УО «Каспийский общественный университет»

КАЗАХСТАНСКОЕ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ЕВРОПЕЙСКОЕ ДОГОВОРНОЕ ПРАВО: РЕФОРМИРОВАНИЕ И ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ

Монография

Алматы
2020

УДК 347 (035.3)
ББК 67.404
К 18

Рекомендовано решением Ученого Совета УО «Каспийский общественный университет» № 2 от 23 сентября 2020 года

Рецензенты:
академик Национальной Академии наук РК,
доктор юридических наук, профессор Сулейменов М.К.,
доктор юридических наук Акимбекова С.А.
Ответственный редактор
доктор юридических наук, профессор С.П. Мороз

Казахстанское гражданское право и европейское договорное право: реформирование и имплементация: Монография / Отв. ред. С.П. Мороз. – Алматы: Центр оперативной полиграфии, 2020. – 468 с.

ISBN 978-601-7993-19-1

Монография посвящена вопросам совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан, в том числе посредством имплементации правовых концепций современного европейского и английского договорного права. Публикация осуществлена в рамках проекта МОН РК «Модель совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан в условиях имплементации английского договорного права» (ИРН №AP05133545) и представляет собой заключительную работу по проекту.

В монографии рассматриваются многие значимые институты европейского и английского договорного права, изучаются возможности конвергенции романо-германской и англо-саксонской правовых систем, исследуются возможные способы реформирования гражданского законодательства РК путем восприятия казахстанским законодательством правовых институтов европейского и английского договорного права, таких как «indemnity», «representations», «warranties», «estoppel» и др. Монография подготовлена коллективом авторов, в том числе профессорами, преподавателями, докторантами и магистрантами Высшей школы права «Әділет» Каспийского общественного университета и Университета г. Висмара - Университета прикладных наук: технологии, бизнеса и дизайна (Федеративная Республика Германия).

Издание адресовано преподавателям, научным работникам, докторантам и магистрантам юридических вузов и факультетов, практикующим юристам и всем тем, кто интересуется вопросами гражданского права.

УДК 347 (035.3)
ББК 67.404

ISBN 978-601-7993-19-1

© Каспийский общественный университет, 2020
© Коллектив авторов, 2020
© Центр оперативной полиграфии, 2020

ОГЛАВЛЕНИЕ

Коллектив авторов.....5
Перечень принятых сокращений.....7
Введение.....9

Глава 1. Совершенствование гражданского законодательства Республики Казахстан в современных условиях

§1. Совершенствование гражданского законодательства Республики Казахстан в условиях имплементации положений европейского договорного права.....18

§2. Сравнительная характеристика англо-американской и романо-германской правовых семей.....28

§3. Размышления по поводу реформы Гражданского кодекса Казахстана……..……..……41

§4. Система гражданского законодательства Республики Казахстан по состоянию на начало 2019 года и ее развитие в краткосрочной перспективе.....52

§5. Совершенствование правового регулирования вопросов учреждения компаний с иностранным участием и правового режима корпоративных договоров в законодательстве Республики Казахстан…….....72

§6. Совершенствование основ корпоративного законодательства и реформа юридических лиц на уровне норм Гражданского кодекса.....95

§7. Модернизация законодательных положений о корпоративной структуре и формировании совета директоров компаний в рамках реформирования казахстанского корпоративного законодательства.....113

Глава 2. Отдельные институты европейского и английского договорного права и их характеристика

§1. Договор и порядок его заключения по английскому праву.....147

§2. Значение встречного удовлетворения «consideration» в английском праве……..……158

§3. «Эстоппель» в английском и казахстанском праве……...171

§4. Классификация договоров по казахстанскому, российскому и английскому праву.....187

§5. Значение и последствия несоблюдения требований к форме гражданско-правового договора в современных правопорядках...207

§6. Проблемы применения норм о предварительном договоре и его отграничение от договора с открытыми условиями и рамочного договора.....254

§7. Корпоративные соглашения в законодательстве Республики Казахстан: новые возможности и перспективы развития.....263

§8. Основания возникновения и исполнения обязанностей члена совета компании…….....271

§9. Совершенствование регулирования вопросов осуществления акционерным обществом сделок, в которых имеется заинтересованность, по законодательству Республики Казахстан: анализ действующих норм и возможности их совершенствования.....289

§10. Вопросы применимого права в трансграничных договорах купли-продажи акций казахстанских компаний…….....321

Глава 3. Обеспечение исполнения договора и ответственность за нарушение обязательств по казахстанскому и европейскому договорному праву

§1. Невозможность исполнения договора по казахстанскому праву и доктрина «тщетности договора» по английскому праву…….....339

§2. Способы обеспечения обязательств в странах «common law» и континентальной системы права……...346

§3. Восприятие казахстанским законодательством правовой конструкции «индемнити».....361

§4. Виды убытков в английском праве.....371

§5. Обеспечительный платеж («security deposit»).....382

§6. Направления совершенствования правил ответственности за нарушение обязательства на основании положений английского и европейского права….....387

§7. Производный иск в сфере корпоративных отношений.....419

§8. О некоторых аспектах внедоговорной ответственности в сфере корпоративных отношений…….…….....……..….432

КОЛЛЕКТИВ АВТОРОВ

Амангалиева Айжан Зингалеевна – сеньор-лектор Высшей школы права «Әділет» Каспийского общественного университета, магистр юридических наук: §2 главы 1; §2 главы 2; §3 главы 2 (в соавторстве с С.П. Мороз); §4 главы 3.

Батурин Максим Викторович – докторант Высшей школы права «Әділет» Каспийского общественного университета, магистр юридических наук: §1 главы 2; §1 главы 3.

Галинская Юлия Валерьевна – ассоциированный профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского общественного университета, кандидат юридических наук: §2 главы 3.

Калмагамбетов Касым Серикович – ассоциированный профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского общественного университета, кандидат юридических наук: §1 главы 1 (в соавторстве с С.П. Мороз, П.П. Мороз); §4 главы 2 (в соавторстве с С.П. Мороз, П.П. Мороз).

Карагусов Фархад Сергеевич – соруководитель авторского коллектива, главный научный сотрудник Научно-исследовательского института частного права Каспийского общественного университета, доктор юридических наук, профессор: §4 главы 1; §5 главы 1; §6 главы 1; §7 главы 1; §5 главы 2; §7 главы 2; §8 главы 2; §9 главы 2; §10 главы 2; §3 главы 3; §7 главы 3; §8 главы 3.

Мороз Светлана Павловна – руководитель авторского коллектива, декан Высшей школы права «Әділет» Каспийского общественного университета, доктор юридических наук, профессор: Введение; §1 главы 1 (в соавторстве с К.С. Калмагамбетовым, П.П. Мороз); §3 главы 2 (в соавторстве с А.З. Амангалиевой); §4 главы 2 (в соавторстве с К.С. Калмагамбетовым, П.П. Мороз).

Мороз Павел Павлович – практикующий юрист, магистр юридических наук: §1 главы 1 (в соавторстве с К.С. Калмагамбетовым, С.П. Мороз); §4 главы 2 (в соавторстве с К.С. Калмагамбетовым, С.П. Мороз).

Нестерова Елена Викторовна - ассоциированный профессор Высшей школы права «Әділет» Каспийского общественного университета, кандидат юридических наук: §6 главы 2; §5 главы 3; §6 главы 3.

Олейник Димитрий Александрович – научный сотрудник Университета г. Висмара – Университета прикладных наук: технологии, бизнеса и дизайна (Федеративная Республика Германия): §3 главы 1 (в соавторстве с Х-Й. Шраммом).

Шрамм Ханс-Йоахим – профессор Университета г. Висмара – Университета прикладных наук: технологии, бизнеса и дизайна, доктор права (Федеративная Республика Германия): §3 главы 1 (в соавторстве с Д.А. Олейником).

ПЕРЕЧЕНЬ ПРИНЯТЫХ СОКРАЩЕНИЙ

ГГУ (BGB) – Германское Гражданское уложение.

ГК, ГК РК – Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принятый Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 г.; Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть), принятый Парламентом Республики Казахстан 1 июля 1999 г.

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая – Федеральный закон от 30 ноября 1994 г.; часть вторая - Федеральный закон от 26 января 1996 г.; часть третья - Федеральный закон от 26 ноября 2001 г.; часть четвертая - Федеральный закон от 18 декабря 2006 г.

ГПК – Гражданский процессуальный кодекс РК от 3 ноября 2015 г. №377-V.

ГТУ – Германское Торговое уложение.

DCFR – Модельные положения Европейского частного права относительно законодательного закрепления критериев разграничения предпринимателей и потребителей.

ЕТК (UCC) – Единообразный торговый кодекс США (Uniform Commercial Code)

ЕРЦБ – Единый регистратор ценных бумаг

ЕС – Европейский Союз.

ЕАЭС – Евразийский Экономический Союз.

ЕврАзЭс – Евразийское Экономическое Сообщество.

Закон об АО – Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 г. № 415-II «Об акционерных обществах».

Закон об архивах - Закон Республики Казахстан от 22 декабря 1998 г. № 326-I «О Национальном архивном фонде и архивах».

Закон о банках – Закон Республики Казахстан от 31 августа 1995 г. № 2444 «О банках и банковской деятельности».

Закон об инвестиционных фондах – Закон Республики Казахстан от 4 июля 2004 г. № 576-II «Об инвестиционных и венчурных фондах».

Закон о техническом регулировании – Закон Республики Казахстан от 9 ноября 2004 г. № 603-II «О техническом регулировании».

Закон о товарных биржах – Закон Республики Казахстан от 4 мая 2009 г. № 155-IV.

Закон о ТОО – Закон Республики Казахстан от 22 апреля 1998 г. № 220-2 «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью».

Закон о правовых актах – Закон Республики Казахстан от 6 апреля 2016 г. №480-V «О правовых актах».

ККФ – Коммерческий кодекс Франции (Code de Commerce).

Конституция РК – Конституция Республики Казахстан, принятая на республиканском референдуме 30 августа 1995 г.

Конституционный Закон о МФЦА – Конституционный закон Республики Казахстан от 7 декабря 2015 г. №438-V «О Международном финансовом центре «Астана».

LLC – компания с ограниченной ответственностью.

LLP – партнерство с ограниченной ответственностью.

МЧП – международное частное право.

НПП – Национальная палата предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен».

ОЭСР – Организация экономического сотрудничества и развития (Organisation for Economic Co-operation and Development).

ПК, ПК РК – Предпринимательский кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. №375-V.

СНГ – Содружество Независимых Государств.

Принципы УНИДРУА - Принципы международных коммерческих договоров Международного института унификации частного права.

ФГК – Гражданский кодекс Франции.

ШОЗ – Швейцарский обязательственный закон (Code des obligations).

ЭЦП – электронная цифровая подпись.

ЮЛППП – юридическое лицо публичного права.

ВВЕДЕНИЕ

Настоящая монография представляет собой совместный труд коллектива авторов, посвященный вопросам совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан в рамках имплементации положений европейского договорного права.

Как известно, кардинальные преобразования в экономике всегда приводят к существенным изменениям в социальной сфере. В первую очередь эти изменения затронули систему законодательства, и проявилось это в том, что одни отрасли законодательства пришли на смену другим (например, вместо хозяйственного законодательства появилось предпринимательское законодательство, а вместо колхозного и совхозного – аграрное или сельскохозяйственное и пр.). С самого момента обретения независимости Республикой Казахстан непрерывно идет процесс совершенствования законодательства, временами чрезмерно интенсивный, когда нормативные акты отменяются, еще не успев вступить в силу, или чрезмерно экстенсивный, когда законодательные акты становятся неприменяемыми с момента введения их в действие (яркий пример – Закон КазССР «Об инвестиционной деятельности» от 10 июня 1991 г. № 653- XII[1]).

Наряду с этим, достаточно долго в нашей стране был как бы мораторий на принятие кодифицированных законов – кроме нескольких кодексов (Гражданский кодекс РК, Уголовный кодекс РК, Кодекс об административных правонарушениях РК) других кодифицированных законов не было. Даже в таких важных сферах, как земельное или трудовое законодательство – главным специальным законом был обычный закон – Закон РК «О земле» или Закон РК «О труде».

[1] Ведомости Верховного Совета Казахской ССР. - 1991. - № 24. - Ст. 280 (утратил силу в соответствии с Законом РК от 28 февраля 1997 г. № 76-1).

В начале двухтысячных ситуация стала меняться – было кодифицировано налоговое[1], таможенное[2], трудовое[3], земельное[4], экологическое[5] и пр. законодательство. 18 сентября 2019 г. мы приняли Кодекс РК «*О здоровье народа и системе здравоохранения*»[6], а 29 октября 2015 г. мы приняли Предпринимательский кодекс РК[7].

В юридической литературе достаточно давно идет полемика относительно того, всегда ли процесс совершенствования законодательства должен завершаться его кодификацией? И здесь следует согласиться с оценкой российских экспертов – известных ученых – Ю.А. Тихомирова и Э.В. Талапиной о том, что следует определить роль кодексов в процессе развития законодательства, момент их *подготовки и принятия по мере накопления и обобщения нормативного материала*; *форма кодекса должна быть адекватна характеру и объему регулируемых им отношений*[8]. Казахстанские ученые также приходят к выводу о необходимости более взвешенного подхода к кодификации законодательства. В частности, С.Ф. Ударцев считает, что формы систематизации по своей практической применимости относительны, их использование во многом зависит от исторически сложившихся особенностей правовых систем, при том, что в разных странах и в разных исторических ситуациях сходные цели правого регулирования

[1] Кодекс РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс) от 12 июня 2001 г. № 209 (Утратил силу в соответствии с Законом РК от 10.12.2008 г. № 100-IV, за исключением статьи 250).

[2] Таможенный кодекс РК от 5 апреля 2003 г. № 401 (Утратил силу в соответствии с Законом РК от 30.06.2010 г. № 298-IV.

[3] Трудовой Кодекс РК от 15 мая 2007 г. № 251 (Утратил силу в соответствии с Законом РК от 23.11.2015 г. № 414-V).

[4] Земельный кодекс РК от 20 июня 2003 г. № 442 // Казахстанская правда от 26.06.2003 г. № 183-184.

[5] Экологический кодекс РК от 9 января 2007 г. № 212 // Казахстанская правда от 23.01.2007 г. № 12 (25257).

[6] Кодекс РК «О здоровье народа и системе здравоохранения» от 18 сентября 2009 г. № 190-IV // Казахстанская правда от 29.09.2009 г. № 230-231(25974-25975).

[7] Предпринимательский кодекс РК от 29 октября 2015 г. № 375-V // Казахстанская правда от 03.11.2015 г. № 210 (28086).

[8] Подробнее см., пожалуйста, об этом: Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В. О кодификации и кодексах // Журнал российского права. - 2003. - № 3(75). - С. 48-49.

могут достигаться различными правовыми средствами, разнообразными формами систематизации законодательства[1].

Однако применительно к нашей стране ситуацию можно охарактеризовать следующим образом – в погоне за количеством принятых законодательных актов, мы совершенно забыли о качестве. Такое ощущение, что отдельные представители высшего законодательного органа просто соревнуются между собой в вопросе о том, кто еще какой кодекс предложит разрабатывать. И за примерами далеко ходить не нужно. Достаточно вспомнить печальный опыт разработки Транспортного кодекса РК. Сколько лет, государственных средств и усилий ученых и практиков ушло на то, чтобы создать этот законопроект. А чем все закончилось? Колоссальные ресурсы были затрачены на то, чтобы, в конечном счете, сам же разработчик – Министерство транспорта и коммуникаций РК отозвало свой проект, не выдержав вполне заслуженной критики со стороны экспертов. Или вспомним еще о Банковском кодексе РК, на разработку проекта которого ушла масса средств и усилий ученых и практиков, а что в итоге? Отказавшись от разработки Банковского кодекса, группа энтузиастов уже занимается разработкой Финансового кодекса РК, и скорее всего, на этом мы не остановимся, процесс кодификации будет интенсивно развиваться и дальше. Вместе с тем, на наш взгляд, идея разработки Транспортного, Банковского или Финансового кодексов – это просто *утопия*. Конечно, как показывает практика, принять можно какой угодно кодекс, но к чему это приведет, вот большой вопрос.

Если вспомнить советский опыт законотворчества, то сразу же хочется сказать о разработке Основ хозяйственного законодательства Союза ССР и союзных республик, также, как и о разработке Основ транспортного законодательства Союза ССР и союзных республик. Благодаря усилиям замечательных советских ученых-юристов эти проекты были разработаны, но в стране набирала обороты «*Горбачевская перестройка*» и все эти идеи так и остались на бумаге, потому что жизнь внесла свои коррективы и не было уже особой необходимости в том, чтобы заниматься кодификацией правовых основ «плановой

[1] Подробнее см., пожалуйста, об этом: Ударцев С.Ф. Правовая политика, систематизация законодательства и эволюция права // Право и политика. – М., 2011. - № 5. - С. 739-751.

экономики», уже начался переход к рыночным отношениям, где не было места «устойчивым хозяйственным связям» между государственными предприятиями и плановым договорам между ними.

Современный период в развитии системы законодательства РК также ознаменовался бурными изменениями. Достаточно сказать о том, что за последние четыре года было принято восемь новых кодексов, причем три из них были приняты один за одним в течение трех дней одного года (наверно, этот факт заслуживает внесения в книгу рекордов Гиннеса, поскольку вряд ли еще в какой стране такое было бы возможным).

В частности, в период 2014-2017 г.г. были приняты следующие кодифицированные законы:

Уголовный кодекс РК от 3 июля 2014 г. № 226-V ЗРК (введен в действие с 01.01.2015 г. за исключением ст. 45, которая введена в действие с 01.01.2017 г. и ст. 48, которая введена в действие с 01.01.2016 г.)[1];

Уголовно-процессуальный кодекс РК от 4 июля 2014 г. № 231-V ЗРК (введен в действие с 01.01.2015 г. за исключением положений, предусмотренных частями второй и третьей ст. 673, для которых установлены иные сроки введения в действие)[2];

Кодекс РК об административных правонарушениях от 5 июля 2014 г. № 235-V (введен в действие с 01.01.2015 г.)[3];

Гражданский процессуальный кодекс РК от 31 октября 2015 г. № 377-V ЗРК (введен в действие с 01.01.2016 г.)[4];

Трудовой кодекс РК от 23 ноября 2015 г. № 414-V ЗРК (введен в действие с 01.01.2016 г.)[5];

Таможенный кодекс Евразийского экономического союза от 13 декабря 2017 г. № 115-VI ЗРК (вступил в силу с 01.01.2018 г.)[6];

Кодекс РК «О налогах и других обязательных платежах в

[1] Казахстанская правда от 09.07.2014 г. № 132 (27753).
[2] Казахстанская правда от 10.07.2014 г. № 133 (27754).
[3] Казахстанская правда от 12.07.2014 г. № 135 (27756).
[4] Казахстанская правда от 03.11.2015 г. № 210 (28086).
[5] Казахстанская правда от 25.11.2015 г. № 226 (28102).
[6] Закон РК от 13 декабря 2017 г. № 115-VI ЗРК «О ратификации Договора о Таможенном кодексе Евразийского экономического союза // Казахстанская правда от 15.12.2017 г. № 242(28621).

бюджет» (Налоговый кодекс) от 25 декабря 2017 г. № 120-VI ЗРК (введен в действие с 01.01.2018 г. за исключением ряда статей)[1];

Кодекс РК «О недрах и недропользовании» от 27 декабря 2017 г. № 125-VI ЗРК (введен в действие с 28.05.2018 г. за исключением ряда статей); и др.

Совершенно очевидно, что только Гражданский кодекс РК остался вне поля зрения законодателя, и, на наш взгляд, это не случайно, в основе этого лежат как объективные, так и субъективные факторы. К числу объективных следует отнести то, что объем законодательных новелл, предполагаемых к внесению в ГК РК за все это время пока еще не превысил «критической массы», и потому все ограничивается внесением изменений и дополнений в ГК РК. К числу субъективных факторов следует отнести сбалансированную позицию казахстанских цивилистов, которые с большой осторожностью и тщательностью подходят к вопросам совершенствования гражданского законодательства, в целом, и ГК, в частности.

Возвращаясь к истории принятия ГК РК, хотелось бы заметить, что ГК РК (общая часть) был принят 27 декабря 1994 г. в один день с Законом РК «Об иностранных инвестициях» - это тоже довольно примечательный факт и редкий для того времени, но он объясняется весьма высокой значимостью обоих законов для нашей страны в тот период – жизненно необходимы были и новые иностранные инвестиции и правовые основы для строящейся рыночной экономики. С момента введения ГК РК (общей части) в действие были признаны утратившими силу преамбула, ст.ст. 1-223 Гражданского кодекса Казахской ССР 1963 г.; ст.ст. 1-73 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (остальные статьи Гражданского кодекса и Основ гражданского законодательства продолжали действовать до 1 июля 1999 г., т.е. до введения в действие Особенной части Гражданского кодекса РК); Законы РК «О собственности», «О предприятиях», «О залоге» 1991 г.[2]

Кодификация гражданского законодательства сыграла важную роль в становлении национальной системы законодательства РК и в упорядочении правовых норм, регулирующих рыночные отношения. Гражданский кодекс иначе

[1] Казахстанская правда от 26.12.2017 г. № 247 (28626).
[2] Ведомости Верховного Совета РК. - 1994. - № 23-24 (приложение).

называют «Экономической Конституцией», и это не случайно, ведь он представляет собой основной специальный законодательный акт в области регулирования частно-правовых отношений.

Отличительной особенностью этого этапа в развитии казахстанского законодательства является то, что значительная часть принятых тогда законодательных и подзаконных актов носила временный характер, не имела долгосрочной перспективы. В настоящее время большая часть из них уже утратила юридическую силу, но есть отдельные законодательные акты того периода, которые продолжают действовать и сегодня. В частности, такие как:

Гражданский кодекс РК (Особенная часть) от 1 июля 1999 г.[1];

Закон РК «О транспорте» от 21 сентября 1994 г. № 156[2];

Закон РК «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» от 17 апреля 1995 г. № 2198[3];

Закон РК «О хозяйственных товариществах» от 2 мая 1995 г. № 2255[4];

Закон РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» от 31 августа 1995 г. № 2444[5];

Закон РК «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» от 22 апреля 1998 г.[6]; и др.

В целом, можно прийти к выводу, что в данный список (за исключением ГК РК (особенной части) попали те законодательные акты, которые с позиции законодателя не нуждаются в кардинальной переработке либо уже ведется работа по разработке соответствующего законопроекта (например, проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по

[1] Казахстанская правда от 17.07.1999 г. № 172-173.
[2] Ведомости Верховного Совета РК. - 1994. - № 15, ст. 201.
[3] Ведомости Верховного Совета РК. - 1995. - № 3-4, ст. 35.
[4] Ведомости Верховного Совета РК. - 1995. - № 7, ст. 49.
[5] Ведомости Верховного Совета РК. - 1995. - № 15-16, ст. 106.
[6] Ведомости Парламента РК. - 1998. - № 5-6, ст. 49.

вопросам транспорта[1] – в том числе и в Закон о транспорте[2]). Хотя, на наш взгляд, законодательство о хозяйственных товариществах тоже можно было бы модернизировать с учетом того, что не в полной мере все особенности правового статуса отдельных видов хозяйственных товариществ нашли отражение в действующем законодательстве. В частности, как известно, в основном, субъекты гражданского оборота выбирают ТОО как организационно-правовую форму своей деятельности, а другие формы игнорируют, тогда как в ФРГ, например, основной организационно-правовой формой является полное товарищество, поскольку в обмен на повышенную по сравнению с ТОО ответственность им предоставляются существенные налоговые льготы, тогда как в нашем законодательстве это совершенно не предусмотрено. Аналогичным образом и в отношении других видов хозяйственных товариществ – казахстанским законодателем совершенно не учитываются особенности правового положения отдельных видов хозяйственных товариществ, которые широко практикуются за рубежом. В принципе, уже не раз высказывались мнения о том, что зачем нам закреплять в ГК и в других законодательных актах столько видов хозяйственных товариществ, хотя на практике применяется только один, но скорее всего здесь нужно вести речь о том, что насколько полно закреплены в гражданском законодательстве особенности правового статуса отдельных видов хозяйственных товариществ?

В этой связи возникает закономерный вывод о том, что гражданское законодательство нужно реформировать, но главный вопрос – как и каким образом. Конечно, с момента принятия и ГК РК (общей части) и других вышеуказанных законов прошло более 20 лет и за это время неизбежно отдельные положения могли устареть, а другие уже нуждаются в кардинальной переработке. Хотя, если обратиться к опыту других государств, которые в последнее время показывают поразительные успехи в экономике и являются лидерами рыночных преобразований по многим отраслям экономики,

[1] См.: План законопроектных работ Правительства РК на 2018 год // http://www.adilet.gov.kz.

[2] Примечательно, что в плане законопроектных работ Правительства РК на 2019 г. этот законопроект уже не стоит // http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1800000869.

например, к Китайской Народной Республике, то мы можем увидеть, что такого результата можно достигнуть и без Гражданского кодекса. В КНР задача разработки Гражданского кодекса была поставлена еще в середине прошлого века, но, несмотря на то, что было подготовлено несколько проектов ГК в 80-е годы XX в., вместо ГК в 1986 г. были приняты и в 1987 г. вступили в силу Общие положения гражданского права. Данный акт регулирует гражданские отношения (ст. 2); определяет метод их регулирования (ст.ст. 2, 3); устанавливает, кто является субъектами гражданского права и каков их правовой статус (ст.ст. 1, 2, разделы II, III); определяет понятие и признаки юридического лица (ст.ст. 36-53); определяет понятие и содержание права собственности (ст. 71); устанавливает правовые формы реализации права государственной и коллективной собственности (ст.ст. 80-82); определяет, что такое обязательство, как оно возникает и каким образом должно исполняться (ст.ст. 84-93)[1]. По своему содержанию данный акт очень напоминает Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., которые утратили силу в связи с принятием ГК РК (общей и особенной частей). Вполне возможно, что тот прорыв в экономике, который имеет место в КНР был вызван как раз-таки отсутствием ГК и других законодательных актов (Об иностранных инвестициях и др., например), что позволило в минимальной степени воздействовать на поведение участников гражданского оборота и предоставить им максимальную свободу.

Но для нас этот опыт уже не приемлем, нам необходимо самим искать пути и направления реформирования гражданского законодательства. Одним из таких направлений является имплементация положений европейского договорного права в наше законодательство. В этой связи следует особо назвать проект Концепции совершенствования гражданского законодательства РК на основе имплементации положений английского и европейского договорного права[2], разработчиком которого выступает Институт законодательства Министерства юстиции РК.

На наш взгляд, к имплементации норм и институтов

[1] Подробнее см. об этом: http://observer.materik.ru/.
[2] https://online.zakon.kz .

английского права в рамках романо-германской правовой системы следует подходить весьма осторожно. К счастью разработчики проекта Концепции эти факторы учли и внесли существенные изменения и в название и в содержание концепции. Так, название было расширено за счет включения помимо английского права и европейского права – Концепция совершенствования гражданского законодательства РК на основе имплементации положений английского и европейского права[1]. Вместе с тем, определенные вопросы и комментарии по данной концепции еще остались, и именно им посвящены отдельные параграфы данной монографии, в том числе и зарубежных авторов.

В целом, коллектив авторов надеется на то, что содержащиеся в данной монографии предложения и выводы будут учтены при разработке проектов законодательных актов, направленных на совершенствование гражданского законодательства Республики Казахстан.

[1] www.zakon.kz .

ГЛАВА 1. СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАНВ СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ

§1. Совершенствование гражданского законодательства Республики Казахстан в условиях имплементации положений европейского договорного права

В современных условиях на первый план выходят вопросы совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан, и это не случайно. Прежде всего, это вызвано тем, что с момента принятия Гражданского кодекса Республики Казахстан (общей части)[1] прошло уже двадцать пять лет и за это время, разумеется, некоторые положения могли либо устареть, либо утратить свое первоначальное значение.

В этой связи приобретают особую актуальность вопросы имплементации положений английского права в гражданское законодательство Республики Казахстан.

Здесь следует отметить, что первой на это путь встала Российская Федерация, где положения английского права были имплементированы в гражданское законодательство еще в 2013 г. Однако работа над проектом Концепции реформирования гражданского законодательства Российской Федерации была начата гораздо раньше во исполнение Указа Президента РФ от 18.07.2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»[2]. Первоначально был подготовлен один документ – проект Федерального Закона «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Российской Федерации», а в последующем было принято девять законодательных актов о внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс РФ.

В частности, Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ (в редакции от 04.03.2013 г.) «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. № 268-XIII // Ведомости Верховного Совета РК. - 1994. - № 23-24 (приложение).

[2] Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 29.07.2014 г.) // http://www. consultant.ru/ document/cons_doc_LAW_118202/ (дата обращения: 15.09.2020).

Федерации» был посвящен вопросам регистрации прав на имущество, пределам осуществления гражданских прав и пр.[1]. Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ (в редакции от 28.12.2016 г.) «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» был посвящен залогу[2]. Федеральный закон от 28 июня 2013 г. № 134-ФЗ (в редакции от 29.07.2017 г.) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия незаконным финансовым операциям» (с изменениями и дополнениями, вступившими в силу с 28.01.2018 г.) был посвящен вопросам государственной регистрации юридических лиц[3]. Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ «О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» был посвящен объектам гражданских прав, неделимым вещам, единому недвижимому комплексу и пр., а также ценным бумагам[4]. Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ (в редакции от 26.07.2017 г.) «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации»

[1]Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ (в редакции от 04.03.2013 г.) «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_140188/3d0cac60971a511280cbba229d9b6329c07731f7/#dst100009 (дата обращения: 15.09.2020).

[2]Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ (в редакции от 28.12.2016 г.) «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_145981/3d0cac60971a511280cbba229d9b6329c07731f7/#dst100009 (дата обращения: 15.09.2020).

[3]Федеральный закон от 28 июня 2013 г. № 134-ФЗ (в редакции от 29.07.2017 г.) «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия незаконным финансовым операциям» (с изменениями и дополнениями, вступившими в силу с 28.01.2018 г.)//http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_148268/ad890e68b83c920baeae9bb9fdc9b94feb1af0ad/#dst100034 (дата обращения: 15.09.2020).

[4]Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ «О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_148454/3d0cac60971a511280cbba229d9b6329c07731f7/#dst100009 (дата обращения: 15.09.2020).

был посвящен залогу[1]. Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» был посвящен залогу исключительных прав, государственному регулированию отношений в сфере интеллектуальной собственности, защите интеллектуальных прав и пр.[2]. Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ (в редакции от 03.07.2016 г.) «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» был посвящен юридическим лицам[3]. Федеральный закон от 31 декабря 2014 г. № 499-ФЗ (в редакции от 29.07.2017 г.) «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями, вступившими в силу с 01.01.2019 г.) был посвящен недвижимому имуществу, в том числе земельным участкам и вопросам их отчуждения для государственных и муниципальных нужд[4]. Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» был посвящен обязательствам, в том числе

[1]Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ (в редакции от 26.07.2017 г.) «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» //http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_156000/3d0cac60971a511280cbba229d9b6329c07731f7/#dst100009 (дата обращения: 15.09.2020).

[2]Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_160073/3d0cac60971a511280cbba229d9b6329c07731f7/#dst100009 (дата обращения: 15.09.2020).

[3]Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ (в редакции от 03.07.2016 г.) «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_162608/3d0cac60971a511280cbba229d9b6329c07731f7/#dst100009 (дата обращения: 15.09.2020).

[4]Федеральный закон от 31 декабря 2014 г. № 499-ФЗ (в редакции от 29.07.2017 г.) «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями, вступившими в силу с 01.01.2019 г.) // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_173198/30b3f8c55f65557c253227a65b908cc075ce114a/#dst100272 (дата обращения: 15.09.2020).

альтернативным и факультативным обязательствам, вопросам защиты прав кредитора по обязательству и пр.[1].

В целом, российским законодателем были заимствованы следующие правовые конструкции, существующие в других юрисдикциях:

- принцип разделения коммерческих организаций на публичные и непубличные (ФРГ, Великобритания, США);

- возможность назначения нескольких единоличных исполнительных органов юридического лица (ФРГ, Великобритания, Нидерланды);

- астрент - возможность присуждения судом истцу денежной суммы на случай неисполнения ответчиком судебного акта об исполнении обязательства в натуре (например, во Франции, наряду с этим данный институт нашел свое закрепление в Принципах международных коммерческих договорах – УНИДРУА);

- эстоппель (англ. «estoppel», от англ. «estop» - лишать права возражения) - правовой принцип, согласно которому лицо утрачивает право ссылаться на какие-либо факты в обоснование своих притязаний (Великобритания, США);

- индемнити (англ. «indemnity» - возмещение издержек) - возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных обстоятельств (Великобритания);

- гарантии и заверения (англ. «warranties and representations») - это утверждения об определенных обстоятельствах, имеющие значения для заключения сделки (Великобритания, ФРГ, Франция);

- отказ от договорного права (англ. «waiver» - отказ от права) – аналог английского (Великобритания);

- соглашения акционеров (англ. – «shareholders' agreements») - концепция соглашений акционеров, существует практически во всех государствах с развитой экономикой, входящих как в систему континентального, так и общего права[2].

---

[1]Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_176165/3d0cac60971a511280cbba229d9b6329c07731f7/#dst100009 (дата обращения: 15.09.2020).

[2] См. об этом: Конусова В.Т., Абдрахманова С.Ж. Опыт Российской Федерации об имплементации отдельных положений зарубежного права в гражданское

В Республике Казахстан также начата работа над разработкой законодательного акта о внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс РК в условиях имплементации положений английского договорного права. Институт законодательства Министерства юстиции РК разработал проект Концепции совершенствования гражданского законодательства РК на основе имплементации положений английского права[1], в соответствии с которой предполагалось внести следующие изменения в Гражданский кодекс РК:

1) усиление роли судебной практики в регулировании имущественных отношений и расширение пределов судебного усмотрения;

2) введение понятия корпорации и законодательного регулирования корпоративных отношений, корпоративных актов и корпоративных соглашений, упорядочивание ответственности должностных лиц корпораций и разработка основ холдингового законодательства;

3) определение значения обещания в качестве юридического факта гражданского права и введение в казахстанское законодательство английского правового принципа «эстоппель» применительно к определенным правовым ситуациям;

4) дополнение Гражданского кодекса РК оговоркой о неизменности обязательств «Clausula rebus sic stantibus»;

5) усовершенствование правил договорной гражданско-правовой ответственности на основе правил «абстрактных убытков» и «недоказанных убытков»;

6) введение в гражданское законодательство регулирования получивших широкое распространение в договорной практике условий, предусматривающих заверения об обстоятельствах (representations and warranties);

7) совершенствование правил о судебном толковании условий гражданско-правового договора;

8) введение в ГК РК независимой гарантии;

законодательство // Вестник Института законодательства РК. – 2015. - № 5(41). – С. 206-216.

[1] Проект Концепции совершенствования гражданского законодательства РК на основе имплементации положений английского права// https://online.zakon.kz (дата обращения: 01.12.2019).

9) введение в гражданское законодательство регулирования распространенной в договорной практике оговорки от убытков, потерь - «indemnity clause»;

10) закрепление в ГК РК применяемых на практике конструкций рамочного и абонентского договоров.

После неоднократных обсуждений проект Закона РК был переработан и было изменено его название – теперь он называется «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права»[1].

Совершенно очевидно, что разработчики расширили не только название, но и содержание законопроекта за счет включения в него положений не только английского, но и европейского права.

В частности, предусмотрено внесение следующих изменений в гражданское законодательство:

1) установление запрета противоречивого поведения в качестве одной из форм злоупотребления правом (принцип «venire contra factum proprium»; английская правовая концепция эстоппеля);

2) дополнение Гражданского кодекса РК оговоркой о неизменности обязательств «Clausula rebus sic stantibus» (английский институт фрустрации контракта);

3) усиление компенсационного характера гражданско-правовой ответственности за нарушение договора;

4) состав и доказывание убытков;

5) возмещение убытков при прекращении договора (абстрактные убытки);

6) необоснованные доходы нарушителя и размер упущенной выгоды;

7) заранее оцененные (договорные) убытки;

[1] Проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921 (дата обращения: 01.12.2019).

8) совершенствование правил о договорной неустойке;

9) введение правил о преддоговорной ответственности. Соглашение о порядке ведения переговоров;

10) введение в гражданское законодательство регулирования получивших широкое распространение в договорной практике условий, предусматривающих заверения об обстоятельствах, имеющих значение при заключении договора;

11) совершенствование правил о судебном толковании условий гражданско-правового договора;

12) введение в ГК РК независимой гарантии;

13) введение в гражданское законодательство регулирования распространенной в договорной практике оговорки от убытков, потерь - «indemnityclause»;

14) уточнение состава убытков, подлежащих взысканию за нарушение предварительного договора;

15) абонентский договор;

16) договор с открытыми условиями;

17) агентский договор;

18) опционные соглашения;

19) обеспечительный платеж (security deposit);

20) договор эскроу и договор счета эскроу[1].

