

определенные вещи для подчинения их “специальному наследственно-режиму” - закону местонахождения данной вещи.

Таким образом, привязка к закону местонахождения вещи не может быть использована для определения судьбы имущества иностранной организации в случае ее ликвидации. Этот вопрос может быть решен лишь по личному закону компании, чей филиал ликвидируется.

Коллизионные вопросы, касающиеся перехода риска случайной гибели вещи по договору, возникают из того, что национальное законодательство различных государств по-разному решает проблему перехода риска. В ряде стран принято использовать принцип римского права, согласно которому риск переходит на покупателя в момент совершения контракта независимо от того, переходит ли в этот момент на покупателя право собственности на проданный товар (*resiculum est emptoris*). Этот принцип отражен в законодательстве таких стран, как Швейцария (ст. 185, ч. II, швейцарского кодекса обязательственного права), Голландия (ст. 1496 и след. ГК Голландии), Япония (§ 534 ГК Японии), в ряде законов стран Латинской Америки. В данном случае речь идет об индивидуально определенных или индивидуализированных - путем выделения из общей массы - вещах.

В законодательстве же других стран принят принцип, согласно которому риск несет собственник, т.е. принцип “*res perit domino*”. Это значит, что момент перехода риска совпадает с моментом перехода права собственности. При этом, однако, в разных странах по-разному определяется момент перехода права собственности. Так, во Франции, в соответствии со ст. 1138 ФГК, момент перехода права собственности и риска приобретателя вещи определяется моментом совершения контракта (для вещей, определенных родовыми признаками, требуется “выделение” предмета продажи по обоюдному согласию сторон).

В английском законе о продаже товаров 1863 года (ст. 20) выражен аналогичный принцип совпадения обоих моментов, за одним исключением - момент перехода права собственности определяется в соответствии с намерениями сторон по контракту (при наличии презумпции, что собственность перешла в момент совершения контракта; sec 17).

Особые сложности в международной деловой практике вызывают случаи, когда предметом сделки выступает *товар, находящийся в пути* (*res in transitu*). В такой ситуации стороны, заключая договор в отношении вещи, перевозимой по морю, воздуху или по суше, могут и не знать с достаточной степенью точности, где в настоящее время эта вещь находится.

УДК 347.715.3

Улахович И.Н.

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ПОДГОТОВКИ И ПРОВЕДЕНИЯ ТОРГОВ ПО ПРОДАЖЕ КОММЕРЧЕСКОЙ НЕДВИЖИМОСТИ

Основополагающие правила об организации и проведении торгов закреплены в ст.ст. 417-419 Гражданского Кодекса Республики Беларусь (далее – ГК), однако, практика применения данных норм указывает на наличие ряда пробелов и недостатков.

Так, п. 2 ст. 417 ГК предусмотрено, что в качестве организатора торгов могут выступать собственник вещи или обладатель имущественного права либо специализированная организация. Специализированная организация действует на основании договора с собственником вещи или обладателем имущественного права и выступает от их имени или от своего имени.

В Республике Беларусь таким договором выступает, как правило, договор поручения. В зарубежной практике это

Из вышесказанного можно сделать вывод, что независимо от того, совпадают или нет указанные два момента, “переход права собственности и переход риска являются различными гражданско-правовыми категориями, только в первом случае налицо вопрос вещного права, во втором же случае речь идет о праве обязательственного характера”. Это положение действует и при разрешении соответствующих коллизионных вопросов. Большинство авторов едины во мнении, что вопрос о моменте перехода риска имеет самостоятельную коллизионную привязку и этим отличается от вопроса о моменте перехода права собственности, ведь, как уже было сказано, коллизионный вопрос о переходе риска - вопрос обязательственного статута. Лишь во французской литературе принято связывать коллизионный вопрос перехода риска с коллизионным вопросом перехода права собственности и подчинять решение обоих закону местонахождения вещи.

