



**РУДЯКОВ  
АЛЕКСАНДР НИКОЛАЕВИЧ**

юрист Адвокатского бюро  
«Егоров, Пугинский,  
Афанасьев и партнеры»

## ФИДУЦИАРНЫЕ ОБЯЗАННОСТИ РИЕЛТОРА: ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ И РЕАЛИИ РОССИЙСКОГО ПРАВА

Статья посвящена достаточно нетривиальному вопросу — обязанностям риелторов. Он слабо освещен в отечественной цивилистике, но хорошо разработан в зарубежном неписаном праве, находящем отражение в обширной судебной практике. Автор подробно останавливается на фидуциарных обязанностях риелтора в странах общего права и, в частности, на его обязанности действовать преданно. Выводы, к которым приходит автор, неутешительны: необходимо законодательно ограничить свободу российских риелторов и усилить их ответственность, возложив на них *duty of loyalty*.

*Ключевые слова: риелтор, агент, посредник, фидуциарные обязанности, недвижимость, duty of loyalty*

Есть ли у риелторов<sup>1</sup> обязанности? Вопрос на первый взгляд может показаться абсурдным. Конечно, есть: он обязан купить/продать/арендовать недвижимость — согласно договору.

Согласно подходу, принятому в большинстве развитых стран (США<sup>2</sup>, Англии<sup>3</sup>, Канаде<sup>4</sup>, Германии<sup>5</sup>), а так-

же воззрениям, существовавшим в дореволюционной России<sup>6</sup>, риелторское соглашение является односторонним договором, в силу которого у клиента возникает обязанность выплатить вознаграждение риелтору в случае заключения договора, ради которого и был привлечен риелтор, а у риелтора — право потребовать это вознаграждение в указанной ситуации. Риелтор не

<sup>1</sup> Нормативным в русском языке сейчас считается написание «риелтор», которого мы вынуждены придерживаться, несмотря на то что более корректным и близким к английскому *realtor* считаем написание «риэлтор». В настоящей статье термины «риелтор», «агент», «брокер», «маклер» используются в качестве синонимов.

<sup>2</sup> См.: Burke V., Jr. *Law of Real Estate Brokers*. Wolters Kluwer, 2007. P. 2-25

<sup>3</sup> См.: Bowstead on Agency, Reynolds ed., 15<sup>th</sup> ed., London,

1985. P. 217; Treitel G.H. *Law of Contract*, 11<sup>th</sup> ed., London, 2003. P. 40.

<sup>4</sup> См.: Foster W.F. *Real Estate Agency Law in Canada*. Toronto, 1994. P. 182.

<sup>5</sup> См.: Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *The German Law of Contract: a Comparative Treatise*, 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, 2006. P. 159, 350.

<sup>6</sup> См.: Цитович П.П. *Очерк основных понятий торгового права*. Киев, 1886. С. 65.

обязан купить/продать/арендовать недвижимость, поскольку он не может своими действиями достичь необходимого результата — ведь на заключение договора он не уполномочен.

Тогда о каких же обязанностях может идти речь? Речь идет о реальных обязанностях, а не о формальных, как, например, обязанность риелтора представить клиенту свой страховой полис<sup>7</sup>, — речь идет о специальных обязанностях риелтора, которые вытекают из существа фидуциарных отношений, складывающихся между субъектами риелторской деятельности.

Риелторские отношения являются фидуциарными. В отечественной цивилистике о существовании фидуциарных отношений говорят, как правило, применительно к членам органов управления хозяйственных обществ<sup>8</sup>, доверительным управляющим<sup>9</sup>, поверенным<sup>10</sup>, иным субъектам гражданско-правовых отношений. Однако нам не удалось выявить в отечественной доктрине или судебной практике такой квалификации риелторских отношений, а это в свою очередь привело к тому, что наличие у риелторов специальных обязанностей не предусмотрено на нормативном уровне. К слову, риелторская деятельность вообще не урегулирована в действующем Гражданском кодексе РФ<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Статья 9 проекта Федерального закона «О риелторской деятельности в Российской Федерации» // [www.rgr.ru/Guild/Rule/draftlaw\\_rd/default.aspx](http://www.rgr.ru/Guild/Rule/draftlaw_rd/default.aspx).

<sup>8</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 07.06.2011 № 18439/10 по делу № А81-4955/2009; Дедов Д.И. Юридический метод. М., 2008; Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М., 2005.

<sup>9</sup> См.: Гражданское право: учеб. Т. 2 / под ред. О.Н. Садикова. М., 2007. С. 403.

<sup>10</sup> См.: Гражданское право: в 4 т. Обязательственное право: учеб. Т. 4 / под ред. Е.А. Суханова. М., 2008. С. 249, 251; Договоры в предпринимательской деятельности / под ред. Е.А. Павлодского, Т.Л. Левшиной. М., 2008. С. 199, 202.

<sup>11</sup> В частности, в ГК РФ отсутствует надлежащая договорная конструкция, которая позволяет должным образом урегулировать риелторские отношения. Риелторский договор отличается от агентского договора и от договора о возмездном оказании услуг как минимум двумя обстоятельствами: а) своим односторонним характером; б) особым предметом, который заключается в совершении действий, направленных на оказание помощи клиенту в заключении сделки с недвижимостью, посредством поиска потенциальных контрагентов, проведения с ними переговоров, а также совершения иных действий исключительно фактического характера для достижения указанной цели. Таким образом, в системе действующего Гражданского кодекса РФ риелторский договор является непоименованной сделкой.

В то же время подход, согласно которому риелторские отношения являются отношениями фидуциарными, широко распространен за рубежом<sup>12</sup>. Представляется, что между риелтором и его клиентом существует и должна существовать более тесная связь, нежели связь обычных контрагентов.