Сразу же хотелось бы отметить, что данный законопроект весьма существенно был расширен за счет включения не только институтов английского и европейского права, но и институтов других стран – США, Российской Федерации, Канады, Сингапура и др., а также тех институтов, которые нашли отражение в различных международных документах. В связи с чем название законопроекта также следовало бы уточнить, почему в нем речь идет только об имплементации положений английского и европейского права?

Вообще, на наш взгляд, в последнее время складывается весьма печальная ситуация, когда разработчики тех или иных проектов законодательных актов не особо утруждают себя глубоким анализом тех или иных тенденций развития и

[1]Пояснительная записка к проекту Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» //https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921#pos=0;93 (дата обращения: 01.12.2019).

совершенствования законодательства в нашей стране – ведь совершенно не обязательно учитывать весь зарубежный опыт, сначала надо изучить его всесторонне применительно к нашим реалиям, а потом уже формулировать какие-то предложения по совершенствованию законодательства. Ведь не случайно в Российской Федерации отказались от того, чтобы включать все вопросы имплементации положений английского права в один законопроект, наверно, и там были противники этого подхода, так почему же мы так стремимся выполнить и перевыполнить поставленные перед нами задачи? Откуда у нас такое стремление быть впереди планеты всей в таких сложных, неоднозначных и серьезных вопросах?

Сколько уже и писали и говорили о различиях английской и романо-германской правовых систем, о том, что нет необходимости все институты английского договорного права имплементировать, что необходимо в полной мере использовать те договорные конструкции, которые дает нам романо-германская правовая система.

Первоначально планировалось внести изменения и дополнения в Гражданский кодекс РК, а теперь предполагается внесение изменений и дополнений в целый ряд законодательных актов:

Кодекс РК от 29 октября 2015 г. «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан»;

Закон РК от 13 мая 2003 г. «Об акционерных обществах»;

Закон РК от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью»;

Закон РК от 31 августа 1995 г. «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»;

Закон РК от 26 июля 2016 г. «О платежах и платежных системах»;

Закон РК от 7 июля 2004 г. «Об инвестиционных и венчурных фондах»;

Закон РК от 1 марта 2011 г. «О государственном имуществе»;

Закон РК от 2 июля 2003 года «О рынке ценных бумаг»[1] (хотелось бы особо подчеркнуть, что хотя разработчики и не

[1]Пояснительная записка к проекту Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам

указывают Гражданский процессуальный кодекс и Закон РК об арбитраже, но в них они также предлагают внести изменения, связанные с усовершенствованием процедуры признания и принудительного исполнения иностранных арбитражных решений и приведением ее в соответствие Нью-Йоркской Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и Конвенции ICSID (Вашингтонской конвенции 1965 г.).

Здесь возникает ощущение, что мы уже с этим сталкивались, когда шла разработка проекта Предпринимательского кодекса, тоже была попытка объять необъятное и включить в законопроект все вопросы, которые возникают в процессе осуществления предпринимательской деятельности. Всем известно, чем это закончилось, приняли Предпринимательский кодекс как акт публичного права, но в весьма усеченном виде, поскольку не все вопросы публично-правового регулирования предпринимательской деятельности в него вошли, да и не в чистом виде акт публичного права, поскольку и частно-правовые вопросы в нем остались, перекочевав вместе с нормами специальных законов, вошедших в его состав.

Самое интересное, что разработчики расширили название и содержание законопроекта не только за счет включения в него положений об институтах английского, европейского и других стран, но и за счет положений предпринимательского законодательства, в большей степени инвестиционного законодательства.

И здесь опять возникает вопрос – а причем здесь имплементация положений английского права, как это изначально предполагалось? В Великобритании нет ни Предпринимательского кодекса, ни Закона об инвестициях или об иностранных инвестициях, да и Гражданского кодекса нет, а тогда что мы имплементируем? Английское договорное право? Тогда причем здесь иностранные инвестиции?

совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» //https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921#pos=0;93 (дата обращения: 01.12.2019).

Разработчики предлагают внести следующие изменения в Предпринимательский кодекс РК по вопросам инвестиций:

1) усовершенствование нормативного закрепления понятий «инвестор», «инвестиции», «инвестиционная деятельность» и «инвестиционные споры»;

2) регулирование иностранных прямых инвестиций на основании международных договоров;

3) гарантии инвесторам;

4) иммунитет Республики Казахстан;

5) признание и принудительное исполнение иностранных арбитражных решений[1].

В принципе, мы с этими предложениями согласны. Действительно, при разработке Предпринимательского кодекса ранее действовавший Закон РК об инвестициях практически дословно, без переработки был включен в состав законопроекта, и, в последующем, в текст самого кодекса. Не вдаваясь сейчас в подробности, отметим лишь, что мы полностью разделяем мнение зарубежных экспертов, которые рекомендуют выделить вопросы, связанные с осуществлением инвестиционной деятельности в отдельный законодательный акт. Но опять-таки, какое это имеет отношение к имплементации положений английского договорного права? Зачем все смешивать, мало того, что уже смешали инвесторов и предпринимателей, так теперь еще и с вопросами совершенствования гражданского законодательства смешаем и вопросы совершенствования предпринимательского и инвестиционного законодательства.

Все эти вопросы нуждаются в отдельном законодательном регулировании, и их не стоит решать попутно с вопросами договорного регулирования и правового обеспечения договорных отношений.

Таким образом, можно прийти к неутешительному выводу о том, что данный законопроект весьма существенно отличается от того, каким он должен бы был быть, исходя из концепции и поставленных задач. Разработчикам следует сосредоточить свои

[1]Пояснительная записка к проекту Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» //https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921#pos=0;93 (дата обращения: 01.12.2019).

усилия на вопросах имплементации положений английского и европейского договорного права в гражданское законодательство РК, и не пытаться попутно решить и другие задачи, которые перед ними никто и не ставил.

§2. Сравнительная характеристика англо-американской и романо-германской правовых семей

Изучение романо-германской и англо-американской правовых семей, проведение их сравнительного анализа имеет большое значение для юридической науки. Анализ и сравнение романо-германской и англо-саксонской правовых семей актуально также и тем, что подводит к пониманию закономерностей развития правовых систем современности и появляется возможность использования зарубежного опыта для решения конкретных правовых задач, совершенствования национального законодательства. Сравнительные исследования позволяют под новым углом зрения подойти к решению многих традиционных вопросов правоведения. Сравнение правовых семей играет важную роль в изучении позитивного и негативного юридического опыта, накопленного в двух правовых семьях.

В данной работе мы сначала решили целесообразным изложить некоторые основные классификации правовых систем. Отечественные и зарубежные ученые приводят различную классификацию правовых систем в зависимости от выбранных критериев. Так, известный ученый Р. Давид все существующие в мире правовые системы группирует на следующие правовые семьи: романо-германскую, англосаксонскую, или семью «общего права», социалистическую, и иные правовые системы[1]. В своей классификации автор применяет критерий - юридическую технику, которой пользуются юристы той или иной страны, и идеологию, включающую в себя философские, политические и экономические принципы правовой системы данного государства.

Известные компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кётц поддерживают иную классификацию, согласно которой

[1] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер с фр. ТумановаВ.А. –М.: Международные отношения, 1996. (a. 20; b. 209; c. 241; d. 21; e. 70; f. 23).- 400с.

выделяются правовые семьи: романская, германская, скандинавская, англо-американская, социалистическая, права стран Дальнего Востока, а также право ислама и индуистское право[1]. Основным критерием является правовой стиль, который состоит из пяти факторов: происхождение и развитие правовых систем, своеобразие юридического мышления, особенности правовых институтов, источники права, идеологические факторы.

Компаративисты Дж. Мэрримен и Д. Кларк, используя в качестве критерия классификации правовые традиции, приходят к выводу о том, что в современном мире существуют три основные правовые семьи – континентальное, общее и социалистическое право, а также все остальные правовые семьи (исламское, индусское, иудейское, китайское, корейское и японское право)[2]. Стоит отметить также интересную классификацию правовых систем современности американского ученого К. Осакве, который использует термин «англо-американское общее право». Автор объединяет национальные системы в две большие группы – религиозные (мусульманская, еврейская, каноническая, право Хинду) и нерелигиозные правовые системы, последних разделяет на - правовые системы западного права (романо-германская, англо-американская, скандинавская), квазизападное право (социалистическое) и не западное право (юго-восточное азиатское право, африканское обычное право)[3].

Согласно вышеприведенным классификациям, ученые-компаративисты в своих работах используют различные термины как «англо-американская правовая семья» и «англо-саксонская правовая семья», или «семья общего права». Также в специальной литературе (например, в работе Ю.А. Тихомирова) иногда для характеристики англо-американской правовой системы используют понятие «общее право», хотя его употребление неоднозначно. Известные компаративисты К.

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. (a. 117; b. 285). - 512 с.

[2] Merryman J., Clark D. Comparative Law: Western European and Latin American Systems. N.Y., 1978. - P. 26.

[3] Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части: Учеб.-практ. пособие. - 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Дело, 2002. – 464 с. – С. 57.

Цвайгерт, Х. Кётц отмечают, что, в узком смысле общее право - это право английских королевских судов, а в широком смысле – это право англо-американской правовой семьи в целом[1]. В связи с этим, полагаем, что применение термина «общее право» для обозначения данной семьи будет приводить к определенным сложностям в понимании для лиц, незнакомых с английским правом.

Несмотря на то, что все вышеперечисленные термины являются синонимами и используются в сравнительном правоведении как взаимозаменяемые, на наш взгляд, в научной литературе необходимо придерживаться термина «англо-американская правовая система». Так как он подходит для более точного обозначения данной правовой семьи и подразумевает не только право Англии, Содружества наций, но и право США.

В свою очередь известные ученые В.С. Белых и А.Х. Саидов подразделяют англо-американскую правовую семью на две группы: английское право и связанное с ним по своему происхождению право США. В группу английского права входят наряду с Англией Северная Ирландия, Канада (кроме Квебека), Австралия, Новая Зеландия, а также право бывших колоний Британской империи (36 государств Британского содружества). Вторую группу образует право США, которое, имея своим источником английское общее право, однако в настоящее время является вполне самостоятельным[2]. В приведенной классификации они используют английское право в широком смысле, как общая модель права во многих англо-язычныхстранах.

В целом англо-американская правовая семья является одной из наиболее распространенных в мире правовых семей. Широкое распространение английского общего права обусловлено ~~с~~тем, что Англия была крупнейшей колониальной державой с многочисленными колониями на разных континентах.

Как известно, основу англо-американской правовой семьи составляет английское право. Рассматривая английское право как

---

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. - Т.1. Основы: Пер. с нем. - М.: Международные отношения, 1998. (a. 117; b. 285). - 512 с.

[2] Белых В.С. Особенности и общие тенденции развития англо-саксонской и континентальной правовых систем // Құқық және мемлекет. 2016. - № 2 (71). – С.60-64.

свод юридических обязательных норм, Р. Давид пишет, что «сфера применения английского права ограничивается Англией и Уэльсом. Оно не является ни правом Соединенного Королевства, ни правом Великобритании, так как Северная Ирландия, Шотландия, острова Ла-Манша и остров Мэн не подчиняются английскому праву»[1]. В работе А.Я. Сухарева также отмечается, что «в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии наряду с английским правом, действующим в Англии и Уэльсе, функционирует как совершенно самостоятельная система право Шотландии. Известными особенностями отличается и английское право, действующее в Северной Ирландии»[2]. Исходя из данных положений, можно утверждать, что английское право как национальное право применяется ограниченно, только в Англии и в Уэльсе.

В юридической литературе вместе с термином «английское право», также используют категорию «англосаксонское право». По данному вопросу М.Н. Марченко утверждает, что его употребление представляется неточным с позиции истории государства и права. Так как термин «англосаксонское право» применим только к определенному периоду эволюции английского государства и права[3]. Как пишет известный ученый сравнительного правоведения Р. Давид, «есть дата, которая является основополагающей в истории английского права, как и в истории самой Англии и Европы, - это 1066 год, когда Англия была завоевана нормандцами. Период, предшествовавший этой дате, в Англии называют периодом англосаксонского права». Он также делает примечание, что использование термина «англосаксонский» для обозначения английского или американского права встречает нарекания вне Европейского континента и кажется там абсурдным[4]. Данную точку зрения

---

[1] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер с фр. Туманова В.А. –М.: Международные отношения, 1996. (a. 20; b. 209; c. 241; d. 21; e. 70; f. 23).- 400с. - С. 208.

[2] Правовые системы стран мира: Энциклопед. сборник / Отв.ред. д.ю.н., проф. Сухарев А.Я. - 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство НОРМА, 2003. - 976 с. – С. 135.

[3] Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. – М.: ООО «Городец-издат», 2002. – 1068 с. - С.616.

[4] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер с фр. Туманова В.А. –М.: Международные отношения, 1996. (a. 20; b. 209; c. 241; d. 21; e. 70; f. 23). – 400 с.

считаем вполне обоснованной, так как понятие «англосаксонское право» является частным к понятию «английское» право и подразумевает его в определенном историческом периоде. Таким образом, термин «англосаксонское право» следует применять, когда идет речь об английском праве до 1066 г., т.е. до нормандского завоевания.

Для того, чтобы понять существенные отличия англо-американской семьи, нужно кратко рассмотреть историю его развития.

В своем становлении англосаксонская правовая семья прошла четыре главных этапа: 1) до 1066 г. (нормандского завоевания Англии) - отсутствие общего для всех права; основным источником права являлись местные обычаи, различные для каждого региона; 2) 1066 - 1485 гг. (от нормандского завоевания Англии до установления власти династии Тюдоров) - централизация страны, создание в противовес местным обычаям общего права для всей страны, которое отправляли королевские суды; 3) 1485 - 1832 гг. - период расцвета общего права и его упадка; нормы общего права стали отставать от реальной действительности: во-первых, общее право было слишком формальным и громоздким, что снижало его эффективность; во-вторых, дела, которые было сложно либо невозможно решать, опираясь на общее право, стали разрешаться посредством возникшего «права справедливости», которое самостоятельно творил английский лорд-канцлер (представитель короля), исходя из принципов справедливости; 4) 1832 г. - наши дни - судебная реформа 1832 г. в Англии, в результате которой судьи получили возможность по своему усмотрению решать юридические дела, опираясь как на общее право, так и на собственное убеждение справедливости (т.е. при рассмотрении дел судьями принимаются во внимание как образцы решения подобных дел в прошлом - судебные прецеденты, так и мнение судей, основанное на их собственном понимании справедливости, - «судьи творят право, право есть то, что говорят о нем судьи»); распространение данной системы на английские колонии, где они внедрились, согласуясь с местной спецификой[1]. Согласно Актам о судоустройстве 1873-1875 гг. было разрешено

[1] Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. – М.; Юристъ, 2004. – 245 с. – С. 89.

всем высшим судебным органам рассматривать дела на основе общего права и права справедливости. В современный период можно отметить также важную конституционную реформу в Великобритании, проведенную в 2005 г. Согласно Акту «О конституционной реформе» 2005 г. был создан Верховный суд Соединенного Королевства, которому передались судебные функции Палаты лордов и Судебного комитета Тайного совета. Основная цель реформы заключалась в разделении ветвей властей и усилении независимости судебной власти.

Исходя из краткой истории развития английского права можно выявить некоторые характерные черты и особенности англо-американской правовой семьи. В настоящее время отличительные особенности англо-американской правовой семьи приведены в различных работах исследователей сравнительного правоведения - Р.Давида, В.С. Белых, А.Х. Саидова, Ю.А. Тихомирова и др. В данной работе мы предприняли попытку обобщить все материалы и изложить наиболее важные, концептуальные его особенности в сравнении с романо-германской правовой семьей.

Во-первых, структура права - общее прецедентное право («Common Law»), право справедливости («Law of Equity») и статутное право. Как известно, общее право разработано на основе результатов отдельных судебных дел. Каждое судебное дело послужило основанием для суждения о следующем случае аналогичного характера. На протяжении столетий и многих тысяч судебных дел этот процесс привел к созданию целого ряда законов, охватывающих большинство аспектов общества и основанных на принципах, общих для общества в целом.

Одной из отличительных черт общего права является то, что оно развивается путем использования, а не навязывается кодифицированным законодательством, как в романо-германской правовой семье.

Как известно из истории английского права, право справедливости складывалось из решений лорда-канцлера и существовало с XV в. до судебной реформы 1873-1875 гг., в результате которой произошло объединение права справедливости с общим правом.

Хотя многие авторитетные ученые, в том числе Л.А. Морозова отмечают его восполняющую, дополнительную роль в

английском праве. Автор приводит доводы, что «право справедливости представляет собой совокупность норм, сформировавшихся из решений лорда-канцлера, который действовал от имени короля при рассмотрении жалоб на решения обычных королевских судов. При этом его решения основывались на «королевской справедливости» и восполняли пробелы в общем праве, вносили коррективы в деятельность королевских судов»[1]. В.А. Стрижаков, анализируя данное право, вполне обоснованно отмечает, что «право справедливости» предоставляло защиту более широкого круга прав, а также большее разнообразие средств их защиты по отношению к общему праву»[2].

Также известно, что статутное право состоит из писаных законов, принятых законодательным органом. В последнее время роль статутного права заметно усиливается, а также количество принимаемых законов в разных отраслях общества постепенно возрастает. Так как в содержании статутов нет такой казуистичности, для применения на практике они требуют дальнейшего судебного толкования, хотя формально они действуют с момента их издания. На практике статуты принимаются для внесения в действующее право необходимых дополнений и изменений, а также для дополнения положений общего права или права справедливости.

Российский ученый Д.Г. Белых определяет, что «статутное право формируется парламентом по таким вопросам, с которыми плохо справились бы судебные органы в рамках общего права. Примером статутного права является корпоративное право»[3].

По сравнению с этим, право в романо-германской правовой семье традиционно делится на публичное и частное. Это один из признаков влияния на них римского права. Тогда как в англо-саксонской правовой семье отсутствуют какие-либо ярко выраженные признаки рецепции римского права.

---

[1] Морозова Л.А. Теория государства и права. Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Российское юридическое образование, 2010. – 383 с. – С. 212.

[2] Стрижаков И.В. «Право справедливости» Англии 15-17 вв. как самостоятельная система права // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. - 2015. - №5.- С.101-103. URL // https://cyberleninka.ru/article/n/pravo-spravedlivosti-anglii-15-17-vv-kak-samostoyatelnaya-sistema-prava (дата обращения: 23.04.2018).

[3] Белых Д.Г. Общие основы английского права. Октябрь 29, 2016 // [Электронный ресурс] https:// finstran.wordpress.com/общие-основы-английского-права/ (дата обращения: 24.04.2018).

Во-вторых, *судебный прецедент как основной источник права в англо-американской правовой семье.* Источниками права в англо-американской семье являются судебные прецеденты, парламентские статуты, обычаи, доктрина. Однако судебные прецеденты занимают ведущую роль среди источников права, так как нижестоящие суды придерживаются однажды принятого прецедентного права и в других аналогичных делах.

Как пишет компаративист А.Х. Саидов, «в отличие от судей стран романо-германской правовой семьи судья страны общего права «примеряет» конкретное дело не к правилам действующей нормы права, а к существующим сходным судебным прецедентам»[1].

Общеизвестно, что в романо-германской правовой семье нормативно-правовой акт является основным источником права.

В-третьих, в английском праве отсутствует строгая отраслевая классификация, разграничиваются важные правовые институты – право собственности, право лиц, право контрактов (договоров). Эту особенность В.В. Кожевников объясняет тем, что все суды имеют общую юрисдикцию, т. е. могут разбирать разные категории дел; б) дифференциация и группировка норм права происходит не по отраслям, а по институтам[2].

В-четвертых, для стран англо-американской правовой семьи не характерна систематизация и кодификация законодательства. Большинство ученых отмечают, что даже, если и имеются кодексы, они носят иной характер, чем кодексы стран романо-германской правовой семьи. Так, во многих штатах США существуют гражданские и гражданские процессуальные кодексы, но они представляют собой результат консолидации права, что и отличает их от европейских кодексов[3]. Эту особенность можно объяснить тем, что нормы общего права – это положения из решений королевских судов, которые были тесно связаны с обстоятельствами конкретного дела и рассчитаны на

---

[1] Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. Туманова В.А. – М.: Юристъ, 2003. (a. 248; b. 249; c. 250). - 448 с.

[2] Кожевников. В.В. Современное английское общее право: новое прочтение // Вестник Омского университета. Серия «Право». - 2015. - № 4 (45). - С. 53–64.

[3] Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. Туманова В.А. – М.: Юристъ, 2003. (a. 248; b. 249; c. 250). - 448 с.

разрешение этого дела, а не на установление общих правил поведения для широкого круга случаев.

В-пятых, норма общего права носит казуистический (индивидуальный) характер. Это обусловлено тем, что в англо-американской правовой семье нормы являются результатом судебных решений и нацелены на разрешение спора. Тогда как нормы в романо-германской правовой семье носят общий характер и предназначены для регулирования всех возможных случаев.

В-шестых, приоритет процессуального права перед материальным. Эта черта обусловлена развитием общего права и широким применением судебных прецедентов при разрешении дел. Излагая эту особенность англо-американской правовой семьи, исследователь В.В. Кожевников пишет, «если на континенте интересуются, как регламентирована данная ситуация, то в Англии – в каком порядке она может быть рассмотрена, чтобы прийти к правильному судебному решению. Прецедентное право – это право преимущественно судебное, или процессуальное»[1]. Данная особенность было выделена изначально в работе известного ученого Р. Давида, согласно которой, «процессуальные вопросы выдвигались на первый план для английских юристов...потому что, материальное английское право до XIX века было чрезвычайно бесформенным и нечетким»[2].

Для проведения сранительного анализа двух правовых семей также необходимо выявить отличительные черты романо-германской правовой семьи.

Как известно, романо-германская правовая семья включает в себя большую часть стран Африки, все страны Латинской Америки, страны Ближнего Востока, Японию, Индонезию, и страны континентальной Европы.

Романо-германская правовая семья считается самой древней из всех правовых семей мира. Как известно, основа романо-германской правовой семьи была заложена в Древнеримском государстве. По мнению Л.П. Рассказова «как

[1] Кожевников. В.В. Современное английское общее право: новое прочтение // Вестник Омского университета. Серия «Право». - 2015. - № 4 (45). - С. 53–64.

[2] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер с фр. ТумановаВ.А. – М.: Международные отношения, 1996. (a. 20; b. 209; c. 241; d. 21; e. 70; f. 23). - 400 с.

таковая романо-германская система появляется в XII–XIII вв., т. е. после рецепции в Европе римского права»[1]. Также автор приводит разъяснение по поводу объективных причин названия данной семьи как «семья континентального права», «семья цивильного права». Согласно его доводам, «иногда данная правовая семья называется семьей континентального права, что подчеркивает принципиальное различие романо-германского права, возникшего на Европейском континенте, от общего права, возникшего также в Европе (в Англии), но за пределами этого континента. Рассматриваемая правовая семья называется также семьей цивильного (гражданского) права, возникшего от латинского термина «цивильное право» («jus civil»), означавшего распространение римского права лишь на римских граждан («cives»). В этом случае показывается огромное влияние римского права на право стран континентальной Европы»[2].

Отличительными особенностями романо-германской правовой семьи являются:

Во-первых, *данная правовая семья основана на Римском праве*. В литературе начало истории романо-германской правовой семьи определяют XII веком[3], когда происходил процесс Возрождения античной культуры. Также всем известно, что романо-германская правовая семья сформировалась на основе изучения римского права в итальянских, французских и германских университетах, создавших в XII-XVI вв. на базе Свода законов Юстиниана общую для многих европейских стран юридическую науку[4]. И сейчас данная правовая семья функционирует на основных понятиях, принципах, правовых институтах, заимствованных из римского права.

---

[1] Рассказов Л.П. Теория государства и права: углубленный курс: Учебник. - М.:РИОР: ИНФРА-М, 2015. - 559 с. – С. 511.

[2] Рассказов Л.П. Общие черты романо-германской правовой семьи. Правовые системы Скандинавских стран как особая разновидность романо-германской правовой семьи // Научный журнал КубГАУ - Scientific Journal of KubSAU. - 2015. - №111. // URL // https://cyberleninka.ru/article/n/obschie-cherty-romano-germanskoy-pravovoy-semi-pravovye-sistemy-skandinavskih-stran-kak-osobaya-raznovidnost-romano-germanskoy-pravovoy (дата обращения: 27.04.2018).

[3] Купцова С.Ф. О периодизации романо-германской семьи права // Вектор науки ТГУ. Серия: Юридические науки. - 2013. - №1(12). - С. 15-16.

[4] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер с фр. ТумановаВ.А. –М.: Международные отношения, 1996. (a. 20; b. 209; c. 241; d. 21; e. 70; f. 23). – 400 с.

Во-вторых, *единая иерархически построенная система источников писаного права, доминирующее место в которой занимают нормативные акты (законодательство).* В данной правовой семье источниками права являются законы, обычай, судебная практика, юридическая доктрина. Законы принимаются законодательными органами для регулирования важных общественных отношений и обладают высшей юридической силой. В странах романо-германской правовой семьи законы порождают право и применяется принцип «верховенство закона». Основным законом страны считается конституция, в которой закреплены основные права и свободы граждан, а также обязанности государства и гражданина, а также полномочия государственных и властных структур. Также важную роль имеют кодексы, - кодификационные акты, в котором объединены и систематизированы нормы права, регулирующие определенную сферу общественных отношений.

В-третьих, *деление прав на отрасли.* Право делится на отдельные отрасли, такие, как гражданское право, административное право, трудовое право, уголовное право. У каждой отрасли права есть свой предмет, методы и принципы регулирования.

В-четвертых, *законодательство носит кодифициированный характер.* Во многих странах (Франция, Австрия, Германия, Италия, страны СНГ и т.д.) романо-германской правовой семьи существуют гражданские, торговые, уголовные кодексы или своды законов (уложения). По сравнению с этим признаком в странах англо-американской правовой семьи статуты систематизируются путем консолидации.

В-пятых, *оптимальная обобщенность нормы права.* В романо-германской правовой семье нормы создаются законодательными органами и регулируют общественные отношения в оптимально обобщенном виде, т.е. они не предназначены для разрешения конкретной единичной ситуации.

Согласно мнению известного ученого Р. Давида, «правовая норма романо-германской правовой семьи является чем-то

средним между решением спора – конкретным применением нормы – и общими принципами права»[1].

Обобщая вышеизложенное, хотели бы отметить, что англо-саксонская и романо-германская правовые семьи обладают исторически сложившимися традициями и особенностями. Как отмечалось в литературе, «страны романо-германского права и общего права неоднократно соприкасались на протяжении веков. Общее право и сегодня сохраняет структуру, весьма отличающуюся от права романо-германской семьи, но при этом возросла роль закона и методы, используемые каждой из этих семей, сблизились. Норма права все более и более понимается в странах общего права так же, как и в странах романо-германской семьи, и из этого следует, что по существу, и там и здесь по ряду вопросов принимаются очень сходные решения, основанные на одной и той же идее справедливости»[2].

Сближение правовых семей (юридическая конвергенция) в условиях глобализации предполагает внедрение отдельных правовых конструкций, институтов в национальное право какой-либо страны. Как справедливо отмечает российский ученый О.Д. Третьякова, «юридическая конвергенция права и иных социальных норм позволяет обогатить и разнообразить право, приблизить его к реальным общественным отношениям»[3]. В пользу интеграции двух правовых семей Е.С. Туманянц пишет, что «в настоящее время в ЕС взаимодействуют две правовые семьи: романо-германская (страны континентальной Европы) и англо-саксонская (Великобритания). С одной стороны, в романо-германском праве наблюдается существенное повышение значения прецедентной практики, а с другой – характерной тенденцией развития общего права является распространение

[1] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер с фр. Туманова В.А. – М.: Международные отношения, 1996. (a. 20; b. 209; c. 241; d. 21; e. 70; f. 23). - 400 с.

[2] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер с фр. Туманова В.А. – М.: Международные отношения, 1996. (a. 20; b. 209; c. 241; d. 21; e. 70; f. 23). - 400 с..

[3] Третьякова О. Д. Юридическая конвергенция : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Третьякова О. Д. – Владимир, 2012. – 45 с. – С. 12.

законодательного влияния на развитие общественных отношений и усиление кодификации нормативно-правовой базы»[1].

Также хотелось бы привести яркий пример сближения двух правовых семей в современном мире. Если рассмотреть в рамках СНГ, то с 2008 года Республика Армения переняла англо-американскую черту и внедрила судебный прецедент в свою правовую систему. В соответствии с п. 4 ст. 15 Судебного кодекса «обоснования судебного акта Кассационного суда или Европейского суда по правам человека (в том числе толкования закона) по делу, имеющему определенные фактические обстоятельства, являются обязательными для суда при рассмотрении дела по аналогичным фактическим обстоятельствам, за исключением случая, когда последний, приводя весомые аргументы, обосновывает их неприменимость к данным фактическим обстоятельствам», что означает судебный прецедент выступает в качестве одного из источников национального правав Республике Армения[2]. Еще одним примером конвергенции данных правовых семей можно считать включение в российское гражданское законодательство некоторых элементов института эстоппеля (estoppel) из английского права. Так, Федеральным законом РФ от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ пункт 5 статьи 166 ГК изложен в новой редакции, согласно которой, если одна сторона действовала добросовестно, полагаясь на поведение другой стороны, то заявление другой стороны о недействительности сделки не имеет правового значения[3].

Тем не менее, стоит отметить, что любая правовая конструкция неразрывно связана с историческими факторами, юридической культурой общества, и ее успешное внедрение зависит от многих социальных факторов. По данному вопросу мнение академика НАН РК М.К. Сулейменова является верным, который считает, что «к имплементации английского права

[1] Туманянц Е. С. Прецедент в системе источников права англо-американской и романо-германской правовой семьи // Вестник Омской юридической академии. - 2015. - № 3 (28). - С. 12-14.

[2] Судебный кодекс Республики Армения от 7 апр. 2007 г. № ЗР-135 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.parliament.am/legislation.php?ID=2966&sel=show&lang=rus#1c (дата обращения: 24.04.2018).

[3] Гражданский кодекс РФ. 30 ноября 1994 года N 51-ФЗ. [Электронный ресурс].http: //www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ (дата обращения: 24.04.2018).

следует подходить очень осторожно. Необходимо также дифференцированно подходить к имплементации различных институтов английского права»[1]. В связи с этим считаем, что имплементация отдельных элементов английского права в национальное законодательство должна быть осуществлена с большей ответственностью и с учетом опыта в мировой практике.

§3. Размышления по поводу реформы Гражданского кодекса Казахстана

I. Введение

После распада Советского Союза перед всеми государствами бывшего социалистического блока встала задача создания новых правовых основ в области частного права. Так, в девяностые годы прошлого столетия и нулевые годы нового столетия были приняты новые гражданские кодексы, которые частично имеют общие корни в модельном гражданском кодексе для государств-участников СНГ. К ним относятся гражданские кодексы России, Казахстана, Узбекистана и Украины. Особенностью казахстанского и украинского законодательства является то, что там параллельно с Гражданским кодексом был принят Предпринимательский кодекс и Хозяйственный кодекс соответственно.

Однако, в отличие от Хозяйственного кодекса Украины, Предпринимательский кодекс Казахстана ограничивается регулированием вертикальных (публично-правовых) отношений, а частно-правовые отношения прямо исключены из сферы его применения (часть 2 статьи 1 Кодекса)[2].

Грузия[3] в 1997 году и Молдавия придерживались несколько иной модели гражданских кодексов, более ориентированной на модель континентальной Европы. Если

[1] Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана. 2 декабря 2015 г. //[Электронный ресурс].https://www.zakon.kz/4760217-anglijjskoe-pravo-i-pravovaja-sistema.html (дата обращения: 24.04.2018).

[2] Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период: сб. науч. ст. / Под общ. ред. Кузнецовой Н.С. и Сулейменова М.К. – Харьков: Право, 2018. – 864 с.

[3] Civil Code of Georgia // https://matsne.gov.ge/ru/document/download/31702/75/en/pdf (дата обращения 29.09.2019).

сравнивать эти две модели, то можно увидеть, что в особенности Гражданский кодекс Грузии в большей степени привязан к разделению частного и публичного права, дает большую свободу субъектам, например, через отказ от требований к форме, содержит современные правила в сфере заключения юридических сделок посредством новых средств связи, в нем более выражена защита доверия в правовом обороте посредством положений о регистрации, а также вещное право, включая право на владение, представляется более развитым.

В государствах Восточной Европы на первоначальном этапе после обретения независимости сначала от принятия новых гражданских кодексов воздерживались, а вместо этого частично изменили старые кодексы, стараясь привести их в соответствие с новыми требованиями. Процесс создания новых кодексов был начат только после завершения фундаментальных реформ. В настоящее время этот процесс завершен принятием новых гражданских кодексов в Румынии (закон № 287/2009, вступил в силу в 2011 году), Чехии (закон № 89/2012 от 3.2.2012)[1], и Венгрии (Act V 2013)[2]. В Польше в 2006 году была опубликована Зеленая книга о «Видении Гражданского кодекса Польши»[3], на основе которой был разработан проект польского кодекса[4]. Однако новый Кодекс в Польше, как и в Сербии, до сих пор не принят[5]. В Западной Европе, в Германии и Франции, после завершения работы над голландским Burgerlijk Wetboek были проведены большие реформы[6],[7].

В настоящее время в странах, которые первоначально следовали модельному гражданскому кодексу для государств-участников СНГ, началась волна реформ. В России этот процесс

[1] Tichy L. Das neue ZGB für die Tschechische Republik – eine kritische Skizze // ZEuP, 3/2014. - C. 467-503.

[2] Vekas L. Über das ungarische Zivilgesetzbuch im Spiegel der neuern europäischen Privatrechtsentwicklung // ZEuP, 1/2016. - C. 37-54.

[3] Green paper. An Optimal Vision of the Civil Code of the Republic of Poland // https://www.ejcl.org/112/greenbookfinal-2.pdf (датаобращения 29.09.2019).

[4] Zoll F. Die Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – Kodifikation in einer schwierigen Zeit // Osteuropa-Recht, 2/2012. - C. 29-39.

[5] Durovic M. Serbian Contract Law: Its Development and the New Serbian Civil Code // European Review of Contract Law. Vol. 7, Nr. 1/2011. – C. 65-77.

[6] Grundmann S., Schäfer M. The French and the German Reforms of Contract Law // European Review of Contract Law.Vol. 13, Nr. 4/2017. -C.459-460.

[7] Helleringer G. The Anatomy of the New French Law of Contract // European Review of Contract Law. Vol. 13, Nr. 4/2017. - C. 355-375.

был начат в 2008 году, он привел к комплексному пересмотру законодательства[1]. Характерной чертой здесь было то, что российский законодатель разделил реформируемое законодательство на отдельные "блоки", которые обсуждались и принимались отдельно друг от друга. Не принята пока только новелла вещного права. Аналогичные реформы были инициированы в Казахстане, Белоруссии и Узбекистане.

Ниже будут изложены некоторые соображения о том, как опыт, полученный в ходе вышеупомянутых процессов, может быть использован Казахстаном.

II. Размышления по поводу процесса

1. Документация материалов

Главной особенностью реформ, особенно в восточноевропейских государствах, был прежде всего широкий общественный диалог с участием всех заинтересованных сторон, как практиков, так и ученых. Особую роль при этом играет публикация материалов, которые не только ссылаются на текст предлагаемого регулирования, но и содержат высказывания относительно цели, преследуемой новым регулированием, обоснование конкретной формулировки и обсуждение альтернатив. На первый взгляд, такой подход кажется очень трудоемким, но он направляет обсуждение на рациональные рельсы. В материалах, разработанных в последнее время в связи с правовыми реформами, даются ссылки даже на конкретные судебные решения и кейсы. Такие "кейсы" прекрасно подходят для того, чтобы облегчить последующее применение права практикующими юристами.

2. Ориентирование на право ЕС и государств-участников ЕС

Важным при этом также является определение цели реформы, в частности, в какой степени законодательство Европейского союза должно служить образцом для подражания.

[1] Mascher M. Die Modernisierung des russischen Zivilgesetzbuches in den Jahren 2012 bis 2015 im Überblick // JOR. Vol. 57, Nr. 2/2016. - С. 257-273; Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Статут, 2018. - 528 с.; Кодификация российского частного права 2019 / Под ред. Медведева Д.А.; Исслед. центр частн. права им. Алексеева С.С. при Президенте РФ. - М.: Статут, 2019. - 492 с.