В международном частном праве существуют несколько привязок, позволяющих продавцу и покупателю определить применимое право для урегулирования их взаимоотношений по переходу права собственности в подобных случаях:

- закон страны места назначения вещи,
- закон страны места отправления вещи,
- закон промежуточного пункта,
- закон флага транспортного средства и т.п.

Коллизионные вопросы отношений, касающихся момента перехода права собственности и риска, регулируются в отдельных международных соглашениях. Так, Гаагская конвенция о праве, применяемом к переходу права собственности в международной торговле товарами, 1958 года также проводит принцип самостоятельных коллизионных привязок для каждого из названных вопросов. Эта конвенция решает некоторые вопросы, касающиеся перехода права собственности, не на основании принципа *lex rei sitae*, а на основании обязательственного статута, то есть права, применяемого сторонами к сделке внешнеторговой купли-продажи.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. - М. Международные отношения, 1994.
2. Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада. - М.: “Дело”, 1992.
3. Гражданское право. Часть 1. Учебник / Под. ред. Е.А. Суханова. - М., 1998.
4. Гражданское и торговое право буржуазных стран / Под ред. Е. Васильевой. - М., 1989.

может быть договор комиссии (Россия)¹ или агентирования (США)².

Договор поручения в первую очередь направлен на совершение определенных юридических действий поверенным по поручению доверителя, в то время как договор комиссии направлен на совершение одной или нескольких сделок комиссионером по поручению комитента. В свою очередь агент-

¹ Турсунова Ю.С. Юридическая природа конкурса и правовое положение организатора торгов// Юридическая практика. - 2003. - № 2 (33). - С. 128 - 143.

² Steve Proffitt. Auction Law and Ethics That Pesky Premium/Maine Antique Digest, October 2004.

ский договор предусматривает возможность совершения как юридических, так и фактических действий, что в большей степени соответствует целям договора, предназначенного для урегулирования отношений организатора торгов и собственника коммерческой недвижимости.

Комиссионер совершает сделки от своего имени, поверенный выступает от имени доверителя, а агентский договор допускает совершение юридических и иных действий от имени агента или от имени принципала. При этом выбор, от чьего имени агент будет совершать соответствующие действия, зависит от соглашения сторон, а если это не определено, то от усмотрения агента.

Представляется, что по аналогии, например, со ст. 985 ГК «Лицензионный договор», рассматриваемому договору должна быть посвящена отдельная статья в ГК, устанавливающая общие принципы (в том числе и существенные условия) заключения агентского договора на организацию и проведение торгов.

Пунктом 3 ст. 417 ГК установлено, что в случаях, указанных в нем или иных актах законодательства, договоры о продаже вещи или имущественного права могут быть заключены только путем проведения торгов.

По нашему мнению, продажа государственной коммерческой недвижимости должна производиться только на открытых аукционах с резервированным правом отзыва объекта недвижимости.

Пункт 4 ст. 417 ГК предусматривает, что торги (тендер) проводятся в форме аукциона или конкурса. Выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую цену, а по конкурсу - лицо, которое по заключению конкурсной комиссии, заранее назначенной организаторами торгов, предложило лучшие условия.

Представляется, что на уровне ГК необходимо дать четкие определения как термину «торги», так и ввести новый термин «торговая сессия». Введение определений указанных терминов необходимо в первую очередь в практических целях. Например, чтобы объявить перерыв в ходе торгов нужно каким-то образом их структурировать.

Кроме этого, на наш взгляд, в рассматриваемом пункте должно содержаться указание на то, что форма торгов определяется собственником имущества или иным уполномоченным на это правообладателем, если иное не предусмотрено законодательством.

Пункт 6 статьи 417 ГК установил, что правила, предусмотренные Гражданским Кодексом, применяются к публичным торгам, проводимым в порядке исполнения решений суда, если иное не предусмотрено гражданским процессуальным законодательством.

