именно когда возвращена доверенность, оценки ее согласно ст. 71 АПК РФ, указанием в заявке от 03.07.2007 № 1, что грузоотправителем является ООО «Сахалинрыбсервис», отсутствием иных доказательств, судом обоснованно не принята в качестве надлежащего доказательства, подтверждающего возможность исполнения ООО «Эгида-Транс» договора поручения от 03.07.2007...»

Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 22 апреля 2003 г. № А56-22027/02:

«...Следует согласиться с выводом суда о том, что договор от 30.06.2001 № 30/06/2001-И не породил для ООО «ТК «Фрозен Лайн» каких-либо юридических последствий, поскольку данное общество не является стороной по договору. В соответствии с требованиями статьи 975 Гражданского кодекса Российской Федерации ООО «ТК «Фрозен Лайн» не выдало доверенность ЗАО «Фортранс» на совершение определенных действий от своего имени, поэтому ссылка истца на договор, заключенный с ЗАО «Барбалетта», как на доказательство выполнения им обязательств по договору поручения несостоятельна. ЗАО «Фортранс» представило ксерокопию доверенности, выдачу которой отрицает ООО «ТК «Фрозен Лайн». При отсутствии подлинника доверенности ее копия не может быть принята в качестве доказательства по делу (пункт 8 статьи 75 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации)...»

Обязанность доверителя выдать доверенность

В соответствии с п. 1 ст. 975 ГК РФ доверитель обязан выдать поверенному доверенность (доверенности) на совершение юридических действий, предусмотренных договором поручения. На практике возникает вопрос, вправе ли поверенный потребовать от доверителя исполнения этой обязанности.

Вывод из судебной практики: Если договор поручения автоматически продлен на новый срок, а срок действия доверенности, выданной поверенному, истек, последний не вправе требовать выдачи доверенности на новый срок.

Постановление ФАС Московского округа от 17 сентября 2009 г. № КГ-А40/8961-09 по делу № А40-36065/09-50-301:

«...Как установлено арбитражным судом первой инстанции, 25.03.2008 г. ЗАО «Страховая группа «Спасские ворота» во исполнение принятых по договору от 25.03.2008 г. № 380-0572 обязательств выдало истцу доверенность № 0107, действительную до 25.03.2008 г.

25.03.2009 г. срок вышеуказанной доверенности № 0107 истек.

Судебная коллегия считает правомерным вывод арбитражного суда первой инстанции об оставлении без удовлетворения искового требования ООО «СБС» об обязании выдать доверенность на совершение действий,

предусмотренных договором от 25.03.2008 г. № 380-0572 в связи со следующим.

Согласно п. 1 ст. 975 ГК РФ доверитель обязан выдать поверенному доверенность (доверенности) на совершение юридических действий, предусмотренных договором поручения.

Арбитражным судом первой инстанции на основании материалов дела установлено, что указанная обязанность была исполнена ответчиком, доверенность истцу была выдана 25.03.2008 г.

Исходя из положений п. 7.1 договора от 25.03.2008 г. № 380-0572 его действие начинается с момента подписания сторонами и заканчивается по истечении одного года.

Договор автоматически продлевается еще на один год, если ни одна из сторон не позднее чем за 30 дней до окончания договора не сообщит другой стороне о намерении расторгнуть договор (п. 7.2 договора от 25.03.2008 г. № 380-0572).

В этой связи арбитражный суд первой инстанции пришел к правильным выводам о том, что договор от 25.03.2008 г. № 380-0572 является действующим, а его пролонгация еще на один год не свидетельствует об обязанности ЗАО «Страховая группа «Спасские ворота» выдать новую доверенность на совершение действий по договору.

Согласно п. 2 ст. 977 ГК РФ доверитель вправе отменить поручение, а поверенный отказаться от него во всякое время.

На основании п. 7.4 договора от 25.03.2008 г. № 380-0572 любое поручение, предусмотренное договором, и, соответственно, любое полномочие, установленное соответствующей доверенностью, может быть отменено в любое время по письменному заявлению одной из сторон.

При указанных обстоятельствах, арбитражный суд первой инстанции правомерно признал необоснованным исковое требование ООО «СБС» об обязании ЗАО «Страховая группа «Спасские ворота» выдать доверенность на совершение юридических действий, предусмотренных договором от 25.03.2008 г. № 380-0572...».

2). Тесно связана с первой и **обязанность вознаградить коммерческого представителя.**

Услуги, оказываемые профессиональными представителями, носят такой характер, что вознаграждение за эти услуги часто является сочетанием задатка и условного вознаграждения.

Право на вознаграждение возникает с момента заключения представителем договора с третьим лицом, однако оно утрачивается в случае, если заключенная сделка не исполняется по обстоятельствам, за которые не несет ответственности доверитель – предприниматель⁵²⁶.

⁵²⁶ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е. А. Васильева. С. 366-367.

Брокерам обычно платят комиссионное вознаграждение за исключением сделки для принципала. Например, комиссионное вознаграждение брокера по продаже недвижимости составляет обычно 5 % продажной цены имущества; комиссионное вознаграждение причитается брокеру, если он находит покупателя, «готового, желающего и способного» купить на приемлемых для принципала условиях. Факторы или комиссионеры обычно получают процент с суммы, вырученной от продажи имущества.

Агенты делькредере, поскольку они гарантируют платежи покупателю, вознаграждаются, исходя из действительно полученных денежных сумм. Агент делькредере – это агент, берущий на себя обязательство возместить принципалу любые убытки, которые тот может понести из-за невыполнения покупателем, найденного агентом, обязанности уплатить покупную цену агенту, который берет на себя обязательство делькредере принято выплачивать дополнительные комиссионные, называемые комиссионные делькредере. Договор делькредере не обязательно должен быть заключен в письменной форме. Агент делькредере просто гарантирует принципалу возмещение убытков, если последний из-за некредитоспособности покупателя или по аналогичной причине не в состоянии возместить покупателю цену, однако агент не несет ответственности в случае, когда кредитоспособный покупатель отказывается оплатить на том основании, что принципал не оформил должным образом договор. Однако если агент делькредере предоставляет покупателю кредит и не получает платежа, то он должен нести потери. Аукционистам обычно уплачивают определенный процент с суммы, вырученной за проданное имущество.

В отечественном гражданском праве основные положения о вознаграждении профессионального коммерческого (торгового) представителя содержатся в ст. 972 ГК РФ «Вознаграждение поверенного».

Для интересующей нас теории применения правовых презумпций рассмотрим основные вопросы судебной практики по толкованию и применению ст. 972 ГК РФ. Они в достаточно обобщённом виде сводятся к следующему:

- 1) оплата услуг в зависимости от достижения поверенным определенного результата;
- 2) зависимость обязанности по оплате вознаграждения от конечного результата действий поверенного;
- 3) определение размера вознаграждения поверенного;
- 4) примеры хозяйственных споров, в которых ст. 972 ГК РФ применена судом исходя из ее буквального содержания.

1. Оплата услуг в зависимости от достижения поверенным определенного результата.

В соответствии с практикой применения гл. 39 ГК РФ включение в договор возмездного оказания услуг условия о выплате вознаграждения в зависимости от факта принятия судом положительного для истца решения

противоречит ст. ст. 779, 781 ГК РФ. Такое условие, определяющее оплату как гонорар успеха, ничтожно. В качестве гонорара успеха судом признается зависимость оплаты от любого действия или решения государственного органа или третьих лиц. В этом случае оплата с заказчика не взыскивается: суд либо определяет стоимость услуг по правилам разумности и по ст. 424 ГК РФ, либо взыскивает ту часть оплаты по договору, которая не зависит от достижения определенного результата.

Судебная практика основывается на толковании ст. ст. 779 и 781 ГК РФ в Постановлении КС РФ от 23 января 2007 г. № 1-П и п. 2 информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 сентября 1999 г. № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг».

При этом указанное Постановление КС РФ признает условие о гонораре успеха ничтожным, а информационное письмо Президиума ВАС РФ от 29 сентября 1999 г. № 48 – не подлежащим судебной защите (по сути – натуральным обязательством).

Кроме того, в информационном письме Президиума ВАС РФ от 5 декабря 2007 г. № 121 была разъяснена допустимость взыскания гонорара успеха в части возмещения разумных расходов представителя.

Судами при рассмотрении споров по договору поручения восприняты все три разъяснения высших судебных инстанций, хотя они и посвящены толкованию норм, касающихся договора возмездного оказания услуг.

Вывод из судебной практики: Суд отказывает во взыскании гонорара успеха по договору поручения.

Постановление Президиума ВАС РФ от 19 сентября 2000 г. № 3853/00 по делу № А40-48903/99-8-474:

«...В соответствии со статьей 971 Гражданского кодекса Российской Федерации предметом договора поручения является совершение поверенным от имени и за счет доверителя определенных юридических действий. В связи с этим при совершении названных в договоре действий поверенный считается исполнившим свои обязательства и вправе при возмездном договоре требовать выплаты причитающегося вознаграждения. Отказ доверителя от оплаты фактически выполненной работы не допускается.

Между тем установленная договором оплата предусмотрена не за совершение фирмой определенных действий (представительство в суде), а за принятие арбитражным судом выгодного для доверителя судебного акта, что не соответствует указанной норме закона, характеру и природе отношений сторон.

Рассматривая дело, суды всех инстанций не приняли во внимание, что требование об оплате работ, выполненных по договору от 15.09.97 № 2, в размере 10 процентов от суммы, которую фирма защитит в су-

дебном порядке, ставится в зависимость от решения суда, которое будет принято в будущем.

В этом случае размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном статьей 424 Гражданского кодекса Российской Федерации с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности)...»

Аналогичная судебная практика: Постановление Президиума ВАС РФ от 1 августа 2000 г. № 8851/99 по делу № А54-1600/99-С6:

«...В соответствии с договором (разовым поручением от 22.04.97 № 2/23), заключенным между филиалом юридической консультации коллегии и обществом, филиал принял на себя обязательства по защите интересов общества в апелляционной инстанции Арбитражного суда Рязанской области при рассмотрении жалобы на решение суда в части взыскания с общества процентов за пользование чужими денежными средствами в сумме 28000000 рублей.

Стоимость этих услуг определена пунктом 2.1 названного договора в сумме 1000 рублей, подлежащих уплате в течение 3 дней с момента его заключения.

Договором также предусмотрена дополнительная плата (гонорар), выплата которой обусловлена принятием судом апелляционной инстанции постановления об отмене (полностью или частично) решения в части взыскания процентов. Размер гонорара установлен в процентном отношении от суммы, на которую будут уменьшены взысканные судом первой инстанции проценты.

Поскольку общество не оплатило услуги и не выплатило гонорар, коллегия обратилась в арбитражный суд с настоящим иском.

Вместе с тем суд, исходя из условий упомянутого договора, ошибочно признал подлежащим удовлетворению требование о взыскании гонорара и процентов за просрочку его выплаты.

В соответствии со статьей 971 Гражданского кодекса Российской Федерации предметом договора поручения является совершение поверенным от имени и за счет доверителя определенных юридических действий. В связи с этим при совершении указанных в договоре действий поверенный считается исполнившим свои обязательства и вправе при возмездном договоре требовать выплаты причитающегося вознаграждения. Отказ доверителя от оплаты фактически выполненной работы не допускается.

Между тем дополнительная плата (гонорар) договором от 22.04.97 предусмотрена не за совершение филиалом юридической консультации определенных действий (представительство в суде), а за принятие арбитражным судом выгодного для доверителя судебного акта, что не соответствует вышеуказанной норме закона, характеру и природе отношений сторон.

Рассматривая дело, суды обеих инстанций не приняли во внимание, что требование о выплате вознаграждения не подлежит удовлетворению, если данное требование истец обосновывает условием договора, ставящем размер оплаты вознаграждения в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем.

Поскольку в данном случае арбитражным судом указанные обстоятельства не исследовались, судебные акты подлежат отмене, дело – направлению на новое рассмотрение в первую инстанцию Арбитражного суда Рязанской области...»

Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 27 мая 2004 г. № А78-5374/03-С1-11/187-Ф02-1954/04-С2:

«...По смыслу статей 971 и 973 Гражданского кодекса Российской Федерации поверенный может считаться надлежаще исполнившим свои обязательства при совершении перечисленных в договоре действий.

В силу правовой природы отношений, возникающих из договора поручения, не подлежат удовлетворению требования поверенного о выплате вознаграждения, если данное требование обосновывается условием договора, ставящим размер, а равно и обязанность оплаты вознаграждения в зависимость от решения суда, которое будет принято в будущем...»

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 27 июня 2006 г. № Ф03-А73/06-1/1721 по делу № А73-10155/2005-26:

«...По смыслу ст. ст. 971, 972 ГК РФ, предусматривающих уплату вознаграждения поверенному, который обязан совершить определенные юридические действия, и в силу правовой природы отношений, возникающих из договора поручения, не подлежит уплате поверенному вознаграждение, если его выплата обосновывается условием договора, ставящим обязанность уплаты в зависимость от решения суда, которое будет принято в будущем...»

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 6 мая 2004 г. № Ф03-А59/04-1/889:

«...Между тем нормами, регулирующими правоотношения представительства, содержащимися в главе 49 ГК РФ, а также самим договором поручения от 04.10.2002 № 9/2002 не предусмотрена зависимость уплаты вознаграждения поверенному за выполненную работу от ее результата...»

Примечание: Согласно п. 2 ст. 779 ГК РФ правила гл. 39 данного Кодекса к договору поручения не применяются (гл. 49 ГК РФ).

В приведенных далее Постановлениях суд квалифицировал спорный договор как договор поручения, что не помешало применить разъяснения информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 сентября 1999 г. № 48 и Постановления КС РФ от 23 января 2007 г. № 1-П, толкующих нормы о возмездном оказании услуг.

Постановление ФАС Уральского округа от 16 января 2008 г. № Ф09-5625/06-С4 по делу № А76-49396/2005-34-352:

«...Доверитель взял на себя обязательство выплатить поверенному вознаграждение в размере 3 % от сохраненной суммы – 32795739 руб., то есть 983872 руб., в течение трех дней со дня вступления в законную силу решения суда в пользу доверителя, 1,5 % – в случае мирового соглашения от суммы по нему или отказа от поручения и отзыва доверенности (п. 2.8 и 3 договора).

Исследовав в порядке, предусмотренном ст. 431 Гражданского кодекса Российской Федерации, условия п. 2.8, 3 договора, суд установил, что данные условия ставят размер вознаграждения в зависимость от решения суда, которое будет принято в будущем, в связи с чем требование о выплате вознаграждения, основанное на данных условиях договора, удовлетворению не подлежит, в таком случае размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном ст. 424 Гражданского кодекса Российской Федерации, с учетом фактически совершенных исполнителем действий (информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.09.1999 № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг»).

В п. 2 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.09.1999 № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг» разъяснено, что при рассмотрении споров, связанных с оплатой оказанных в соответствии с договором правовых услуг, арбитражным судам необходимо руководствоваться положениями ст. 779 Гражданского кодекса Российской Федерации, по смыслу которых исполнитель может считаться надлежаще исполнившим свои обязательства при совершении указанных в договоре действий (деятельности). При этом следует исходить из того, что отказ заказчика от оплаты фактически оказанных ему услуг не допускается. В то же время не подлежит удовлетворению требование исполнителя о выплате вознаграждения, если данное требование истец обосновывает условием договора, ставящим размер оплаты услуг в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем. В этом случае размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном ст. 424 Гражданского кодекса Российской Федерации, с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности).

Поскольку пунктом 3 спорного договора поручения вознаграждение предусмотрено не за совершение поверенным определенных действий или осуществление определенной деятельности, а за принятие судом выгодного для доверителя решения, что противоречит ст. 971 Гражданского кодекса Российской Федерации, условия данного пункта не подлежат применению, в связи с чем суд обоснованно определил размер вознаграждения

в порядке, предусмотренном ст. 424 Гражданского кодекса Российской Федерации...»

Постановление ФАС Уральского округа от 7 июня 2007 г. № Ф09-5625/06-С4 по делу № А76-49396/05-34-352:

«...Между СПКХ «Знаменский» (доверитель) и индивидуальным предпринимателем Карандашевым А. В. (поверенный) заключен договор поручения от 25.10.2005, в соответствии с условиями которого доверитель поручает поверенному совершить от его имени действия по оспариванию в суде актов Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы № 12 по Челябинской области от 12.10.2005 и актов судебного пристава на сумму 32795739 руб. и выиграть процесс.

Доверитель взял на себя обязательство выплатить поверенному вознаграждение в размере 3 % от сохраненной суммы 32795739 руб., то есть 983872 руб., в течение трех дней со дня вступления в законную силу решения суда в пользу доверителя (п. 2.8 и 3 договора).

Пунктом 2 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.09.1999 № 48 разъяснено, что не подлежит удовлетворению требование исполнителя о выплате вознаграждения, если данное требование истец обосновывает условием договора, ставящим размер оплаты услуг в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем. В этом случае размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном ст. 424 Гражданского кодекса Российской Федерации, с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности).

Конституционный Суд Российской Федерации в п. 3.3 Постановления от 23.01.2007 № 1-П также указал, что стороны в договоре об оказании правовых услуг, будучи вправе в силу диспозитивного характера гражданско-правового регулирования свободно определять наиболее оптимальные условия оплаты оказанных услуг, не могут, однако, обуславливать выплату вознаграждения принятием конкретного судебного решения: в системе действующего правового регулирования, в том числе положений гражданского законодательства, судебное решение не может выступать ни объектом чьих-либо гражданских прав (ст. 128 Гражданского кодекса Российской Федерации), ни предметом какого-либо гражданско-правового договора (ст. 432 того же Кодекса).

Включение же в текст договора о возмездном оказании правовых услуг условия о выплате вознаграждения в зависимости от самого факта принятия положительного решения суда расходится с основными началами гражданского законодательства, поскольку в данном случае это означает введение иного, не предусмотренного законом, предмета договора. Кроме того, в этом случае не учитывается, что по смыслу п. 1 ст. 423 Гражданского кодекса Российской Федерации плата по договору за

оказание правовых услуг, как и по всякому возмездному договору, производится за исполнение своих обязанностей.

Таким образом, вынося определение, суд первой инстанции не дал правовую оценку условиям договора поручения от 25.10.2005, касающимся порядка выплаты поверенному вознаграждения. При этом данное обстоятельство имеет значение для вынесения законного и обоснованного судебного акта по настоящему спору...»

Вывод из судебной практики: Условие о гонораре успеха признается ничтожным, соответственно, гонорар не выплачивается, а если выплачен, то подлежит взысканию с поверенного.

Примечание. Как следует из п. 1 ст. 167 и ст. 180 ГК РФ, недействительное условие не влечет юридических последствий, кроме связанных с его недействительностью, и недействительно оно с момента совершения сделки. Таким образом, недействительное условие считается не установленным, отсутствующим в договоре.

При отсутствии в возмездном договоре поручения условия о размере вознаграждения или о порядке его уплаты вознаграждение уплачивается после исполнения поручения в сумме, определяемой в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК РФ.

При признании ничтожности условия о гонораре успеха и применении в этом случае ст. 424 ГК РФ суды обращаются к разъяснениям Президиума ВАС РФ (информационное письмо от 29 сентября 1999 г. № 48), несмотря на то что согласно п. 2 ст. 779 ГК РФ правила гл. 39 ГК РФ к договору поручения не применяются.

Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 13 декабря 2010 г. по делу № А82-1699/2010:

«...В соответствии с пунктом 2 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.09.1999 № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг» не допускается размер оплаты услуг исполнителя ставить в зависимость от решения суда или государственного органа. Такой же вывод содержится в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 23.01.2007 № 1-П, согласно которому включение в текст договора о возмездном оказании правовых услуг условия о выплате вознаграждения в зависимости от самого факта принятия положительного для истца решения суда расходится с основными началами гражданского законодательства Российской Федерации, допускающими свободу сторон в определении любых условий договора, если они не противоречат законодательству (пункт 2 статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), поскольку это означает введение иного, не предусмотренного законом, предмета договора. По смыслу пункта 1 статьи 423 Гражданского кодекса Российской Федерации плата по договору за оказание исполнителем

правовых услуг, как и по всякому возмездному договору, производится за исполнение договорных обязанностей.

Из содержания абзаца 3 пункта 3.3 договора поручения от 22.09.2008 следует, что стороны поставили размер дополнительного вознаграждения, подлежащего выплате в пользу поверенного, в зависимость от принятия положительного решения арбитражным судом в пользу Общества-2, что противоречит приведенной норме.

Указанные разъяснения возможно применить к правоотношениям сторон по договору поручения по следующим основаниям.

По условиям статьи 971 Гражданского кодекса Российской Федерации, вознаграждение, предусмотренное статьей 972 Гражданского кодекса Российской Федерации, выплачивается поверенному за выполненные доверителем определенных юридических действий. Закон не связывает возможность и размер вознаграждения поверенного с судебным актом или решением иного государственного органа.

Таким образом, суд апелляционной инстанции пришел к правомерному выводу о ничтожности в названной части пункта 3.3 договора поручения. Поэтому в силу статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации указанный пункт не может иметь правовых последствий.

На основании изложенного суд округа счел правомерным вывод апелляционной инстанции об отсутствии правовых оснований для удовлетворения исковых требований в сумме 86 257 рублей 44 копеек...

Аналогичная судебная практика: Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 27 января 2011 г. по делу № А29-7714/2009(Т-27119/2010); Постановление ФАС Московского округа от 12 декабря 2006 г., 19 декабря 2006 г. № КГ-А40/11547-06 по делу № А40-68677/05-39-580; Постановление ФАС Поволжского округа от 10 февраля 2004 г. по делу № А49-2835/03-116/6.

Вывод из судебной практики: Суд отказывает во взыскании гонорара успеха по договору, в котором содержатся элементы договора поручения и возмездного оказания услуг.

Постановление ФАС Поволжского округа от 19 апреля 2010 г. по делу № А55-15458/2008:

«...Общество с ограниченной ответственностью «Партнерство успешного бизнеса и закона» (далее – истец, ООО «Партнерство успешного бизнеса и закона»), с учетом уточнения требований, обратилось в Арбитражный суд Самарской области с иском к открытому акционерному обществу «Авиакор – авиационный завод» (далее – ответчик, ОАО «Авиакор – авиационный завод») об определении стоимости услуг истца по договору от 12.09.2004 № 0524 в размере 630 120 руб., а также взыскании с ответчика 855 927 руб. 83 коп., в том числе задолженности в сумме 630 120 руб. и процентов за пользование чужими денежными средствами в период с 13.10.2005 по 14.01.2009 в размере 225 807 руб. 83 коп.

В пункте 3.1 данного договора контрагенты установили, что вознаграждение исполнителя составит 5 % от суммы реально возвращенной, возмещенной, зачтенной суммы налога на добавленную стоимость (далее – НДС) и подлежит выплате в течение 3 рабочих дней после получения заказчиком денежных средств от должника (из федерального бюджета) – в случае возмещения НДС путем возврата, или после зачета спорных сумм НДС – в случае возмещения НДС путем зачета.

Судами первой и апелляционной инстанций из анализа условий договора сделан вывод, что настоящий договор является смешанным договором, включающим в себя элементы договора возмездного оказания услуг и договора поручения.

Удовлетворяя заявленные требования в части, арбитражный суд правомерно исходил из следующего.

В пункте 2 информационного письма от 29.09.1999 № 48 «О некоторых вопросах судебной практики, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг», Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации указал, что при рассмотрении споров, связанных с оплатой оказанных в соответствии с договором правовых услуг, арбитражным судам необходимо руководствоваться положениями статьи 779 ГК РФ, по смыслу которых исполнитель может считаться надлежаще исполнившим свои обязательства при совершении указанных в договоре действий (деятельности). При этом следует исходить из того, что отказ заказчика от оплаты фактически оказанных ему услуг не допускается. В то же время не подлежит удовлетворению требование исполнителя о выплате вознаграждения, если данное требование истец обосновывает условием договора, ставящим размер оплаты услуг в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем. В этом случае размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном статьей 424 ГК РФ, с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности). Следовательно, определение сторонами в договоре размера оплаты услуг в зависимости от решения суда само по себе не является основанием к отказу в иске. Статья 424 ГК РФ предусматривает, что исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон. В предусмотренных законом случаях применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т. п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами и (или) органами местного самоуправления. Изменение цены после заключения договора допускается в случаях и на условиях, предусмотренных договором, законом либо в установленном законом порядке. В случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых

обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги.

При указанных обстоятельствах на основании статей 779, 781, 424 ГК РФ стоимость услуг оказанных по договору от 12.09.2004 № 0524 правильно определена судом в 260 000 руб...»

Аналогичная судебная практика:

Примечание: При рассмотрении споров о взыскании гонорара успеха по смешанным договорам, содержащим элементы договора поручения и возмездного оказания услуг, суды, применяя положения Постановления КС РФ от 23 января 2007 г. № 1-П и п. 2 информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 сентября 1999 г. № 48, не квалифицируют гонорар успеха как плату за услуги или гонорар поверенного.

Постановление ФАС Московского округа от 24 сентября 2007 г., 1 октября 2007 г. № КГ-А40/9718-07 по делу № А40-7642/07-67-82:

«...Решением Арбитражного суда города Москвы от 20 апреля 2007 г. в иске отказано. Взыскано с ПБОЮЛ Г. в доход федерального бюджета 61440 руб. 54 коп. госпошлины. Решение мотивировано тем, что на основании договора поручения № 18-03/04 от 18 марта 2004 г. истец в качестве поверенного (исполнителя) по поручению ответчика в качестве доверителя (заказчика) обязался представлять интересы ответчика в арбитражном суде по делу № А40-8672/04-15-108, а ответчик обязался оплатить истцу вознаграждение за оказанные услуги, что по существу данный договор является одновременно как договором поручения, так и договором оказания возмездных юридических услуг, связанных с рассмотрением дела с участием ответчика в арбитражном суде.

Письмом № 411 от 16 октября 2006 г., полученным истцом 20 октября 2006 г., ответчик отказался от договора в одностороннем порядке и такой отказ допускается законом по договорам данного вида, что договор № 18-03/04 от 18 марта 2004 г. прекратил свое действие с 30 октября 2006 г. по истечении десяти дней с момента получения истцом отказа ответчика от договора. Далее первая инстанция указала, что согласно п. 5.1 договора доверитель вправе отменить поручение, а поверенный – отказаться от него во всякое время, за 10 дней известив о своем намерении другую сторону; доверитель выплачивает поверенному вознаграждение в размере пропорционально отработанному времени из расчета 0,015 % от суммы иска за каждый день с момента определения суда до даты расторжения договора; вознаграждение по настоящему пункту выплачивается в течение 5 дней со дня расторжения договора, что истец не доказал фактическое оказание услуг (отработанное время), что работы принятые по актам за период с июня 2004 г. по август 2006 г. оплачены в соответствии с условиями раздела 3 договора, что условия п. 3.4 договора ничтожны (т. 2, л.д. 53).

Выводы суда об этих обстоятельствах основаны на доказательствах, указание на которые содержится в обжалуемых судебных актах и которым дана оценка в соответствии с требованиями ст. ст. 67, 68, 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Исходя из установленных обстоятельств дела, первая и апелляционная инстанции правильно применили нормы материального права, регулирующие спорные правоотношения, в том числе о заключении договора, о возмездном оказании услуг, о договоре поручения.

Судом правильно применены правовые положения, содержащиеся в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 23 января 2007 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина М., поскольку п. 3.4 договора от 18 марта 2004 г. № 18-03/04 выплата и размер вознаграждения представителя поставлены в зависимость от результата рассмотрения судом дел...»

Вывод из судебной практики: Если выплата вознаграждения по договору была поставлена в зависимость от исхода судебного разбирательства, то представитель имеет право на вознаграждение, однако в сумме, определенной с учетом разумности.

Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 5 декабря 2007 г. № 121 «Обзор судебной практики по вопросам, связанным с распределением между сторонами судебных расходов на оплату услуг адвокатов и иных лиц, выступающих в качестве представителей в арбитражных судах»:

«...6. При выплате представителю вознаграждения, обязанность по уплате и размер которого были обусловлены исходом судебного разбирательства, требование о возмещении судебных расходов подлежит удовлетворению с учетом оценки их разумных пределов.

Таким образом, для возмещения судебных расходов стороне, в пользу которой принят судебный акт, значение имеет единственное обстоятельство: понесены ли соответствующие расходы. Независимо от способа определения размера вознаграждения (почасовая оплата, заранее определенная твердая сумма гонорара, абонентская плата, процент от цены иска) и условий его выплаты (например, только в случае положительного решения в пользу доверителя) суд, взыскивая фактически понесенные судебные расходы, оценивает их разумные пределы.

Суд апелляционной инстанции отметил также, что при решении вопроса о распределении судебных расходов необходимо учитывать правовую позицию, изложенную в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.09.1999 № 48. Размер вознаграждения исполнителю должен определяться в порядке,

предусмотренном статьей 424 ГК РФ, с учетом фактически совершенных им действий (деятельности).

Следовательно, у заказчика существует гражданско-правовой долг перед исполнителем услуг, а выплаченные ему суммы подлежат взысканию с проигравшей стороны в разумных пределах...»

Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 26 апреля 2007 г. № Ф04-1793/2007(32917-А03-30) по делу № А03-8977/2006-27.

Вывод из судебной практики: Если по договору поручения оплата услуг поверенного поставлена в зависимость от издания компетентным органом ненормативного правового акта в определенный срок, то убытки поверенного, причиненные задержкой принятия спорного акта, не подлежат взысканию с компетентного органа.

Примечание: В Постановлении Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 27 февраля 2013 г. по делу № А68-7661/2012 указано, что к моменту заключения спорного договора поверенный знал, что его доверителем уже был получен отказ в передаче земельного участка в собственность. Поэтому он мог предполагать, что в согласованный срок обязательство не будет исполнено и предстоит судебный спор.

Постановление ФАС Центрального округа от 16 мая 2013 г. по делу № А68-7661/2012:

«...Согласно статье 971 ГК РФ по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по этим действиям (сделке), совершенным поверенным, возникают непосредственно у доверителя.

Соответственно, в части представительства услуги поверенного не могут быть связаны с получением результата, обусловленного действием третьего лица.

Действия представителя считаются совершенными после подачи истцом заявления и предусмотренных законом документов для приобретения земельного участка от имени Ибрагимовой Р. в администрацию Узловского района.

Таким образом, после подачи Есиповым Д. А. заявления в администрацию, права и обязанности по приобретению земельного участка в собственность возникли у Ибрагимовой Р., в чьих интересах действовал представитель.

Как указывает истец, ИП Есипов Д. А. допустил нарушение договорных обязательств по сроку исполнения в результате уклонения администрации от совершения действий по оформлению земельного участка в собственность доверителя в срок до 21.03.2012 г.

Вместе с тем, положения пункта 4 статьи 421 Гражданского кодекса РФ предусматривают, что стороны свободны в определении усло-

вий договора, которые формулируются по их усмотрению, если иное не предусмотрено законом.

Соответственно предприниматель, заключив договор и обязавшись в срок не позднее 20 марта 2012 года передать Ибрагимовой Р. А. ненормативный акт ответчика, о совершении последним юридически значимых действий в пользу его клиента, своей волей и на свой риск определил срок исполнения им обязательств, и этим сроком обусловил получение оплаты.

С учетом изложенных обстоятельств, суд апелляционной инстанции правомерно отказал в удовлетворении исковых требований о взыскании убытков в виде упущенной выгоды с администрации, придя к правильному выводу об отсутствии причинно-следственной связи между действиями (бездействиями) органа местного самоуправления и причиненными предпринимателю убытками, поскольку истец, в нарушении ст. 65 АПК РФ, не доказал факт причинения ему убытков в виде упущенной возможности получить прибыль от оказания услуги по договору...»

2. Зависимость обязанности по оплате вознаграждения от конечного результата действий поверенного.

Глава 49 ГК РФ не содержит нормы, указывающей, с какого момента доверитель обязан оплатить услуги поверенного. Соответственно, в судебной практике возник вопрос: когда у доверителя появляется обязанность оплатить услуги поверенного – при достижении последним некоего результата (в том числе принятия судом положительного для доверителя решения) или после совершения поверенным юридических действий независимо от того, привели они к какому-либо результату или нет?

Вывод из судебной практики: Обязанность выплатить вознаграждение в полном объеме возникает вне зависимости от конечного результата действий поверенного, если иное не установлено договором.

Определение ВАС РФ от 7 апреля 2009 г. № 3580/09 по делу № А14-2416-2007/124/29:

«...Как установлено судами, между ООО «Алсево» и индивидуальным предпринимателем Маркеловой Г. А. заключен договор комиссии от 07.10.2005 № С6Д-Т-05, по условиям которого общество поручает, а предприниматель обязуется осуществлять в своих торговых точках поиск клиентов и их подключение к сети Теле2 за вознаграждение, размер и порядок выплаты которого установлен в приложении № 3 к договору.

При этом размер вознаграждения предпринимателя зависит от категории подключенных абонентов («качественный» или «некачественный» абонент).

Оценив представленные сторонами документы и руководствуясь статьей 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суды пришли к выводу о том, что по своей правовой природе заключенный сторонами договор является договором поручения.

Исходя из смысла пункта 1 статьи 972 Гражданского кодекса Российской Федерации, обязанность выплаты вознаграждения или определения размера оплаты не должна ставиться в зависимость от конкретного результата совершенных поверенным действий, если иное прямо не предусмотрено соглашением сторон. Поскольку в заключенном договоре от 07.10.2005 № С6Д-Т-05 за подключение некачественного абонента размер вознаграждения определен в размере 0 рублей, требования истца о взыскании денежной суммы, полученной за подключение некачественных абонентов, подлежали удовлетворению.

Нарушений норм материального права и требований процессуального законодательства, влекущих безусловную отмену судебного акта, при разрешении спора судами не допущено...»

Аналогичная судебная практика:

Определение ВАС РФ от 2 декабря 2010 г. № ВАС-15724/10 по делу № А40-11303/10-15-81:

«...При рассмотрении спора суды установили, что между истцом и ответчиком был заключен договор от 07.07.2009 № 746-Вз.-690/09, согласно условиям которого истец поручил ответчику от его имени и за его счет провести комплекс мероприятий, направленных на взыскание с ООО «ОМП-М» суммы задолженности по исполнительному листу.

Поскольку предпринятые ответчиком действия не привели к желаемому результату, истец посчитал, что его поручение не было выполнено и обратился в суд с требованием о возврате аванса и уплате процентов за пользование чужими денежными средствами ссылаясь на нормы Гражданского кодекса о неосновательном обогащении.

При рассмотрении спора суды установили, что ответчиком исполнены все действия, перечисленные в пункте 3.2 договора (обращение в службу судебных приставов, обращение в правоохранительные органы и проч.).

Предметом заключенного сторонами договора было осуществление ответчиком от имени и за счет истца определенных действий.

Стороны предусмотрели возмездный характер договора, и это обстоятельство также установлено судами и не отрицается заявителем.

При этом согласно правилам, регулирующим правоотношения сторон из договора поручения и из агентского договора, вознаграждение уплачивается за совершение оговоренных в договоре действий, а не за их результат (статьи 972, 1006 Гражданского кодекса Российской Федерации).

При указанных обстоятельствах, с учетом установленной сторонами возмездности договора, возражения заявителя в отношении правовой квалификации договора (агентский или поручения) не влияет на вывод судов об отказе в иске...»

Постановление ФАС Центрального округа от 04.06.2007 по делу № А64-4364/06-7:

«...По смыслу ст. 971 ГК РФ предметом договора поручения является совершение поверенным определенных юридических действий.

Из указанной нормы закона следует, что обязанность выплаты вознаграждения или определения размера оплаты не должна быть поставлена в зависимость от какого-либо конкретного результата совершенных поверенным действий, если иное прямо не предусмотрено соглашением сторон.

Оценив условия спорного договора, суд первой инстанции сделал правильный вывод, что выплата вознаграждения Поверенного, предусмотренного договором поручения от 13.08.2004, не может ставиться в зависимость от действий налогового органа, если Поверенным выполнены все предусмотренные договором юридические действия, в том числе совершены действия, направленные на подписание с уполномоченным должностным лицом (лицами) Инспекции ФНС России по городу Тамбову акта сверки расчетов. Из условий договора поручения от 13.08.2004 не следует, что возникновение обязанности Доверителя уплатить вознаграждение связано с получением согласия налогового органа с расчетами налоговых обязательств по акту сверки, представленному Поверенным по поручению Доверителя. Таким образом, Поверенный должен считаться надлежаще исполнившим свои обязательства при совершении указанных в договоре поручения действий, а не при достижении результата, на который рассчитывал Доверитель.

При таких обстоятельствах кассационная коллегия признает правильным вывод суда первой инстанции, что при совершении указанных в договоре действий Поверенный считается исполнившим свои обязательства и вправе при возмездном договоре требовать выплаты причитающегося вознаграждения вне зависимости от результатов совершенных действий...»

3. Определение размера вознаграждения поверенного.

В соответствии со ст. 972 ГК РФ стороны могут указать в договоре поручения порядок определения размера вознаграждения поверенного. На практике возникают различные споры относительно правомерности установления того или иного механизма определения названного вознаграждения.

Вывод из судебной практики: Вознаграждение поверенного может быть установлено в виде определенного процента от суммы, полученной в пользу доверителя, если момент получения вознаграждения и его размер определяются (совпадают с) моментом реального получения доверителем в результате исполнения поручения средств и их размером.

Постановление ФАС Уральского округа от 8 мая 2007 г. № Ф09-2585/07-С5 по делу № А50-12943/06:

«...Как следует из материалов дела и установлено судами первой и апелляционной инстанций, 20.08.2004 между ООО «Московская зерновая компания» (доверитель) и ООО «Юридическая фирма «Бизнес-Консалтинг» (поверенный) был заключен договор поручения, согласно условиям которого доверитель поручает, а поверенный принимает на себя обязательства по представлению интересов доверителя в споре с открытым акционерным обществом «Птицефабрика «Сылвенская» (далее – ОАО «Птицефабрика «Сылвенская») о взыскании с последнего 8294893 руб. 29 коп. задолженности и процентов, начисленных на сумму задолженности, возникшей в результате неисполнения обществом «Птицефабрика «Сылвенская» обязательств по договорам поставки от 06.04.2004 № 11, от 06.04.2004 № 12.

Согласно п. 3.1 договора поручения размер вознаграждения поверенного составляет 10 % от суммы, реально взысканной в пользу доверителя.

ООО «Юридическая фирма «Бизнес-Консалтинг» свои обязательства по договору поручения частично выполнило. С участием представителя ООО «Юридическая фирма «Бизнес-Консалтинг» Арбитражным судом Пермской области рассмотрены дела № А50-33969/04, № А50-33968/04, по ним вынесены решения, выданы исполнительные листы, по которым с ОАО «Птицефабрика «Сылвенская» в пользу ООО «Московская зерновая компания» взыскано 8966131 руб. 33 коп. основного долга и пени. В связи с частичным реальным исполнением данных судебных актов с ООО «Московская зерновая компания» и ООО «Юридическая фирма «Бизнес-Консалтинг» в пользу ООО «Верден» на основании договора уступки права требования от 11.05.2005 и договора поручительства, заключенных ООО «Верден» с ООО «Юридическая фирма «Бизнес-Консалтинг», солидарно взыскано 279800 руб. вознаграждения и 13640 руб. 24 коп. процентов за пользование чужими денежными средствами.

В связи с наличием установленного судебными актами обязательства ОАО «Птицефабрика «Сылвенская» перед ООО «Московская зерновая компания» по договорам от 06.04.2004 № 11, 12 ООО «Московская зерновая компания» по договору от 06.06.2005 уступило право требования части долга по оплате товара (кормов) в размере 1500000 руб. обществу с ограниченной ответственностью «Промкомплект» (далее – ООО «Промкомплект» ; в настоящее время – ООО «Промышленные инвестиции»). За уступленное право ООО «Промкомплект» передало ООО «Московская зерновая компания» векселя на сумму 1500000 руб.

Получение обществом «Московская зерновая компания» от ООО «Промкомплект» векселей на сумму 1500000 руб. за уступленное право требования от ОАО «Птицефабрика «Сылвенская» уплаты долга в размере 1500000 руб., подтвержденное судебными актами по делам № А50-33969/04, № А50-33968/04, рассмотренным с участием представителя ООО «Юридическая фирма «Бизнес-Консалтинг», суд апелляцион-

ной инстанции обоснованно признал погашением в названной части долга ОАО «Птицефабрика «Сылвенская» перед ООО «Московская зерновая компания» и основанием возникновения у ООО «Юридическая фирма «Бизнес-Консалтинг» права на получение вознаграждения по договору от 20.08.2004 в размере 10 % от стоимости полученных ООО «Московская зерновая компания» векселей – 150000 руб...»

Вывод из судебной практики: Если вознаграждение указано как процент от суммы, определение которой не зависит от действий третьих лиц, оно подлежит взысканию в полном объеме.

Примечание: По вопросу о возможности установления аналогичным образом вознаграждения исполнителя по договору возмездного оказания услуг см. п. 1.8 материалов к ст. 781 ГК РФ.

Постановление ФАС Центрального округа от 12 августа 2010 г. по делу № А23-5483/09Г-6-289:

«...4 июля 2005 между ООО ТРИГЛАВ» (Поверенный) и Управлением архитектуры, градостроительства и земельных отношений (Доверитель) был заключен договор поручения (далее – Договор), по условиям п. 1.2 которого поверенный обязался совершить от имени и за счет доверителя организацию торгов по продаже находящихся в государственной или муниципальной собственности земельных участков или права на заключение договоров аренды таких земельных участков.

При этом по условиям п. 1.2 обязательство поверенного определено как организация торгов по продаже находящихся в государственной или муниципальной собственности земельных участков или права на заключение договоров аренды таких земельных участков от имени и за счет доверителя.

Факт подготовки организации торгов Обществом подтвержден материалами дела и не оспаривается Управлением.

Порядок выплаты вознаграждения за исполнение обязанностей, предусмотренных п. 1.2 Договора, установлен в п. 5.2 и предусматривал выплату 0,5 % от суммы продажи земельных участков или права на заключение договоров аренды таких участков.