Для стран Восточной Европы опора на европейское право была предопределена политическими и историческими причинами. Однако здесь возникла проблема, связанная с отсутствием всеобъемлющего регулирования частного права в Европейском союзе. В этом отношении ЕС не обладает достаточной законодательной компетенцией, и только в некоторых областях, а именно в области защиты прав потребителей, была проведена гармонизация законодательства[1]. Хотя в ЕС и была проведена подготовительная работа над общим европейским гражданским кодексом, результатом которой стала в 2009 году публикация проекта "Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной схемы (DCFR)"[2]. Однако в настоящее время этот проект не реализуется, равно как и проект общеевропейского права, регулирующего договор купли-продажи[3]. Ни один из этих проектов в настоящее время не является политически осуществимым. Тем не менее, DCFR, в частности, предлагает большое количество формулировок, которые могут быть использованы в процессе разработки законопроектов. Следует также упомянуть Принципы международных коммерческих договоров Международного института унификации частного права (УНИДРУА-UNIDROIT), которые в последний раз пересматривались в 2016 году[4]. Последнее развитие событий в ЕС сосредоточено на создании надлежащих правовых условий для требований дигитализации. В этой связи особую актуальность приобретают недавно принятые Директивы 2019/770 о некоторых договорных аспектах предоставления цифрового контента и услуг и 2019/771 о некоторых договорных аспектах торговли товарами.

[1] Директива ЕС 2011/83/EU от 25.10.2011 о правах потребителей.

[2]"Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной схемы (DCFR)" // https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles__definitions_and__model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf (дата обращения 29.09.2019).

[3] Предложение по Постановлению о едином европейском законодательстве, регулирующем договор купли-продажи, Com 2011/0035 // https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635 (дата обращения 29.09.2019).

[4] Принципы международных коммерческих договоров Международного института унификации частного права (УНИДРУА-UNIDROIT) // https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016 (дата обращения 29.09.2019).

3. Английское право в качестве модели?

В отсутствие единого европейского законодательства у стран с переходной экономикой возникает вопрос о возможном ориентировании на право одного из государств-участников ЕС. В Казахстане, в частности, прямо предусмотрено создание институтов английского права; в России в ходе реформы Гражданского кодекса также были введены отдельные институты, в некоторых случаях с сохранением английского обозначения, например, "Эстоппель" в ч. 5 ст. 166 ГК РФ и "Эскроу счет" в ст. 860.7 ГК РФ. Другие положения, взятые из английского права, содержатся в ст. 406.1 и ст. 431.2 ГК РФ. Первая норма касается соглашений о размере ущерба, вторая - ответственности за заверения об обстоятельствах.

Использование английского права кажется на первый взгляд очевидным. Однако основной причиной этого изначально было только лишь широкое распространение английского языка. С одной стороны, это облегчает доступ к английскому праву по сравнению с законодательством других стран. С другой стороны, международные договоры часто заключаются на основе английского права, в результате чего инвесторы хотят видеть соответствующие концепции в национальной правовой системе. Задача местных юристов состоит в таком случае в том, чтобы "воплотить" идеи инвесторов в национальную правовую систему. Среди других преимуществ английского права называют его гибкость, приоритет свободы договора и большое количество судебных решений, которые дают ответы на аналогичные вопросы в национальном законодательстве. Однако эти преимущества, согласно представленному здесь мнению, не являются таковыми. Серьезным недостатком является то, что с трудом поддающаяся обзору казуистика английского права смещает акцент с основополагающих принципов и направляет дискуссию слишком сильно в сторону сопоставления казусов и, следовательно, в сторону выяснения фактических вопросов.

Согласно представленному здесь мнению, необходимости вносить поправки в российское законодательство по этим вопросам не было. Принцип эстоппеля уже был закреплен в российском законодательстве в виде запрета на злоупотребление правом, а другие конструкции вытекают из принципа свободы

договора. Как представляется, проблема здесь заключается в слишком узком понимании кодификации. Такое понимание основывается на принципе, согласно которому запрещено то, что прямо не разрешено. На самом деле всё наоборот. Стороны, в принципе, могут договариваться на основе свободы договора обо всем[1], будь то размер требования о возмещении убытков, будь то независящая от вины ответственность должника за недостоверные заверения. Также и ст. 431.2 ГК РФ не выходит за рамки того, что было уже ранее предусмотрено действующим российским законодательством, поскольку каждое нарушение обязанности обосновывает требование о возмещении ущерба. В частности, до сих пор можно было давать обещание нести ответственность за свойство товара независимо от вины. Напротив, новое регулирование откладывает решение вопроса об освобождении от ответственности, которое возможно, если кредитор "не полагался на обещание". Доверие обещанию, однако, касается другой причины ответственности, а именно обмана. Согласно представленному здесь мнению, в этом случае смешиваются две разные категории, известные российскому законодательству, которые, однако, следует рассматривать отдельно: основанная на «гарантии» ответственность в рамках сделки и деликтная ответственность за обман. В результате, в российское право был введен институт из английского права, применение которого по причине наличия других конструкций ответственности должника может представлять трудности.

Из этого следует окончательный вывод, что это задача науки - выработать как можно более широкий спектр возможных решений конкретной правовой проблемы на основе законодательства самых разных правовых систем, а законодатель должен выбрать из них наиболее подходящее для Казахстана решение.

III. Структурные вопросы

1. Отказ от принципа отраслевого законодательства

Вышеупомянутый вопрос систематизации возникает также в связи с другими законами в конкретных секторах. Здесь следует

[1] Möller. Working with legal principles - demonstrated using private autonomy and freedom of contract as examples // European Review of Contract Law. - Vol. 14, Nr. 2/2018. - C. 101-137.

прежде всего упомянуть Земельный кодекс, частно-правовые положения которого должны быть перенесены в Гражданский кодекс. То же самое относится и к другим специальным законам, например, закону о защите прав потребителей, об обеспечительных правах на движимое имущество, ипотеке и др.

Второй аспект систематизации касается концепции рамочного законодательства. Так, ГК Казахстана содержит в различных местах положения, которые лишь частично регулируют определенный комплекс правоотношений (например, в отношении юридических лиц в части 5 статьи 34, части 2 статьи 37, части 2 статьи 38, а также в отношении залога в части 2 статьи 319 ГК). В современных кодексах законодатель стремится как можно более полно, но в то же время окончательно урегулировать каждый конкретный комплекс.

2. Разграничение публичного и частного права

Одной из центральных задач реформы частного права Казахстана будет разграничение частного и публичного права. Такое разграничение представляется необходимым не только с учетом различной подсудности, но прежде всего в силу того обстоятельства, что принцип частной автономии не действует в отношении государства. Вместо него действует принцип связанности законом. Государство вправе действовать только на основании и в рамках закона. В соответствии с этим, в отношении юридической силы частных и государственных правовых актов действуют различные условия.

В то время как Гражданский кодекс Казахстана проводит это различие в ч. 4 ст. 1, Предпринимательский кодекс следует принципу отраслевого законодательства. В частности, Предпринимательский кодекс должен быть ограничен положениями, которые относятся к публичному праву, т.е. положениями, в которых государство или его органы являются субъектами, и которые основаны на принципе подчинения. В соответствии с этим должны быть определены формы судебной защиты в зависимости от того, направлены ли они против государства или против других субъектов предпринимательской деятельности. Таким образом, ст. 300 и след. Предпринимательского кодекса Казахстана представляются недоработанными.

С другой стороны, Гражданский кодекс должен быть освобожден от норм, регулирующих участие государства в гражданско-правовых отношениях. В соответствии с этим, следует пересмотреть, в частности, статьи 19, 21, 102-104, ч. 4 157, 192, 196-208, 251-258 ГК Казахстана.

IV. Усиление принципов материального права

1. Принцип правовой определенности

Одной из центральных задач частного права является обеспечение стабильных правовых отношений. Этот принцип охватывает два аспекта: защита добросовестности и стабильность договорных отношений.

1.1. Защита добросовестности

Концепция защиты доверия уже зафиксирована в различных местах ГК Казахстана, например, в ч. 2 ст. 171 и ст. 261. Этот принцип нуждается в дальнейшем развитии, прежде всего в отношении защиты добросовестности относительно содержания публичных реестров (Относительно реестра юридических лиц см. ст. 8 Директивы ЕС 2017/1132 от 14.6.2017. Соответствующие положения следует предусмотреть для реестра прав на недвижимое имущество. К регулированию реестра прав на недвижимое имущество см. ст. 182 ГК Украины)[1]. При этом необходимо дополнительно изучить вопрос о том, должно ли быть предусмотрено в законе в случае ст. 261 ГК Казахстана приобретение права собственности неуполномоченным лицом вместо простого возражения против требования (прежнего) собственника о реституции.

В этом контексте следует также рассмотреть вопрос о дополнении положений о реестре (ст. 118 ГК Казахстана) путем защиты добросовестности в отношении содержания реестра прав на недвижимое имущество или реестра юридических лиц. Российский законодатель это уже сделал (Ст. 8.1 (6) ГК РФ).

[1]Директивы ЕС 2017/1132 от 14.06.2017.

1.2 Стабильность договорных отношений

Принцип стабильности договорных отношений выражен в принципе «pacta sunt servanda» (договоры должны соблюдаться). Этот принцип имеет первостепенное значение для функционирования рыночной экономики. В этой связи, по крайней мере в других государствах, была выявлена проблема, состоящая в том, что должникам стало легче отказываться от договорных условий, ссылаясь на положения, соответствующие ч. 10 и 11 ст. 159 ГК Казахстана. Поэтому в России соответствующие положения были пересмотрены. Исходя из этого, Казахстану также целесообразно пересмотреть практику применения судами положений об оспоримости и ничтожности юридических сделок, чтобы определить, не слишком ли легко суды на основании нечеткой формулировки этих положений признавали договоры недействительными.

В этом контексте следует отметить, что различие между оспоримыми и ничтожными юридическими сделками является целесообразным с целью сохранения стабильности правовых отношений. Поскольку посредством этого разделения правом ссылаться на основания недействительности, если они носят субъективный характер и не имеют большого значение, наделяется только небольшая группа лиц.

2. Принцип добросовестности

При реформировании ГК РФ большое значение придавалось внесению изменений в статью 1, которая содержит положение, обязывающее стороны действовать добросовестно. В ГК Казахстана хотя и упоминается этот принцип в ч. 4 ст. 8, но он не уточняется. Прежде всего, следует отметить, что в данном случае речь идет о генеральной оговорке, непосредственное применение которой сопряжено с трудностями, поскольку формулировка нормы не содержит конкретных обязательств.

С другой стороны, важную роль играют сопоставимые положения кодексов стран европейского континента. Обязанность вести себя в соответствии с принципами добросовестности предоставляет судам возможность дополнять договорные отношения. В качестве примера можно привести вопрос о том, обязан ли грузоотправитель или перевозчик груза надлежащим образом упаковывать груз. Если этот вопрос не

урегулирован ни договором, ни законом, принцип добросовестности позволяет судам установить такую обязанность грузоотправителя. В английском праве эта концепция дополнения договора судом известна как доктрина подразумеваемых условий. Та же идея содержится в статье II.-9:101 документа "Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной схемы (DCFR)".

Кроме того, концепция обязательства действовать добросовестно лежит в основе обязательства раскрывать информацию до заключения договора и ответственности за нарушение преддоговорных обязательств. Документ "Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной схемы (DCFR)" содержит по этому вопросу ряд предложений в отношении формулировок (Art. II.-3:101, Art. II.-3.301 (2) DCFR).

3. Запрет на злоупотребление правом

Запрет на злоупотребление правом уже содержится в ч. 3 ст. 8, ст. 11 ГК Казахстана. В ходе реформы российского законодательства эта идея под английским названием "эстоппель" получила более детальное регулирование. В ст. I.-1:103 (2) проекта DCFR содержится положение, в котором излагается лежащий в основе этого правила принцип в общих чертах.

В целом вопрос о том, как обращаться с генеральными оговорками, является, согласно представленному здесь мнению, не столько проблемой формулирования закона, сколько методическим вопросом его применения. Поэтому необходимо обсудить, следует ли разрешить казахстанским судам в их работе сравнивать различные правовые системы в том смысле, чтобы они были вправе для обоснования своего решения ссылаться на нормы или судебные решения иностранных юрисдикций. Согласно представленной здесь точке зрения использование иностранного права следует разрешить в качестве аргументационной поддержки судебного решения. При этом, однако, иностранному праву не должно придаваться обязательное действие.

V. Модернизация

Кроме того, реформа Гражданского кодекса должна быть использована для модернизации и адаптации к последним изменениям. Прежде всего, речь идет о дигитализации с ее влиянием на формы коммуникации, заключение контрактов и торговлю через Интернет[1].

В области вещного права в первую очередь должны быть пересмотрены концепции недвижимого имущества (ст. 117 ГК Казахстана) и предприятия как имущественного комплекса (ст. 119 ГК Казахстана). В этом случае целесообразно вернуться к римскому правовому принципу "Superficies solo cedit" (Строение следует за землей). В отношении норм вещного права следует обсудить необходимость внесения дополнений в отношении прав на обеспечение исполнения в свете практического опыта в этой области. Кроме того, необходимо прояснить вопрос о том, должна ли собственность на квартиры в сочетании с совместной собственностью на здание регулироваться Гражданским кодексом или специальным законом.

Обязательственное право требует реализации принципов эффективности, ясности и правовой определенности. В этом контексте, должны быть пересмотрены положения о форме, содержащиеся в статьях 151, 152 ГК Казахстана. В ст. 155 ГК Казахстана можно подумать о различие между декларативным и конститутивным действием внесения в реестр. Также, в свете текущих событий могут быть пересмотрены положения об одностороннем расторжении договора (ст. 404 ГК Казахстана) и о договоре присоединения (ст. 389 ГК Казахстана).

В целом, научные статьи об общих принципах европейского права дают много материала, достойного рассмотрения при реформировании ГК Казахстана.

[1] Grundmann S., Hacker P. Digital Technology as a Challenge to European Contract Law // European Review of Contract Law. - Vol. 13, Nr. 3/2017. - C.255-293.

§4. Система гражданского законодательства Республики Казахстан по состоянию на начало 2019 года и ее развитие в краткосрочной перспективе

1. Казахстан является страной писаной Конституции и Гражданского кодекса. Конституция Республики Казахстан была принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года[1]. Нормы Конституции подлежат непосредственному применению на всей территории Казахстана и имеют высшую юридическую силу. Согласно ст. 4 Конституции, действующее право состоит из положений законодательных и иных нормативных правовых актов, принятых уполномоченными государственными органами в рамках их закрепленных полномочий и компетенции, а также международных договоров Республики Казахстан и нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда. Конституция декларирует существование самостоятельного государства Республики Казахстан, закрепляет основные права и обязанности человека и гражданина, определяет государственный строй и административно-территориальной устройство республики, условия формирования (избрания, назначения) органов центральной государственной администрации и распределение полномочий между ветвями власти в Казахстане, функционирование судебной системы в нашем государстве, порядок принятия законов, а также содержит ряд иных основополагающих правовых норм.

В качестве конституционной основы для развития гражданского законодательства важными являются отраженные в Конституции основы правосубъектности граждан, персональной свободы, равной защиты государственной и частной собственности, гарантии права собственности и наследования, свободы труда и предпринимательства, охраны семьи и брака, защиты прав граждан предусмотренными законом способами и целый ряд других норм Основного закона. В Конституцию неоднократно вносились изменения, в том числе связанные с перераспределением полномочий между ветвями власти, а также направленные на повышение независимости

[1] Конституция Республики Казахстан / первоначально опубликована в: «Казахстанская правда» от 8 сентября 1995 г. // http://adilet.zan.kz/rus/docs/K950001000 (с изменениями и дополнениями по состоянию на дату обращения) (дата обращения 05.06. 2018).

судебной системы и усиление гарантий судебной защиты прав и законных интересов.

2. Гражданский кодекс Республики Казахстан (ГК) состоит из двух Частей. Общая Часть была принята в декабре 1994 года и содержит нормы, определяющие объект регулирования и структуру гражданского законодательства, общие принципы гражданского права, гарантии свободы в реализации гражданской правосубъектности, положения о субъектах права (как гражданах, так и юридических лицах, коммерческих и некоммерческих организациях разных организационно-правовых форм), об объектах гражданских прав, о праве собственности и других вещных правах, о сделках и обязательствах, а также общие положения договорного права[1].

Особенная Часть ГК, принятая в 1999 году, посвящена регулированию отдельных видов гражданско-правовых договоров, внедоговорным обязательствам (включая конкурсные обязательства, деликты и обязательства из неосновательного обогащения), праву интеллектуальной собственности и праву наследования[2]. В состав Особенной Части также включен самостоятельный раздел с положениями, относящимися к международному частному праву[3]. Семейное право и трудовое право, как и регулирование отношений по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды, основываются на нормах отдельных кодексов, но допускается регулирование соответствующих отношений нормами гражданского законодательства в тех случаях, когда они не регулируются соответствующим специальным законодательством.

---

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) / принят Верховным Советом Республики Казахстан (ВС РК) 27 декабря 1994 г. и введен в действие в соответствии с постановлением ВС РК от 27 декабря 1994 г. № 269-XII, первоначально опубликован в: Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. - 1994. - № 23-24 (приложение) // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061 (с изменениями и дополнениями по состоянию на дату обращения) (дата обращения 05.06.2018).

[2] Гражданский кодекс Республики Казахстан от 1 июля 1999 г. № 409-I (Особенная часть) / первоначально опубликован в: Ведомости Парламента РК. - 1999. - № 16-17, ст. 642 // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880 (с изменениями и дополнениями по состоянию на дату обращения) (дата обращения 05.06. 2018).

[3] Более подробно о системе МЧП Казахстана см. Karagussov. Kazakhstan (NationalReport). In: Encyclopedia of Private International Law. - 4 volumes. - 4184 pp. / Eds.: Basedow, Rühl, Ferrari, Asensio (©) - UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2017 (ISBN: 978 1 78254 722 8). - Volume 3. - P. 2229-2242.

На основе ГК сформировалась обширная система законодательных и подзаконных актов, регулирующих отдельные аспекты гражданско-правовых отношений. За период действия ГК в него вносились многочисленные и многократные изменения, и такая деятельность продолжается.

3. Конституция и ГК гарантируют защиту гражданских прав и охраняемых законом интересов в суде, а также посредством применения альтернативных способов разрешения споров (АДР). Гражданский процесс регламентирован Гражданским процессуальным кодексом[1]. Основными АДР, получившими признание и развивающимися в Казахстане, являются арбитраж и медиация. Вопросы организации арбитража и осуществления арбитражного разбирательства на территории Казахстана регулируются отдельным Законом от 8 апреля 2016 г. № 488-V «Об арбитраже»[2], так же как медиация регулируется отдельным Законом от 28 января 2011 г. № 401-IV «О медиации»[3]. С 1995 года Казахстан является участником Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 10 июня 1958 года (Нью-Йоркская Конвенция). С целым рядом иностранных государств Республика заключила двусторонние соглашения о взаимном признании решений иностранных судов и документов, выданных уполномоченными органами иностранных государств.

---

[1] Кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 г. № 377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан» / Первоначально опубликован в: «Казахстанская правда» от 3 ноября 2015 г. № 210 (28086) // http://online.zakon.kz/Document//?doc_id=34329053 (с изменениями и дополнениями по состоянию на дату обращения) (дата обращения 05.06.2018).

[2] Более подробно о законодательстве об арбитраже и практике его применения см. Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Актуальные проблемы практики применения нового законодательства об арбитраже и пути его совершенствования. // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37257525#pos=0;0 (дата обращения 05.06.2018); они же. Обзор арбитражной практики Казахстанского Международного Арбитража за 2014-2017 годы. // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32785589#pos=0;0 (дата обращения 05.06.2018).

[3] Более подробно о медиации в Казахстане см. Karagussov. The Legal Framework for Mediation in Kazakhstan: Current State, Expectations of Public Recognition and Perspectives for Development. / Esplugues, Marquis (Eds.). New Development in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives. Springer: Law, IUS Comparatum - Global Studies in Comparative Law, 2015. - 754 p. - P. 393 - 431.

4. В настоящее время в Казахстане реализуется Концепция правовой политики Республики Казахстан на 2010 - 2020 годы[1]. Основными направлениями развития определены оптимизация соотношения гражданского права и других отраслей права, ограничение государственного вмешательства в сферу частного предпринимательства и расширение границ применения принципа диспозитивности в регулировании имущественных отношений и отношений в рамках гражданского процесса, развитие корпоративного права и законодательства о некоммерческих организациях, «уточнение понятия сделок, их состава и последствий неисполнения сделок», «совершенствование института признания сделок недействительными», развитие вещного права и расширение видов вещных прав, корректировки общих и отдельных положений об обязательствах, улучшение правового регулирования процедур банкротства и внедрение концепции банкротства индивидуальных предпринимателей, приведение в соответствие с международными стандартами (но с учетом национальных интересов) нормативных правовых актов о праве интеллектуальной собственности. Отдельное внимание уделено корректировкам статуса государства в качестве участника имущественных отношений. Особо выделены задачи относительно разработок, касающихся понятия «отказ от права», порядка определения ущерба и взыскания убытков, применения двусторонней реституции при недействительности сделок с участием в ней добросовестного приобретателя, защиты прав добросовестного приобретателя в целом, направленных на увеличение видов ценных бумаг, регулирование «аффилированных сделок», определение статуса агентов и регламентацию агентских соглашений. Сделана попытка использовать термин «публичные интересы», но не определено его содержание.

Результаты анализа содержания этой Концепции в свое время были изложены в докладе, посвященном общей оценке

[1] Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 г., утверждена Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г. № 858. // http://www.adilet.gov.kz/ru/policy-documents (дата обращения 05.06.2018).

предусмотренных в ней задач по развитию гражданского права[1]. Здесь только повторю, что большинство из вышеперечисленных задач являются важными, требующими надлежащего теоретического осмысления и нормативно-правового оформления. Вместе с тем, значимость Концепции была бы заметно выше, если бы удалось избежать того, чтобы включать в нее идеи, не отвечающие ее высокому уровню, которые могут быть реализованными в рамках обычного нормотворческого процесса. Более того, ряд формулировок Концепции вообще не соответствует цивилистической терминологии, а некоторые из поставленных задач не относятся к сфере применения гражданского права, другие из них сформулированы декларативно и без усматриваемой в их основе идеи. В общем, целый ряд положений Концепции по вопросам совершенствования гражданского законодательства можно подвергнуть обоснованной критике.

И как показала практика реализации этой Концепции за период с ее принятия, недостаточное внимание к формулированию некоторых задач совершенствования гражданского законодательства привело к тому, что либо само развитие законодательства на основании соответствующих деклараций Концепции привело к попытке создания дуализма в регулировании частноправовых вопросов (в частности, за счет разработки и принятия Предпринимательского кодекса), либо к несовершенной и незавершенной регламентации отдельных вопросов (как например, относящихся к законодательной классификации недействительных сделок) или к тому, что работа по теоретическому обоснованию некоторых вопросов совершенствования права пошла в неправильном направлении (в частности, по вопросам введенного Концепцией в оборот, хотя и объективно остающегося не воспринятым на уровне законодательных норм, понятия «аффилированных сделок).

5. Вышеупомянутая Концепция правовой политики непосредственно не предусматривает принятие какого-либо кодекса, регулирующего отношения в сфере предпринимательства. Идея разработки Предпринимательского

[1] Карагусов Ф.С. Перспективы развития гражданского законодательства в свете новой Концепции правовой политики Республики Казахстан // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31664619#pos=0;0 (дата обращения 05.06.2018).

кодекса (ПК) появилась неожиданно, и для казахстанского права весьма беспочвенно. Юридическое сообщество фактически разделилось на два противоположных лагеря (если не считать тех, кто отнесся к этой идее индифферентно или философски). Дискуссии по поводу самой идеи, а затем и относительно четырех вариантов концепции ПК были очень острыми. Привлекались зарубежные эксперты, затрачивались средства на поездки некоторых юристов (вовлеченных в разработку концепции ПК и самого кодекса) за рубеж, проводились конференции и круглые столы, осуществлено множество публикаций и интервью, посвященных этому процессу.

В 2015 году все же был принят Предпринимательский кодекс, который согласно преамбуле «определяет правовые, экономические и социальные условия и гарантии, обеспечивающие свободу предпринимательства в Республике Казахстан, регулирует общественные отношения, возникающие в связи с взаимодействием субъектов предпринимательства и государства, в том числе государственным регулированием и поддержкой предпринимательства»[1]. Он состоит из 324 статей преимущественно декларативного и/или отсылочного характера, включает в себя положения, предполагающие регулировать такие вопросы, как правовые основы взаимодействия субъектов предпринимательства и государства, понятие классификации субъектов предпринимательства, общие условия их деятельности, общие положения об объединениях предпринимателей и их функционировании, участии предпринимателей в нормотворчестве, государственно-частное партнерство, социальная ответственность предпринимательства, государственные регулирование и поддержка предпринимательства, принцип саморегулирования, отдельные формы и средства государственного регулирования предпринимательства (разрешения, техническое регулирование, государственное регулирование цен и тарифов, государственный контроль и надзор, а также, почему-то, обязательное страхование в качестве отдельной такой формы), регулирование

[1] Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» / первоначально опубликован в: «Казахстанская правда» от 3 ноября 2015 г. № 210 (28086) // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854(с изменениями и дополнениями по состоянию на дату обращения) (дата обращения 05.06.2018).

экономической конкуренции (вопросы конкуренции, монополистической деятельности, участия государства в предпринимательской деятельности, защита конкуренции и предупреждение недобросовестной конкуренции, выявление и пресечение нарушений, государственная поддержка малого и среднего бизнеса, инвестиционной и индустриально-инновационной деятельности, формы и способы защиты предпринимателей, статус инвестиционного омбудсмена, а также почему-то в рамках регулирования этих вопросов - специальные защитные, антидемпинговые и компенсационные меры по отношению к третьим странам, обжалование действий и бездействия государственных органов и должностных лиц), ответственность за нарушения законодательства в сфере предпринимательства.

В связи с принятием ПК многие ранее действовавшие законы были отменены, в том числе (по непонятной причине) и закон об инвестициях, а предусмотренное в них детальное регулирование отдельных аспектов осуществления предпринимательства заменено декларациями и бланкетными нормами ПК. В реальности применение находят некоторые из закрепленных в них легальных определений, классификаций субъектов предпринимательства, а также нормы относительно регулирования вопросов конкуренции и монополистической деятельности.

Весьма негативно можно оценить и необоснованное определение предмета регулирования ПК, согласно ст. 1 которого именно ему придается значение конституирующего акта с превалирующим значением его норм в сфере регулирования предпринимательства. Причем неловкий «реверанс» в сторону гражданского законодательства, за которым в ПК признано регулирование товарно-денежных и иных основанных на равенстве участников имущественных и связанных с имущественными личных неимущественных отношений, не исправляет созданный таким регулированием методологический диссонанс.

Цивилистами Казахстана и других стран дальнего и ближнего зарубежья разработка и принятие ПК восприняты

отрицательно[1]. Выводы по результатам общего анализа всех четырех вариантов концепции этого кодекса в свое статье изложил М.К. Сулейменов, указав, что «полноценный [предпринимательский] кодекс создать в принципе невозможно. Если даже инициаторам разработки проекта Предпринимательского кодекса удастся добиться его принятия (а эта возможность вполне реальна, ибо им удалось заложить идею о принятии Предпринимательского кодекса в текст выступления и в Указ Президента РК), сомнительно, что данный кодекс может эффективно регулировать предпринимательские отношения»[2]. Когда же ПК был принят, он совершенно обоснованно констатировал, что «завершился наконец многострадальный процесс принятия ненужного закона, который в настоящем виде не вносит ничего нового в регулирование предпринимательской деятельности, но путаницу изрядную внести может. Я высказал только часть замечаний, возникших при поверхностном знакомстве с ПК. Более детальное изучение не представляется нужным ввиду полной бесполезности и вредности Предпринимательского кодекса Республики Казахстан»[3].

Более того, деструктивный для сбалансированной законодательной системы казахстанского частного права потенциал, возникший в связи с принятием ПК, приобретает поистине разрушительную силу, уничтожается целостность концепции гражданского законодательства и, прежде всего, ГК, утрачиваются логические связи между отдельными частями гражданского кодекса. Например, для придания включенным в ПК декларациям о государственной поддержке инновационной деятельности предложено формирование в рамках ПК крайне усеченного объема специальных норм о производных сделках и условных договорах (которые в нормальных рыночных условиях регулируются за счет механизмов саморегулирования профессиональных сообществ), осуществленное в противоречие

[1] Предпринимательский кодекс как орудие развала правовой системы Казахстана: Сб. статей / Отв. ред. Сулейменов М.К. - Алматы, 2011. - 228 с.
[2] Сулейменов М.К. Проект Предпринимательского кодекса Республики Казахстан: кодекс или закон? // http:// online.zakon.kz/Document/?doc_id=36798275#pos=0;0 (дата обращения 05.06.2018).
[3] Сулейменов М.К. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан: много шума из ничего // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33440634#pos=1;-113 (дата обращения 05.06.2018).

с принципами современного корпоративного управления и казахстанского корпоративного законодательства включены новые нормы о корпоративных договорах. Кроме того, без соответствующих коррекций общих положений гражданского законодательства (в частности, о презумпции добросовестности), а также основных норм о договорах и распределении рисков в гражданском правоотношении в казахстанское законодательство введены концепции различных договорных заявлений, применяемых в системах общего права (причем не так, как эти концепции реализуются собственно в английском праве).

В частности, в июле 2018 года в законодательство было введено регулирование конструкций опционного договора и опциона на заключение договора[1]. Соответствующие изменения были внесены в Закон об инвестиционных фондах[2], как заявлено, для целей стимулирования рискового финансирования на создание инновационных продуктов.

Теперь закон содержит исчерпывающий перечень субъектов, которые могут быть участниками опционного договора, относя к ним лиц, имеющих юридически значимое отношение к венчурному фонду и / или стартап-компании. Закрепленное в законе определение опционного договора отличается тем, что такой опционный договор может и не быть финансовым инструментом, может быть как возмездным, так и безвозмездным договором; он может заключаться в отношении иного имущества, не являющегося деньгами или финансовыми инструментами, но являющегося активами / имуществом венчурного фонда и (или) стартап-компании либо долями участия / акциями стартап-компании; права по опционным договорам могут передаваться в порядке цессии в соответствии с ГК (но не каким иным допускаемым законом способом). Законом также устанавливаются особенности регулирования опционного соглашения, применимые в сфере венчурного финансирования.

[1] Закон Республики Казахстан от 4 июля 2018 года № 174-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам венчурного финансирования» в Закон Республики Казахстан от 7 июля 2004 года № 576-II «Об инвестиционных и венчурных фондах» - https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37196166#pos=89;-53 (дата обращения 11.01.2019).

[2] Закон Республики Казахстан от 4 июля 2004 года № 576-II «Об инвестиционных и венчурных фондах» - https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1049233#pos=821;-45 (дата обращения 11.01.2019).

При этом легальная дефиниция опционного договора является определением, которое применимо к любым опционным соглашениям.

Отдельно регулируется так называемый опцион на заключение договора, а из содержания соответствующих норм закон следует, что он представляет собой лишь безотзывную оферту, и только при ее акцепте такой опцион приобретет значение предварительного договора. Такой опцион не является ни разновидностью опционных соглашений, регулируемых Законом об инвестиционной и венчурной деятельности, ни опционом, являющимся финансовым инструментом согласно ст. 128-3 ГК.

Совершенно очевидным является то, что такие законодательные новеллы 2018 года вызвали острую необходимость совершенствования законодательства по регулированию опционных договоров, а также определению правового режима опционов с учетом международного опыта и лучших образцов современного иностранного права.

Кроме того, Законом от 4 июля 2018 года в Закон об инвестиционных фондах также были включены положения о заверениях и последствиях их несоответствия действительности. Такие заверения предусмотрены для договоров в целях венчурного финансирования (в основном договоры займа и купли-продажи). Как уже указано выше, такое специальное регулирование для отношений в сфере венчурного финансирования посредством отдельных видов инвестиционных фондов не соответствует общим положениям договорного права, закрепленным в ГК, в связи с чем практическое применение этих новелл будет неизбежно входить в конфликт с основополагающими нормами гражданского права, а достижение целей осуществленных в 2018 году законодательных новшеств едва ли можно назвать осуществимыми.

6. Во исполнение Концепции правовой политики на 2010 - 2020 годы в 2013 году была подготовлена концепция законопроекта и сам законопроект о внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства. Этот проект предусматривал развитие законодательных положений по таким направлениям, усиление и

расширение сферы действия принципа диспозитивности, исключение из ГК понятия «вознаграждение (интерес)» и замена его категорией «проценты», фиксация в ГК всего спектра используемых в обороте ценных бумаг, закрепление норм об абстрактных убытках, неотвратимости возмещения убытков, возмещении убытков при прекращении договора и т.п., совершенствование института недействительности сделок, уточнение понятия сделок (их состава, последствий неисполнения сделок и признания их недействительными), законодательное расширение вещных прав и оснований их возникновения, введение агентов в число субъектов гражданского права и регламентации вопросов агентского соглашения, совершенствование общих и специальных норм ГК об обязательствах, приведение нормативных актов о праве интеллектуальной собственности в соответствие с международными стандартами в этой области, указание на добросовестность как общий принцип гражданского права.

Эти концепция и законопроект подверглись серьезному обсуждению, но в силу обстоятельств субъективного и объективного характера (в том числе, в связи с принятием на самом высоком уровне решения о развитии казахстанского права на основе имплементации некоторых институтов английского права, неожиданно поставленной задачи о пересмотре положений о недействительности сделок и применении их последствий, вмешательством Всемирного Банка для приведения казахстанского законодательства в соответствие с его рекомендациями согласно рейтингам Doing Business и другими факторами) сам закон не был принят в этом виде.

В то же время, целый ряд задач, предусмотренных Концепцией правовой политики, уже реализованы в той или иной степени. Например, вопросы банкротства индивидуальных предпринимателей в настоящее время регламентированы Законом от 7 марта 2014 г. № 176-V «О реабилитации и банкротстве».

Законом от 25 марта 2011 г. № 421-IV в ГК внесены поправки, относящиеся, помимо прочего, к некоторым общим положениям гражданского законодательства, как, например, вопросу отказа от права, а Закон от 27 февраля 2017 г. № 49-VI внес существенные коррективы по вопросам недействительности

сделок, применения последствий недействительности, закрепил разделение на ничтожные и оспоримые сделки, а также внес целый ряд других важных изменений и дополнений. Принятие этих поправок, относящихся к недействительным сделкам, сопровождалось очень серьезной и болезненной дискуссией, а само законодательное оформление требует дальнейшего совершенствования.

Рядом других законов в ГК вносились поправки, направленные на улучшение условий осуществления предпринимательской деятельности, изменение некоторых положений о хозяйственных обществах и товариществах и других аспектов регулирования имущественного оборота.

Решение других задач, предусмотренных действующей Концепцией правовой политики, находится на стадии их концептуальной отработки. В частности, еще в 2015 году была разработана Концепция совершенствования договорного права[1], в настоящее время пока еще не реализованная в законопроекте, что во многом, очевидно, объясняется приоритетностью принятия закона, направленного на восприятие институтов английского права (см. ниже).

Ведется работа по разработке концепции и путей законодательного оформления конструкции агентского договора[2], на основании которой уже сегодня можно сделать вывод о том, что **идея введения в ГК отдельной главы, посвященной правовому регулированию агентского договора, является перспективной.**

Также в 2017 году к обсуждению была предложена **аналитическая справка Института законодательства Министерства юстиции Казахстана относительно введения общего понятия аффилированных сделок, однако** анализ ее содержания выявляет отсутствие в ней системного и последовательного рассмотрения научной и практической проблем, необоснованность выбранных подходов к

[1]Концепция совершенствования договорного права // http://www.iz.adilet.gov.kz/sites/default/files/upload-files/rus_2015.pdf (дата обращения 05.06.2018).

[2] Скрябин С.Б. Агентский договор в системе посреднических правоотношений в гражданском праве: опыт зарубежных стран и перспектива его внедрения в гражданское законодательство Республики Казахстан //http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34366109#pos=0;0 (дата обращения 05.06.2018).

исследованию проблемы и сделанных на основе их применения выводов, нецелесообразность большинства выводов в контексте их практического внедрения в законодательство, а следовательно, - и перспектив реализации изложенных в ней предложений. Даже положения действующего Закона «Об акционерных обществах» в ней трактуются неправильно. С учетом этого представляется целесообразной существенная доработка этого документа, более вдумчивое изучение теоретических источников и законодательного опыта развитых юрисдикций, разделение вопросов о сделках и о корпоративных группах.

Отдельно обсуждается идея и соответствующий законопроект, предполагающие усиление гарантий права собственности. В частности, предлагаются регулирование законом механизма проверки «чистоты сделок» и соответствующее повышение роли нотариусов при оформлении сделок с недвижимостью. По какой-то причине полноценное внедрение принципа достоверности публичных реестров, обеспечивающего защиту стабильности гражданского оборота, государством не предлагается. Вместо этого продвигается идея американского права о проверке всей истории сделок с недвижимым имуществом с момента появления каждого отдельного объекта, причем, без указания понятных правовых последствий такой проверки. Думается, что этот дорогостоящий процесс не будет способствовать определенности и эффективности оборота.

Также отметим, что проводившаяся в 2011-2013 годах работа по гармонизации гражданского законодательства государств-членов ЕврАзЭС осталась незавершенной по причине того, что при обсуждении самой концепции такого развития гражданского права не удалось договориться о форме и конкретном содержании гражданского права, общего для Евразийского экономического пространства.