Фидуциарный характер риелторских отношений отмечается не только учеными стран общего права, но и в некоторых странах континентального права, например в Германии<sup>13</sup>. На наш взгляд, квалификация риелторских отношений в качестве фидуциарных имеет не только теоретическое, но и практическое значение, поскольку позволяет существенным образом повысить качество оказываемых риелторами услуг.

Суть фидуциарных отношений состоит в том, что у риелтора возникают специальные (фидуциарные) обязанности, вследствие которых он должен действовать в наилучших интересах своего клиента даже в том случае, если они противоречат интересам самого риелтора. При этом такие обязанности возникают в связи с фидуциарным характером этих отношений, а не зависят от их регламентации в риелторском соглашении.

Стоит отметить, что фидуциарные обязанности возникают не сразу после заключения риелторского договора, а лишь с момента, когда риелтор приступит к осуществлению своей деятельности<sup>14</sup> (что, однако, он не обязан делать), поскольку фидуциарные обязанности должны соблюдаться при совершении риелтором действий в пользу его клиента. Прекращение риелторского договора, напротив, прекращает фидуциарные обязанности (за некоторым исключением).

Какие конкретно фидуциарные обязанности несет риелтор? По аналогии с корпоративным правом — действовать преданно (*duty of loyalty*), проявлять должную степень заботливости и осмотрительности (*duty of care and diligence*), как может предположить читатель. Однако далеко не все ученые согласны с тем, что обе названные обязанности являются фидуциарными обя-

<sup>12</sup> См.: Reilly J. *Agency Relationships in Real Estate*. 1994.

<sup>13</sup> См.: Palandt O. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 2007 (§ 652).

<sup>14</sup> См.: Burke B., Jr. *Op. cit.* P. 10-8.



занностями директоров хозяйственных обществ, и это проблема не столько корпоративного права, сколько права в целом, ведь фидуциарные отношения — это общеправовой институт. До сих пор идут споры о правовой природе второй обязанности: одни авторы полагают, что она является фидуциарной<sup>15</sup>, другие с этим не согласны<sup>16</sup>. Поэтому в настоящей статье будет описана обязанность риелтора, фидуциарный характер которой не оспаривается никем, — обязанность риелтора действовать преданно (*duty of loyalty*), в том понимании, которое существует за рубежом.

### Обязанность действовать преданно (*duty of loyalty*)

Данная обязанность единогласно признается различными авторами в качестве фидуциарной обязанности риелтора<sup>17</sup>. В ее основании лежит главный принцип фидуциарных отношений, который заключается в преимуществе интересов клиента перед интересами риелтора<sup>18</sup>. Суд штата Нью-Йорк подчеркнул в рамках дела *Fellows v. Northup*, что право агентирования исходит из идеи о том, что агент (риелтор) предан интересам своего принципала и его решения, чувства и интересы должны содействовать исполнению его агентской обязанности<sup>19</sup>.

Клиент обращается к риелтору для оказания помощи в заключении той или иной сделки, исходя из

того, что последний обладает определенными навыками и знаниями. Клиент рассчитывает, что риелтор применит все свои знания и навыки для того, чтобы клиент получил максимальный результат от заключенной сделки. «Принципал заключает сделку с агентом (риелтором) для того, чтобы последний проявил свое усердие, навыки и внимательность ради исключительных интересов принципала и в отсутствие собственных интересов»<sup>20</sup>.

Для достижения максимального результата риелтор должен не просто применить свои знания и навыки, а применить их максимально эффективно, как если бы он заключал подобную сделку для себя, но при этом действуя в интересах клиента.

В ходе риелторской деятельности может возникнуть конкуренция интересов риелтора и его клиента. Например, клиенту нужно будет продать свой загородный дом за 100 000 у.е. Согласно договору вознаграждение риелтора составляет 5%, но ему нужны деньги как можно скорее. Риелтор, изучив ситуацию, приходит в выводу о том, что дом клиента можно продать «завтра» за 90 000 у.е. либо подождать неопределенное время и продать за 100 000 у.е. В первом случае вознаграждение риелтора составит 4500 у.е. (но в ближайшее время), а во втором — 5000 у.е.

Чтобы реализовать первый вариант, риелтор должен убедить (по сути, обмануть) своего клиента в том, что его дом можно продать только за 90 000 у.е. Во втором случае риелтор передаст клиенту соответствующую действительности информацию: продажа дома по цене в 100 000 у.е. займет некоторое время, предоставив ему возможность выбора — ждать покупателя или снизить цену.

В отсутствие *duty of loyalty* риелтор мог бы выбрать первый вариант, поставив свои интересы выше интересов клиента, но в силу ее наличия он должен подчинить свои интересы интересам клиента.

Еще один пример. А (клиент) и В являются сособственниками нежилого помещения в бизнес-центре. А хочет продать свою долю в праве собственности на помеще-

<sup>15</sup> См., напр.: Hansmann H., Kraakman R. *The Essential Role of Organizational Law* // *Yale Law Journal*. 2000. Vol. 110. P. 434; Palmiter A.R. *Corporations: Examples and Explanations*. New York, 2009. P. 218, 219; Dravis B.F. *The Role of Independent Directors After Sarbanes-Oxley*. Chicago, 2007. P. 27, 29.

<sup>16</sup> См., напр.: Ribstein L.E. *The Structure of the Fiduciary Relationship* // *Illinois Law and Economics Working Papers Series*. 2003. P. 15; Smith D.G. *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty* // *Vanderbilt Law Review*. 2002. Vol. 55. P. 1409—1411; DeMott D.A. *Beyond Metaphor: an Analysis of Fiduciary Obligation* // *Duke Law Journal*. 1988. Vol. 1988. P. 915.