Доказательств согласования сторонами иного порядка определения размера вознаграждения поверенного, в том числе, в случае признания торгов несостоявшимися Договор не содержит, как не содержит и условие о том, что вознаграждение поручителю выплачивается только с той цены, которая прошла на торгах шаговый порядок.

Соответственно суд пришел к правильному выводу, что независимо от результата торгов, поверенный в полном объеме выполнил свои обязательства по договору поручения, перечисленные в пункте 3.1 данного договора, и вправе требовать выплаты вознаграждения.

В этой связи суд правомерно удовлетворил иски общества в полном объеме, взыскав вышеуказанную сумму с ответчика...»

4. Примеры хозяйственных споров, в которых ст. 972 ГК РФ применена судом исходя из ее буквального содержания.

Взыскание с доверителя вознаграждения, полагающегося поверенному.

Поверенный обратился в суд с иском о взыскании с доверителя вознаграждения за выполнение поручения. Доверитель возражал против иска, ссылаясь на безвозмездность договора поручения.

Суд удовлетворил исковые требования. Применение ст. 972 ГК РФ в этой ситуации:

Судом установлено, что поверенным исполнено поручение доверителя на основании выданной доверенности. Договор поручения в письменной форме не заключался. Учитывая, что исполнение поручения было связано с осуществлением предпринимательской деятельности как поверенным, так и доверителем, суд в соответствии со ст. 972 ГК РФ сделал вывод о возмездности сложившихся между сторонами фактических отношений и об обязанности доверителя оплатить услуги поверенного. (Постановление ФАС Центрального округа от 09.03.2010 № Ф10-2147/09(2) по делу № А54-2806/2008-С22).

Определение вознаграждения поверенному при отсутствии в возмездном договоре условия о его размере и порядке выплаты.

Поверенный обратился в суд с иском о взыскании с доверителя вознаграждения за выполнение поручения. Доверитель возражал против иска, ссылаясь на безвозмездность договора поручения.

Суд удовлетворил исковые требования. Применение ст. 972 ГК РФ в этой ситуации:

Судом установлено, что поверенным исполнено поручение доверителя на основании выданной доверенности. Договор поручения в письменной форме не заключался. Учитывая, что исполнение поручения было связано с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, суд в соответствии со ст. 972 ГК РФ сделал вывод о возмездности сложившихся между ними фактических отношений и об обязанности доверителя оплатить услуги поверенного в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 972 ГК РФ. (Постановление ФАС Центрального округа от 9 марта 2010 г. № Ф10-2147/09(2) по делу № А54-2806/2008-С22).

3). Возмещение издержек по исполнению поручения. Представляемый **обязан возместить коммерческому представителю расходы по выполнению договора.**

Доверитель обязан возместить поверенному потери, понесенные им без всякой вины в связи с исполнением поручения (ст. 402 Швейцарского Обязательственного закона; ст. 2000 Французского гражданского кодекса). Доверитель обязан сделать все возможное для того, чтобы содействовать успешному выполнению агентом своих обязательств (параграф 86

Германского Гражданского уложения; ст. 418 Швейцарского обязательственного закона).

В странах общего права, если при ведении дела принципала и в пределах своих полномочий агент авансировал те или иные суммы, то он имеет право на возмещение таких авансов. Равным образом, если агент потерпел ущерб при ведении дела принципала, то принципал несет обязанность возместить агенту его потери при условии, что агент действовал в пределах своих полномочий. Независимый торговый агент за границей, который обеспечивает заказами экспортера, не может претендовать на возмещение своих торговых расходов, в принципе, если только иное не оговорено в агентском соглашении. Если агент с одобрения своего принципала несет расходы в ходе исполнения своих обязанностей, например, если он преследует неисполнительного клиента в судах страны его проживания, он имеет право на компенсацию любых убытков, **которые он понес**⁵²⁷.

Агент имеет право на комиссионное вознаграждение, если даже сделка, за которую он желает получить его, является прямым результатом его усилий. Поэтому агент может претендовать на комиссионные, если покупатель, с которым он вел переговоры, в конечном итоге заказывает товары непосредственно у принципала или если клиент, которого он представил принципалу, предлагает более низкую цену, чем в прејскуранте, и принципал согласен принять предложение по более низкой цене. Он не может претендовать на комиссионные, если клиент предлагает заказ принципалу без участия агента или если заказ получил сам принципал или другие агенты. Эти нормативные правила часто изменяются либо по соглашению сторон, либо на основании торгового обычая, согласно которому агент имеет право на комиссионные за все сделки с его территории. Такие правила, особенно часто встречаются в случае, когда агент назначается исключительным представителем на определенной территории⁵²⁸.

В соответствии с п. 2 ст. 975 ГК РФ доверитель обязан возмещать поверенному издержки по исполнению поручения, если иное не предусмотрено договором. Иногда стороны предусматривают в договоре поручения условие о том, что обязанность по возмещению издержек возлагается на третье лицо. В связи с этим возникают споры о действительности такого условия.

Кроме того, на практике возникают ситуации, когда поверенный заключает договоры с третьими лицами по исполнению вместо него поручения полностью или в части, а затем предъявляет к взысканию с доверителя издержки, понесенные третьими лицами. Судебная практика исходит из того, что поверенному такие издержки не возмещаются.

⁵²⁷ Шмиттгофф К. М. Указ. соч. С. 148.

⁵²⁸ Там же. С. 149.

Вывод из судебной практики: Не подлежат возмещению издержки по исполнению поручения, понесенные третьим лицом, а не поверенным, если доверенностью, выданной последнему, не предусматривалась возможность передоверия исполнения поручения.

Постановление ФАС Московского округа от 12 марта 2010 г. № КГ-А40/1417-10,2 по делу № А40-60277\09-62-422:

«...Из материалов дела следует, что 30 мая 2007 г. между Управлением Федеральной налоговой службы по г. Москве (доверитель) и Обществом с ограниченной ответственностью «Диамант» заключен договор поручения № 74, по условиям которого доверитель поручает и обязуется оплатить, а поверенный обязуется совершить от имени и за счет доверителя следующие юридические действия:

Подготовить, согласовать с уполномоченными органами государственной власти и местного самоуправления, а также заинтересованными учреждениями и организациями, собрать и предоставить доверителю для последующего направления в установленном порядке в Федеральное агентство по управлению Федеральным имуществом (либо его территориальное подразделение) полный комплект документов, необходимых для издания распоряжения о вовлечении в хозяйственный оборот на инвестиционных условиях федерального недвижимого имущества, закрепленного за доверителем на праве оперативного управления, расположенного по адресу: г. Москва, ул. Шаболовка, владение 26-28 (л. д. 8-16 т. 1).

В период действия договора поручения Территориальным управлением Росимущества по г. Москве было принято распоряжение от 21.01.2009 г. № 94, согласно которому прекращено право оперативного управления Управлением Федеральной налоговой службы по г. Москве имуществом, расположенным по адресу: г. Москва, ул. Шаболовка, владение № 26-28, в связи с чем поверенный направил в адрес доверителя уведомление об отказе от поручения и предъявил к возмещению расходы, понесенные при исполнении поручения в сумме 2 284 997,30 руб. и требование об уплате вознаграждения в размере 150 000 руб. (л. д. 43-46 т. 1).

Из предъявленных к взысканию расходов в сумме 2 284 997,30 руб., суд апелляционной инстанции обоснованно исключил расходы в сумме 987 667 руб. и 60 000 руб. за государственную регистрацию права собственности РФ и права оперативного управления УФНС, погашение записи о праве собственности РФ.

Из материалов дела также следует, что комплекс услуг по подготовке и проведению государственной регистрации погашения записи о хозяйственном ведении объектов недвижимости, расположенных по адресу: г. Москва, ул. Шаболовка, д. 26 был осуществлен ООО «Антураж» на основании заключенных с ООО «Диамант», действовавшего от имени УФНС России по г. Москве договоров от 17 июля 2007 г. (л. д. 92-143 т. 1, л.д. 5-78 т. 2). Комплекс услуг по подготовке и проведению государствен-

ной регистрации изменений в ЕГРП по адресу: г. Москва, ул. Шаболовка, д. 26, стр. 4 осуществлялся ООО «Паритет» на основании заключенных договоров от 4 сентября 2007 г. с ООО «Диамант», действовавшего от имени УФНС России по г. Москве и в соответствии с договором поручения № 74 от 30 мая 2007 г. (л.д. 86-150 т. 2).

В соответствии со ст. 974 Гражданского кодекса Российской Федерации поверенный обязан лично исполнять данное ему поручение, за исключением случаев, указанных в ст. 976 настоящего Кодекса.

Доверенностями от 30.05.2007 г. № 74/2, от 30.05.2007 г. № 74/3, от 30.05.2004 г. № 74/4, выданными доверителем поверенному, не предусмотрено передоверие другим лицам совершения действий, на которые выдана доверенность.

Суд апелляционной инстанции правомерно признал обоснованными, документально подтвержденными расходы в размере 1 237 330,30 руб...»

Вывод из судебной практики: Не подлежит применению условие договора поручения о том, что издержки поверенного возмещаются третьим лицом.

Постановление ФАС Московского округа от 12 марта 2010 г. № КГ-А40/1417-10,2 по делу № А40-60277/09-62-422:

«...Из материалов дела следует, что 30 мая 2007 г. между Управлением Федеральной налоговой службы по г. Москве (доверитель) и Обществом с ограниченной ответственностью «Диамант» заключен договор поручения № 74, по условиям которого доверитель поручает и обязуется оплатить, а поверенный обязуется совершить от имени и за счет доверителя следующие юридические действия:

Подготовить, согласовать с уполномоченными органами государственной власти и местного самоуправления, а также заинтересованными учреждениями и организациями, собрать и предоставить доверителю для последующего направления в установленном порядке в Федеральное агентство по управлению Федеральным имуществом (либо его территориальное подразделение) полный комплект документов, необходимых для издания распоряжения о вовлечении в хозяйственный оборот на инвестиционных условиях федерального недвижимого имущества, закрепленного за доверителем на праве оперативного управления, расположенного по адресу: г. Москва, ул. Шаболовка, владение 26-28 (л. д. 8-16 т. 1).

Судом апелляционной инстанции дана оценка п. 3.6 договора, в соответствии с которым возмещение издержек поверенного производится победителем инвестиционного конкурса, и возражениям ответчика относительно способа размещения заказа – запросе котировок.

Апелляционный суд обоснованно указал, что указанный пункт договора противоречит содержанию договора о возмещении издержек поверенного доверителем в полном объеме на основании отчета о выполнении этапов поручения (п. 3.3 договора), предмету договора, требованиям

ст. 975 Гражданского кодекса Российской Федерации и ст. 308 Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которой обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в качестве сторон (для третьих лиц)...»

Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Дальневосточного округа от 11 октября 2010 г. № Ф03-6554/2010 по делу № А73-14537/2009:

«...В соответствии со статьей 971 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя.

Пунктом 2 статьи 975 этого же Кодекса предусмотрено, что доверитель обязан, если иное не предусмотрено договором: возмещать поверенному понесенные издержки; обеспечивать поверенного средствами, необходимыми для исполнения поручения.

Поскольку пунктом 4.3 договора предусмотрено, что возмещение затрат, понесенных поверенным при исполнении настоящего договора, осуществляется при вовлечении объектов незавершенного строительства в хозяйственный оборот в размере, подтвержденном первичными бухгалтерскими документами и согласованным с доверителем, суды пришли к правильному выводу о наличии у ТУ ФАУГИ в Хабаровском крае обязанности по возмещению поверенному понесенных им издержек, связанных с выполнением договора поручения.

При этом судами правомерно признано ничтожным дополнительное соглашение от 10.07.2006 к договору поручения, возлагающее обязанность возмещения затрат на неизвестное лицо – покупателя при вовлечении объектов незавершенного строительства в хозяйственный оборот, как противоречащее положениям статьи 313 Гражданского кодекса Российской Федерации...»

4). Специально оговаривается **обязанность доверителя-предпринимателя представлять коммерческому представителю соответствующую информацию.**

Дополнительные обязанности по предоставлению информации могут возлагаться на представляемого в силу особенностей заключаемого с ним договора. Так, **клиент обязан предоставить коммерческому представителю-экспедитору документы и другую информацию** о свойствах груза, об условиях его перевозки, а также иную информацию, необходимую для исполнения экспедитором обязанностей, предусмотренных договором транспортной экспедиции.

5). Кроме того, если за коммерческим представителем закрепляется определенная территория или определенный круг клиентов, **представляемый не вправе на таких же условиях давать поручения другим лицам.**

Исключение составляют случаи, когда обнаруживается, что возможности обслуживаемого рынка таковы, что деятельность представителя не позволяет полностью его охватить, то комитент оставляет за собой право либо добавить представителю на определенный за ним участок территории субпредставителя, который будет подчинен представителю и за деятельность которого представитель будет нести ответственность, либо оставить представителю первоначально выделенный участок территории и нанять нового представителя, который будет полностью независим от первого на предоставленном ему участке территории.

Помимо того, п. 17 Типового соглашения о торговом представительстве в международных отношениях⁵²⁹, предусматривает **право заключения договора с коммерческим (торговым) представителем на испытательный срок** (в основном срок устанавливается от 6 до 12 месяцев), который начинает действовать с даты подписания соглашения. Можно установить, разумеется, и другую дату вступления в силу.

Если по окончании испытательного срока представитель достиг оборота на сумму менее чем указанная в договоре сумма, испытание считается неудовлетворительным, и у представляемого возникает дополнительное **право расторгнуть соглашение**. При выполнении этого условия, соглашение вступает в силу окончательно. В этом случае соглашение будет заключено на неопределенный срок. Однако в любом случае стороны могут договориться продлить начальный испытательный срок на 6 месяцев.

Согласно пункту 19 Типового соглашения о торговом представительстве в международных отношениях⁵³⁰ представляемый обязуется **пунктуально выполнять заказы**, передаваемые ему при посредничестве представителя, и которые должны быть им подтверждены.

Таким образом, мы выделили наиболее существенные права и обязанности сторон в отношениях по коммерческому представительству. Как нам представляется, в Гражданском кодексе необходимо дополнить нормы, регулирующие отношения по коммерческому представительству и привести их в соответствие с международными стандартами. Представляется, что нет необходимости «разбрасывать» установления о коммерческом представительстве по всему ГК РФ, в частности, закреплять их в главе 49 «Поручение», которое вовсе не отражает специфику коммерческого (торгового) представительства.

Нет необходимости и во введении в ГК РФ отдельной главы, регламентирующей коммерческое представительство как отдельное обязательство. Применение к отношениям по коммерческому представительству

⁵²⁹ Приложение № 1. Типовое соглашение о торговом представительстве в международных отношениях. П. 17.

⁵³⁰ Там же. П. 19.

норм тех или иных названных нами обязательств придаст подобным отношениям большую динамику, позволит повысить их эффективность.

Кроме того, в ГК РФ необходимо дать более широкие полномочия сторонам, избравшим коммерческое представительство в установлении не только дополнительных прав и обязанностей, но и в изменении существующих положений. Последние должны применяться, если договором не предусмотрено иное.

Единственными неизменными признаками коммерческого (торгового) представительства следует считать выступление *профессионального представителя* в интересах представляемого и *презумпцию возмездности отношений сторон*.

§ 3.5. Передоверие исполнения поручения и прекращение поручения в отношениях коммерческого (торгового) представительства

В соответствии со ст. 976 ГК РФ поверенный вправе передать исполнение поручения другому лицу (заместителю) лишь в случаях и на условиях, предусмотренных ст. 187 ч. 1 ГК РФ. Доверитель вправе отвести заместителя, избранного поверенным. Если возможный заместитель поверенного поименован в договоре поручения, поверенный не отвечает ни за его выбор, ни за ведение им дел.

Если право поверенного передать исполнение поручения другому лицу в договоре не предусмотрено либо предусмотрено, но заместитель в нем не поименован, поверенный отвечает за выбор заместителя.

В то же время ни ст. 976, ни ст. 187 ГК РФ, регулирующие передоверие исполнения поручения, не предполагают обязательного наличия договорных отношений между доверителем и заместителем поверенного. Однако в таком случае неясно, каким образом должны регулироваться отношения между ними: распространяются ли права и обязанности поверенного, указанные в договоре, на заместителя.

Поэтому в судебной практике возник вопрос: является ли передоверие исполнения поручения недействительным, если между доверителем и заместителем поверенного нет договорных отношений?

Вывод из судебной практики: Отсутствие между доверителем и заместителем поверенного договорных отношений не является основанием для признания представительства недействительным (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 17 марта 2008 г. № Ф03-А24/08-1/649 по делу № А24-1805/07-09):

«...Кроме того, в силу статьи 976 ГК РФ поверенный вправе передать исполнение поручения другому лицу (заместителю) лишь в случаях и

на условиях, предусмотренных статьей 187 ГК РФ. Доверитель вправе отвести заместителя, избранного поверенным.

Находящаяся в деле (лист дела 40) доверенность от 27.04.2007, выданная истцом Ф., удостоверенная нотариусом Петропавловск-Камчатского нотариального округа за № 1-5320, свидетельствует о согласии истца как доверителя с предложенным поверенным заместителем.

Отсутствие между последними договорных отношений и непредусмотрение такой возможности в договоре о правовом обслуживании и соглашении № 01 не влекут признание представительства Ф. недействительным...»

В соответствии со ст. 977 ГК РФ договор поручения прекращается вследствие:

- отмены поручения доверителем;
- отказа поверенного;
- смерти доверителя или поверенного, признания кого-либо из них недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим.

Доверитель вправе отменить поручение, а поверенный отказаться от него во всякое время. Соглашение об отказе от этого права ничтожно.

Сторона, отказывающаяся от договора поручения, предусматривающего действия поверенного в качестве коммерческого представителя, должна уведомить другую сторону о прекращении договора не позднее чем за тридцать дней, если договором не предусмотрен более длительный срок.

При реорганизации юридического лица, являющегося коммерческим представителем, доверитель вправе отменить поручение без такого предварительного уведомления.

Последствия прекращения договора поручения являются общими для всех разновидностей, в том числе касаются и отношений с профессиональным торговым (коммерческим) представителем.

Если договор поручения прекращен до того, как поручение исполнено поверенным полностью, доверитель обязан возместить поверенному понесенные при исполнении поручения издержки, а когда поверенному причиталось вознаграждение, также уплатить ему вознаграждение соразмерно выполненной им работе. Это правило не применяется к исполнению поверенным поручения после того, как он узнал или должен был узнать о прекращении поручения (ст. 978 ГК РФ).

Отмена доверителем поручения не является основанием для возмещения убытков, причиненных поверенному прекращением договора поручения, за исключением случаев прекращения договора, предусматривающего действия поверенного в качестве коммерческого представителя.

Отказ поверенного от исполнения поручения доверителя не является основанием для возмещения убытков, причиненных доверителю прекра-

щением договора поручения, за исключением случаев отказа поверенного в условиях, когда доверитель лишен возможности иначе обеспечить свои интересы, а также отказа от исполнения договора, предусматривающего действия поверенного в качестве коммерческого представителя.

Отдельно в ГК РФ оговариваются обязанности наследников поверенного и ликвидатора юридического лица, являющегося поверенным (ст. 979).

В случае смерти поверенного его наследники обязаны известить доверителя о прекращении договора поручения и принять меры, необходимые для охраны имущества доверителя, в частности сохранить его вещи и документы, и затем передать это имущество доверителю.

Такая же обязанность лежит на ликвидаторе юридического лица, являющегося поверенным.

Вопросы судебной практики по толкованию и применению ст. 977 ГК РФ касаются следующих проблемных аспектов:

- 1) отмена поручения доверителем;
- 2) уведомление об отказе от договора поручения;
- 3) правомерность установления в договоре поручения штрафных санкций за отказ доверителя от договора.

1. Отмена поручения доверителем.

Ст. 977 ГК РФ предусмотрено, что доверитель вправе в любое время отменить поручение, а поверенный отказаться от него. Анализ судебной практики показывает, какие действия сторон могут быть расценены судами в качестве одностороннего отказа, а также какие требования могут предъявлять стороны в связи с данным отказом.

1.1. Вывод из судебной практики: Цессионарий не вправе оспорить действия доверителя, направленные на прекращение договора поручения.

Примечание: В приведенных далее Постановлениях суды исходили из того, что уступка права требования, вытекающего из исполнения обязательств поверенным по договору поручения, не является заменой стороны в договоре.

Этот вывод следует из мотивировочной части п. 6 информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса РФ», согласно которому уступка права (требования) влечет замену кредитора в конкретном обязательстве, в состав которого входит уступаемое право (требование), а не замену стороны в договоре (ранее такая позиция была выражена в Постановлении ФАС Московского округа от 8 сентября 2005 г., 1 сентября 2005 г. № КГ-А40/8190-05).

Как следует из гл. 49 ГК РФ, договор поручения является двухсторонним, т. е. устанавливает не только обязанности поверенного по совершению порученных юридических действий, но и обязанности доверителя,

предусмотренные ст. 975 ГК РФ. Поэтому приведенные ранее разъяснения Президиума ВАС РФ применимы к договору поручения.

Определение ВАС РФ от 31 июля 2008 г. № 9513/08 по делу № А41-К1-17215/07:

«...Общество с ограниченной ответственностью «НПК Технологии, материалы и инновации» обратилось в арбитражный суд с иском к открытому акционерному обществу «Центральная телекоммуникационная компания» о применении последствий ничтожных сделок к действиям ответчика по приостановлению исполнения и расторжению договора от 17.10.2002 № 1338/02-ДО; обязанности ответчика принять результаты выполнения I-ого этапа договора от 17.10.2002 № 1338/02-ДО с подписанием акта выполненных работ (с учетом уточнения заявленных требований).

Решением Арбитражного суда Московской области от 04.02.2008, оставленным без изменения постановлением Десятого арбитражного апелляционного суда от 08.04.2008 и постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 19.06.2008, в удовлетворении иска отказано.

Между ООО «Центр-Капитал-Групп» (поверенный) и ответчиком (доверитель) заключен договор от 17.10.2002 № 1338/02-ДО, по условиям которого доверитель поручил, а поверенный принял на себя обязательство за вознаграждение производить от имени доверителя все необходимые действия, связанные с взысканием дебиторской задолженности за предоставленные услуги связи с организацией...

Письмом от 03.11.2005 № 22-08/6612 доверитель известил поверенного о расторжении вышеназванного договора поручения.

При рассмотрении спора суды правомерно указали, что истец не является стороной договора поручения от 17.10.2002 № 1338/02-ДО, в рамках договора цессии произведена уступка прав требования, вытекающих из исполнения ООО «Центр-Капитал-Групп» обязательств по договору поручения, а не замена стороны в данном договоре, поэтому истец не вправе оспаривать действия ответчика, направленные на прекращение данного договора.

Кроме того, право доверителя отменить поручение установлено пунктом 2 статьи 977 Гражданского кодекса. При этом в силу пункта 1 названной статьи договор поручения прекращается.

При указанных обстоятельствах у судов отсутствовали основания для признания недействительными действий ответчика, направленных на прекращение договора поручения...»

Подробнее по данному делу даётся разъяснение в Постановлении ФАС Московского округа от 19 июня 2008г. № КГ-А41/4640-08 по делу № А41-К1-17215/07:

«...Как видно из материалов дела и установлено судом, 17.10.02 г. между ООО «Центр-Капитал-Групп» (поверенный) и ОАО «ЦентрТелеком» (доверитель) был заключен договор № 1338/02-ДО, по условиям которого доверитель поручал, а поверенный принимал на себя обязательства за вознаграждение производить от имени доверителя все необходимые действия, связанные с взысканием дебиторской задолженности за предоставленные услуги связи с организацией (согласно перечню – приложение № 1 к договору), включая подготовку всей необходимой документации для взыскания задолженности в досудебном и судебном порядке, представление интересов доверителя в судах общей юрисдикции и арбитражных судах, а также обеспечение исполнительных действий для поступления денежных средств на расчетный счет доверителя.

Судом установлено, что письмом от 03.11.04 г. № 22-08/6612 ответчик известил ООО «Центр-Капитал-Групп» о расторжении договора поручения № 1338/02-ДО.

По договору от 25.11.05 г. № 288/05-ДУ, заключенному между ООО «Центр-Капитал-Групп» (первоначальный кредитор) и ООО «НПК Технологии, материалы и инновации» (новый кредитор), первоначальный кредитор уступил новому кредитору свои требования кредитора, вытекающие из исполнения договора поручения № 1338/02-ДО от 17.10.02 г.

Как правильно установлено судом апелляционной инстанции, ООО «НПК Технологии, материалы и инновации» не является стороной по спорному договору и в рамках договора цессии № 288/05-ДУ произведена уступка лишь прав требования, вытекающих из исполнения ООО «Центр-Капитал-Групп» обязательств по договору поручения № 1338/02-ДО от 17.10.02 г., а не замена стороны в данном договоре, то истец не вправе оспаривать действия ответчика, направленные на прекращение названного договора поручения...»

1.2. Вывод из судебной практики: Невыдача доверенности поверенному может расцениваться как отмена поручения доверителем.

Постановление ФАС Московского округа от 24 сентября 2009 г. № КГ-А40/7992-09 по делу № А40-80700/08-77-572:

«...Суд первой и апелляционной инстанции апелляционной инстанции, исследовав и оценив собранные по делу доказательства, пришел к обоснованному выводу о том, что исковые требования ООО «Муниципальный центр безопасности» не подлежат удовлетворению.

Согласно пункту 1 статьи 971 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия.

При этом пунктом 1 статьи 975 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрена обязанность доверителя выдать поверенному доверенность (доверенности) на совершение юридических действий,

предусмотренных договором поручения, за исключением случаев, предусмотренных абзацем вторым пункта 1 статьи 182 Кодекса.

Пунктом 3.1 договора поручения от 1 ноября 1999 г. договора также установлено, что Доверитель выдает Поверенному доверенность на осуществление деятельности, указанной в разделе 1 договора.

Судами установлено и материалами дела подтверждено, что доверенность истцу на совершение юридических действий, предусмотренных спорным договором поручения, после 31.12.2006 не выдавалась.

Односторонний отказ доверителя от договора поручения предусмотрен в статье 977 Гражданского кодекса Российской Федерации.

В силу пункта 1 указанной статьи договор поручения прекращается вследствие отмены поручения доверителем.

При этом, доверитель вправе отменить поручение, а поверенный отказаться от него во всякое время. Соглашение об отказе от этого права ничтожно (пункт 2 статьи 977 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Исходя из указанных норм права, невыдача доверителем доверенности расценена судами как отмена поручения доверителем...»

Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Поволжского округа от 1 февраля 2012 г. по делу № А72-3855/2011:

«...Пунктом 1 статьи 975 ГК РФ, а также пунктом 1.6 договора поручения предусмотрена обязанность доверителя выдать поверенному доверенность на совершение юридических действий, предусмотренных договором поручения, за исключением случаев, предусмотренных абзацем вторым пункта 1 статьи 182 ГК РФ.

Судом установлено и сторонами не оспаривается, что доверенность ответчику на совершение юридических действий истцом не выдавалась.

Односторонний отказ доверителя от договора поручения предусмотрен в статье 977 ГК РФ.

В силу пункта 1 указанной статьи договор поручения прекращается вследствие отмены поручения доверителем.

При этом доверитель вправе отменить поручение, а поверенный отказаться от него во всякое время. Соглашение об отказе от этого права ничтожно (пункт 2 статьи 977 ГК РФ).

Исходя из указанных норм права, невыдача истцом доверенности расценена судами как отмена поручения доверителем.

Обжалуемые судебные акты соответствуют нормам права, а содержащиеся в них выводы – установленным по делу фактическим обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам...»

1.3. Вывод из судебной практики: После отмены поручения доверитель вправе истребовать доверенность у поверенного в судебном порядке.

Постановление ФАС Центрального округа от 24 февраля 2011 г. по делу № А09-2070/2010:

«...Судами первой и апелляционной инстанций установлено, что 10.02.2010 между ОАО «Паросиловое хозяйство» (доверитель) и ООО «Консалтинговый центр» (поверенный) заключен договор поручения на совершение юридических действий № 11, подписано дополнительное соглашение № 1 от 15.02.2010.

Во исполнение условий договора ответчику была выдана доверенность б/н от 10.02.2010 без указания срока действия.

ОАО «Паросиловое хозяйство» направило ответчику по адресу, указанному в договоре (г. Брянск, ул. Дуки, 65, офис 3), и юридическому адресу (г. Брянск, ул. Ульянова, д. 31б) уведомление № 126 от 10.03.2010 об отмене поручения и прекращении договора поручения, просило возвратить выданную во исполнение договора поручения доверенность б/н от 10.02.2010.

Поскольку ответчиком требования истца не были исполнены, ОАО «Паросиловое хозяйство» обратилось в арбитражный суд с вышеназванным иском.

Обязывая ООО «Консалтинговый центр» возвратить истцу доверенность б/н от 10.02.2010, выданную во исполнение договора поручения на совершение юридических действий № 11 от 10.02.2010, суды сослались на ст. 974 ГК РФ, согласно которой поверенный обязан по исполнении поручения или при прекращении договора поручения до его исполнения без промедления возвратить доверителю доверенность, срок действия которой не истек, и представить отчет с приложением оправдательных документов, если это требуется по условиям договора или характеру поручения.

При изложенных обстоятельствах судебная коллегия считает, что выводы, содержащиеся в судебных актах, соответствуют фактическим обстоятельствам дела, которым дана верная оценка, нарушений норм материального права или процессуального права, допущенных судами при вынесении обжалуемых судебных актов и влекущих их отмену, не установлено. Оснований для удовлетворения кассационной жалобы не имеется...»

1.4. Вывод из судебной практики: Договор поручения считается прекращенным с того момента, когда поверенный узнал или должен был узнать об отмене поручения.

Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 2 ноября 2010 по делу № А09-2070/2010:

«...Открытое акционерное общество «Паросиловое хозяйство» (далее – ОАО «Паросиловое хозяйство») обратилось в Арбитражный суд Брянской области с иском к обществу с ограниченной ответственностью «Консалтинговый центр» (далее – ООО «Консалтинговый центр») о рас-

торжении договора поручения № 11 от 10.02.2010, обязанности возвратить доверенность б/н от 10.02.2010 и взыскании аванса в сумме 190 000 руб. с учетом уточнений в порядке статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее по тексту – АПК РФ).

Заключенный между сторонами договор является договором поручения и регулируется ст. ст. 971-979 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее по тексту – ГК РФ).

В соответствии с п. 4.1 договора и п. 1 ст. 977 ГК РФ договор поручения прекращается вследствие отмены поручения доверителем.

Доверитель вправе отменить поручение, а поверенный отказаться от него во всякое время. Соглашение об отказе от этого права ничтожно (пункт 2 статьи 977 ГК РФ).

Односторонний отказ от исполнения обязательства – это волеизъявление стороны в обязательстве (односторонняя сделка), прекращающее обязательство во внесудебном порядке.

Анализируя п. 1 ст. 978 ГК РФ, суд области сделал правильный вывод о том, что договор поручения считается прекращенным с того момента, когда поверенный узнал или должен был узнать об отмене поручения.

Как правильно установил суд первой инстанции, учитывая, что более позднее письмо с заявлением об отмене поручения было направлено ответчику 12.03.2010, а также учитывая 2 дня на пересылку письменной корреспонденции, ООО «Консалтинговый центр», действуя с необходимой степенью заботливости и осмотрительности, должно было получить заявление истца 14.03.2010.

Кроме того, представитель ответчика участвовал в заседании арбитражного суда по настоящему делу 27.05.2010 и узнал об отмене поручения.

Таким образом, суд обоснованно пришел к выводу, что на момент принятия обжалуемого решения договор поручения на совершение юридических действий № 11 от 10.02.2010 являлся прекращенным и правовых оснований для расторжения вышеуказанного договора у суда не имелось...»

2. Уведомление об отказе от договора поручения.

Согласно п. 3 ст. 977 ГК РФ если поверенный действует в качестве коммерческого представителя, то сторона, отказывающаяся от договора поручения, должна уведомить другую сторону о прекращении договора не позднее чем за 30 дней, если договором не предусмотрен более длительный срок.

При этом из буквального толкования п. 1 данной статьи следует, что отказ поверенного от поручения напрямую не связан с направлением доверителю уведомления об отказе от договора.

Следует иметь в виду, что Федеральным законом от 28.06.2013 № 134-ФЗ в ст. 51 ГК РФ внесены изменения. Согласно новой редакции п. 2 указанной статьи данные государственной регистрации включаются в ЕГРЮЛ. Лицо, добросовестно полагающееся на эти данные, вправе исходить из того, что они соответствуют действительности. Юридическое лицо в отношениях с указанным лицом не вправе ссылаться на данные, не включенные в реестр, а также на содержащиеся в нем недостоверные сведения. Исключения составляют случаи, когда данные внесены в реестр в результате неправомерных действий третьих лиц или иным путем помимо воли юридического лица.

Об этом также говорится в п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 61 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица».

2.1. Вывод из судебной практики: Договор поручения не может быть прекращен, если поверенный не направил доверителю уведомление об отказе от поручения.

Примечание: В деле, по которому было вынесено приведенное далее Постановление, поверенный направил уведомление об отказе от поручения, однако суд признал данное уведомление ненадлежащим, поскольку подпись получателя неразборчива и нарушены сроки прохождения почтового отправления.

Постановление Семнадцатого апелляционного суда от 13 ноября 2007 г. № 17АП-6964/2007-ГК по делу № А50-6821/2007:

«...Доводы ответчика о том, что на основании ст. 977 ГК РФ договор поручения прекратился в связи с отказом поверенного, поэтому прекратились и основанные на нем обязательства, не могут быть приняты во внимание.

Из содержания п. 1 ст. 977 ГК РФ не следует, что договор поручения может быть прекращен независимо от получения доверителем отказа поверенного от поручения.

Представитель истца в судебном заседании пояснил, что письмо ответчика об отказе от договора поручения ООО «П» не получало.

Имеющиеся в материалах дела доказательства: письмо ответчика об отказе от договора поручения от 29.06.2007, опись вложения в ценное письмо (л. д. 36, 37), а также представленное ответчиком в суд апелляционной инстанции уведомление о вручении почтового отправления 17.08.2007 не могут быть приняты в качестве надлежащих доказательств факта получения истцом письма ответчика от 29.06.2007. Подпись получателя в уведомлении от 17.08.2007 неразборчива, расшифровка подписи отсутствует. Кроме того, указанная в уведомлении дата вручения 17.08.2007 свидетельствует о нарушении сроков прохождения почтового отправления. Доводы представителя ответчика о том, что истец отказывался от получения данного письма, документально не подтвер-

ждены (ст. 65 АПК РФ). Указанные обстоятельства в совокупности свидетельствуют о недостоверности доказательств, представленных ответчиком в подтверждение своих доводов (ст. 71 АПК РФ)...

2.2. Вывод из судебной практики: Уведомление поверенного об отказе от поручения, возвращенное почтовой службой «по истечении срока хранения», не является надлежащим.

Постановление Семнадцатого апелляционного суда от 10 ноября 2006 г. № 17АП-1711/2006-ГК по делу № А50-11260/2006-Г18:

«...В соответствии с пунктом 2 статьи 977 ГК РФ поверенный вправе отказаться от поручения во всякое время, пунктом 4.3 договора поручения предусмотрено, что сторона, отказывающаяся от договора, должна уведомить другую сторону о прекращении договора не позднее чем за 30 дней до предполагаемой даты прекращения договора. Ответчиком доказательства соблюдения указанного порядка не представлены, о чем указано в обжалуемом решении суда. Представленная в заседании апелляционного суда ответчиком почтовая корреспонденция, возвращенная ответчику с отметкой «возвращается по истечении срока хранения», не может быть оценена как доказательство уведомления истца письмом от 03.10.2005 (л.д. 39-40) о расторжении договора...»

2.3. Вывод из судебной практики: Требование доверителя о возврате перечисленного поверенному аванса свидетельствует об отказе доверителя от договора.

Постановление ФАС Московского округа от 09.08.2010 № КГ-А40/8093-10 по делу № А40-139038/09-47-947:

«...Судами установлено, что в соответствии с условиями дополнительного соглашения о договорной стоимости вознаграждения, истец перечислил ответчику предоплату в размере 120 000 руб., что подтверждается платежными поручениями № 103 от 14.08.2008 г. и № 071 от 08.10.2008 г.

Судами установлено также, что на дату рассмотрения спора обязательства ответчика по договору поручения не выполнены, акт сдачи-приемки не подписан.

В этой связи 17.09.2009 г. истец направил в адрес ответчика письмо № 05-5727 с требованием вернуть сумму предоплаты в размере 120 000 руб. и уплатить пени в размере 16 800 руб., что, как правильно отмечено судом, фактически свидетельствует об отказе от договора.

Таким образом, установив, что договор поручения между сторонами прекратил свое действие, ответчиком обязательства по договору надлежащим образом не исполнены, и, принимая во внимание период просрочки исполнения ответчиком обязательств и установленное договором ограничение предельного размера пени, суд сделал обоснованный вывод о правомерности заявленных требований и взыскал сумму предоплаты в размере 120 000 руб. и сумму пени в размере 16 800 руб...»

Аналогичная судебная практика:

Отметим, что в рассмотренном ниже деле между сторонами был заключен смешанный договор, содержащий в себе элементы договора **возмездного оказания услуг** и **договора поручения**.

Определение ВАС РФ от 14 апреля 2011 г. № ВАС-3934/11 по делу № А53-22853/2009:

«...Оценив правовую природу подписанного сторонами договора, суды апелляционной и кассационной инстанций признали его смешанным, включающим элементы договора возмездного оказания услуг и договора поручения.

Правовые конструкции договоров оказания услуг и поручения предполагают право заказчика и доверителя на односторонний отказ от договора (статьи 782 и 977 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Суды признали, что требование о возврате оплаченного аванса является реализацией права на односторонний отказ от исполнения договора.

...в передаче в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации дела № А53-22853/2009 Арбитражного суда Ростовской области для пересмотра в порядке надзора решения от 28.01.2010, постановления Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.10.2010 и постановления Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 28.01.2011 отказать...»

Постановление ФАС Центрального округа от 30 сентября 2010 г. по делу № А54-5335/2009:

«...15 апреля 2008 года между ЗАО «Ледер-Сервис» (доверитель) и ООО «Городское управление недвижимости» (поверенный) заключен договор поручения № 108045 (далее – Договор), по условиям п. 1.1 которого доверитель поручил и обязался оплатить, а поверенный обязался приобрести от имени и за счет доверителя на муниципальных закрытых торгах встроенное нежилое помещение № 3 лит. А, инвентарный. № 823ж, по адресу: г. Липецк, ул. Космонавтов, д. 52.

Во исполнение принятых по договору обязательств ЗАО «Ледер-Сервис» платежным поручением от 30.04.2008 № 147 на сумму 2 996 000 руб. перечислил поверенному вознаграждение за исполнение поручения, однако последний в нарушение п. 2.2 Договора вышеназванное нежилое помещение не приобрел.

1 октября 2008 года ЗАО «Ледер-Сервис» направило в адрес ответчика письмо № 26 с требованием о возврате суммы вознаграждения.

Довод заявителя кассационной жалобы о том, что Договор на момент рассмотрения настоящего спора является действующим, правомерно отклонен судом, поскольку опровергается материалами дела и не основан на нормах права.

В силу пункта 1 статьи 977 ГК РФ по договору поручения доверитель вправе отменить поручение, а поверенный – отказаться от него во всякое время.

Уведомление истцом поверенного 01.10.2008 о возврате перечисленных во исполнение договора поручения средств в связи с недостижением цели договора, и направление ООО «Городское управление недвижимости» встречного письма 20.10.2008, которым поверенный выдал гарантийное обязательство возвратить денежные средства, в связи с не достижением цели договора поручения № 108045 от 15.04.2008, свидетельствует о прекращении действия договора поручения и подтверждает правомерность вывода суда об удовлетворении заявленных требований.

Фактические обстоятельства, имеющие значение для дела, установлены судами первой и апелляционной инстанций на основании полного, всестороннего и объективного исследования имеющихся в деле доказательств с учетом всех доводов и возражений участвующих в деле лиц, а окончательные выводы судов соответствуют фактическим обстоятельствам и представленным доказательствам, основаны на правильном применении норм материального и процессуального права...»

2.4. Вывод из судебной практики: Тридцатидневный срок уведомления стороны об отказе от договора, поверенный по которому является **коммерческим представителем, исчисляется с момента получения стороной такого уведомления.**

Примечание: В приведенном ниже Постановлении суд рассматривал спор из договора агентирования, заключенного по модели договора комиссии.

Постановление ФАС Московского округа от 25 октября 2010 г. № КГ-А40/12183-10-П по делу № А40-130042/09-50-241:

«...В соответствии с п. 6.3 договора ответчик вправе в любое время в одностороннем порядке расторгнуть договор, при этом в договоре не предусмотрен срок предварительного уведомления агента до момента расторжения договора.

Согласно ст. 977 ГК РФ при отказе от договора принципал должен уведомить об этом агента не позднее чем за 30 дней.

Суд установил, что письмо ответчика о расторжении договора № 1082 от 16.10.2008 получено 23.10.2008, в связи с чем суд обоснованно исходил из срока действия договора, пролонгированного до 23.11.2008...»

3. Правомерность установления в договоре поручения штрафных санкций за отказ доверителя от договора.

В рамках разрешения споров в судебной практике возникает вопрос: правомерно ли включение в договор поручения условия о штрафных санкциях за отказ доверителя от договора?

Разрешение судами данного вопроса имеет важное значение для рассмотрения споров об административных правонарушениях, а именно: об-

разуется ли состав административного правонарушения по ст. 14.8 КоАП РФ такое условие, включенное в договор, заключенный с потребителем?

При решении этой проблемы судебная практика основывалась на толковании ст. ст. 977 и 978 ГК РФ, поэтому приведенный далее вывод из судебной практики имеет значение и для применения ст. 978 ГК РФ.

3.1. Вывод из судебной практики: Условие агентского договора о штрафных санкциях за отказ принципала (доверителя) от договора ущемляет права потребителя.