7. Одним из приоритетных направлений развития казахстанского права в настоящее время является «имплементация положений английского права». Эта идея в момент ее опубликования вызвала негативный отклик в среде казахстанских цивилистов. Первоначальный проект концепции такой имплементации вызвал активное неприятие изложенных в

нем идей. В ходе ее последующего обсуждения глава школы казахстанской цивилистики академик М.К. Сулейменов, понимая бесперспективность противостояния такому подходу по развитию национального права, предложил пути и способы восприятия предложенных к «имплементации» концепций и институтов английского права[1].

Доработанная Концепция совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права опубликована[2], и в соответствии с ней уже завершается подготовка законопроекта о внесении изменений и дополнений в ГК и целый ряд других законодательных актов.

В частности, предполагается усиление роли судебной практики в регулировании имущественных отношений и расширение пределов судебного усмотрения; введение понятия корпорации и законодательного регулирования корпоративных отношений, корпоративных актов и корпоративный соглашений, упорядочивание ответственности должностных лиц корпораций и разработка основ холдингового законодательства; определение значения обещания в качестве юридического факта гражданского права и введение в казахстанское законодательство английского правового принципа «эстоппель» применительно к определенным правовым ситуациям; дополнение ГК оговоркой о неизменности обязательств «clausula rebussic stantibus»; усовершенствование правил договорной гражданско-правовой ответственности на основе правил «абстрактных убытков» и «недоказанных убытков»; введение в гражданское законодательство регулирования получивших широкое распространение в договорной практике условий, предусматривающих заверения об обстоятельствах (representations and warranties), а также распространенной в договорной практике оговорки от убытков, потерь - «indemnity clause»; совершенствование правил о судебном толковании условий гражданско-правового договора; введение в ГК

[1] Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана. - http://online.zakon.kz/Document/? doc_id=34332948#pos=0;0 (дата обращения 05.06.2018).
[2] Концепция совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права. - https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38577969#pos=11;-95(дата обращения 05.06.2018).

независимой гарантии; закрепление в ГК применяемых на практике конструкций рамочного и абонентского договоров.

Как мы видим, большинство предполагаемых к включению в гражданское законодательство решений имеет довольно условное отношение к английскому праву, поскольку многие правовые конструкции применяются в международной торговой или деловой практике (как независимая гарантия, рамочные и абонентские договоры), регулируются в законодательстве стран гражданского права (как, например, корпоративное право), некоторые задачи предусмотрены в Концепции правовой политики Казахстана на 2010 - 2020 годы. Что касается предлагаемых понятий и конструкций английского права, то их можно внедрять при условии, что (а) разработчики сами понимают содержание и предназначение этих понятий, и (б) таковые органично включаются в состав казахстанского законодательства, не создавая противоречий и не нарушая целостности казахстанского права. Например, вполне можно согласиться с внедрением договорных заявлений в форме representations and warranties, если (а) будут четко урегулированы последствия нарушения заявлений каждого из этих видов, и (б) предусмотренная нашим ГК презумпция добросовестности контрагента будет заменена обязанностью каждого участника оборота проявлять должную степень заботливости о своих интересах («due care»), а связанные с недобросовестностью контрагента риски будут заменены ответственностью субъекта за недостаточность проявленной им заботливости о себе самом.

Во второй половине 2018 года наша исследовательская группа в составе академика М.К. Сулейменова, профессоров Ф.С. Карагусова, К.В. Мукашевой и А.Е. Дуйсеновой участвовали в проведении сравнительного анализа казахстанского законодательства и передовой практики для дальнейшего развития положений законодательства о предпринимательской деятельности, в рамках чего нами были подготовлены национальный отчет по казахстанскому праву и предложения о восприятии рекомендаций по совершенствованию казахстанского законодательства о предпринимательстве на основании страновых отчетов иностранных экспертов (включая анализ законодательства России, Германии, Сингапура, канадской провинции Квебек, а также английского права). Этот

анализ проводился по таким направлениям, как корпоративное право и управление, регулирование холдинговых компаний и корпоративных групп, применяемые в предпринимательской деятельности отдельные правовые конструкции, вопросы договорной ответственности и защиты иностранных инвесторов. Результаты этой работы изложены в аналитическом сравнительном отчете, представленном Министерству юстиции Республики Казахстан, а также доложены и обсуждены в ходе Круглого стола, организованного международной юридической компанией Reed Smith совместно с Министерством юстиции Казахстана и проведенного в Астане 15 ноября 2018 года[1].

В ходе этой работы мы активно взаимодействовали с Министерством юстиции и Институтом законодательства по доработке Концепции проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» и соответствующего законопроекта, а также профессором Ф. Карагусовым была подготовлена и представлена заказчику Концепция совершенствования законодательства Республики Казахстан, направленного на улучшение правового регулирования корпоративных правоотношений, корпоративного управления, деятельности корпоративных групп и правового положения холдинговых компаний.

Представляется, что многие отраженные в уже доработанной Концепции по совершенствованию предпринимательского законодательства идеи, которые предполагается воспринять казахстанским правом из законодательства развитых юрисдикций (и не только из

[1] Посты, размещенные в Фейсбуке / Facebook, (дата обращения 13.01.2019): академик М.К. Сулейменов принял участие в Круглом столе по вопросам совершенствования предпринимательского законодательства! // https://www.facebook.com/kia.arbitrage/posts/2037817599617964?__tn__=K-R; Кульгайша Мукашева о совершенствовании договорного права и ответственности на Круглом столе «Совершенствование предпринимательского законодательства Республики Казахстан» - https://www.facebook.com/kia. arbitrage/posts/2040876379312086?__tn__=K-R;Карагусов о развитии корпоративного права на Круглом столе «Совершенствование предпринимательского законодательства Республики Казахстан» - https://www. facebook.com/kia.arbitrage/posts/2039358272797230?__tn__=K-R.

английского права), будут содействовать улучшению правовой основы предпринимательства и инвестиционной деятельности в Казахстане, в том числе относящиеся к вопросам договорной и преддоговорной ответственности, толкования договоров, реализации положений о добросовестности и свободе договора, а также реформированию законодательства об инвестициях и системы международных инвестиционных соглашений Республики Казахстан. Особое значение имеет уже давно актуальная задача реформирования и модернизации корпоративного законодательства, которая должна осуществляться на системной основе, избегая фрагментарности и точечности каких-то поправок.

В то же время неоднозначной представляется идея о регламентации нормами ГК отдельных видов договоров, которые вполне успешно применяются в деловой практике на протяжении уже более 20 лет без специальной нормативной регламентации. Это, к примеру, касается абонентских договоров, договоров эскроу и опционных соглашений. В частности, опасения вызывает то, что таким образом могут ограничиваться диспозитивность гражданского права и сужаться рамки свободы договора в предпринимательской сфере. В любом случае, целесообразным представляется оставлять на усмотрение участников определение условий их взаимоотношений, когда не требуется соблюдение каких-либо законодательных запретов и предписаний.

8. Особым направлением в развитии казахстанского гражданского права представляется инициированная Национальной палатой предпринимателей «Атамекен» (НПП) работа по внедрению концепции юридического лица публичного права (ЮЛПП). На данный момент по поручению НПП исследовательской группой под руководством академика Сулейменова проведен детальный анализ теоретических источников, законодательства развитых иностранных государств и стран бывшего СССР, воспринявших этот институт в своем национальном праве. Основные выводы по результатам этого исследования изложены в опубликованном отчете[1].

[1] Сулейменов М.К, Карагусов Ф.С., Кот А.А., Дуйсенова А.Е., Скрябин С.Б. О понятии и правовом статусе юридических лиц публичного права в законодательстве некоторых развитых иностранных государствах и бывших советских республиках

В частности, с учетом того, что категория юридических лиц публичного права известна законодательству большинства развитых и развивающихся демократических государств с рыночным типом экономики, и на ее основе в этих государствах, включая практически все страны-участницы ОЭСР, а также уже почти половину бывших советских республик (с учетом бывших прибалтийских республик), сформировано и действует (хотя и с различным уровнем совершенства и эффективности) специальное законодательство о правовом положении ЮЛПП и их деятельности, задача создания такого специального законодательства в ближайшее время может стать актуальной и для Республики Казахстан. Степень актуальности повышается еще и в связи с тем, что в других странах СНГ (включая Российскую Федерацию, Кыргызстан и Узбекистан) уже на протяжении нескольких лет ведутся научные дискуссии и публичные обсуждения по реформированию действующего законодательства с целью признать и регламентировать статус юридического лица публичного права.

Мы считаем целесообразным развитие казахстанского права с тем, чтобы восприятие правовой концепции ЮЛПП национальной правовой системой осуществлялось (а) на примере лучших законодательных образцов развитых государств, а также (б) с учетом опыта этих (и других) государств по организации процесса соответствующего совершенствования национального законодательства.

В течение 2018 года наша исследовательская группа, также по заданию НПП, провела большую аналитическую работу по анализу казахстанского законодательства к восприятию правовой идеи ЮЛПП и разработке концепции такого восприятия. Результаты этой работы были презентованы заказчику, приняты им и опубликованы для обсуждения юридической общественностью[1]. Мы выражаем надежду на то, что эта работа

//https://www.zakon.kz/4902443-o-ponyatii-i-pravovom-statuse.html (дата обращения 05.06.2018).

[1] Сулейменов М.К., Карагусов Ф.С., Мукашева К.В., Дуйсенова А.Е. Концепция восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан //http://online.zakon.kz/ Document/?doc_id=39594759 (дата обращения 09.11.2018); они же. Рекомендации о развитии законодательства Республики Казахстан в целях восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан и инструкция по реализации рекомендаций. - http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36069734 (дата обращения 09.11.2018);

продолжится внесением соответствующих изменений и дополнений в действующее право Казахстана и проведением необходимых организационных мероприятий, за счет чего наше право будет еще в большей степени гармонизировано с законодательством развитых правовых демократических государств, а уровень социально-экономического развития нашего государства существенно повысится.

9. В заключение обратим внимание на то, что в Казахстане действует Конституционный закон от 7 декабря 2015 г. № 438-V «О Международном финансовом центре «Астана»[1]. Несмотря на его лаконичный и, во многом, рамочный характер, он содержит ряд положений, которые не просто являются необоснованными с позиций гражданского и международного частного права, но которые также можно характеризовать как законодательную основу для создания более одной юрисдикции в рамках государственных границ Казахстана.

Вопрос о том, насколько придание этому акту на момент его принятия (да и позже, с внесением Законом от 10 марта 2017 г. № 51-VI дополнительного пункта 3-1 в ст. 2 в Конституцию) статуса Конституционного закона можно рассматривать как условие соблюдения и ненарушения Конституции, в данном случае не рассматривается (тем более, что, насколько известно, даже Конституционный Совет до сих пор не опубликовал своей официальной позиции по этому вопросу), хотя предмет исследования в этом направлении усматривается. Однако следует обратить внимание на то, что изначально предполагалось создание МФЦА /AIFC с приданием ему специального статуса, и для него предусматривается «закрепление особого юридического статуса в Конституции… Создание независимой судебной системы с собственной юрисдикцией, которая будет функционировать на принципах английского права»[2].

Карагусов. Основные выводы по результатам проведенных исследований о возможности восприятия казахстанским правом концепции юридических лиц публичного права //http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36580601#pos=1;-74 (дата обращения 13.11.2018).

[1] Конституционный закон от 7 декабря 2015 г. №438-V «О Международном финансовом центре «Астана» // Казахстанская правда от 9 декабря 2015 г. № 236 (28112).

[2]100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ главы государства Нурсултана Назарбаева. // http://ortcom.kz/ru/program/program-100steps/text/show (дата обращения 30.11.2015).

Однако же, в соответствии со ст. 2 казахстанской Конституции Республика Казахстан является унитарным государством, а ее суверенитет распространяется на всю его территорию. Суверенитет Республики Казахстан означает, что высшие органы государственной власти принимают нормативные правовые акты, имеющие юридическую силу на всей территории Казахстана, и эти высшие органы государства в пределах своей компетенции осуществляют организационные и иные мероприятия на всей территории страны, осуществляя свои функции независимо от влияний других государств. Целостность территории означает, что государство не допускает раздела территории Казахстана. В случае, когда территориальная целостность, неприкосновенность Республики находятся под серьезной и непосредственной угрозой, Президент принимает меры, диктуемые названным обстоятельством, включая введение на всей территории Казахстана и в отдельных местностях чрезвычайного положения, применение Вооруженных Сил[1].

Тем не менее, упомянутым Конституционным законом от 7 декабря 2015 г. вышеназванный Международный финансовый центр «Астана» (МФЦА) определен как «территория в пределах города Астана с точно обозначенными границами, определяемыми Президентом Республики Казахстан, в которой действует особый правовой режим». Вместе с тем, следует отметить, что в соответствии с другими нормами этого Конституционного закона, на территории МФЦА не столько действует особый правовой режим, сколько в соответствии с этим актом на суверенной территории Казахстана создается отдельная юрисдикция, существенно отличающаяся от юрисдикции самой нашей республики.

В то же время, следует понимать, что существование двух правовых систем в рамках одной юрисдикции не признается нормальным явлением согласно общепризнанным принципам современного международного и национального публичного права. Сегодня известны две модели построения правовой системы в каждом государстве: территориальная (основанная на принципе гражданства и уважающая государственный

[1]Конституция Республики Казахстан. Научно-практический комментарий. / Отв. ред. Баймаханов М.Т., Зиманов С.З., Сапаргалиев Г.С., Сартаев С.С., Рогов И.И. - Алматы: Раритет, 2010. - 400 с. - С.14-15.

суверенитет) и персональная (основанная на религиозной принадлежности, нередко, с пренебрежением суверенитета отдельного государства). В то же время, «право в современном государстве, построенном на принципах гражданства, («nation-state») объективно является территориальным: в границах страны существует одна правовая система, которая по определению - исключительная. Все граждане государства связаны этой системой, и они становятся связанными [*правовой*] системой прилегающей страны, как только они пересекают государственную границу»[1].

На основании изложенного, представляется, что, даже с учетом содержания Конституционного закона о МФЦА, развитие этого Центра целесообразно с учетом следующих моментов: (1) соблюдение принципа о том, что не может существовать одновременно двух правовых систем в рамках одной юрисдикции; (2) понимание того, что действующая Конституция Казахстана (даже с учетом внесенных в нее дополнений и изменений) не позволяет одновременное существование на территории Республики двух юрисдикций, и (3) любые изменения Конституции в целях создания правовой основы для существования на территории Казахстана параллельных юрисдикций могут быть расценены как угроза целостности и неприкосновенности Республики[2].

§5. Совершенствование правового регулирования вопросов учреждения компаний с иностранным участием и правового режима корпоративных договоров в законодательстве Республики Казахстан

1. Вопрос реформирования казахстанского законодательства о юридических лицах, в том числе и модернизации корпоративного законодательства, приобретает характер насущной проблемы. В частности, совершенствование казахстанского законодательства о коммерческих организациях

[1]The Oxford Handbook of Comparative Law. Edited by Reimann and Zimmermann. Oxford University Press, 2008. - 1430 p. - P. 613, 624-625.

[2] Карагусов Ф.С. Записка о возможности существования двух правовых систем в рамках одной юрисдикции (в связи с предполагаемым созданием международного финансового центра в Астане) // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33607423 (дата обращения 05.06.2018).

корпоративного типа необходимо для того, чтобы: (1) восстановить логику первоначальной (после перехода на рыночный тип национальной экономики в начале 1990-х годов) структуры и содержания корпоративного законодательства Республики Казахстан в соответствии с общими положениями Гражданского кодекса Республики Казахстан («ГК») о юридических лицах; (2) модернизировать казахстанское корпоративное законодательство с учетом опыта развитых демократических иностранных государств рыночного типа в регулировании предпринимательской деятельности и доступных для ее осуществления организационно-правовых форм, а также передовой практики корпоративного управления, и (3) обеспечить сближение казахстанского корпоративного законодательства с правом государств Европейского Союза, Соединенного Королевства (Великобритании), включая страны Содружества, и других государств-участников Организации Экономического Сотрудничества и Развития (ОЭСР) на основе гармонизации законодательства или непосредственного восприятия наиболее эффективных и универсальных институтов корпоративного права в законодательство Казахстана.

Думается, что такое совершенствование казахстанского законодательства создаст дополнительные условия для активизации предпринимательской деятельности, снижения количества корпоративных конфликтов и изменения их качества в сторону минимизации степени их существенности для общегражданского оборота, уменьшения проявлений рейдерства и корпоративного шантажа. Более того, должна быть создана почва для формирования в Казахстане устойчивого класса профессиональных директоров и менеджеров, приверженных в своей деятельности лучшим мировым стандартам корпоративного управления, защиты прав акционеров и соблюдения интересов инвесторов.

Сближение казахстанского корпоративного законодательства с лучшими образцами правового регулирования также позволит добиться усиления притока инвестиций в национальную экономику, с одной стороны, и взаимовыгодной для Казахстана и стран, являющихся его деловыми партнерами, интеграции отечественной рыночной инфраструктуры в систему международных хозяйственных

связей, с другой стороны. Это послужит одним из важных моментов, которые поспособствуют развитию Казахстана как открытого общества и части открытого общества, которое «помимо того, что является целью, которую можно достичь посредством толерантности и политической деятельности, становится еще и фактом нашей жизни»[1].

В частности, модернизируя наше корпоративное (и не только) законодательство, мы должны понимать, что «благосостояние всех стран мира в большой степени зависит от деятельности транснациональных корпораций, а многие виды их деятельности - от прямых иностранных инвестиций», в связи с чем в ходе этой модернизации надо помнить такой аспект международных экономических отношений, как «способность компаний переводить свой капитал в те страны, где инвестиции обещают высокую доходность», которая «считается достоверным индикатором экономической глобализации вообще и глобализации конкретных национальных экономик в частности»[2].

2. В целом целесообразным является такое совершенствование корпоративного законодательства Казахстана, которое бы позволило в рамках казахстанского законодательства, относящегося к международному частному праву, развить современное и целесообразное международное корпоративное право (международное право компаний). Большую роль в этом играет развитие норм ГК, относящихся к международному частному праву (МЧП), в большинстве своем являющихся коллизионными нормами. Однако в данном случае более важным является развитие именно тех норм и институтов национального права, которыми непосредственно регулируется деятельность компаний. Необходимо помнить предостережение профессора Ю. Базедова о том, насколько иллюзорным является «отделение коллизионных норм от правовой политики национальных законодателей»[3].

---

[1] Базедов Ю. Право открытых обществ - частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права / Базедов Ю.: Пер. с англ. Ю.М. Юмашева. - М.: Норма, 2016. - 384 с. - С. 52.

[2] Там же. С. 43-44.

[3] Базедов Ю. Право открытых обществ - частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права / Базедов Ю.: Пер. с англ. Ю.М. Юмашева. - М.: Норма, 2016. - 384 с. - С. 8.

Поэтому государственная правовая политика должна быть направлена на то, чтобы именно корпоративное законодательство восприняло наилучшие юридические решения и в максимально возможной степени было гармонизировано с принципами корпоративного управления, признанными на глобальном уровне. Поскольку «сфера действия МЧП ограничивается исключительно конфликтами, возникающими между частными участниками по поводу коллизий законов различных государств»[1], такая гармонизация национального законодательства послужит цели снижения количества подобных конфликтов. Собственно, развитие открытого общества в Казахстане станет возможным без существенного увеличения количества коллизионных норм и привязок, и без того в настоящее время создающего благодатные условия для жарких дискуссий и даже накопления ошибок и проявления их негативных последствий в регуляторной, деловой и судебной практике, связанной с учреждением и деятельностью компаний с иностранным участием.

С учетом вышеизложенного, в рассматриваемом контексте необходимо определить действенные и обоснованные шаги по совершенствованию правового регулирования коммерческих корпоративных организаций, создаваемых в тех организационно-правовых формах, которые предоставляют правовые гарантии и механизмы по защите прав инвесторов и акционеров (в том числе иностранных), позволяют формировать корпоративные группы (в том числе транснациональные), в отношении которых могут применяться эффективные меры регулирования, направленные как на защиту внутреннего рынка, так и на продвижение международных (трансграничных) экономических связей.

В данном параграфе рассматриваются некоторые вопросы, являющиеся фокусом научных дискуссий в связи с учреждением в Казахстане компаний с иностранным участием, и отмечается, какие законодательные решения были бы наиболее эффективными для повышения качества национального корпоративного законодательства, в том числе с учетом вопроса о необходимости формирования совокупности норм о корпоративных группах.

[1] Там же. С. 27.

3. Вопрос о совершенствовании правового регулирования вопросов, относящихся к учреждению компаний с иностранным участием, приобретает особую актуальность в связи с усилением межгосударственных отношений, направленных на поддержку взаимных инвестиций в национальные экономики Казахстана и многих иностранных государств, с которыми поддерживается и развивается экономическое сотрудничество. Такое развитие совпадает с общемировой тенденцией глобализации и соответствующим развитием международного права компаний как особой части международного частного права.

Применительно к регулированию компаний, которые создаются в одном государстве за счет участия в них инвесторов из других государств, для ответа на вопрос о том, какому правопорядку подчиняется решение всех вопросов, возникающих в связи с учреждением и деятельностью юридического лица, создана теория одного лица («one-entity theory»). Согласно этой теории, все относящиеся к компании вопросы (в том числе, учреждение, правоспособность, внутренняя организация, ответственность корпоративных должностных лиц, а также ответственность участников компании по ее обязательствам) регулируются материально-правовыми нормами одного и того же национального права (*lex societatis*)[1].

В то же время для определения применимого в этом случае права существуют две конкурирующие привязки - законодательство нахождения места эффективного управления юридическим лицом («realseat») либо законодательство страны учреждения юридического лица («*lex in corporationis*»). В каждом правопорядке определяется применение одной из этих привязок. Разница заключается в том, что при применении привязки к месту эффективного управления компанией национальное право в принципе применяется к иностранным компаниям. В свою очередь, привязка к месту учреждения юридического лица позволяет иностранным субъектам создавать юридические лица по праву страны учреждения, но, как правило, не позволяет регулировать учреждение и деятельность такого юридического лица иным правом, кроме права страны его учреждения.

[1] Weller and Thomale. Companies. // Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). - Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. - Volume 1. - 886 p. - C. 404-406, 409.

4. Вместе с тем, гармонизация законодательства в части определения привязки, подлежащей применению при регулировании создания и деятельности компаний с иностранным участием, приобретает важное значение, если на основании международного договора национальный правопорядок гарантирует свободу учреждения компаний для субъектов из тех государств, которые также являются участниками такого международного договора.

В настоящее время свобода учреждения, как элемент более широкой категории экономической свободы, является концепцией европейского права, основанной на соответствующих нормах Договора о функционировании Европейского Союза. В частности, действие этого принципа требует, чтобы в национальном правопорядке были исключены ограничения, касающиеся учреждения иностранными субъектами компаний в данной стране или перевода в ее юрисдикцию существующих иностранных компаний, как и создания ими в этой стране своих представительств, филиалов и дочерних организаций[1].

Как поясняется в литературе, «свобода учреждения охватывает самостоятельную деятельность, направленную на получение дохода, а также создание на территории другого государства-участника [Договора о ЕС - *Ф.К.*] предприятий, «в том числе компаний», и управление ими на тех же условиях, что и гражданами этого государства»[2]. Также уточняется, что «установленная ст. 43, 48 Договора о ЕС свобода учреждения компаний в соответствии с новейшей практикой Суда Европейских сообществ позволяет иностранным компаниям переносить свой центр управления из одного государства ЕС в другое, …, сохраняя при этом свою организационно-правовую форму»[3].

---

[1] Thomale and Weller. Freedom of establishment / persons (European Union) and private international law. // Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). - Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. - Volume 1 - 886 p. - С. 807 – 808.

[2] Дубовицкая Е. Европейское корпоративное право: Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. - М.: Волтерс Клувер, 2004. - 224 с. - С. 4-5.

[3] Шмидт-Тренц, Плате, Пашке и др. Основы германского и международного экономического права. Учебное пособие. - СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2007. - 736 с. - С. 90.

В контексте действия международного частного права действие принципа свободы учреждения компаний имеет значение в следующих трех аспектах: (1) перемещение места эффективного управления компанией из страны ее учреждения в другую страну Европейского Союза, чье законодательство не должно создавать препятствий для осуществления такого перемещения; (2) законодательством страны учреждения компании также не должно создаваться каких-либо барьеров для такого перемещения, и (3) сама компания должна иметь возможности (то есть таким должно быть соответствующее законодательное регулирование как в стране учреждения компании, так и в новой юрисдикции, куда перемещается центр управления компанией) для такого перемещения своего центра эффективного управления без необходимости ликвидации компании и осуществления иных сложных процедур реорганизации, реструктуризации или иной трансформации[1].

Свобода учреждения компании реализуется (хотя и в определенных правовых рамках) по усмотрению частного субъекта посредством его самостоятельного выбора наиболее предпочтительного для существования учреждаемой или учрежденной им компании правопорядка. Юридическое признание свободы учреждения компании и возможность ее реализации участниками международного имущественного оборота можно расценивать как одно из проявлений автономии воли.

5. В праве Республики Казахстан в качестве общего правила предусмотрено применение национального режима в отношении прав иностранных субъектов: согласно п. 7 ст. 3 ГК иностранные физические и юридические лица вправе приобретать такие же права и обязаны выполнять такие же обязанности, какие предусмотрены гражданским законодательством для граждан и юридических лиц Республики Казахстан. То есть гражданские права и обязанности иностранных субъектов подчиняются законодательству Республики Казахстан.

[1] Thomale and Weller. Freedom of establishment / persons (European Union) and private international law. // Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). - Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. - Volume 1 - 886 p. - C. 809.

В том числе любые физические и юридические лица, действующие в рамках юрисдикции Республики Казахстан вправе учреждать юридические лица, осуществлять права участников юридических лиц и прекращать свое участие в юридических лицах по правилам казахстанского законодательства. Иные правила могут устанавливаться только законодательными актами и ратифицированными Республикой Казахстан международными договорами.

6. В этом контексте следует отметить участие Республики Казахстан в Содружестве независимых государств («СНГ») и ее членство в Евразийском Экономическом Союзе («ЕАЭС»).

В рамках функционирования СНГ не предусмотрено формирование общего права для государств-участников, само Содружество не обладает наднациональными полномочиями (ст. 1 Устава СНГ[1]). На уровне СНГ не создается обязательных правил об учреждении юридических лиц в рамках какого-то общего пространства. В ст. 20 Устава СНГ закрепляется безусловное признание национального законодательства как источника правового регулирования в каждом соответствующем государстве по вопросам, относящимся к сферам совместной деятельности участников СНГ, а также декларируется направленность деятельности государств-членов на сближение национального законодательства.

Что касается ЕАЭС, то в соответствии со ст. 1 Договора о Евразийском Экономическом Союзе («Договор о ЕАЭС») он создан как «экономический союз, в рамках которого обеспечивается свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы, проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отраслях экономики, определенных» этим Договором или международными договорами в рамках ЕАЭС[2]. В зависимости от определенного способа проведения политики в рамках ЕАЭС формами такой политики определены гармонизация законодательства, унификация законодательства, а также непосредственное применение решений органов ЕАЭС, принятых рамках их полномочий. В соответствии с положениями

[1]Устав Содружества Независимых Государств (г. Минск, 22 января 1993 года) //http://www.cis.minsk.by/page.php?id=180 (дата обращения 23.10.2019).

[2] Договор о Евразийском экономическом союзе, заключенный 29 мая 2014 года, вступивший в силу с 1 января 2015 года // https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/0003610/itia_05062014 (дата обращения 23.10.2019).

Раздела XV Договора о ЕАЭС декларируется цель обеспечить свободу учреждения, деятельности и осуществление инвестиций в рамках ЕАЭС (п. 1 ст. 65). Вместе с тем, в соответствии с содержанием п. 8 ст. 65 и ст. 66 Договора о ЕАЭС фактически гарантируется соблюдение национального режима при регулировании вопросов учреждения и деятельности юридических лиц, создаваемых лицами из стран участниц Договора о ЕАЭС, закрепляется обязательство не допускать «произвольной или неоправданной дискриминации между государствами или скрытых ограничений».

Таким образом, и в рамках тех межгосударственных объединений, в которых Казахстан участвует в целях межгосударственного экономического сотрудничества, вопросы учреждения и деятельности юридических лиц с иностранным участием регулируются исключительно национальным законодательством Республики Казахстан. Принцип свободы учреждения компаний, аналогичный тому, который предусмотрен Договором о ЕС, в казахстанском праве не определяется.

7. Такая позиция Республики Казахстан по вопросу о применении национального права при учреждении юридических лиц с иностранным участием, определении их правового статуса и регулировании их деятельности представляется обоснованной. Как отмечает Е. Дубовицкая, свобода учреждения и включаемая в ее содержание свобода перемещений компаний неразрывно связаны с идеей функционирования единого рынка, однако недоверие к иностранному праву и необходимость защитить собственный правовой оборот не позволяют национальному правопорядку допустить применение к действующим в рамках его юрисдикции компаниям применение иностранного права, пока соответствующее государство не будет уверено в том, что такое иностранное право защищает интересы кредиторов компании, ее работников или ее участников не хуже, чем домашний закон этого государства[1].

Действительно, применение принципа свободы учреждения и свободы перемещения компаний невозможно без того, чтобы корпоративное законодательство

[1] Дубовицкая Е. Европейское корпоративное право: Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. - М.: Волтерс Клувер, 2004. - 224 с. - С. XXXI – XXXIII.

взаимодействующих государств было гармонизировано, устанавливая более или менее идентичные нормы, обеспечивающие для компаний из разных государств одинаковые условия деятельности и конкуренции в рамках соответствующих правопорядков. Собственно, реализация свободы учреждения (в том числе декларируемая в качестве направления для межгосударственного сотрудничества в Договоре о ЕАЭС) и является настоящей целью гармонизации корпоративного права.

В данном случае целесообразно обратить внимание на то, что это должна быть именно гармонизация, в результате которой будут устранены национальные различия, «которые могут привести к нарушению интересов компаний и третьих лиц в результате перемещения компаний», с одной стороны, и будут сохранены национальные различия, позволяющие компаниям и их участникам выбирать не только наиболее приемлемые для них экономические условия, но и наиболее комфортное для них корпоративное право[1].

Представляется, что отсутствие именно такого общего понимания относительно целей гармонизации гражданского права в рамках ЕврАзЭС послужило одной из причин того, что проводившаяся в 2011-2014 годах работа Комиссии Совета министров юстиции государств-участников ЕврАзЭС по гармонизации гражданского законодательства (в составе которой мы участвовали от Казахстанской стороны) осталась незавершенной. Члены этой Комиссии не смогли достичь взаимопонимания относительно Концепции и статуса Основ развития гражданских законодательств государств-участников ЕврАзЭС, понятия и классификаций организаций корпоративного типа, как и по некоторым другим аспектам.

8. Вопрос о применимом праве к гражданским правоотношениям возникает в случае заключения гражданско-правовых договоров с участием иностранного субъекта. Как отмечается в авторитетных источниках, выбор применимого права в качестве метода международного частного права имеет двойное значение. В одном случае, такой выбор делается по воле участвующих в договоре сторон, являющихся самостоятельными

[1] Дубовицкая Е. Европейское корпоративное право: Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. - М.: Волтерс Клувер, 2004. - 224 с. - С. 56 – 60.

субъектами гражданского права, и в этом случае выбор права основан на индивидуальной свободе и автономии воли частных лиц. В другом случае имеет место определение применимого права на основе законодательных норм, безотносительно того, приводится ли оно к действию участвующими в правоотношении частными лицами, судом или в силу закона[1].

В соответствии с казахстанским законом выбор применимого права применительно к вопросам учреждения, деятельности и определения правового положения юридических лиц с иностранным участием определяется на основе специальных положений ГК. В частности, в соответствии со ст.ст. 1100 и 1101 ГК «законом юридического лица считается право страны, где это юридическое лицо учреждено», и именно законом юридического лица определяется его гражданская правоспособность. В рамках казахстанского правопорядка деятельность иностранных организаций регулируется казахстанским правом.

Согласно ст. 40 ГК юридическое лицо учреждается на основе волеизъявления учреждающих его субъектов частного права (физических и / или юридических лиц). А если организация учреждается с участием государства или административно-территориальной единицы Республики Казахстан, то таковые также рассматриваются в качестве субъектов частного права, а в соответствии со ст. 114 ГК к ним «применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательных актов». В любом случае, при учреждении юридических лиц, государство и административно-территориальные единицы всегда выступают на равных началах с иными участниками соответствующих правоотношений (п. 1 ст. 111 и п. 1 ст. 112 ГК).

В том числе, учреждение юридического лица в Казахстане, когда учредителем выступает иностранное лицо, регулируется казахстанским законом. Согласно п. 1 ст. 1114 ГК «к договору о создании юридического лица с иностранным участием применяется право страны, где учреждается или учреждено

[1] Basedow. Choice of law. // Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). - Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. - Volume 1 - 886 p. C. 311-312.

юридическое лицо». Эта норма ГК является императивной, не допускающей выбора иного права, кроме права страны инкорпорации, и применяется к юридическим лицам любой предусмотренной национальным законодательством организационно-правовой формы.

Договором о создании казахстанского юридического лица двумя или более лицами является учредительный договор. Содержание и форма учредительного договора, а также порядок его заключения определяются законом. В зависимости от организационно-правовой формы юридического лица различаются правила, относящиеся к кругу регулируемых отношений, периоду действия и прекращению учредительного договора. В отношении акционерного общества («АО»), например, учредительный договор служит основанием для учреждения АО и регулирует взаимоотношения учредителей по вопросам создания АО и формирования его первоначального уставного капитала. Учредительный договор действует только до момента государственной регистрации выпуска объявленных акций АО. А учредительный договор товарищества с ограниченной ответственностью сохраняет свою силу в течение всего срока деятельности ТОО. Если после учреждения ТОО единственным учредителем в состав его участников входит второй или несколько участников, они должны заключить учредительный договор, а при передаче доли участия в товарищества новый участник должен присоединиться к учредительному договору.

9. В соответствии с п. 2 ст. 1114 ГК закон страны учреждения юридического лица (*lex incorporation is*) применяется к любым правоотношениям между участниками юридического лица, в рамках которых они осуществляют взаимные права и обязанности. К таким отношениям непосредственно отнесены отношения по созданию и прекращению юридического лица, передачи доли участия в нем от одного участника к другому, а также иные такие отношения. Эта норма также императивна, и применительно к упомянутым отношениям между участниками юридического лица, созданного по казахстанскому праву, применимым правом может быть только казахстанское законодательство.

В частности, казахстанское право всегда является применимым правом к любым корпоративным договорам, заключаемым в отношении или по поводу юридического лица, учреждаемого или уже учрежденного по законодательству Республики Казахстан, в том числе таким, как:

- учредительный договор;
- о прекращении юридического лица;
- об отношениях между участниками юридического лица, связанных с их взаимными правами и обязанностями;
- соглашения между участниками о передаче акций или долей участия, их купле-продаже или иному отчуждению;
- о внесении изменений и дополнений в вышеперечисленные договоры, а также их прекращении.

10. Обращает на себя внимание несовершенство редакции п. 2 ст. 1114 ГК. В частности, возникает вопрос о том, насколько императивным может быть требование о применении казахстанского права к передаче долей участия или акций от участника ТОО или акционера, соответственно, лицу, не являющемуся участником / акционером данного казахстанского юридического лица. По этому вопросу имеет место дискуссия в казахстанском праве. Например, М.К. Сулейменов считает, что в договорах о передаче акций можно определить иностранное право в качестве применимого, поскольку в таких договорах речь не идет об установлении взаимных прав и обязанностей действующих акционеров АО[1]. Свое мнение высказал Д.А. Братусь[2].

По этому вопросу мной также высказана позиция, которая заключается в том, что, по общему правилу, любые договоры о возмездной или безвозмездной передаче долей участия в казахстанском юридическом лице или акций казахстанского АО подлежат регулированию законодательством Республики Казахстан[3]. В дополнение к ранее опубликованным аргументам

---

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий (постатейный): в двух книгах. Книга 2. Ответственные редакторы Сулейменов, Басин. - Алматы, 2006. - 800 с.- С. 760.

[2] Братусь Д.А. Комментарий к статье 1114 Гражданского кодекса Республики Казахстан. - электронный ресурс: http://online.zakon.kz/document/?doc_id=33033027#pos=5;-163 (дата обращения - 23 октября 2019 г.).

[3] Карагусов Ф.С. О применимом праве в трансграничных договорах купли-продажи акций казахстанских компаний // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37693184#pos=0;0 (дата обращения 23.10.2019).

следует добавить, что любая передача акций или долей участия означает не просто смену собственника в отношении объекта гражданских прав, но также и соответствующее изменение по отношению к субъекту права (соответствующему юридическому лицу), чей правовой статус определяется, а деятельность регулируется правом страны учреждения этого юридического лица. В том числе обязательно применяются положения о праве преимущественной покупки, уведомлениях о намерении и осуществлении отчуждения либо приобретения крупного пакета акций, обязательных предложениях оставшимся акционерам, урегулированию вопросов об уплате дивидендов, созыве общих собраний и другие нормы.