<sup>17</sup> См., напр.: Bowstead on Agency, Reynolds ed. P. 156; Smith R.E. *Estate Agency*. Glasgow, 2004. P. 52; Foster W.F. *Op. cit.* P. 220—235; DeMott D.A. *Disloyal Agents* // *Alabama Law Review*. 2007. Vol. 58. № 5. P. 1049; Burke B., Jr. *Op. cit.* P. 10—17.

<sup>18</sup> См.: American Law Institute. *Restatement (Third) of Agency § 8.01 (2006)*; Gross F.L. *The Law of Real Estate Brokers, with Forms: a Manual for the Use of Lawyers and Real Estate Operators*. New York, 1910. P. 48, 49, 256.

<sup>19</sup> См.: *Fellows v. Northup (1868)*, 39 N.Y. 122 (цит. по: Gross F.L. *Op. cit.* P. 61).

<sup>20</sup> См.: *Salomons v. Pender (1865)*, 3H & C 639.

ние и обращается к риелтору, чтобы последний нашел покупателя. При этом *A* информирует риелтора, что *B* не хочет продавать свою долю в праве собственности ни *A*, ни третьим лицам, т.е. у *A* отсутствует возможность продать помещение целиком.

Риелтор пытается уговорить *B* продать его долю *A*. Поскольку часть доли в праве собственности на помещение на рынке спросом не пользуется, ему не удастся найти потенциального покупателя. Однако у риелтора возникает желание приобрести долю, принадлежащую *A*, для себя по рыночной цене. С таким предложением он обращается к *A*, и *A* продает риелтору свою долю в праве собственности на помещение. В то же время *B* информирует риелтора о своем согласии продать *A* свою долю в праве собственности на помещение.

Имеет ли место в данном случае нарушение риелтором обязанности действовать преданно? Ответ на этот вопрос зависит от того, когда именно риелтор узнал о согласии *B* продать свою долю в праве собственности на помещение. Если после того, как *B* предложил *A* приобрести его долю, то риелтор не нарушал своей фидуциарной обязанности, поскольку действовал добросовестно и исходил сначала из интересов клиента, а затем уже из своих (интерес *A* состоял в продаже доли по рыночной цене (при исходных данных о том, что *B* не желает продавать *A* свою долю в праве собственности), а интерес риелтора — в приобретении указанной доли по более низкой цене для себя). Если же *B* сообщил риелтору о желании продать свою долю до того, как риелтор сделал предложение *A*, нужно говорить о нарушении риелтором его фидуциарной обязанности: очевидно, что он сделал предложение *A* именно потому, что узнал о возможности приобретения доли в праве собственности у *B* для последующей продажи помещения, но уже по более высокой цене; при этом риелтор не сообщил *A* о согласии *B*, что могло существенным образом повлиять на принятое *A* решение (так как единый объект стоит больше, чем отдельные его части). Риелтор действовал в своих интересах, а не в интересах своего клиента.

Однако полностью исключить собственный интерес риелтора в сделке, заключаемой его клиентом и третьим лицом, на наш взгляд, невозможно, потому что сумма вознаграждения риелтора напрямую зависит от стоимости проданного имущества.

Не стоит забывать и про время, затраченное на заключение сделки. В России, к сожалению, многие риелторы считают, что один рубль сегодня лучше, чем два рубля, но завтра, и, руководствуясь этим принципом, не отстаивают интересы своих клиентов должным образом, а подталкивают их к принятию скорых, но не вполне обоснованных решений.

Перечисленные ниже запреты (негативные обязанности) детализируют фидуциарную обязанность риелтора действовать преданно<sup>21</sup>.

Боустедом высказывалась несколько иная интерпретация данной фидуциарной обязанности. Так, автор относит сюда следующие обязанности: обязанность полного раскрытия информации о существовании личного интереса; обязанность полного раскрытия информации в случае, если агент вступает в правоотношения со своим клиентом; не использовать собственность клиента и (или) конфиденциальную информацию, полученную от него, для собственной выгоды; не использовать свое положение (как агента) для собственной выгоды (получения секретной прибыли) от третьих лиц<sup>22</sup>.

Обязанности, описанные Боустедом, хотя и сформулированы несколько иначе, однако по содержанию практически идентичны обязанностям, описанным ниже.

### Обязанность не получать материальной выгоды (секретной прибыли) от третьих лиц в связи с возможной сделкой<sup>23</sup>

Запрет получения материальной выгоды направлен на защиту интересов клиента. Материальный стимул (так называемый откат) зачастую используется для того, чтобы склонить риелтора к принятию необходимого третьему лицу решения, которое может противоречить интересам клиента. Откат побуждает возникновение у риелтора собственного интереса в сделке, тогда как по общему правилу он не должен быть лично заинтересован в ней<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> American Law Institute. *Restatement (Third) of Agency* § 8.01—8.07 (2006).

<sup>22</sup> Bowstead on Agency, Reynolds ed. P. 156—179.

<sup>23</sup> См. об этом: Humes J.F. *The Real-Estate Broker and His Commission*. Boston, 1912. P. 130.

<sup>24</sup> См.: Gross F.L. *Op. cit.* P. 60.



Чаще всего к откатам прибегают в том случае, если от риелтора требуется совершить то или иное действие, противоречащее или не в полной мере соответствующее интересам клиента. Примером может быть продажа имущества по более низкой цене или его приобретение по более высокой, для чего риелтор, получивший откат, убеждает своего клиента в том, что сделка, заключенная именно по такой цене, является наиболее выгодной. Риелтор в этом случае действует не в интересах своего клиента, а в интересах третьего лица и в своих интересах. Помимо отката риелтор получает еще и вознаграждение от клиента (хотя на самом деле лишается права на него). Такие недобросовестные риелторы встречаются, к сожалению, нередко.