Примечание: Суды придерживаются того же подхода и в отношении договора возмездного оказания услуг (Постановление ФАС Уральского округа от 7 ноября 2007 г. № Ф09-9160/07-С1 по делу № А60-17563/07).

Постановление ФАС Уральского округа от 6 декабря 2007 г. № Ф09-10153/07-С1 по делу № А60-7169/07:

«...В ходе названной проверки административным органом установлен факт нарушения обществом прав потребителей, выразившегося во включении в договоры об оказании риэлтерских услуг, заключенные обществом с Панниковой Л. П. 24.05.2006 и с Паниковым В. В. 23.05.2006, условий, ущемляющих установленные законом права потребителя.

По результатам проверки управлением вынесено определение о возбуждении дела об административном правонарушении от 14.03.2007 № 20/03-1296, составлен протокол об административном правонарушении от 02.04.2007, на основании которых вынесено постановление от 05.04.2007 № 20 о привлечении общества к административной ответственности, предусмотренной ч. 2 ст. 14.8 Кодекса, в виде взыскания штрафа в сумме 10000 руб.

В силу п. 1 ст. 16 Закона Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (далее – Закон) условия договора, ущемляющие права потребителей по сравнению с правилами, установленными законом или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей, признаются недействительными.

Ответственность за включение в договор условий, ущемляющих установленные законом права потребителей, предусмотрена ч. 2 ст. 14.8 Кодекса.

Суды, исследовав указанные договоры, пришли к обоснованному выводу о том, что они являются смешанными и содержат элементы договора поручения и агентского договора.

В п. 7.1 договора от 23.05.2006 (п. 6.1 договора от 24.05.2006) установлено, что одна из сторон может досрочно расторгнуть договор без штрафных санкций со своей стороны только в случае нарушения обязательств и гарантий, принятых на себя по договору другой стороной. До осуществления такой выплаты договор не может быть расторгнут.

Из условий названного договора (п. 7.6) следует, что в случае отказа клиента от объекта, предложенного риэлтером, а впоследствии приоб-

ретенция объекта (прав по объекту) без участия риэлтера в течение 6 (шести) месяцев с момента окончания договора клиент обязан уплатить риэлтеру неустойку в двукратном размере вознаграждения.

Таким образом, истолковав названные положения договора, суды сделали правильный вывод о том, что без уплаты штрафных санкций гражданин не вправе расторгнуть договор (отказаться от выполнения услуг по данному договору) в одностороннем порядке. Исключение составляет случай, когда другая сторона по договору нарушила обязательства и гарантии, принятые по договору.

На основании изложенного суды пришли к обоснованному выводу о том, что условия указанного пункта договора противоречат положениям ст. 977, 978 Гражданского кодекса Российской Федерации, императивным нормам права, регламентирующим порядок расторжения договора и последствия его прекращения, с учетом применения к агентским отношениям правил о договорах поручения (ст. 1011 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Поскольку, установив ограничивающие потребителя условия расторжения договора, заявитель лишил гражданина права свободного выбора поставщика услуги и нарушил установленные законодательством обязательные требования для оказания соответствующих услуг, вывод судов о наличии в действиях общества состава административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ч. 2 ст. 14.8 Кодекса, является законным и обоснованным...»

Вопросы судебной практики по толкованию и применению ст. 978 ГК РФ:

- 1) ограничение в возмещении поверенному издержек, связанных с исполнением поручения;
- 2) последствия прекращения договора поручения в случае смерти доверителя или поверенного.

1. Ограничение в возмещении поверенному издержек, связанных с исполнением поручения.

Пункт 1 ст. 978 ГК РФ предусматривает условие возмещения издержек поверенного при прекращении договора поручения, но при этом поручение должно быть частично исполнено («если договор поручения прекращен до того, как поручение исполнено поверенным полностью»). Кроме того, данный пункт прямо устанавливает, что возмещаются издержки поверенного, понесенные им при исполнении поручения, а вознаграждение выплачивается соразмерно выполненной работе.

То есть если поверенный не приступил к исполнению поручения и договор был прекращен, то возмещение поверенному издержек в форме определенной суммы невозможно, поскольку, не приступив к исполнению поручения, он никаких издержек в смысле данного пункта ст. 978 ГК РФ не понес.

Условие договора о выплате поверенному (агенту) определенных сумм при отказе от поручения до его исполнения ничтожно.

Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20 января 2004 г. № Ф03-А51/03-1/3575:

«...Письмом от 18.07.2001 № 4/18-07 внешний управляющий ОАО «Дальэлектромонтаж» А. П. Бондаренко заявил отказ от исполнения вышеперечисленных агентских договоров на основании пункта 2 статьи 77 Федерального закона от 08.01.1998 № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», как влекущих существенные убытки для предприятия должника, отозвав ранее выданные доверенности, что не противоречит ст. 1010 ГК РФ, предусматривающей возможность отказа одной из сторон от исполнения договора, заключенного без определения срока окончания его действия.

ООО «Альба», полагая, что в период с момента заключения договоров и до момента отказа ответчика от их исполнения им надлежащим образом исполнены принятые на себя обязательства, обратилось в суд с настоящим иском о взыскании расходов, понесенных им при исполнении поручений клиента согласно п. 10 этих договоров, предусматривающих обязанность клиента в этом случае оплатить все расходы, подтвержденные документально, а в случае отсутствия документов – из расчета 1 минимальной ежемесячной зарплаты по договору № 1/03 от 01.03.2001, из расчета 5 минимальных ежемесячных зарплат по договору № 1/08 от 16.04.2001, из расчета суточных командировочных по договорам № 1/06 от 20.04.2001 и № 1/07 от 20.04.2001, за каждый день работы, начиная от дня заключения договора до получения уведомления об отказе от услуг «агента».

Согласно ст. 1011 ГК РФ, к отношениям, вытекающим из агентского договора, применяются нормы Гражданского кодекса, регламентирующие договор поручения, поскольку по условиям агентских договоров агент должен был действовать от имени принципала на основании выданной доверенности, если они не противоречат положениям главы 53 ГК РФ об агентском договоре.

Согласно пункту 1 статьи 978 Гражданского кодекса Российской Федерации, если договор поручения прекращен до того, как поручение исполнено поверенным полностью, доверитель обязан возместить поверенному понесенные при исполнении поручения издержки, а когда поверенному причиталось вознаграждение, также уплатить ему вознаграждение соразмерно выполненной им работе.

При этом согласно п. 2 ст. 978 ГК РФ отмена доверителем поручения не является основанием для возмещения убытков, причиненных поверенному прекращением договора.

Поскольку закон предусматривает возмещение поверенному только понесенных издержек, то условия пунктов 10 агентских договоров о вы-

плате агенту, в случае отказа клиента от его услуг до исполнения поручения, заранее установленных сумм противоречат ст. 978 ГК РФ, а поэтому ничтожны в силу ст. 180 ГК РФ в этой части...»

2. Последствия прекращения договора поручения в случае смерти доверителя или поверенного.

Права и обязанности, возникшие из договора поручения, не входят в состав наследства.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании»:

«...15. Имущественные права и обязанности не входят в состав наследства, если они неразрывно связаны с личностью наследодателя, а также если их переход в порядке наследования не допускается ГК РФ или другими федеральными законами (статья 418, часть вторая статьи 1112 ГК РФ). В частности, в состав наследства не входят: право на алименты и алиментные обязательства (раздел V Семейного кодекса Российской Федерации, далее – СК РФ), права и обязанности, возникшие из договоров безвозмездного пользования (статья 701 ГК РФ), поручения (пункт 1 статьи 977 ГК РФ), комиссии (часть первая статьи 1002 ГК РФ), агентского договора (статья 1010 ГК РФ)...»

Договор поручения прекращается вследствие смерти доверителя или поверенного (п. 1 ст. 977 ГК РФ). В соответствии с п. 1 ст. 1110 ГК РФ наследство умершего переходит к другим лицам в неизменном виде как единое целое, если из правил Гражданского кодекса РФ не следует иное. Ст. 1112 ГК РФ устанавливает, что в состав наследства не входят права и обязанности, неразрывно связанные с личностью наследодателя, а также те права и обязанности, переход которых в порядке наследования не допускается Гражданским кодексом РФ или другими законами. В связи с этим возникает вопрос о том, входят ли в состав наследства права и обязанности, возникшие из договора поручения, в случае смерти доверителя или поверенного.

Глава 4. Актуальные вопросы, связанные с применением института профессионального коммерческого (торгового) представительства в судебной практике, коммерческом обороте и современной научной мысли и защитой интересов участников отношений коммерческого представительства от противоправных посягательств

*Если Господь не созиждет дома,
напрасно трудятся строящие его;
если Господь не хранит города,
напрасно бодрствует страж.*

Библия.

Псалтирь 126:1.

§ 4.1. К вопросу о полномочиях коммерческих (торговых) представителей (анализ существующей судебной практики, касающейся деятельности коммерческого (торгового) представителя и защиты интересов участников отношений коммерческого представительства от противоправных посягательств)

Профессиональный коммерческий (торговый) представитель совершает юридические действия для представляемого в силу и в пределах полномочий, основанных на договоре, заключенным с последним. Содержание и круг полномочий, содержащихся в договоре, определяются волей представляемого предпринимателя.

С начала 90-х годов прошлого века в ходе реформ, проводимых в России, хозяйствующим субъектам предоставлен большой объем правомочий, который в ряде случаев используется во вред правоохраняемым интересам. Подобные деяния были обозначены термином «**злоупотребление правом**». Применительно к профессиональному торговому (коммерческому) представителю данный термин будет звучать как «**злоупотребление полномочиями**».

В этой связи представляется актуальным выяснение правовой природы и пределов полномочий, полученных коммерческим представителем.

В российской юридической литературе отсутствует единая точка зрения по вопросу о правовой природе полномочий представителя. Относительно юридической природы и сущности полномочий можно выделить три концепции: концепцию «проявления правоспособности», концепцию «юридических фактов» и концепцию «субъективного права».

Сторонники концепции «проявления правоспособности» исходят из того, что полномочия представителя – особый правовой феномен, не являющийся ни правоспособностью, ни субъективным правом. Полномочия представителя в рамках рассматриваемой концепции выступают как «про-

явление гражданской правоспособности, заключающееся в возможности совершить действие от имени другого лица»⁵³¹.

Концепция «субъективного права» построена на понимании правомочия представителя как сложного по строению субъективного права, основным элементом состава которого является «правомочие на собственные положительные действия как возможность осуществить юридическую деятельность от имени представляемого в отношении третьих лиц с непосредственным правовым результатом для представляемого»⁵³².

Представляется, что все изложенные выше взгляды в той или иной мере отражают сущность представительства. Однако в наибольшей степени приближается к правильному пониманию правовой природы представительства концепция «субъективного права», в рамках которой полномочие представителя рассматривается как его субъективное право. Это право характеризуется тем, что представляет собой возможность приобрести или осуществить субъективное право представляемого лица по отношению к третьим лицам. Отсюда следует, что никто не может дать другому лицу (представителю) полномочие, превышающее по объему его собственное субъективное право. С другой стороны носителю полномочия (представителю) не обязательно обладать правоспособностью, необходимой для обладания правами, приобретаемыми для уполномоченного лица.

В свете вышесказанного автор приходит к выводу, что полномочие коммерческого представителя – это его субъективное право на реализацию правоспособности представляемого по совершению сделок и иных юридических действий в сфере предпринимательской деятельности представляемого предпринимателя. Пределы полномочий представителя являются теми границами, в рамках которых представитель вправе реализовать субъективные права представляемого в процессе совершения юридических действий с третьими лицами.

Так, в зависимости от степени определенности, с которой в договоре указан контрагент представляемого, полномочие коммерческого представителя можно охарактеризовать как «абсолютное» или как «относительное» субъективное право. Если полномочия коммерческого представителя не ограничены указанием на необходимость совершения сделки с конкретным лицом, то полномочия коммерческого представителя носят «абсолютный» характер. Если же в договоре и в выданной в дополнение к нему доверенности сформулированы полномочия коммерческого представителя только в отношении определенных лиц, указанных в договоре, то полномочия коммерческого представителя следует охарактеризовать как «относительные».

⁵³¹ Бойкова О. С. Торговое право. Дашков и К, 2009. С. 32-36.

⁵³² Ломидзе О. Г. Правонаследие в гражданском законодательстве России. СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. С. 35

Характерным признаком полномочия представителя является то, что оно представляется и осуществляется в интересах лица, на приобретение прав и обязанностей которого дано полномочие. В этой связи в юридической литературе отмечается, что право представителя совершать правомерные действия в отношении имущества, принадлежащего представляемому, устанавливается для удовлетворения собственных интересов самого представляемого и «в конечном счете направлено на получение собственником той услуги, в которой он нуждается»⁵³³.

Поэтому представитель уже по своему положению обязан действовать в интересах представляемого.

Таким образом, представитель наделяется полномочиями для действий не в своих интересах, а в интересах представляемого⁵³⁴.

В юридической литературе выработались **два основных подхода к проблеме злоупотребления правом**. Одни авторы полностью отвергают это понятие, считают его противоречивым, лишённым всякого правового смысла. По мнению М. М. Агаркова, те действия, которые называют злоупотреблением правом, на самом деле совершаются за пределами права⁵³⁵.

Другие авторы полагали, что термин «злоупотребление правом» имеет свой смысл. По мнению О. С. Иоффе, злоупотребление правом предполагает использование субъективного права вопреки его назначению⁵³⁶. Аналогичную позицию высказывает и С. Н. Братусь⁵³⁷.

Иную точку зрения по этому вопросу высказал В. П. Грибанов. Он полагал, что нельзя связывать проблему злоупотребления правом только с целевым назначением. Данная проблема связана не с субъективным правом вообще, не с его содержанием, а с процессом его реализации, с его осуществлением. Всякое субъективное право представляет собой меру возможного поведения управомоченного лица. Осуществление субъективного права – реализация этих возможностей, это конкретные действия. О злоупотреблении правом может идти речь, когда управомоченный субъект, действующий в границах принадлежащего ему субъективного права, в рамках возможностей, которые составляют содержание данного права, использует такие формы его реализации, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права⁵³⁸.

⁵³³ Там же. С. 231.

⁵³⁴ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: учебно-практическое пособие. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010. С. 201.

⁵³⁵ Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР, отделение экономики и права. 1946. № 6. С. 426.

⁵³⁶ Иоффе О. С. Советское государство и право. М., 1967. С. 311.

⁵³⁷ Братусь С. Н. О пределах осуществления гражданских прав // Правоведение. 1967. № 3. С. 80-81.

⁵³⁸ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 39-47.

На основании этого В. П. Грибанов даёт следующее определение: «Злоупотребление правом – это особый вид гражданского правонарушения, совершённый управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения»⁵³⁹. Такой же точки зрения придерживается и М. И. Бару⁵⁴⁰.

Злоупотребление правами представляет собой один из видов правонарушений и по этой причине должно влечь за собой санкции. Санкции выражаются прежде всего в отказе лицу в защите принадлежащего ему права.

В ходе контроля за осуществлением профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг выявляются нарушения законодательства, допускаемые кредитными организациями-профессиональными участниками рынка ценных бумаг при совершении сделок через организаторов торговли ценными бумагами. Кредитные организации-профессиональные участники рынка ценных бумаг, осуществляющие брокерскую деятельность, в том числе совмещающие эту деятельность с дилерской деятельностью, при исполнении поручений обслуживаемых ими инвесторов в ряде случаев совершают действия, которые при несоблюдении определенных условий могут быть квалифицированы как нарушения законодательства и иных нормативных правовых актов о рынке ценных бумаг⁵⁴¹.

При выявлении нарушений законодательства о рынке ценных бумаг, Главное управление (Национальные банки) Банка России направляют профессиональному участнику рынка ценных бумаг предписание о недопущении действий, приводящих к нарушению законодательства о рынке ценных бумаг, а также рассматривают вопрос о применении других мер воздействия за нарушение законодательства о рынке ценных бумаг, при совершении через организаторов торговли ценными бумагами сделок за счет и по поручению инвесторов следующих операций:

1.1. Покупка брокером от своего имени и за свой счет **по ценам, значительно отличающимся от рыночных**, ценных бумаг, принадлежащих инвестору, в отношении которых данному брокеру было дано поручение о продаже этих ценных бумаг за счет и по поручению инвестора, а также продажа брокером, по ценам, значительно отличающимся от рыночных, принадлежащих ему на праве собственности ценных бумаг инвестору, который дал данному брокеру поручение о покупке ценных бумаг за счет и по поручению этого инвестора.

⁵³⁹ Там же. С. 68.

⁵⁴⁰ Бару М. И. О статье первой Гражданского кодекса // Советское государство и право. 1958. № 12. С. 117-118.

⁵⁴¹ Об операциях Дилеров на рынке ГКО-ОФЗ, содержащих признаки нарушений законодательства о рынке ценных бумаг: Письмо ЦБР от 10.08.1998 № 03-34-3/3320.

Совершение указанной операции допускается при условии уведомления клиента о намерении выкупить у инвестора ценные бумаги по цене, которая отличается от рыночной цены, существующей на момент заключения сделки, а также согласия клиента на совершение такой сделки. Несоблюдение брокером указанных условий будет рассматриваться как нарушение законодательства о рынке ценных бумаг, являющееся основанием для применения санкций к профессиональному участнику рынка ценных бумаг.

Нарушение законодательства заключается в том, что при совершении указанных операций по покупке брокером ценных бумаг по существенно более низким, а при продаже – по существенно более высоким, чем рыночные, ценам не соблюдается условие об исполнении брокерских договоров на наиболее выгодных для клиента условиях, установленное ст. 992 ГК РФ. Неуведомление клиента о наличии у брокера интереса, препятствующего осуществлению поручения клиента на наиболее выгодных для клиента условиях, является нарушением ст. 3 ФЗ «О рынке ценных бумаг».

1.2. Совершение брокером *собственных операций при наличии встречных поручений обслуживаемых им инвесторов* на покупку/продажу ценных бумаг (покупка брокером от своего имени и за свой счет принадлежащих инвестору ценных бумаг, в отношении которых данному брокеру было дано поручение о продаже этих ценных бумаг за счет и по поручению инвестора, и последующая продажа брокером от своего имени и за свой счет другому инвестору данного брокера, а также совершение подобных сделок в обратном направлении).

Совершении указанной операции допускается при условии:

- уведомления клиента о намерении выкупить у инвестора ценные бумаги по цене, которая отличается от рыночной цены, существующей на момент заключения сделки;
- согласия клиента на совершение такой сделки;
- отсутствия у брокера встречного поручения инвестора на момент совершения сделки с первым инвестором на основе данных об отражении этих операций в учетных регистрах и внутренней отчетности, осуществляемом в соответствии с нормативными правовыми актами ФКЦБ России.

Несоблюдение брокером указанных условий будет рассматриваться как нарушение законодательства о рынке ценных бумаг, являющееся основанием для применения санкций к профессиональному участнику рынка ценных бумаг.

Основаниями для установления факта нарушения законодательства о рынке ценных бумаг могут выступать следующие обстоятельства.

При наличии в заявках, выставляемых брокером за счет и по поручению инвестора «пересекающихся» цен, (то есть, если цена покупки в заявке инвестора больше цены продажи во встречной заявке, выставленной за

счет и по поручению другого инвестора), данные операции позволяют брокеру получить выгоду, которая проистекает не из рыночной конъюнктуры, а из использования этим брокером в своих интересах информации о намерениях своих инвесторов⁵⁴².

При этом цены, по которым брокеры вводят заявки на приобретение или покупку ценных бумаг от своего имени и за свой счет, находятся: при покупке – ближе к наилучшей цене покупки, а при продаже – ближе к наилучшей цене продажи. При относительно широком спреде это не является наилучшим условием для клиента, совершающего противоположную по направлению операцию.

Изложенное дает основание полагать, что при совершении указанных операций нарушение законодательства заключается в несоблюдении условия об исполнении брокерских договоров на наиболее выгодных условиях, установленного ст. 992 ГК РФ. Неуведомление клиента о наличии у брокера интереса, препятствующего осуществлению поручения клиента на наиболее выгодных для клиента условиях, является нарушением ст. 3 ФЗ «О рынке ценных бумаг». Кроме того, брокерами, совмещающими данный вид профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг с дилерской деятельностью, нарушается принцип приоритета совершения брокерских поручений перед совершением собственных операций, установленный ст. 3 ФЗ «О рынке ценных бумаг».

В своём письме Банк России обращает внимание профессиональных участников рынка ценных бумаг на недопустимость совершения сделок, не отвечающих требованиям законодательства, в которых обеими сторонами по сделке выступает профессиональный участник рынка ценных бумаг, действующий от своего имени и за свой счет как в качестве продавца, так и в качестве покупателя (включая операции с собственными филиалами). Указанное относится также к сделкам инвестора, который обслуживается профессиональным участником рынка ценных бумаг, осуществляющим брокерскую деятельность. Указанные действия не порождают гражданских прав и обязанностей и не должны влечь правовых последствий. Кроме того, такого рода операции могут рассматриваться как манипулирование ценами, поскольку могут, в частности, иметь целью изменение рыночных цен в свою пользу или с целью извлечения другой выгоды⁵⁴³.

Между тем на практике подобные действия могут породить ряд проблем.

Так, ОАО «Инвестиционный фонд «СахаИнвест» обратилось в Арбитражный суд города Москвы с иском о возмещении акционерным банком развития «Промрадтехбанк» убытков в сумме 3 488 835 рублей в свя-

⁵⁴² Там же. П. 1.

⁵⁴³ Там же. П. 2.

зи со списанием ответчиком со счёта истца без его распоряжения 35 тысяч акций АО «Юганскнефтегаз».

Решением суда от 4 ноября 1998 г. исковое требование удовлетворено в сумме 2 521 488 рублей 61 копейки.

Постановлением апелляционной инстанции от 18 декабря 1998 г. решение в части взыскания с ответчика убытков отменено, в удовлетворении иска отказано.

Федеральный арбитражный суд Московского округа постановлением от 22 февраля 1999 г. отменил постановление апелляционной инстанции, а решение суда превой инстанции оставил в силе.

В протесте предлагается принятые по делу судебные акты отменить, а дело направить на новое рассмотрение.

Президиум считает, что протест подлежит удовлетворению по следующим основаниям.

*Как установлено судом, ответчик, являясь держателем реестра акционеров АО «Юганскнефтегаз», на основании передаточного распоряжения № 133348, подписанного **руководителем брокерской фирмы «Рэпортс групп»**, произвёл списание 35 тысяч акций АО «Юганскнефтегаз» со счёта истца и зачисление их на счёт фирмы «Рэпортс групп». При этом Промрадтехбанк не убедился в полномочиях лица, подписавшего передаточное распоряжение.*

Согласно пункту 1.1 договора поручения от 26.06.95 года № 26-1/95, заключённого между инвестиционным фондом «СахаИнвест» (доверителем) и брокерской фирмой «Рэпторс групп» (поверенным), последней доверялось совершение сделок с ценными бумагами от имени и за счёт фонда. При этом было предусмотрено, что совершение поверенным сделки с ценными бумагами включает в себя перерегистрацию ценных бумаг на имя доверителя, если он по сделке является покупателем, и перерегистрацию на третье лицо, если доверитель является по сделке продавцом.

Таким образом, данным договором поручения поверенному не предоставлялось права совершать сделку в отношении себя.

По представленному регистратору договору купли-продажи от 14.08.95 года № 02-08Ю/95 сделка заключалась поверенным в интересах поверенного, подписи за покупателя и продавца выполнены вице-президентом брокерской фирмы «Рэпторс групп» Поповым А.А.

В силу пункта 3 статьи 182 ГК РФ доверенность не даёт права поверенному совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 18 марта 1997 г. по делу № 55-80 договор купли-продажи от 14 августа 1995 г. № 02-08Ю/95 признан недействительным. Решение вступило в законную силу.

В соответствии с п. 5 действовавшего в момент перерегистрации акций Положения о реестре акционеров АО от 18.04.94 № 840р держа-

тель реестра акционеров осуществляет деятельность по ведению и хранению реестра в соответствии с требованиями действующего законодательства РФ и обязан возместить причинённый ущерб в случае нарушения этих требований, ошибок при внесении записей в реестр.

Поскольку судом установлено, что в момент вынесения решения о признании договора купли-продажи от 14 августа 1995 г. № 02-08Ю/95 недействительным акции на счёте брокерской фирмы «Рэпторс групп» не находились, правомерным является требование о взыскании с Промрадтехбанка убытков по правилам п. 3 ст. 393 ГК РФ.

Однако в нарушение указанной нормы материального права арбитражным судом принято решение о взыскании убытков исходя из цены акций, по которой они приобретены инвестиционным фондом «СахаИнвест» в 1995 году, а не из их фактической цены на день предъявления иска.

Между тем из представленных ответчиком суду материалов следует, что реальная (рыночная) **цена спорных акций** на день предъявления иска в несколько раз **ниже** цены, по которой они приобретены истцом в 1995 г.⁵⁴⁴

Согласно ст. 51 Закона «О рынке ценных бумаг»⁵⁴⁵, за нарушения законодательных актов Российской Федерации о ценных бумагах лица несут ответственность в случаях и порядке, предусмотренных гражданским, административным или уголовным законодательством Российской Федерации.

Вред, причиненный в результате нарушения законодательства Российской Федерации о ценных бумагах, подлежит возмещению в порядке, установленном гражданским законодательством Российской Федерации.

Для защиты своих гражданских прав от подобных злоупотреблений со стороны недобросовестных участников коммерческого оборота Гражданский кодекс РФ даёт целый перечень способов защиты гражданских прав. Среди них в ст. 12 ГК РФ предусмотрен и такой, как признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий её недействительности, а также применение последствий недействительности ничтожной сделки.

На первый взгляд этот достаточно простой способ защиты своего гражданского права порождает в действительности ряд сложных проблем и вопросов, которые становятся ещё более запутанными, если применить их к отношениям представительства.

Видимая простота рассматриваемого способа защиты объясняется тем, что только законные сделки считаются сделками действительными, а незаконные по своей природе во всех случаях являются сделками недей-

⁵⁴⁴ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации от 17.08.1999 № 2083/99 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации. 1999. № 11. С. 40-41.

⁵⁴⁵ О рынке ценных бумаг: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №17, ст. 1918 .

ствительными. Вместе с тем подобное простое утверждение порождает в научной литературе полемику о том, а можно ли недействительные сделки признавать сделками вообще, или же их природа такова, что они должны быть отнесены к другим категориям юридических фактов.

Ряд авторов считает, что действие, направленное против закона или в обход закона, не является по существу сделкой. Оно лишь облекается в её форму, а на самом деле представляет собой правонарушение⁵⁴⁶.

По мнению других авторов, недействительные сделки по своей сути не являются сделками. Так же как и юридические факты, они существуют и порождают определённые последствия. Правомерность или неправомерность, не будучи необходимыми элементами сделки, определяют лишь те или другие последствия⁵⁴⁷. Мы полагаем, что представляется целесообразным учитывать, что недействительная сделка, хотя, и заключается с нарушением норм права, всё же обладает признаками, которые свойственны сделкам.

Таким образом, изложенное свидетельствует, что, и недействительная сделка всё же является сделкой по своему содержанию, форме и направленности⁵⁴⁸.

При этом следует исходить из того, что недействительность сделок обуславливается:

Дефектами воли.

Дефектами волеизъявления.

Несоответствием между волей и волеизъявлением.

Отсутствием требуемого по закону согласия на сделку со стороны третьих лиц (иными словами, отсутствием воли на её совершение).

Воля контрагентов, проявляющаяся в соглашении, может находиться под влиянием сторонних обстоятельств, ошибки, принуждения и обмана⁵⁴⁹.

К. Цвайгерт и Х. Кётц в своей книге⁵⁵⁰ рассматривают случаи заблуждения, обмана и угрозы.

⁵⁴⁶ Перетерский И. С. Гражданский кодекс РСФСР. Научный комментарий. Вып. 5. Сделки. Договоры. М.: Юриздат НКЮ РСФСР, 1929. С. 6; Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1946. № 3/4. С. 47-48; Толстой Ю. К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Изд. ЛГУ, 1955. С. 141; Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. Госюриздат, 1958. С. 120; Иоффе О. С. Советское гражданское право: курс лекций. Изд. ЛГУ, 1958. С. 239 и др.

⁵⁴⁷ Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. Госюриздат, 1954. С. 66-67; Генкин Д. М. Недействительность сделок, совершённых с целью, противной закону // Учёные записки ВИЮН. Вып. V. Госюриздат, 1947. С. 50; Арзамасцев А. Н. Охрана социалистической собственности по советскому гражданскому праву. Изд. ЛГУ, 1956. С. 139.

⁵⁴⁸ Рабинович Н. В. Недействительность сделок и её последствия. Изд. ЛГУ, 1961. С. 12.

⁵⁴⁹ Мейер Д. И. Русское гражданское право. Часть 2. М.: Статут, 1997. С. 164.

Не каждое ошибочное представление, допущенное в волеизъявлении партнёров по договору, порождает юридические последствия для ошибающейся стороны. В этом едины правовые порядки всех стран. Но в то же время ни у кого не вызывает сомнения, что в исключительных случаях эта сторона должна иметь возможность переложить риск последствий, связанных с ошибочными представлениями, на своего партнёра по договору, даже если этот последний, проверив действительность её волеизъявления, был введён в заблуждение.

Вот почему вопрос о том, где пролегает раздел между допустимыми и недопустимыми с точки зрения закона заблуждениями представляется важным для нашего исследования.

Трудность проблемы заключается в том, что существуют множество различных точек зрения, каждой из которых можно с полным основанием придерживаться, столкнувшись с необходимостью решения вопроса о заблуждениях (ошибках).

Как и всякое действие человека, сделка представляет собой сознательный волевой акт, сознательное проявление воли человека⁵⁵¹.

Между тем, сделка есть не только проявление воли, не просто поведение, диктуемое определёнными сознательными и волевыми процессами. Она представляет собой действие, совершаемое в целях достижения определённого правового эффекта. Этим она отличается от тех правомерных действий, которые только приводят к тем или иным правовым последствиям для субъекта, не будучи специально на это направлены⁵⁵².

Сделка есть волевое действие. Для действительности сделки, для самого её существования необходимо и наличие воли, а также проявления этой воли вовне. Без воли не может быть сделки, ибо воля составляет самое существо сделки⁵⁵³.

«Экономические сделки – писал К. Маркс, – проявляются как волевые действия участников, как выражение их общей воли»⁵⁵⁴. Вместе с тем нет сделки и без волеизъявления, т.е. без действия, ибо воля, не проявленная вовне, нераспознаваема, а потому не может иметь правового значения⁵⁵⁵.

Дефекты воли (в широком смысле) возможны в случаях:

⁵⁵⁰ Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Том II. М.: Международные отношения, 1998. С. 118.

⁵⁵¹ Матвеев Г. К. О гражданском противоправном действии // Советское государство и право. 1955. № 3. С. 74.

⁵⁵² Новицкий И. Б. Указ. соч. С. 14; Красавчиков О. А. Указ. соч. С. 114.

⁵⁵³ Халфина Р. О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. Изд. АН СССР, 1954. С. 80.

⁵⁵⁴ Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. Т. XIX. Ч. I. С. 368.

⁵⁵⁵ Рабинович Н. В. Недействительность сделок и её последствия. Изд. ЛГУ, 1961. С. 6.

1) Неправомерного содержания воли, когда выраженная в сделке воля противоречит нормам права.

2) Изъявления воли лицом, которое в силу малолетства, состояния здоровья или по иным основаниям неспособно понимать значение своих действий.

3) Извращения подлинной, внутренней воли стороны, в силу ложных представлений или давления на волю извне⁵⁵⁶.

К числу первых следует отнести случаи недействительности сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам (ст. 168 ГК РФ), совершённой с целью, противной основам правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК РФ), а также юридического лица, выходящей за пределы правоспособности (ст. 173 ГК РФ). Ко вторым относятся случаи: совершения сделки гражданином, признанным недееспособным (ст. 171 ГК РФ), совершения сделки несовершеннолетним, не достигшим 14 лет (ст. 172 ГК РФ), совершённой гражданином, не способным понимать значения своих действий или руководить ими (ст. 177 ГК РФ). К числу третьих – случаи совершения сделки под влиянием заблуждения (ст. 178 ГК РФ), под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или стечения тяжёлых обстоятельств (ст. 179 ГК РФ).

Некоторые учёные⁵⁵⁷ выделяют сделки, содержание которых не соответствует требованиям закона, в особую категорию недействительных сделок. Действительно, указанные сделки (сделки противозаконные в узком смысле) порочны по своему содержанию. Но порочность их содержания определяется тем, что воля субъекта направлена на совершение действия или на достижение цели, которые объективно противоправны, хотя воли нарушить закон у него может и не быть⁵⁵⁸. На наш взгляд, это даёт основание относить противозаконные сделки к той категории недействительных сделок, для которых характерны дефекты воли.

Предписания о *предмете договора* в американском законодательстве по сути не что иное как указание отечественного права на соответствие сделки закону. Ведь для того, чтобы договор был действительным и стороны могли прибегнуть к правовым средствам защиты своих прав по договору, предмет договора должен быть законным и не противоречить публичному порядку. Гражданский кодекс Калифорнии так определяет предмет договора: «Предметом договора является то, что сторона, получившая встречное удовлетворение, согласилась делать или не делать» (параграф 1595 ГК Калифорнии)⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ Там же. С. 8.

⁵⁵⁷ Иоффе О. С. Советское гражданское право: курс лекций. Изд. ЛГУ, 1958. С. 209.

⁵⁵⁸ Рабинович Н. В. Указ. соч. С. 8-9.

⁵⁵⁹ Соединённые Штаты Америки: Конституция и законодательные акты / пер. с английского. М., 1993. С. 570.

Предмет договора не должен противоречить действующим нормам законодательства на момент заключения договора, а также необходимо, чтобы он был исполнимым и определимым ко времени исполнения. Подобные требования к предмету договора заимствованы из общего права, поэтому включены в законодательные акты и других штатов США⁵⁶⁰.

Совершая юридические сделки, представитель выражает при этом собственную волю, а не волю представляемого лица. Поэтому при обсуждении последствий сделки, заключенной через представителя, должны быть приняты мотивы его воли (заблуждение, принуждение, обман), а не лица представляемого.

Конструкция коммерческого представительства существенно отличающаяся от традиционной. Речь идет о том, что ст. 184 Гражданского кодекса РФ допускает заключение договора коммерческим представителем, который в одно и то же время является представителем обеих сторон (продавца и покупателя, займодавца и заемщика, подрядчика и арендатора и т. п.).

Учитывая особый характер подобного рода отношений, способных существенно затронуть интересы обеих сторон в сделке, Гражданский кодекс РФ устанавливает ряд обязательных условий использования такого рода отношений. Отсутствие хотя бы одного из них – достаточное основание для признания сделки, совершенной коммерческим представителем, незаключенной, т. е. не способной породить какие-либо последствия для представляемых.

К числу таких обязательных условий относятся:

1. Выраженное в установленной форме согласие сторон на одновременное коммерческое представительство. Исключения из этого правила возможны только в установленных законом случаях.

2. Коммерческий представитель должен иметь прямо выраженные полномочия, предусматривающие его права на одновременное представительство. Такие полномочия могут содержаться в письменных договорах, которые обе стороны будущей сделки заключили с коммерческим представителем, либо в выданной каждой из них доверенности.

При отсутствии выше названных условий, коммерческий представитель вправе оформлять сделку в соответствии с волеизъявлением обеих сторон в любом случае. Об этом свидетельствует судебная практика⁵⁶¹.

Так судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ указывает, в своем решении от 15 января 1996 г., что обмен жилыми помещениями не может быть признан недействительным по основаниям,

⁵⁶⁰ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под редакцией В. В. Залесского. М.: Норма, 1999. С. 317-318.

⁵⁶¹ БВС. 1997. № 2. С. 5-6.

предусмотренным ч. 3 ст. 62 ГК РСФСР (в н. в. утратил силу), если представитель *не совершал сделку*, а лишь *оформлял* ее в жилищных органах в соответствии с волеизъявлением обеих сторон.

Суть дела состояла в следующем.

Евграфов А. В., проживающий в комнате размером 16,8 кв. м коммунальной квартиры, и Евграфова А. М., занимавшая комнату размером 19,75 кв. м в другом доме, произвели 6 сентября 1994 г. обмен комнатами.

Сидорова, проживавшая в той же коммунальной квартире, где и Евграфов А.В., предъявила иск о признании совершенного Евграфовыми обмена недействительным и одновременно просила передать комнату размером 16,8 кв. м в пользование ее семьи.

Судебная коллегия Новгородского областного суда указала, что сделка совершена в нарушение требований ст. 62 ГК РСФСР (1964 г.), согласно которой представитель не может совершать сделки от имени представляемого ни в отношении себя лично, ни в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является. В данном случае при обмене жилыми помещениями интересы Евграфовых в этой сделке представляло одно и то же лицо – их сын Евграфов В. А.

Президиум Новгородского областного суда, оставляя протест и.о. прокурора Новгородской области без удовлетворения, так же обратил внимание на то, что представителем обеих сторон при обмене жилыми помещениями являлось одно и то же лицо.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ указывает, что Евграфовы в присутствии нотариуса выразили свою волю: произвести обмен занимаемых ими комнат. Таким образом, стороны выразили свое желание произвести обмен занимаемых ими жилых помещений, совпадал у них и вариант обмена.

Обязанности их представителя, Евграфова В. А., сводились не к совершению сделки (подбору варианта и условий обмена), а к представительству в жилищных органах при документальном оформлении обмена по варианту, предложенному обеими сторонами по обмену. Никаких своих условий обмена жилыми помещениями он не устанавливал, ни с кем об обмене не договаривался. Согласно имеющимся в деле доверенностям Евграфова А. В. и Евграфовой А. М., Евграфов В. А. был лишь представителем при оформлении обменных ордеров и имел право получить их, а также оформить прописку по указанным в ордерах адресам.

При таких обстоятельствах ч. 3 ст. 62 ГК РСФСР применена быть не может, ибо Евграфов В. А. не совершал сделку, а оформлял ее в жилищных органах в соответствии с волеизъявлением обеих сторон.

*Следовательно, **нет оснований** считать обмен комнатами, совершенный Евграфовыми, **недействительным**.*

Поэтому, в случае оформления сделок коммерческим представителем должны всё же учитываться мотивы воли представляемых лиц, в то

время как при заключении им сделок справедливо утверждение о том, что при обсуждении последствий сделки, заключенной через представителя, должны быть приняты мотивы его воли, а не лица представляемого.

Особо интересным нам представляется третий случай в вопросе о том, что именно считать заблуждением стороны (ст. 178 ГК РФ), а что понимать под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной (ст. 179 ГК РФ).

Обязательной характеристикой согласия является его свободное изъяснение или достижение в результате свободных добровольных переговоров, т. е. это согласие, данное не под влиянием третьего лица или контрагента. **В судебной практике сложилась практически однозначная позиция по ряду вопросов, которые направлены на минимизацию и нейтрализацию ряда недобросовестных действий. Так, в частности определены последствия заключения договора поручения в отношении заведомо неосуществимых действий.**

Определяя предмет договора поручения, Гражданский кодекс РФ предусматривает, что поверенный обязуется совершить от имени и за счет доверителя определенные юридические действия. В судебной практике возник вопрос: является ли предмет договора поручения определенным, а сам договор заключенным, если договором предусмотрено осуществление заведомо неосуществимых действий?

Вывод из судебной практики: Если в предмете договора поручения указаны заведомо неосуществимые действия, то такой *договор является незаключенным*.

Судебная практика: **Постановление ФАС Поволжского округа от 26 мая 2010 г. по делу № А57-9906/2009.**

«...Кроме того, судом установлено, что указанные в договоре поручения действия по оформлению прав ОАО «Волжская ТГК» на земельный участок, по которому проходят внутриквартальные тепловые сети, являлись для поверенного заведомо неосуществимыми.

Земельный участок, по которому проходят инженерные коммуникации ОАО «Волжская ТГК» обременен правами третьих лиц. Согласно выписке из Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним ОАО «Сарэнергомаши» является арендатором земельного участка, расположенного по адресу г. Саратов, ул. Аткарская, № 2-2А.

Учитывая изложенное, и в связи с тем, что предмет договора поручения не содержит однозначной формулировки о всех юридических и фактических действиях, подлежащих совершению поверенным ОАО «Саратовское производственное ремонтное предприятие» при его исполнении, в договоре указаны заведомо неосуществимые действия, и с учетом требований статей 431, 432, 971 ГК РФ суд сделал обоснованный вывод о незаключении сторонами договора поручения...»

Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 30 сентября 2008 г. № Ф08-5737/2008 по делу № А53-1503/2008-С2-18.

«...Суды правомерно сделали вывод о том, что договор поручения от 29.09.2006 является незаключенным.

В соответствии с пунктом 1 статьи 432 Гражданского кодекса Российской Федерации договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Согласно пункту 1 статьи 971 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. В силу пункта 1 статьи 973 Гражданского кодекса Российской Федерации поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными.

Указанные в договоре поручения от 29.09.2006 действия по переводу земельных участков из категории земель сельскохозяйственного назначения в другую категорию земель являлись заведомо неосуществимыми, так как истец не являлся собственником указанных земельных участков...»

Применение норм гл. 49 ГК РФ о договоре поручения к сложившимся отношениям сторон при незаключенном договоре поручения.

В судебной практике возник вопрос: *применяются ли нормы гл. 49 ГК РФ к отношениям сторон при незаключенном договоре поручения?*

Судебная практика в отношении сходных договоров, например, договора возмездного оказания услуг, применяет соответствующие нормы Гражданского кодекса РФ даже при признании договора незаключенным, если установлено, что сложившиеся фактические отношения соответствуют конструкции договора возмездного оказания услуг (см., в частности, Постановления ФАС Уральского округа от 3 марта 2008 г. № Ф09-1249/08-С5 по делу № А50-11719/07 и от 23 апреля 2008 г. № Ф09-2653/08-С5 по делу № А71-7246/2007).

Вывод из судебной практики: при незаключенности договора поручения в связи с несогласованностью его предмета суд не применяет к сложившимся отношениям нормы гл. 49 ГК РФ о договоре поручения.