Как отмечено выше, это является классическим подходом, принятым в международном частном праве, когда требуется, чтобы во избежание правовой неопределенности применению подлежали правила только одного правопорядка, и попытка объединить два права для регулирования одной и той же компании не допускается[1]. В связи с этим, рассматривая возможности для частных лиц проявить автономию воли при заключении, например, акционерных соглашений, договоров по отчуждению акций и иных договоров, направленных на урегулирование корпоративных правоотношений или относящихся к юридическим лицам, следует помнить, что применение этого принципа может иметь определенные исключения.

В частности, применение автономии воли в трансграничных сделках ограничивается для того, чтобы не допустить оговорки в договоре условий в обход законодательных требований национального публичного порядка. Кроме того, автономия воли не должна применяться для того, чтобы выбирать для включения в договор положения из разных законодательных систем для регулирования одного правоотношения[2].

11. Также следует иметь в виду, что и Гаагские принципы выбора применимого права в международных контрактах не

[1] Weller and Thomale. Companies. // Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). - Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. - Volume 1 - 886 p. - C. 409 – 410.

[2] Watt. Party autonomy. // Encyclopedia of Private International Law. Basedow, Rühl, Ferrari and Asensio (eds.). - Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2017. - Volume 2 - 1854 p. C. 1336 – 1338.

регулируют выбор применимого права применительно к компаниям (п. 3 ст. 1)[1]. В комментарии к этому положению указывается, что такое исключение сделано в связи с тем, что по данному вопросу нет консенсуса либо относительно квалификации соответствующих отношений в качестве договорных, либо относительно того, применима ли автономия воли к этим отношениям вообще. Причем, это не означает того, что в отношении этих исключенных аспектов автономия воли не применима: Гаагские принципы нейтральны в этом вопросе, и они не препятствуют законодателю или иным субъектам в том, чтобы распространить применение автономии воли в отношении любого исключенного аспекта.

Что касается исключения компаний из-под сферы действия указанных Гаагских принципов о применимом праве к договорам, то это исключение действует применительно к таким вопросам, как создание и организация компаний, иных коллективных образований и трастов, участие / членство в них, правоспособность, внутренняя организация, процедуры принятия решений, прекращение и ликвидация компаний и иных организаций. В упомянутом комментарии указывается, что во многих государствах эти вопросы регулируются специальными положениями международного частного права о компаниях (как правило, это - право страны учреждения или нахождения органа управления). При этом Гаагские принципы применимы к договорам самих компаний с третьими лицами, а также к коммерческим контрактам между участниками компаний (акционерные соглашения).

12. Последняя оговорка, однако, не позволяет выбор иного права, кроме казахстанского, применительно к акционерным соглашениям. Как указано выше, в соответствии с п. 2 ст. 1114 ГК любые «отношения между участниками юридического лица, связанные с их взаимными правами и обязанностями», если это юридическое лицо учреждено в соответствии с законодательством Республики Казахстан, подлежат регулированию казахстанским правом.

[1] Principles On Choice of Law in International Commercial Contracts (approved on 19 March 2015) // https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text (дата обращения 23.10.2019).

Такой подход, отраженный в казахстанском праве, представляется обоснованным. Как в гражданском праве особо выделяется корпоративное право, так и в международном частном праве выделяется международное право компаний. Во многих случаях основаниями для возникновения, изменения или прекращения корпоративных отношений является не сделка, а иные юридические факты или события (наиболее распространенными и важными, но не единственными, из которых являются решения собраний). В связи с этим большая часть корпоративных отношений не является договорными, но регулируются нормами императивного свойства.

Это замечание касается и так называемых корпоративных договоров, понятие и классификацию которых в настоящее время предполагается включить в состав казахстанского законодательства. К категории таких корпоративных договоров относятся не только соглашения акционеров и учредительные договоры. В частности, устав юридического лица также является своеобразным корпоративным договором. Однако, если изначально он принимается единогласно, то в последующем при внесении в него изменений и дополнений его действие в полной мере распространяется даже в отношении тех, кто голосовал против этих изменений и дополнений либо по каким-то причинам не участвовал в принятии соответствующего корпоративного решения. Такая двойственная природа устава признается и в иностранном праве[1].

Такой же двойственной природой обладают и другие корпоративные акты, как, например, кодекс корпоративного управления, методика выкупа компанией собственных ценных бумаг и другие. Решения собраний являются основаниями для возникновения и иных видов корпоративных отношений, как избрание директоров, реорганизация и ликвидация компании, выпуск или выкуп ценных бумаг, и многое другое. Эти отношения не являются договорными по своей правовой природе, подлежат регламентации преимущественно императивными нормами корпоративного права, в отношении них свобода договора или автономия воли не применяется.

---

[1] Шмидт-Тренц, Плате, Пашке и др. Основы германского и международного экономического права. Учебное пособие. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2007. - 736 с. - С. 318.

13. В данном случае представляется уместным отдельно обратить внимание на вопрос о решениях собраний как основаниях возникновения гражданских прав. Поскольку корпоративные отношения являются гражданско-правовыми отношениями, права и обязанности участников этих отношений возникают из предусмотренных в ст. 7 ГК оснований возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей. Применительно к корпоративным отношениям прямо поименованным основанием являются договоры и иные сделки. Действительно, в ряде случаев корпоративные отношения возникают в порядке универсального правопреемства (по праву наследования, при реорганизации юридических лиц), из договоров, как общегражданских (например, купля-продажа, дарение), так и на основании некоторых видов так называемых корпоративных соглашений, которые также целесообразно регламентировать законодательным способом (в том числе в рамках регулирования корпоративных групп).

Однако во многих случаях права и обязанности в сфере корпоративных отношений возникают по иным основаниям (как, например, решения собраний корпорации). Такие решения порождают конкретные права и обязанности членов корпорации (участников / акционеров компании), ее корпоративных должностных лиц, а также самой корпорации в отношении ее членов, должностных лиц или третьих лиц.

Особенностью решений собраний как оснований возникновения гражданских прав и обязанностей является то, что решение принимается в рамках закрепленной компетенции большинством (если не предусмотрено квалифицированное большинство или единогласие), и будучи таким образом принятым при соблюдении регламентированных процедур созыва и проведения собрания, а также оформления его результатов, это решение является обязательным для соблюдения меньшинством и для исполнения теми субъектами, кому решение адресовано для исполнения. В корпоративных отношениях такими субъектами могут быть сама корпорация (когда решение принято общим собранием его членов) или должностные лица корпорации в отношении решений, принятых общим собранием или коллегиальным органом собрания.

При этом меньшинство, которое голосовало против принятого решения или не участвовало в его принятии (при несогласии с ним), не только должно подчиниться этому решению и соблюдать его, но вправе выйти из корпорации в установленном законом порядке. Этот режим предусмотрен в отношении учредительных собраний и общих собраний акционеров / участников корпорации (в том числе компаний и товариществ).

Законодательная идентификация в ГК решений собраний в качестве оснований возникновения гражданских прав и обязанностей позволит внести правовую определенность в отношения, связанные с корпоративным управлением, снизить количество корпоративных споров, повысить степень ответственности участников корпорации и ее должностных лиц за надлежащее осуществление своих прав членства и обязанностей по управлению компанией, и в целом повысит качество корпоративного законодательство, а также будет способствовать сближению корпоративного законодательства Казахстана с законодательством развитых государств и стран, являющихся основными экономическими партнерами Казахстана.

В частности, целесообразным является учет опыта реформирования российского Гражданского кодекса, в ст. 8 которого Федеральным законом от 30 декабря 2011 года № 302 было внесено дополнение о том, что гражданские права и обязанности возникают «из решений собраний в случаях, предусмотренных законом».

14. Что касается вопроса о понятии и классификации корпоративных договоров, то представляется важным на законодательном уровне регламентировать разделение актов, на основании которых юридическое лицо учреждается, и акта, на основании которого юридическое лицо действует. В ст. 41 ГК в качестве документов, на основании которых действует юридическое лицо, необоснованно указываются акты, на основании которых юридическое лицо учреждается (решение единственного учредителя), или которые регулируют отношения между учредителями юридического лица и могут вообще не иметь какого-либо отношения к регулированию деятельности компании (учредительный договор).

В то же время решение учредителей юридического лица (в том числе решение единственного учредителя) является единственно возможным основанием для учреждения хозяйственного общества, но оно не может регулировать деятельность юридического лица, ибо с момента государственной регистрации юридического лица юридическая сила решения о его регистрации, как правило, утрачивается.

На основании решения учредителей возникают права и обязанности учредителей по обеспечению ее государственной регистрации в порядке, регулируемом законом. Учредители должны признаваться коллективным субъектом на основе солидарной ответственности при осуществлении действий, направленных на государственную регистрацию юридического лица. Это должно быть правом, но не обязанностью учредителей распределить между собой соответствующие правомочия и обязанности по учреждению компании, либо уполномочить одного или нескольких учредителей на представление каждого иного учредителя в отношениях с третьими лицами в процессе государственной регистрации компании.

15. В свою очередь, устав (Articles of Association, company's Constitution, Charter) - это единственный документ, определяющий правовое положение, регулирующий организационное устройство и деятельность компании. Такой подход соответствует подходам, принятым в корпоративном законодательстве развитых государств (Великобритании, Сингапура, Германии, Франции и других), а также рекомендациям ст. 12 Модельного закона для стран-участниц СНГ 2010 года «Об акционерных обществах» (в новой редакции). Никаким иным документом, включая учредительный договор, организация и деятельность коммерческой компании регулироваться не может.

Содержание устава должно регулироваться законом. Допустимо регулирование в уставе иных аспектов организации и деятельности компаний, если соответствующие положения не нарушают императивных норм, в том числе направленных на обеспечении равного статуса акционеров при равных условиях, соблюдения долгосрочных интересов участников / акционеров в связи с их участием в данной компании.

Вместе с тем, по опыту Сингапура, перспективным направлением является снижение нормативного бремени в отношении хозяйственных обществ, не обладающих публичным статусом (например, ООО или частные АО), допуская для их участников / акционеров очень высокую степень свободы в самостоятельном регулировании вопросов корпоративной структуры и корпоративного управления, и даже их непосредственное участие в управлении компанией и ведении ее дел, при соблюдении, однако, всех требований к раскрытию информации о компании и прозрачности корпоративного управления в ней. В таком случае императивные нормы о содержании устава могут быть существенно смягчены.

16. Относительно непосредственно корпоративных договоров думается целесообразной их законодательная классификация, регулирование оснований и условий их заключения, исполнения и прекращения. Как отмечалось выше, следует исходить из того, что одна группа корпоративных договоров, которые заключаются для регулирования отношений между участниками / акционерами корпорации по поводу реализации их прав членства, регулируется преимущественно нормами договорного права с учетом императивных положений и содержания устава корпорации. В данной сфере отношений преимущество имеет применение принципа свободы договора и проявления автономии воли участников правоотношений. Такие договоры, как правило, являются частными и конфиденциальными; в отношении них не применяются обязательные требования законодательства о раскрытии информации.

К другой группе договоров относятся соглашения между участниками корпорации и третьими лицами, а также (нередко) с участием самой компании. Целью таких договоров является регулирование деятельности компании за счет использования механизмов контроля либо влияния или взаимного влияния. В данном случае правоотношения регулируются также договорным правом, но в большей степени нормами о корпоративных группах, а само регулирование приобретает значительно более императивный характер, в том числе требуя раскрытия информации о существовании такого договора, а в каких-то случаях - и о его содержании.

Отдельной категорией корпоративных договоров являются решения общих собраний участников / акционеров, которыми принимаются устав компании, изменения и дополнений в него, кодекс корпоративного управления, методика выкупа акций компании и иные подобные документы компании, относящиеся к сфере реализации ее участниками / акционерами принадлежащих им прав членства в корпорации. Эти отношения регулируются исключительно нормами корпоративного права, а основаниями возникновения соответствующих прав и обязанностей у участников таких отношений являются именно решения собраний, требующее наличие необходимого большинства для принятия соответствующего корпоративного акта. В отличие от вышеперечисленных видов корпоративных договоров, для возникновения или прекращения юридического эффекта таких корпоративных актов не требуется консенсус. Кроме того, в отношении каждого отдельного участника корпорации действие этих актов прекращается автоматически с прекращением членства в корпорации.

17. Касательно договорного регулирования взаимоотношений участников / акционеров компании по поводу их участия в компании, то с учетом опыта развитых правопорядков в вопросе о формах и пределах регулирования взаимоотношений между участниками / акционерами, предлагается исходить из того, что любые акционерные соглашения или соглашения между участниками иной компании с ограниченной ответственностью являются частноправовыми договорами, решение о заключении которых и определение их содержания относятся к сфере проявления автономии воли соответствующими субъектами гражданского оборота и действия принципа свободы договора.

В этом направлении потребуется регулировать особенности исключительного или комбинированного применения норм договорного права и/или корпоративного права при регулировании корпоративных договоров. В том числе необходимо будет определиться в том, насколько в каких-то случаях корпоративное законодательство может иметь приоритет в применении по отношению к общим положениям ГК о договорах и обязательствах. Отдельно потребуется найти законодательный ответ на вопрос о том, могут ли существовать

особенности регулировании вопросов действительности корпоративных договоров, могут ли устанавливаться особые или иные основания недействительности корпоративных договоров.

С учетом международного опыта и законодательной практики развитых государств можно сделать вывод о том, что такие акционерные соглашения и договоры между участниками компании более детально регулируют взаимоотношения между акционерами / участниками, включая вопросы опционов в отношении принадлежащих им акций / долей участия, совместных продаж этих акций / долей (tag-along, drag-alone), совместного участия в корпоративных событиях, в том числе при дополнительных размещениях акций и увеличении уставного капитала компании, использования права голоса по акциям / долям, прекращения компании, финансирования компании со стороны акционеров / участников, разрешения конфликтов между акционерами / участниками, в том числе разрешение тупиковых ситуаций и другие аспекты соответствующих взаимоотношений.

Однако и здесь потребуется законодательное решение о том, должна ли для разрешения тупиковых ситуаций, возникающих в спорах между акционерами быть предусмотрена их обязанность договариваться о разрешении тупиковой ситуации, или это должно оставаться их правом. Если же определить (хоть и в ограниченных случаях) обязанность участников корпорации урегулировать тупиковую ситуацию, то необходимо предусмотреть: (1) недопустимость нарушения прав третьих лиц, а также нанесения вреда публичному интересу, и (2) закрепить возможность ликвидации компании по решению суда при невозможности разрешить тупиковую ситуацию (предложения российских экспертов и опыт сингапурского права).

18. В целом же, представляется нецелесообразным закреплять легальную дефиницию акционерного соглашения / договора между участниками компании, а также императивно регламентировать его содержание. В то же время, принципиально важным представляется законодательное указание на то, что такие акционерные соглашения и договоры между участниками компании не являются ее учредительным договором (то есть не направлены на учреждение компании), а их содержание не

должно противоречить императивным нормам права, на основании которого компания была учреждена.

Однако очень важным является то, что акционеру не должно быть отказано в осуществлении его регулируемых законом прав акционеров и его прав в отношении акций на основании того, что он нарушает или нарушил акционерное соглашение, стороной которого он является. Более того, не может быть оспорена действительность корпоративных решений, надлежащим образом принятых согласно закону и уставу с участием акционера, на основании того, что он нарушал или нарушил это акционерное соглашение. Это должно быть закреплено законодательно.

19. Как уже говорилось выше, с учетом классического подхода, принятого в международном частном праве (о том, что во избежание правовой неопределенности применению подлежат правила только одного правопорядка, а попытка объединить два права для регулирования одной и той же компании не допускается) и, как указывают эксперты в сфере английского права (о том, что стороны корпоративного договора, относящегося к компании, учрежденной в Соединенном Королевстве, подлежат регулированию только английским правом), представляется целесообразным также закрепить законодательно, что применимым правом в отношении любых акционерных соглашений / договоров между участниками компании является законодательство Республики Казахстан.

При это представляется целесообразным допустить заключение акционерных соглашений / договоров участников компании в любое время, а не только при учреждении компании или смене крупных акционеров / участников.

Также целесообразно основываться на том, что такое соглашение (договор) может быть заключено между любыми двумя и более акционерами / участниками, но это соглашение (договор) не должно быть заключено обязательно всеми его акционерами / участниками. При этом до сведения не участвующих в соглашении (договоре) акционеров / участников должна доводиться информация о его заключении и затрагивающих его защищаемые интересы договорных положениях.

20. Как правило, сторонами акционерных соглашений (договоров) являются акционеры / участники данной компании. Однако в принципе допустимы является участие в таком соглашении (договоре) и самой компании. В этом случае, учитывая обязанность директоров компании обеспечить равное отношение к акционерам при равных условиях и минимизировать конфликты интересов, представляется целесообразным придание информации о существовании таких соглашений (договоров) статуса публично известной информации (при сохранении режима конфиденциальности относительно содержащихся в нем деталей регулирования в соответствии с режимом охраняемой законом тайны). Целесообразным является законодательное введение режима публичности информации о существовании корпоративного договора каждой отдельной компании (по аналогии с тем, как это регулируется в праве Германии или в законодательстве канадской провинции Квебек)

Однако в ряде случаев сторонами акционерных соглашений (договоров) между участниками могут быть не только компания, но и третьи лица. Как правило, такие соглашения (договоры) являются частными договорами. Однако, если эти соглашения (договоры) устанавливают права по управлению компанией на основе реализации полномочий контроля или иного влияния в отношении компании, и в результате этого возникает корпоративная группа, (например, как регулируется в немецком права концернов договоры подчинения, распределении дохода и другие), раскрытие факта существования такого соглашения акционеров / участников компании и/или его содержания должно регулироваться нормами, относящимися к регулированию корпоративных групп и холдингов.

§6. Совершенствование основ корпоративного законодательства и реформа юридических лиц на уровне норм Гражданского кодекса

1. В текущем году в Узбекистане был подготовлен и вынесен на широкое обсуждение проект новой редакции

Гражданского кодекса Республики Узбекистан[1] («ГК»). Осуществление этого важного процесса обусловлено 6 по крайней мере, двумя существенными факторами. Во-первых, не вызывает сомнений объективная необходимость в модернизации гражданского законодательства в связи с необходимостью более корректно и целесообразно отразить в содержании ГК суть многих важных институтов национального гражданского права. Во-вторых, а также не менее насущной потребностью является восприятие целого ряда юридических концепций, не признаваемых в настоящее время национальным правом, но имеющихся в праве современных развитых государств, что способствует большей степени эффективности национального правопорядка и доверия к национальной правовой системе и национальному законодательству.

Решение обеих этих задач позволит гармонизировать гражданское законодательство со стандартами правового регулирования в развитых правопорядках, повысит степень правовой защищенности прав частных лиц и публичного интереса, а также позволит мотивировать иностранных инвесторов для вложений в предприятия отечественных предпринимателей.

2. Нет сомнений, что модернизация гражданского кодекса, принятого почти 30 лет назад, сразу после развала Советского Союза, на основе Модельного ГК для стран-участниц СНГ[2], сегодня является актуальной задачей для всех правопорядков государств Центральной Азии.

В Казахстане об этом говорится на протяжении нескольких предшествующих лет. Уже неоднократно были осуществлены довольно объемные, хотя и не всегда удачные, изменения и дополнения по целому ряду институтов гражданского права.

[1] Проект новой редакции Гражданского кодекса Республики Узбекистан (Общая часть) по состоянию на 1 мая 2020 года в виде сравнительной таблицы действующей и предлагаемой редакции с обоснованием предоставлен членами рабочей группы по разработке нового ГК.

[2] См., в частности, Гражданский кодекс (часть первая), Модель; Рекомендательный законодательный акт Содружества Независимых Государств принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств - участников Содружества Независимых Государств на пятом пленарном заседании, г. Санкт-Петербург 29 октября 1994 г. //https://iacis.ru/baza_dokumentov/modelnie_zakonodatelnie_akti_i_rekomendatcii_mpa_sng/modelnie_kodeksi_i_zakoni/40.

А в этом году в публичном поле даже проявилось весьма острое столкновение позиций в связи с тем, что коллектив КазГЮУ заявил о представлении вице-министру юстиции то ли концепции, то ли проекта нового (!) Гражданского кодекса Республики Казахстан[1]. Правда, ни во что особенное это не вылилось (и объективно не могло привести к чему-то заслуживающему внимания с точки зрения совершенствования гражданского законодательства), но утверждения авторов той презентации о том, что действующий ГК практически полностью устарел и не является адекватным реалиям текущего момента, а потому требуется разработка именно нового кодекса, вполне обоснованно и без каких-то оговорок не нашло поддержки со стороны подавляющего большинства казахстанских цивилистов и других наших коллег.

3. Развитие гражданского права и приведение гражданского законодательства в соответствие как с реалиями сегодняшнего дня, так и основными направлениями социально-экономического развития на долгосрочную перспективу является необходимым. Однако подходы к осуществлению такой актуализации права должны быть обоснованными и разумными, а методы модернизации законодательной системы следует использовать так, чтобы они служили целям устойчивого развития и идейной консолидации в обществе и государстве.

Подход к совершенствованию гражданского законодательства, принятый в данном случае государственной и научной элитой Узбекистана, вызывает огромное уважение, и именно он представляется одним из наиболее (если не единственно) обоснованным и эффективным с точки зрения преемственности правового регулирования гражданских отношений, с одной стороны, и обеспечения модернизированной правовой основы для развития сферы гражданско-правовых отношений на долгосрочную перспективу, с другой стороны.

Очевидно, что речь не идет о полном отказе от действующего ГК. Наоборот, каждая из его норм подверглась

[1] См.: Сулейменов М.К. Проект нового Гражданского кодекса: как реагировать и надо ли реагировать? // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35087322 (09.06.2020); Диденко А.Г. О проекте Гражданского кодекса // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32033611 (10.06.2020); Сулейменов М.К. Проект нового Гражданского кодекса: вымыслы и реальность (статья вторая, заключительная) // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32513512 (29.06.2020).

глубокому и всестороннему анализу и оценке ее актуальности и перспективности в контексте ясно понимаемых авторами реформы целей и содержания реформы целого ряда институтов гражданского права. И особо хочется подчеркнуть, что результаты этой работы показывают сохранение значимости большинства действующих положений (как общих, так и специальных) гражданского кодекса! В качестве примера это важно и для Казахстана.

4. В то же время видно, что предлагаемая новая редакция ГК Узбекистана предполагает именно реформирование, а в чем-то – даже революционные изменения и в законодательстве, и в сфере социально-экономических отношений. Например, ГК дополняется новой главой 14 (ст.ст. 207 – 215), в которой закрепляются правовые основы соседского права. И содержание предлагаемых норм в целом соответствует тому, как эти отношения регулируются в развитых и развивающихся правопорядках[1]. [В Казахстане соседского права не существует, и мы надеемся, что наше предложение о восприятии этого института казахстанским правом будет учтено в рамках формирования новой концепции правовой политики Республики Казахстан на 2020 – 2030 годы.]

Также усматривается намерение провести реформы системы юридических лиц и системы вещных прав. В частности, предполагается введение института юридических лиц публичного права (ст. 50): эта концепция реализована в гражданском законодательстве большинства государств-участников ОЭСР, а также в некоторых государствах бывшего СССР. [Нашей экспертной группой был проведен обширный анализ иностранного опыта и рекомендаций международных организаций относительно регулирования правового статуса юридических лиц публичного права, были изучены возможности для восприятия этой концепции казахстанским правом, а также были подготовлены концепция такого восприятия и

[1] См. Виниченко Ю.В. Исторические начала соседского права в России: монография. – Иркутск: Институт законодательства и правовой информации имени Сперанского М.М, 2012. – 84 с. «В них [развитых зарубежных правопорядках] институт соседского права действительно существует, действует уже весьма долго и, более того, является достаточно развитым». - С. 19.

соответствующий план мероприятий[1]. Эти документы были предложены для публичного обсуждения, которое по каким-то причинам не состоялось. Но мы также надеемся, что наше предложение о восприятии этого института казахстанским правом будет учтено в рамках формирования новой концепции правовой политики Республики Казахстан на 2020 – 2030 годы, а опыт реформирования в Узбекистане послужит примером для продвижения в этом направлении.]

Особую поддержку заслуживает полный и безусловный отказ от такой организационно-правовой формы юридических лиц, как государственное предприятие, а также от служивших со времен советской экономики конструкций права хозяйственного ведения и права оперативного управления как основания прав госпредприятий на закрепленное за ними государственное имущество. [В Казахстане уже с момента разработки проекта действующего Закона о государственном имуществе 2011 года обосновывается необходимость подобной реформы[2]. Однако со стороны государственных чиновников она не находит понимания. А от имени некоторых иностранных организаций даже высказываются безумные идеи об отказе от развития корпоративного права, но возврате всех компаний со 100%-ным

[1] См. Сулейменов М.К., Карагусов Ф.С., Кот А.А., Дуйсенова А.Е., Скрябин С.Б. О понятии и правовом статусе юридических лиц публичного права в законодательстве некоторых развитых иностранных государствах и бывших советских республиках //https://www.zakon.kz/4902443-o-ponyatii-i-pravovom-statuse.html (06.02.2018); Сулейменов М.К., Карагусов Ф.С., Мукашева К.В., Дуйсенова А.Е. Концепция восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан // https://www.zakon.kz/4945271-kontseptsiya-vospriyatiya-pravovogo.html (09.11.2018); Карагусов Ф.С. Основные выводы по результатам проведенных исследований о возможности восприятия казахстанским правом концепции юридических лиц публичного права // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36580601#pos=1;-74 (13.11.2018).

[2] См. Сулейменов М.К. Гражданское право как наука: проблемы теории и практики // Гражданское право как наука: Материалы междунар. научн.-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 70-летию Сулейменова М.К. Алматы, 29-30 сентября 2011 г. / Отв. ред. Сулейменов М.К. – Алматы, 2012. – 800 с. - С. 34; Сулейменов М.К. Государство и гражданское право: проблемы теории и практики // Государство и гражданское право: Материалы международной научно-практической конференции, посвященной памяти и 85-летию со дня рождения д.ю.н., профессора.Басина Ю.Г. (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 29-30 мая 2008 г. / Отв. ред. Сулейменов М.К. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2008. – 648 с. - С. 18-19.

государственным участием в капитале к форме государственных предприятий[1]].

Весьма актуальной является попытка сформировать новую основу для модернизации корпоративного законодательства.

Все эти и многие другие новеллы послужат достижению значительно большей степени осуществляемости и защищенности гражданских прав, сформируют условия для активизации гражданского оборота и, одновременно, для перехода на более высокий уровень его правовой определенности и безопасности, а также для снижения количественных проявлений коррупции и злоупотреблений в обществе.

Реформа юридических лиц

5. В соответствии с предлагаемой редакцией ст. 49 «юридические лица, в зависимости от порядка их создания, делятся на юридических лиц частного права и юридических лиц публичного права». Несмотря на то, что в качестве разграничения принят весьма формальный критерий (ибо установление особого порядка создания является лишь следствием более существенного основания для возникновения и существования юридических лиц публичного права), само восприятие этой концепции в ГК является прогрессивным и очень перспективным шагом.

В то же время, представляется, что простого упоминания такой классификации и указания на основания учреждения таких юридических лиц (ст. 52) будет недостаточно. Для наших юрисдикций, только стремящихся воспринять этот важный правовой институт, является важным в качестве основополагающих законодательных положений отразить, что юридические лица публичного права создаются государством в исключительных случаях и только для реализации, обеспечения и/или соблюдения всеобщего (публичного) интереса, то есть для достижения конкретной цели и/или решения конкретных задач. И если в течение какого-то среднесрочного периода (трех или,

[1]Более подробно об этом (как и об идеях восприятия концепции юридических лиц публичного права и отказа от формы государственного предприятия) см.: Карагусов Ф.С. О понятиях корпоративного управления и корпоративной структуры в праве Республики Казахстан. – Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан (научно-правовой журнал), специальный выпуск. - 2020. - № 1 (59). - С. 80-92, а также интернет-ресурс: https://www.katpartners.kz /Articles/CorpGov.pdf (20.04.2020).

как максимум, пяти лет) деятельность соответствующей организации ежегодно с момента ее учреждения признается неэффективной или безрезультатной, то она должна быть ликвидирована или реорганизована.

Также важно, чтобы отражался основной принцип - юридические лица публичного права создаются для того, чтобы государство могло эффективно участвовать в сфере имущественных отношений и взаимодействовать с другими участниками гражданского оборота. В том числе такая эффективность обеспечивается за счет использования форм и конструкций, применяемых для регулирования деятельности любых субъектов гражданского права.

В связи с этим, с учетом опыта развитых правопорядков и в целях повышения правовой определенности *предлагаем* проект ГК дополнить двумя существенными положениями. В частности, (а) ст. 50 дополнить абзацем о том, что юридические лица публичного права действуют в организационно-правовых формах юридических лиц частного права, [*можно дополнить оговоркой*: «если законом не предусмотрена отдельная организационная форма для определенного юридического лица публичного права»; хотя создание таких специальных организационных форм не является распространенным в развитых юрисдикцияхи потому не рекомендуется], и (б) ст. 51 дополнить абзацем о том, что юридическое лицо публичного права может иметь только специальную правоспособность.

Также *предлагаем* уточнить редакцию третьего абзаца ст. 52 ГК относительно порядка создания юридического лица публичного права. Нет сомнений, что для создания такого субъекта требуется учредительный акт уполномоченного государственного должностного лица, государственного органа или органа местного самоуправления. Однако в соответствии с международной практикой *предлагаю* уточнить, что любое юридическое лицо публичного права создается на основании либо во исполнение требований закона в порядке, предусмотренном таким законом (в том числе относительно указания лица, уполномоченного издать учредительный акт).

6. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что критерием разграничения юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации принят такой критерий, как

преследование извлечения прибыли «в качестве основной цели своей деятельности (коммерческая организация) либо не имеющая цели извлечения прибыли для последующего распределения между участниками (некоммерческая организация)».

В связи с этим *предлагаем* вообще отказаться от такого критерия, как наличие цели извлечения прибыли, поскольку, во-первых, любая организация вправе стремиться к получению прибыли, поскольку она служит источником финансирования ее деятельности, а во-вторых, если извлечение прибыли является не основной целью деятельности юридического лица, таковое не перестает быть участником коммерческий или иной предпринимательской деятельности. В целом установление такого критерия создает условия для злоупотреблений как в деловой, так и в правоприменительной и судебной практике.

Предлагаем ограничиться только тем критерием, что коммерческая организация вправе распределять свой чистый доход среди своих акционеров / участников, а некоммерческая организация не вправе этого делать[1].

7. В ст. 53 определяется, что «юридические лица действуют на основании учредительных документов, предусмотренных законодательством для их организационно-правовой формы».

В данном случае *предлагаем* разделить основания возникновения субъекта права, т.е. учредительный акт (на основе которого юридическое лицо учреждается), и нормативную основу функционирования юридического лица, в частности, устав, а тем более – утверждаемый государством типовой устав (на основе которого юридическое лицо действует, но не учреждается).

8. Проектом предусматривается, как обосновывается в нем же, «более лаконичная редакция» абзаца первого ст. 55 ГК.

Однако в результате этого исчезает важнейшая норма о том, что юридическое лицо должно иметь такие органы, которые

[1] См. Басин Ю.Г. Юридические лица по. гражданскому права. Понятие и общая характеристика // Басин Ю. Г. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие: Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У. Сост. Сулейменов М.К. – Алматы: АЮ – ВШП «Әділет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003. – 734 с. «Проведение полного разграничения между коммерческими и некоммерческими организациями бывает на практике затруднительным… Самым надежным критерием разграничения служит возможность распределения прибыли между участниками». - С. 95.

предписываются для данной организационно-правовой формы законом и предусмотрено в публично доступном уставе каждого юридического лица. Это очень важно в контексте обеспечения определенности оборота и защиты прав инвесторов.

В связи с этим *предлагается* первый абзац ст. 55 ГК дополнить указанием на то, что структура органов (организационная, корпоративная структура) определяется законом и уставом.

9. Проектом предусматривается включение в ГК ст. 56 относительно фидуциарной обязанности органов и должностных лиц юридического лица.

И если содержание первого абзаца этой статьи не вызывает никаких возражений (кроме того, что она содержит не какую-то фидуциарную, а вполне юридическую обязанность), то все остальные абзацы *предлагаем* исключить, поскольку они содержат слишком общие и демотивирующие нормы: в области корпоративного управления нельзя привлекать к ответственности только за факт причинения убытков и наличие вины. Распространенными являются ситуации, когда органы сознательно принимают решения или предпринимают действия, в результате которых компания несет убытки, но если такого решения не будет принято, компания понесла бы еще большие убытки.

В целом, включение этих норм в ГК в таком виде очень вредоносно: с одной стороны, должностные лица компаний будут воздерживаться от активной деятельности по управлению компаниями, чтобы избежать ответственности, с другой стороны, на основе этих норм могут быть необоснованные репрессии в отношении должностных лиц компаний, и будут возникать корпоративные войны. Лучше ограничиться общей нормой о том, что законами регулируются основания возникновения ответственности за вред, причиненный юридическому лицу его органами и/или должностными лицами, а также устанавливается порядок привлечения к такой ответственности.

Предлагаем принять во внимание, что ответственность должностных лиц компаний регулируется очень детальными нормами корпоративного законодательства, в том числе (но не ограничиваясь только этим) прописывается применение особого правила – «business judgement rule», предусматривается

ответственность за бездействие, в процессуальном законодательстве определяются особенности подачи и рассмотрения так называемых производных исков (derivative actions), чтобы привлечение корпоративных должностных лиц к ответственности могло иметь практический эффект.

10. В ст. 58 предусматривается новое регулирование вопросов о месте нахождения юридического лица, при этом предусматривается, что «юридическое лицо может иметь только один юридический адрес. Другое место нахождения юридического лица признается местом нахождения его филиала».

Эту оговорку о признании филиалом *предлагаем* исключить, поскольку, если у юридического лица нет филиала, как может быть у него адрес филиала?

Думается, что надо просто разделить юридический и фактический адрес (это является международной практикой). Для более высокой степени правовой определенности можно (и даже *рекомендуется*) закрепить в этой же ст. 58 ГК, что юридический адрес имеет значение для взаимоотношений с третьими лицами и обеспечивается публичной достоверностью государственного реестра юридических лиц. Юридическое лицо несет всю полноту риска наступления негативных последствий и ответственности в случае несвоевременного представления государственному реестру или представления ему недостоверных сведений о своих юридическом и фактическом адресе, а также в случае не отраженного в государственном реестре расхождения юридического адреса и фактического адреса нахождения юридического лица.

11. В ст. 59 предусматривается, что представительства и филиалы юридических лиц, зарегистрированных в Республике Узбекистан, регистрации не подлежат, в то время как представительства и филиалы иностранных юридических лиц подлежат регистрации регистрирующим органом по их юридическому адресу.

Однако, мы убеждены, что должен быть единый режим для филиалов любых компаний. Если филиалы и представительства иностранного юридического лица подлежат регистрации, то такая же регистрация должна применяться в отношении филиалов и представительств национальных юридических лиц.

В целом, целесообразно иметь в виду, что регистрационный режим филиалов и представительств имеет значение для упорядочивания деловых связей между субъектами оборота, взаимоотношений государства с хозяйствующими субъектами, в том числе в вопросах налогообложения. *Предлагаем* изменить редакцию ст. 59 с учетом вышеизложенного.

12. Ст. 60 ГК, регулирующая вопросы ответственности по обязательствам юридического лица, предполагает исключение положения, относящегося к государственным предприятиям. Это совершенно обоснованный концептуальный подход.

И хотя это не относится непосредственно к новой редакции ГК, но это имеет значение для определения условий введения принятых изменений в действие: просто отказом от формы госпредприятий избавиться от них единовременно не получиться. Потребуется большая и планомерная работа по инвентаризации всех таких предприятий, определению их судьбы и осуществлению мер по ликвидации одних и реорганизации других.

В связи с работой над вопросом о восприятии концепции юридических лиц публичного права в Казахстане наша группа экспертов разработала проект соответствующих мероприятий, в котором отразили и этот важный аспект. Он может быть интересен и в Узбекистане в связи с обсуждаемыми новеллами в ГК[1].

13. Ст. 60 ГК предполагает исключение из нее нескольких последних абзацев, относящихся к ответственности контролирующих лиц в случае несостоятельности или банкротства юридического лица. В сравнительной таблице это объясняется тем, что «банкротство не является предметом данного кодекса» (при том, однако, что в неизменном виде сохраняется действующая ст. 57 ГК как новая ст. 70 ГК), и

[1]Сулейменов М.К., Карагусов Ф.С., Мукашева К.В., Дуйсенова А.Е. Рекомендации о развитии законодательства Республики Казахстан в целях восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан и инструкция по реализации рекомендаций. – Гражданское право в современном мире: влияние на развитие национального права. Материалы юбилейной междунар. науч.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений), посвященной 20-летию цивилистических чтений (Алматы, 17-18 мая 2018 г.) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2019. – 528 с. - С. 296 – 321, а также интернет-ресурс: https://www.zakon.kz/4945274-rekomendatsii-o-razvitii.html (09.11.2018).