Но даже в том случае, если материально стимулируемые третьим лицом действия риелтора полностью соответствуют интересам клиента (хотя такая ситуация является скорее исключением), он не вправе принимать такое стимулирование без согласия клиента. Аргументом в данном случае служит то обстоятельство, что истинные намерения клиента может знать только он сам<sup>25</sup>, а потому риелтору неизвестно, причинит ли он своими действиями вред клиенту. Еще одной причиной такого запрета, на наш взгляд, является двойное агентирование, возникающее в данных обстоятельствах. Одним принципалом риелтора является его клиент, а другим — третье лицо. Двойное агентирование по общему правилу допустимо лишь в том случае, если агент раскрыл информацию об этом своим принципалам и они выразили свое согласие.

Для того чтобы материальное вознаграждение, предлагаемое риелтору третьей стороной, стало легальным, он должен предоставить полную информацию о нем своему клиенту<sup>26</sup>.

Необходимо отметить, что материальная выгода может быть получена риелтором опосредованно. Например, не в виде денег, а в виде скидки на оказываемые ему третьим лицом услуги в будущем или в виде пониженной цены продаваемого третьим лицом

имущества. В данном случае, несмотря на то что риелтор *de facto* получает выгоду, узнать о ней достаточно трудно.

Стоит отметить, что неполучение риелтором секретной прибыли, о которой он договорился с третьим лицом, не имеет значения при определении факта нарушения им своей фидуциарной обязанности<sup>27</sup>.

Необходимо обратить внимание на еще один момент. Разновидностью получения секретной прибыли является ситуация, когда два независимых риелтора, действующие в интересах противоположных сторон сделки, договорятся об объединении полагающихся им вознаграждений и разделении полученной суммы друг с другом<sup>28</sup>. Пример: вознаграждение *A* составляет 4 у.е., вознаграждение *B* — 6 у.е., в результате объединения и последующего деления каждый получает по 5 у.е. *A* и *B* нарушили свою фидуциарную обязанность<sup>29</sup>.

В то же время в результате указанного соглашения *A* получает больше, чем составило бы его вознаграждение, тогда как *B* получает меньше. И если в случае с *A* нарушение им своей фидуциарной обязанности является очевидным, поскольку «брокер, получающий больше (чем он получил бы. — *A.P.*), может рассматриваться как имеющий обязанность или по крайней мере поддающийся давлению со стороны брокера, представляющего другую сторону сделки»<sup>30</sup> (а значит, потенциально действующий не в наилучших интересах своего принципала), то в отношении *B* такое утверждение не является абсолютно справедливым.

*A* в качестве условия получения такого «бонуса» может быть обязан совершить то или иное действие, ко-

<sup>25</sup> См.: American Law Institute. *Restatement (Third) of Agency*. § 8.02 (2006).

<sup>26</sup> См.: *McLean v. Juszkiwicz*, 40 W.W.R. 378 (Man. C.A.) (1962).

<sup>27</sup> См.: *Lafreniere v. Bouffard* (1929), 2 W.W.R. 602, 24 Sask. L.R. 23, (1929) 4 D.L.R. 183 (C.A.); *Kersteman v. King* (1879), 15 C.L.J. 140 (Ont. Co. Ct.); *Manitoba & North-West Land Corp. v. Davidson* (1903), 34 S.C.R. 255.

<sup>28</sup> См.: *Foster W.F. Op. cit.* P. 242.

<sup>29</sup> Если *A*, являющийся агентом *B* (продавца или арендодателя), заключит сделку о разделении вознаграждения с агентом *C* (покупателя), это является нарушением фидуциарных отношений (см.: *S.E. Lyons Ltd. v. Arthur* (1956), O.W.N. 624 at 626 (H.C.)).

<sup>30</sup> *Daly v. Keliher* (1921), 2 W.W.R. 192 (Man K.B.); *Invesco Real Estate Ltd. v. Lister* (1981), 16 Alta. L.R. (2d) 369, 36 A.R. 415 (Q.B.). — Пер. авт.

торое не в полной мере соответствует (или не соответствует совсем) интересам его клиента. Тогда как *B* в результате соглашения с *A* получает меньше размера своего изначального вознаграждения. Существует ли вероятность того, что *B* не только потеряет часть своей прибыли, но и обяжется совершить некие действия в связи с этим? В большинстве случаев это будет крайне необоснованно. А значит, не совсем справедливо считать риелтора, который получил меньшее вознаграждение, нарушившим свою фидуциарную обязанность. Но на самом деле не все так просто.

Канадская судебная практика придерживается другой позиции: размер суммы, получаемой риелторами в результате указанных действий, не имеет значения<sup>31</sup>. И некоторые ученые указывают, что даже когда брокер получает меньшее или эквивалентное вознаграждение в соответствии с соглашением о разделе вознаграждения, существует риск того, что интересы брокеров в совершении сделки между их принципалами на любых условиях будут противоречить обязанностям брокеров согласовать наилучшие условия сделки для своих принципалов<sup>32</sup>.

На наш взгляд, риелтор добровольно согласится на снижение размера итогового вознаграждения, только если существует вероятность неполучения им своего изначального вознаграждения — если есть риск того, что сделка между клиентом и третьим лицом не будет заключена. В этом случае целью обоих риелторов становится именно заключение сделки между их клиентами, причем на любых условиях, и вряд ли можно говорить о действиях риелторов в наилучших интересах своих принципалов. Следовательно, результат соглашения о разделении вознаграждений не имеет значения при определении факта нарушения фидуциарной обязанности риелтором.

Достаточно интересная ситуация возникает, если клиент желает получить определенную сумму от продажи недвижимости. Чаще всего он стремится получить максимальную выгоду, устанавливая в риелторском соглашении минимальную цену, но иногда он, можно сказать, готов довольствоваться малым. В этом случае в риелторском соглашении устанавливается

цена, устраивающая клиента. Если же риелтор сможет продать недвижимость дороже, разница между стоимостью и ценой станет вознаграждением риелтора. В США такие соглашения именуются *net listing agreement*<sup>33</sup>.