Судебная практика: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 26 ноября 2003 г. № А69-143/03-11-Ф02-4048/03-С2.

«...Таким образом, предмет договора от 27 марта 2002 года, положенного истцом в обоснование исковых требований, обозначен сторона-

ми как поручение заказчика (ООО «Русско-Азиатская компания») исполнителю (МУП «Наш дом») осуществить прием платежей с населения по задолженности за несвоевременную оплату жилищно-коммунальных услуг МУПРЭП «Жилье» на общую сумму задолженности 21072837 руб. 42 коп.

Ни данный договор, ни договор от 15 марта 2002 года с соответствующими изменениями не содержат условий об уступке права требования. Следовательно, у ООО «Русско-Азиатская компания» отсутствуют основания для взыскания платежей за жилищно-коммунальные услуги и, соответственно, неустойки за просрочку платежа.

Кроме того, в соответствии с пунктом 1 статьи 432 Гражданского кодекса Российской Федерации договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договора данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Из сформулированного сторонами предмета договора от 27 марта 2002 года не представляется возможным определить, за какие виды жилищно-коммунальных услуг, за какой период, с каких квартиросъемщиков МУП «Наш дом» поручено собрать платежи. Указание на общую сумму задолженности не устраняет данного недостатка, поскольку приложение № 3 к договору от 15 марта 2002 года с перечнем услуг сторонами не представлено.

Таким образом, выводы Арбитражного суда Республики Тыва о незаключении договора от 27 марта 2002 года соответствуют нормам материального права и имеющимся в деле доказательствам.

Довод заявителя кассационной жалобы о необходимости применения к правоотношениям сторон норм права, регулирующих договор поручения, не принимается Федеральным арбитражным судом Восточно-Сибирского округа во внимание, поскольку договор от 27 марта 2002 года является незаключенным. Частичное исполнение обязательства, а также наличие между МУПРЭП «Жилье» и МУП «Наш дом» договора о прощении долга не влияет на результаты рассмотрения спора по существу, так как указанные обстоятельства не могут заменить собой предмет договора...»

П. 1 ст. 973 ГК РФ императивно устанавливает, что указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными.

В судебной практике возник вопрос: каковы правовые последствия дачи доверителем поверенному указаний, которые не соответствуют хотя бы одному из изложенных требований?

Вывод из судебной практики: Указания доверителя поверенному на осуществление действий, которые могут быть произведены только доверителем, ничтожны, в силу чего неправомерны и неосуществимы.

Постановление ФАС Поволжского округа от 20 июля 2006 г. по делу № А55-15492/04-42:

«...В силу требований Градостроительного кодекса Российской Федерации вся необходимая для постройки объекта недвижимости градостроительная документация разрабатывается по заказу застройщика, по заявлению застройщика производится ввод законченного строительством объекта в эксплуатацию.

В силу ст. 168 Гражданского кодекса Российской Федерации суд обоснованно признал договор № 2 от 04.07.2001 в части возложения на застройщика, являющегося по названному договору агентом, обязательств по совершению от имени принципала (истца) необходимых юридических и иных действий по оформлению и получению исходно-разрешительной документации на строительство, документов, связанных с выполнением комплекса работ по проектированию, строительству и вводу в эксплуатацию строящегося объекта.

Материально-правовое требование истца о взыскании убытков основано на обязательствах ответчика по договору № 2 от 04.07.2001, обоснованно признанного судом ничтожным в части обязательств по совершению от имени истца юридических и иных действий по оформлению и получению исходно-разрешительной документации на строительство; документов, связанных с выполнением комплекса работ по проектированию, строительству и вводу в эксплуатацию строящегося объекта.

В соответствии со ст. 1011 Гражданского кодекса Российской Федерации к агентским отношениям применяются правила о договорах поручения, если агент по условиям договора действует от имени принципала.

Согласно ст. ст. 973, 975 Гражданского кодекса Российской Федерации поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми, конкретными. Доверитель обязан обеспечивать поверенного средствами, необходимыми для исполнения поручения...»

Примечание: В приведенном далее Постановлении суд рассматривал ситуацию неполучения агентом строительной документации.

В терминологии Градостроительного кодекса РФ в данном случае доверитель является застройщиком, а поверенный – заказчиком.

Согласно п. п. 16 п. 1 ст. 1 Градостроительного кодекса РФ застройщик – физическое или юридическое лицо, обеспечивающее на принадлежащем ему земельном участке строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства, а также выполнение

инженерных изысканий, подготовку проектной документации для их строительства, реконструкции, капитального ремонта.

Исходя из ст. ст. 47, 48 Градостроительного кодекса РФ застройщик может привлекать на основании договора физических или юридических лиц для выполнения инженерных изысканий и для подготовки проектной документации.

Кроме того, согласно ч. 3 ст. 52 названного Кодекса застройщик вправе привлекать на основании договора физических или юридических лиц для строительства.

Основными строительными актами являются разрешение на строительство и разрешение на ввод объекта в эксплуатацию, которые, согласно ст. ст. 51 и 55 Градостроительного кодекса РФ, выдаются застройщику.

При этом судебная практика исходит из того, что привлечение застройщиком физического или юридического лица для осуществления строительства (заказчика), в том числе путем заключения договора агентирования, поручения, не изменяет обязанности застройщика получить разрешение на строительство и разрешение на ввод объекта в эксплуатацию (Постановления ФАС Московского округа от 3 сентября 2007 г. № КА-А40/8756-07, ФАС Северо-Западного округа от 17 апреля 2008 г. по делу № А56-44446/2007, от 7 апреля 2008 г. по делу № А56-29095/2007, от 17 декабря 2007 г. по делу № А56-9369/2007).

Неполучение застройщиком данных разрешений является основанием для привлечения его к административной ответственности по ст. 9.5 КоАП РФ (штраф до 1 млн руб. или административное приостановление деятельности правонарушителя на срок до 90 суток).

Договор поручения о перечислении денежных средств является незаключенным, если в нем нет точного указания на их получателя.

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21 декабря 2007 г. по делу № А56-7060/2007:

«...Согласно пункту 1 статьи 971 ГК РФ по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя.

В силу пункта 1 статьи 973 ГК РФ поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными.

Существенным условием договора поручения является его предмет - определенные договором конкретные юридические действия, которые поверенный должен совершить от имени и за счет доверителя.

Из представленного в материалы дела поручения от 20.02.2007 № 000386 следует, что Шустов В. Н. уполномочивает Букашкину Ю. В.

«внести в качестве предоплаты за банкет на «22» февраля 2007 г. время: 18-00 зал: 1 эт. на расчетный счет или в кассу предприятия денежную сумму в размере 5000 руб. 00 коп. (пять тысяч руб. 00 коп.)».

В данном случае предмет Договора поручения не определен, поскольку в нем не указано предприятие, на расчетный счет или в кассу которого надлежит внести денежные средства, а потому он не может быть признан заключенным...»

Примеры хозяйственных споров, в которых ст. 975 ГК РФ применена судом исходя из ее буквального содержания.

Поверенный обратился в суд с иском о взыскании с доверителя издержек, понесенных в ходе исполнения поручения. Суд удовлетворил исковые требования.

Судом установлено, что поверенным осуществлены расходы по исполнению поручения. При этом договор поручения не предусматривал освобождения доверителя от возмещения издержек поверенного, в силу чего суд сделал вывод об обязанности доверителя возместить указанные издержки на основании положений ст. 975 ГК РФ.

Таким образом, для того, чтобы действия представителя могли порождать правовые последствия для представляемого, необходимо наличие следующих условий:

- 1) должно быть полномочие;
- 2) сделка, совершаемая представителем, не должна выходить за пределы данного полномочия;
- 3) она должна быть совершена в интересах представляемого.

В ходе исследования мы приходим к выводу, что **полномочие представителя** представляет собой **совокупность прав и обязанностей**, которые получает представитель в силу своего статуса из договора, доверенности, закона, обычаев делового оборота для осуществления представительства.

При отсутствии у коммерческого представителя полномочия, одобрение сделки представляемым действует с обратной силой, т. е. делает сделку действительной с момента её совершения.

Договоры, с помощью которых оформляется коммерческое представительство, по нашему мнению, должны быть отнесены к одной большой группе договоров по оказанию посреднических услуг. Отличительным признаком договоров, оформляющих коммерческое представительство, в данном случае будет являться то, что коммерческий представитель всегда выступает именно в интересах представляемого в пределах предоставленных ему полномочий, и его действия влекут юридические последствия для представляемого.

Поэтому при оформлении договорных отношений с коммерческим представителем стоит учитывать свои реальные потребности и интересы, а также специфику сферы – деятельности, в которой необходимо прибегнуть

к профессиональному представительству. Причем, более обоснованным видится закрепление в отдельном пункте ст. 184 Гражданского кодекса РФ правила о том, что полномочия коммерческого представителя основываются только на договоре.

Как представляется, нормы, регулирующие коммерческое представительство, должны подлежать дополнительному применению в случае, если ни сторонами в договорном порядке, ни положениями Гражданского кодекса РФ, ни специальным законодательством не урегулированы конкретные отношения сторон, а также, если правовая квалификация отношений оказывается на практике затруднительной.

Конструкция коммерческого представительства существенно отличающаяся от традиционной. Речь идет о том, что ст. 184 Гражданского кодекса допускает заключение договора коммерческим представителем, который в одно и то же время является представителем обеих сторон. Учитывая особый характер подобного рода отношений, способных существенно затронуть интересы обеих сторон в сделке, Гражданский кодекс устанавливает ряд обязательных условий использования такого рода отношений. Отсутствие хотя бы одного из них – достаточное основание для признания сделки, совершенной коммерческим представителем, незаключенной, т. е. не способной породить какие-либо последствия для представляемых.

К числу таких обязательных условий относятся:

1. Выраженное в установленной форме согласие сторон на одновременное коммерческое представительство. Исключения из этого правила возможны только в установленных законом случаях.

2. Коммерческий представитель должен иметь прямо выраженные полномочия, предусматривающие его права на одновременное представительство. Такие полномочия могут содержаться в письменных договорах, которые обе стороны будущей сделки заключили с коммерческим представителем, либо в выданной каждой из них доверенности.

Не стоит забывать и о способах обеспечения обязательств. Здесь следует упомянуть такие недавно появившиеся в нашем законодательстве институты, как банковская гарантия, удержание, а также давно известный институт залога.

Для того чтобы избежать возможных недоразумений и убытков, перед открытием счета в брокерской компании целесообразно:

а) выяснить, имеется ли у компании лицензия на осуществление деятельности на рынке ценных бумаг Комиссии по ценным бумагам и биржам США – Securities and Exchange Commission (SEC) (www.sec.gov);

б) узнать о дисциплинарной истории брокерской компании и нарушениях законодательства о ценных бумагах, которые были выявлены у брокерской компании Комиссией по ценным бумагам и биржам США и Национальной ассоциацией дилеров ценных бумаг – National Association of

Securities Dealers (NASD). Такую информацию можно найти на сайтах www.sec.gov, www.nasd.com, www.nasdr.com, а также обратившись в NASD по бесплатному телефону 1-800-289-9999;

в) узнать, является ли брокерская компания членом Корпорации по защите интересов инвесторов в ценные бумаги – Securities Investor Protection Corporation (SIPC), организации, занимающейся разработкой компенсационных схем и выплатой средств инвесторам в случае неплатежеспособности брокерской компании (www.sipc.org).

Тщательно обдумывать различного рода «заманчивые» предложения, обещания высоких гарантированных прибылей, избегать контактов с организациями, которые не дают четких и подробных разъяснений в отношении своих инвестиционных механизмов. Брокеры, профессионально работающие на рынке и заботящиеся о своей репутации, заинтересованы в каждом клиенте и не откажут в предоставлении дополнительной информации о своей компании.

Проявлять должную осторожность и осмотрительность при предоставлении информации о паролях доступа к своему инвестиционному счету, номерах банковских счетов, номерах кредитных карт третьим лицам, за исключением случаев, когда есть полная уверенность в том, что получатель информации действует на законных основаниях и ее раскрытие действительно необходимо для совершения сделки.

Использовать лимитные приказы во избежание покупки или продажи акций по ценам выше или ниже желаемой. Лимитный приказ на покупку или продажу ценных бумаг предполагает наличие заранее определенной инвестором цены исполнения. В случае размещения рыночного приказа у инвестора отсутствует контроль за ценой исполнения приказа. Брокер может злоупотребить незнанием инвестора относительно цен, сложившихся на рынке, что может привести к непредвиденным финансовым потерям для инвестора⁵⁶². Для защиты себя от несоблюдения партнёром обязательств по контракту или неплатежеспособности партнёра необходимо минимизировать возможность наступления подобных неблагоприятных последствий⁵⁶³.

⁵⁶² О возможных мошеннических схемах при торговле с ценными бумагами с использованием сети ИНТЕРНЕТ: Письмо ФКЦБ России от 20.01.2000 № ИБ-02/229.

⁵⁶³ Лапуста М. Г. Шаршукова Л. Г. Риски в предпринимательской деятельности. М.: ИНФРА-М, 1998. С. 156-157.

§ 4.2. Взаимодействие уголовно-правовых норм с гражданско-правовыми средствами и применение правовых презумпций при предотвращении последствий незаконных действий, совершаемых коммерческим представителем и их последствий в структуре договорных связей коммерческого представителя с представляемым и третьими лицами

Проведённое исследование показало, что несмотря на неопределённое несовершенство регулирования коммерческого представительства, причем как института в целом, так и в случае нарушения экономических интересов представляемых, участникам предпринимательской деятельности и, в первую очередь, поставщикам товаров и услуг, в целях экономии времени, материальных затрат всё же гораздо выгоднее пользоваться именно услугами добросовестного посредника. В нашем случае таким посредником является коммерческий представитель.

В основе взаимоотношения между представляемым и коммерческим представителем лежат, как уже отмечалось, личные, доверительные отношения. И это очень важно в условиях не устоявшегося российского рынка, когда деловые отношения партнеров зачастую подменяются в дальнейшем на «подставные» отношения. Поэтому выбор коммерческого представителя дело весьма сложное, требующее во избежание неблагоприятных последствий при заключении договора соблюдения некоторых мер предосторожности.

Эти меры если и не позволят в целом обезопасить себя от мошенничества, тем не менее, в несколько раз уменьшат такую перспективу.

Для начала каждый предприниматель должен перед заключением любого договора:

- Во-первых, проверить предполагаемого партнёра по бизнесу.
- Во-вторых, грамотно составить контракт сделки.
- В-третьих, планировать и прогнозировать деятельность фирмы.
- В-четвёртых, очень тщательно подбирать кадры фирмы.

1. Проверка партнёров по бизнесу и условий заключения сделки.

Предпринимателю о контрагенте следует знать следующее:

1. Характеристику, т. е. личность заёмщика, его репутацию в деловом мире, ответственность и готовность выполнить своё обязательство.
2. Финансовые возможности – способность погасить задолженность за счёт текущих денежных поступлений или от продажи активов.
3. Имущество – величину и структуру капитала.
4. Обеспечение – виды и стоимость активов, предлагаемых в качестве залога при получении товара (работы, услуги).
5. Общие условия – состояние экономической конъюнктуры и другие внешние факторы.

Торговые агенты, представившие неточную или неполную информацию при внесении их данных в специальный реестр либо при перерегистрации, могут быть наказаны лишением свободы на срок от десяти дней до одного месяца либо штрафом.

К такому же штрафу приговариваются лица:

- 1) не представившие декларации в соответствии с требованием закона;
- 2) своевременно не заявившие об изменении данных в декларации;
- 3) не прошедшие своевременно перерегистрацию⁵⁶⁴.

Подводя итог тому, что касается проверки будущего контрагента, заметим, что предпринимателю необходимо собрать о предполагаемом партнере как можно больше информации, а затем правильно её проанализировать. Любой коммерческий представитель как лицо наемного труда не обязан владеть собственностью представляемой им компании, будь она частной или государственной. Мотивы его эффективного поведения как управляющего определяется рынком. А на этом рынке все равны, так как оценка зависит от успешности предыдущего профессионального опыта.

Кроме того, следует тщательно изучить и предполагаемые условия заключения сделки. Для более верного представления о критериях надёжности сделки приведём нижеследующую таблицу⁵⁶⁵.

Таблица 1.

**КЛАССИФИКАЦИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ
В СФЕРЕ КОММЕРЧЕСКОГО (ТОРГОВОГО)
ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА В ЗАВИСИМОСТИ ОТ РИСКА**

Характер сделки	Критерии надёжности
1. Надёжная	Представлены подлинные документы, цена приобретения сопоставима с рыночной, наличие неудовлетворённого спроса на приобретаемый товар (услуги) и реального рынка сбыта (реализации)
2. Реальная	Подлинные документы, условия сделки сопоставимы с рыночными, спрос на приобретаемый товар (услуги) ограничен
3. Сомнительная	Подлинные документы, условия сделки и возможность её реализации требуют дополнительной экспертизы
4. Нереальная	Представлены копии документов, необходима экспертиза их подлинности и условий реализации сделки

⁵⁶⁴ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под ред. В. В. Залесского. М.: Норма, 1999. С. 62.

⁵⁶⁵ Таблица приводится по книге: Лапуста М. Г. Шаршукова Л. Г. Указ. соч. С. 156.

2. В том случае, если предпринимателя устраивает предполагаемый партнёр и условия заключаемой сделки, перед ним стоит следующая задача – **заключить договор таким образом, чтобы снизить все возможные для него, предпринимателя, риски**⁵⁶⁶.

Для этого необходимо:

Во-первых, заключая договор с коммерческим представителем, в тексте договора следует подробно очертить круг прав и обязанностей самого коммерческого представителя, в т. ч. наличие у него подчиненных лиц, а также предусмотреть его договорную ответственность. Следует помнить, что закон не запрещает заключение с коммерческим представителем договора о полной материальной ответственности⁵⁶⁷.

Во-вторых, следует ознакомиться с документами, подтверждающими государственную регистрацию индивидуального предпринимателя. Если коммерческим представителем выступает юридическое лицо, то необходимо ознакомиться с его уставом и уточнить имеет ли право данное юридическое лицо заниматься предусмотренной договором деятельностью. Кроме того, целесообразно выяснить и круг полномочий того или иного органа юридического лица.

В-третьих, важно проверить паспорт и действительные полномочия лица, подписывающего договор об оказании услуг по коммерческому представительству, а также совпадение названия партнера в тексте договора, в других документах и на печати.

В-четвертых, в тексте самого договора должны отсутствовать ссылки на обязательства других юридических и физических лиц, кроме подписавших договор. Необходимо быть особенно внимательным в случае, если договор заключается от имени известной фирмы, а деньги направляются в адрес другого предприятия, даже если последнее называет себя дочерней структурой или региональным представителем известной фирмы.

В-пятых, товар лучше всего оплачивать только после его поставки. В крайнем случае можно выставить аккредитив с выгодными условиями его раскрытия (после поставки товара).

В-шестых, следует тщательно проверять предоставляемые залогом на предмет их возможного многократного перезакладывания.

В-седьмых, при получении поручительств (гарантий) других предприятий или организаций следует проверять состоятельность поручителя (гаранта) и выяснить, давал ли последний вообще предоставленную гарантию.

В-восьмых, в счетах-фактурах, в актах приема-сдачи работ и в накладных необходимо в обязательном порядке проверять соответствие

⁵⁶⁶ Там же. С. 156.

⁵⁶⁷ Завидов Б. Д. Договоры посреднических услуг. М., 1997. С. 59.

указанного в документах и фактического не только количества, но и качества поставляемых товаров, а также объемов выполненных работ и услуг.

В-девятых, при заключении договора с коммерческим представителем важно предусмотреть возможность контроля не только за распределением доходов, но и за расходованием средств.

Вместе с тем не стоит забывать и о способах обеспечения обязательств. Здесь следует упомянуть такие недавно появившиеся в нашем законодательстве институты, как банковская гарантия, удержание, а также давно известный институт залога.

Для того, чтобы избежать возможных недоразумений и убытков, перед открытием счета в брокерской компании целесообразно:

а) выяснить, имеется ли у компании лицензия на осуществление деятельности на рынке ценных бумаг Комиссии по ценным бумагам и биржам США – Securities and Exchange Commission (SEC) (www.sec.gov);

б) узнать о дисциплинарной истории брокерской компании и нарушениях законодательства о ценных бумагах, которые были выявлены у брокерской компании Комиссией по ценным бумагам и биржам США и Национальной ассоциацией дилеров ценных бумаг – National Association of Securities Dealers (NASD). Такую информацию можно найти на сайтах www.sec.gov, www.nasd.com, www.nasdr.com, а также обратившись в NASD по бесплатному телефону 1-800-289-9999;

в) узнать, является ли брокерская компания членом Корпорации по защите интересов инвесторов в ценные бумаги – Securities Investor Protection Corporation (SIPC), организации, занимающейся разработкой компенсационных схем и выплатой средств инвесторам в случае неплатежеспособности брокерской компании (www.sipc.org).

3. Тщательно обдумывать различного рода «заманчивые» предложения, обещания высоких гарантированных прибылей, избегать контактов с организациями, которые не дают четких и подробных разъяснений в отношении своих инвестиционных механизмов. Брокеры, профессионально работающие на рынке и заботящиеся о своей репутации, заинтересованы в каждом клиенте и не откажут в предоставлении дополнительной информации о своей компании.

4. Проявлять должную осторожность и осмотрительность при предоставлении информации о паролях доступа к своему инвестиционному счету, номерах банковских счетов, номерах кредитных карт третьим лицам, за исключением случаев, когда есть полная уверенность в том, что получатель информации действует на законных основаниях и ее раскрытие действительно необходимо для совершения сделки.

5. Использовать лимитные приказы во избежание покупки или продажи акций по ценам выше или ниже желаемой. Лимитный приказ на покупку или продажу ценных бумаг предполагает наличие заранее определенной инвестором цены исполнения. В случае размещения рыночного

приказа у инвестора отсутствует контроль за ценой исполнения приказа. Брокер может злоупотребить незнанием инвестора относительно цен, сложившихся на рынке, что может привести к непредвиденным финансовым потерям для инвестора⁵⁶⁸.

Для защиты себя от несоблюдения партнёром обязательств по контракту или неплатежеспособности партнёра необходимо минимизировать возможность наступления подобных неблагоприятных последствий. Возможные действия предпринимателя для наглядности изобразим в виде таблицы⁵⁶⁹.

Таблица 2.

**ПУТИ МИНИМИЗАЦИИ РИСКА
ПО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИМ ДОГОВОРАМ**

Вид риска	Возможные действия предпринимателя
Несоблюдение партнёром обязательств по контракту	1. Составление протокола о намерениях, где оговаривается срок в течение которого обе стороны, заключающие контракт, могут внести изменения
	2. Указание в протоколе о намерениях размера материальной ответственности сторон в случае отказа от подписания контракта
	3. Вступление контракта в силу не с момента его подписания, а с момента его согласования
	4. Указание в контракте условия рассмотрения споров через третейский суд
	5. Введение в контракт системы штрафных санкций за каждое взятое обязательство по контракту (размер санкций определяется по договорённости обеих сторон)
	6. Введение, кроме штрафных санкций, условия уплаты неустойки в размере 0,1 % за каждый день невыполнения обязательств
	7. Указание в контракте действия форс-мажорных обстоятельств не приводит к освобождению от ответственности
Неплатежеспособность партнёра	1. Вступление контракта в силу до (после) поступления средств на расчётный счёт исполнителя
	2. Передача права собственности заказчику только после 100 % оплаты
	3. Использование услуг банка по аккредитивной форме расчётов
	4. Введение в контракт условия залоговых платежей
	5. Заключение с банком договора на факторинговое обслуживание возможной дебиторской задолженности

⁵⁶⁸ О возможных мошеннических схемах при торговле с ценными бумагами с использованием сети ИНТЕРНЕТ: Письмо ФКЦБ России от 20.01.2000 № ИБ-02/229.

⁵⁶⁹ Таблица приводится по книге: Лапуста М. Г. Шаршукова Л. Г. Указ. соч. С. 156-157.

3. Помимо того, предпринимателю также необходимо **планировать и прогнозировать развитие своей предпринимательской фирмы**. Ведь эффективное планирование и прогнозирование дают предпринимателю возможность предвидеть экономические колебания и приспособиться к ним или к изменениям конъюнктуры рынка, снизив таким образом уровень риска. Планирование деятельности фирмы, как правило, основано на разработке бизнес-плана⁵⁷⁰.

Кроме того, для оценки перспективности своих идей предприниматели могут использовать модель «идеального бизнеса», которую разработал Ричард Г. Буксирк, профессор маркетинга и директор программы для предпринимателей в университете Южной Каролины⁵⁷¹. Данная модель помогает предпринимателям оценить достоинства предполагаемого вида деятельности с учётом возможного риска. Для удобства изобразим её в виде таблицы⁵⁷².

Таблица 3.

**КРИТЕРИИ ПРОВЕРКИ ПЕРСПЕКТИВНОСТИ
НАЧИНАНИЙ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ**

КРИТЕРИЙ	Уровень риска									
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
1. Капитал										
2. Рынки сбыта										
3. Система торговли										
4. Общественно осознанная потребность в товаре										
5. Снабжение										
6. Государственное регулирование										
7. Наёмный труд										
8. Валовой доход										
9. Частота заключения сделок										
10. Элемент новизны										
11. Кредиты										
12. Моральное устаревание товара (услуги)										
13. Зависимость от партнёров										
14. Конкуренция										
15. Этический аспект										

⁵⁷⁰ Там же. С. 157.

⁵⁷¹ Секреты успеха. Уроки гениев бизнеса. М.: Интеллект-экспресс, 1992. С. 77.

⁵⁷² Таблица приводится по книге: Лапуста М. Г. Шаршукова Л. Г. Указ. соч. С. 171.

Данная матрица позволяет проанализировать любое планируемое начинание и наглядно увидеть, в чём заключается риск. Номера 1-10 сверху таблицы обозначают уровень риска: цифра 1 означает отсутствие риска в данной позиции, а 10 – очень высокий риск.

Вместе с тем, следует отметить, что подобная таблица, не смотря на свою универсальность, всё же не является, на наш взгляд, универсальной конструкцией в полном смысле этого слова. Критерии, приведённые в таблице, могут корректироваться с учётом конкретной ситуации и специфики вида деятельности. Более того, работа с подобной матрицей требует гибкого подхода. Ведь высокий уровень риска для рассматриваемой предпринимателем идеи вовсе не означает, что данный вид деятельности неприемлем. Как, впрочем, и низкий уровень риска при оценке перспективности идеи, отнюдь не означает, что будет достигнут невысокий уровень риска в процессе последующей деятельности.

В этой связи первоочередной интерес представляют системы планирования информации.

Планирование – процесс принятия решений на основании ожиданий – позволяет достичь ожидаемых результатов путем воздействия на сложную совокупность взаимонезависимых механизмов.

Ведущие специалисты теории экономики и логистики предлагают следующую модель многоэтапного планирования материально-технического обеспечения (МТО):

1) ***Стратегическое планирование.*** Основано на долгосрочных прогнозах спроса, движения издержек, изменений хозяйственной среды и пределов загрузки производственных мощностей. Это позволяет осуществить оптимальную стратегию в области маркетинга, производства и финансирования. В процессе стратегического планирования принимаются решения, касающиеся структуры сети товародвижения либо капиталовложений, необходимых для придания большей гибкости системе материального обращения. Стратегическое планирование деятельности в сфере МТО должно помочь компании научиться приспосабливаться к изменениям в окружающей среде. Примерами стратегических решений, вызванных изменениями среды, можно считать решение о перемещении центра реализации в связи со сдвигами в территориальном распределении клиентуры, а также разработку гибкого производства нацеленного на более быстрое удовлетворение постоянно усложняющихся требований рынка.

2) ***Тактическое планирование.*** Применяется в пределах временного периода от нескольких месяцев до одного года. Она помогает сформулировать взаимоувязанные задачи по получению годовой прибыли для службы компании, а также разработать совокупность частных планов для оперативных служб закупки, производства, перевозок, содержания техники и т. п. Тактические планы легко поддаются пересмотру в течение года, по мере выявления реального спроса.

3) **Оперативное планирование** дает возможность распределить полученные заказы между различными производственными подразделениями так, чтобы обеспечить конкретное удовлетворение текущих потребностей. Физическое распределение готовых изделий улучшается благодаря внедрению схемы «склад-поставки». Разработка подобного интегрированного подхода к оптимизации управления материальными потоками представляет собой один из основных способов использования потенциала МТО в целях увеличения общей конкурентоспособности.

Теоретически планирование операций по МТО можно представить в виде схематичного деления на пять в основном не связанных друг с другом элементов:

- 1) прогнозирование спроса;
- 2) планирование производства;
- 3) планирование физического распределения продукции;
- 4) планирование снабжения;
- 5) система оценок результатов функционирования системы МТО.

Сюда же относятся две подсистемы : 1) учета и контроля выполнения заказов, поступающих от клиентов и 2) учета и контроля выполнения заказов фирмы ее поставщиками.

4. Важнейшим из источников снижения предпринимательского риска является **тщательный подбор работников (персонала) фирмы**. При этом, конечно же, следует придерживаться определённых правил:

- 1) нанимать только тех людей, которые имеют опыт работы;
- 2) подбирать только самых квалифицированных работников, особенно в тех случаях, когда им самим придётся впоследствии принимать на работу людей;
- 3) стараться выяснить, соответствует ли подготовка принимаемых на работу сотрудников организационной культуре, существующей в компании системе ценностей;
- 4) искать тех людей, с которыми доводилось работать в прошлом;
- 5) стараться, чтобы управленческая команда была как можно меньше⁵⁷³.

Кроме того, функционирование данного института невозможно без становления в нашей стране подлинной рыночной экономики, которая, кстати говоря, до сегодняшнего времени у нас ещё не сформировалась. Сказанное означает, что возможность применения коммерческого представительства, как полноценного института, находится в прямой зависимости от того, в какой именно рыночной среде такой представитель будет действовать: в уже сформированной, в подрываемой монополизацией производства или только что становящейся. А очень сложный триединый про-

⁵⁷³ Как добиться успеха. Практические советы деловым людям / под общей ред. В. Е. Хруцкого. М.: Политиздат, 1991. С. 215.

цесс перехода к рыночной экономике для успешного формирования подлинной рыночной среды должен представлять собой параллельное формирование таких составляющих, как субъекты рыночного хозяйства, рыночных отношений и соответствующего механизма управления экономикой и обществом в целом.

Сложность этого процесса усугубляется ещё и тем, что полностью учесть и соотнести совпадение всех факторов, действующих синхронно и разнонаправлено, практически невозможно. Следует реальнее оценивать инертность процессов, огромные масштабы и глубину преобразований, их взаимообусловленность, а также глубину тотального кризиса⁵⁷⁴.

Кризис, развивающийся в условиях широкой интернационализации и проницаемости национальных экономических границ, остро поставил проблему конкурентоспособности хозяйствующих агентов. Начался пересмотр принципов государственного вмешательства в экономику. Предпринимательский класс потребовал и добился от государства, с одной стороны, отказа от большинства избирательных методов воздействия, когда объектом государственного вмешательства становилась отдельная компания или отрасль, а с другой стороны, резкого сокращения общих макроэкономических накладных расходов в виде разветвленной социальной политики, высоких потолков для минимальных заработных плат, льготных выплат по причине безработицы, временной нетрудоспособности и т. д.

В конце 70-х гг. западный капитализм вступил в период широкой приватизации. Нельзя забывать и о том факте, что приватизация оказалась чрезвычайно выгодной в политическом плане. Переводя на уровень предприятий решение непопулярных, но неотложных и неизбежных экономических проблем (сокращение занятости в силу производственной необходимости, уменьшение бюджетных дотаций путем повышения цен на продукцию государственных предприятий, сдвиг всей совокупности отношений «трудовой коллектив-правительство» в сферу отношений «трудовой коллектив – частный собственник»), консерваторы снимали с себя как представителей государственной власти ответственность за социально-экономическое положение в стране. Тем самым они политически переигрывали социалистов и радикалов, призывавших голосовать за себя именно потому, что они якобы знали, как справиться с кризисом.

Политический интерес удачно совпал с идеологическим. Сам факт обращения к приватизации после долгих десятилетий господства государственного капитализма реабилитировал капиталистическую систему хозяйствования.

Говоря о трансформации экономики в рыночную, следует учитывать особую сложность объективной оценки реальных возможностей и пер-

⁵⁷⁴ Краева Н. М., Минев В. Н. Социально-экономические особенности российского предпринимательства // Общество и экономика. 1996. № 9-10. С. 49.

спектив предпринимательства, поскольку сейчас оно функционирует в абсолютно деформированной системе и закономерно отражает в себе все варианты её деформации. Для современного этапа свойственно очень резкое обострение всей совокупности противоречивых тенденций и негативных черт предшествующего периода, значительно усугубляемое принципиальными искажениями формируемых отношений. Необходимо также подчеркнуть, что генезис предпринимательства в России происходит в условиях, когда сложившаяся в стране экономическая система не только не готова к внедрению рыночной конкуренции как основы рыночной экономики, а, по сути, до сих пор по всем основным направлениям её отторгает⁵⁷⁵.

Для России дальнейший ход реформ будет иметь успех только в том случае, если государство, во-первых, станет государством, то есть полноценным органом политической власти со всеми атрибутами – государственной границей, сильной армией и эффективными органами внутреннего порядка и др.; во-вторых, почувствует под собой твёрдую основу, что достигается возрождением исторических традиций; в-третьих, осознает свой суверенитет и духовность общества, обопрётся на собственные силы и средства, на свой народ, а народ ему ответит тем же; в-четвёртых, не изолируется от окружающего мира, не загонит свой народ в скорлупу обособленности, духовной избранности⁵⁷⁶.

В настоящее время в России нет реформ, отвечающих национальным интересам, нет рациональных прагматичных рыночных преобразований в интересах общества. В России проводится жёсткая политика подавления политического инакомыслия и насаждается дикость, варварство времён А. Смита, идёт процесс создания «экономического человека» западного покроя XVII в. Поруганы традиции российской общности людей, отброшены идеалы кооперативности и коллективизма, а взамен культивируется гладиаторский дарвинизм, культ насилия и эгоизм. При этом внедряется отнюдь не западное мировоззрение, сводящее свободу в основном к борьбе за существование, к конкуренции, тем более не западное христианское миропонимание с его утончёнными идеалами потребительства. Идёт процесс грубого развращения безудержным обогащением, поощряется жестокая экономическая эксплуатация по принципу – выживает наиболее приспособленный. Таким образом выращивается «новый экономический человек» – эгоист по натуре, разрушитель по призванию. «Отцы-демократы» этого человека уверяют, что именно эгоизм поведения такого человека в России обеспечит процветание её экономики и благоденствие⁵⁷⁷.

Не обеспечит, как не обеспечил процветание Советского Союза «советский человек» – дитя коммунистов эпохи развитого социализма, ибо он

⁵⁷⁵ Там же. С. 53.

⁵⁷⁶ Жириновский В. В. Экономические проблемы России. Пути решения. М., 1999. С. 7.

⁵⁷⁷ Там же. С. 12.

по натуре был близнецом взращиваемого ныне эгоиста. Более того – себя не прокормит, промотает, продаст, уничтожит не им, а до него созданное. Когда утверждается приоритет безудержного насыщения потребностей – открывается путь к вседозволенности, к деградации духовности и нравственности человека и, конечном счёте, его самого. Если для западного «экономического человека» христианская мораль была выше прибыли, что в какой-то степени справедливо и в настоящее время (до сих пор на долларах США написано «In God we trust», то есть «мы уповаем на Бога»), то для нынешних реформаторов из стана радикал-демократов православная мораль, нравственность – модная ширма, некая иллюзия, пережиток, от которого следует легко избавиться или, в крайнем случае, поиграть в него. Безнравственный человек – это почти «дарвиновская» обезьяна с необузданными страстями и дикими потребностями. Культивируя такого человека своими реформами, наши «демократы» уже получили разгул бандитизма, дикий рынок, нескончаемую среду преступлений. Теперь сами творцы реформ не знают, как уберечься от бандитов⁵⁷⁸.

Россия потеряла важные рынки сбыта своих товаров, особенно в Европе и арабском мире, однако продолжает участие в экономических санкциях Запада против своих традиционных партнёров и крупных должников – Ирака, Ливии, Сирии, Югославии и ряда других стран. Теряя рынки, союзников и позиции в мире, Россия не приобретает взамен ничего, кроме ненужных обещаний, улыбок и приветствий, а также нарастающей внешней задолженности и гуманитарного хлама⁵⁷⁹.

Каждый лишний рубль в незаработанной зарплате одной отрасли означает рубль, искусственно вырванный из другой, менее благополучной. Происходит не естественное межотраслевое перераспределение доходов в соответствии с достигнутым техническим уровнем и производительностью труда, а сознательно лоббируемая сверху (через цены) перекачка средств из обрабатывающих отраслей в добывающие, сырьевые, из промышленного сектора экономики в финансово-кредитную систему, из производственной сферы в посредническо-торговую⁵⁸⁰.

Это, конечно же, не означает, что необходим обратный процесс, аналогичный процессу конца двадцатых годов, когда последняя сфера бизнеса будет объявлена нелегальной. Однако посредническая деятельность не должна в любом случае превышать уровень, необходимый для нормального функционирования коммерческого оборота. В противном случае возникает ситуация когда деньги посредники начинают делать что называется «из воздуха», «накручивая» мыслимые и немыслимые надбавки на стоимость реализуемого ими товара, когда его реальная стоимость значительно

⁵⁷⁸ Там же. С. 13.

⁵⁷⁹ Там же. С. 17.

⁵⁸⁰ Там же. С. 22.

(а порой и в несколько раз!) ниже той которую устанавливают посредники. При этом посредник как нельзя больше заинтересован в создании искусственного дефицита на реализуемый им товар. Ведь законы экономики свидетельствуют о том, что чем меньше нужного товара, тем больше на него спрос. Поэтому производителю становится выгодней сокращать объёмы производства, производить меньше товара. До недавнего времени нередко были случаи, когда посредники платили руководителям предприятий огромные суммы денег, значительно выше тех сумм, которые руководитель рассчитывал получить от производства товара, только с одной целью, чтобы производитель вообще ничего не делал.

Не удивительно, что такая экономическая политика не стимулирует ни развитие производства, повышение его технического уровня, ни предпринимательскую инициативу, как это имеет место во всех развитых странах Запада. Она, «наоборот, разлагает сознание людей, которые всё больший интерес видят в том, где выгодней заработать сегодня и сейчас, а не как организовать собственную эффективную работу и хорошо зарабатывать»⁵⁸¹. Всё это неминуемо ведёт не к процветанию и всеобщему благоденствию, а к сокращению уровня жизни, инфляции, снижению обороноспособности нашей страны, вовсе игнорированию её на мировой арене, что рано или поздно приведёт нас к экономическому краху и превращению в сырьевой придаток экономически развитых стран. Такой видит её, например, З. Бжезинский и некоторые другие зарубежные политологи и политики.

Сокращение средней продолжительности жизни всё больше стремиться к уровню стран третьего мира. Возросло количественное и качественное вырождение нации, отмечены рост числа самоубийств, массовое попрошайничество, раскопки мусорных ящиков бомжами и стариками, утрата нравственных начал и идеалов, рост числа преступлений, в том числе их качественный рост в экономической сфере – вот далеко не полный набор новых черт современного российского общества. Живя в нищете, россияне привыкают жить в тревоге потерять унизительные заработки, здоровье и саму жизнь, лишиться своего убогого жилища. Жутко, что всё это происходит как бы само по себе, на фоне общей картины якобы возрождения России. Тогда что же такое деградация России и кто должен принять на себя ответственность за такое «возрождение»⁵⁸²?

Теперь уже почти всем без исключения россиянам очевидна катастрофичность результатов неподготовленных и неумелых реформ наших политиков «ельцинского периода», осуществлявших в угоду непродуманным, заимствованным на Западе и, уже во многом именно этим, идеологи-

⁵⁸¹ Там же.

⁵⁸² Там же. С. 25.

ческим постулатам новых отечественных буржуа двойного гражданства⁵⁸³. Сюда же следует отнести незавершённость правовой реформы системы отношений собственности в нашей стране. Налицо многочисленные противоречия между отраслями и институтами законодательства, регулирующими отношения собственности. Например, различное понимание имущества в гражданском (ст. 130 ГК РФ) и в уголовном (ст. ст. 146, 147, 158 УК РФ) законодательстве; сохранение приоритетной защиты государственного или общественного имущества в административном законодательстве, нашедшему к тому же достаточно адекватное отражение в уголовном законодательстве⁵⁸⁴.

Другим проявлением рассматриваемых противоречий является правовая неурегулированность единства используемой различными отраслями законодательства терминологии, в части касающейся отношений собственности⁵⁸⁵. В результате такой неурегулированности практически невозможно добиться необходимого единства толкования бланкетного содержания уголовно-правовых норм об ответственности за преступления против собственности, а следовательно и стабильности соответствующей правоприменительной практики⁵⁸⁶.

Одновременно следует заметить, что в ст. 76 УК РФ отсутствует и прямое указание на субъекта, по решению которого виновный может быть освобождён от уголовного наказания. Учитывая высокую вероятность злоупотреблений при применении положений ст. 76 УК РФ вследствие данной неопределённости, а также потенциальную оспоримость факта и степени заглаживания причинённого вреда, считаем, что таким субъектом может выступать лишь суд⁵⁸⁷.

В этой связи представляется возможным согласиться с позицией А. А. Аслаханова⁵⁸⁸ с некоторыми уточнениями и предложить изложить ст. 76 УК РФ в следующей редакции:

«Статья 76. Освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением со стороной, интересы которой были нарушены преступлением.

Лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести может быть освобождено судом от уголовной ответственности, если оно примирилось со стороной, интересы которой были наруше-

⁵⁸³ Там же. С. 25-26.

⁵⁸⁴ Аслаханов А. А. Проблемы борьбы с преступностью в сфере экономики (криминологический и уголовно-правовой аспекты): дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1997. С. 92.

⁵⁸⁵ Яни П. С. Методическое обеспечение надзора за исполнением законодательства об ответственности за экономические и должностные преступления // Законность. 1993. № 12. С. 2-5.