соответствующие положения должны быть перенесены в закон о банкротстве.

Вместе с тем, следует понимать, что эти нормы относятся не к регулированию банкротства, а именно к регулированию оснований и условий возникновения ответственности по обязательствам юридического лица. В связи с этим *предлагаем* эти положения из ст. 60 ГК не исключать.

14. Проектом предлагается включение в ГК ст. 65 относительно последствий признания решения о реорганизации юридического лица недействительным.

Полной поддержки заслуживает включенная в нее очень хорошая норма о том, что «признание судом недействительным решения о реорганизации юридического лица не влечет ликвидацию образовавшегося в результате реорганизации юридического лица, а также не является основанием для признания недействительными сделок, совершенных таким юридическим лицом».

В то же время предусматривается, что требование о признании решения о реорганизации недействительным может быть предъявлено в суд не позднее чем в течение трех месяцев после внесения в государственный реестр юридических лиц записи о начале процедуры реорганизации, если иной срок не установлен законом.

Представляется, что такое регулирование требует уточнений или иной корректировки, поскольку надо более определенно разделять решение о реорганизации юридического лица и государственную регистрацию возникших юридических лиц и прекращения юридических лиц.

Если такая государственная регистрация произошла, она не может признаваться недействительной, ибо последствия будут очень вредоносны для делового оборота и публичного порядка. Поэтому допустимо любое оспаривание решений о реорганизации (оно может приводить к приостановлению государственной регистрации), но не должно быть никакого признания недействительной государственной регистрации.

Реформа основ корпоративного законодательства

В ГК предлагается ряд новелл, которые могут служить идейной основой или отправным пунктом для модернизации

всего корпоративного законодательства республики (которое тоже нуждается в существенном обновлении).

15. Очень важным является включение в ст. 2 ГК указания на то, что корпоративные отношения регулируются именно гражданским законодательством. Это представляется важным моментом системного значения для того, чтобы создать более благоприятные условия для модернизации всего корпоративного законодательства[1]. Это также важно для того, чтобы избежать необоснованного применения к этим отношениям норм публично-правового характера, ибо корпорации формируются свободной волей субъектов гражданского оборота, сами корпорации функционируют как равноправные участники такого оборота, а права и обязанности участников корпоративных отношений защищаются гражданско-правовыми способами защиты.

Примечательно, что из предлагаемой редакции ст. 2 ГК следует, что корпоративные отношения являются отношениями, связанными с предпринимательством. Отчасти это утверждение соответствует действительности постольку, поскольку свобода предпринимательства гарантируется всем субъектам права (за исключением государства, участие которого в предпринимательской деятельности обычно ограничивается).

В то же время, *следует помнить*, что большинство предусматриваемых в ст. 50 ГК организационных форм некоммерческих организаций также является формами корпоративного устройства. Сохранение предполагаемой редакции ст. 2 ГК может привести к искажению деловой, правоприменительной и судебной практики, а также к злоупотреблениям или необоснованному ущемлению правомерных интересов участников гражданского оборота. *Предлагаем* уточнить редакцию, более определенно разделив корпоративные отношения и «отношения, связанные с предпринимательством».

16. Очень важным шагом в направлении придания большей правовой определенности и безопасности сфере гражданского

[1] См. Маковский А.Л. О Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации // Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. – М.: Статут, 2009. – 160 с. - С. 7; а также Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. – С. 25.

оборота является прямое упоминание в предлагаемой редакции ст. 10 ГК решений собраний в качестве одного из оснований возникновения гражданских прав и обязанностей.

В качестве обоснования для такой новеллы в сравнительной таблице указывается «включение корпоративных отношений в предмет ГК». С этим следует согласиться. Но также *нужно понимать*, что решения собраний являются юридическим фактом не только в сфере корпоративных отношений, но и, например, в области жилищных отношений, в ряде случаев реализации права общей собственности.

[*Принципиальная особенность правового эффекта такого основания является то, что права возникают на основе решения принятого простым или квалифицированным большинством, и меньшинство обязано подчиниться воле большинства. Конечно же, законодательство должно содержать механизмы защиты прав меньшинства (например, в корпоративном законодательстве регламентируются право миноритариев объединяться для голосования, их право выйти из состава участников корпорации, право на подачу производных исков к корпоративным должностным лицам и др. механизмы). Но ни при каких условиях не допускается разрушение или дестабилизация нормальных общественных отношений между участниками определенной группы лиц, участвующих в принятии решений соответствующих собраний*.]

Несколько принципиальных уточнений и дополнений я также *предлагаю* и к редакции ст.ст. 113 – 116 ГК предполагаемой новой Главы 6 («Решения собраний»).

17. Пользуясь случаем, предлагаю рассмотреть возможность указания в наименовании и/или содержании новой редакции ст. 10 ГК на то, что перечисляемые в ней юридические факты являются основаниями не только возникновения гражданских прав, но также основаниями их изменения и прекращения.

И, наконец, в данном случае уже применительно к перспективам развития именно корпоративного законодательства, предлагаю рассмотреть возможность прямого указания на решения уполномоченного органа юридического лица (не являющегося общим собранием его участников, акционеров) как особого основания возникновения, изменения и

прекращения гражданских прав. [Например, решение совета директоров акционерного общества о созыве общего собрания является основанием возникновения права акционеров требовать надлежащего предоставления материалов повестки дня, оспаривать это решение и других правомочий.]

18. Предполагается включение в ГК новой ст. 72, посвященной корпоративному договору.

По своему содержанию это неплохая статья. Хотя некоторые из ее положений необходимо вообще исключить как имеющие высокий вредоносный потенциал и допускающие обход закона. Такой, в частности, является норма о том, «стороны корпоративного договора не вправе ссылаться на его недействительность в связи с его противоречием положениям устава хозяйственного общества».

Нормы касательно корпоративного договора *более обоснованным было бы* включить в состав отдельных законов о хозяйственных обществах, компаниях (АО, ООО). При этом следует иметь в виду, что корпоративный договор может быть заключен между участниками / акционерами только хозяйственного общества. В товариществах никакого иного корпоративного договора, кроме учредительного, быть не может.

Также *следует понимать*, что порядок голосования, определенный в корпоративном договоре, не может быть обеспечен принудительной силой (поскольку каждый вправе голосовать, как хочет, а если он откажется, то что можно применить к нему в качестве меры ответственности, кроме предусмотренного договором штрафа? Недействительности решения это повлечь не может, особенно, когда оно затрагивает интересы третьих лиц).

Сомнительной является обоснованность установления о том, что можно требовать признания недействительными корпоративных решений, если они приняты в результате нарушения корпоративного договора (даже когда все участники хозяйственного общества являются сторонами этого договора), ибо корпоративное решение обязывает общество и имеет значение для третьих лиц, а корпоративный договор может обязывать только тех участников общества, которые являются его сторонами.

Также *следует иметь в виду*, что порядок принятия решений определяется законом и уставом, иное регулирование в корпоративном договоре нарушает принцип прозрачности управления корпорацией и может нередко означать обход закона и устава, иногда – и во вред иным заинтересованным лицам.

И *надо также оценить*, насколько обоснованным является допустимость иного корпоративного договора, если законом регулируется обязательность учредительного договора и сохранение его силы в течение всего срока существования компании.

В связи с изложенным *предлагаем* более критически отнестись к опыту России в регулировании этого вопроса (поскольку этот опыт не является однозначно воспринятым всеми заинтересованными кругами). И в любом случае столь детальное регулирование этого вопроса в ГК не обоснованно. Достаточно оговорить, что законом может регулироваться возможность заключения корпоративных договоров и определяться их правовое значение.А что касается согласования совместной покупки или продажи акций / долей, то надо понимать, что это вообще не корпоративный договор, а имущественный договор.

19. Предлагаемая ст. 76 регулирует разделение хозяйственных обществ на публичные и непубличные, а также предполагает установление особенностей публичных акционерных обществ.

Действительно, в соответствии с международными признанными стандартами корпоративного управления существует такая классификация компаний на публичные и непубличные компании. К публичным компаниям отнесены все те компании, чьи ценные бумаги включены в листинг фондовой биржи или обращаются в рамках иного организованного рынка ценных бумаг, а также те компании, в которых государство является прямо или косвенно контролирующим или крупным (в зависимости от правопорядка) акционером[1].

[1] См. OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECDPublishing, Paris // http:// dx.doi.org/ 10.1787/9789264252035-ru (20 августа 2020 г.); OECD (2016), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition: (Russian version), OECD Publishing, Paris //http:// dx.doi.org/10.1787/9789264263680-ru (20 августа 2020 г.).

Если компания (будь она акционерным обществом или обществом с ограниченной ответственностью) является публичной компанией, она должна соблюдать специальные требования относительно ее организационной структуры, практики корпоративного управления, прозрачности и раскрытия информации, а также соблюдения прав акционеров и иных заинтересованных лиц (стейкхолдеров). Никаких особенностей таких компаний не существует, кроме обязанности такого соблюдения.

Кроме того, обычно (и это является обоснованным) определение статуса и установление критериев публичной компании является предметов законодательных актов о компаниях (хозяйственных обществах) и/или о рынке ценных бумаг, но не ГК.

В связи с этим *предлагаем* исключить ст. 76 из ГК, либо ограничиться лишь установлением критерия публичной компании в соответствии со стандартами передовой практики корпоративного управления, избегая противоречивого и избыточного для уровня ГК регулирования этого вопроса, как это в данный момент наблюдается в содержании ст. 76 ГК.

Заключительные ремарки

20. В результате ознакомления с проектом новой редакции обеих частей ГК Республики Узбекистан, ранее были предоставлены разработчикам предметные комментарии и предложения к большому количеству других предлагаемых в упомянутом проекте новелл.

Например, (помимо вышеизложенного), следует *критически отнестись* к исключению отдельной Главы 6 («Объекты гражданских прав») и преимущественно техническому переносу содержащихся в них статей в новый Раздел II как «связанные с правом собственности». Также не понятно, по какой причине полностью отождествляются понятия «вещное право» и «имущественное право», в то время как не всякое имущественное право является вещным, а вещного права в отношении не вещи (например, нематериального блага, права требований, безналичные деньги, бездокументарные ценные бумаги) быть не может вообще.

Также *думается,* что весь Раздел II предлагаемого проекта требует существенной переработки на основе четкой и обоснованной концепции объектов гражданских прав и системы вещных прав.

21. Отметив технический характер переноса положений об объектах гражданских прав из одного раздела в другой, также хочется подчеркнуть, что деньги и ценные бумаги вещами не являются, а содержание статьи о деньгах изначально имело и до сих пор имеет большее отношение к регулированию платежей, нежели к установлению правового режима денег.

В свою очередь, валютные ценности – это различные иные виды объектов гражданских прав, уже регулируемые в ГК. Сохранение статьи о валютных ценностях в ГК – это наследие перехода от советской системы. Ее надо исключить из Кодекса как безосновательно существующую.

Таким образом, перенос в раздел вещных прав статей о целом ряде уже упомянутых и иных объектов гражданских прав необоснован. Думается, что более оправданным решением было бы сохранить общие положения об объектах гражданских прав, закрепить их классификацию, и туда же включить модернизированные нормы о деньгах и ценных бумагах как особых объектах гражданских прав.

Также более обоснованным должно быть решение о включении в ГК статьи о криптовалюте: предлагаемая редакция лишь создаст условия для неконтролируемого развития в ущерб имущественным интересам граждан и доверию к публичному порядку.

22. Много комментариев предложено разработчикам и по вопросам регламентации актов гражданского законодательства, обычаев как источников, защиты гражданских прав, правоспособности граждан, высказался о нецелесообразности сохранения режима государственной регистрации сделок, выразил мнение по вопросам регулирования сделок, доверенностей и представительства, недействительности сделок и другим аспектам.

Также следует отметить неудачность целого ряда формулировок, возможно, непосредственно заимствованных из других правопорядков или являющихся прямым переводом с иностранных языков, без учета терминологических и

лексических особенностей, по крайней мере, русского языка, используемого в законодательстве Узбекистана.

Все изложить в рамках данного параграфа не представляется возможным.

Вместе с тем, снова хочется подчеркнуть прогрессивный характер не только решения и самого процесса модернизации ГК Узбекистана, но и большинства предлагаемых в проекте новелл.

Еще раз особо хочется отметить открытый и конструктивный характер обсуждения проекта обновляемого Кодекса. Доработанный с учетом поступивших комментариев и предложений проект Кодекса открывает новые возможности совершенствования права, развития социально-экономических отношений в республике, создает дополнительные возможности ускоренного общественного прогресса.

§7. Модернизация законодательных положений о корпоративной структуре и формировании совета директоров компаний в рамках реформирования казахстанского корпоративного законодательства

1. В настоящее время необходимость всестороннего и глубокого реформирования казахстанского корпоративного законодательства, его существенной модернизации приобрела характер насущной проблемы, без решения которой будет сохраняться законодательное препятствие для формирования в Казахстане устойчивой практики надлежащего корпоративного управления. Такое положение существенно отражается как на эффективности развития малого и среднего предпринимательства, так и на перспективах привлечения инвестиций в капитал крупных компаний.

Одной из важных задач такого реформирования является приведение регулируемой модели корпоративной структуры в соответствие с моделями, применяемыми в экономически и социально развитых юрисдикциях.

В мировой практике распространение получили две модели корпоративной структуры - монистическая (one-tier structure) и дуалистическая (dual-tier structure)[1].

При использовании монистической системы функции управления компанией и контроля сконцентрированы в рамках одного органа - совета директоров или просто - совета либо (как, например, во французском и швейцарском законодательстве - административного совета). Совет директоров вправе делегировать функции по управлению и ведению дел компании: (1) одному или нескольким членам совета (executive directors, executives) и/или (2) генеральному директору или генеральному директору и его заместителям (managers). При этом ответственность совета за надлежащее управление компанией сохраняется (хотя в определенной мере и разделяется с упомянутыми executives и managers). Такая модель традиционно регулируется в английском праве, распространена Великобритании, Сингапуре, США и иных правопорядках, сформировавшихся под влиянием общего права.

В свою очередь, в соответствии с моделью дуалистической системы функции управления и контроля разделены между двумя самостоятельными органами. Один из них - наблюдательный совет, состоит из членов, которые не должны участвовать в управлении компанией и ведении ее дел (это является функцией правления), а наблюдательный совет осуществляет контрольные функции в отношении правления и его деятельности. Такая модель является правовой традицией законодательных систем европейских государств, особенно тех, что были сформированы под влиянием немецкого права.

2. Существование двух вышеупомянутых моделей корпоративного устройства отмечается в Принципах корпоративного управления G20/ОЭСР[2], которые в настоящее время признаются «международным ориентиром для директивных органов, инвесторов, корпораций и других заинтересованных лиц во всем мире», помогая «директивным органам проводить оценку и совершенствовать правовые,

[1] The Commentary On the 2010 Model Law «On Joint-Stock Companies» for CIS Member States (as amended). Review of Central and East European Law. - Volume 36, NOS. 3 - 4, 2011. - С. 246.

[2] OECD (2016). Принципы корпоративного управления G20 / ОЭСР. - OECD Publishing, Paris. // http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 3.

регуляторные и институциональные рамки корпоративного управления в целях оказания содействия экономической эффективности, устойчивому росту и финансовой стабильности».

В частности, эти Принципы ОЭСР оцениваются как широко воспринятые, рассчитанные на достижение долгосрочного эффекта и нацеленные на то, чтобы помогать правительствам государств в их деятельности по оценке и улучшению законодательной основы корпоративного управления, а также чтобы предоставить соответствующие рекомендации для участников и регуляторов финансовых рынков[1]. Вместе с тем, Принципы ОЭСР ориентированы как на финансовые, так и на нефинансовые компании, безотносительно того, обращаются ли их акции на открытом рынке ценных бумаг, или они не котируются на бирже, являются ли компании крупными корпорациями или небольшими коммерческими предприятиями.

Так вот, Принципами ОЭСР отмечается, что «в некоторых странах существуют двухуровневые органы управления, в которых функции надзора и управления возлагаются на разные органы. В таких системах, как правило, существуют «наблюдательный совет», в состав которого входят неисполнительные члены совета директоров, и «правление», состоящее исключительно из исполнительных лиц компании. В других странах действует «единые» органы, в которых представлены лица, как занимающие, так и не занимающие исполнительные должности в компании»[2].

Также Принципами ОЭСР признается, что «единой модели надлежащего корпоративного управления не существует. Однако в основе надлежащего корпоративного управления лежат некоторые общие элементы. … Принципы основаны на этих общих элементах и сформулированы таким образом, чтобы охватить различные существующие модели. Например, в них не подразумевается никакая конкретная структура совета директоров, а сам термин «совет директоров» в том виде, в каком

[1] Corporate governance principles for banks. Guidelines (2015). - Basel Committee on Banking Supervision / https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf. - П. 4.
[2]OECD (2016). Принципы корпоративного управления G20 / ОЭСР. - OECD Publishing, Paris. // http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 57.

он используется в Принципах, охватывает различные национальные модели советов директоров. В типичной двухуровневой системе, которая используется в некоторых странах, термин «совет директоров», применяемый в Принципах, соответствует термину «наблюдательный совет», в то время как термин «ключевые руководящие лица» соответствует термину «правление»[1].

Для целей унификации при выработке рекомендаций, адресованных максимально широкому кругу современных государств такой подход может быть приемлемым. И все же он представляется заметно упрощенным и в определенной степени пренебрежительным к достоинствам дуалистической модели корпоративной структуры, широко распространенной в государствах Европейского Союза и многих других юрисдикциях.

Думается, что развитие Принципов ОЭСР и упоминаемых ниже Рекомендаций Базельского комитета[2] было обусловлено тем, что в какой-то период времени во многих компаниях широкое распространение получила практика делегирования директорами функций по управлению компаниями и снижение степени их (в том числе, неисполнительных / non-executive директоров) вовлеченности в управление компаниями, а также неэффективность исполнения контрольных функций наблюдательными советами.

Во всяком случае это признано одним из уроков кризиса 2008-2010 годов и привело к поиску изменений в подходах к регулированию корпоративного управления на уровне Европейского Союза. Было отмечено, что директора компаний не справились с их контролирующей ролью и не эффективно взаимодействовали с менеджментом, не противостояли круговой поруке в вопросах ведения дел компании[3]. Действительно, такая ситуация неизбежно приводит к злоупотреблениям, нарушениям прав акционеров и кредиторов компаний, а также других

[1] OECD (2016). Принципы корпоративного управления G20 / ОЭСР. - OECD Publishing, Paris. // http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 9.

[2] Corporate governance principles for banks. Guidelines (2015). - Basel Committee on Banking Supervision / https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf.

[3] European Commission. Frequently Asked Questions: Consultation on the EU corporate governance framework. MEMO/11/218; Strasbourg, 5 April 2011. // https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_11_218.

заинтересованных лиц, что сказывается и на динамике экономического развития, в том числе на национальных, региональных и глобальном уровнях.

Поэтому совершенно обоснованными являются шаги, предпринятые и предпринимаемые в настоящее время на глобальном и некоторых региональных уровнях для повышения роли совета в корпоративном управлении, независимо от того, какая модель корпоративной структуры применяется.

3. Однако думается, что предложенным в Принципах ОЭСР подходом существенно принижается роль и значение правления в двухуровневой модели корпоративной структуры. В данном случае более обоснованной представляется позиция регулирующих органов Европейского Союза по вопросу о совершенствовании правовых рамок корпоративного управления в ЕС. Имея одним из фокусов совершенствование вопросов формирования советов, повышение эффективности их функционирования и степени вовлеченности их членов в деятельность советов (в том числе, борясь с последствиями феномена groupthink, «круговой поруки»), эта деятельность основывается на том, что термин «совет» (board) означает суть исполнение контролирующей роли директоров, которая в дуалистической структуре (two-tier board system) обычно исполняется наблюдательным советом[1].

Такой контроль со стороны наблюдательного совета осуществляется именно в отношении правления, которое (как совет директоров в рамках монистической модели) является органом, ответственным за управление компанией и ведение ее дел. Дуалистическая модель не предполагает делегирования правлением функций по ведению дел компаний, в то время как использование монистической структуры позволяет совету директоров / директорам как самостоятельно вести дела компании, так и делегировать исполнение своих функций менеджерам и/или сформированному советом / директорами исполнительному органу.

Вместе с тем, делегирование советом директоров (директорами) их полномочий менеджерам (исполнительному органу или должностному лицу) не освобождает директоров от их ответственности за управление компанией: члены совета все

[1] Там же.

еще рассматриваются по отношению к компании в качестве ее фидуциарных агентов, чья ответственность перед компанией специально регулируется законом[1].

Возможно, руководствуясь таким подходом, Базельский комитет специально указал на то, что совет может делегировать какие-то из своих функций, но не свою ответственность, и именно совет в конечном счете ответственен за бизнес-стратегию банка и его финансовую состоятельность, за ключевые кадровые решения, внутреннюю организацию, структуру и практики управления, управление рисками и исполнение обязанностей в области комплаенс[2].

В то же время, именно в связи с различием роли совета директоров (как органа управления) и наблюдательного совета (как контрольного органа) распределение компетенции и сфер ответственности между правлением и наблюдательным советом в компаниях с дуалистической структурой заметно отличается от разграничения (как, собственно, и от юридических оснований для такого разграничения) функций и ответственности совета директоров и исполнительного органа (исполнительных должностных лиц) в компаниях, где корпоративная структура является монистической.

Поэтому думается, что было бы весьма полезным специально выделить принципы или рекомендации такого же глобального значения, как Принципы ОЭСР, но специально по вопросам корпоративного управления в компаниях с двухуровневой (дуалистической) организационной структурой.

А до оформления отдельных (или специальных) принципов корпоративного управления в таких компаниях важным является то, чтобы национальный законодатель осознавал эту специфику в процессе формирования правовой основы для функционирования компаний с двухуровневой структурой управления, не допуская необоснованных аналогий между советом директоров и наблюдательным советом.

4. Следует отметить, что развитие корпоративного законодательства в различных правопорядках обусловлено

[1] Davies. Gower's Principles of Modern Company Law. Sixth Ed. London: Sweet & Maxwell, 1997. - 867 p. - C. 233.

[2] Corporate governance principles for banks. Guidelines (2015). - Basel Committee on Banking Supervision / https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf. - II. 23.

вековыми традициями. В связи с этим, не думается, что корректным является пытаться определить, какая из применяемых моделей корпоративной структуры лучше или хуже другой. Более обоснованной представляется постановка вопроса о том, какая из этих двух моделей в большей степени представляется удобной для акционеров (участников) компании в данный период времени, насколько они готовы довериться совету директоров, или предпочтут использовать механизмы контроля в отношении правления со стороны наблюдательного совета.

Именно поэтому смешанное регулирование по вопросам корпоративной структуры в коммерческих компаниях, как это описано ниже, в настоящее время является передовой практикой законодательного регулирования компаний в развитых правопорядках. Как отмечается в авторитетных источниках, «предоставление права выбрать модель корпоративного управления рассматривается действующим международным стандартом в области корпоративного управления»[1].

С учетом этого, а также принимая во внимание вышеописанные особенности распределения управленческих и контрольных функций и ответственности между органами компаний в зависимости от используемой модели корпоративной структуры, хотелось бы отметить некоторые весьма поверхностные и тенденциозные попытки рабочей группы по формированию принципов корпоративного управления Международного финансового центра «Астана» (МФЦА) обосновать выбор в пользу регулирования корпоративных отношений принципами, а не правилами, а также приоритетного регулирования одноуровневой модели корпоративной структуры[2]. При этом, сопоставляя разные подходы по этим двум вопросам, авторы довольно односторонним образом выпячивают преимущества одного варианта, умаляя достоинства другого.

Например, задаваясь вопросом о том, стоит ли регулировать корпоративное управление в МФЦА на основе

[1] The Commentary On the 2010 Model Law «On Joint-Stock Companies» for CIS Member States (as amended). Review of Central and East European Law. Volume 36, NOS. 3 - 4, 2011. - С. 247.

[2]The City UK. UK-Kazakhstan corporate governance working group report. // https://www.thecityuk.com/research/ uk-kazakhstan-corporate-governance-working-group-report/.

закрепленных принципов (a principles-based approach) или установленных правил (a rules-based approach), авторы этого отчета, постаравшись высветить достоинства первого из этих подходов, высказывают свое ощущение, что именно такой подход является намного более подходящим и привлекательным для МФЦА («farm or equitable and attractive for the AIFC»).

Удивляет без стеснения высказываемый ими аргумент о том, что возможным является ситуация, когда компании и их советники найдут способы обойти установленные требования, что умаляет надежность применения подхода к регулированию отношений на основе законодательных правил («it is probable that companies and their advisers will find way sarounda rules –based approach, there by under mining gits credibility»). Очевидными в этом случае является выражение недоверия и неуважения не только в отношении компаний, которых приглашают к участию в МФЦА, их корпоративным должностным лицам (директорам и менеджерам), а также к их различным юридическим, финансовым и бизнес-советникам, но и к инвесторам, которых зазывают для вложения их денег в акции таких компаний.

Также не учитывается тот фактор, что rules-based approach является исторически развивавшимся и понятным для участников делового оборота во многих современных правопорядках (в том числе и в Казахстане), а многие компании и инвесторы предпочтут знать и соблюдать четкие правила поведения, нежели находиться в состоянии неопределенности в условиях предоставленной свободы их поведения на основе неких принципов (особенно, когда лицо вправе понять их, как посчитает нужным, но должно будет нести ответственность по усмотрению регулятора).

Регулирование корпоративных отношений исключительно только на основе принципов, без установления конкретных правил поведения и взаимодействия субъектов общественных отношений, а также без определения четких юридически значимых признаков и правовых последствий нарушения таких правил, представляется весьма ограниченным подходом. То, как в данном отчете описывается содержание регулирования корпоративных отношений на основе применения такого подхода, означает попытку возврата к идее саморегулирования в корпоративных отношениях, которая дискредитировала себя в

США еще в связи с кризисом 1997 года. В свою очередь, хочется особо подчеркнуть, что и разразившийся в 2008 году кризис снова показал, что корпоративное управление, преимущественно основанное на саморегулировании, не было настолько эффективным, как оно могло бы быть[1].

Что касается Казахстана, то особенно нецелесообразным такое регулирование на основе principles-based approach является в контексте новых задач, озвученных К.К. Токаевым на заключительном заседании Государственной комиссии по чрезвычайному положению, где он потребовал от Правительства «обеспечить режим стабильности всего инвестиционного законодательства для стратегических инвесторов в приоритетных отраслях» и высказался за необходимость «активизировать использование потенциала Международного финансового центра «Астана» для привлечения инвестиций и развития фондового рынка», обеспечение «доступа казахстанских предпринимателей к использованию преимуществ английского права и арбитража МФЦА при решении бизнес-споров» и проведение работы «по поэтапному переводу отдельных структур, принадлежащих национальным компаниям, из иностранных юрисдикций в МФЦА»[2].

Несмотря на то, что можно усмотреть взаимоисключающий характер этих задач, думается, что режим стабильности инвестиционного законодательства, как и побуждение национального предпринимателя к привлечению инвестиций в рамках определенной системы, обеспечивается именно установлением четких и понятных правил поведения со стороны всех участников инвестиционных отношений, включая государство, и их неукоснительным соблюдением, которое поддерживается конкретными механизмами принуждения к надлежащему поведению. Без последовательной реализации

[1] European Commission. Frequently Asked Questions: Consultation on the EU corporate governance framework. MEMO/11/218; Strasbourg, 5 April 2011. // https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_11_218.

[2] Выступление Главы государства на заключительном заседании Государственной комиссии по чрезвычайному положению, 11 мая 2020 г. - https://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_speeches_and_addresses/vystuplenie-glavy-gosudarstva-na-zaklyuchitelnom-zasedanii-gosudarstvennoi-komissii-po-chrezvychainomu-polozheniyu

rules-based approach решение этой задачи становится малоперспективным.

5. В том же отчете его авторы задаются вопросом, «должны ли эти принципы быть приспособленными в первую очередь для двухуровневых советов, как в Германии или Китае, или для одноуровневых советов, которые являются нормой для Соединенного Королевства и США». В качестве ответа на него в отчете рекомендуется формирование таких принципов МФЦА прежде всего для унитарных советов, а в случае необходимости их адаптация для двухуровневой корпоративной структуры, «чтобы обе модели были уместными, применимыми и эффективными»[1].

То, что в отчете все-таки допускается регулирование двухуровневой модели, вызывает поддержку. Однако то, что предлагается ее регулирование не общеприменимыми правилами, а какими-то принципами применительно к каждому отдельному случаю (on a case-by-case basis), представляется весьма неэффективным способом регулирования, к тому же формирующим основу для индивидуального (в том числе в «ручном режиме») и субъективного регулирования, а значит, для развития неправомерных практик.

Кроме того, эта рекомендация вытекает из заявления авторов отчета о сомнительной эффективности дуалистической модели корпоративной структуры, обусловленного ни на чем не основанной точкой зрения о том, что в рамках нее «директора часто склонны иметь недостаточно хорошее понимание того, что происходит внутри организации, что умаляет эффективность корпоративного управления». При этом (и что обращает внимание - в противовес) всячески восхваляется одноуровневая модель, которая, видимо, по их мнению, не имеет недостатков, но позволяет заметно большее взаимодействие между исполнительными и неисполнительными директорами, что обеспечивает лучшую стратегию, лучшее управление компанией и ее деятельность, лучшее взаимодействие с акционерами компании и другими заинтересованными лицами.

[1]The City UK. UK-Kazakhstan corporate governance working group report. - https://www.thecityuk.com/research/ uk-kazakhstan-corporate-governance-working-group-report/.

Обращение к этому отчету связано с тем, что (хотя МФЦА выделен как самостоятельная юрисдикция с правом самостоятельно регулировать общественные отношения в его выделенных границах и разрешать переданные на усмотрение его администрации, суда и арбитража споры) существование МФЦА обусловлено поддержкой со стороны высшего руководства Республики Казахстан, с одной стороны, и в какой-то степени происходящие в рамках МФЦА процессы могут заметно влиять на развитие законодательства и деловой практики в Казахстане, с другой стороны. Поэтому было бы целесообразным, чтобы, пока МФЦА существует, по крайней мере, в его действующем статусе, его влияние на развитие казахстанского права не привело к его существенному отклонению от международных признанных стандартов законодательного регулирования корпоративных отношений и корпоративного управления, в том числе по вопросам использования вышеупомянутых моделей корпоративной структуры.

6. В настоящее же время в казахстанском законодательстве ни одна из этих моделей не реализована с достаточной степенью последовательности, чтобы можно было констатировать восприятие законодательного опыта экономически и социально развитых юрисдикций и полное соответствие передовой практике корпоративного управления. Более того, корпоративные структуры в казахстанских компаниях различаются в зависимости от используемых ими организационно-правовых форм.

Так, казахстанский Закон об АО регулирует корпоративную структуру акционерного общества (АО) следующим образом[1]:

- общее собрание акционеров предусмотрено в структуре АО как высший орган, которому предоставлено право отменять любое решение органов общества (хотя и с необоснованной применительно к хозяйственным обществам, или во всяком случае, малопонятной и неоднозначной оговоркой том, что это право может быть реализовано только «по вопросам, относящимся к внутренней деятельности общества»);

[1] Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415-II «Об акционерных обществах» (с изменениями и дополнениями).

- совет директоров определен как орган управления акционерным обществом с наделением его компетенцией общего руководства деятельностью общества; при этом совет директоров не может принимать решения, противоречащие решениям общего собрания акционеров, а также решения по вопросам, отнесенным к компетенции исполнительного органа, в связи с чем предусмотренная законом исключительная компетенция совета директоров приобретает довольно условный характер;

- делегирование определенных функций по управлению обществом не является правом, но обязанностью совета директоров: формирование единоличного или коллегиального исполнительного органа советом директоров является обязательным;

- предусматривается возможность создания в АО «иных органов».

Таким образом, корпоративная структура казахстанского АО приближена к монистической модели, но отличается заметным своеобразием, что выражается в ограниченности нормативной и организационной основ ведения предпринимательства в этой организационной форме и функционирования систем управления бизнесом, а также в невысокой эффективности практик корпоративного управления, узости горизонтов развития большинства компаний.

Что касается товариществ с ограниченной ответственностью (ТОО), то Законом о ТОО предусмотрено функционирование общего собрания участников ТОО в качестве высшего органа товарищества и обязательное формирование таким общим собранием «коллегиального и(или) единоличного исполнительного органа, а в случаях, предусмотренных уставом ТОО, может быть создан наблюдательный совет для контроля за деятельностью исполнительного органа[1]. При этом компетенция наблюдательного совета законом практически не определена.

Очевидно, что корпоративная структура казахстанского ТОО, допуская ее формирование по аналогии с дуалистической моделью, также отличается существенным своеобразием, а ее законодательная регламентация высвечивает ее явно заметные конструктивные недостатки и внутренние противоречия.

[1] Закон Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года № 220-I «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (с изменениями и дополнениями).

7. Безусловно, принципиальным является то, что устав или иной документ об инкорпорации любой компании должен содержать правила, определяющие количество и процедуры назначения членов таких органов компании, ответственных за ее представление во взаимоотношениях с третьими лицами, ведение дел, управление, осуществление надзора или контроля компании и распределение полномочий между ее соответствующими органами (если эти вопросы не регулируются применимым законом)[1]. Это означает, что, в частности, устав компании должен определять модель корпоративной структуры этой компании и соответствующим образом разделить компетенцию каждого из предусмотренных органов компании.

Такой подход относительно обязательности включения в устав АО и ТОО норм об органах компании, процедурах их формирования, их компетенции и взаимоотношений друг с другом и от имени компании с ее акционерами / участниками и третьими лицами в полной мере отражен в корпоративном законодательстве Республики Казахстан. Его следует придерживаться и впредь. Вместе с тем, целесообразным является законодательное допущение определенной свободы учредителей компании в этих вопросах, если компания не является организацией публичного интереса[2].

Необходимо обратить внимание на то, что современным подходом является регулирование корпоративным законодательством обеих наиболее распространенных систем корпоративного управления (монистической и дуалистической) и предоставление учредителям / акционерам компании права выбрать использование одной из них.

Такое смешанное регулирование, позволяющее выбор конкретной модели корпоративной структуры из двух в равной степени регулируемых законом, предписывается для государств-членов Европейского Союза соответствующими европейским

[1] Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (codification). - https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX% 3A32017L1132. Art. 4(e)].

[2] Закон Республики Казахстан от 28 февраля 2007 года № 234 «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности» (с изменениями и дополнениями), п/п. 7) ст. 1.

директивами[1],требования которых на уровне национального права восприняты, например, в Коммерческом кодексе Франции 2000 года[2]. Такой же подход рекомендуется европейским модельным законом о компаниях (EMCA; 2017)[3] и Модельным законом для стран-участниц СНГ «Об акционерных обществах» (в новой редакции) 2010 года [4].

При этом, на уровне каждой отдельной компании выбор ее корпоративной структуры осуществляется соответствующей регламентацией в уставе компании [например,[5];[6];[7]. С момента принятия устава его положения (как и нормы применимого закона) относительно структуры, наименования органов и объема полномочий становятся для этой компании императивными.

Такой же подход рекомендуется реализовать в праве Республики Казахстан в отношении акционерных обществ. В частности, предлагается регулирование и монистической, и дуалистической модели корпоративной структуры, что соответствует действующим стандартам современного корпоративного управления.

В свою очередь, для товариществ (обществ) с ограниченной ответственностью предлагается сохранить регулирование дуалистической системы корпоративного управления по примеру германского права о GmBH, с сохранением

---

[1] Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE). // https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001R2157. Arts. 38 - 45 ofTitleIII.

[2] Коммерческий кодекс Франции / предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии В.Н. Захватаева. - М.: Волтерс Клувер, 2008. - 1272 с. - С. 169-192.

[3] European Model Company Act (EMCA), First Edition, 2017. Nordic & European Company Law Working Paper No.16-26. - 409 Pages. // https://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/. Secs. 8.01 - 8.30 ofChapter 8

[4]Модельный закон «Об акционерных обществах» (новая редакция). Принят на тридцать пятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ (постановление № 35-13 от 28 октября 2010 года). // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30993090#pos=0;127.

[5] Коммерческий кодекс Франции / предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии Захватаева В.Н. - М.: Волтерс Клувер, 2008. - 1272 с. ст.ст. *L*.225-57 - *L*.225-57.

[6] European Model Company Act (EMCA), First Edition, 2017. Nordic & European Company Law Working Paper No.16-26. - 409 p. // https://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/ commentstoSec. 8.01.

[7] Модельный закон «Об акционерных обществах» (новая редакция). Принят на тридцать пятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ (постановление № 35-13 от 28 октября 2010 года). // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30993090#pos=0;127. - Ст. 72.

диспозитивности в отношении как формирования наблюдательного органа, так и создания единоличного или коллегиального управляющего органа (который в казахстанском законе именуется исполнительным органом).