Особенность таких соглашений заключается в одновременном наличии фидуциарной обязанности риелтора, с одной стороны, и его собственного интереса в сделке — с другой. Риелтор здесь действует как в интересах клиента, так и в своем интересе. В большинстве случаев риелтор обязан искать контрагента, готового заключить сделку на наиболее выгодных условиях для своего клиента. В данном же случае такая обязанность у него отсутствует (применительно к условию о цене) — ему достаточно найти покупателя, который согласится заключить сделку по цене, указанной клиентом, но тогда вознаграждение он не получит. Поэтому риелтор ищет контрагента, который предложил бы самые выгодные условия для него самого, что порождает конфликт между интересами риелтора и клиента. На наш взгляд, именно из-за этого подобные риелторские соглашения могут быть заключены не во всех штатах США<sup>34</sup>. Но такие действия не являются нарушением фидуциарных обязанностей риелтора и не трактуются в качестве его секретной прибыли.

### **Обязанность не вступать в отношения, связанные с предметом риелторских отношений в качестве контрагента клиента или в интересах его контрагента**

На первый взгляд клиенту безразлично, кто именно станет его контрагентом в сделке, главное для него — конкретные условия самой сделки (и в большинстве случаев это действительно так). Однако в том случае, если контрагентом выступает его риелтор, ситуация меняется. При этом не имеет значения, как действует риелтор: как непосредственный контрагент по сделке, через подставное лицо, через другого брокера, через родственников и т.д.<sup>35</sup> Причин несколько.

Во-первых, и это самое главное, риелтор при заключении сделки будет действовать в своих интересах.

<sup>31</sup> См., напр.: *S.E. Lyons Ltd. v. Arthur*.

<sup>32</sup> См., напр.: *Foster W.F. Op. cit. P. 242*.

<sup>33</sup> См.: *Burke B., Jr. Op. cit. P. 2-51*.

<sup>34</sup> *Ibid. P. 2-51, 2-53*.

<sup>35</sup> *Ibid. P. 10-21*.



Слишком мала вероятность того, что он, имея собственный интерес в сделке, который противоречит интересу клиента в части ее конкретных условий, останется нейтральным или, что совсем уж абсурдно, будет действовать в наилучших интересах клиента (а значит, хуже всего для себя). Об этой ситуации высказался суд штата Массачусетс по делу *Hall v. Paine*: обязательство брокера в отношении своего принципала требует от него обеспечения получения наибольшей возможной цены, тогда как его собственный интерес подталкивает его к приобретению по наиболее низкой возможной цене. Право не доверяет человеческой сущности, подвергающейся соблазнам, которые, по всей вероятности, возникнут из столь несовместимых обязанности и влияния<sup>36</sup>.

Во-вторых, риелтор зачастую обладает конфиденциальной информацией в отношении предмета возможной сделки, которую ему предоставил сам клиент. Следовательно, он, по всей вероятности, будет использовать ее в своих интересах — прежде всего для снижения цены сделки.

Наконец, некоторые авторы считают, что данный запрет связан не столько с тем, что риелтор станет собственником вещи, сколько с другим фактором: риелтор может перепродать приобретенную им у клиента недвижимость, получив, таким образом, прибыль, которую мог бы получить его клиент, за счет постоянного роста цен на недвижимость<sup>37</sup>. Прибыль, полученная риелтором таким образом, очень похожа на секретную прибыль, запрет получения которой был описан ранее.

Приведем пример. Агент представил своему клиенту потенциальных покупателей, которые впоследствии приобрели у него дом за 85 000 долл. На следующий день после приобретения дома новые собственники продали его третьим лицам, найденным с помощью этого же агента за 100 000 долл., а агент получил 6000 долл. в качестве вознаграждения<sup>38</sup>. Вполне очевидно, что агент знал о потенциальном покупателе, который был готов приобрести дом за 100 000 долл. еще до совершения первой сделки, но не сказал об этом своему принципалу.

Для того чтобы не нарушить фидуциарную обязанность, риелтор должен получить согласие своего клиента на то, что он станет его контрагентом в той или иной сделке<sup>39</sup>. Обладая этой информацией, клиент сам сможет решить, возможно ли соблюдение его интересов при условии, что интересы его агента (контрагента) являются противоположными. На практике клиенты достаточно часто соглашаются с таким предложением риелторов.

На наш взгляд, стоит привести примеры, когда нарушение данной обязанности риелтором не выглядит очевидным.

Клиент обращается к риелтору для аренды помещения. Риелтор находит компанию А, которая впоследствии становится арендодателем по договору с клиентом. При этом риелтор не сообщает клиенту о том, что риелтор имеет 30%-ную долю в А. Нарушил ли риелтор свою обязанность? На наш взгляд, да.

Другой пример. В является собственником жилого дома. В обращается к риелтору А для продажи этого дома с условием об оплате в рассрочку на 15 лет с первоначальным взносом не менее 7500 долл. Вознаграждение А по договору составляет 5%. А информирует В об оферте от С в размере 210 000 долл., но при этом не говорит ему о том, что согласился занять С требуемый первоначальный взнос в размере 7500 долл. В акцептует оферту С. В данном случае А нарушил свою фидуциарную обязанность<sup>40</sup>.

Помимо запрета для риелтора выступать в качестве контрагента своего принципала в США существует запрет двойного агентирования. Двойное агентирование — ситуация, когда один риелтор действует в интересах двух противоположных сторон сделки: покупателя и продавца, арендатора и арендодателя.

Запрет этот связан с обязанностью риелтора действовать в интересах своего принципала. В случае двойного агентирования основные интересы принципалов диаметрально противоположны — у одного продать

<sup>36</sup> См.: *Hall v. Paine* (1916), 112 N.E. 153, 158 (Mass.1916).