⁵⁸⁶ Аслаханов А. А. Указ. соч. С. 92.

⁵⁸⁷ Там же. С. 242.

⁵⁸⁸ Там же. С. 242.

ны преступлением либо поставлены преступлением под угрозу нарушения».

7 декабря 2011 г., когда был принят Федеральный закон № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», в УК РФ появилась ст. 76.1, в соответствии с которой от уголовной ответственности за преступления в сфере экономической деятельности (перечень приводится) освобождается лицо, впервые его совершившее, если оно возместило ущерб, причиненный гражданину, организации или государству в результате совершения преступления, и перечислило в федеральный бюджет денежное возмещение в размере пятикратной суммы причиненного ущерба. С этой нормой корреспондирует ст. 28.1 УПК РФ, регламентирующая порядок прекращения уголовного преследования по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности при наличии оснований, предусмотренных ст. 76.1 УК РФ «Освобождение от уголовной ответственности по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности».

Лицо, впервые совершившее преступление, предусмотренное ст. ст. 198-199.1 УК РФ, освобождается от уголовной ответственности, если ущерб, причиненный бюджетной системе Российской Федерации в результате преступления, возмещен в полном объеме.

Лицо, впервые совершившее преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 171, ч. 1 ст. 171.1, ч. 1 ст. 172, ч. 2 ст. 176, ст. 177, ч. ч. 1 и 2 ст. 180, ч. ч. 3 и 4 ст. 184, ч. 1 ст. 185, ст. 185.1, ч. 1 ст. 185.2, ст. 185.3, ч. 1 ст. 185.4, ст. 193, ч. 1 ст. 194, ст. ст. 195-197 и 199.2 УК РФ, освобождается от уголовной ответственности, если возместило ущерб, причиненный гражданину, организации или государству в результате совершения преступления, и перечислило в федеральный бюджет денежное возмещение в размере пятикратной суммы причиненного ущерба, либо перечислило в федеральный бюджет доход, полученный в результате совершения преступления, и денежное возмещение в размере пятикратной суммы дохода, полученного в результате совершения преступления.

Лицо освобождается от уголовной ответственности при выявлении факта совершения им до 1 января 2015 г. деяний, содержащих признаки составов преступлений, предусмотренных ст. 193, ч. ч. 1 и 2 ст. 194, ст. ст. 198, 199, 199.1, 199.2 УК РФ, при условии, если это лицо является декларантом или лицом, информация о котором содержится в специальной декларации, поданной в соответствии с Федеральным законом «О добровольном декларировании физическими лицами активов и счетов (вкладов) в банках и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», и если такие деяния связаны с приобретением (формированием источников приобретения), использованием либо распоряжением имуществом и (или) контролируруемыми иностранными компаниями, информация о которых содержится в специальной декларации, и (или) с

открытием и (или) зачислением денежных средств на счета (вклады), информация о которых содержится в специальной декларации. В этом случае не применяются положения ч. ч. 1 и 2 ст. 76.1 УК РФ в части возмещения ущерба, перечисления в федеральный бюджет денежного возмещения и полученного дохода (ч. 3 введена Федеральным законом от 8 июня 2015 г. № 140-ФЗ).

Для повышения эффективности правового регулирования предпринимательских отношений в нашей стране представляется необходимым решить ряд задач.

1. Совершенствование механизма законотворчества, в части относящейся к подготовке и принятию решений о криминализации или декриминализации (пенализации или депенализации) общественно опасного поведения коммерческих представителей в сфере экономики.

2. Совершенствование отдельных институтов Общей части уголовного законодательства России в целях дополнительной их ориентации на обеспечение нормального функционирования экономики.

3. Развитие института компромисса как средства повышения эффективности борьбы с отдельными видами преступлений против собственности и преступлениями в сфере экономической деятельности.

4. Оптимизация структуры Особенной части УК РФ в интересах наиболее эффективной борьбы с преступностью в сфере экономики.

5. Восполнение дефицита уголовно-правовой охраны экономических отношений, вызванного недостатками законотворчества, а также появлением новых видов и форм преступлений в сфере экономики.

6. Снижение уровня неопределённости диспозиций и санкций норм об ответственности за преступления в сфере экономики.

7. Приведение суровости наказаний за отдельные виды преступлений против собственности и преступлений в сфере экономической деятельности в соответствие с их общественной опасностью.

8. Совершенствование норм об ответственности за отдельные виды организованной преступной деятельности, представляющие наибольшую угрозу для нормального функционирования и развития экономики.

9. Совершенствование норм об ответственности за коррупционные (должностные преступления) в целях повышения эффективности борьбы с преступлениями в сфере экономики.

§ 4.3. Актуальные вопросы и основные тенденции реформирования законодательства о коммерческом (торговом) представительстве

В научной литературе высказывается справедливое мнение о том, что в настоящее время неэффективность принимаемых нормативно-правовых актов, зачастую противоречащих друг другу, обусловлена, в том

числе, и низким уровнем научного осмысления проблем правового характера в России. В итоге одни и те же общетеоретические понятия наполняются различным содержанием. Неоднозначность правового регулирования заключается в том, что на государственном уровне признаются и принимаются современные концепции..., а на практике обнаруживается, что принятый закон носит декларативный характер и не обеспечен социально-экономическим потенциалом⁵⁸⁹.

С момента принятия Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» в соответствии с разработанной на основании того же Указа Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации⁵⁹⁰ ведётся целенаправленная работа по изменению отдельных положений Гражданского кодекса РФ. Отдельные изменения, внесённые в Гражданский кодекс Российской Федерации и вступившие в силу с 1 октября 2013 г. затронули как положения о представительстве, в целом, так и положения о коммерческом представительстве, в частности.

Поскольку система экономических взаимоотношений между производителями товаров и услуг и между ними и потребителями, основанная на разделении труда и специализации производства, немыслима без профессионального представительства, в настоящее время проблематика правового регулирования института коммерческого представительства, как видится, имеет особую актуальность. Вместе с тем, изначально, в Проекте изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса Российской Федерации, подготовленного Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства на основании и во исполнение, а затем и при внесении изменений в часть первую ГК РФ, законодатель в большей степени ограничился лишь незначительной корректировкой положений о коммерческом представительстве, снабдив ч. 3 ст. 184 ГК РФ бланкетной нормой, о том, что «...особенности коммерческого представительства в отдельных сферах предпринимательской деятельности устанавливаются законом **и иными правовыми актами**». То, что законами, возможно, вполне и понятно. Однако, как видится, необходимо указать хотя-бы их примерный перечень, либо общие требования к тому субъекту, который именуется коммерческий (торговый) представитель. А вот, что касается **иных правовых актов**, то здесь и **во все непонятно. Во-первых, в настоящий момент о таковых по крайней мере неизвестно. Можно предположить, что это ратифицированные РФ положения договоров, конвенций, директив (в общем – междуна-**

⁵⁸⁹ Лаптева В. В. Формирование доктрины защиты прав личности как актуальная задача теории права // Рос. правосудие. 2006. № 4. С. 25-30.

⁵⁹⁰ Обзор проекта изменений Гражданского кодекса РФ. Краткий перечень основных планируемых изменений по состоянию на 07.12.2010 (Разделы I, II, III, VI, VII) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

родных соглашений, документов). Если же это подзаконный акт, то его положения не должны противоречить закону, т. е. Гражданскому кодексу РФ. В целом, мы попытаемся проанализировать известные законы и документы, в которых идёт речь о коммерческом (торговом) представительстве, а затем, сделает некоторые выводы по обозначенной проблематике.

В соответствии с п. 2 ст. 184 ГК РФ «...одновременное коммерческое представительство разных сторон в сделке допускается с согласия этих сторон, а также в других случаях, предусмотренных законом. Если коммерческий представитель действует на организованных торгах, предполагается, поскольку не доказано иное, что представляемый согласен на одновременное представительство таким представителем другой стороны или других сторон».

Вместе с тем, п. 7 ст. 16 Федерального закона «Об организованных торгах, говорится дословно о том, что «...если это предусмотрено договором с клиентом, участник торгов вправе быть одновременно **коммерческим представителем** разных сторон договора, заключенного на организованных торгах, в том числе **лиц, не являющихся предпринимателями**. Аналогичные положения продублированы в п. 2.1 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»: «...если это предусмотрено договором о брокерском обслуживании, брокер вправе совершать сделки с ценными бумагами и заключать договоры, являющиеся производными финансовыми инструментами, одновременно **являясь коммерческим представителем разных сторон в сделке**, в том числе **не являющихся предпринимателями**».

Значит, дословная формулировка статьи говорит о том, что **коммерческий представитель может представлять и не от имени предпринимателей**. А это уже явное противоречие с п. 1 ст. 184 ГК РФ, указывающего на то, что коммерческий представитель действует «...от имени предпринимателей». Ч. 2 ст. 184 ГК РФ отсылает к законодательству об организованных торгах, закрепив презумпцию о том, что «...поскольку не доказано иное, что представляемый согласен на одновременное представительство таким представителем другой стороны или других сторон». Данная редакция привнесена в положения ст. 184 ГК РФ Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ и фактически дублирует положение упомянутого п. 7 ст. 16 Федерального закона «Об организованных торгах». Однако бросается в глаза, что, помня об одном, законодатель почему-то «забыл» внести соответствующие изменения в п. 1. ст. 184, который можно было изложить как минимум в следующей редакции: «Коммерческим представителем является лицо, постоянно и самостоятельно представляющее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности. В случае, если коммерческий представитель является участником организованных торгов,

допускается представительство **лиц, не являющихся предпринимателями**. Изменения не внесены и в п. п. 3 ст. ст. 972 ГК РФ «поверенный, действующий в качестве коммерческого представителя (п. 1 ст. 184 ГК РФ), вправе в соответствии со ст. 359 ГК РФ удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение своих требований по договору поручения», 973 ГК РФ «...поверенному, действующему в качестве коммерческого представителя (п. 1 ст. 184), может быть предоставлено доверителем право отступать в интересах доверителя от его указаний без предварительного запроса об этом. В этом случае коммерческий представитель обязан в разумный срок уведомить доверителя о допущенных отступлениях, если иное не предусмотрено договором поручения». Вышеизложенное говорит о том, что законодателя, по сути, устраивает ситуация, когда отношения с коммерческим представителем по действующему ГК РФ оформляются договором поручения (гл. 49 ГК РФ), косвенно допуская «двойственный статус» коммерческого представителя в агентском договоре, брокерском договоре и их модификациях.

Хотя, мы выступаем за более кардинальные изменения законодательства о коммерческом представительстве, направленные на систематизацию норм о коммерческом (торговом) представительстве, а также видов коммерческого (торгового) представительства.

Если сравнить с положениями абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ: предпринимательской является **самостоятельная**, осуществляемая на свой риск деятельность, **направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами**, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Если термин «самостоятельная» встречается и в официальном определении предпринимательской деятельности, то термин «постоянно» можно рассматривать как эквивалентный **направленности деятельности на систематическое получение прибыли**. В то же время, нигде в положениях о коммерческом представительстве прямо не указано, что данный вид деятельности осуществляется **«на свой риск»**, равно как и обязанность **регистрации** коммерческого представителя **в качестве предпринимателя**. Впрочем, дополнительные требования к отдельным видам коммерческих представителей могут вытекать из норм ГК РФ и (или) положений специальных законов.

К профессиональным коммерческим (торговым) представителям в современном торговом обороте следует отнести не только поверенного в договоре поручения с участием профессионального коммерческого представителя, но и лиц, осуществляющих брокерскую деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг (ст. 3 Закона «О рынке ценных

бумаг»)⁵⁹¹, агента в агентском договоре (глава 52 ГК РФ), экспедитора (глава 41 ГК РФ), страхового агента (ст. 8 Закона «Об организации страхового дела»)⁵⁹², агента в договоре морского агентирования (ст. 232 Кодекса торгового мореплавания РФ)⁵⁹³, посредника (морского брокера) в договоре морского посредничества (ст. 240 Кодекса торгового мореплавания РФ)⁵⁹⁴, таможенного представителя (ст. 60 ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»)⁵⁹⁵ и др.

К таможенному представителю предъявляется требование, что таковым «...может быть российское юридическое лицо, включенное в реестр таможенных представителей»⁵⁹⁶. Условия включения юридического лица в реестр таможенных представителей установлены ст. 13 Таможенного кодекса Таможенного союза.

Морской агент – лицо, которое по договору морского агентирования обязуется за вознаграждение совершать **по поручению и за счет судовладельца** юридические и иные действия от своего имени или от имени судовладельца в определенном порту или на определенной территории⁵⁹⁷. Как хорошо видно, – это конструкция договора поручения.

Посредник (морской брокер) – лицо, которое по договору морского посредничества обязуется **от имени и за счет доверителя** оказывать посреднические услуги при заключении договоров купли-продажи судов, договоров фрахтования и договоров буксировки судов, а также договоров морского страхования⁵⁹⁸. Здесь видно, что договор с морским брокером заключается по правилам конструкции модифицированного договора поручения, то есть поручения с элементами коммерческого представительства.

Брокером именуется профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий брокерскую деятельность, под которой понимается деятельность по совершению гражданско-правовых сделок с ценными

⁵⁹¹ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: ред. от 28.12.2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵⁹² Об организации страхового дела в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Закон Рос. Федерации от 27.11.1992 № 4015-1: ред. от 04.06.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵⁹³ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999 № 81-ФЗ: ред. от 03.02.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵⁹⁴ Там же. Ст. 240.

⁵⁹⁵ О таможенном регулировании в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер.закон Рос. Федерации от 27.11.2010 № 311-ФЗ: ред. от 05.05.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵⁹⁶ Там же.

⁵⁹⁷ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999 № 81-ФЗ: ред. от 03.02.2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵⁹⁸ Там же. Ст. 240.

бумагами и (или) по заключению договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, по поручению клиента **от имени и за счет клиента** (в том числе эмитента эмиссионных ценных бумаг при их размещении) или **от своего имени** и за счет клиента на основании возмездных договоров с клиентом (ст. 3 ФЗ РФ «О рынке ценных бумаг», в ред. Федерального закона от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ).

В первом случае речь идёт о коммерческом представительстве «в чистом виде» в смысле ст. 184 ГК РФ. А вот второй случай – это также вид торгового представительства, однако, так называемого **«косвенного» коммерческого представительства**. В данном случае – это типичная форма агентского договора.

Как представляется, коммерческими представителями могли бы быть и патентные поверенные (ст. 1247, ч. 4 ГК РФ). По ранее действовавшему законодательству (Патентный закон, ныне утратил силу в связи с введением в действие ч. 4 ГК РФ), патентные поверенные относились к разновидностям коммерческих представителей.

Однако, требования к их статусу действующего законодательства, вытекающие из ч. 3 ст. 1247 ГК РФ несколько изменились. Требования к патентным поверенным устанавливаются отдельным законом. Таковым «...может быть зарегистрирован гражданин Российской Федерации, постоянно проживающий на ее территории». Как следует из ч. 3 ст. 1247 «...другие требования к патентному поверенному, порядок его аттестации и регистрации, а также его полномочия в отношении ведения дел, связанных с правовой охраной результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, устанавливаются законом». Вместе с тем, прямых отсылок к положениям о коммерческом представительстве данная статья ГК РФ не содержит, наверное, виду того, что патентный поверенный вправе осуществлять свою профессиональную деятельность самостоятельно, занимаясь частной практикой, а также **на основании трудового договора** между патентным поверенным и работодателем (юридическим лицом). Значит, в данном случае имеют место трудовые отношения, а не гражданско-правовые.

Если говорить о статусе предпринимателя, то таковой может закрепляться за профессиональным коммерческим представителем при государственной регистрации в качестве субъекта предпринимательской деятельности. В зависимости от профиля и содержания будущей предпринимательской деятельности, собственных возможностей, масштабов деятельности, уровня конкуренции в отрасли, а также ряда других причин лицо, желающее оказать услуги по коммерческому представительству, вправе выбирать любую предусмотренную законом организационно-правовую форму предпринимательской деятельности⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ Бусыгин А. В. Предпринимательство. М., 2007. С. 373.

Что касается самого содержания понятия предпринимательской деятельности, то таковой может быть признана только деятельность, осуществляемая лицами, *зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке*. В КоАП РФ (ч. 1 ст. 14.1 «Осуществление предпринимательской деятельности без государственной регистрации или без специального разрешения (лицензии)»), и в УК РФ (ч. 1 ст. 171 «Незаконное предпринимательство») статьи говорящие о незаконности предпринимательской деятельности без государственной регистрации имеются. При этом понятия незаконной предпринимательской деятельности законодательно нигде не закреплено. Очевидно, что при смысловой верности такого признака предпринимательской деятельности как государственная регистрация, он весьма неточно расположен юридико-технически. В результате буквального толкования упомянутой нормы выясняется, что осуществление самостоятельной, на свой риск деятельности, направленной на систематическое получение прибыли лицами, не зарегистрированными в качестве предпринимателей, **не является предпринимательством**. Следовательно, формулировки ни ч. 1 ст. 14.1, КоАП РФ, ни ч. 1 ст. 171 УК РФ не будут охватывать любую экономическую деятельность, осуществляемую без государственной регистрации, даже при наличии всех остальных признаков предпринимательской деятельности. Ничего не меняет, и п. п. 1-4 ст. 23 ГК РФ, где зафиксировано, что «...гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью ... с момента государственной регистрации».

Упомянутую неточность⁶⁰⁰, как представляется, было бы достаточно легко исправить. Следует вынести требование о необходимости государственной регистрации предпринимателя за рамки легального определения предпринимательской деятельности. Понятие незаконной предпринимательской деятельности можно было поместить как в текст действующего ГК РФ, так и в текст Коммерческого кодекса РФ (которого, к сожалению, в России до сих пор нет!). Впрочем, исходя из смысла законодательной логики, понятие незаконной предпринимательской деятельности следовало бы поместить, как минимум, в примечаниях к процитированным статьям КоАП РФ и УК РФ. Однако законодатель до сих пор игнорирует подобную необходимость. Более того, как свидетельствует официальная статистика, обвинительные приговоры по ч. 1 ст. 171 УК РФ имеются! Впрочем, огорчимся, недостаточно машинально «убрать» из текста ст. 2 ГК РФ упоминание о необходимости государственной регистрации как одного из обязательных признаков предпринимательской деятельности, так как остальные её признаки достаточно «аморфны» и «расплывчаты». То есть в остальных

⁶⁰⁰ Данное положение подвергнуто обоснованной критике М. Моисеевым уже тогда, когда УК РФ был только принят. См.: Моисеев М. Предпринимательская деятельность граждан: понятие и конститутивные признаки // Хозяйство и право. 1997. № 3. С. 79.

признаках предпринимательской деятельности нет даже чёткого понимания того, сколько раз, например, можно открыто продавать товар, чтобы сказать, что деятельность осуществляется, хотя бы систематически, не говоря о других проблемах.

Но вернёмся, всё же к рассматриваемому нами институту, обосновав, вопреки расхожему в юридической литературе мнению, тезис, что «коммерческий представитель – это всегда предприниматель»⁶⁰¹. Очевидно, что далеко не всегда, а лишь в **случаях прямо предусмотренных законом!** Таким образом, круг лиц, которые могут быть коммерческими представителями, является достаточно определённым, более узким, чем перечень «традиционных» представителей.

Во-первых, профессиональные коммерческие представители, как правило, – предприниматели⁶⁰², но далеко не всегда, а лишь в **случаях прямо предусмотренных законом**. Во-вторых, юридические лица могут принимать на себя функции коммерческих представителей, если это не расходится с теми целями и задачами, которые указаны в их учредительных документах. В-третьих, законодательство содержит ряд прямых запретов в отношении выполнения представительских функций некоторыми субъектами гражданского права (например, отсутствие лицензии, стажа работы и т. п.).

Российское законодательство пошло по тому пути, который рассматривает правила о коммерческом представительстве при регламентации Гражданским кодексом договора поручения, которым традиционно в Западной Европе и оформлялось представительство. Это дало даже повод некоторым юристам отождествить коммерческое представительство с договором коммерческого представительства, заключаемого по правилам поручения⁶⁰³.

Между тем, такая позиция, хотя и не представляется нам верной, тем не менее, все же содержит рациональный подход в определении общих прав и обязанностей сторон по договору, которые, как видится, должны применяться ко всем договорным отношениям с коммерческим представителем. Поэтому было бы более правильным общие нормы о коммерческом представительстве рассматривать именно в разделе о представительстве, а не применительно к договору поручения, поместив их либо в отдельную статью, либо в главу 10 (1) «Профессиональное коммерческое представительство».

Указанные нормы в настоящее время «разбросаны» по российскому законодательству. Кроме того, в ГК РФ необходимо предусмотреть более широкие полномочия сторонам, избравшим коммерческое

⁶⁰¹ Токар Е. Я. О формировании правового института коммерческого представительства // Предпринимательское право. 2010. № 4. С. 10.

⁶⁰² Там же.

⁶⁰³ Николюкин С. В. Посреднические договоры. М.: Юстицинформ, 2010. С. 35-39.

представительство в установлении не только дополнительных прав и обязанностей, но и в изменении существующих положений. Последние должны применяться, если договором не предусмотрено иное.

Делается вывод о несистемном подходе законодателя к реформированию действующего гражданского законодательства, что хорошо прослеживается и на исследуемом институте коммерческого представительства, и на последних изменениях гражданского законодательства РФ в целом. Так, ГК РФ, в свете последних изменений, которые явно начали прослеживаться с 2000 г., появляется всё больше «бланкетных», то есть отсылочных норм, вместо того, чтобы на уровне кодифицированного нормативного акта, которым является ГК РФ, максимально обобщить и систематизировать действующие положения.

Как хорошо видно на нормах о том же коммерческом представительстве, ст. 184 ГК РФ, содержащая определённые диспозитивные нормы, в то же время отсылает нас к другим нормативным правовым актам, которые эти же диспозитивные нормы опровергают.

Поскольку система экономических взаимоотношений между производителями товаров и услуг и между ними и потребителями, основанная на разделении труда и специализации производства, немыслима без профессионального представительства, в настоящее время проблематика правового регулирования института коммерческого представительства, как видится, имеет особую актуальность. Вместе с тем, изначально, в Проекте изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса Российской Федерации, подготовленного Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства на основании и во исполнение, а затем и при внесении изменений в часть первую ГК РФ, законодатель в большей степени ограничился лишь незначительной корректировкой положений о коммерческом представительстве, снабдив часть 3 ст. 184 ГК РФ бланкетной нормой, о том, что «...особенности коммерческого представительства в отдельных сферах предпринимательской деятельности устанавливаются законом **и иными правовыми актами**». То, что законами, возможно, вполне и понятно. Однако, как видится, необходимо указать хотя-бы их примерный перечень, либо общие требования к тому субъекту, который именуется коммерческий (торговый) представитель. А вот, что касается **иных правовых актов**, то здесь и **во все непонятно. Во-первых, в настоящий момент о таковых по крайней мере неизвестно. Можно предположить, что это ратифицированные РФ положения договоров, конвенций, директив (в общем – международных соглашений, документов). Если же это подзаконный акт, то его положения не должны противоречить закону, т. е. Гражданскому кодексу РФ.**

Ввиду имеющихся противоречий п. 7 ст. 16 Федерального закона «Об организованных торгах»⁶⁰⁴, п. 2.1⁶⁰⁵ Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»⁶⁰⁶ и п. 1 ст. 184 ГК РФ, п. 1 ст. 184 ГК РФ предлагается изложить в следующей редакции: «Коммерческим представителем является лицо, постоянно и самостоятельно представляющее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности. В случае, если коммерческий представитель является участником организованных торгов, допускается представительство **лиц, не являющихся предпринимателями**».

Изменения не внесены и в п. п. 3 ст. ст. 972 ГК РФ «поверенный, действующий в качестве коммерческого представителя (пункт 1 статьи 184 ГК РФ), вправе в соответствии со статьей 359 ГК РФ удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение своих требований по договору поручения», 973 ГК РФ «...поверенному, действующему в качестве коммерческого представителя (пункт 1 статьи 184), может быть предоставлено доверителем право отступать в интересах доверителя от его указаний без предварительного запроса об этом. В этом случае коммерческий представитель обязан в разумный срок уведомить доверителя о допущенных отступлениях, если иное не предусмотрено договором поручения». Вышеизложенное говорит о том, что законодателя по сути устраивает ситуация, когда отношения с коммерческим представителем по действующему ГК РФ оформляются договором поручения (гл. 49 ГК РФ), косвенно допуская «двойственный статус» коммерческого представителя в агентском договоре, брокерском договоре и их модификациях.

Хотя, мы выступаем за более кардинальные изменения законодательства о коммерческом представительстве, направленные на систематизацию норм о коммерческом (торговом) представительстве, а также видов коммерческого (торгового) представительства.

Если сравнить с положениями абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ: предпринимательской является **самостоятельная**, осуществляемая на свой риск деятельность, **направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами**, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Если термин «самостоятельная» встречается и в официальном определении предпринимательской деятельности, то термин «постоянно» можно рассматривать как эквивалентный **направленности**

⁶⁰⁴ Об организованных торгах [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 21.11.2011 № 325-ФЗ: в ред. от 21.12.2013. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 22.11.2011).

⁶⁰⁵ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: ред. от 28.12.2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁰⁶ Там же.

деятельности на систематическое получение прибыли. В то же время, нигде в положениях о коммерческом представительстве прямо не указано, что данный вид деятельности осуществляется *«на свой риск»*, равно как и обязанность *регистрации* коммерческого представителя *в качестве предпринимателя*. Впрочем, дополнительные требования к отдельным видам коммерческих представителей могут вытекать из норм ГК РФ и (или) положений специальных законов.

Глава 5. Актуальные вопросы и основные тенденции защиты прав субъектов коммерческого (торгового) представительства как участников предпринимательской деятельности от незаконного и необоснованного уголовного преследования. Расследование преступлений совершённых коммерческими (торговыми) представителями, либо контрагентами в его отношении: теория, практика, обеспечение прав личности

§ 5.1. Актуальные вопросы и основные тенденции защиты прав субъектов коммерческого (торгового) представительства как участников предпринимательской деятельности от незаконного и необоснованного уголовного преследования

Согласно ст. 1 Конституции Российская Федерация есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления. Главенствующим признаком правового государства является обеспечение верховенства права, незыблемость основных прав и свобод человека, охрана не противоправных интересов личности, взаимная ответственность государства и граждан, защита общества от произвола властей. Права человека определяют степень свободы личности и служат средством ограничения государственной власти. В соответствии с основами правового государства ст. 2 Конституции РФ регламентирует: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства».

Стремление России к общепризнанным мировым стандартам в области прав человека выражено и в ст. 17 Конституции: «В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права». Конституция признает, что основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения. Единственным ограничением осуществления прав и свобод является требование не нарушать права и свободы других лиц. Согласно ст. 18 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

На современном этапе развития уголовного и уголовно-процессуального законодательства вопрос защиты прав субъектов предпринимательской деятельности от незаконного и необоснованного уголовного преследования носит актуальный характер и вызывает повышенный общественный интерес. На заседании рабочей группы по формированию системы «Открытое правительство» Председателем Правительства РФ Д. А. Мед-

ведевым озвучено, что в настоящее время в России по экономическим составам отбывают наказание в виде лишения свободы более 120 тыс. предпринимателей⁶⁰⁷.

Реализуя свое право на наказание лица, нарушившего уголовный закон, государство, стремящееся к взаимности со своим народом, устанавливает правила производства по уголовному делу таким образом, чтобы применяющие их должностные лица не допустили ошибки. Сконцентрировав у себя, по выражению И. Я. Фойницкого, «право суда» над человеком, государственная власть приняла на себя и заботу о человеке⁶⁰⁸.

Устанавливая правила производства по уголовному делу, демократическое государство создает систему гарантий для обвиняемого, и «чем свободнее личность в государстве, тем полноправнее обвиняемый в уголовном процессе»⁶⁰⁹.

Указом Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 596 «О долгосрочной государственной экономической политике» Правительству РФ поручено обеспечить до 1 декабря 2012 г. внесение изменений в законодательство Российской Федерации в целях исключения возможности решения хозяйственного спора посредством уголовного преследования.

Таким образом, государство уже на нормативно-правовом уровне признает факт существования проблемы необоснованного привлечения к уголовной ответственности.

Первым в ряду таких законодательных актов был Федеральный закон от 29 декабря 2009 г. № 383-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», касавшийся налоговых преступлений. В УПК РФ введена ст. 28.1, предусматривающая особый порядок прекращения уголовного преследования по налоговому преступлению при условии полного возмещения ущерба бюджетной системе Российской Федерации. А в ст. 108 УПК РФ появился особый порядок избрания меры пресечения в виде заключения под стражу для лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении налоговых преступлений.

Последующими законодательными актами такие новации были экстраполированы на большинство преступлений в сфере экономической деятельности.

Так, Федеральным законом от 7 апреля 2010 г. № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»:

- внесены изменения в ст. 171 «Незаконное предпринимательство» и ст. 172 «Незаконная банковская деятельность» УК РФ, повлекшие отмену уголовной ответственности за нарушение лицензионных требований и

⁶⁰⁷ URL: http://xn--80abeamcuufxbhgound0h9cl.xn--p1ai/events/1338/?sphrase_id=20653.

⁶⁰⁸ Курс уголовного судопроизводства / под ред. А. В. Смирнова СПб.: Альфа, 1996. 607 с.

⁶⁰⁹ Лазарева В. А. Защита прав личности в уголовном процессе России, 2013.

условий (ответственность остается лишь за отсутствие лицензии или госрегистрации);

- внесены изменения в ст. 169 УК РФ, направленные на усиление ответственности должностных лиц, препятствующих законной предпринимательской или иной деятельности и др.

За последнее время внесены значительные изменения в появившуюся уже после принятия УПК РФ, ст. 28.1 «Прекращение уголовного преследования по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности».

Суд, а также следователь с согласия руководителя следственного органа прекращает уголовное преследование в отношении лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ст. ст. 198-199.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, при наличии оснований, предусмотренных ст. ст. 24 и 27 УПК РФ или ч. 1 ст. 76.1 Уголовного кодекса Российской Федерации, в случае, если до назначения судебного заседания ущерб, причиненный бюджетной системе Российской Федерации в результате преступления, возмещен в полном объеме (ч. 1 ст. 28.1 УПК РФ в ред. Федерального закона от 22 октября 2014 г. № 308-ФЗ).

Под возмещением ущерба, причиненного бюджетной системе Российской Федерации, понимается уплата в полном объеме недоимки, пеней и штрафов в размере, определяемом в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах с учетом представленного налоговым органом расчета размера пеней и штрафов (ч. 2 ст. 28.1 УПК РФ в ред. Федерального закона от 22 октября 2014 г. № 308-ФЗ).

Суд, а также следователь с согласия руководителя следственного органа или дознаватель с согласия прокурора прекращает уголовное преследование в отношении лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ст. ст. 171 ч. 1, 171.1 ч. 1, 172 ч. 1, 176 ч. 2, 177, 180 ч. ч. 1 и 2, 184 ч. ч. 3 и 4, 185 ч. 1, 185.1, 185.2 ч. 1, 185.3, 185.4 ч. 1, 193, 194 ч. 1, 195-197 и 199.2 Уголовного кодекса Российской Федерации, при наличии оснований, предусмотренных ст. ст. 24 и 27 УПК РФ, и в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 76.1 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Суд, а также следователь с согласия руководителя следственного органа прекращает уголовное преследование в отношении лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ст. 193, ч. ч. 1 и 2 ст. 194, ст. ст. 198-199.2 Уголовного кодекса Российской Федерации, при наличии оснований, предусмотренных ч. 3 ст. 76.1 Уголовного кодекса Российской Федерации (ч. 3.1 ст. 28.1. УПК РФ, введена Федеральным законом от 8 июня 2015 г. № 140-ФЗ).

В случае несогласия руководителя следственного органа с прекращением уголовного преследования в соответствии с ч. 3.1 ст. 28.1 УПК

РФ, им выносится мотивированное постановление об отказе в прекращении уголовного преследования и о принятом решении незамедлительно уведомляются лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело, Генеральный прокурор Российской Федерации и Уполномоченный при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей (ч. 3.2 ст. 28.1 УПК РФ, введена Федеральным законом от 8 июня 2015 г. № 140-ФЗ).

До прекращения уголовного преследования лицу должны быть разъяснены основания его прекращения в соответствии с ч. ч. 1, 3 и 3.1 ст. 28.1 УПК РФ и право возражать против прекращения уголовного преследования (ч. 4 ст. 28.1 УПК РФ, в ред. Федерального закона от 8 июня 2015 г. № 140-ФЗ).

Прекращение уголовного преследования по основаниям, указанным в ч. ч. 1, 3 и 3.1 ст. 28.1 УПК РФ, не допускается, если лицо, в отношении которого прекращается уголовное преследование, против этого возражает. В данном случае производство по уголовному делу продолжается в обычном порядке.

Одной из гарантий защиты прав субъектов коммерческого (торгового) представительства как участников предпринимательской деятельности от незаконного и необоснованного уголовного преследования является эффективный судебный контроль за деятельностью органов, осуществляющих расследование преступлений.

Право на судебную защиту закреплено в п. 1 ст. 46 Конституции РФ. И оно обязывает государство обеспечивать каждому гражданину возможность отстаивать свои права в споре с любыми органами и должностными лицами, в том числе и осуществляющими расследование по уголовным делам⁶¹⁰.

Возбуждение уголовного дела и его расследование являются досудебными стадиями производства по уголовному делу, основное назначение которых состоит в обеспечении условий для эффективного осуществления правосудия по уголовным делам. После передачи материалов уголовного дела с обвинительным заключением (обвинительным актом, обвинительным постановлением) в суд именно этот орган, разрешая дело на основе исследования в судебном заседании всех его обстоятельств и полученных доказательств, осуществляет проверку процессуальных актов и других материалов досудебного производства. При этом судом проверяются также жалобы и заявления заинтересованных лиц на такие действия и решения органов расследования, которые связаны с ограничением прав и свобод участников уголовного процесса.

⁶¹⁰ Дорошков В. Судебный контроль за деятельностью органов предварительного расследования, 2012.

Осуществление судебного контроля после завершения уголовного расследования не может расцениваться как нарушение права на судебную защиту, поскольку гарантирующая его ч. 2 ст. 46 Конституции РФ не определяет конкретные процедуры реализации этого права. Также не исключает возможности судебной проверки жалоб на действия и решения органов расследования преступлений и после передачи уголовного дела в суд.

Стоит отметить, если соответствующие действия и решения органов расследования затрагивают не только собственно уголовно-процессуальные отношения, но и порождают последствия, выходящие за их рамки, существенно ограничивая при этом конституционные права и свободы личности, откладывание проверки законности и обоснованности таких действий до стадии судебного разбирательства может причинить ущерб, восполнение которого в дальнейшем окажется неосуществимым. В таких случаях контроль за действиями и решениями органов уголовного расследования со стороны суда, имеющий место лишь при рассмотрении им уголовного дела, т. е. на следующем этапе производства, не является эффективным средством восстановления нарушенных прав, и поэтому заинтересованным лицам должна быть обеспечена возможность незамедлительного обращения в ходе расследования с жалобой в суд.

Вместе с тем суд при проверке в период уголовного расследования тех или иных процессуальных актов не должен решать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по уголовному делу. Иное противоречило бы конституционному принципу независимости суда (ст. 120 Конституции РФ), гарантирующему в условиях состязательного процесса объективное и беспристрастное осуществление правосудия по уголовным делам.

Исходя из указанного, судебный контроль на досудебных этапах уголовного судопроизводства – это особый самостоятельный, хотя и не выходящий за рамки уголовного судопроизводства, вид судебной деятельности, направленный на обеспечение прав, свобод человека и гражданина, а равно их защиту и незамедлительное восстановление, в случае если у заинтересованных лиц возникли основания полагать, что их права и свободы нарушены органом дознания, дознавателем, следователем либо прокурором, а законные интересы проигнорированы⁶¹¹.

Термин «судебный контроль» появился в научном обороте сразу после введения в УПК РСФСР ст. ст. 220-1, 220-2, регламентирующих осуществление судом проверки законности и обоснованности ареста, продления срока содержания обвиняемых под стражей. Можно сделать вывод, что слово «контроль» в данном случае было выбрано в противовес усто-

⁶¹¹ Еникеев З. Д. Механизм уголовного преследования: учебное пособие. Уфа, 2012. 116 с.

явшимся понятиям «прокурорский надзор» и «судебный надзор» высших судов за деятельностью нижестоящих. Однако понятия «надзор» и «контроль» не исключают, а дополняют друг друга. Правильно было бы понимать прокурорский надзор как наблюдение за точностью соблюдения законов, в то время как судебный контроль – это фундаментальная проверка спорного вопроса. Вместе с тем, как известно, надзирающий прокурор по УПК РФ вправе не только указывать на ошибки, но и в стадии уголовного расследования отменять все незаконные решения. В последнее время большинство авторов толкуют термин «судебный контроль» максимально широко, раскрывая под ним весь спектр судебно-контрольной деятельности, начиная от проверки законности и обоснованности отказа в принятии заявления и заканчивая проверкой уголовного дела в порядке надзора Президиумом Верховного Суда Российской Федерации⁶¹².

Основное значение судебного контроля, его процедур в уголовном судопроизводстве, могут быть осознаны в полной мере только в контексте доктрины разделения властей при условии правильного понимания места и роли суда в механизме государственного управления. Судебно-контрольные действия легко разделить на виды. В основе такого деления лежит компетенция инициатора судебно-контрольного производства. В лице последнего могут выступать как органы государственной власти, представляющие сторону обвинения, так и любые иные участники уголовного процесса.

Подразделение судебного контроля по форме обусловлено тем, что далеко не на все процессуальные действия распространяется принцип текущей состязательности. Так, выдавая разрешение на производство следственных действий в порядке, предусмотренном ст. 165 УПК РФ, суд совершенно не интересуется тем, что в данный момент по этому поводу думают сторона защиты, третьи лица.

И, наконец, по режиму проверки судебный контроль в стадии уголовного расследования может быть превентивным, а может быть и постфактум. В первом случае суд проверяет законность, обоснованность пока еще только намерения дознавателя, следователя и прокурора пойти на существенное ограничение конституционных прав участников уголовно-процессуальных отношений. Во втором суд, получив обоснованную жалобу, сталкивается с уже реальными нарушениями конституционных и процессуальных прав участников процесса.

Различают четыре вида судебно-контрольных действий в стадии уголовного расследования⁶¹³.

К первому из них следует отнести компетенцию суда по:

⁶¹² Ковтун Н. Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России. Н. Новгород: Нижегородская правовая академия, 2008. 332 с.

⁶¹³ Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии расследования преступлений: важная функция судебной власти: дис. ... канд. юрид. наук, 2009.

1) избранию в отношении подозреваемых, обвиняемых меры пресечения в виде заключения под стражу (ст. 108 УПК РФ);

2) продлению сроков содержания обвиняемых под стражей (ст. 109 УПК РФ);

3) избранию в отношении обвиняемых меры пресечения в виде домашнего ареста (ст. 107 УПК РФ);

4) помещению подозреваемых, обвиняемых, не содержащихся под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства, соответственно, судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы (п. 3 ч. 2 ст. 29 УПК РФ).

Вторым направлением судебно-контрольной деятельности в стадии расследования преступлений является принятие судом решений:

1) о производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц (п. 4 ч. 2 ст. 29, ч. 5 ст. 177 УПК РФ);

2) о производстве обыска или выемки в жилище (п. 5 ч. 2 ст. 29, ст. ст. 165, 182 УПК РФ);

3) о производстве личного обыска, за исключением случаев, предусмотренных ст. 93 УК РФ (п. 6 ч. 2 ст. 29, ст. 184 УПК РФ);

4) о производстве выемки предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях (п. 7 ч. 2 ст. 29 УПК РФ);

5) о наложении ареста на корреспонденцию и выемке ее в учреждениях связи (п. 8 ч. 2 ст. 29, ст. 185 УПК РФ);

6) о наложении ареста на имущество, включая денежные средства физических и юридических лиц, находящиеся на счетах и вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях (п. 9 ч. 2 ст. 29 УПК РФ);

7) о контроле и записи телефонных и иных переговоров (п. 11 ч. 2 ст. 29 УПК РФ);

8) о временном отстранении обвиняемого от должности в соответствии со ст. 114 УПК РФ (п. 10 ч. 2 ст. 29 УПК РФ);

9) об эксгумации (ч. 3 ст. 178 УПК РФ).

Третий вид судебно-контрольной деятельности на досудебных этапах уголовного процесса регламентирован ст. 448 УПК РФ. Он связан с особенностями производства по делу в отношении отдельных категорий лиц, к числу которых действующий закон относит: членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы, депутатов представительных органов государственной власти в субъектах Федерации; депутатов и выборных должностных лиц в системе местного самоуправления; судей; Председателя Счетной палаты РФ, его заместителей и аудиторов; Уполномоченного по правам человека в РФ; Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, а также кандидата в Президенты РФ; прокурора, следователя, адвоката (ст. 447 УПК РФ). Процедура привлечения к уголовной

ответственности действующего Президента РФ урегулирована в ч. 1 ст. 93 Конституции РФ и по существу является одной из разновидностей судебного контроля на досудебных этапах уголовного процесса, осуществляемого судами общей юрисдикции.

Четвертый вид – собственно компетенция суда по рассмотрению заявлений и жалоб на действия органов предварительного расследования и прокуроров (ст. 125 УПК РФ).

За истекшее десятилетие в Российской Федерации сложились следующие формы и режимы судебного контроля в стадии уголовного расследования преступлений.

В первую очередь, это рассмотрение в открытом состязательном процессе постановлений органов дознания, дознавателей, следователей и прокуроров об избрании меры пресечения в отношении подозреваемого, обвиняемого, продлении сроков содержания обвиняемого под стражей. В таком же режиме рассматриваются представления прокуроров о возбуждении уголовных дел в отношении лиц, перечисленных в п. п. 1-11 ч. 1 ст. 448 УПК РФ. Разновидность данной формы судебного контроля - закрытый состязательный процесс.