Возможным примером в решении этого вопроса, помимо рекомендаций вышеупомянутых рекомендательных актов и европейского законодательства, может послужить политика правительства Сингапура, подтверждающей ее приверженность снижению нормативной нагрузки на частные компании (хотя и только те, что заняты в сфере малого и среднего предпринимательства, а также без особых компромиссов в вопросах обеспечения прозрачности и подотчетности управления компаниями). Как отмечается в публикациях, такая политика направлена на обеспечение того, чтобы закон о компаниях содействовал развитию предпринимательской деятельности и обеспечивал гибкость; а правительство стремится к тому, чтобы компании не были чрезмерно ограничены законами, и чтобы законы могли способствовать и помогать компаниям в достижении их целей[1];[2].

Вместе с тем, хотя и рекомендуется в казахстанском законе регламентировать обе вышеназванные модели корпоративной структуры (естественно, с учетом наилучших образцов правового регулирования вопросов корпоративной организации), особое внимание обращается на следующие два аспекта:

- *необходимость запретить создание на основе каких бы то ни было положений устава или иного документа, регулирующего правовое положение компании, каких-либо иных корпоративных органов в рамках любой из этих моделей* (так, как термин «органы юридического лица» понимается в Гражданском кодексе[3]: то есть как сформированные в соответствии с законодательными актами и учредительными документами

[1] Lee and Chen. Modernising Company Law: The Singapore Experience. (2016). Company and Securities Law Journal. - 34, (2). – P. 157-165. Research Collection School Of Law. // https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1559. - С. 157 - 165.

[2] Singapore Companies (Amendment) Act 2017. // https://www.startupdecisions.com.sg/singapore/company-law/singapore-companies-amendment-act-2017/.

[3] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принятый 27 декабря 1994 г. (с изменениями и дополнениями). ст. 37.

структуры юридического лица, посредством деятельности которых оно, как самостоятельный и правоспособный субъект гражданского оборота, приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности),

- *недопустимость смешения в корпоративной организации каждой отдельной компании элементов, присущих разным моделям, но с учетом предусмотренных законом исключений относительно обязательности или диспозитивности создания определенных органов либо распределение компетенций или сфер ответственности между органами в компаниях определенных категорий* (как, например, в сингапурском партнерстве с ограниченной ответственностью (LLP), которое подобно сингапурской компании с ограниченной ответственностью (LLC) является самостоятельным юридическим лицом с ограничением ответственности его участников по долгам товарищества, но с предоставлением участникам права непосредственно управлять товариществом без формирования совета и назначения директоров, то есть в таком LLP объединяются гибкость в управлении товариществом с характеристиками ограниченной ответственности, присущей LLC[1]).

8. В связи с этим необходимо пояснить, что используемый в настоящей статье термин «компании» (в противовес понятиям «товарищество» или «партнерство») относится к тем организациям корпоративного типа, которые создаются в таких организационно-правовых формах, которые предоставляют правовые гарантии и механизмы по защите прав инвесторов и акционеров, позволяют формировать корпоративные группы (в том числе транснациональные), в отношении которых могут применяться эффективные меры регулирования, направленные как на защиту внутреннего рынка, так и на продвижение международных (трансграничных) экономических связей.

Таковыми являются коммерческие корпорации частного права, которые в иностранных правопорядках называют хозяйственными обществами или компаниями, и которые основаны на членстве с применением принципа отделения участия в корпорации от управления ими.

[1] The Statutes of the Republic of Singapore: Limited Liability Partnerships Act (revised edition 2006; version in force from 28/1/2020). // https://sso.agc.gov.sg/Act/LLPA2005.

Такие компании, хозяйственные общества - это формы объединения капиталов для получения инвесторского дохода от вложений в акции / доли участия в уставном капитале. Особенностями компании являются следующие:

- ограниченная ответственность участников по долгам компании (они несут риск потерь инвестиций, который ограничивается стоимостью внесенного вклада в уставный капитал общества, и, по общему правилу, не несут имущественной ответственности по обязательствам общества);

- наличие у компании структуры корпоративного управления, которая основана на принципе отделения участия от управления обществом (акционеры / участники не обязаны участвовать в управлении обществом и ведении его дел, но имеют право);

- неограниченное право выхода из состава участников / акционеров общества;

- обязательность формирования и поддержания уставного капитала.

Эти особенности обусловливают установление особых правила регулирования ответственности директоров и менеджеров компании за надлежащее управление им и ведение ее дел, а также законодательное регулирование корпоративной структуры, распределения компетенции органов, взаимоотношений общества с его участниками / акционерами, управление капиталом. В казахстанском праве акционерное общество является самостоятельной организационно-правовой формой, а ТОО / ТДО признаны формами хозяйственного товарищества.

Таким образом, любая компания — это корпорация, то есть организация, основанная на членстве, в которой ее члены несут риск потерь своих инвестиций в капитал компании только в пределах суммы такой инвестиции, а управление компанией делегируют специально созданным органам. С учетом этого, а также в связи с целями их принятия Принципы ОЭСР используют понятия «корпорация» и «компания» как равнозначные и взаимозаменяемые термины[1].

[1]OECD (2016). Принципы корпоративного управления G20 / ОЭСР. - OECDPublishing, Paris. / http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 9.

Как определяется в теоретических источниках, корпоративное право обычно предусматривает возложение существенных полномочий по управлению делами корпорации на совет директоров или подобный коллегиальный орган, который периодически избирается, исключительно или преимущественно, акционерами (участниками, членами) компании. Иными словами, уточняется, что любая предпринимательская корпорация отличается тем, что она имеет корпоративную структуру[1], то есть структуру управления, в рамках которой, например, при использовании одноуровневой (монистической) модели все фундаментальные решения передаются в руки совета (который, однако, отделяется от операционного управления компанией причем, как отмечалось выше, особенность такого разделения зависит от того, является ли корпоративная структура одноуровневой / монистической или двухуровневой / дуалистической)[2].

9. Однако какой бы ни была используемая модель корпоративной структуры в компании, совет (совет директоров или наблюдательный совет) является формально отделенным от акционеров / участников компании и наделенным полномочиями самостоятельного принятия важных корпоративных решений, а также вытекающей из этого ответственностью за принятые решения[3].

В данном случае важно помнить, что наличие у компании собственной корпоративной структуры означает обязательность всегда четкого следования принципу отделения участия от управления, а также сужение компетенции общего собрания. Поскольку любая компания (особенно АО) управляется под ответственность его органов, законом существенно ограничиваются возможности прямого вмешательства акционеров / участников в процесс управления компанией и ведения ее дел. Как отмечается в источниках, еще в 1906 году

[1] Варул П. Место корпоративного права в правовой системе. В: Гражданское право и корпоративные отношения: Материалы междунар. науч.-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 90-летию видного казахстанского ученого-цивилиста Юрия Григорьевича Басина (Алматы, 13 - 14 мая 2013 г.) / Отв. ред. Сулейменов М.К. - Алматы, 2013. - 736 с. - С. 108.

[2] Kraakman, Davies, Hansman, Hertig, Hopt, Kanda, Rock. Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. OXFORD University Press, 2004. - 231 p. - C. 11-12.

[3] Там же. - С. 12.

Апелляционный суд Англии однозначно разделил правомочия между советом и общим собранием акционеров компании, основываясь на том, что, когда правомочия закреплены за советом, общее собрание не может вмешиваться в вопросы их осуществления[1].

В частности, компетенция общего собрания ограничивается решением так называемых органических вопросов, непосредственно относящихся к правам, интересам и ответственности акционеров. Такими являются вопросы формирования органов управления компании и контроля за надлежащим исполнением их функций посредством заслушивания отчетов на общих собраниях, обсуждения и утверждения годовой финансовой отчетности, определения аудитора компании; решение о выплате дивидендов по акциям; внесение изменений и дополнений в устав, утверждение наиболее важных вопросов организации и деятельности компании, относящиеся к интересам акционеров; решение касающиеся судьбы компании (реорганизация, ликвидация) и размера и структуры ее уставного капитала и т.п.

Поэтому и при модернизации казахстанского корпоративного законодательства необходимо отказаться от предоставления общему собранию права отменять решения органов компании, как это сегодня предусмотрено в п. 4 ст. 36 *Закона об АО.*

При несогласии с каким-либо решением органов АО (относящихся ли к внутренней деятельности компании или нет) акционеры вправе оспорить его действительность, принять решение о привлечении должностных лиц к ответственности, но не могут вмешиваться в сферу компетенции органов управления компании. В таких ситуациях целесообразно помнить, что Законом об АО предусматриваются способы защиты прав заинтересованных акционеров, которые заключаются в оспаривании действительности принятых корпоративных решений.

Одновременно следует закрепить обязанность участников / акционеров компании обеспечить непрерывность надлежащего управления компанией. Должны быть созданы

[1] Davies. Gower's Principles of Modern Company Law. Sixth Ed. London: Sweet & Maxwell, 1997. - 867 p. - C. 183.

эффективные механизмы формирования органов компании, как и побуждения участников / акционеров к их формированию в любой момент деятельности компании, когда это становится необходимым. Особенно важным это является в тех случаях, когда существует тупиковая ситуация в отношениях между участниками / акционерами, в результате чего орган управления должен быть сформирован.

Необходимо помнить, что согласно казахстанскому закону совет директоров АО является его органом управления, обладающим необходимой и установленной законом для этого компетенцией, а члены совета директоров ответственны за надлежащее управление обществом.

Однако казахстанская судебная практика предыдущих лет свидетельствует о том, что суды не всегда понимают важность обеспечения непрерывности управления юридическим лицом (особенно, АО), а также предназначение, хотя и несовершенных, но предусмотренных акционерным законодательством механизмов оспаривания корпоративных решений. Так, например, своим Определением от 3 апреля 2017 года по делу № 7527-17-3-1/3406 судья специализированного межрайонного экономического суда города Алматы по заявлению представителя истца об обеспечении иска к АО о признании недействительным решения общего собрания акционеров этого АО, необоснованно постановил «запретить проведение заседаний Совета директоров АО в составе, утвержденном протоколом внеочередного общего собрания акционеров, до вынесения судом решения по иску».

С учетом вышеуказанного принципиального подхода в распределении полномочий по управлению АО между акционерами и советом директоров, такой запрет, во-первых, противоречит установленной Законом об АО обязанности должностных лиц управлять обществом, во-вторых, оставляет АО без надлежащего управления на неопределенный срок. Судьей проигнорировано предусмотренное Законом об АО для таких случаев оспаривание решений совета директоров, а также то, что до того, как отпадут или будут признаны недействительными основания для возникновения полномочий у действующего состава совета директоров, он является правомочным принимать корпоративные решения.

10. В настоящее время правовое регулирование в Казахстане основано на том, что пока лицо, является собственником акций, даже ограниченных в обращении по судебному постановлению, это лицо вправе по своему усмотрению участвовать или не участвовать в принятии корпоративных решений и осуществлять иные правомочия членства, вытекающие из владения акциями. На это обращал внимание и Верховный Суд Республики Казахстан[1]. Однако, сохранение этого либерального подхода недостаточно для снижения вероятности возникновения корпоративных споров.

Как отмечается выше, любое юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы. Без сформированных органов компания не может функционировать. При этом обязанность сформировать орган управления компанией заключается не только в надлежащей регламентации корпоративной структуры данной компании в ее уставе, но также в фактическом формировании органа за счет определения его количественного состава и выбора членов коллегиального органа управления.

Казахстанские суды не всегда понимают важность проведения общих собраний для надлежащего функционирования компании (как и не всегда разделяют имущественные права в отношении акций и права членства, вытекающие из владения акциями). Так, например, своим Определением от 12 сентября 2017 года по делу № 7727-17-00-2/9910 судья специализированного межрайонного экономического суда города Алматы по заявлению гражданина об обеспечении иска о расторжении договора купли-продажи ценных бумаг, обоснованно исходя из того, что «мерой по обеспечению иска может быть наложение ареста на имущество, принадлежащее ответчику и находящееся у него или у других лиц», правомерно наложил арест на принадлежащие ответчику простые акции АО.

Вместе с тем, в этом случае судья необоснованно принял решение запретить ответчику «участвовать в общих собраниях акционеров АО, а также принимать решения путем участия голосования по всем вопросам повестки дня, рассматриваемым

[1] Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года «О применении законодательства об акционерных обществах», п. 4.

общим собранием акционеров АО, запретить проводить общие собрания акционеров АО». В этом случае судья не различил особенности правового режима акций как оборотоспособного имущества, в отношении которого может быть установлен судебный запрет на сделки с ними / арест и особенности правовой природы прав членства в корпорации, а также правосубъектность АО и общественно-социальное значение непрерывности ее деятельности. Пока лицо обладает правами членства в корпорации, осуществление этих прав не может быть ограничено, в том числе, в связи с недопустимостью безосновательного вмешательства или иного ограничения в деятельности самой корпорации.

В связи с этим важным является установление законодательного правила о том, что формирование органов управления компании - это не столько право, но (даже в большей степени) обязанность ее учредителей, участников или акционеров. И такая обязанность подлежит исполнению уже с момента принятия решения об учреждении компании, а возникновение полномочий и ответственности избранных таким образом членов органов управления компанией обусловливается моментом государственной регистрации компании.

Такое регулирование является целесообразным для того, чтобы обеспечить правовую определенность и эффективность законодательного регулирования в соответствующих корпоративных отношениях. Это особенно важным является в рамках регламентации правового положения акционерных обществ, поскольку существующий в настоящий момент режим не позволяет надлежащим образом учредить новое акционерное общество, ибо само АО как юридическое лицо возникает с момента его государственной регистрации, а его органы могут быть созданы только после государственной регистрации выпуска акций АО, когда учредители приобретут статус акционеров компании. Сам же выпуск и размещение зарегистрированных акций возможен только в результате действий уполномоченных органов АО. Схожие проблемы возникают на практике и при некоторых формах реорганизации АО.

11. Что касается формирования совета директоров и наблюдательного совета компании, то, по крайней мере, в его основной части такой совет избирается акционерами (участниками) компании. Как отмечается в литературе, в таком регулировании выражается необходимость обеспечения того, чтобы совет при исполнении своих обязанностей отвечал интересам акционеров компании, поскольку эти интересы не защищаются столь же сильно, как они защищаются в договорных отношениях, а само требование о том, что совет должен именно избираться, отличает корпоративную форму предпринимательской от других организационно-правовых форм[1].

Избрание членов совета директоров является основным правом акционера. С учетом этого, в соответствии с Принципами ОЭСР национальное законодательство и практика корпоративного управления каждой компании должны содействовать эффективному участию акционеров в принятии решений, связанных с выдвижением кандидатов в члены совета директоров и их избранием. Такие решения отнесены к категории ключевых решений по управлению корпорацией. Избрание членов совета осуществляется путем голосования по индивидуальным кандидатурам или по отдельным спискам[2].

Принципы ОЭСР призывают к активной роли акционеров в процессе выдвижения и избрания членов совета директоров[3]. В связи с этим, например, в качестве отдельного принципа определено, что акционерам, включая институциональных акционеров, должна быть предоставлена возможность консультироваться друг с другом по вопросам, касающимся их основных прав акционеров, (за некоторыми исключениями в целях предотвращения злоупотреблений) и инвесторам должно быть разрешено (и даже у них должны быть стимулы) сотрудничать и координировать свои действия при выдвижении и избрании членов совета директоров[4].

---

[1] Kraakman, Davies, Hansman, Hertig, Hopt, Kanda, Rock. Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. OXFORD University Press, 2004. - 231 p. - С. 12.
[2] OECD (2016). Принципы корпоративного управления G20 / ОЭСР. - OECDPublishing, Paris. / http:// dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 23-24.
[3] Там же. С. 62.
[4] Там же. С. 26-27.

Особо выделяется рекомендация о том, что в процессе выдвижения и избрания членов совета директоров должны соблюдаться соответствующие формальности и обеспечиваться прозрачность осуществляемых действий и принимаемых решений, даже с учетом того, что процедуры выдвижения кандидатур могут отличаться от страны к стране[1]. Например, отмечается, что некоторые страны пришли к выводу о том, что компании должны раскрывать информацию о процессе отбора кандидатов, особенно в отношении того, являлся ли данный процесс открытым для широкого круга кандидатов[2].

Принципами ОЭСР признается, что отдельные члены совета директоров действительно могут быть выдвинуты или избраны отдельными акционерами (а иногда при этом не поддержаны другими акционерами)[3], а у основного акционера есть значительные возможности по назначению членов совета директоров и менеджмента[4]. Но важно помнить, что у совета директоров в любой ситуации и при любых условиях сохраняется фидуциарная обязанность перед компанией и перед всеми акционерами, включая миноритарных акционеров.

Поэтому, в любом случае, избранию в совет должен предшествовать прозрачный и регламентированный процесс отбора кандидатов, а сам совет должен быть сформирован таким образом, чтобы: (а) совет директоров действовал и принимал решения на коллегиальной основе, (б) при выполнении своих обязанностей он всегда был способным выносить объективные и независимые суждения[5], и (в) обеспечивал равное и уважительное отношение ко всем акционерам. Соблюдение этих принципов особенно важно обеспечить при наличии акционера, владеющего контрольным пакетом и способного поэтому де-факто самостоятельно избрать всех членов совета директоров[6].

[1] Там же. С. 62.
[2] OECD (2016). Принципы корпоративного управления G20 / ОЭСР. - OECDPublishing, Paris. / http:// dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 49.
[3] Там же. С. 59.
[4] Там же. С. 66.
[5] Там же. С. 57.
[6] Там же. С. 59.

Аналогичные подходы и рекомендации отражены в Руководящих принципах ОЭСР по корпоративному управлению для предприятий с государственным участием[1].

В этих Руководящих принципах признается, что предприятия с государственным участием могут отличаться от частных обществ с ограниченной ответственностью (АО, ООО, ТОО) по ряду критериев: (а) соответствующие полномочия и права совета директоров, менеджмента и министерств; (б) состав и структура этих советов директоров[2]. Также признается, что, когда государство является контролирующим акционером (участником), оно находится в уникальном статусе, позволяющем ему выдвигать кандидатов в члены совета директоров и избирать их без согласия других акционеров[3].

Так же и Базельский комитет признает, что в определенных правопорядках акционеры или другие заинтересованные лица имеют право номинировать членов совета и/или одобрять их выбор[4].

Тем не менее, государство обязано создать чётко структурированный, основанный на оценке заслуг и прозрачный процесс выдвижения кандидатов в совет директоров на предприятиях, где государству принадлежит 100% акций или мажоритарный пакет акций, и принимать активное участие в выдвижении кандидатов в совет директоров на предприятиях с государственным участием и способствовать диверсификации состава совета директоров[5].

Оно также должно позволить советам директоров предприятий с государственным участием осуществлять свои обязанности и уважать их независимость[6]. В том числе требуется формирование этих советов директоров таким образом, чтобы

---

[1] OECD (2016), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition: (Russian version), OECD Publishing, Paris. // http://dx.doi.org/10.1787/9789264263680-ru.

[2] OECD (2016), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition: (Russian version), OECD Publishing, Paris. // http://dx.doi.org/10.1787/9789264263680-ru. -. С. 46.

[3] Там же. С. 48.

[4] Corporate governance principles for banks. Guidelines (2015). - Basel Committee on Banking Supervision / https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf. п. 50 (сноска 17).

[5] OECD (2016), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition: (Russian version), OECD Publishing, Paris. // http://dx.doi.org/10.1787/9789264263680-ru. - С. 27.

[6] Там же. С. 26.

они могли выносить объективные и независимые решения, а все члены советов директоров, включая любых государственных должностных лиц, были назначены с учётом их квалификации и должны нести соответствующую юридическую ответственность[1].

Следует, однако обратить внимание на то, что все эти правила касаются ситуации, когда государство выступает именно в качестве акционера (участника) компании с государственным участием (единственного, иным образом контролирующего, крупного или миноритарного). В качестве такового от государства требуется, чтобы оно осуществляло свои права в целях защиты своей собственности и оптимизации её стоимости. Для этого оно и наделяется акционерными правами, основными из которых являются участие и голосование на общих собраниях акционеров, получение соответствующей и достаточной информации о компании на своевременной и регулярной основе, избрание и смещение с должности членов совета директоров и другие[2].

При этом следует обратить внимание, что (если любой негосударственный акционер (участник) не обязан участвовать в общих собраниях акционеров (участников) компании) государство как акционер, однако, обязано не только присутствовать на таких общих собраниях, но и эффективно осуществлять своё право голоса[3].

Позиция ОЭСР по вопросу о формировании совета директоров компаний является весьма последовательной. В опубликованном Обзоре практик формирования и деятельности советов директоров в компаниях с государственным участием в различных правопорядках также отмечается, что роль совета директоров таких компаний должна быть четко определена законом и предпочтительно в общем законодательстве о компаниях (например, законодательстве об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью). В том числе в нем указано, что необходимо четко регламентировать порядок и условия номинирования членов совета, обеспечить

[1] Там же. С. 36.
[2] OECD (2016), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition: (Russian version), OECD Publishing, Paris. // http://dx.doi.org/10.1787/9789264263680-ru. - С. 52-53.
[3] Там же. С. 27.

прозрачную и последовательную практику использования таких полномочий по номинированию. Принципиальным является позиция о том, что формирование совета директоров, даже в полностью принадлежащих государству компаниях, должно быть закреплено в качестве компетенции общего собрания акционеров[1].

Таким образом, единственным способом формирования совета директоров (как и наблюдательного совета) современных компаний является их избрание посредством голосования на общем собрании акционеров. В зависимости от структуры акционеров, вида деятельности компании и других обстоятельств национальный закон может предписывать соблюдение процедур отбора, согласования с другими акционерами или иным заинтересованными лицами, номинирования кандидатов (то есть указания того лица, которое должно быть избрано в состав совета) и других правил, но ни одно лицо не может быть членом совета, если оно не избрано в качестве такового общим собранием акционеров.

12. В то же время, этот вывод касается, прежде всего, ситуации, когда государство обладает в отношении компании правами акционера (собственника).

Вместе с тем, следует обратить внимание на то, что в Руководящих принципах ОЭСР по корпоративному управлению для предприятий с государственным участием допускает избрание в состав совета государственной компании не только представителя собственника, но и иного представителя государства. В частности, предусматривается возможность избрания в совет представителей государственной администрации, которые действуют «в качестве посредника, передающего политическое влияние, которое выходит за пределы роли собственника»[2], то есть не являющегося представителем государства как акционера (участника компании).

---

[1] Boards of Directors of State-Owned Enterprises: An Overview of National Practices. OECD (2013), OECD Publishing. // https://www.oecd-ilibrary.org/governance/board-of-directors-of-state-owned-enterprises_97892642 00425-en. - С. 12.

[2] OECD (2016), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition: (Russian version), OECD Publishing, Paris. // http://dx.doi.org/10.1787/9789264263680-ru. - С. 48.

Такая ситуация возможна, когда, к примеру, в целях защиты публичного интереса необходимо обеспечение контроля со стороны государства за принятием корпоративных решений на уровне непосредственного управления компанией (в дополнение к иным способам государственного контроля или надзора в отношении соответствующей организации публичного интереса).

Не является однозначным, насколько у таких членов совета должны быть такие же обязанности и обязательства, как и у других членов совета директоров, и должны ли они действовать только в интересах предприятия с государственным участием и всех его акционеров. Логичным было бы предположить, что даже в случае наделения их правом голоса такие члены совета не могут рассматриваться как обязанные действовать исключительно по своему убеждению и/или вопреки политической воле государства, которую оно должно транслировать в работе совета.

В то же время, очевидным является то, что общегражданская обязанность действовать разумно, добросовестно и справедливо, соблюдая нравственные принципы общества, а также не допуская осуществления прав в противоречии с их назначением, причинения вреда другим лицам или злоупотреблений правом в иных формах лицам, как, например, установленная в казахстанском праве[1]*, в полной мере распространяется на каждого такого члена совета компании. Также не вызывает сомнений, что порядок и условия избрания (или иного способа вхождения) такого члена совета директоров должны регулироваться законом.*

13. Этот вывод является актуальным для казахстанского законодательства, которое в настоящее время в целом отвечает большинству принципов корпоративного управления, сформулированных на основе и в развитие передовой практики.

В частности, правовое положение акционерных обществ, порядок создания, деятельности, реорганизации и ликвидации АО; права и обязанности акционеров, а также меры по защите их прав и интересов; компетенция, порядок образования и функционирования органов АО; полномочия, порядок избрания и ответственность его должностных лиц определяются Законом

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принятый 27 декабря 1994 г. (с изменениями и дополнениями), п.п. 4-6 ст. 8.

об АО. Уже содержание преамбулы Закона об АО позволяет сделать вывод о том, что члены совета директоров, являясь должностными лицами АО, занимают свои должности посредством их избрания.

В соответствии с Законом об АО формирование совета директоров АО за счет определения количественного состава и срока полномочий совета директоров, а также избрания его членов, отнесено к исключительной компетенции общего собрания акционеров[1]. Избрание (выборы) членов совета директоров предусмотрено также в Законе об АО, а в качестве лиц, которые могут быть избраны в состав совета, указаны акционеры - физические лица и лица, предложенные (рекомендованные) к избранию в совет директоров в качестве представителей акционеров, а также иные физические лица[2].

Эти требования являются общими для всех акционерных обществ, учреждаемых в соответствии с законодательством Республики Казахстан. Исключение составляют только АО «Фонд национального благосостояния «Самрук-Казына» (Фонд) и акционерные общества, входящие в группу Фонда согласно Закону о Фонде национального благосостояния[3], в соответствии с Законом об АО его положения применяются к Фонду, группе Фонда и иным контролируемым Фондом юридическим лицам, если иное не предусмотрено Законом о Фонде национального благосостояния [4].

В то же время, Закон о Фонде национального благосостояния предписывает формирование практически такой же корпоративной структуры Фонда, какой она должна у любого другого акционерного общества, включая единственного акционера (Правительство Республики Казахстан), совет директоров как орган управления и правление как исполнительный орган, а также иные органы Фонда в

[1]Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415-II «Об акционерных обществах» (с изменениями и дополнениями), п. 1 ст. 36.
[2] Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415-II «Об акционерных обществах» (с изменениями и дополнениями), ст. 54.
[3] Закон Республики Казахстан от 1 февраля 2012 года № 550-IV «О Фонде национального благосостояния» (с изменениями и дополнениями).
[4] Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415-II «Об акционерных обществах» (с изменениями и дополнениями), п. 2-1 ст. 2.

соответствии с его уставом[1]. При этом способ формирования совета директоров Фонда полностью соответствует тому, что предусмотрен в Законе об АО - избранием членов совета директоров единственным акционером[2].

Однако особенностью формирования совета директоров Фонда является то, что некоторые из его членов подлежат избранию в совет в силу занятия ими определенных должностей, то есть они являются директорами ex officio. В частности, таковыми являются председатель правления Фонда, а также один из помощников Президента Республики Казахстан и избираемый как представитель единственного акционера Фонда первый руководитель центрального уполномоченного органа по государственному планированию[3].

Очевидно, что при этом квалификационные требования к таким кандидатам (а в данном случае более правильным является называть их номинантами) в члены совета директоров Фонда совершенно очевидны - это те граждане, которые соответствуют требованиям для занятия поименованных в Законе ответственных государственных должностей столь высокого уровня. И все же с учетом передовой практики корпоративное управления (в том числе относительно равного статуса всех членов совета, обеспечиваемого, помимо прочего, общей процедурой формирования совета) законодатель вполне обоснованно сохранил применительно к Фонду и компаниям группы Фонда общий для всех АО порядок формирования советов директоров за счет избрания общим собранием акционеров (единственным акционеров) всех членов совета.

14. В то же время позиция законодателя в вопросе формирования совета директоров АО не всегда однозначна. Такое положение позволяет произвольное понимание норм закона при их применении, может привести к накоплению ошибок в практике корпоративного управления и возникновению негативных последствий для публичного интереса и прав частных лиц.

---

[1] Закон Республики Казахстан от 1 февраля 2012 года № 550-IV «О Фонде национального благосостояния» (с изменениями и дополнениями), ст. 6.

[2] Закон Республики Казахстан от 1 февраля 2012 года № 550-IV «О Фонде национального благосостояния» (с изменениями и дополнениями), п. 2 ст. 7.

[3] Там же, п. 1 ст. 8.

В частности, в соответствии с Законом об АО его положения применяются с учетом особенностей, предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан[1]. Одним из таких законодательных актов является Закон о рынке ценных бумаг, который, помимо прочего, регулирует особенности создания и деятельности субъектов рынка ценных бумаг[2].

Одним из субъектов рынка ценных бумаг, важнейшим элементом инфраструктуры финансовых рынков является центральный депозитарий ценных бумаг, действующий, хотя и в качестве некоммерческой организации, в организационно-правовой форме акционерного общества. С учетом такого важного положения центрального депозитария и высокой значимости его деятельности в Законе о рынке ценных бумаг определено, что «в состав совета директоров центрального депозитария на постоянной основе с правом голоса входит представитель уполномоченного органа»[3].

В то же время ни Законом о рынке ценных бумаг, ни иным законодательным актом не определяется порядок вхождения такого представителя уполномоченного органа в состав совета директоров центрального депозитария. Единственной законодательной нормой, применимой к формированию совета директоров центрального депозитария, в настоящее время является требование Закона об АО об избрании общим собранием акционеров всех членов совета директоров акционерного общества.

И, как уже отмечалось выше, иной порядок формирования совета директоров АО может быть предусмотрен только законодательным актом. В связи с этим закрепление в Законе о рынке ценных бумаг возможности определять порядок формирования совета директоров центрального депозитария нормативным правовым актом уполномоченного органа[4], представляется необоснованным, поскольку, как отмечается выше: (а) порядок образования органов АО определяется

[1] Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415-II «Об акционерных обществах» (с изменениями и дополнениями), п. 2 ст. 2.
[2] Закон Республики Казахстан от 2 июля 2003 года № 461-II «О рынке ценных бумаг» (с изменениями и дополнениями). Преамбула.
[3] Там же, п. 2 ст. 79.
[4] Там же, п. 1 ст. 79.

Законом об АО, (б) изменения предусмотренного Законом об АО порядка образования органов АО может осуществляться только законодательными актами, (в) нормативные правовые акты уполномоченного органа не являются законодательными актами, и никакие подзаконные акты уполномоченного органа как регулятора не могут изменять содержание правовых норм, установленных законодателем.

В связи с изложенным представляется целесообразным при формировании совета директоров центрального депозитария ценных бумаг основываться на законодательных требованиях Закона об АО касательно формирования совета директоров избранием его членов, в том числе номинируемого в качестве представителя уполномоченного органа (регулятора деятельности на финансовых рынках). Кроме того, было бы целесообразным для устранения правовой неопределенности также включить в Закон *о рынке ценных бумаг уточнение о том, что такой представитель уполномоченного органа подлежит избранию в совет директоров центрального депозитария по представлению самого регулятора.*

Альтернативой такому подходу (хотя и представляющейся менее привлекательной с позиций передовой практики корпоративного управления) является регламентация иного порядка формирования совета директоров центрального депозитария в нормах самого Закона о рынке ценных бумаг, являющегося законодательным, а не подзаконным актом Республики Казахстан.

При этом не существует каких-то идеологических или методологических препятствий для того, чтобы нормативным правовым актом уполномоченного органа регламентировались требования к такому номинанту и процесс отбора кандидатов на должность члена совета директоров центрального депозитария, его взаимоотношения с уполномоченным органом в процессе отбора кандидатов и оценки их соответствия.

Более того, юридическое закрепление квалификационных требований к представителю уполномоченного органа в совете директоров центрального депозитария на уровне нормативного акта регулятора (а еще лучше - на уровне Закона о рынке ценных бумаг, подобно законодательной идентификации лиц, которые в силу занимаемой государственной должности должны быть

членами совета директоров Фонда) является надлежащим соблюдением прав заинтересованных лиц на информацию о том, что и на каком основании является или может стать членом совета директоров центрального депозитария.

Изложенная точка зрения обусловлена целесообразностью исключить возможности некорректной практики корпоративного управления, и также не допустить того, чтобы правомерность деятельности совета директоров центрального депозитария и легитимность принятых корпоративных решений были поставлены под сомнение или оспорены в суде в связи с несоблюдением требований законодательства.

Следует помнить о том, что пренебрежение нормами закона, как и правилами юридической техники, не всегда могут привести к немедленному возникновению отрицательных последствий. Более того, негативный эффект таких нарушений для публичного интереса носит накопительный (иногда в течение довольно длительного времени) характер, а сам процесс накопления ошибки, искажения воли законодателя (в том числе - воли народа, отраженной в нормах Конституции) до определенного времени может оставаться не очень заметным, но в какой-то момент накопленный объем нарушений может стать разрушительным для национальной правовой системы, национальной экономики и общественных связей в целом.

Это в полной мере касается сферы корпоративных отношений, правовое регулирование которых нуждается в существенном пересмотре и улучшении, чтобы устранить условия для повторения допущенных и допускаемых ошибок, а также создать благоприятные рамки для осуществления хозяйственной и инвестиционной деятельности. *Снова подчеркнем свою убежденность в* *недопустимости дальнейшей задержки с полноценным реформированием корпоративного законодательства Республики Казахстана и, в том числе, в необходимости модернизации по ряду важных аспектов формирования организационной структуры предпринимательских корпораций с тем, чтобы были устранены условия для искажения законодательного регулирования, а также было обеспечено развитие разумной и эффективной деловой и судебной практики.*

Более того, такое реформирование должно стать составной и органической частью всеобъемлющей реформы правовой основы и сложившейся системы юридических лиц в Казахстане в целом, что включает в себя также и пересмотр законодательства о некоммерческих организациях, отказ от организационной формы государственного предприятия и экономической основы его деятельности в виде права хозяйственного ведения (унаследованного от правовой и экономической системы Советского Союза).

Особую важность приобретает надлежащее восприятие концепции юридического лица публичного права[1]*на основе опыта и практики развитых государств, являющихся членами ОЭСР*[2]. Неблагоприятные перспективы сохранения существующей ситуации, как и ее развитие по наметившейся траектории, очень вероятны, и даже сегодня объем социальных затрат (social costs) нашего государства и общества в связи с существующим положением дел может быть чрезвычайно большим; соответствующие макроэкономические и социологические исследования позволят установить достаточно точно и обоснованно сумму этих затрат, а математические модели - показать такие перспективы.

[1] Сулейменов М.К., Карагусов Ф.С., Мукашева К.В., Дуйсенова А.Е. Концепция восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан**.** // https://www.zakon.kz/4945271-kontseptsiya-vospriyatiya-pravovogo.html.

[2] Сулейменов М.К., Карагусов Ф.С., Мукашева К.В., Дуйсенова А.Е. Рекомендации о развитии законодательства Республики Казахстан в целях восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан и инструкция по реализации рекомендаций. // https://www.zakon.kz/4945274-rekomendatsii-o-razvitii.html.

ГЛАВА 2. ОТДЕЛЬНЫЕ ИНСТИТУТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО И АНГЛИЙСКОГО ДОГОВОРНОГО ПРАВА И ИХ ХАРАКТЕРИСТИКА

§1. Договор и порядок его заключения по английскому праву

Как указывают В.В. Витрянский и М.И. Брагинский - «Договор – одна из наиболее древних правовых конструкций, ранее которого, в истории складывающегося обязательственного права возникли только деликты. Поскольку различные формы общения между людьми постепенно развивались, это привело к потребности использовать предложенные законодателем правовые модели или создавать их самим. В результате такими моделями стали договоры»[1].

Данные положения о договоре справедливы в романо-германской правовой семье, к которой, в том числе, относится и право Республики Казахстан. Так из легального определения, указанного в Гражданском кодексе Республики Казахстан следует, что под договором понимают соглашение двух или более лиц об установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей.

В свою очередь, право Англии и Уэльса, относящееся к системе общего права – «common law» или «comunelea», как его в XIII в. называли на нормандском жаргоне древнеанглийские юристы, входит в англосаксонскую правовую семью, где основным источником права служит норма, сформулированная судьями и выраженная в судебных прецедентах. Договорное право Англии не кодифицировано, в нём отсутствует деление на право публичное и право частное, нет права гражданского, торгового или административного, а есть в первую очередь деление на общее право (*common law*) и право справедливости (*law of equity*).[2]

Само же определение договора и условий его заключения в праве Англии формировалось в результате непрерывной судебной практики, например, в таких известных судебных

[1] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. – М., 1997. - С.1.

[2] Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. - С.152.

делах, как Bunn v. Guy (1803), Thomas v. Thomas (1842), Currie v. Misa (1875)[1] и т.д. При этом в праве Англии отсутствует легальное определение понятия «договор», а в английской литературе оно трактуется неоднозначно. Большинство ученых, относящихся к представителям традиционной правовой школы (объективной теории договора) рассматривают договор как обещание (*promise*) или ряд обещаний, данных одной стороной в отношении другой[2].