<sup>37</sup> См.: *Burke B., Jr. Op. cit. P. 10-29.*

<sup>38</sup> *Jackson v. Packham Real Estate Ltd. et al* (1980), 109 DLR (3d) 277.

<sup>39</sup> См.: *Howard v. State* (1990), 557 N.Y.S.2d 631 (App. Div. 1990).

<sup>40</sup> См.: *American Law Institute. Restatement (Third) of Agency. § 8.03 ill.4* (2006).

дороже, а у другого купить дешевле и т.д. Не стоит забывать и про две в данном случае противоречащие друг другу обязанности риелтора — сообщать принципалу всю информацию<sup>41</sup> и хранить конфиденциальность полученной от принципала информации. С одной стороны, двойной риелтор обязан сообщить всю информацию первому принципалу о втором принципале, с другой — он обязан хранить информацию, полученную от второго принципала (и наоборот).

Следовательно, если риелтор действует в наилучших интересах одного принципала, он действует не в наилучших интересах другого принципала, и интересы одного из принципалов будут в любом случае нарушены. «Он [риелтор] не сможет служить верно одной из сторон, не предав интересы другой стороны» — подобная позиция существовала в судах США еще в XIX в.<sup>42</sup>

Двойным агентом является не только конкретное физическое лицо, действующее в интересах обоих контрагентов, но и юридическое лицо, и даже в том случае, если интересы этих контрагентов представляются разными отделами такого юридического лица<sup>43</sup>.

Двойное агентирование допустимо, если оба принципала согласятся на это. Однако выгода от этого для каждого из принципалов, на наш взгляд, фактически отсутствует. Не случайно американская Национальная ассоциация риелторов долгое время выступала против двойного агентирования<sup>44</sup>. Интересы каждого из принципалов двойного агента будут соблюдены не в полной мере, т.е. урезанно, так как главным для двойного агента будет соблюсти нейтральность.

## Обязанность не конкурировать с принципалом

Риелтору запрещено действовать таким образом, который создавал бы конкуренцию с его принципалом применительно к предмету планируемой сделки. Иными

словами, если риелтор привлечен клиентом для продажи дома, риелтор не должен предлагать свой дом к продаже вместе с домом клиента или вместо него.

В зарубежной практике достаточно часто встречается ситуация, когда риелтор, нашедший подходящее третье лицо (потенциального контрагента), вместо того чтобы представить его своему клиенту для заключения сделки, предлагает данному лицу свое недвижимое имущество. При этом неважно, планировал ли риелтор осуществить подобное действие заранее или такая мысль родилась у него уже после того, как он нашел третье лицо.

Риелтор, нашедший третье лицо, мыслит следующим образом: за дом моего клиента собираются выгодно заплатить, но и мой дом ничем не хуже, почему бы не продать его выгодно? Логика вполне разумная, более того, она соответствует логике большинства предпринимателей, за исключением одной оговорки, которая все меняет. Эта оговорка — фидуциарные отношения риелтора с клиентом.

Если риелтор предлагает свой дом вместо дома своего клиента, он действует в своих интересах, жертвуя интересами клиента. Именно поэтому двигателем такого поведения риелтора является жадность, а не предпринимательская целесообразность.

По мнению Уильяма Ф. Фостера, запрет двойного агентирования является лишь одним аспектом более широкого запрета — не действовать в интересах конкурирующих принципалов<sup>45</sup>.

В зарубежной доктрине и судебной практике существует устоявшаяся позиция: агент должен не только воздерживаться от конкуренции с его принципалом, но и от действий в интересах конкурентов его принципала<sup>46</sup>.

Если подходить к этому запрету строго с позиции фидуциарных отношений, он является обоснованным, по-

<sup>41</sup> Рассмотрение этой обязанности не входит в предмет исследования настоящей статьи.

<sup>42</sup> См.: *Empire State Ins. Co. v. American Central Ins. Co.* (1893), 138 N.Y. 446 (цит. по: *Gross F.L. Op. cit.* P. 55).

<sup>43</sup> См.: *Harrods Ltd. Lemon* (1931), 2 KB 157.

<sup>44</sup> См.: *Reilly J. Op. cit.* P. 93.

<sup>45</sup> См.: *Foster W.F. Op. cit.* P. 238.

<sup>46</sup> См. об этом: *American Law Institute. Restatement (Third) of Agency §8.04* (2006); *Chem-Trend Inc. v. McCarthy* (1991), 780 F.Supp. 458, 460 (E.D.Mich. 1991); *T.A. Pelsue Co. v. Grand Enters., Inc.* (1991), 782 F.Supp. 1476, 1486–1487 (D.Colo. 1991).





скольку агент не может действовать в наилучших интересах двух конкурирующих принципалов. Опять же возникает вопрос о конфиденциальной информации, полученной от каждого из принципалов, и об обязанности раскрытия всей информации — по аналогии с двойным агентированием.

С точки же зрения риелторского бизнеса данный запрет является весьма странным. Более того, он блокирует весь риелторский бизнес, потому что в современных рыночных условиях к одному риелтору обращаются тысячи клиентов, которых можно разделить на несколько групп — желающие продать недвижимость, приобрести ее, арендовать, сдать в аренду, обменять. Участники каждой группы — в той или иной степени конкуренты (в зависимости от схожести объектов, их местоположения, цены и др.).

Если распространить общий запрет, существующий в агентских отношениях, на риелторские отношения, риелторский бизнес остановится, поскольку каждый риелтор (компания, а не конкретное физическое лицо) сможет иметь только считаное количество клиентов. С другой стороны, не распространять данный аспект фидуциарных отношений на риелторские отношения совсем тоже было бы неправильно, поскольку это все же разновидность агентских отношений в странах общего права.