Формулировка пункта 6 рассматриваемой статьи, на наш взгляд, является не совсем корректной, поскольку публичные торги проводятся не только в соответствии с гражданским процессуальным законодательством, но и в соответствии с иными отраслями законодательства.³

В соответствии с изложенным, полагаем, что данный пункт можно изложить в следующей редакции: «Правила, предусмотренные Гражданским Кодексом, применяются к публичным торгам».

³ Например, публичные торги проводятся в соответствии с ХПК Республики Беларусь, Постановлением Управления делами Президента Республики Беларусь от 03.12.2001 N 1 «Об утверждении положения о комиссиях по работе с имуществом, обращенным в доход государства, и положения о порядке учета, хранения, оценки и реализации имущества, изъятого, арестованного или обращенного в доход государства».

Так же, полагаем, что законодательное определение термина «публичные торги» является необходимым, поскольку практика отождествления терминов «торги» и «публичные торги» получила широкое распространение.

В соответствии с п. 1 ст. 418 ГК аукционы и конкурсы могут быть открытыми и закрытыми. В открытом аукционе и открытом конкурсе может участвовать любое лицо. В закрытом аукционе и закрытом конкурсе участвуют только лица, специально приглашенные для этой цели.

Поскольку торги представляют собой публичный способ заключения гражданско-правового договора, и их основной целью является соблюдение гласной процедуры продажи, по нашему мнению, на проведение закрытых торгов должны быть наложены определенные ограничения. В частности, закрытые торги должны проводиться только с санкции уполномоченного государственного органа, и в случае, если при проведении открытых торгов существует угроза национальной безопасности страны (например, утечка информации, содержащей государственную тайну и т.д.).

Пункт 2 ст. 418 ГК гласит: если иное не предусмотрено законодательством, извещение о проведении торгов должно быть сделано организатором не менее чем за тридцать дней до их проведения. Извещение должно содержать в любом случае сведения о времени, месте и форме торгов, их предмете и порядке проведения, в том числе об оформлении участия в торгах, определении лица, выигравшего торги, а также сведения о начальной цене.

Важнейшим моментом в ходе организации и проведения торгов является публикация извещения о проведении торгов. Именно с этого момента у субъектов торгов возникают определенные права и обязанности.

Сегодня в Республике Беларусь издаются тысячи периодических печатных изданий, рассчитанных на различные категории читателей, таким образом, потенциальный покупатель коммерческой недвижимости имеет достаточно высокий шанс не заметить извещения о проведении торгов в издании, например, садоводческого характера. Поэтому претендент должен точно знать, в каком конкретном республиканском издании продавец (организатор торгов) обязан опубликовать извещение о проведении торгов.

Вторым моментом является то, что срок в тридцать дней для публикации извещения о проведении торгов, зачастую является недостаточным для подготовки к торгам. Как правило, в процессе подготовки к торгам по продаже коммерческой недвижимости участниками торгов проводится огромная работа. Таким образом, представляется, что данный срок следует увеличить для коммерческой недвижимости как минимум до сорока пяти дней.

Так же, представляется, что данные, указываемые в извещении о проведении торгов, в соответствии с требованиями п. 2 ст. 418 ГК Республики Беларусь должны быть дополнены информацией, имеющей принципиальное значение для участника торгов: наименованием организатора торгов; данными о размере задатка; перечнем представляемых документов для участия в торгах; данными обо всех обременениях объекта продажи (аренда, залог и т.д.), в том числе и налоговых (налог на землю, недвижимость, НДС и др.); данными о размере вознаграждения организатора торгов, иных обязательных платежах.

Кроме этого, по нашему мнению, в случае отказа от проведения торгов, лицо, сделавшее извещение о проведении торгов, должно публиковать в том же печатном издании

извещение об отказе от проведения торгов, а для эффективного осуществления принципа открытости торгов, - и данные о результатах открытых торгов.

Пунктом 3 ст.418 ГК установлено, что если иное не предусмотрено законодательством или в извещении о проведении торгов, организатор открытых торгов, сделавший извещение, вправе отказаться от аукциона в любое время, но не позднее чем за три дня до наступления даты его проведения, а от конкурса - не позднее чем за тридцать дней до проведения конкурса.