Ее особенности:

1) инициатором судебно-контрольного действия выступают специально уполномоченные на то субъекты стороны обвинения (ст. ст. 107-109, 448 УПК РФ);

2) процедура судебного контроля детально регламентирована в законе и всегда предшествует процессуальному действию, осуществление которого возможно только в случае согласия суда на ограничение конституционных и процессуальных прав подозреваемого, обвиняемого (ст. ст. 107-109, 448 УПК РФ).

Вторая форма судебного контроля – рассмотрение в закрытом не состязательном процессе постановлений органов уголовного расследования и прокуроров о получении у суда разрешений на производство следственных действий (ч. 2 и 3 ст. 165, ч. 3 ст. 178 УПК РФ). В данном случае закон предусматривает не только превентивную, как в предыдущем случае, форму судебного контроля, но и констатацию судом законности и обоснованности решений и действий органов уголовного расследования (прокуроров) в режиме постфактум.

Третья форма судебного контроля – это рассмотрение в открытом состязательном процессе жалоб на решения и действия (бездействие) органов уголовного расследования, прокуроров. Как и в первом случае, разновидность данной формы судебного контроля – закрытый состязательный процесс. Режим проверки – всегда постфактум.

К сказанному следует добавить, что все судебно-контрольные действия, за исключением указанных в ст. 448 УПК РФ и ч. 1 ст. 93 Конституции РФ, осуществляются судьями районных федеральных судов едино-

лично. Вторым исключением из данного правила является продление сроков содержания обвиняемых под стражей при ознакомлении их с материалами уголовного дела (ч. 7 ст. 109 УПК РФ). Согласно закону – это компетенция суда субъекта Федерации. В первом исключении – коллегиально, в составе трех судей, во втором – ходатайство разрешается судьей единолично.

Цель судебного контроля на досудебных этапах уголовного судопроизводства – это общая превенция в сфере защиты прав, свобод и законных интересов всех без исключения всех участников процесса, а также восстановление уже нарушенных их прав, свобод.

Согласно действующему уголовно-процессуальному законодательству на досудебных стадиях судопроизводства допускается обжалование в суде постановлений дознавателя, следователя, прокурора об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела. Равно иные решения и действия (бездействия), которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного процесса либо затруднить доступ граждан к правосудию, могут быть обжалованы в суд по месту производства предварительного расследования (ст. 19, ч. 1 ст. 125 УПК РФ).

*Лицом, обжалующим в стадии уголовного расследования решения, действия (бездействия) дознавателя, следователя и прокурора, должны быть соблюдены следующие условия*⁶¹⁴.

По смыслу закона в порядке, предусмотренном ст. 125 УПК РФ, обжалованы, могут быть:

Во-первых, решения, действия (бездействия) органов уголовного расследования, прокуроров лишь по конкретным уголовным делам.

Исключением из данного правила является право на обжалование постановления об отказе в возбуждении уголовного дела. В силу ч. 5 ст. 144 УПК РФ по правилам ст. 125 УПК РФ может быть обжалован отказ в принятии компетентным органом документов, являющихся поводом к возбуждению уголовного дела: заявления о преступлении (п. 1 ч. 1 ст. 140 УПК РФ), явки с повинной (п. 2 ч. 1 ст. 140 УПК РФ). В данном случае жалоба подается на решение или действия органа, на который законом возложена обязанность принять, зарегистрировать заявление о совершенном (готовящемся) преступлении, решить вопрос о возбуждении уголовного дела (отказе в возбуждении уголовного дела), направить заявление о преступлении по подведомственности.

Во-вторых, обжалованию подлежат лишь решения, действия (бездействие) дознавателя, следователя и прокурора, которые являются специально уполномоченными на проведение процессуальных, а равно след-

⁶¹⁴ Демидова Л. А. Адвокатура в России, 2008.

ственных действий должностными лицами и в уголовном процессе представляют сторону обвинения.

Одновременно могут быть обжалованы решения, действия (бездействие) сразу нескольких должностных лиц, например, следователя, начальника следственного отдела и прокурора, при условии, что они взаимосвязаны между собой.

В-третьих, обжалуются решения и действия (бездействия), которые причинили или действительно способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию.

Практика осуществления судебного контроля за законностью и обоснованностью, а когда это требуется, то и справедливостью решений и действий (бездействия) органов предварительного расследования и прокуроров, все еще находится в процессе формирования, поскольку дискуссия о пределах компетенции суда на досудебных этапах уголовного судопроизводства не завершилась.

Однако тенденция в ее формировании уже наметилась. Можно отметить факт, что судами взят курс на «беспробельность» судебного контроля. Последнее означает, что в порядке ст. 125 УПК РФ обжаловать можно практически любой акт органов уголовного расследования и прокуроров, любое их действие (бездействие).

До этого момента в теории российского уголовного – процессуального права основную позицию занимало мнение, согласно которому судебный контроль в стадии уголовного расследования не следует распространять на решения и действия органов расследования, прокуроров, которые не препятствуют движению дела.

Однако известно, что не всегда органами уголовного расследования и прокурорами при возбуждении уголовных дел соблюдаются положения гл. 20 и ст. 448 УПК РФ, в результате чего «действия и решения органов дознания, следователей и прокуроров порождают последствия, выходящие за рамки собственно уголовно-процессуальных отношений, существенно ограничивая при этом такие конституционные права и свободы личности, которые не могут быть восстановлены в результате отсроченного судебного контроля».

Следует отметить, что наиболее распространенной ошибкой является неспособность заявителей отделить собственно уголовно-процессуальные отношения, которые складываются между их участниками в ходе уголовного расследования в рамках расследования конкретного уголовного дела, от административных, дисциплинарных, трудовых и прочих отношений, которые всего лишь сопутствуют уголовному процессу и регламентируются совершенно иными отраслями права. Конфликты, возникающие вне сферы уголовно-процессуальных отношений, разрешаются в рамках административного и гражданского судопроизводства.

Другим видом гарантий защиты прав субъектов коммерческого (торгового) представительства как участников предпринимательской деятельности от незаконного и необоснованного уголовного преследования является **обеспечение прав лиц, подвергающихся уголовному преследованию при расследовании преступлений**.

К лицам, подвергающимся уголовному преследованию при расследовании преступлений относятся подозреваемый и обвиняемый. Стоит более подробно рассмотреть их процессуальный статус и раскрыть содержание прав, которыми они обладают.

1. Подозреваемый.

Подозреваемый – наиболее уязвимый участник уголовного процесса. Он появляется на самом раннем этапе расследования преступления. В этот момент требуется неотложное совершение как процессуальных, так и оперативно-розыскных действий, принятие мер принуждения, с неизбежностью влекущих ограничение прав и свобод личности для получения полного объема информации о совершенном деянии. Положения правового статуса подозреваемого призваны, с одной стороны, обеспечить органам расследования возможность совершения указанных процессуальных действий, с другой – ограничить лицо, которое находится под подозрением, от необоснованного ущемления его конституционных прав и свобод. Тем не менее нарушения прав подозреваемых в совершении преступлений лиц достаточно распространены⁶¹⁵.

Прежде всего, необходимо определить круг лиц, обладающих статусом подозреваемого, а значит и соответствующими гарантиями.

В соответствии с ч. 1 ст. 46 УПК РФ подозреваемым является лицо:

- 1) либо в отношении которого возбуждено уголовное дело по основанию и в порядке, которые установлены гл. 20 УПК РФ;
- 2) либо задержанное по подозрению в совершении преступления в соответствии со ст. ст. 91 и 92 УПК РФ;
- 3) либо к которому в соответствии со ст. 100 УПК РФ до предъявления обвинения применена мера пресечения;
- 4) либо которое уведомлено о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ.

Основания и порядок принятия каждого из названных процессуальных решений, установленных законом, сами по себе служат необходимой гарантией прав лица, на которое в силу тех или иных обстоятельств пало подозрение в совершении преступления:

1. Постановление о возбуждении уголовного дела выносится органом предварительного расследования, если в сообщении о преступлении (заявлении, явке с повинной, сообщении, полученном из иных источников,

⁶¹⁵ Аверченко А. К. Подозреваемый и реализация его прав в уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Томск: Юрид. ин-т Том. ун-та, 2001. 239 с.

а также постановлении прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании) имеются достаточные данные о наличии признаков преступления (ст. 140 УПК РФ).

Если в сообщении о преступлении имеются сведения о лице, его совершившем, то это указывается в постановлении о возбуждении уголовного дела. В данном случае лицо приобретает статус подозреваемого без каких бы то ни было дополнительных решений, т. е. с самого начала уголовно-процессуальной деятельности, буквально с первого дня. Такое установление закона очень важно для обеспечения прав подозреваемого, поскольку возбудив уголовное дело, следователь (дознатель) обязан вручить подозреваемому копию постановления о возбуждении дела и разъяснить принадлежащие ему права. Тем самым обеспечивается должное представление этого лица о своем статусе, возможность реализовать свои права и требовать предоставления соответствующих гарантий. В частности, это позволяет подозреваемому незамедлительно обжаловать постановление о возбуждении уголовного дела руководителю следственного органа (прокурору), которые вправе отменить это постановление, или в суд, правомочный признать решение о возбуждении уголовного дела незаконным.

Лицо, в отношении которого было возбуждено уголовное дело, сохраняет статус подозреваемого до предъявления ему обвинения, а в случае производства дознания – до составления обвинительного акта или до принятия решения о прекращении уголовного дела и (или) уголовного преследования.

2. Задержание подозреваемого осуществляется органом дознания, дознавателем, следователем только при наличии одного из следующих оснований (ст. 91 УПК РФ):

1) лицо застигнуто на месте совершения преступления или непосредственно после его совершения;

2) потерпевшие или очевидцы указывают на данное лицо как совершившее преступление;

3) на этом лице или его одежде, при нем или в его жилище обнаружены явные следы преступления;

4) имеются иные данные, дающие основания подозревать лицо в совершении преступления, если это лицо пыталось скрыться, либо не имеет постоянного места жительства, либо не установлена его личность, либо если перед судом возбуждено ходатайство о применении в отношении этого лица меры пресечения в виде заключения под стражу.

Процедура задержания содержит гарантии прав подозреваемого, не позволяющие осуществлять задержание произвольно:

1) указание на основания применения такой меры принуждения, как задержание;

2) возможность задержания лишь при подозрении в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы;

3) составление протокола в соответствии с предъявляемыми к нему требованиями.

В протоколе задержания должны быть указаны основания и мотивы задержания, дата, место и время задержания и время составления протокола, делается отметка о разъяснении подозреваемому прав, предусмотренных ст. 46 УПК РФ.

В течение 12 часов с момента задержания подозреваемого дознаватель или следователь обязаны письменно сообщить об этом прокурору. Важной гарантией прав подозреваемого служит обязанность следователя, дознавателя допросить задержанного не позднее 24 часов с момента фактического задержания, обеспечить его квалифицированной юридической помощью, предоставить свидание с защитником наедине и конфиденциально, т. е. в отсутствие посторонних, включая самого следователя, оперативных сотрудников, продолжительностью не менее двух часов даже при необходимости произвести с подозреваемым следственные действия⁶¹⁶.

Условия и порядок содержания подозреваемых под стражей регулируются Федеральным законом от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», обеспечивающим соблюдение международных стандартов безопасности жизни и здоровья, гуманное обращение, уважение человеческого достоинства⁶¹⁷.

Следователь (дознаватель) обязан не позднее 12 часов с момента задержания уведомить об этом кого-либо из близких родственников подозреваемого, а при их отсутствии – других родственников или предоставить такую возможность самому подозреваемому (так называемое право на один телефонный звонок).

3. Применение меры пресечения до предъявления обвинения – исключение из правила, однако выражение «в исключительных случаях» в ст. 100 УПК никак не расшифровано. Лицо, к которому применена мера пресечения, сохраняет статус подозреваемого до предъявления обвинения или до вынесения постановления о прекращении уголовного дела.

4. Уведомление о подозрении – процессуальный институт, который предоставляет статус лицу, основания для подозрения которого появились уже после возбуждения уголовного дела по факту совершения преступления при отсутствии оснований для задержания или применения меры пре-

⁶¹⁶ Мельников В. Ю. Задержание подозреваемого. Проблемы применения данной меры процессуального принуждения // Закон и право. 2004. № 10. С. 41.

⁶¹⁷ О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 15.07.1995 № 103-ФЗ: с изм. и доп. Доступ из справ.-правовой системы «ГАРАНТ».

сечения. Уведомление о подозрении (ст. 223.1 УПК РФ) – это документ, в котором отражается не только описание преступления (место, время и другие обстоятельства его совершения), а также ссылка на норму УК РФ, предусматривающую ответственность за данное преступление, но и перечень принадлежащих подозреваемому с момента получения этого уведомления прав. Уведомление о подозрении применяется исключительно по делам, расследуемым в форме дознания, что может быть объяснено спецификой этой формы предварительного расследования, не предусматривающей по общему правилу предъявления обвинения.

Расширение перечня оснований приобретения лицом статуса подозреваемого, безусловно, имеет положительный характер. Тем не менее, всех проблем, возникающих в связи с отсутствием нормативного определения самого понятия подозреваемого, это не решает. Даже при задержании не всегда ясно, с какого именно момента лицо обретает статус подозреваемого. В соответствии со ст. 91, 92 УПК РФ о задержанном говорится как о подозреваемом еще до составления протокола задержания. Более того, фактическое задержание (фактическое лишение свободы подозреваемого – п. 15 ст. 5 УПК РФ) часто имеет место и до вынесения постановления о возбуждении уголовного дела, в том числе в ходе оперативно-розыскных мероприятий. Также не имеет четкого разрешения и вопрос о моменте фактического задержания. Согласно п. 15 ст. 5 УПК РФ, момент фактического задержания – это момент производимого в порядке, установленном УПК РФ, фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления. Однако порядок фактического лишения свободы и срок доставления задержанного к уполномоченному лицу в УПК РФ не определен. Более того, задержание как фактическое лишение лица, подозреваемого в совершении преступления, свободы передвижения часто осуществляется до возбуждения уголовного дела, т. е. вне рамок уголовно-процессуального регулирования. Основания для задержания могут быть обнаружены также в ходе оперативно-розыскного действия. В подобных случаях задержание является способом реагирования соответствующего должностного лица на обнаружившиеся признаки преступления, а приведенные положения закона указывают на то, что лишение свободы передвижения лица, в том числе и до возбуждения уголовного дела, ставит это лицо в фактическое положение подозреваемого. Следовательно, это лицо вправе пользоваться всеми гарантиями, установленными для лиц, подвергнутых уголовному преследованию.

5. К числу важнейших прав подозреваемого следует отнести право знать, в чем он подозревается. Для обеспечения этого права предоставляются копии тех процессуальных решений, в которых содержится сущность подозрения – постановления о возбуждении уголовного дела, о применении меры пресечения, протокола задержания или уведомления о подозрении. Если лицо не владеет языком, на котором ведется судопроизводство,

перечисленные документы должны быть ему предоставлены согласно ч. 3 ст. 18 УПК РФ в переводе на родной язык или тот язык, которым он владеет. Гарантией этого права является также обязанность должностного лица разъяснить сущность и основания подозрения, т. е. основания возбуждения уголовного дела, задержания, применения меры пресечения.

6. Подозреваемый имеет право давать объяснения и показания по поводу выдвинутого в отношении него подозрения.

Согласно ст. 76 УПК РФ, показания подозреваемого – это сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства в соответствии с требованиями ст. ст. 187-190 УПК РФ. Показания подозреваемого представляют собой один из видов личных доказательств, обладающих всеми присущими этим доказательствам свойствами. В то же время показания подозреваемого существенно отличаются от других доказательств: подозреваемый – это лицо, в отношении которого начато и осуществляется уголовное преследование, поэтому его показания имеют двойственную юридическую природу. *С одной стороны*, показания подозреваемого – один из видов доказательств, *с другой* – средство защиты от возникшего подозрения. Поскольку в силу конституционных положений о презумпции невиновности и праве на защиту никто не обязан свидетельствовать против самого себя, дача подозреваемым показаний является его правом, но не является обязанностью. Подозреваемый вправе хранить молчание, т. е. отказаться отдачи показаний вообще или от ответа на какие-либо конкретные вопросы. Он не может быть принужден каким-либо образом к даче показаний.

Право подозреваемого давать показания означает обязанность следователя обеспечить реализацию этого права. Не случайно ч. 5 ст. 190 УПК РФ предусматривает право подозреваемого изготавливать собственноручно схемы, чертежи, рисунки, диаграммы, подлежащие приобщению к протоколу. Что же касается исходящей от лица знаковой информации, законодатель посчитал достаточной гарантией требование, по возможности, дословной ее записи в протоколе (ч. 2 ст. 190 УПК РФ). Отказ следователя дословно (исключая ненормативную лексику) записать показания подозреваемого может повлечь отказ отдачи показаний. Кроме того, подозреваемый вправе приложить к протоколу допроса собственноручно написанные объяснения.

Таким образом, подозреваемый реализует свое право на защиту, стремится рассеять возникшее подозрение, уменьшить степень и объем общественной опасности деяния, в котором его подозревают, оказывает влияние на дальнейшее направление расследования.

2. Обвиняемый.

Обвиняемый – возможный субъект уголовной ответственности, поэтому вся процессуальная деятельность должностных лиц уголовного процесса направлена, *с одной стороны*, на изобличение его в совершении пре-

ступления, с другой – на обеспечение его прав и законных интересов⁶¹⁸. сновой процессуального статуса обвиняемого является презумпция невиновности, принцип уголовно-процессуального права, означающий, что обвиненное в совершении преступления лицо считается невиновным до тех пор, пока его вина не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда (ст. 14 УПК РФ). Это важнейшая гарантия против необоснованного осуждения. Органы расследования и прокурор обязаны доказать, что обвиненное ими в совершении преступления лицо, виновно. Это означает, что они должны представить суду убедительную совокупность доказательств, подтверждающих виновное совершение обвиняемым преступления, а также опровергнуть доводы, приводимые обвиняемым в свою защиту. Обвиняемый же не обязан доказывать свою невиновность, все неустранимые сомнения в доказанности обвинения толкуются в пользу обвиняемого, а обвинительный приговор не может быть основан на предположениях. Совокупность этих правовых положений означает, что недоказанная вина равна доказанной невиновности.

Статус обвиняемого лицо получает с момента вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого. Решение о привлечении в качестве обвиняемого следователь принимает лишь при наличии достаточных доказательств, дающих основания для обвинения лица в совершении конкретного преступления (ч. 1 ст. 171 УПК РФ), описание которого с указанием всех обстоятельств, подлежащих доказыванию, а также юридическая квалификация подлежат обязательному отражению в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого.

Момент привлечения лица в качестве обвиняемого чрезвычайно важен для обеспечения его прав и законных интересов, гарантировать которые призван установленный законом строгий порядок привлечения лица в качестве обвиняемого. Обвинение должно быть предъявлено лицу не позднее трех суток с момента вынесения постановления в присутствии защитника, если он уже участвует в уголовном деле, или обвиняемым заявлено ходатайство об обеспечении его защитником. Поэтому следователь обязан известить лицо о дне привлечения его в качестве обвиняемого и разъяснить ему право самостоятельно пригласить защитника или ходатайствовать о назначении защитника в установленном законом (ст. 50 УПК РФ) порядке. Обвиняемый, содержащийся под стражей, извещается о дне предъявления обвинения через администрацию места содержания под стражей.

Обвиняемому и его защитнику, если он участвует в уголовном деле, объявляется о принятом решении, разъясняется существо предъявляемого обвинения и предусмотренные законом права, вручается копия постанов-

⁶¹⁸ Россинский С. Б. Уголовный процесс: учебник для вузов, 2012.

ления. Немедленно после предъявления обвинения следователь обязан предоставить обвиняемому возможность дать свои объяснения по поводу обвинения, т.е. допросить его в качестве обвиняемого. Перед допросом обвиняемому должна быть обеспечена возможность обсудить обвинение и свое отношение к нему со своим защитником конфиденциально и наедине, без ограничения времени (п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК РФ).

Первый вопрос, который следователь должен задать обвиняемому, это вопрос о том, желает ли обвиняемый дать показания по существу обвинения (ч. 2 ст. 173 УПК РФ). Поскольку обвиняемый не обязан давать показания, вопрос о том, признает ли он себя виновным, может быть поставлен только в случае положительного ответа на первый вопрос. Нарушение этой последовательности нарушает право обвиняемого хранить молчание.

В случае отказа обвиняемого от дачи показаний его повторный допрос, поэтому же обвинению, а также другие следственные действия, направленные на получение показаний и объяснений, возможны только по просьбе самого обвиняемого. Данная норма защищает последнего от принуждения к даче показаний. Показания обвиняемого занимают важное место в системе средств его защиты, они позволяют ему объяснить мотивы своих поступков, заявить о своем алиби, выдвинуть собственную версию случившегося или признаться в содеянном.

Перечень прав, предоставляемых обвиняемому для защиты от обвинения, наиболее широк, если сравнивать его с правами других участников уголовного процесса. *В соответствии со ст. 47 УПК РФ обвиняемый вправе:*

- 1) знать, в чем он обвиняется;
- 2) получить копию постановления о привлечении его в качестве обвиняемого, копию постановления о применении к нему меры пресечения, копию обвинительного заключения или обвинительного акта;
- 3) возражать против обвинения, давать показания по предъявленному ему обвинению либо отказаться от дачи показаний. При согласии обвиняемого дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, предусмотренного п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ;
- 4) представлять доказательства;
- 5) заявлять ходатайства и отводы;
- 6) давать показания и объясняться на родном языке или языке, которым он владеет;
- 7) пользоваться помощью переводчика бесплатно;
- 8) пользоваться помощью защитника, в том числе бесплатно в случаях, предусмотренных законом;

9) иметь свидания с защитником наедине и конфиденциально, в том числе до первого допроса обвиняемого, без ограничения их числа и продолжительности;

10) участвовать с разрешения следователя в следственных действиях, производимых по его ходатайству или ходатайству его защитника либо законного представителя, знакомиться с протоколами этих действий и подавать на них замечания;

11) знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, ставить вопросы эксперту и знакомиться с заключением эксперта;

12) знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела и выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом объеме;

13) снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе при помощи технических средств;

14) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда и принимать участие в их рассмотрении судом;

15) возражать против прекращения уголовного дела по основаниям, предусмотренным ч. 2 ст. 27 УПК РФ;

16) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй, кассационной и надзорной инстанций, а также в рассмотрении судом вопроса об избрании в отношении его меры пресечения и в иных случаях, предусмотренных п. п. 1-3 и 10 ч. 2 ст. 29 УПК РФ;

17) знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания;

18) обжаловать приговор, определение, постановление суда и получать копии обжалуемых решений;

19) получать копии принесенных по уголовному делу жалоб и представлений и подавать возражения на эти жалобы и представления;

20) участвовать в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора;

21) защищаться иными средствами и способами, не запрещенными УПК РФ.

Важнейшей гарантией для обвиняемого, позволяющей ему осуществлять защиту, является право на получение информации о ходе расследования. Количество предоставляемой обвиняемому информации до окончания предварительного расследования ограничено потребностями беспрепятственного расследования дела. Тем не менее, ПК РФ закрепляет право обвиняемого знакомиться с протоколами всех следственных действий, в которых он принимал участие, снимать за свой счет копии с них, получать копии постановлений о применении меры пресечения, о привлечении в качестве обвиняемого, знакомиться с постановлением следователя

о назначении экспертизы и с заключением эксперта. Последнее представляется заслуживающим особого внимания.

Использование специальных знаний для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, в современных условиях является жизненной необходимостью.

На данный момент существуют две основные формы использования стороной защиты специальных знаний:

1) участие в проводимых по назначению органов следствия и дознания экспертизах;

2) привлечение специалиста для получения ответов на интересующие защиту вопросы.

Право обвиняемого на защиту гарантируется ему на всех стадиях уголовного процесса: обвиняемый как сторона защиты пользуется равными правами со стороной обвинения. Например, при рассмотрении уголовного дела судом первой инстанции обвиняемый, равно и государственный обвинитель, вправе представлять доказательства и участвовать в их исследовании, заявлять ходатайства и отводы, выступать с обоснованием своей позиции в прениях сторон, приносить замечания на протокол судебного заседания и обжаловать судебное решение. Нарушение права на защиту является безусловным основанием отмены приговора (ч. 2 ст. 389.17 УПК РФ) или иного процессуального решения, ведет к признанию полученного доказательства недопустимым (п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ).

Также гарантией прав обвиняемого являются установленные законом пределы судебного разбирательства, не позволяющие суду признать обвиняемого виновным в преступлении, обвинение в котором ему не было предъявлено в досудебном производстве, или в более тяжком преступлении, чем то, которое ему было вменено (ст. 252 УПК РФ).

Таким образом, на изобличение обвиняемого и подозреваемого направлена деятельность органов расследования преступлений. Однако именно эти субъекты – следователь, дознаватель, прокурор – в ходе досудебного производства несут обязанность соблюдать права и законные интересы обвиняемого и подозреваемого, обеспечивать им возможность защищаться от обвинения. В судебных стадиях уголовного процесса в соответствии с назначением уголовного судопроизводства обязанность обеспечивать права и законные интересы обвиняемого, подозреваемого возлагается на суд.

Эффективный судебный контроль за законностью и обоснованностью решений и действий органов уголовного расследования необходим и является одной из гарантий защиты прав субъектов коммерческого (торгового) представительства от незаконного и необоснованного уголовного преследования.

**§ 5.2. Некоторые проблемы, связанные с осуществлением
расследования преступлений совершённых коммерческими
(торговыми) представителями, либо контрагентами
в его отношении в случае злоупотреблений правом.
Пути их законодательного урегулирования**

Диаметрально противоположной и напрямую с исследуемым институтом коммерческого представительства связана ***проблема злоупотребления управленческого персонала представляют собой разновидность злоупотребления правом***. Им присущи следующие существенные признаки. Прежде всего, злоупотребления управленческого персонала посягают на установленный порядок реализации субъективного права. Кроме того, они совершаются лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих или иных организациях, в ходе осуществления экономической деятельности. Рассматриваемые злоупотребления являются общественно опасными, так как наносят существенный вред правоохраняемым интересам граждан, организаций, обществу, государству. Они достаточно распространены, совершаются с целью извлечения выгод или причинения ущерба другим лицам, обладают высокой латентностью, оказывают отрицательное воздействие на общественную мораль.

Расследование преступлений в российском уголовном процессе – это урегулированная законом деятельность органов дознания, предварительного следствия и прокуратуры по раскрытию преступлений, изобличению виновных, обоснованному привлечению их в качестве обвиняемых, по установлению всех обстоятельств уголовного дела и решения других задач уголовного процесса⁶¹⁹. Деятельность этих органов направлена также на выяснение характера и размера ущерба, причиненного преступным деянием, обеспечение гражданского иска или возможной конфискации имущества, выявление причин и условий, способствующих совершению преступлений, и принятие мер к их устранению. Расследование преступлений является самостоятельной стадией уголовного процесса, следующей после возбуждения уголовного дела и предшествующей судебному разбирательству дела.

Общими чертами обеих форм уголовного расследования (предварительное следствие и дознание) являются:

1) Условия начала и окончания расследования преступления: как предварительное следствие, так и дознание начинаются с момента возбуждения уголовного дела, о чем следователь или дознаватель выносит соответствующее постановление, которое согласовывается с прокурором. Следователь или дознаватель производят по уголовному делу в пределах своей компетенции следственные и иные процессуальные действия до тех пор,

⁶¹⁹ Григорьев В. Н., Победкин А. В., Яшин В. Н. Уголовный процесс: учебник. М., 2012.

пока на основе полученных результатов появляются основания для завершения производства в стадии уголовного расследования⁶²⁰.

2) Определение подследственности в соответствии с требованиями ст. 151 УПК РФ.

3) Обязательность рассмотрения ходатайств участников уголовного процесса следователем или дознавателем.

4) Как для дознания, так и для следствия обязательно соблюдение требований, предъявляемых законом к порядку производства следственных действий. Кроме того, действуют одни и те же правила для официального оформления данных действий.

5) В случаях, установленных УПК РФ, следователь и дознаватель привлекают к участию специалиста, переводчика, понятых.

6) У следствия и дознания одни и те же основные задачи: защита прав и законных интересов потерпевших; защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения и ограничения прав и свобод; раскрытие преступлений, пресечение новых преступлений. Помимо этого на дознавателя и следователя возложена обязанность осуществления уголовного преследования от имени государства по делам публичного и частно-публичного обвинения.

7) Предварительное следствие и дознание предназначены для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по каждому уголовному делу (ст. 73 УПК РФ).

8) Следователь и дознаватель обязаны принимать меры попечения о детях, иждивенцах подозреваемого (обвиняемого) и меры по обеспечению сохранности его имущества.

9) Действия и решения, принимаемые как следователем, так и дознавателем, имеют одинаковую юридическую силу.

Выделенные общие черты предварительного следствия и дознания направлены на обеспечение единства уголовно-процессуальной формы, создание гарантий прав лиц, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства, повышение уровня обеспеченности интересов личности, общества, государства.

Осуществление расследования преступлений совершённых коммерческими (торговыми) представителями, либо контрагентами в его отношении в случае злоупотреблений правом напрямую связаны с преступлениями управленческого персонала. Отметим, что данные виды злоупотреблений были криминализированы в силу их достаточно высокой степени общественной опасности. Данные преступления посягают на видовой объект: установленный порядок предпринимательской деятельности.

Анализ новейшего законодательства и практики позволяет сделать вывод, что лицом, выполняющим управленческие функции в коммер-

⁶²⁰ Лебедев В. М. Уголовно-процессуальное право. Изд-во ИРАЙТ, 2013.

ской или иной организации, может быть не только участник юридического лица, но и представитель органов юридического лица, а также лицо, действовавшее от имени коммерческой или иной организации на основании договора (поручения, комиссии, агентского и т. п.).

Исследование признаков состава преступления, предусмотренного ст. 201 УК РФ, позволяет выявить и ряд недостатков.

Неудачным, на наш взгляд, является указание закона о том, что **преступления совершаются обязательно вопреки интересам собственной организации**. Формулировка ст. 201 УК РФ следующая: «...использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства». В этом случае вне сферы уголовно-правового воздействия остаются многие общественно-опасные деяния, связанные с причинением вреда другим лицам, когда интересы собственной организации не затрагиваются.

Недоработкой действующего УК РФ следует признать отсутствие легального определения **понятия «причинение существенного вреда», а также «тяжких последствий»** (ч. 2 ст. 201 УК РФ), применительно к указанной группе преступлений. По нашему мнению, в содержание указанного признака необходимо включать случаи нанесения не только имущественного ущерба, но и морального вреда, равно как и причинение вреда деловой репутации. Отсутствие нематериального вреда в качестве конструктивного признака приведёт к неоправданному сужению сферы уголовно-правового воздействия, поскольку для борьбы с деяниями, способными причинить указанный вред, не всегда достаточно мер гражданско-правового характера.

На основе изучения материалов практики можно сделать вывод о том, что **имущественный ущерб в результате совершения преступлений управленческого персонала выступает в виде уменьшения фондов собственника, неполучения должного, уничтожения имущества, а также получения недолжного**. Предлагаем ввести размер существенного вреда, равный размеру крупного хищения.

Терминологию в Примечании 1 к ст. 201 УК РФ «...выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, а также в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением, в статьях настоящей главы, а также в статьях 199.2 и 304 УК РФ признается лицо, выполняющее функции единоличного исполнительного органа, члена совета директоров или иного коллегиального исполнительного органа, а также лицо, постоянно, временно либо по специальному

полномочию выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в этих организациях», после слов «по специальному полномочию» дополнить: **«и (или) в связи с наличием определённых полномочий»**, так как субъектом преступления может быть и иное лицо, выполняющее управленческие функции.

Нельзя признать обоснованной позицию законодателя о сокращении публичного начала уголовного преследования в случае причинения вреда интересам собственной организации, поскольку получение согласия на возбуждение уголовного дела будет во многом зависеть от лиц, совершивших преступление.

Предлагается предоставить возможность государственным органам в исключительных случаях возбуждать уголовное преследование даже при отсутствии заявления или согласия организации.

Нуждается в усовершенствовании и конструкция состава преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 204 УК РФ. В рамках данного состава наиболее трудным является определение признака «незаконное получение» предмета подкупа. Действующее гражданское, да и трудовое законодательство предоставило лицам, выполняющим управленческие функции, полномочия определять порядок формирования собственных доходов. Таким образом, решение вопроса о законности или незаконности **получения вознаграждения зависит от волеизъявления представителей управленческого персонала**. Данное обстоятельство ставит под сомнение возможность применения ст. 204 УК РФ на практике.

Мы полагаем, что в конструкцию данного состава преступления, следует включить **преступные последствия**. Наступление последних будет свидетельствовать о том, что получение предмета подкупа незаконно. Трактовка преступных последствий должна быть аналогичной понятию существенного вреда, предусмотренному ст. 201 УК РФ.

Специфика видового объекта и субъекта исследуемых составов преступлений позволяет сделать вывод, что в перечень норм об ответственности за преступления управленческого персонала входят статьи, традиционно относящиеся к экономическим преступлениям, в том числе и ст. 204 УК РФ. Причём из вышеперечисленных составов общей нормой является ст. 201 УК РФ, а все остальные – специальными.

Перечень данных норм следует дополнить статьями, устанавливающими ответственность за злоупотребления коммерческих представителей и неправомерное использование ими свободных денежных средств.

При разграничении преступлений управленческого персонала коммерческих и иных организаций в сфере экономической деятельности от смежных правонарушений необходимо исходить из того, что первые совершаются умышленно, с целью извлечения выгод или целью причинения вреда другим лицам. В результате совершения анализируемых преступле-

ний наступают последствия в виде существенного вреда. Отсутствие хотя бы одного из указанных признаков влечёт квалификацию содеянного лишь как обычного правонарушения.

При отграничении преступлений управленческого персонала от хищений предлагается исходить из того, что в последнем случае имеет место неправомерное изъятие чужого имущества, чего нет при совершении уголовно-наказуемых злоупотреблений.

Отличия заключаются также в том, что при совершении уголовно-наказуемых злоупотреблений наступают последствия не только в виде уменьшения фондов собственника, а также в виде уничтожения имущества, неполучения должного и (или) получения недолжного.

Должностные преступления и преступления управленческого персонала посягают на различные объекты уголовно-правовой охраны, отличаются характером и содержанием последствий, различаются по субъекту преступления, а также не совпадают по конструкции субъективной стороны.

При разграничении уголовно-наказуемых злоупотреблений управленческого персонала от иных правонарушений в качестве критериев логичнее всего использовать: причинение существенного вреда, вину в форме умысла, наличие цели извлечения выгод или цели причинения вреда правоохраняемым интересам других лиц. Отсутствие хотя бы одного из перечисленных признаков исключает квалификацию содеянного как преступления.

В отличие от **хищения** при совершении **преступлений управленческого персонала** не происходит неправомерного изъятия чужого имущества, а преступные последствия наступают не только в виде уменьшения фондов собственника, но и в виде 1) уничтожения имущества; 2) неполучения должного; 3) получения недолжного.

Общественная опасность преступных деяний коммерческого представителя, нарушающих экономические интересы представляемых, имеет экономическое содержание и выражается в причинении или возможности причинения материального вреда объектам экономических отношений в сфере хозяйственной деятельности.

Анализ новейшего законодательства и практики позволяет сделать вывод, что субъектом преступлений управленческого персонала должен признаваться не только участник юридического лица, но и его **представитель**, которым может быть лицо, действующее на основании договора (поручения, комиссии, агентского и др.), с помощью которых оформляется и коммерческое представительство. Кроме того, такая редакция расширит круг лиц, интересы которых можно будет защищать в уголовном порядке. Помимо организаций сюда подпадут и иные лица, в том числе и индивидуальные предприниматели.

Неудачным, на наш взгляд, является указание закона о том, что **преступления совершаются обязательно вопреки интересам собственной организации**. В этом случае вне сферы уголовно-правового воздействия останутся общественно-опасные деяния, связанные с причинением вреда другим лицам, когда интересы собственной организации не затрагиваются.

Термин «в связи с занимаемым служебным положением» следует заменить термином «*в связи с наличием определённых полномочий*», так как субъектом преступления может быть не только служащий, но и **иное лицо, выполняющее управленческие функции**.

По нашему мнению, представляется необходимым внести в действующее законодательство следующие изменения.

Изложить пункт 1 ст. 201 УК РФ в следующей редакции:

«Статья 201. Злоупотребление полномочиями.

Использование своих полномочий **лицом, выполняющим управленческие функции** в коммерческой или иной организации, у иных лиц, в целях извлечения выгод для себя, других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда законным интересам граждан, организаций, общества, государства, -
наказывается...»

Упразднённые пункты 2 и 3 Примечания к ст. 201 УК РФ изложить в следующей редакции:

«2. Лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, у иных лиц, в статьях настоящей главы признаются также участники юридического лица, имеющие полномочия осуществлять юридически значимые действия в силу своего положения, обычаев делового оборота или доверенности, а равно **представители указанных лиц или их органов**, в том числе и по договору.

3. В случае причинения вреда лицу, не являющемуся государственным или муниципальным предприятием, уголовное преследование возбуждается по заявлению этого лица или с его согласия.

Следователь в соответствии с правилами о подведомственности в случаях, когда этого требует необходимость защиты интересов пострадавшего, вправе возбудить уголовное преследование без такого согласия».

Пункт 1 ст. 204 УК РФ изложить в следующей редакции:

«Статья 204 . Коммерческий подкуп.

Незаконная передача лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, у иных лиц, денег, ценных бумаг, иного имущества, а равно оказание услуг имущественного характера за совершение действий (бездействия) в связи с наличием у этого лица полномочий, указанных в примечании к статье 201, в интересах дающего или указанных им лиц, -

наказывается...».

Вместе с тем, следует отметить, что отечественный законодатель достаточно непоследовательно поступает в части принятия новых и изменения уже существующих законов. Многие, что уже было наработано отечественной наукой и практикой применения гражданского и уголовного законодательства забыто, либо безапелляционно отвергается. Напротив, из зарубежного опыта заимствуется отнюдь не необходимые, проработанные и актуальные в современных условиях институты, а те, практика применения которых за рубежом показывает свою несостоятельность. Например, использование института «ювенальной юстиции», позволяющего отбирать детей у родителей по достаточно надуманным основаниям, девальвация института брака и семьи, влекущие постепенное вымирание коренной Европы, отделение церкви от государства, влекущее духовную деградацию нации и т. п.

Отечественной наукой оспорен и незаслуженно отвергнут институт «административной преюдиции», позволявшей привлекать к уголовной ответственности лиц, неоднократно совершивших одно и то же административное правонарушение. «Убедительные» аргументы сторонников отмены «административной преюдиции», подобно апориям Зенона основаны на искусственной софистике. Подобно обоснования того, что движения не существует, на основе утверждения, о том, что если разбить движение стрелы на моменты времени, в каждый из которых стрела покоится, сторонники отмены «административной преюдиции» посчитали, что совершение неоднократно административного правонарушения не может повлечь преступления. По их мнению, звучит убедительно. Тихо и без особой огласки из Уголовного кодекса РФ была исключена статья о конфискации. Сторонники исключения конфискации обосновали свою позицию «благими намерениями», в очередной раз, переводя «стрелки» на Гражданский кодекс РФ, который предусматривает конфискацию как гражданско-правовой институт. На самом деле же это привело к тому, что преступнику стало нельзя назначить такое наказание как конфискация имущества. И подобных примеров масса. Так, за последнее время в г. Орле имела место проблема нарушения федерального законодательства, в том числе ч. 13 ст. 17 Федерального закона от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»⁶²¹. И подобных примеров множество.

Для ликвидации сложившейся ситуации мы предлагаем незамедлительно на законодательном уровне внести необходимые изменения в УК РФ.

Представляется необходимым расширить круг субъектов, подлежащих уголовной ответственности, внося дополнения в соответствующие

⁶²¹ Захарова О. Возвращение проблемы. Льготы компенсируют только по суду // Аргументы и факты. Региональное приложение. 2009. 25 марта. № 13 (719). С. 1-2.

главы Уголовного кодекса РФ, в том числе гл. 4 «Лица, подлежащие уголовной ответственности».

В этой связи возможным решением данной проблемы будет дополнение ст. 19 Уголовного кодекса РФ «Общие условия уголовной ответственности»: абзацами 2 и 3, предусматривающими уголовную ответственность юридических лиц, а в рамках уголовной ответственности юридического лица предусмотреть ответственность его органов, руководства, сотрудников, участников и учредителей, в случаях, если они способствовали совершению преступления юридического лица, либо совершили преступление.

В, частности, используя законодательную логику, необходимо внести изменения: в главу 4 «Лица, подлежащие уголовной ответственности», изложив её ст. 19 «Общие условия уголовной ответственности» в следующей редакции:

«Статья 19. Общие условия уголовной ответственности

Уголовной ответственности подлежит только вменяемое физическое лицо, достигшее возраста, установленного настоящим Кодексом.

Уголовной ответственности также подлежит юридическое лицо, в случаях предусмотренных настоящим Кодексом.

Уголовной ответственности в рамках уголовной ответственности юридического лица подлежат его органы, руководство, сотрудники, участники и учредители в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом. Если указанными лицами совершено другое преступление, предусмотренное Уголовным кодексом РФ, то они привлекаются к ответственности на общих основаниях.

Примечание: *под сотрудниками в абз. 3 ст. 19 УК РФ следует понимать гражданина, работающего по трудовому (гражданско-правовому) договору и (или) исполняющего трудовые (служебные, должностные) обязанности (в том числе производственная практика, испытательный срок и другие), а также граждан, действующих «от имени и по поручению» юридического лица, на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен».*

Уголовный кодекс РФ необходимо также дополнить ст. 44.1 «Виды наказаний для юридических лиц» в следующей редакции:

«44.1. Виды наказаний для юридических лиц

Видами наказаний для юридических лиц являются:

- а) штраф;*
- б) лишение права заниматься определенной деятельностью;*
- в) принудительная ликвидация;*
- г) национализация, т. е. переход в собственность государства (для предприятий);*

- д) конфискация всего имущества юридического лица;
- е) запрет заниматься определённой деятельностью;
- ж) лишение лицензии».