Остроумный выход был найден судебной практикой в 1992 г. в деле *Kelly v. Cooper*<sup>47</sup>: если принципал дает указание своему агенту продать товары или имущество и при этом знает, что этот агент действует или имеет намерение действовать в интересах других принципалов, продающих схожие вещи или имущество, подразумеваемые условия договора с таким агентом должны отличаться от подразумеваемых условий договора с агентом, который не ведет подобного бизнеса. Бизнес риелторов состоит в осуществлении действий в интересах множества принципалов. Несмотря на конфликты интересов, возникающие в ситуации, когда принципалы имеют схожее имущество, риелторы должны быть свободны в осуществлении действий в интересах нескольких конкурирующих принципалов, в противном случае они не смогут осуществлять свои

функции. Таким образом, резюмировал суд, договор в этих случаях должен содержать предполагаемое условие о том, что риелтор вправе действовать в интересах конкурирующих принципалов<sup>48</sup>.

Иными словами, если в обычных агентских отношениях агент по умолчанию обязан воздерживаться от действий в интересах конкурентов своего принципала, то риелтор по умолчанию вправе действовать в интересах конкурентов своего клиента. Если же клиент не хочет допустить конкуренцию, такое условие должно быть прямо указано в договоре.

### Обязанность не использовать и (или) не раскрывать конфиденциальную информацию, полученную от клиента

В ходе осуществления риелторской деятельности, общения с клиентом риелтор может получить от него конфиденциальную информацию. Такая информация может быть как связана с планируемой сделкой (мотивация в совершении сделки, финансовое положение и др.), так и не связана (профессиональная деятельность принципала, его бизнес-проекты). Конфиденциальная информация не может быть разглашена риелтором третьим лицам либо использоваться им самим для собственной выгоды<sup>49</sup>. Разглашение конфиденциальной информации может поставить клиента в невыгодное положение и дать некое преимущество в сделке потенциальному контрагенту.

Например, риелтор не должен раскрывать информацию о том, что его принципал может/готов продать недвижимость по более низкой цене либо приобрести ее за большую сумму, чем та, что указана в договоре с риелтором. И конечно, риелтор не должен раскрывать информацию о том, что его клиент хочет как можно скорее совершить сделку или что ему срочно нужны деньги, и т.д.

При этом обязанность риелтора не разглашать информацию ограничена публичными интересами. Так, если клиент планирует совершить преступление (достаточ-

<sup>47</sup> Хотя такие попытки были предприняты и ранее (см.: *Robinson Sammel & Co v. Ansell* (1985), 2 EGLR 41).

<sup>48</sup> См.: *Kelly v. Cooper* (1993), A.C. 205 (P.C.).

<sup>49</sup> См.: *Bowstead on Agency*, Reynolds ed. Op. cit. P. 176, 177.

но распространено мошенничество в сфере недвижимости) или иное противоправное действие и риелтору стало об этом известно, то он не только может, но и должен сообщить об этом в правоохранительные органы. Подобные действия риелтора не являются нарушением фидуциарной обязанности<sup>50</sup>.

Обязанность неразглашения ограничена также обязанностями перед потенциальными контрагентами. В частности, риелтор не вправе скрывать информацию (или факты), которая должна быть сообщена потенциальному контрагенту исходя из общеправовых требований честности и добросовестности. Например, риелтор должен сообщить потенциальному покупателю об известном ему состоянии дома (гаража, пола), которое представляет угрозу здоровью. Риелтор обязан сообщить о том, что продавец был дважды травмирован в результате внезапного закрытия (падения) сломанной гаражной двери, которая остается неотремонтированной в настоящий момент<sup>51</sup>. Кроме того, риелтор должен раскрыть информацию о плохом финансовом положении покупателя (клиента), который намерен приобрести недвижимость<sup>52</sup>.

Довольно часто информация, полученная риелтором, подталкивает его к совершению со своим принципалом сделки, ради совершения которой он привлекался. В деле *Kingpin Investments Ltd. v. Melton Real Estate Ltd.* риелтор подготовил отчет о будущей стоимости недвижимости принципала, который о подготовке отчета не знал. Согласно данному отчету стоимость недвижимости превышала запрашиваемую им цену, место ее расположения также высоко ценилось. Риелтор, не раскрывая данную информацию, заключил договор со своим принципалом о приобретении его недвижимости, нарушив тем самым свою фидуциарную обязанность<sup>53</sup>.

В другом деле риелтор продавца земли представил ему потенциального покупателя — девелопера. После того как потенциальный покупатель направил оферту о приобретении земли у продавца, риелтор выкупил земли, прилегающие к землям его принципала.

Условия приобретения земель риелтора, предложенные им, не устроили девелопера. В результате сделка между потенциальным покупателем и принципалом не состоялась, поскольку девелоперу нужно было приобрести не только земли принципала, но и прилегающие к ним участки, которые принадлежали риелтору<sup>54</sup>.

Необходимо отметить особенность данной обязанности, которая отличает ее от остальных фидуциарных обязанностей риелтора. Обязанность неразглашения сохраняет свою силу даже после прекращения отношений между риелтором и клиентом (прекращения договора), тогда как другие фидуциарные обязанности прекращаются с прекращением риелторского договора. Таким образом, даже прекращение риелторского договора не позволяет риелтору использовать или разглашать конфиденциальную информацию, полученную от клиента.

Фидуциарная обязанность риелтора действовать преданно налагается на риелтора в США, Великобритании, Канаде и других странах общего права. При этом риелтор становится обязанным не в силу договора, а в силу неписаного права, формируемого судебной практикой, и нормативных актов. Последней тенденцией является закрепление обязанностей риелторов, сформированных судебной практикой, в нормативных актах.