В случаях, когда организатор открытых торгов отказался от их проведения с нарушением указанных сроков, он обязан возместить участникам понесенный ими реальный ущерб. Организатор закрытого аукциона или закрытого конкурса обязан возместить приглашаемому им участникам реальный ущерб независимо от того, в какой именно срок после направления извещения последовал отказ от торгов.

Исходя из приведенного правила, можно сделать вывод о том, что ГК знает разновидность торгов с зарезервированным правом отзыва, т.е. данное право ограничено пресекательным сроком в три дня для открытого аукциона и в тридцать дней для открытого конкурса. Для закрытых торгов пресекательный срок не предусмотрен. Тогда возникает вопрос - в связи с чем пресекательные сроки для открытых торгов отличны друг от друга на порядок, если правила подготовки к конкурсам и аукционам почти идентичны.

Также непонятно, с чем связана «дискриминация» открытых торгов по отношению к закрытым (для открытых торгов пресекательные сроки отказа от их проведения предусмотрены, для закрытых нет), если затраты на проведение как первых так и вторых принципиально не отличаются.

Представляется, что предлагаемая редакция данного пункта позволит нивелировать необоснованную «дискриминацию» данных разновидностей торгов, повысит уровень правовой защиты субъектов торгов, а организатору торгов более ответственно подходить к рассматриваемой процедуре:

«Аукционы и конкурсы могут быть с зарезервированным правом отзыва предмета торгов и без зарезервированного права отзыва предмета торгов. Указание об этом в обязательном порядке должно содержаться в извещении о проведении торгов.

Организатор торгов вправе в любой момент до объявления победителя отказаться от проведения торгов с зарезервированным правом отзыва предмета торгов. Отказ от торгов без зарезервированного права отзыва предмета торгов после публикации извещения о проведении торгов не допускается.

В случаях, когда организатор торгов с зарезервированным правом отзыва предмета торгов отказался от их проведения, он обязан возместить участникам понесенный ими реальный ущерб. В случаях, когда организатор торгов без зарезервированного права отзыва предмета торгов отказался от их проведения, он обязан возместить участникам понесенный ими реальный ущерб, а также возвратить задаток в двойном размере».

Пунктом 4 статьи 418 ГК предусмотрено, что участники торгов вносят задаток в размере, сроке и порядке, которые указаны в извещении, в счет исполнения обязательств по договору, который может быть заключен на торгах.

Представляется, что права участников торгов можно расширить за счет иных способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных ст. 310 ГК. Так, исполнение обя-

зательств, взятых на себя участником торгов, можно обеспечить поручительством, гарантией или банковской гарантией.

Пункт 5 ст. 418 ГК установил, что лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, который имеет силу договора. Лицо, выигравшее торги, при уклонении от подписания договора утрачивает внесенный им задаток. Организатор торгов, уклонившийся от подписания протокола, обязан возвратить задаток в двойном размере, а также возместить лицу, выигравшему торги, убытки, причиненные участием в торгах, в части, превышающей сумму задатка.

По нашему мнению, данный пункт не дает ответа на вопрос, в чью пользу утрачивается задаток, если организатор торгов и продавец не совпадают в одном лице. Представляется, что в пользу продавца, т.к. организатор торгов никаких экономических рисков по отношению к объекту продажи не несет.

В соответствии со ст. 419 ГК торги, проведенные с нарушением правил, установленных законодательством, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица (п. 1). Признание торгов недействительными влечет недействительность договора, заключенного с лицом, выигравшим торги (п.2).

Судебная практика признает торги оспоримой сделкой⁴. С данным тезисом вполне можно было бы согласиться, однако возникает вопрос, о какой сделке идет речь, если торги представляют собой систему взаимосвязанных юридических фактов, состоящую как минимум из сделки между продавцом и организатором торгов по поводу организации и проведения торгов, сделки между организатором торгов и участником торгов по поводу их взаимоотношений в ходе торгов, итоговой сделки в виде протокола о результатах торгов и ряда других сделок, юридических и фактических действий.