Для обоснования убедительности своей позиции приведём следующие аргументы.

Внесение дополнений в соответствующие главы Уголовного кодекса РФ, в том числе гл. 4 «Лица, подлежащие уголовной ответственности», обусловлено тем, что, во-первых, имеется положительный опыт других стран (УК Франции; в странах, принадлежащих к англосаксонской правовой семье, существует правовой институт строгой (абсолютной) ответственности в уголовном праве (*strict (absolute) liability*); такая ответственность наступает при наличии материальных элементов преступления, когда установлен сам факт нарушения закона и не требуется доказательства вины правонарушителя), предусматривающий такую ответственность; во-вторых при совершении преступления юридическим лицом, когда субъект (юридическое лицо) очевиден было бы непоследовательно не привлекать его к уголовной ответственности и позволять продолжать ему осуществлять свою деятельность; в-третьих, при очевидности совершения преступления юридическим лицом не всегда возможно быстро установить в его рамках круг фактически ответственных за совершение конкретного преступления лиц и привлечения их, в свою очередь, к уголовной ответственности, что позволяет осуществлять юридическим лицом (и конкретными физическими лицами в его рамках) свою преступную деятельность ещё неопределённое время; в-четвёртых, в ряде международных конвенций и российских нормативно-правовых актах юридическое лицо прямо или косвенно названо в качестве субъекта преступления («Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма»; Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»; Федеральный закон от 22 ноября 2004 г. № 125-ФЗ «Об архивном деле в Российской Федерации»); в-пятых, имеется специфика и особенности совершения преступлений юридическим лицом и в его составе органами, руководством, сотрудниками, участниками и учредителями, что может, в свою очередь, повлечь появление новых видов преступлений и преступных посягательств, которые Уголовным кодексом не предусмотрены, а их включение в Уголовный кодекс будет возможно только при признании юридического лица субъектом преступления.

В странах, принадлежащих к англосаксонской правовой семье, существует достаточно интересный правовой институт, а именно институт строгой (абсолютной) ответственности в уголовном праве (*strict (absolute) liability*). Такая ответственность наступает при наличии материальных элементов преступления, когда установлен сам факт нарушения закона и не

требуется доказательства вины правонарушителя⁶²². Забегая вперед, следует отметить, что подобный институт существует и в странах континентального права, но лишь как разновидность гражданско-правовой ответственности. Так, в российском гражданском праве существует ответственность «без вины» или «без учета вины» – именно таким образом обычно трактуется ответственность, предусмотренная ст. ст. 401 и 1079 ГК РФ.

На наш взгляд, все точки зрения по данному вопросу можно разделить на две группы. Согласно первой из них (и наиболее распространенной в литературе), для привлечения юридического лица к административной ответственности подлежит установлению его вина; разногласия касаются того, чья вина должна считаться виной юридического лица (вина конкретного должностного лица; вина руководящих органов юридического лица; вина коллектива в целом). Авторы второй группы, напротив, подходят к вопросу с позиции так называемого объективного вменения, т.е. считают, что юридическое лицо должно привлекаться к административной ответственности без учета вины. Позицию последних до недавнего времени подкреплял Таможенный кодекс РФ 1993 г., который устанавливал ответственность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей за нарушение таможенных правил по принципу объективного вменения. В настоящее время в связи с принятием и введением в действие Таможенного кодекса Таможенного союза указанный документ практически полностью утратил своё действие.

Так, в Уголовном кодексе Франции значительно расширился круг лиц, к которым могут быть применены превентивные методы. Субъектами уголовной ответственности наряду с физическими лицами были признаны и юридические лица.

В отечественном законодательстве также имеются отдельные положения, которые говорят (правда, пока ещё не об уголовной ответственности, а об ответственности вообще), что юридическое лицо в ряде случаев должно нести ответственность за отдельные виды правонарушений. Причём имеется в виду юридическое лицо в целом, а не отдельные его органы, или руководитель. Приведём следующие примеры.

«Статья 14. Ответственность юридических лиц за коррупционные правонарушения.

1. В случае если от имени или в интересах юридического лица осуществляются организация, подготовка и совершение коррупционных правонарушений или правонарушений, создающих условия для совершения коррупционных правонарушений, к юридическому лицу могут быть применены меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации.

⁶²² Никифоров Б. С., Решетников Ф. М. Современное американское уголовное право. М., 1990. С. 50.

2. Применение за коррупционное правонарушение мер ответственности к юридическому лицу не освобождает от ответственности за данное коррупционное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к уголовной или иной ответственности за коррупционное правонарушение физического лица не освобождает от ответственности за данное коррупционное правонарушение юридическое лицо.

3. Положения настоящей статьи распространяются на иностранных юридических лица в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации»⁶²³.

«Глава 7, статья 27. Ответственность за нарушение законодательства об архивном деле в Российской Федерации:

Юридические лица, а также должностные лица и граждане, виновные в нарушении законодательства об архивном деле в Российской Федерации, несут гражданско-правовую, административную и уголовную ответственность, установленную законодательством Российской Федерации»⁶²⁴.

«Статья 26. Содержание и разведение объектов животного мира в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания.

Содержание и разведение объектов животного мира в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания допускаются только по разрешениям специально уполномоченных государственных органов по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира и среды их обитания, выдаваемым в соответствии с разграничением полномочий, предусмотренным статьями 5 и 6 настоящего Федерального закона (часть первая в ред. Федерального закона от 29.12.2006 № 258-ФЗ).

Юридические лица и граждане, занимающиеся содержанием и разведением объектов животного мира, обязаны гуманно обращаться с ними, соблюдать надлежащие санитарно-ветеринарные и зоогигиенические требования к их содержанию. Несоблюдение указанных требований влечет за собой административную и уголовную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации, а объекты животного мира подлежат конфискации в судебном порядке»⁶²⁵.

Вот требования международных документов:

⁶²³ О противодействии коррупции [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 25.12.2008 № 273-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶²⁴ Об архивном деле в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.10.2004 № 125-ФЗ: в ред. от 13.05.2008. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶²⁵ О животном мире [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 24.04.1995 № 52-ФЗ: ред. от 14.03.2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

«Статья 5.

1. Каждое государство-участник в соответствии с принципами своего внутреннего права принимает необходимые меры для того, чтобы можно было привлечь юридическое лицо, находящееся на его территории или учрежденное по его законам, к ответственности в случае совершения физическим лицом, ответственным за управление этим юридическим лицом или контроль за ним, которое выступает в своем официальном качестве, преступления, указанного в статье 2. Такая ответственность может носить уголовный, гражданский или административный характер.

2. Такая ответственность наступает без ущерба для уголовной ответственности физических лиц, совершивших эти преступления.

3. Каждое государство-участник обеспечивает, в частности, чтобы к юридическим лицам, несущим ответственность согласно пункту 1 выше, применялись эффективные, соразмерные и действенные уголовные, гражданско-правовые или административные санкции. Такие санкции могут включать финансовые санкции»⁶²⁶.

В Послании Федеральному Собранию от 5 ноября 2008 г. Президент РФ пояснял, что уже вносятся изменения в законы, регулирующие деятельность сотрудников таможни и органов внутренних дел, прокуратуры и Федеральной службы безопасности, судей и служащих аппаратов судов, органов государственной власти, муниципальных органов и других. Крайне важно и то, что антикоррупционная работа строится на использовании мер упреждения. На создании атмосферы «невыгодности» коррупционного поведения.

В этой связи принимаются меры, которые носят отнюдь не формальный характер:

- во-первых, серьезно повышаются требования к государственным и муниципальным служащим. Речь идет о предоставлении дополнительных сведений об их доходах и имуществе, в том числе принадлежащих членам их семей. Достоверность декларируемых сведений будет тщательно проверяться, вплоть до использования оперативно-розыскных возможностей;

во-вторых, государственные и муниципальные служащие обязаны соотносить свои действия с установленными правилами поведения на службе. Их невыполнение должно влечь дисциплинарную, а в необходимых случаях и административную и уголовную ответственность;

в-третьих, вводятся меры уголовного наказания за злоупотребление полномочиями лицами, которые исполняют управленческие функции в негосударственных организациях. Они будут соответствовать тем, что применяются к госслужащим;

⁶²⁶ Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма: заключена в г. Нью-Йорке 10.01.2000: ратифицирована в Рос. Федерации Федер. законом от 10.07.2002 № 88-ФЗ: с заявлениями // Бюллетень международных договоров. 2003. № 5, ст. 5.

в-четвертых, вводится административная ответственность юридических лиц за передачу взятки от имени или в интересах юридического лица. И целый ряд других мер, которые уже сегодня известны.

Кроме того, устанавливается контроль за имущественным положением лиц с особым правовым статусом – прежде всего судей.

Названные меры, безусловно, строги, но необходимы. И как справедливо заметил еще дореволюционный специалист по государственному праву Николай Коркунов, «установление законности всегда чувствуется как стеснение произвола властвующих». И здесь выбор для нас очевиден.

В Послании Президента Совету Федерации Д. А. Медведев четко заявляет о том, что закон о коррупции необходимо принимать немедленно.

Довольно эффективно в Послании экс-президента РФ Д. Медведева прозвучали мысли о дальнейшем совершенствовании судебной системы.

Экс-президент РФ Д. А. Медведев пояснил, что «независимый и честный суд – это основа справедливого общественного порядка. И по мере укрепления нашего демократического государства роль суда будет, естественно, только возрастать»⁶²⁷.

Применительно к сфере уголовной ответственности Конституция Российской Федерации закрепляет в ст. 49 презумпцию невиновности, т. е. возлагает обязанность по доказыванию вины в совершении противоправного деяния на соответствующие государственные органы. В процессе правового регулирования других видов юридической ответственности законодатель вправе решать вопрос о распределении бремени доказывания вины иным образом, учитывая при этом особенности соответствующих отношений и их субъектов (в частности, предприятий, учреждений, организаций и лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица), а также требования неотвратимости ответственности и интересы защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и свобод других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 2 ст. 15; ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации).

Решая вопрос о распределении бремени доказывания вины, законодатель вправе – если конкретный состав таможенного правонарушения не требует иного – освободить от него органы государственной власти при обеспечении возможности для самих субъектов правонарушения подтвердить свою невиновность. По смыслу оспариваемых положений Таможенного кодекса Российской Федерации, предприятия, учреждения и организации, а также лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица, не могут быть лишены возможности доказать, что нарушение таможенных правил вызвано чрезвычайными, объективно непредотвратимыми обстоятельствами и другими непредви-

⁶²⁷ Фоков А. А. Навстречу VII Всероссийскому съезду судей // Рос. судья. 2009. № 1.

денными, непреодолимыми для данных субъектов таможенных отношений препятствиями, находящимися вне их контроля, при том что они действовали с той степенью заботливости и осмотрительности, какая требовалась в целях надлежащего исполнения таможенных обязанностей, и что с их стороны к этому были приняты все меры.

Такое регулирование, касающееся содержания и бремени доказывания вины субъектов отношений, связанных с международным обменом товарами, работами, услугами, информацией, результатами интеллектуальной деятельности, содержится и в ряде международно-правовых актов, признанных Российской Федерацией и являющихся, согласно ст. 15 (ч. 4) Конституции Российской Федерации, составной частью ее правовой системы. Так, Конвенцией ООН от 11 апреля 1980 г. «О договорах международной купли-продажи товаров» предусмотрено, что «сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий» (п. 1 ст. 79).

Ряд других международно-правовых актов также допускают претерпевание лицом, виновность которого не должна доказываться государственными органами, неблагоприятных последствий нарушения таможенных правил, если при этом ему предоставляется возможность доказать свою невиновность (ст. 16 Конвенции об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, от 12 октября 1929 г., ст. 11 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов от 19 мая 1956 г., стандарты 5.2 и 5.3 приложения к Конвенции по облегчению международного морского судоходства от 9 апреля 1965 г.). Возможность освобождения органов государственной власти от обязанности доказывать вину субъекта, нарушившего таможенные правила, предусмотрена, кроме того, стандартным правилом 25 приложения «Н» к не ратифицированной Российской Федерацией Международной конвенции об упрощении и гармонизации таможенных процедур 1973 г. (в редакции Протокола о ее изменении от 26 июня 1999 г.), что отражает тенденции и содержание соответствующего законодательного регулирования во многих странах⁶²⁸.

⁶²⁸ По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ «АвтоВАЗ» и «Комбинат «Североникель», обществ с ограниченной ответственностью «Верность», «Вита-Плюс» и «Невско-Балтийская транспортная компания», товариществ с ограниченной ответственностью «Совместное российско-южноафриканское предприятие «Эконт» и гражданина А. Д. Чулкова: Постановление Конституционного Суда Рос. Фе-

В соответствии с Всеобщей декларацией прав человека от 10 декабря 1948 г., Декларацией основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью от 29 ноября 1985 г., а также с учетом Рекомендацией Комитета министров Совета Европы от 28 июня 1985 г. «О положении потерпевшего в рамках уголовного права и процесса» охрана законных интересов пострадавшего, уважение его достоинства, повышение доверия к правосудию должна быть важной функцией государства в лице органов, ведущих расследование⁶²⁹. Конституция РФ гарантирует пострадавшим от преступлений охрану их прав, компенсацию причиненного вреда и доступ к правосудию (ст. 52). Пострадавшим от преступлений совершённых коммерческими (торговыми) представителями, либо контрагентами и в его отношении должны быть обеспечены права, гарантированные Конституцией РФ и предусмотренные действующим уголовно-процессуальным законодательством.

Приводя национальное законодательство в соответствие с общепризнанными принципами и нормами международного права, УПК существенно расширил права и свободы всех участников уголовного судопроизводства, в первую очередь, подозреваемого (обвиняемого), потерпевшего. Потерпевшему предоставлена возможность лично или с помощью своего представителя активно участвовать в доказывании факта совершения преступления и других обстоятельств, имеющих для него значение.

Самостоятельный статус потерпевший впервые получил лишь в связи с принятием Основ уголовного судопроизводства СССР и союзных республик 1958 г., затем УПК РСФСР 1960 г., Уголовно-процессуальный кодекс РФ 2001 г., сохранив прежние достижения в деле обеспечения прав потерпевших, значительно развили его процессуальный статус⁶³⁰. Объем прав потерпевших различался в зависимости от категории преступления⁶³¹.

Согласно ч. 1 ст. 42 УПК РФ *потерпевший* – это физическое лицо, которому преступлением причинен моральный, физический или имущественный вред, а также юридическое лицо, в случае причинения вреда его имуществу или деловой репутации.

Установив, что преступлением причинен вред конкретному лицу, должностное лицо, в производстве которого находится уголовное дело, выносит соответствующее постановление. В постановлении о признании

дерации от 27.04.2001 № 7-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 23, ст. 2409.

⁶²⁹ Комитет министров – государствам-членам относительно положения потерпевшего в рамках уголовного права и уголовного процесса [Электронный ресурс]: рекомендация Комитета министров Совета Европы от 28.06.1985 № R (85) 11. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶³⁰ Уголовный процесс: учебник для вузов / под редакцией Алексеева, 2005.

⁶³¹ Устав уголовного судопроизводства от 20.11.1864 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «ГАРАНТ».

лица потерпевшим должно быть указано, какими действиями, и какой именно вред ему причинен, в том числе и при причинении вреда сразу нескольких видов (физического, имущественного и морального, вреда деловой репутации)⁶³².

Формально пострадавшее лицо обретает статус потерпевшего с момента вынесения такого постановления. Стоит отметить, что правовой статус лица как потерпевшего лишь процессуально оформляется постановлением, но не формируется им. Статус потерпевшего устанавливается, прежде всего, исходя из фактического положения лица как жертвы преступления, поэтому непризнание такого лица потерпевшим не является препятствием к реализации им прав и получения гарантий, соответствующих статусу жертвы. Отказ в признании потерпевшим, бездействие должностного лица, выразившееся в непринятии соответствующего решения, как и отказ в предоставлении на этом основании процессуальных прав могут быть обжалованы в установленном, в том числе судебном, порядке. Даже в том случае, когда такое нарушение прав лица, которому преступлением причинен вред, установлено по делу, поступившему в суд по окончании предварительного расследования, суд должен вынести постановление (определение) о признании лица потерпевшим, уведомить его об этом, разъяснить права и обязанности, обеспечить возможность ознакомления со всеми материалами дела.

Акт признания лица потерпевшим служит лишь предпосылкой предоставления лицу комплекса прав, при помощи которых оно добивается признания этого факта. Именно поэтому основанием признания лица потерпевшим следует считать наличие достаточных данных полагать, что против его охраняемого законом блага было совершено преступное посягательство, причинившее ему физический, имущественный или моральный вред⁶³³.

Такой подход к понятию потерпевшего способствует правильному пониманию процессуального положения потерпевшего как лица, доказывающего факт причинения вреда его интересам. Поэтому постановление о признании лица потерпевшим должно быть вынесено независимо от того, установлены ли все обстоятельства преступления и лица, причастные к его совершению.

Оформление статуса потерпевшего специальным постановлением призвано служить гарантией его прав, так как в соответствии с п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда от 29 июня 2010 г. № 17 ... «в силу

⁶³² Кисленко С. Л. Правовой статус потерпевшего в отечественном уголовно-процессуальном законодательстве [Электронный ресурс]. URL: http://www.juristlib.ru/book_9736.html.

⁶³³ Общая теория прав человека / руководитель авторского коллектива и ответственный редактор доктор юридических наук Е. А. Лукашева. М.: Издательство НОРМА, 2006. 520 с.

части 1 статьи 42 УПК РФ лицо, которому преступлением причинен вред, приобретает предусмотренные уголовно-процессуальным законом права и обязанности с момента вынесения дознавателем, следователем, руководителем следственного органа или судом постановления о признании его потерпевшим. Вместе с тем следует иметь в виду, что правовой статус лица как потерпевшего устанавливается исходя из фактического его положения и лишь процессуально оформляется постановлением, но не формируется им».

Если решения о признании лица потерпевшим не будет принято во время, то в дальнейшем это затруднит реализацию прав потерпевшего.

Практика исходит из того, что потерпевшим признается лицо, которому физический, имущественный или моральный вред причинен непосредственно преступлением, поэтому все иные лица, в том числе близкие родственники потерпевшего, на чьи права и законные интересы преступление не было направлено процессуальными возможностями по их защите не наделяются. Защита прав и законных интересов таких лиц осуществляется в результате восстановления прав лица, пострадавшего от преступления (п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда от 29 июня 2010 г. № 17)⁶³⁴.

Близкие родственники потерпевшего могут претендовать на статус потерпевшего лишь по уголовным делам о преступлениях, последствием которых явилась смерть пострадавшего. Права потерпевшего в этом случае переходят к одному из близких родственников погибшего (ч. 8 ст. 42 УПК РФ), но если преступлением затрагиваются права и законные интересы сразу нескольких лиц, являющихся близкими родственниками погибшего, и они настаивают на предоставлении им прав потерпевшего, эти права им могут быть предоставлены.

Статус потерпевшего включает широкий перечень полномочий, обеспечивающих защиту им своих нарушенных прав.

1) Согласно п. п. 6, 7 ч. 2 ст. 42 УПК РФ, потерпевшему, не владеющему или недостаточно владеющему языком, на котором ведется производство по уголовному делу, должно быть разъяснено и обеспечено право делать заявления, давать пояснения и показания, заявлять ходатайства, приносить жалобы, знакомиться с материалами уголовного дела, выступать в суде на родном языке или другом языке, которым они владеют, а также бесплатно пользоваться помощью переводчика. В соответствии с нормами уголовно-процессуального закона следственные и судебные документы, подлежащие обязательному вручению потерпевшему, должны быть переведены на его родной язык или на язык, которым он владеет.

⁶³⁴ О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве [Электронный ресурс]: Постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 29.06.2010 № 17. URL: <http://www.rg.ru/2010/07/07/postanovlenie-vs-dok.html>.

2) Исходя из принципов состязательности и равенства сторон (ч. 4 ст. 15, ст. 244 УПК РФ) потерпевший пользуется равными со стороной защиты правами на заявление отводов и ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании, выступление в судебных прениях, представление суду письменных формулировок по вопросам, указанным в п. п. 1-6 ч. 1 ст. 299 УПК, на рассмотрение иных вопросов, возникающих в ходе судебного разбирательства.

3) Потерпевшему на любом этапе уголовного процесса должна быть предоставлена возможность довести до сведения суда свою позицию по существу дела и те доводы, которые он считает необходимыми для ее обоснования. При этом суду следует учитывать доводы потерпевшего по вопросам, которыми затрагиваются его права и законные интересы, и дать им мотивированную оценку при принятии судебного решения.

4) Потерпевший вправе предъявить иск о возмещении имущественного вреда, а также компенсации морального вреда, причиненного преступлением. В этом случае должно быть вынесено постановление о признании его гражданским истцом (ст. 44 УПК РФ).

5) Потерпевший, если им предъявлено требование о возмещении причиненного преступлением вреда, согласно ст. 42, 44, 45 УПК РФ, вправе принимать участие во всех судебных заседаниях по рассматриваемому делу для защиты своих прав и законных интересов.

6) В соответствии с п. 21 ч. 2 ст. 42 УПК РФ потерпевший имеет право ходатайствовать о применении мер безопасности. Это право ему должно быть своевременно разъяснено должностным лицом, осуществляющим уголовное судопроизводство. Такое ходатайство может быть заявлено в любой момент производства по уголовному делу.

7) Согласно п. п. 3 и 4 ч. 2 ст. 241 УПК РФ суду, по каждому уголовному делу о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности и других преступлениях, когда рассмотрение дела может привести к разглашению сведений об интимных сторонах жизни потерпевшего либо сведений, унижающих его честь и достоинство, а также если этого требуют интересы обеспечения безопасности потерпевшего, его близких родственников, родственников или близких лиц, надлежит при подготовке дела к судебному разбирательству решать вопрос о рассмотрении уголовного дела в закрытом судебном заседании (п. 5 ч. 2 ст. 231 УПК РФ) с указанием в постановлении мотивов принятого решения (п. 16 постановления Пленума Верховного Суда от 29 июня 2010 г. № 17)⁶³⁵.

8) В целях охраны прав потерпевшего, не достигшего возраста 18 лет, в соответствии с ч. 6 ст. 280 УПК РФ по ходатайству сторон, а также по инициативе суда его допрос может быть проведен в отсутствие подсудимого, о чем суд выносит постановление (определение). При возвраще-

⁶³⁵ Там же.

нии подсудимого в зал судебного заседания ему должны быть сообщены показания потерпевшего и предоставлена возможность задавать вопросы.

Защите прав и обеспечению безопасности потерпевшего посвящены также положения ч. 3 ст. 15 Федерального закона от 22 декабря 2008 г. № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» о том, что при размещении судебных решений в сети Интернет персональные данные потерпевшего (фамилия, имя, отчество, год, месяц, дата и место рождения, адрес, семейное, социальное, имущественное положение, образование, профессия, доходы и др.) подлежат исключению из текста судебного решения. Вместо них используются инициалы, псевдонимы или другие обозначения, не позволяющие идентифицировать личность потерпевшего⁶³⁶.

Личное участие потерпевшего в производстве по уголовному делу, дача им правдивых показаний способствует всестороннему и полному установлению обстоятельств, подлежащих доказыванию, и вынесению законного, обоснованного и справедливого судебного решения. Непосредственно из-за связи с событием преступления потерпевший несет обязанность являться по вызовам следователя, дознавателя, суда, отвечать на поставленные перед ним вопросы. Поэтому при неявке потерпевшего без уважительных причин или уклонении от явки в судебное заседание, в случае признания участия потерпевшего в рассмотрении дела обязательным, потерпевший, может быть, подвергнут приводу в порядке, предусмотренном ст. 113 УПК РФ, а в случаях, указанных в ст. 117 УПК РФ, – денежному взысканию. За отказ от дачи показаний и дачу заведомо ложных показаний потерпевший подлежит уголовной ответственности по ст. 308 УК РФ.

Потерпевший, его законный представитель и представитель являются участниками судопроизводства со стороны обвинения, что говорит о едином направлении деятельности потерпевшего и органов обвинительной власти. Однако, позиция потерпевшего не всегда совпадает с позицией органов уголовного расследования, прокурора, государственного обвинителя. Поэтому потерпевший вправе обжаловать действия и решения дознавателя, следователя и прокурора, в том числе преграждающие ему доступ к правосудию (например, об отказе в возбуждении уголовного дела и о прекращении уголовного дела и (или) уголовного преследования), состоявшиеся по делу решения в апелляционном, кассационном, надзорном порядке, а также ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств.

В соответствии с п. 16 ч. 2 ст. 42 УПК РФ право потерпевшего поддерживать обвинение при участии в судебном разбирательстве уголовных

⁶³⁶ Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.12.2008 № 262-ФЗ. URL: <http://www.rg.ru/2008/12/26/sud-internet-dok.html>.

относится к числу наиболее значимых гарантий судебной защиты его прав и законных интересов. При этом, в стадии судебного разбирательства действует ряд норм, носящих по отношению к потерпевшему дискриминационный характер.

Согласно ч. 7 ст. 246 УПК РФ, если в ходе судебного разбирательства государственный обвинитель придет к убеждению, что представленные доказательства не подтверждают предъявленное подсудимому обвинение, то он отказывается от обвинения и излагает суду мотивы отказа. Полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения влечет за собой прекращение уголовного дела или уголовного преследования полностью или в соответствующей части. При этом УПК РФ не обязывает суд выяснять и тем более учитывать мнение потерпевшего, хотя прекращение уголовного дела или уголовного преследования явно и значимо затрагивает его наиболее существенные интересы в уголовном процессе.

При отказе прокурора от обвинения потерпевший лишается судебной защиты.

Положения УПК РФ, не учитывающие мнения потерпевшего при принятии судом решения в случае отказа прокурора от обвинения, теоретически обосновываются тем, что при отказе прокурора от поддержания государственного обвинения, обвинения больше нет, и тем, что потерпевшему не может принадлежать право поддержания обвинения.

Кроме этого, необоснованный отказ прокурора от обвинения в судебном разбирательстве становится для потерпевшего непреодолимым, поскольку альтернативы прекращению уголовного дела не существует. Обжаловать постановление суда о прекращении уголовного дела в связи с отказом прокурора от обвинения имеет смысл лишь в том случае, если вышестоящий прокурор признает действия государственного обвинителя необоснованными. В иных случаях государство, органы которого, исчерпав свои возможности и не справившись с возложенной на них обязанностью раскрытия преступления и изобличения виновных, должно публично признать свою неспособность защитить потерпевшего, принести ему свои извинения и принять на себя заботу о компенсации причиненного преступлением вреда.

Пути законодательного урегулирования обозначенных проблем, связанных с осуществлением расследования преступлений совершённых коммерческими (торговыми) представителями, либо контрагентами в его отношении в случае злоупотреблений правом видятся в следующем.

Прежде всего, нельзя забывать и о том, что любой закон должен исполняться надлежащим образом, иначе его совершенствование теряет всякий смысл.

Нормы как материального (уголовного), так и уголовно-процессуального права нуждаются в дальнейшем совершенствовании.

Представляется необходимым расширить круг субъектов, подлежащих уголовной ответственности, внося дополнения в соответствующие главы Уголовного кодекса РФ.

В этой связи возможным решением данной проблемы будет дополнение ст. 19 Уголовного кодекса РФ «Общие условия уголовной ответственности»: абзацами 2 и 3, предусматривающими уголовную ответственность юридических лиц, а в рамках уголовной ответственности юридического лица предусмотреть ответственность его органов, руководства, сотрудников, участников и учредителей, в случаях если они способствовали совершению преступления юридического лица, либо совершили преступление.

Институт уголовной ответственности юридических лиц в советском уголовном законодательстве существовал вплоть до первой половины XX в. и включал многие виды наказаний, известных современному зарубежному праву: штрафы, ликвидацию, запрет заниматься определенным видом деятельности, временное прекращение деятельности, probation, публичное обнародование приговора и конфискацию.

Как показывает генезис российского законодательства, в большей части нормы об уголовной ответственности юридических лиц формировались в контексте уголовного преследования за укрывательство преступлений, прежде всего экономической направленности!

Безусловно, имеющийся опыт зарубежных стран важен и ценен для выбора способа введения в отечественное право института уголовной ответственности юридических лиц⁶³⁷. Однако не стоит забывать (пусть даже не всегда позитивную) практику привлечения юридических лиц к квазиуголовной ответственности.

Представляется, что в Уголовный кодекс РФ должны быть внесены соответствующие изменения, в том числе и в ст. 19 «Общие условия уголовной ответственности», которая должна быть изложена в следующей редакции:

«Уголовной ответственности подлежит только вменяемое физическое лицо, достигшее возраста, установленного настоящим Кодексом.

Уголовной ответственности также подлежит юридическое лицо, в случаях предусмотренных настоящим Кодексом.

Уголовной ответственности в рамках уголовной ответственности юридического лица подлежат его органы, руководство, сотрудники, участники и учредители в случаях предусмотренных настоящим Кодексом. Если указанными лицами совершено другое преступление, предусмотренное

⁶³⁷ См.: Семькина О. И. Генезис уголовной ответственности юридических лиц в отечественном законодательстве середины XIX-XXI вв. // Органы предварительного следствия в системе МВД России: история, современность, перспективы (к 50-летию со дня образования следственного аппарата в системе МВД России): сб. матер. Всерос. науч.-практ. конф. (18 апреля 2013 г.). В 2 ч. М., 2013. Ч. 2. С. 269-274.

Уголовным кодексом РФ, то они привлекаются к ответственности на общих основаниях.

Примечание: под сотрудниками в абз. 3 ст. 19 УК РФ следует понимать гражданина, работающего по трудовому (гражданско-правовому) договору и (или) исполняющего трудовые (служебные, должностные) обязанности (в том числе, производственная практика, испытательный срок и другие), а также граждан, действующих «от имени и по поручению» юридического лица, на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен».

Уголовный кодекс РФ необходимо также дополнить ст. 44.1 «Виды наказаний для юридических лиц» в следующей редакции:

«Видами наказаний для юридических лиц являются:

- а) штраф;
- б) лишение права заниматься определенной деятельностью;
- в) принудительная ликвидация;
- г) национализация, т. е. переход в собственность государства (для предприятий);
- д) конфискация всего имущества юридического лица;
- е) запрет заниматься определённой деятельностью;
- ж) лишение лицензии».

Отметим, что соответствующие предложения были направлены авторским коллективом кафедры гражданско-правовых дисциплин для внесения в базу данных Автоматизированной аналитической информационной системы мониторинга нормативного правового обеспечения деятельности органов внутренних дел Российской Федерации. Однако к большому нашему сожалению были оставлены без должного внимания.

По нашему глубокому убеждению, незаинтересованность такой постановкой проблемы связано напрямую с деятельностью отечественного законотворческого органа, отсутствия действенной связи между практическими органами и законодателем, вообще практически отсутствием в законотворческом органе юристов, имеющих не только высшее образование, но и учёные степени кандидатов, докторов наук, учёные звания, и самое главное, известность в масштабах страны. Следовательно, насущные для современного общества изменения возможно и будут учтены лет так через 30-50, когда утратят всякую актуальность, а общество столкнётся с более серьёзными проблемами.

Поэтому, как представляется, состав нижней палаты законотворческого органа (Государственной Думы) должен формироваться исключительно на профессиональной основе, т. е. состоять из юристов, назначенных главой государства на соответствующие должности, например, по представлению Совета Федерации. Кроме того, члены ГД РФ должны быть «вне политики», т. е. ввести запрет на членство представителей законода-

тельного органа в политических партиях. И, само собой разумеется, что любая попытка «лоббирования» того или иного закона должна влечь единственно возможное в этом случае последствие – уголовную ответственность. Соответствующие изменения следует внести в Уголовный кодекс РФ. К сожалению, сейчас всё вышесказанное существует с точностью да наоборот.

Сторонникам «выборности» законодательного органа можно назвать лишь наиболее убедительные аргументы нашей правоты: во-первых, мы не будем допускать к операции не врача, а высококвалифицированного юриста, лишь потому, что большинство пациентов «проголосовало» за его кандидатуру; во-вторых, отсутствует сколько-нибудь эффективный способ проверки действительного волеизъявления граждан (в том числе осознанности выбора кандидата или партии, о которой он может судить, только доверившись общественному мнению); в-третьих, политика не должна воздействовать на законотворческий процесс, так как любой закон должен быть минимально политизирован.

Заключение

С учётом сформулированной в начале исследования цели, мы стремились решить ряд конкретных задач. Поэтому, завершая работу, нам представляется целесообразным дать полный ответ на вопросы, поставленные в начале исследования.

Для того чтобы понять сущность коммерческого представительства, мы выделили все существенные для института коммерческого представительства признаки, выявленные нами в процессе исследования.

На основании этих признаков мы выводим понятие **коммерческого представительства**. Под ним следует понимать такое **трёхстороннее правоотношение, при котором одно лицо (коммерческий представитель) на основе и в пределах предоставленных ему полномочий за определённое вознаграждение совершает сделки с третьими лицами и оказывает иные возмездные услуги в интересах представляемого, а юридические последствия совершённых таким представителем действий возникают непосредственно в лице представляемого.**

Мы рассмотрели исторический и правовой аспект, а также наиболее характерные проблемы правового регулирования института коммерческого представительства в романской, германской и англо - саксонской правовых системах и полагаем, что основные тенденции касающиеся дальнейшего урегулирования рассматриваемого нами института в ходе сравнительного анализа этих правовых систем проявилось достаточно определённо.

Анализ действующего законодательства показал, что данный правовой институт действительно не свободен от недостатков, к которым следует отнести неточности формулировок отдельных норм, слишком узкую трактовку понятия коммерческого представителя, отсутствие специализированного законодательства и некоторые другие.

1. Для того, чтобы понять сущность коммерческого представительства мы выделили все существенные для института коммерческого представительства признаки, выявленные нами в процессе исследования.

Цель коммерческого представительства — это всегда совершение представителем действий, устанавливающих, изменяющих или прекращающих права и обязанности у представляемого.

Поэтому, во-первых, для коммерческого представительства характерно, прежде всего, совершение одним лицом в интересах другого юридических сделок. Это признак так называемой **юридической деятельности**.

Во-вторых, совершая юридические сделки, представитель выражает при этом свою собственную волю, а не волю представляемого лица, и **является контрагентом в договорах**.

В-третьих, сделки, совершаемые коммерческим представителем, должны быть заключаемы скорее не столько *от имени представляемого*, сколько *в его интересах*.

В-четвёртых, *по сделке, заключённой коммерческим представителем, права и обязанности возникают непосредственно в лице представляемого*.

В-пятых, это *профессиональный характер деятельности*, т. е. её осуществление на постоянной и самостоятельной основе. Как правило, под *профессионализмом* понимают и то, что коммерческие представители совершают от имени предпринимателей сделки в определенной области, в которой они обладают более квалифицированными знаниями, специальной информацией, деловыми связями.

В-шестых, *отношения коммерческого представителя и представляемого основываются всегда на гражданско-правовом договоре*. Для постоянного представительства такой представитель должен иметь поручение, даваемое на определённый или неопределённый срок.

В-седьмых, для коммерческого представительства характерна преимущественная *возмездность* отношений сторон. За услуги торговый представитель получает вознаграждение в форме обусловленного процента от цены заключённой сделки или в форме выплаты из чистой прибыли. По мнению В. В. Залесского, презумпция вознаграждения коммерческого представителя в праве большинства стран запада является важным практическим рычагом, обеспечивающим достижение равновесия, с одной стороны, рисков и усилий представителя и, с другой стороны, доверия и, равным образом, рисков представляемого⁶³⁸.

В-восьмых, основной обязанностью коммерческого представителя является *заключение сделок в особой сфере – сфере предпринимательской деятельности*, что требует наличие у самого коммерческого представителя соответствующего статуса. Особенностью коммерческого представительства является то, что коммерческий (торговый) представитель должен быть зарегистрирован в качестве лица, осуществляющего торговый промысел и вести торговые книги.

В-девятых, коммерческий представитель *может выступать в интересах представляемого лишь в пределах данных ему полномочий*.

В-десятых, *права и обязанности по сделке, заключённой коммерческим представителем, возникают в лице представляемого сразу же после её совершения*.

В-одиннадцатых, коммерческое представительство всегда *осуществляется в торговом обороте*, с которым оно тесно связано.

⁶³⁸ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / под ред. В. В. Залесского. М.: Норма, 1999. С. 14.

В-двенадцатых, оно является одним из *обязательств на оказание услуг*.

В-тринадцатых, практическая *суть представительства – юридическая деятельность одного лица взамен другого*.

В-четырнадцатых, коммерческое представительство можно определить как правоотношение, которое связывает трёх самостоятельных субъектов, т. е. является *трёхсторонним*.

В-пятнадцатых, структура коммерческого представительства содержит *два, три или четыре звена* – внутреннее (внутренние) и внешнее (внешние) правоотношения, объединённые между собой фигурой представителя. Такая структура обусловлена, в частности тем, что закон допускает возможность множественности не только на стороне третьих лиц, представителей, но и представляемых, а также одновременное представительство в сделке.

В-шестнадцатых, возникновение структурных элементов в рамках трёхстороннего правоотношения представительства носит *поэтапный* характер.

В-семнадцатых, указанный институт *имеет специфический объект*. Не допускается совершение через коммерческого представителя сделок, которые по своему характеру могут быть совершены только лично, а равно других сделок, указанных в законе (ст. 182 ГК РФ).

Руководствуясь вышеизложенным, мы считаем, что более последовательным в формулировке коммерческого представительства было применение категории «...и иные возмездные услуги» вместо «...и иные юридические действия».

2.1. Подводя итог первому вопросу, необходимо отметить, что правовому регулированию отношений коммерческого представительства в Германии, впрочем, как и во Франции, были подвергнуты только к концу XIX-началу XX вв. До этого гражданское и торговое законодательство изучаемых стран, уделяло сравнительно небольшое внимание вопросам правового регулирования как торгового представительства, так и института представительства вообще.

Необходимость участия третьих лиц в установлении и реализации экономических отношений возникла ещё при первобытно-общинном строе – обмен между племенами при посредстве родовых старейшин каждой стороны как чисто экономический акт, не имеющий юридической формы ввиду отсутствия самого государства и права. С возникновением государства и права, углублением разделения труда и появлением клана купцов, который «не принимая никакого участия в производстве становится неустранимым посредником между каждыми двумя производителями и эксплуатирует обоих»⁶³⁹, обмен с участием третьих лиц опосредуется правом.

⁶³⁹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 21. С. 166.

Понятие «посредник» (антрепренер), к категории которых мы относим и коммерческого представителя, можно рассматривать как предшествующее появлению термина «предприниматель». Развитие данного термина происходит в соответствии с разделением собственно предпринимательских функций: вложение денег с целью получения прибыли (появляются «венчурные капиталисты» – собственники капитала) и удовлетворение общественных потребностей (так появляются дельцы-работадатели). Причиной такого разделения послужила, так называемая, индустриальная революция, произошедшая в XVIII в. и сумевшая размежевать эти две основные функции.

Конечно, не представляется возможным точно определить хронологические рамки, и ответить однозначно на вопрос когда же всё-таки появилось коммерческое представительство, указав определенную дату. В то же время, с уверенностью можно говорить о том, что как самостоятельный правовой институт торговое представительство возникает только тогда, когда в обществе появляются значительная потребность в подобного рода услугах. Поэтому, опираясь на результаты исследования, можно констатировать, что институт торгового представительства, как самостоятельный правовой институт появляется лишь к началу XX в., хотя отношения подобного рода уже были известны задолго до этого.

Отсутствие правового регулирования института представительства в римском праве обусловлено, на наш взгляд, тремя основными причинами.

Во-первых, субъективным характером римского права и свойствами правового мышления римских юристов.

Во-вторых, – законом юридической экономии.

В-третьих, тем, что к этому не существовало экономических предпосылок.

Вышеизложенное в частности свидетельствует о том, что особое значение и важность договорное представительство приобретает лишь в связи с развитием промышленности и возникновением капиталистических отношений. Между тем, правовое регулирование института коммерческого представительства в зачаточной форме существовало и на более ранних стадиях развития человеческого общества.

Потребность в появлении правового регламентирования отношений коммерческого (торгового) представительства возникает именно тогда, когда купцы стали вводить в гражданский оборот собственное частное право.

Российское законодательство почти совсем не находилось под влиянием римского права, играющего очень видную роль в законодательствах западных народов. Отсутствие влияния римского права на русское замечается и в вопросе о представительстве. Хотя, в наших законодательных памятниках прошедшего времени, бедных юридическими обобщениями, нет почти никаких определений и постановлений, относящихся к рассматрива-

емому нами институту, но по некоторым отрывочным данным можно заключить, что непосредственные представительские отношения были известны в Московском государстве уже в период, предшествовавший Уложению царя Алексея Михайловича 1649 г.

Проанализировав же историю развития института добровольного представительства, а также его особой разновидности – коммерческого представительства в законодательствах Франции, Германии, Англии и США, можно прийти к выводу о том, что рассматриваемое нами коммерческое представительство оформляется в самостоятельный институт достаточно поздно. В континентальной Европе это явление можно связать с господством римского права при нормировании представительства, в англосаксонской правовой системе со слишком широким понятием представительства вообще. В последнем случае правильнее будет говорить не о появлении такого вида как коммерческое представительство, а о различных видах агентов, выделяемых судебной практикой. Между тем, как в первом, так и во втором случае на становление и развитие института представительства повлияло римское право. В значительной степени его влияние проявилось в регламентировании этого института в континентальной системе права, в менее значительной – в англосаксонской правовой системе.

В континентальной системе права впервые представительство в его современном понимании становится возможным лишь когда сторонники теории естественного права вернулись к обоснованию договорного права, исходя из идеи автономии воли.

Гуго Гроций (1583-1645) – один из основателей теории естественного права, которое определяется им как «предписание здравого разума»⁶⁴⁰.