Всегда ли между риелтором и клиентом складываются фидуциарные отношения? И всегда ли на риелтора распространяются фидуциарные обязанности? По общему правилу да, но есть и исключение. Одной из последних зарубежных тенденций стало дозволение риелторам выступать в отношениях со своим клиентом не в качестве агента, а в качестве обыкновенного посредника-сводчика (*middleman*)<sup>55</sup>. Ранее некоторые суды фактически запрещали риелторам выступать в качестве таких посредников<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> См.: American Law Institute. *Restatement (Third) of Agency*. 8.04 (2006).

<sup>51</sup> См.: Reilly J. *Op. cit.* P. 14.

<sup>52</sup> См.: *White v. Boucher* (1982), 322 N.W.2d 560 (Minn. 1982).

<sup>53</sup> См.: *Kingpin Investments Ltd. v. Melton Real Estate Ltd.* (1977), 3 Alta. L.R.(2d) 324 (T.D.).

<sup>54</sup> См.: *Campbell v. Wilroy Real Estate Ltd.* (1979), 17 A.R. 414 (Dist. Ct.).

<sup>55</sup> См., напр.: Pancak K.A., Sirmans C.F. *The Effect of Agency Reform on Real Estate Service Quality* // *Journal of Housing Research*. 2006. Vol. 15. Iss. 1. P. 43; Miceli T.J., Pancak K.A., Sirmans C.F. *Restructuring Agency Relationships in the Real Estate Brokerage Industry: An Economic Analysis* // *Journal of Real Estate Research*. 2000. Vol. 20. № 1/2. P. 38—41.

<sup>56</sup> См.: *Burke B., Jr. Op. cit.* P. 10-84.



В странах общего права практически всегда различали две ситуации: когда риелтор действует в качестве брокера (агента) и когда он действует в качестве посредника<sup>57</sup>. В первом случае на него налагались фидуциарные обязанности, а его функции включали не только сведение сторон, но и представление интересов клиента путем проведения переговоров и т.д. Во втором случае функция риелтора ограничивалась лишь сведением сторон, за что он и получал вознаграждение. Об условиях сделки стороны договаривались сами, а потому на риелтора не распространялись фидуциарные обязанности, он мог действовать в интересах сразу двух контрагентов, был вправе получать комиссию от обоих, т.е. на него не распространялся запрет двойного агентирования<sup>58</sup>. В качестве посредников, как правило, выступали юристы, а также предприниматели, которые не были специалистами в сфере недвижимости<sup>59</sup>. На наш взгляд, неверно использовать термин «риелтор» в отношении этих посредников, поскольку риелтор позиционирует себя в качестве специалиста в сфере недвижимости, тогда как посредник таковым не является.

Эта дифференциация сохранилась и в настоящее время, поэтому когда риелтор выступает в качестве посредника, а не агента, на него не распространяются фидуциарные обязанности. Размер же вознаграждения сводчика, как правило, меньше, чем размер вознаграждения риелтора<sup>60</sup>.

Существование указанной тенденции вовсе не означает, что риелторов хотят освободить от обязанностей вообще. Посредники имеют ряд обязанностей, которые, однако, в отличие от фидуциарных обязанностей риелторов, прямо установлены законом<sup>61</sup>.

|| Что же касается России, то в настоящий момент риелтор не несет обязанностей, не предусмотренных договором (на нормативном уровне они не предусмотрены).

Используемые для регламентации риелторских отношений договорные конструкции также к этому не при-

способлены. О фидуциарном характере отношений между риелтором и клиентом речи не идет.

Поэтому риелтор в России гораздо более свободен в своих действиях (и несет меньшую ответственность), чем во многих зарубежных странах. При этом размер вознаграждения, как и последствия его деятельности, ничуть не меньше зарубежных.

Но слишком существенны последствия риелторской деятельности, чтобы предоставлять риелторам такую свободу действий и ограничивать их ответственность. Сегодняшние безответственность и некомпетентность риелторов вредят не только им, но и благосостоянию граждан. Самостоятельное (в отсутствие полномочий) определение (снижение) цены недвижимости и внесение ее в базу данных, заведомое несоответствие потенциальных контрагентов требованиям клиента, попытки уговорить клиента снизить стоимость недвижимости для скорейшего получения комиссии, действия не в интересах клиента или в интересах обеих сторон сделки одновременно без их согласия на это, отсутствие элементарных представлений о гражданском праве и многие другие отрицательные моменты — вот что сегодня, за редким исключением, представляет собой риелторская деятельность в России, и все это благодаря отмене лицензирования и предоставлению риелторам необоснованной свободы действий.

На наш взгляд, риелторские отношения являются разновидностью фидуциарных отношений, а потому необходимо законодательно наложить на риелторов описанную выше фидуциарную обязанность действовать преданно (с учетом ее адаптации к российской действительности). Это не только повысит профессиональный уровень риелторов и качество оказываемых ими услуг, но и скажется на самом рынке недвижимости, на его прозрачности. Сократится число мошеннических схем в сфере недвижимости. Патернализм может навредить развитию рыночных отношений, но только не в этом случае.

<sup>57</sup> См.: Walker W.S. *American law of real estate agency: including options, purchases, sales, exchanges, leases, loans, etc.* Cincinnati. 1910. P. 317, 396, 397; *Batson v. Strehlow* (1968), 441 P. 2d. 101 (Cal. 1968); Olazabal A.M. *Redefining Realtor Relationships and Responsibilities: the Failure of State Regulatory Responses* // *Harvard Journal on Legislation*. 2003. Vol. 40. P. 88, 89.

<sup>58</sup> См.: Walker W.S. *Op. cit.* P. 396, 397.

<sup>59</sup> Dallon C.W. *Theories of Real Estate Broker Liability and The Effect of the "as is" Clause* // *Florida Law Review*. 2002. № 54. P. 397.

<sup>60</sup> См.: Burke B., Jr. *Op. cit.* P. 10-83, 12-55.

<sup>61</sup> Olazabal A.M. *Op. cit.* P. 90, 91.