Поскольку торги рассматривать в качестве сделки нельзя, а только как систему юридических фактов (в том числе и сделок), на требование о признании их недействительными, по нашему мнению, должен распространяться общий трехлетний срок исковой давности, а для торгов по продаже недвижимости целесообразно ввести специальной срок исковой давности, составляющий не менее 5 лет.

Также представляется целесообразным предоставить заинтересованным лицам право на обжалование не только результатов торгов, но и любых решений, принимаемых организатором торгов (аукционной, конкурсной комиссией) на любом этапе торгов после публикации извещения.

Подводя итог анализу статей 417-419 ГК Республики Беларусь, следует сказать, что модернизация блока правил, регулирующих проведение торгов, является назревшей необходимостью, а пробелы закона, речь о которых пойдет ниже, послужат тому очередным свидетельством.

1. Торги по продаже коммерческой недвижимости можно разделить на две группы: первая - торги, в которых принимало участие два претендента (примерно 73% от общего количества торгов), и вторая - торги, в которых принимало

⁴ Решение Хозяйственного суда г.Минска от 06.07.2004.

«Если участники аукциона по продаже недвижимости допущены к участию в аукционе с нарушением правил его проведения (несвоевременное внесение задатка) и если аукцион был проведен с нарушением правил, то заинтересованное лицо вправе потребовать признания торгов недействительными. Однако истцом был пропущен срок исковой давности, поэтому суд отказывает в удовлетворении исковых требований»//Информационная система. КонсультантПлюс.

участие два и более претендента (примерно 27% от общего количества торгов). В свою очередь абсолютное большинство торгов из первой группы - 70%, проведено с минимально возможным превышением продажной цены над начальной, т.е. был сделан один шаг размером в 5% от начальной цены лота (в соответствии с законодательством шаг аукциона устанавливается аукционистом в размере от 5 до 15 процентов от начальной цены лота⁵). Следовательно, торги с минимальным уровнем конкуренции и единственным шагом в 5% составляют половину от общего числа торгов по продаже коммерческой недвижимости.

Таким образом, для повышения степени доходности таких торгов и избежания злоупотреблений со стороны продавца, организатора торгов либо аукциониста, на уровне ГК следует установить фиксированный размер шага торгов, составляющий, как минимум, 10 процентов от предыдущей цены лота.

2. Закон не предусматривает обязанности организатора торгов фиксировать количество шагов, сделанных в ходе аукциона. Однако такая фиксация является принципиально важной для расчета уровня конкуренции, что в свою очередь не позволяет принять нормативный акт, оптимально соответствующий запросам экономики. Таким образом, данный сегмент рассматриваемых правоотношений урегулирован нормами, принятыми не на базе научно обоснованных (экспериментальных) данных, а скорее на основе интуиции.

Более того, такой важный показатель как размер шага также нигде не фиксируется.

Таким образом, процесс ценообразования на торгах в Республике Беларусь фактически неконтролируем.

Представляется, что для фиксации правил и процедур (в том числе размера шага аукциона) ГК должен содержать правило, в соответствии с которым организатор торгов будет обязан принимать регламент торгов - локальный нормативный акт, соответствующий законодательству и реальному регулирующий порядок их подготовки и проведения по каждому объекту.

А для фиксации хода торгов (в том числе количества шагов и информации об их заявителе) необходимо принять норму, которая обязывала бы организатора торгов стенографировать весь процесс торгов. Например, наиболее авторитетные зарубежные аукционные дома во избежание кривотолков даже ведут аудио-видео запись торгов.

3. ГК Республики Беларусь не содержит, на наш взгляд, принципиального правила о том, что конкурсные предложения участников торгов должны рассматриваться конкурсной комиссией в их присутствии. По нашему мнению, такая процедура грубейшим образом нарушает принцип открытости торгов.