Христиан Вольф сделал следующий важный шаг вперед в развитии концепции договорного представительства. Его учение сводилось к тому, что посредством договора, который заключает доверенный или уполномоченный в интересах и в соответствии с инструкциями доверителя можно приобретать для него не только права, но и обременяющие его обязанности. Но для того, чтобы договор служил источником прав и обязанностей третьего лица, партнер по договору должен быть уполномочен на заключение такого договора этим третьим лицом соответствующим образом.

Иеринг был первым, кто в 1847 г. обратил внимание на то, что между договорными отношениями сторон – независимо от того, идет ли речь о договоре поручения, обслуживания, товарищества и т. д. – и выдачей доверенности следует делать различие.

Той точки зрения, что оба эти документа совершенно не зависят друг от друга также придерживался Лабанд. И потому вопрос об объеме и продолжительности выдаваемой доверенности, и соответственно вопрос о том, могут ли действия поверенного иметь отрицательные или положи-

⁶⁴⁰ Гроций Г. О праве войны и мира. М., 1956. С. 71.

тельные последствия для доверителя, следует отделять от другого вопроса: имел ли место договор между сторонами и что должен делать поверенный в соответствии с содержанием этого договора за или вместо доверителя. Эта доктрина была впоследствии реализована не только в Германии. Она лежит в основе почти всех современных гражданских кодексов.

Развитие англосаксонского (общего) права шло самостоятельным путем, независимо от римского, и канонического. Такая «самостоятельность» развития общего права была обусловлена рядом причин.

Во-первых, в Англии довольно рано проявляется унифицированное право, называемое по этой причине «общее право». Как мы уже показывали, во Франции процесс формирования «общего французского права» закончился только в XVI в. А в Германии становление «общего права» завершается в XIX столетии, да и то лишь в теории пандектов. Поэтому в Англии никогда не играли заметной роли такие важные движущие силы реализации кодификационной идеи на континенте, как философия просветителей, теория естественного права и практическая потребность в унификации⁶⁴¹.

Во-вторых, так называемое «торговое право», в рамках которого зародился институт профессионального представительства в континентальной Европе, в XVIII в. было поглощено общим правом и с того времени больше не существовало как самостоятельная отрасль права. А именно в это время в Англии представительство возникает как самостоятельный правовой институт, не говоря уже о том, что основные положения о представительстве формулируются гораздо позднее.

В-третьих, это особенности англосаксонской правовой системы и деятельности юристов практиков.

В англосаксонской правовой системе «представительство» имеет место, когда одно лицо в качестве «принципала» (доверителя) дает поручение другому, выступающему в качестве «агента» («доверенного лица»), действовать определенным образом «за него» и «от его имени», и в особенности заключать договоры с третьими лицами. ***«Представительство – это правоотношение, которое возникает, когда одно лицо, называемое принципалом, наделяет правом другое лицо, называемое агентом, действовать от его имени, и это другое лицо дает на то свое согласие».***

Говоря о коммерческом представительстве, как об одной из форм осуществления посреднической предпринимательской деятельности, следует отметить то обстоятельство, что в Гражданском кодексе 1994 г. нормы, регулирующие этот институт, были разработаны именно с учетом как своего отечественного, так и зарубежного опыта.

Нельзя сказать, что вопросы коммерческого представительства мало исследовались российскими учеными.

⁶⁴¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 277-278.

Многое из того, что в отечественном законодательстве второй половины XIX-начала XX вв. регулировалось применительно к представительству в целом (обязанность сообщать сведения о ходе дел, передавать всё полученное в процессе осуществления представительства и др.) ныне регулируются в разделе IV Гражданского кодекса РФ только по отношению к обязательствам, вытекающим из договора поручения и некоторых других договоров, связанных с осуществлением представительства.

Однако одной из главных особенностей института коммерческого представительства является то, что в отечественной цивилистике исследования в области его регулирования проводились в дореволюционный период, а также в первые годы советской власти, в то время как в зарубежных странах отношения с участием торгового представителя, уже после того, как в СССР предпринимательская деятельность была окончательно запрещена, подверглись значительному законодательному урегулированию.

2.2. Резюмируя сказанное выше, часть ст. 2 ГК РФ, касающуюся предпринимательской деятельности, необходимо, на наш взгляд, изложить следующим образом:

«Гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является профессиональная, самостоятельная, осуществляемая на постоянной основе на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от совершения операций с товарами определённого рода, выполнения определённого рода работ, оказания определённых услуг или каким-либо другим образом лицами, которые по роду своих занятий ведут себя так, как будто они обладают знаниями или опытом в отношении операций, товаров, работ, услуг или иных имущественных благ, являющихся предметом сделки, а также теми, кто может рассматриваться как обладающий такими знаниями или опытом».

Правила же об обязательности государственной регистрации содержатся в ст. 23 ГК РФ и 51 ГК РФ для индивидуальных предпринимателей и юридических лиц соответственно, а потому указывать на него в ст. 2 ГК РФ не имеет смысла.

Статус предпринимателя закрепляется за коммерческим представителем при государственной регистрации в качестве субъекта предпринимательской деятельности. В зависимости от профиля и содержания будущей предпринимательской деятельности, собственных возможностей, масштабов деятельности, уровня конкуренции в отрасли, а также ряда других причин, лицо желающее оказать услуги по коммерческому представительству вправе выбирать любую предусмотренную законом организационно-правовую форму предпринимательской деятельности, если специальным законом, конечно, не предусмотрено иное. Сам факт государственной ре-

гистрации и есть получение статуса, т. е. приобретения дополнительного по сравнению с общегражданскими правами и свободами, правового пространства⁶⁴².

Анализируя вышеизложенные факты трудно не заметить, что в принципе постоянно и самостоятельно представлять от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности может и некоммерческая организация, если такая деятельность служит достижению целей, ради которых создана организация и соответствует этим целям.

Статус предпринимателя является показателем объема прав и обязанностей, которые закрепляются за ним и в рамках которых он может совершать какие-то определенные действия. Получая статус юридического лица, предприниматель, для осуществления услуг по коммерческому представительству совершает действия уже не от своего имени, а от имени юридического лица. Вместе с тем, для того чтобы осуществлять отдельные виды деятельности коммерческому представителю необходимо будет не только иметь государственную регистрацию, но ещё и получить соответствующую лицензию.

2.3. Для того чтобы действия представителя могли уполномочивать представляемого, необходимо наличие следующих условий:

- 1) должно быть полномочие;
- 2) сделка, совершаемая представителем, не должна выходить за пределы данного полномочия;
- 3) она должна быть совершена в интересах представляемого.

В ходе исследования мы приходим к выводу, что **полномочие представителя** представляет собой **совокупность прав и обязанностей**, которые получает представитель в силу своего статуса из договора, доверенности, закона, обычаев делового оборота для осуществления представительства.

При отсутствии у коммерческого представителя полномочия, одобрение сделки представляемым действует с обратной силой, т.е. делает сделку действительной с момента её совершения.

В праве континентальной Европы признают такой специальный вид торгового представительства как прокура на ведение дел представляемого. Интересными на этот счёт нам представляются соглашения об оказании управленческих услуг. В условиях слияния компаний и образования холдингов, владеющих контрольным пакетом акций входящих в них компаний, такие контракты являются достаточной гарантией обеспечения интересов отдельных юридических лиц. В случае недобросовестного управления компанией-директором предусматривается ответственность за ущерб, причинённый управляемой компании. Компания-директор обязана добро-

⁶⁴² Бусыгин А. В. Предпринимательство. Основной курс. М., 1998. С. 373.

совестно и честно прилагать все усилия к тому, чтобы содействовать, развивать и расширять деловые операции и интересы взятой под управление фирмы.

Для сокращения злоупотреблений со стороны руководителей юридических лиц, нормы о коммерческом представительстве, на наш взгляд, более эффективно распространить на отношения доверительного управления, а также выделить эту разновидность в особый вид коммерческого представительства, которому присущи свои отличительные черты. Однако для этого придётся пересмотреть родовое понимание представительства в отечественном гражданском праве и отказаться от традиционного «действия только «от имени» представляемого.

3.1. Договоры, при помощи которых оформляется коммерческое представительство по нашему мнению должны быть отнесены к одной большой группе договоров по оказанию посреднических услуг. Отличительным признаком договоров, оформляющих коммерческое представительство в данном случае будет являться то, что коммерческий представитель всегда выступает именно в интересах представляемого в пределах предоставленных ему полномочий, и его действия влекут юридические последствия для представляемого.

Поэтому нормы, регулирующие коммерческое представительство должны подлежать субсидиарному (дополнительному) применению в случае, если ни сторонами в договорном порядке, ни положениями Гражданского кодекса РФ, ни специальным законодательством не урегулированы конкретные отношения сторон, а также, если правовая квалификация отношений посредничества оказывается на практике затруднительной. Представляется, что такой подход позволил бы решить многие серьёзные проблемы, возникающие в отечественной судебной практике. Однако для этого необходимо исходить из более широкого понятия представительства.

3.2. Коммерческое представительство охватывает три вида отношений:

- 1) между представляемым и коммерческим представителем;
- 2) между представляемым и третьим лицом;
- 3) между коммерческим представителем и третьим лицом.

Первое отношение, возникает из договора и порождает у коммерческого представителя ряд прав и обязанностей. Среди этих отношений можно выделить две большие группы. Первая группа включает в себя те права и обязанности, которые возникают из договора. Вторая группа – права и обязанности, которые, хотя и связаны с заключением договора, но определяются исключительно особым статусом коммерческого представителя.

Поскольку, вне зависимости от того правилам какого договора подчинят свою деятельность коммерческий представитель и заинтересованный предприниматель, наряду с индивидуальными особенностями каждого обязательства, существуют общие для всех них правила, которые должны

применяться в силу специфического статуса коммерческого представителя, на наш взгляд, было бы более правильным общие нормы о коммерческом представительстве рассматривать именно в разделе о представительстве, а не применительно к договору поручения.

3.3. В случае разграничения деликтной и договорной ответственности важным представляется ответ на вопрос о том явился такой материальный ущерб следствием неисполнения (ненадлежащего исполнения) договора коммерческим представителем или ненадлежащее исполнение договора явилось следствием совершенного правонарушения. Иными словами, необходимо выяснить на что направлено деяние коммерческого представителя: на сознательное причинение представляемого такого имущественного ущерба или на неисполнение или на ненадлежащее исполнение договора.

Ненадлежащее исполнение договора в любом случае не может быть уголовно наказуемым, в то время как деяние лица, имеющего умысел на причинение вреда (вне зависимости от формы), а некоторых случаях и совершённое по неосторожности, уже потенциально может быть преследуемым в уголовном порядке. Кроме того, в любом случае коммерческий представитель не будет отвечать за безвиновно причинённый вред, так как без вины может существовать лишь гражданско-правовая ответственность.

Для наступления уголовной ответственности у коммерческого представителя необходимо наличие нескольких условий:

- а) совершение коммерческим представителем деликта;
- б) наличие нормы, предусматривающей ответственность за подобное деяние в Уголовном кодексе.

Рассматривая специфику ответственности коммерческого представителя за совершение им правонарушения в гражданском обороте, на наш взгляд, можно условно выделить следующие виды ответственности.

- а) ответственность коммерческого представителя по договорам, заключённых без полномочий;
- б) ответственность коммерческого представителя за обман и насилие;
- с) ответственность коммерческого представителя за присвоение;
- д) ответственность коммерческого представителя за небрежность перед третьими лицами;
- е) ответственность коммерческого представителя за нарушение обязанности по отношению к представляемому;
- ф) ответственность коммерческого представителя за использование имущества принципала;
- г) ответственность коммерческого представителя за действия третьих лиц.

Для осуществления гражданских прав и обязанностей граждане и юридические лица нередко вынуждены прибегать к услугам лиц, которые

совершают для них различные действия, влекущие возникновение, изменение или прекращение гражданских правоотношений. Такого рода отношения принято именовать представительством. Отношения представительства могут возникать в силу различных оснований, в том числе договора. Наиболее распространенным договором, порождающим отношения представительства, является договор поручения. Для получения заработной платы, заключения сделок, приема и передачи имущества и в иных ситуациях, в которых субъект гражданского оборота не может в силу различных обстоятельств непосредственно принимать участие, заключается договор поручения. В настоящее время сфера применения договора поручения все более расширяется в связи с появлением фирм, оказывающих услуги по снабжению, поиску партнеров, маркетингу, юридическому обслуживанию и т. п. Особенно это заметно в отношениях с участием хозяйственных обществ: представительство акционера на собрании акционерного общества, совершение операций с ценными бумагами и т. д. Договор поручения является классической формой представительства, поскольку действия поверенного приводят к возникновению прав и обязанностей не у него, а непосредственно у доверителя. Объясняется это тем, что представитель (поверенный) совершает действия не от собственного имени, а от имени представляемого (доверителя).

Функция договора поручения заключается в том, что он призван урегулировать отношения между представителем и представляемым, как бы внутреннюю сторону отношений представительства. Внешняя же сторона отношений представительства отражается в полномочиях представителя, зафиксированных в доверенности.

Особенность договора поручения заключается также в том, что наряду с отношениями представительства он может порождать и обязательственные отношения: обязательство по оказанию посреднических услуг. Следует различать возмездный договор поручения, который порождает и отношения представительства и обязательство по оказанию посреднических услуг, и безвозмездный договор поручения, который порождает исключительно отношения представительства. Безвозмездные отношения по оказанию услуг не могут облекаться в форму обязательственных отношений. Договор поручения относится к числу ранее известных договоров.

В действующем Гражданском кодексе РФ данный институт получил дальнейшее развитие и пополнился целым рядом новых правил. Например, Гражданский кодекс РФ ввел институт коммерческого представительства, что обусловило необходимость установления правил, связанных с этим представительством. Договор поручения является одним из немногих вопросов права, которые урегулированы законодательством полно и ясно.

Полномочие представителя может основываться на доверенности, законе (например, право родителей выступать от имени своих несовершеннолетних детей, опекунов — от имени подотчетных в качестве их за-

конных представителей), административном акте (например, приказ о назначении на должность продавца, кассира, приемщика багажа и т. п., полномочия, которые явствуют из обстановки, в которой они действуют). Договор поручения же позволяет доверителю и поверенному документально урегулировать свои отношения, что будет являться гарантом прав каждого.

В коммерческом представительстве наличие договора поручения просто обязательно, в отличие скажем от классического поручения, однако любой субъект гражданских правоотношений, если он хочет избежать ненужных проблем, должен оформлять свои отношения на «бумаге».

4.1. Проведённое исследование проблемы уголовной ответственности за преступления управленческого персонала коммерческих и иных организаций в сфере экономической деятельности позволяет сформулировать следующие основные положения, а также рекомендации о возможностях дальнейшего совершенствования уголовного законодательства и практики его применения.

Впервые в отечественном законодательстве нормы об ответственности управленческого персонала коммерческих или иных организаций появились в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в последующей редакции 1866 г.). На теоретическом уровне вопросы борьбы с указанными преступлениями изучались сторонниками концепции злоупотребления доверием (Аносовым, Биндингом, Картье и др.). Анализ Уголовного Уложения 1903 г., УК РСФСР 1922 г., УК РСФСР 1926 г. позволяет проследить количественное увеличение составов рассматриваемых преступлений. По УК РСФСР 1960 г. вопрос об ответственности управленческого персонала организаций решался на базе норм, устанавливающих ответственность за должностные преступления. В рамках УК РФ 1996 г. данный вопрос решается по-новому.

Анализ вышеизложенного, а также современного состояния экономики в нашей стране позволяет нам выделить следующие внешние причины, усугубляющие предпринимательский риск:

1. Необязательность и безответственность хозяйствующих субъектов всех видов. Уже только эта одна причина ставит под сомнение существование института коммерческого представительства в нашей стране, т. к. основан этот институт в большей степени именно на личных доверительных отношениях.

Основная проблема – это невыполнение договорных обязательств и по срокам и по качеству. Данная ситуация объясняется тем, что в России не существует механизма, обеспечивающего выполнение договорных обязательств. Это касается всех видов договоров, несмотря на строгие формулировки в них. При этом следует отметить, что разрешение хозяйственных конфликтов официальным путём часто вообще не имеет смысла: арбитражные суды перегружены. Рассмотрение дела можно ожидать несколько

месяцев, а результат может быть неэффективен даже в случае положительного решения вопроса, т. к. законодательство не предусматривает полного возмещения ущерба.

Однако часто договоры не выполняются по независящим от предпринимателя причинам – из-за крайне сложной экономической ситуации в стране, политической нестабильности, разрыва хозяйственных связей и т. д. Одной из причин невыполнения договорных обязательств является несовершенство законодательства в сфере договорных отношений, а также неспособность законодательства регулировать практическую деятельность предпринимательских фирм.

2. Вторая причина, а именно, нечёткость и непрерывная изменчивость законодательных и нормативных актов, регулирующих предпринимательскую деятельность, вносит элемент нестабильности в отношения хозяйствующих субъектов, что также, в свою очередь, ставит под сомнение возможность нормального функционирования рассматриваемого нами института. А это также подрывает доверие предпринимателей к коммерческому представителю, да и другим видам посредников, не говоря уже о том, что столкнувшись несколько раз с трудностями, такой посредник будет думать в большей степени не об исполнении обязательства, а об иных способах заработать деньги, пусть даже и незаконных.

3. Две вышеназванных причины, как следствие, порождают и третью – отсутствие персональной ответственности значительной части предпринимателей за результаты своей деятельности, что увеличивает, в свою очередь, в каждом случае обращения к посреднику, уровень риска любой сделки. Понятно, что уже ни о каких доверительных отношениях речь здесь идти уже не может, со всеми вытекающими последствиями.

Добавим ещё к вышеназванным причинам:

4. Низкий уровень образования предпринимателей по проблемам рынка и предпринимательства. Это, несмотря на то, что большая часть руководителей предпринимательских организаций в России в то же время имеет высокий уровень образования, что характерно и для западных стран!

5. Коррупционированность чиновников, и, как следствие, зависимость предпринимателя от криминального мира, неспособность правоохранительных органов защитить его.

По данным МВД, каждая седьмая преступная группировка использует подкупленных чиновников. По неофициальным данным в России «крутится» в сфере «теневой экономики» около 30 000 000 000 долларов ежегодно⁶⁴³.

6. Предыдущую причину во многом усугубляет и резкое увеличение численности работников аппарата управления, которые ущемляют права

⁶⁴³ Вечерняя Москва. 1995. 10 нояб.

предпринимателей зачастую в целях вымогательства, о чём, кстати, красноречиво свидетельствуют данные приведённых выше таблиц.

7. Недобросовестная конкуренция.
8. Неустойчивое налоговое законодательство.
9. Неурегулированность экономических отношений.
10. Высокие темпы инфляции.

Все вышеназванные причины играют, безусловно, негативную роль в становлении и развитии в России рассматриваемого нами института коммерческого представительства. Между тем перечисленные причины следует отнести к факторам прямого воздействия. Помимо факторов прямого воздействия негативно влияют на нормальное функционирование, как вообще предпринимательской деятельности в нашей стране, так и различных форм коммерческого посредничества, в том числе и коммерческого представительства в частности, существуют ещё и факторы косвенного воздействия. К последним, в частности, следует отнести:

- 1.1. Неправильное, безграничное вмешательство политиков в экономику.
- 1.2. Политическая нестабильность.
- 1.3. Экономическая обстановка в стране деятельности.
- 1.4. Экономическое положение отрасли деятельности.
- 1.5. Международные события.
- 1.6. Стихийные бедствия.

Дополнительные трудности в исследовании проблем предпринимательства связаны с проведением в чрезвычайных условиях коренных и односторонних преобразований в общественно-политической и социально-экономической жизни общества, осуществляемых, хотя и весьма динамично, но непродуманно, некомплексно и крайне противоречиво. Это придаёт стихийный характер явлению, не просто снижая эффективность реформаторских действий, а существенно усугубляя трудности⁶⁴⁴.

Основная же причина неразрешённости многих проблем в указанной области заключается в отсутствии в нашей стране вообще подлинной рыночной среды, рыночной экономики.

4.2. Для повышения эффективности правового регулирования предпринимательских отношений в нашей стране представляется необходимым решить ряд задач.

1. Совершенствование механизма законотворчества, в части относящейся к подготовке и принятию решений о криминализации или декриминализации (пенализации или депенализации) общественно опасного поведения коммерческих представителей в сфере экономики.

⁶⁴⁴ Краева Н. М., Минев В. Н. Социально-экономические особенности российского предпринимательства // Общество и экономика. 1996. № 9-10. С. 48.

2. Совершенствование отдельных институтов Общей части уголовного законодательства России в целях дополнительной их ориентации на обеспечение нормального функционирования экономики.

3. Развитие института компромисса как средства повышения эффективности борьбы с отдельными видами преступлений против собственности и преступлениями в сфере экономической деятельности.

4. Оптимизация структуры Особенной части УК РФ в интересах наиболее эффективной борьбы с преступностью в сфере экономики.

5. Восполнение дефицита уголовно-правовой охраны экономических отношений, вызванного недостатками законотворчества, а также появлением новых видов и форм преступлений в сфере экономики.

6. Снижение уровня неопределённости диспозиций и санкций норм об ответственности за преступления в сфере экономики.

7. Приведение суровости наказаний за отдельные виды преступлений против собственности и преступлений в сфере экономической деятельности в соответствие с их общественной опасностью.

8. Совершенствование норм об ответственности за отдельные виды организованной преступной деятельности, представляющие наибольшую угрозу для нормального функционирования и развития экономики.

9. Совершенствование норм об ответственности за коррупционные (должностные преступления) в целях повышения эффективности борьбы с преступлениями в сфере экономики.

4.3. К профессиональным коммерческим (торговым) представителям в современном торговом обороте следует отнести не только поверенного в договоре поручения с участием профессионального коммерческого представителя, но и лиц, осуществляющих брокерскую деятельность профессиональных участников рынка ценных бумаг⁶⁴⁵ (ст. 3 Закона «О рынке ценных бумаг»)⁶⁴⁶, агента в агентском договоре (глава 52 ГК РФ), экспедитора (глава 41 ГК РФ), страхового агента (ст. 8 Закона «Об организации страхового дела»)⁶⁴⁷, агента в договоре морского агентирования (ст. 232 Кодекса торгового мореплавания РФ)⁶⁴⁸, посредника (морского брокера) в договоре морского посредничества (ст. 240 Кодекса торгового мореплавания РФ)⁶⁴⁹,

⁶⁴⁵ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: ред. от 28.12.2013. Ст. 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁴⁶ Там же.

⁶⁴⁷ Об организации страхового дела в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Закон Рос. Федерации от 27.11.1992 № 4015-1: в ред. от 04.06.2014. Ст. 8. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁴⁸ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999 № 81-ФЗ: ред. от 03.02.2014. Ст. 232. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁴⁹ Там же. Ст. 240.

таможенного представителя (ст. 60 ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»)⁶⁵⁰ и др.

Морской агент – лицо, которое по договору морского агентирования обязуется за вознаграждение совершать **по поручению и за счет судовладельца** юридические и иные действия от своего имени или от имени судовладельца в определенном порту или на определенной территории⁶⁵¹. Как хорошо видно, – это конструкция договора поручения.

Посредник (морской брокер) – лицо, которое по договору морского посредничества обязуется **от имени и за счет доверителя** оказывать посреднические услуги при заключении договоров купли-продажи судов, договоров фрахтования и договоров буксировки судов, а также договоров морского страхования⁶⁵². Здесь видно, что договор с морским брокером заключается по правилам конструкции модифицированного договора поручения, то есть поручения с элементами коммерческого представительства.

Брокером именуется профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий брокерскую деятельность, под которой понимается деятельность по совершению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами и (или) по заключению договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, по поручению клиента **от имени и за счет клиента** (в том числе эмитента эмиссионных ценных бумаг при их размещении) или **от своего имени** и за счет клиента на основании возмездных договоров с клиентом (ст. 3 ФЗ РФ «О рынке ценных бумаг», в ред. Федерального закона от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ).

В первом случае речь идёт о коммерческом представительстве «в чистом виде» в смысле ст. 184 ГК РФ. А вот второй случай – это также вид торгового представительства, однако, так называемого **«косвенного» коммерческого представительства**. В данном случае – это типичная форма агентского договора.

Поскольку система экономических взаимоотношений между производителями товаров и услуг и между ними и потребителями, основанная на разделении труда и специализации производства, немыслима без профессионального представительства, в настоящее время проблематика правового регулирования института коммерческого представительства, как видится, имеет особую актуальность. Вместе с тем, изначально, в Проекте изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса Российской Федерации, подготовленного Советом при Президенте Российской Федерации

⁶⁵⁰ О таможенном регулировании в Российской Федерации [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 27.11.2010 № 311-ФЗ: в ред. от 05.05.2014. Ст. 60. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁵¹ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации [Электронный ресурс]: от 30.04.1999 № 81-ФЗ: ред. от 03.02.2014. Ст. 232. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁵² Там же. Ст. 240.

по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства на основании и во исполнение, а затем и при внесении изменений в часть первую ГК РФ, законодатель в большей степени ограничился лишь незначительной корректировкой положений о коммерческом представительстве, снабдив часть 3 ст. 184 ГК РФ бланкетной нормой, о том, что «...особенности коммерческого представительства в отдельных сферах предпринимательской деятельности устанавливаются законом и иными правовыми актами». То, что законами, возможно, вполне и понятно. Однако, как видится, необходимо указать хотя-бы их примерный перечень, либо общие требования к тому субъекту, который именуется коммерческий (торговый) представитель. А вот, что касается **иных правовых актов, то здесь и во все непонятно. Во-первых, в настоящий момент о таковых по крайней мере неизвестно. Можно предположить, что это ратифицированные РФ положения договоров, конвенций, директив (в общем – международных соглашений, документов). Если же это подзаконный акт, то его положения не должны противоречить закону, т. е. Гражданскому кодексу РФ.**

Ввиду имеющихся противоречий п. 7 ст. 16 Федерального закона «Об организованных торгах»⁶⁵³, п. 2.1⁶⁵⁴ Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»⁶⁵⁵ и п. 1 ст. 184 ГК РФ, п. 1 ст. 184 ГК РФ предлагается изложить, как минимум, в следующей редакции: «Коммерческим представителем является лицо, постоянно и самостоятельно представительствующее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности. В случае, если коммерческий представитель является участником организованных торгов, допускается представительство **лиц, не являющихся предпринимателями**».

Изменения не внесены и в п. п. 3 ст. ст. 972 ГК РФ «поверенный, действующий в качестве коммерческого представителя (пункт 1 статьи 184 ГК РФ), вправе в соответствии со статьей 359 ГК РФ удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение своих требований по договору поручения», 973 ГК РФ «...поверенному, действующему в качестве коммерческого представителя (пункт 1 статьи 184), может быть предоставлено доверителем право отступить в интересах доверителя от его указаний без предварительного запроса об этом. В этом случае коммерческий представитель обязан в разумный срок уведомить

⁶⁵³ Об организованных торгах [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 21.11.2011 № 325-ФЗ: в ред. от 21.12.2013. Ст. 16. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁵⁴ О рынке ценных бумаг [Электронный ресурс]: Федер. закон Рос. Федерации от 22.04.1996 № 39-ФЗ: ред. от 28.12.2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶⁵⁵ Там же.

доверителя о допущенных отступлениях, если иное не предусмотрено договором поручения». Вышеизложенное говорит о том, что законодателя, по сути, устраивает ситуация, когда отношения с коммерческим представителем по действующему ГК РФ оформляются договором поручения (гл. 49 ГК РФ), косвенно допуская «двойственный статус» коммерческого представителя в агентском договоре, брокерском договоре и их модификациях.

5. 1. В ходе реформ, проводимых в России, хозяйствующим субъектам предоставлен большой объём правомочий, который в ряде случаев используется во вред правоохраняемым интересам. Подобные деяния были обозначены термином «злоупотребление правом».

Злоупотребления управленческого персонала представляют собой разновидность злоупотребления правом. Им присущи следующие существенные признаки. Прежде всего, злоупотребления управленческого персонала посягают на установленный порядок реализации субъективного права. Кроме того, они совершаются лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих или иных организациях, в ходе осуществления экономической деятельности.

Рассматриваемые злоупотребления являются общественно опасными, так как наносят существенный вред правоохраняемым интересам граждан, организаций, обществу, государству. Они достаточно распространены, совершаются с целью извлечения выгод или причинения ущерба другим лицам, обладают высокой латентностью, оказывают отрицательное воздействие на общественную мораль.

Преступления управленческого персонала – это некоторые виды злоупотреблений, криминализованные в силу их достаточно высокой степени общественной опасности. Данные преступления посягают на видовой объект: установленный порядок предпринимательской деятельности.

Анализ новейшего законодательства и практики позволяет сделать вывод, что лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, может быть не только участник юридического лица, но и представитель органов юридического лица, а также лицо, действовавшее от имени коммерческой или иной организации на основании договора (поручения, комиссии, агентского и т. п.).

Исследование признаков состава преступления, предусмотренного ст. 201 УК РФ, позволяет выявить и ряд недостатков.

Неудачным, на наш взгляд, является указание закона о том, что преступления совершаются обязательно вопреки интересам собственной организации. Формулировка ст. 201 УК РФ следующая: «...использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение суще-

ственного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства». В этом случае вне сферы уголовно-правового воздействия остаются многие общественно-опасные деяния, связанные с причинением вреда другим лицам, когда интересы собственной организации не затрагиваются.

Недоработкой действующего УК РФ следует признать отсутствие легального определения **понятия «причинение существенного вреда», а также «тяжких последствий»** (ч. 2 ст. 201 УК РФ), применительно к указанной группе преступлений. По нашему мнению, в содержание указанного признака необходимо включать случаи нанесения не только имущественного ущерба, но и морального вреда, равно как и причинение вреда деловой репутации. Отсутствие нематериального вреда в качестве конструктивного признака приведёт к неоправданному сужению сферы уголовно-правового воздействия, поскольку для борьбы с деяниями, способными причинить указанный вред, не всегда достаточно мер гражданско-правового характера.

На основе изучения материалов практики можно сделать вывод о том, что имущественный ущерб в результате совершения преступлений управленческого персонала выступает в виде уменьшения фондов собственника, неполучения должного, уничтожения имущества, а также получения недолжного. Предлагаем ввести размер существенного вреда, равный размеру крупного хищения.

Терминологию в Примечании 1 к ст. 201 УК РФ «...выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, а также в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением, в статьях настоящей главы, а также в статьях 199.2 и 304 УК РФ признается лицо, выполняющее функции единоличного исполнительного органа, члена совета директоров или иного коллегиального исполнительного органа, а также лицо, постоянно, временно либо по специальному полномочию выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в этих организациях», после слов «по специальному полномочию» дополнить: **«и (или) в связи с наличием определённых полномочий»**, так как субъектом преступления может быть и иное лицо, выполняющее управленческие функции.

Нельзя признать обоснованной позицию законодателя о сокращении публичного начала уголовного преследования в случае причинения вреда интересам собственной организации, поскольку получение согласия на возбуждение уголовного дела будет во многом зависеть от лиц, совершивших преступление.

Предлагается предоставить возможность государственным органам в исключительных случаях возбуждать уголовное преследование даже при отсутствии заявления или согласия организации.

Нуждается в усовершенствовании и конструкция состава преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 204 УК РФ. В рамках данного состава наиболее трудным является определение признака «незаконное получение» предмета подкупа. Действующее гражданское, да и трудовое законодательство предоставило лицам, выполняющим управленческие функции, полномочия определять порядок формирования собственных доходов. Таким образом, решение вопроса о законности или незаконности **получения вознаграждения зависит от волеизъявления представителей управленческого персонала**. Данное обстоятельство ставит под сомнение возможность применения ст. 204 УК РФ на практике.

Мы полагаем, что в конструкцию данного состава преступления, следует включить **преступные последствия**. Наступление последних будет свидетельствовать о том, что получение предмета подкупа незаконно. Трактовка преступных последствий должна быть аналогичной понятию существенного вреда, предусмотренному ст. 201 УК РФ.

Специфика видового объекта и субъекта исследуемых составов преступлений позволяет сделать вывод, что в перечень норм об ответственности за преступления управленческого персонала входят статьи, традиционно относящиеся к экономическим преступлениям, в том числе и ст. 204 УК РФ. Причём из вышеперечисленных составов общей нормой является ст. 201 УК РФ, а все остальные – специальными.

Перечень данных норм следует дополнить статьями, устанавливающими ответственность за злоупотребления коммерческих представителей и неправомерное использование ими свободных денежных средств.

При разграничении преступлений управленческого персонала коммерческих и иных организаций в сфере экономической деятельности от смежных правонарушений необходимо исходить из того, что первые совершаются умышленно, с целью извлечения выгод или целью причинения вреда другим лицам. В результате совершения анализируемых преступлений наступают последствия в виде существенного вреда. Отсутствие хотя бы одного из указанных признаков влечёт квалификацию содеянного лишь как обычного правонарушения.

При отграничении преступлений управленческого персонала от хищений предлагается исходить из того, что в последнем случае имеет место неправомерное изъятие чужого имущества, чего нет при совершении уголовно-наказуемых злоупотреблений.

Отличия заключаются также в том, что при совершении уголовно-наказуемых злоупотреблений наступают последствия не только в виде уменьшения фондов собственника, а также в виде уничтожения имущества, неполучения должного и (или) получения недолжного.

Должностные преступления и преступления управленческого персонала посягают на различные объекты уголовно-правовой охраны, отлича-

ются характером и содержанием последствий, различаются по субъекту преступления, а также не совпадают по конструкции субъективной стороны.

При разграничении уголовно-наказуемых злоупотреблений управленческого персонала от иных правонарушений в качестве критериев логичнее всего использовать: причинение существенного вреда, вину в форме умысла, наличие цели извлечения выгод или цели причинения вреда правоохраняемым интересам других лиц. Отсутствие хотя бы одного из перечисленных признаков исключает квалификацию содеянного как преступления.

В отличие от хищения при совершении **преступлений управленческого персонала** не происходит неправомерного изъятия чужого имущества, а преступные последствия наступают не только в виде уменьшения фондов собственника, но и в виде 1) уничтожения имущества; 2) неполучения должного; 3) получения недолжного.

Общественная опасность преступных деяний коммерческого представителя, нарушающих экономические интересы представляемых, имеет экономическое содержание и выражается в причинении или возможности причинения материального вреда объектам экономических отношений в сфере хозяйственной деятельности.

Анализ новейшего законодательства и практики позволяет сделать вывод, что субъектом преступлений управленческого персонала должен признаваться не только участник юридического лица, но и его **представитель**, которым может быть лицо, действующее на основании договора (поручения, комиссии, агентского и др.), с помощью которых оформляется и коммерческое представительство. Кроме того, такая редакция расширит круг лиц, интересы которых можно будет защищать в уголовном порядке. Помимо организаций сюда подпадут и иные лица, в том числе и индивидуальные предприниматели.

Неудачным, на наш взгляд, является указание закона о том, что **преступления совершаются обязательно вопреки интересам собственной организации**. В этом случае вне сферы уголовно-правового воздействия останутся общественно-опасные деяния, связанные с причинением вреда другим лицам, когда интересы собственной организации не затрагиваются.

Термин «в связи с занимаемым служебным положением» следует заменить термином «в связи с наличием определённых полномочий», так как субъектом преступления может быть не только служащий, но и **иное лицо, выполняющее управленческие функции**.

По нашему мнению, представляется необходимым внести в действующее законодательство следующие изменения.

Изложить пункт 1 ст. 201 УК РФ в следующей редакции:
«Статья 201. Злоупотребление полномочиями.

Использование своих полномочий *лицом, выполняющим управленческие функции* в коммерческой или иной организации, у иных лиц, в целях извлечения выгод для себя, других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда законным интересам граждан, организаций, общества, государства, - наказывается...».

Упразднённые Пункты 2 и 3 Примечания к ст. 201 УК РФ изложить в следующей редакции:

«2. Лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, у иных лиц, в статьях настоящей главы признаются также участники юридического лица, имеющие полномочия осуществлять юридически значимые действия в силу своего положения, обычаев делового оборота или доверенности, а равно *представители указанных лиц или их органов*, в том числе и по договору.

3. В случае причинения вреда лицу, не являющемуся государственным или муниципальным предприятием, уголовное преследование возбуждается по заявлению этого лица или с его согласия.

Следователь в соответствии с правилами о подведомственности в случаях, когда этого требует необходимость защиты интересов пострадавшего, вправе возбудить уголовное преследование без такого согласия».

Пункт 1 ст. 204 УК РФ изложить в следующей редакции:

«Статья 204 . Коммерческий подкуп.

Незаконная передача лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, у иных лиц, денег, ценных бумаг, иного имущества, а равно оказание услуг имущественного характера за совершение действий (бездействия) в связи с наличием у этого лица полномочий, указанных в примечании к статье 201 УК РФ, в интересах дающего или указанных им лиц, - наказывается ...».

5.2. Проанализировав действующий ГК РФ и УК РФ, обращает на себя внимание, что за последнее время в них внесено значительное множество изменений и дополнений. Между тем, недавние изменения в ГК РФ исключили ряд положений о коммерческом представительстве из официального текста ГК РФ, с одной стороны, с другой – п. 3. ст. 184 ГК РФ был снабжён бланкетными (отсылочными) нормами. Решения обозначенных в монографии проблем тем самым не произошло, а напротив подобные изменения породили лишь большую запутанность в применении норм различных взаимосвязанных законов. То же можно сказать и о действующем УК РФ, претерпевшим за последнее время также значительные изменения. Однако, эффективных норм, направленных на защиту экономически менее защищённой стороны в сделке здесь не прибавилось. Напротив, тенденция, аналогичная гражданскому законодательству. В УК РФ уже давно нет статьи 200, гарантировавшей в определённой степени защиту прав потребите-

лей, а многое из того, что в прямом смысле является экономическими преступлениями при совершении их физическими лицами не подпадает под действие статей УК РФ, если вместо физического лица появляется лицо юридическое. Не изучавшие глубоко данную проблему исследователи предлагают в данном случае замену личности «юридического» лица на личность её руководителя. Но как убедительно показывает практика, подобная подмена ведёт лишь от ухода от уголовной ответственности реальных исполнителей преступного деяния. Так как минимум – юридическое лицо – это коллектив людей, а оценить роль каждого при совершении конкретного преступления «юридическим» лицом при «арсенале» средств, предусмотренных действующим уголовно-процессуальным законодательством не представляется возможным. Орган юридического лица – это не только и не всегда его руководитель, но и иные лица, о которых говорилось в исследовании.

Поэтому, мы приходим к выводу о целесообразности внесения ряда проектов федеральных законов следующего содержания.

«Проект федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Российской Федерации».

Статья 1. Внести в Гражданский кодекс Российской Федерации (Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32, ст. 3301; 1996. № 5, ст. 410) следующие изменения и дополнения:

1. В пункте 1 статьи 183 исключить слова «от имени и».
2. В пункте 3 статьи 182, пункте 1 статьи 183, пункте 1 ст. 184 слова «от имени» заменить словами «в интересах».
3. Пункт 1 ст. 182 изложить в следующей редакции: «Под *представительством* следует понимать такое трёхстороннее правоотношение, при котором одно лицо (представитель) на основе и в пределах предоставленных ему полномочий совершает сделки с третьими лицами и оказывает иные посреднические услуги в интересах представляемого, а юридические последствия совершённых таким представителем действий возникают непосредственно в лице представляемого.

Полномочие может основываться на договоре, доверенности, указании закона либо акте уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, а также явствовать из обстановки, в которой действует представитель (продавец в розничной торговле, кассир и т. п.)».

4. В пункте 2 статьи 182 исключить слова «действующие хотя и в чужих интересах, но от собственного имени (коммерческие посредники, конкурсные управляющие при банкротстве, душеприказчики при наследовании и т. п.), а также лица,».

«Проект федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации».

Статья 1. Внести в Уголовный кодекс Российской Федерации следующие изменения и дополнения:

1. ст. 19. «Общие условия уголовной ответственности» изложить в следующей редакции:

«Уголовной ответственности подлежит только вменяемое физическое лицо, достигшее возраста, установленного настоящим Кодексом.

Уголовной ответственности также подлежит юридическое лицо, в случаях предусмотренных настоящим Кодексом.

Уголовной ответственности в рамках уголовной ответственности юридического лица подлежат его органы, руководство, сотрудники, участники и учредители в случаях предусмотренных настоящим Кодексом. Если указанными лицами совершено другое преступление, предусмотренное Уголовным кодексом РФ, то они привлекаются к ответственности на общих основаниях.

Примечание: под сотрудниками в абз. 3 ст. 19 УК РФ следует понимать гражданина, работающего по трудовому (гражданско-правовому) договору и (или) исполняющего трудовые (служебные, должностные) обязанности (в том числе, производственная практика, испытательный срок и другие), а также граждан, действующих «от имени и по поручению» юридического лица, на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен».

Уголовный кодекс РФ необходимо также дополнить ст. 44.1 «Виды наказаний для юридических лиц» в следующей редакции:

«Видами наказаний для юридических лиц являются:

- а) штраф;
- б) лишение права заниматься определенной деятельностью;
- в) принудительная ликвидация;
- г) национализация, т. е. переход в собственность государства (для предприятий);
- д) конфискация всего имущества юридического лица;
- е) запрет заниматься определённой деятельностью;
- ж) лишение лицензии».

Статья 2. Настоящие Федеральные законы вступают в силу со дня его официального опубликования».

Президент Российской Федерации В. В. Путин».

Монография

Авторы:

кандидат юридических наук, доцент

Гришин Андрей Владимирович

Гришина Марина Викторовна

**КОММЕРЧЕСКОЕ (ТОРГОВОЕ) ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО:
СОСТОЯНИЕ, ЗАЩИТА ОТ ПРОТИВОПРАВНЫХ
ПОСЯГАТЕЛЬСТВ И ПРИМЕНЕНИЕ ПРАВОВЫХ ПРЕЗУМПЦИЙ**

Свидетельство о государственной аккредитации

Рег. № 1516 от 11.11.2015 г.

Подписано в печать _____ г. Формат 60х90^{1/16}.

Усл. печ. л. _____. Тираж _____ экз. Заказ № _____.

Орловский юридический институт МВД России имени В. В. Лукьянова.
302027, Орел, Игнатова, 2.