Полагаем, что конверты должны вскрываться только в присутствии участников торгов.

4. Состав и количество членов конкурсной комиссии так же должно определяться ГК. Состав комиссии имеет важнейшее значение для проведения прозрачных, честных и действительно конкурентных торгов. Поэтому принятие императивной нормы, четко определяющей органы (организации), представители которых должны (а не могут) включаться в ее состав согласно принципу ротации, является, на наш взгляд, необходимостью.

5. Также, на наш взгляд, до выполнения условий конкурса победитель торгов должен обладать только правом владения и пользования, право распоряжения должно возникнуть у

него только после выполнения всех условий конкурса. Это связано с тем, что недобросовестный покупатель вполне может распродать (иным образом распорядиться) имущество, приобретенное на конкурсе, условия которого должны выполняться в течение определенного периода (зачастую это несколько лет).

6. В связи с вышеизложенным, продавцу необходимо предоставить право осуществлять контроль за исполнением условий конкурса до минования в этом надобности.

7. Кроме того, на уровне ГК следует запретить участвовать в торгах лицам в интересах субъектов торгов (аффилированных по отношению к ним лицам) с целью исключения добросовестной конкуренции. Например, запрет организатору торгов на участие в торгах в качестве продавца либо покупателя очевиден.

8. Вопрос об ответственности субъектов торгов в случае, когда продажа не состоялась по вине какой-либо из сторон, остался не решенным ГК. Представляется, что в описанном случае виновной стороной должен возмещаться реальный ущерб.

9. В целях осуществления добросовестной конкуренции приглашения к закрытым торгам, по нашему мнению, должны доставляться участникам в один и тот же день.

10. Для наиболее полной защиты прав приобретателя недвижимости организатор торгов должен немедленно в письменной форме уведомить орган по государственной регистрации недвижимого имущества (прав на него) о заключенном договоре.

11. Помимо этого, следует ограничить размер вознаграждения организатора торгов (такая практика применяется во многих странах, например, в Китае⁶ и США⁷).

На сегодняшний день вознаграждение организатора торгов в среднем составляет 7 процентов от продажной цены объекта. Оптимальным вариантом в данном случае, по нашему мнению, будет являться установление на вознаграждение следующего лимита: 4 процента от начальной цены проданного объекта и 5 процентов от суммы превышения цены продажи над начальной (такой лимит уже применяется местными органами власти⁸).

По нашему мнению, такое ограничение позволит выровнять уровень рентабельности в отрасли. Ведь и при продаже торгового павильона площадью 5 кв.м., и при продаже торгового комплекса площадью 5 000 кв.м. трудозатраты одинаковы, а вознаграждения могут значительно отличаться.

12. Законом не решен вопрос о возмещении ущерба организатору торгов в случае снятия продавцом с торгов лота до их открытия.

13. Также не решен вопрос о возмещении расходов организатора торгов, в случае если торги не состоялись ввиду отсутствия участников.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что было бы целесообразным включить в ГК отдельную главу, посвященную торгам, и не только торгам продавца, речь о которых шла выше, но и торгам покупателя.

⁶ Auction Law of China //опубликован на сайте - <http://www.egate2china.com/english/law/industry.asp>

⁷ Правовое регулирование организации и проведения коммерческих конкурсов, аукционов и торгов. Обзор зарубежного законодательства //Журнал российского права. - 1999г. №2.

⁸ Положение о проведении аукционов по продаже объектов коммунальной собственности города Минска и права на заключение договора аренды нежилого помещения: Решение Минского городского исполнительного комитета от 03.12.2002 N 1740// Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. - 2003. - N 6. - 9/2308.

⁵ Об утверждении положения о проведении аукционов по продаже объектов республиканской собственности и права на заключение договора аренды нежилого помещения и положения о проведении конкурсов по продаже объектов республиканской собственности: Постановление Министерства по управлению государственным имуществом и приватизации Республики Беларусь от 27.10.2000 N 19// Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. - 2000. - N 115. - 8/4443.