За нарушение обещания английским правом до 1875 г. – даты, когда произошло объединение общего права (*common law*) и права справедливости (*law of equity*), для тяжущейся стороны было предусмотрено только право на возмещение убытков в качестве санкции (средства защиты) за нарушение условий договора контрагентом. Учитывая, что защита предоставлялась только в определенных случаях, судебной практикой был разработан механизм для защиты отношений, в которых обещание одной стороны сделать что-либо было дано в обмен на какой-либо эквивалент, представляющий субъективную ценность для другой стороны. В случае неисполнения обещанного противная сторона должна была возместить кредитору вызванные неисполнением убытки. В связи с этим суды стали развивать доктрину встречного удовлетворения (*consideration*), которое также является одним из необходимых элементов договора, о которых речь пойдёт далее[3].

Из изложенного можно сделать вывод, что договором является одно обещание, подтвержденное встречным удовлетворением, которое, кстати, может иметь форму встречного обещания. При этом понятие договора распространяется и на односторонние сделки, к которым по английскому праву, среди прочих, относятся договоры за печатью. Обязательства из данного договора возникают несмотря на отсутствие соглашения сторон или встречного удовлетворения по обязательству какой-либо стороны. Главную роль в таком договоре является его форма[4]. Вместе с тем,

---

[1] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С.25.

[2] Самонд Д., Вильямс Д. Основы договорного права. - М., 1955. - С. 37-70.

[3] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.: Проспект, 2017. - С. 39-40.

[4] Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. - С.145.

понятием договор не охватываются безвозмездные договоры, свойственные континентальной системой права, поскольку в них (например, договор дарения) отсутствует встречное удовлетворение.

Континентальная система права предусматривает законодательное закрепление порядка заключения договора, которое по сути представляет собой вступление в сделку на основе взаимных волеизъявлений будущих участников договора[1]. Таким образом, по общему правилу, заключение договора является серией последовательных действий сторон (волеизъявлений), которые происходят путём направления предложения о его заключении (оферта) одной из сторон и последующего его принятия другой стороной (акцепта).

При этом оферта должна быть определенной, т.е. содержать существенные условия договора, выражать намерение оферента считать себя заключившим договор на оговоренных условиях и быть направлена одному или нескольким лицам, а в некоторых случаях неопределенному кругу лиц (публичная оферта). Заключение договора завершается акцептом оферты, т.е. ответом другой стороны (акцептанта) о принятии оферты на условиях оферента. При этом акцепт должен быть полным, т.е. принимаются все условия, изложенные в оферте и безоговорочным, что проявляется в отсутствии каких-либо изменений предложенных условий[2].

В свою очередь, английское право не имеет общих положений о порядке заключения договора[3]. Как указано ранее, условия заключения договора были выработаны благодаря судебным решениям в делах, ставших впоследствии исторически важными. Чаще всего в конструкции английского договора выделяют три основных элемента:

1) соглашение сторон (*agreement*), которое также, как и в континентальной системе права выражается в предложении заключить договор (оферта) и принятии такого предложения (акцепта);

2) встречное удовлетворение (*consideration*);

---

[1] Гражданское право. Общая часть. Курс лекций / Отв. ред. А.Г. Диденко. – Алматы, 2006. - С.671.

[2] Там же. С. 679.

[3] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.:Проспект, 2017. - С.82.

3) намерение сторон породить правовые последствия (*contractual intention*).[1]

В судебном решении по делу Storer v. ManchesterCC (1974) 1WLR 1403 постановили, что под офертой понимается выражение желания вступить в договор на оговоренных условиях, сделанное с намерением того, что оно должно стать связывающим, как только оно окажется принятым лицом, которому оно адресуется[2]. В другом известном деле Gunthing v. Lynn (1831) 2 B7 AD 232, в котором лицо, покупая лошадь у продавца, пообещало последнему, что даст ему ещё 5 фунтов помимо уплаченной цены или купит у него другую лошадь в случае, если приобретаемая лошадь окажется «приносящей удачу», суд пришел к выводу, что обещание покупателя дать продавцу еще 5 фунтов, если приобретенная лошадь окажется «приносящей удачу» является недостаточно определённым и ясным для того, чтобы считать, что между сторонами был заключен договор и возникло обязательство покупателя по дополнительной оплате продавцу 5 фунтов (или покупки другой лошади)[3].

Таким образом, из изложенных дел следует, что предложение заключить договор должно быть достаточно определённым и ясным, т.е. оно должно содержать существенные условия договора.

При этом оферта должна выражать явные намерения вступить в юридически обязывающий договор, поскольку в договорном праве Англии господствующей является объективная теория, согласно которой существенным признается не действительное намерение сторон, а их внешнее волеизъявление. В связи с этим суд, в первую очередь, обращает внимание на то, что стороны фактически изложили в документах, а не подразумевали[4].

---

[1] Ewan McKendrick, Contract Law, Text Cases and Materials (7thedn, Oxford University Press). - P.149.

[2] Дубинчин А.А. Английское контрактное право: практическое пособие для российского юриста: заключение договора. – М.: Инфотропик Медиа, 2010. - С.97.

[3] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. - Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С.80.

[4] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.: Проспект, 2017. - С.82.

Оферта также должна быть сообщена второй стороне договора (дело Taylor v. Laird (1856) 25 LJ Ex 329) и при этом она может быть отозвана оферентом (*revocation of offer*) в любое время до её акцепта другой стороной (дело Routledge v. Grant (1828) 4Bing 653; 130 ER 920)[1].

Отсюда следует, что по английскому праву оферент вправе отозвать свою оферту в любое время, в том числе в течение срока, установленного для её акцепта, в то время как в континентальной системе права на примере законодательства Республики Казахстан действует иной принцип, согласно которому, по общему правилу, оферент не вправе отзывать оферту в течение срока для её акцепта.[2]

Как указывает в своём труде В.С. Белых: «Возможность отзыва оферты обосновывается действием в доктрине общего права правила о встречном удовлетворении. Поскольку до момента получения акцепта нет встречного удовлетворения, постольку английская доктрина не связывает оферента с направленным им в адрес акцептанта предложением»[3].

Отзыв оферты может выражаться заявлением оферента или его действием. При этом необходимо иметь ввиду, что отзыв оферты не имеет силы, пока он не сообщён адресату оферты. Так в деле Byrne&Co v. Van Tien Hoven&Co (1880) 5CPD 344 суд пришёл к выводу, что извещение об отзыве оферты должно быть получено другой стороной до того, как она успела акцептовать оферту[4]. В деле Henthorn v. Fraser (1892) 2 Ch 27 было также указано, что лицо, отзывающее оферту, обязано донести отзыв до сведения второй стороны, т.е. отзыв должен быть фактически получен второй стороной.

Необходимо отметить, что согласно решению суда по делу Dickinson v. Dodds (1876) 2 ChD 463 отзыв оферты может быть сообщён другой стороне любым третьим лицом, которое является достаточно надежным информатором[5]. При этом оферта не может быть отозвана, если вторая сторона начала выполнять

---

[1] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. - Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С.84.

[2] Пункт 3 ст. 395 Гражданского кодекса Республики Казахстан.

[3] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.:Проспект, 2017. - С.95.

[4] S.B. Marsh and J. Soulsby Buisiness Law.2002. - P.117.

[5] Белых Д.Г. Заключение договора по английскому праву. https://finstran.wordpress.com.

условия договора, содержащиеся в оферте (дело Errington v. Wood (1951) EWCACiv 2)[1].

В английском праве оферту необходимо отличать от приглашения вести переговоры (*invitation to treat*), к которому можно отнести аукционы и конкурсы, выставку товаров на продажу в витринах или на полках магазина. В деле Harvey v. Facey (1893) UKPC 1; (1893) AC 552 суд пришел к выводу, что указание цены товара ещё не является намерением оферента заключить договор. В другом деле Fisherv. Bell (1961) 1QB 394 суд решил, что выставление владельцем магазина в витрине или на полках магазина самообслуживания товара с указанием его цены не является публичной офертой, а должно рассматриваться лишь как приглашение вести переговоры[2].

В Казахстане по общему правилу реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, рассматриваются как приглашение делать оферты. Однако предложение, содержащее все существенные условия договора, из которого усматривается воля оферента заключить договор на указанных условиях с любым, кто отзовётся, является публичной офертой.

Таким образом, в английском праве в отличие от казахстанского, приглашение вести переговоры не является публичной офертой и не содержит существенных и иных условий договора, несмотря на то, что оно адресовано неопределённому кругу лицу.

Тем не менее, из вышеуказанного правила имеется исключение, которое было сформулировано в результате рассмотрения дела Louisa Carlill v. Carblolic Smoke Ball Company (1892) EWCACiv 1; (1893) 1QB 256. Суд второй инстанции решил, что в рекламе ответчика содержались все существенные элементы договора, включая взаимное соглашение сторон, т.е. оферта и акцепт, встречное удовлетворение и намерение создать правовые последствия. В результате рассмотрения данного дела в английском праве было сформировано понятие публичной оферты, т.е. предложения заключить договор со «всем миром»

[1]Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. - Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С.88.

[2] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.: Проспект, 2017. - С.85.

или любым, кто отзовётся, а также акцептование оферты путём совершения конклюдентных действий[1].

Акцепт в английском праве представляет собой выраженное устно, письменно или поведением (действием) согласие акцептанта с условиями оферты. В случае, если условия акцепта не совпадают с условиями оферты, то договор считается незаключённым[2]. Следовательно, в английском праве акцепт тоже должен быть полным и безоговорочным, что подтверждается решением по делу Hyde v. Wrench (1840) EWHCChJ90, согласно которому истцу было отказано в удовлетворении требования о передаче ему объекта недвижимости, поскольку на первоначальную оферту ответчика истец направил свое предложение (т.е. контроферту), тем самым отвергнув оферту ответчика.[3]

Акцепт также должен быть сообщен оференту, в противном случае договор не считается заключённым (дело Felthouse v. Bindley (1862) EWHCCPJ 35), может быть совершен в любой форме (дело Brogden v. Metropolitan Railway Company (1876-77) 2 AppCas 666, HL(E)), а если для его совершения требуется определенная форма, то данная форма должна быть соблюдена (дело Yates Building Co Ltd v. RJPulleyn&Sons (York) Ltd (1975) 237 E.G. 183)[4].

По общему правилу акцепт не имеет силы до момента извещения оферента, т.е. он должен быть получен последним, за исключением случаев направления акцепта по почте или телеграфу («правило почтового ящика» или *postal rule*). В данном случае акцепт будет считаться совершённым в момент его отправления, а не получения оферентом. Окончательно данное правило было сформулировано в решении по делу Henthorn v. Fraser (1892) 2Ch 27. Однако данное правило не применяется при заключении договора по факсу[5].

---

[1] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. Изд.2-е, перераб. И доп. Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С.99.

[2] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. Проспект. - С. 97.

[3] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. Изд.2-е, перераб. И доп. Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С. 109.

[4] Там же. С. 109-114.

[5] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.: Проспект, 2017. - С. 99.

В английском договорном праве легального определения понятия «встречное удовлетворение» (*consideration*) нет. Однако, как указал в своей работе В.В. Оробинский: «Идея встречного удовлетворения родилась не вчера и не сегодня. И родилась не сразу»[1]. Одно из наиболее ранних определений даётся в деле Bunn v. Guy (1803) 4East, 190, в котором суд пришёл к выводу, что «встречное удовлетворение – это потеря или неудобство, понесённое одной стороной по требованию другой стороны». Другое определение было дано в деле Thomas v. Thomas (1842) 2QB 851; 114 ER 330 – «это какой-либо вред истца или какое-либо благо ответчика»[2].

Вместе с тем, суды часто используют определение встречного удовлетворения, которое было дано в судебном решении по делу Carrie v. Misa (1875) LR 10 Ex 153: «Встречное удовлетворение…представляет собой какое-нибудь притязание, интерес, выгоду или преимущество, предоставляемое одной стороне, либо воздержание, ущерб, убыток или ответственность, которые терпит или берёт на себя другая сторона»[3].

Тем не менее, традиционное понимание встречного удовлетворения как ущерба для кредитора или выгоды для должника часто критикуется. В решении по делу Dunlop Pneumaic Tyre Co. Ltd v. Selfridge and Co Ltd (1915) AC 847 суд сослался на определение встречного удовлетворения, сформулированного известным английским юристом Ф. Поллок в своём труде как цену, за которую приобретается обязательство[4].

Таким образом, можно сделать вывод, что английские суды зачастую стараются подвести фактические взаимоотношения сторон под традиционное определение понятия встречного удовлетворения, в связи с чем испытывают трудности, что является следствием консервативной направленности правовой системы Англии в её стремлении сохранить элементы исторического прошлого.[5]

---

[1] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. - Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С. 126.

[2] https://www.lawteacher.net/cases/thomas-v-thomas.php.

[3] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.: Проспект, 2017. - С. 103.

[4] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. - Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С. 127.

[5] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. – М.: Проспект, 2017. - С. 107.

Судебная практика и учёные различают понятия надлежащего встречного удовлетворения (*due consideration*) и ценного встречного удовлетворения (*valuable consideration*). В основе классификации лежит характер эквивалента, в обмен на который происходит передача тех или иных прав. Последнее всегда имеет материальных характер, в то время как к надлежащему удовлетворению также может относится удовлетворение, не имеющее материального характера (благодарность, родственные чувства). Встречное удовлетворение может быть исполняемым (executory consideration) и исполненным (executed consideration). Формой первого является обязательство, а второе происходит в форме действия или бездействия. Примером исполненного удовлетворения является дело Louisa Carlill v. Carblolic Smoke Ball Company (1892) EWCACiv 1; (1893) 1QB 256, которое, как считают некоторые юристы, является не только самим удовлетворением, но и выражением намерения быть связанным договором (оферта или акцепт), а также исполнением предмета договора[1].

Для того, чтобы считаться действительным встречное удовлетворение должно отвечать определенным требованиям. Так оно не может быть просроченным или прошлым (*past*), т.е. быть внесённым ранее обещания данного стороной, о чём было указано в решении по делу ReMcArdle (1951) Ch 669, в котором истцу, сделавшему улучшения в имуществе и впоследствии подписавшему документ с ответчиком о том, что последний готов оплатить некоторые улучшения, было отказано в иске, поскольку встречное удовлетворение истца в виде улучшения было просроченным, т.е. исполненным до обещания ответчика[2].

Во-вторых, встречное удовлетворение должно быть достаточным, но в тоже время не обязано быть соразмерным или адекватным, т.е. вопрос о соразмерности удовлетворения разрешается самими сторонами, вступающими в правоотношения. Первоначально такая позиция была озвучена в деле Thomas v. Thomas (1842) 2QB 851; 114 ER 330, но окончательно позиция была подтверждена в решении по делу Chappell&Co Ltd v. Nestle Co Ltd (1960) AC 87, которое стало

[1] Там же. С. 109.

[2] Белых Д.Г. Заключение договора по английскому праву // https://finstran.wordpress.com.

знаковым, а слова из решения стали цитироваться в учебниках: «Сторона договора вправе торговаться и выбрать, какое удовлетворение она хочет получить. Если сторона согласилась получить встречное удовлетворение в зёрнышке перца, то такое зернышко будет надлежащим встречным удовлетворением, даже если сторона не любит перец, и получив, выбросит зёрнышко»[1].

Таким образом, встречное удовлетворение должно представлять определённую ценность для стороны, принявшей обязательство в обмен на такое встречное удовлетворение, а вопрос соразмерности самостоятельно определяется сторонами при заключении договора. Следовательно, английским правом действительными могут признаваться кабальные сделки[2].

В-третьих, встречное удовлетворение должно исходить от лица, получившего обещание, т.е. сторона должна доказать, что она предоставила встречное удовлетворение по обязательству другой стороны (*privity of contract*), что было озвучено в решении суда по делу Tweddle v. Atkinson (1861) 121 ER 762; (1861) EWHCQBJ57[3]. Таким образом, по общему правилу только сторона договора имеет права и обязанности по сделке.

В-четвёртых, исполнение обязанности, установленной законом или договором, не образует встречного удовлетворения (дело Stilk v. Myrick (1809) EWHCKBJ58). Однако из данного требования имеется исключение, предусмотренное решением суда по делу Hartley v. Ponsonby (1857) 26 LJQB 322 согласно которому, если сторона исполнила обязательство с превышением того, что было предусмотрено договором или законом, то встречное удовлетворение считается предоставленным[4].

В-пятых, обещание стороны принять частичное исполнение обязательства другой стороной не имеет правовой силы, поскольку в таком обещании отсутствует встречное удовлетворение (*waiver*). Данное требование было сформировано в судебном решении по делу Pinnel's Case (1602) 5 Co. Rep. 117a. В решении судьи пришли к выводу, что исполнение

---

[1] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. - Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С. 137-138.

[2] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. – М.: Проспект, 2017. - С. 110.

[3] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. - Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С. 143.

[4] Белых Д.Г. Заключение договора по английскому праву // https://finstran.wordpress.com.

обязательства в объёме меньшем изначально предусмотренного не может являться удовлетворением другой стороны. Однако предоставление безвозмездно дополнительного имущества может являться встречным удовлетворением, при условии принятия его кредитором[1]. Таким образом, в данном случае в английском праве речь идёт о конструкции о прекращении обязательства предоставлением взамен исполнения отступного[2]. Исключение об обязательности встречной оплаты было установлено в решении суда по делу Central London Property Trust v. High Trees House (1947) KB 130, согласно которому для того, чтобы отказ от прав был необратим, он должен быть добровольным, а отказополучатель рассчитывать на такой отказ в своих действиях (*estoppel*)[3].

В силу действующих презумпций в английском договорном праве есть определённые обязательства (социальные), которые не признаются договорами. К ним относятся так называемые комфортные письма, соглашения чести, бытовые, дружеские обещания и обязательства (*social engagements*), к которым могут быть отнесены соглашения между супругами о разделе имущества. В деле Balfour v. Balfour (1919) 2KB 571 суд пришел к выводу, что соглашение между мужем и женой, согласно которому муж обещал жене ежемесячно высылать определенную денежную сумму, если она вернётся в Англию, не является гражданско-правовым договором и не порождает обязательств. Однако, если стороны расторгли брак или собираются это сделать, то такого рода соглашения являются договорами и порождают обязательства (данное исключение было сформировано в решении по делу Merritt v. Merritt (1970) EWCACiv 6)[4].

В соглашениях в сфере предпринимательской деятельности всегда есть намерение создать правовые последствия, если иное прямо не указано в соглашении[5].

---

[1] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. - Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С. 154.

[2] Статья 369 Гражданского кодекса Республики Казахстан.

[3] Белых Д.Г. Заключение договора по английскому праву // https://finstran.wordpress.com.

[4] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.: Проспект, 2017. - С. 101.

[5] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. - Изд.2-е, перераб. и доп. - Ростов н/Д: Феникс, 2016. - С. 169.

Вышеуказанная презумпция была подтверждена в решении суда по делу Edwardsv. SkywaysLtd (1964) 1 WLR 349, где суд установил, что бремя доказывания того, что в намерение сторон не входило создание юридически связывающих отношений, лежит на той стороне, которая настаивает, что такой эффект не подразумевался, а также в деле McGowan v. Radio Buxton (2001), где судья Джеймс Оррел подтвердил, что в ходе конкурса, который проводился между радиостанцией и слушателями, радиостанция заключила договор о предоставлении машины слушателю, который угадает песню. В связи с этим, исковое требование истицы было удовлетворено, а ответчик обязан был возместить слушателю убытки[1].

Необходимо также отметить, что помимо вышеуказанных трёх основных элементов договора, на его действительность также влияет дееспособность (capacity) стороны, её истинное согласие, поскольку она может быть вынуждена к заключению договора путём злоупотребления влияния (undue influence), принуждения (duress), а также форма договора и т.д., но это уже отдельная тема для последующего исследования.

Таким образом, из вышеизложенного можно сделать вывод, что английское право не содержит законодательного определения понятия договора и его ключевых элементов. Более того, отсутствует общее правило о порядке заключения договора, а существенные условия (элементы) договора отличаются от требований, предъявляемых к договору в континентальной правовой системе.

§2. Значение встречного удовлетворения «consideration» в английском праве

В каждой правовой системе существуют правила, определяющие виды соглашений, которые должны рассматриваться как договоры, подлежащие исполнению. Функция этих правил - дать то, что мы называем «знак обладания исковой защитой (badge of enforceability)» к определенным соглашениям. В английском праве эта функция осуществляется

[1] https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1316814/Contestant-fobbed-off-with-toy-wins-8000-for-real-car.html.

главным образом - доктриной встречного удовлетворения[1]. Следует отметить, что наличие или отсутствие встречного удовлетворения является существенным только для неформальных договоров (informalorsimple contracts).

Встречное удовлеворение было разработано в качестве «доказательства» существования договора, а непростого безвозмездного обещания. Доктрина встречного удовлетворения была принята на протяжении семнадцатого и первой половины восемнадцатого веков в качестве неотъемлемой части нового договорного права[2]. К XVII веку, в случае с соглашениями суды требовали доказательств того, что существовал факт сделки. Это была услуга за услугу «quid pro quo», доказательство того, что сделка на самом деле существовала, и если не было найдено никакого встречного удовлетворения, тогда соглашение не могло быть исполнено.

Ортодоксальная интерпретация встречного удовлетворения основана на идее «взаимности»; что кредитор не сможет выполнить обещание, пока он не даст или не пообещает дать что-то в обмен на обещание или пока должник не получит что-то взамен[3].

В английском договорном праве отсутствует легальная дефиниция встречного удовлетворения. Также в английском праве, широкое толкование в отношении встречного удовлетворения вызывает затруднения (practical benefit, legal benefit, factual benefit or detriment of a person). Это связано с тем, что компетентные суды в каждом конкретном деле решали вопрос – является ли то или иное деяние встречным удовлетворением или нет. По этой причине в Англии нет нормативного действующего закона, который содержал бы определение встречного удовлетворения. Классическое определение встречного удовлетворения выражена в деле Currie v. Misa (1875) LR 10 Ex 153 в следующих терминах: «ценное встречное удовлетворение, в смысле закона, может состоять либо в некотором праве, проценте, прибыли или выгоде, получаемой

[1] McKendrick, Ewan Contract Law, Palgrave Law Masters. - London, edn 12th, 2017. - 435 p. - C. 66.
[2] Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract (16th edn), Oxford University Press, 831 p. - C. 100.
[3] McKendrick, Ewan, Contract Law, Palgrave Macmillan. - New York, 2007, edn 7th, 2007. - 468 p. - C. 85-86.

одной стороной или в каком-либо воздержании, ущербе, потере или ответственности, причиненной или принятой другой стороной»[1].

В англоязычной литературе приводится несколько мнений известных ученых по поводу интерпретации доктрины встречного удовлетворения.

1) Профессор П.С.Атья оспаривает традиционную (ортодоксальную) интерпретацию и утверждает, что нет согласованной доктрины встречного удовлетворения, основанной на взаимности. Он заявил, что «правда состоит в том, что суды никогда не собирались создавать доктрину встречного удовлетворения. Они были обеспокоены гораздо более практической проблемой доктрины в ходе судебного разбирательства, следует ли исполнять конкретное обещание (a promise) в конкретном случае - когда суды находили достаточную причину для исполнения обещания, они приводили его в исполнение; когда они обнаруживали, что по тем или иным причинам было нежелательно исполнять обещание, они не приводили его в исполнение. Представляется весьма вероятным, что, когда суды сначала использовали слово «встречное удовлетворение», они имели в виду не более, чем «причину» для исполнения обещания. Если встречное удовлетворение было «хорошим», это означало, что суд нашел достаточные основания для исполнения обещания»[2]. Таким образом, профессор П.С. Атья отошел от традиционной идеи взаимности, и предлагает другое понимание доктрины встречного удовлетворения. Хотя профессор П.С.Атья ставит под сомнение ортодоксальное толкование встречного удовлетворения, он признает, что наличие «выгоды или ущерба обычно является хорошей причиной для обеспечения обещания». Но он утверждает: «ни в коем случае не следует, что наличие выгоды или ущерба всегда является достаточной причиной для исполнения обещания; и не следует,

[1] Currie v Misa (1875) LR 10 Ex 153 // URL:https://www.legalsecretaryjournal.com/The_Importance_of_Currie_v._Misa_in_Contract_Law (датаобращения: 22.10.2018).

[2] Atiyah P.S. Consideration: A restatement, Essays on Contract, (Oxford: Clarendon Press, 1990). - 404 p. - C. 183.

что не могут быть других очень веских причин для исполнения обещания»[1].

2) Профессор Г. Трейтель утверждает, что английское право действительно признает существование «сложного и многообразного свода правил, известного как «доктрина встречного удовлетворения». Он даже утверждал, что в некоторых случаях суды «изобрели» встречное удовлетворение, то есть суды «рассматривали какое-то действие или воздержание как встречное удовлетворение совершенно независимо от вопроса о том, считают ли стороны так»[2].

3) Профессор Ф. Поллок предложил рассматривать встречное удовлетворение как цену, за которую приобретается обязательство. Его позиция нашла отражение в решении Палаты лордов по делу Dunlop Pneumatic Tyre Company v. New Garage & Motor Co (1915) AC 79, в следующих словах: «Действие или воздержание одной стороны или ее обещание - это цена, за которую покупается обещание другой стороны, и обещание, данное таким образом за стоимость, подлежит исполнению»[3]. Данное определение встречного удовлетворения, как цена уплаченная истцом за обещание ответчика, предпочтительнее терминологии выгоды и ущерба XIX века. Это легче понять, это больше соответствует нормальному обмену обещаниями и подчеркивает коммерческий характер английского контракта[4].

Правила в английском праве, составляющие доктрину встречного удовлетворения, можно разделить на три группы.

- *во-первых, встречное удовлетворение должно быть достаточным, но оно не должно быть эквивалентным.* В деле Ward v. Byham (1956) 1 WLR 496B отец внебрачного ребенка обещал выплатить матери деньги на его содержание, если она будет "хорошо заботиться и ребенок будет счастлив". Мать не делала ничего, кроме того, что она уже была связана законом, чтобы заботиться о ребенке. Однако суд был готов обеспечить соблюдение соглашения, поскольку в законодательстве нет обязанности, чтобы содержать ребенка счастливым, и обещание

[1] McKendrick, Ewan, Contract Law, Palgrave Macmillan. - New York, 2007, edn 7th, 2007. - 468 p. - C. 86.
[2] Там же. С. 86.
[3] Frederick Pollock, Principles of Contract. (8th Ed) Stevens & Sons, 1911, 812 p. - C. 175.
[4] Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract (16th edn), Oxford University Press. - 831 p. - C. 102.

сделать это рассматривалось как надлежащее встречное удовлетворение[1]. Даже тривиальные действия могут считаться встречным удовлетворением. В деле Chappell & Co v. Nestle (1960) AC 87 компания Nestle выставила на продажу граммофонные пластинки взамен на 1 шиллинг 6 пенсов и три обертки от своих шоколадок. Палата лордов постановила, что сами обертки, хотя и имеют весьма незначительную экономическую ценность, тем не менее являются частью встречного удовлетворения. Это было так, хотя позднее Nestle выбросила эти обертки шоколадок. Лорд Сомервелл сказал «договаривающаяся сторона может оговорить, какое встречное удовлетворение она выбирает»[2].

- *во-вторых, прошлое встречное удовлетворение (past consideration) не является встречным удовлетворением.* Оно означает, что любое данное встречное удовлетворение не может предшествовать соглашению. Данное правило проиллюстрировано в деле Roscorla v. Thomas (1842) 3QBD234[3].

- *в-третьих, встречное удовлетворение должно исходить от кредитора.* В ведущем деле Tweddle v. Atkinson (1861) 1 B & S 393 отец невесты и отец жениха договорились друг с другом, что они оба заплатят определенную сумму денег жениху на счет брака. Они также согласились с тем, что жених должен иметь возможность подать в суд на любого из них, если они не заплатят. Отец невесты умер, не заплатив денег, а жених Tweddle предъявил иск исполнителю завещания за эти деньги. Утверждалось, что Tweddle, кредитор, не представил какого-либо встречного удовлетворения за обещание своего тестя. Поэтому он не смог добиться исполнения обещания. Суд далее заявил, что естественная любовь и привязанность является недействительным встречным удовлетворением[4].

Встречное удовлетворение и правило уже существующей обязанности (pre-existing duty). Самая важная и очень запутанная

---

[1] Ward v. Byham (1956) 1WLR 496 // URL // http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Ward-v-Byham.php (дата обращения: 22.10.2018).

[2] Chappell & Co v. Nestle (1960) AC 87//URL: http://e-lawresources.co.uk/Chappel-v-Nestle.php (дата обращения: 22.10.2018).

[3] Roscorla v. Thomas (1842) 3QBD234 // URL // https://www.liuk.co.uk/roscorla-v-thomas/ (дата обращения: 22.11.2018).

[4] Tweddle Vs. Atkinson (1861) 1 B & S 393 // URL // http://www.e-lawresources.co.uk/Tweddle-v-Atkinson.php (дата обращения: 22.11.2018).

область встречного удовлетворения – это следует отличать уже существующую обязанность (pre-existing duty) от встречного удовлетворения. Мы приведем краткий перечень правил, которые применяются при разграничении встречного удовлетворения от уже существующей обязанности, так как в рамках статьи не представляется возможным более детальное их рассмотрение.

Уже существующая обязанность может предусматриваться в следующих четырех областях:

- *исполнение договорного обязательства перед третьим лицом (performance of a duty imposed by contract with a third party).* Исполнение существующего договорного обязательства перед третьим лицом, равно как и обещание исполнить такое обязательство, признаются достаточным встречным удовлетворением. В деле Shadwell v. Shadwell (1860) 9 CB (NS) 159 истец, который помолвился с Эллен Николл, получил письмо от своего дяди, в котором дядя обещает выплачивать истцу 150 фунтов каждый год после того, как он женится. Истец подал в суд на обещание, и было сочтено, что он может это сделать, потому что он обеспечил встречное удовлетворение за обещание своего дяди, поженившись с Эллен (т.е. исполнил договорное обязательство в пользу третьего лица – Эллен Николл). Данное правило также отражена в делах *New Zealand Shipping v. Satterthwaite* (1975) AC 154 и *Scotson v. Pegg*(1861) EWHC Exch J2[1]. Исполнение договорной обязанности в пользу третьей стороны было четко признано надлежащим встречным удовлетворением в длительный период времени.

- *исполнение обязанности, предусмотренной законом (performance of a duty imposed by law).* Исполнение или обещание исполнения того, к чему лицо обязано в силу закона или иного акта органа публичной власти, не считается встречным удовлетворением, так как не создает ни дополнительного ущерба для обязанного лица, ни дополнительной выгоды для лица, и без того имеющего право на получение исполнения[2]. Ведущее дело

[1] New Zealand Shipping v. Satterthwaite *(1975) AC 154u* Scotson v. Pegg(1861) EWHC Exch J2 //URL: http://www.e-lawresources.co.uk/New-Zealand-Shipping-v-Satterthwaite.php(дата обращения: 22.10.2018).

[2] Poole J. Casebook on Contract Law. 7th Ed. Oxford, 2005. - 488 p. - C. 127.

Ward v. Byham (1956) 1 WLR 496 полностью отражает данное правило[1].

Если же лицо, несущее публично-правовую обязанность, делает или обещает сделать больше того, что оно должно сделать на основании этой обязанности, то соответствующее действие или обещание признается надлежащим встречным удовлетворением. Данная позиция обычно иллюстрируется делом "Glasbrook Brothers Ltd. v. Glamorgan County Council"[2].

- *исполнение договорного обязательства, перед должником* (*performance of contractual duty owed to the promisor)*. Если сторона имеет существующее договорное обязательство совершить действие, это обязательство не может быть использовано в качестве встречного удовлетворения для нового обещания. Происхождение правила можно проследить в старом деле Stilk v. Myrick (1809) 2 Camp 317 and 6 Esp 129[3].

Исключение из правила: *исполнение договорного обязательства, перед должником может рассматриваться как встречное удовлетворение за новое обещание, если оно дает практическую выгоду:* Данная позиция отражена в деле Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd, (1991) 1 QB 1[4].

- *частичная оплата долга (part payment of a debt).* Частичная выплата долга не является действительным встречным удовлетворением для обещания освободить от долга в полном объеме. Это правило можно отнести к делу Pinnel's (1602) 5 CoRep 117[5].

Как видим, доктрина встречного удовлетворения в английском праве имеет важную роль при квалификации соглашений, подлежащих исполнению (enforceable contracts) и служит инструментом для придания им юридической силы.

В настоящее время изучение институтов англо-саксонской правовой системы вызывает большой интерес в связи с заключением международных сделок с применением

[1] Ward v. Byham (1956) 1WLR 496 // URL // http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Ward-v-Byham.php (дата обращения: 22.10.2018).

[2] Treitel G. The Law of Contract. 11th Ed. London: Sweet Maxwell, 2003. – 1280 p. - C. 93.

[3] Stilk v. Myrick (1809) EWHC KB J58 // URL // http://www.e-lawresources.co.uk/Stilk-v-Myrick.php (дата обращения: 22.10.2018).

[4] Williams v. Roffey Bros [1990] 2 WLR 1153 // URL // http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Williams-v-Roffey-Bros.php (дата обращения: 22.10.2018).

[5] Pinnel's (1602) 5CoRep 117 // URL:http://e-lawresources.co.uk/Pinnel%27s-Case.php (дата обращения: 22.10.2018).

английского права. В связи с этим, сравнительный правовой анализ английского договорного права, в частности доктрины встречного удовлетворения со схожими институтами континентального права является актуальным.

В.С. Белых, проведя сравнение между институтом «встречного предоставления» в российском праве и доктриной «встречного удовлетворения» в английском праве, приходит к следующему выводу: «...правовые последствия их присутствия в конкретных правоотношениях существенно разнятся. Встречное удовлетворение (consideration) – это продукт англо-американского договорного права. В своем классическом виде оно не похоже на аналогичные конструкции, используемые в континентальной правовой системе». Также он отмечает, что «отсутствие встречного удовлетворения означает, что договор не был заключен, и стороны могут вести себя так, как если бы этот договор не существовал», тогда как «при отсутствии встречного предоставления, обязательство по возмездному договору в целом признается несостоявшимся, а его участники могут потребовать в суде применения правил о обязательствах вследствие неосновательного обогащения и привести свое имущественное положение в первоначальное положение»[1].

Российская концепция встречного предоставления основывается на нормах ст.327.1, 328 и 423 ГК РФ. Как известно, после проведения реформы гражданского законодательства РФ в 2015 году были введены поправки во многие нормы и внесены новые дополнения. Так Федеральным законом от 08.03.2015 N 42-ФЗ была введена новая статья 327.1. ГК РФ «Обусловленное исполнение обязательства»[2].

Так согласно ст. 327.1 ГК РФ: «Исполнение обязанностей, а равно и осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству, может быть обусловлено совершением или несовершением одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон». Полагаем,

[1] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.: Проспект, 2017.- 208 с. - С. 88.

[2] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2018) // URL // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ (дата обращения: 22.11.2018).

данная норма является положительным изменением гражданского законодательства.

Также ст.328 ГК РФ именуется как «встречное исполнение обязательства». Пунктом 2 данной статьи предусмотрено: «в случае непредоставления обязанной стороной предусмотренного договором исполнения обязательства либо при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков». Пунктом 3 данной статьи предусмотрена диспозитивная норма: «ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне, если законом или договором не предусмотрено иное»[1].

Для сравнения можно отметить относительно новую статью 284 ГК РК, которая названа как «Исполнение взаимных обязанностей». Данная статья была введена законом РК от 27.02.2017 № 49-VI:

1.Взаимные обязанности должны исполняться сторонами одновременно, если из законодательства Республики Казахстан, договора, обычаев делового оборота, условий обязательства или его существа не вытекает иное.

2. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства одной из сторон, вторая сторона вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков»[2].

Содержание данной статьи позволяет сделать вывод, что отдельные элементы доктрины встречного удовлетворения (consideration) гармонично имплементированы в казахстанское гражданское законодательство.

---

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.09.2018) // URL // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ (дата обращения: 22.11.2018).

[2] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 года № 268-XIII.(с актуальными изменениями и дополнениями). URL // http://adilet.zan.kz/rus/archive/docs/K940001000 _/13.07.2018 (дата обращения: 02.12.2018).

В ст. 423 ГК РФ возмездный договор определяется термином «встречное предоставление». Согласно данной статье «договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей, является возмездным». Аналогичная норма предусмотрена также гражданским законодательством Республики Казахстан при определении возмездных договоров (п.1 ст.384 ГК РК)[1].

Хотели бы привести комментарий М.К. Сулейменова к ст.384 ГК РК: «различие между возмездным и безвозмездным договором проводится по наличию или отсутствию встречного имущественного предоставления от другой стороны за исполнение своих обязанностей по договору. Под иным встречным предоставлением (помимо платы) может пониматься предоставление материальных ценностей (бартерные операции), взаимное оказание каких-либо обязанностей (взаимные обязательства), совершение любых действий, которым можно дать денежную оценку». Также он приводит аналог встречного предоставления в общем праве: «понятие встречного предоставления широко применяется в англо-американском праве под названием «consideration». Там consideration является существенным условием любого договора; без него договор не будет признан договором, имеющим юридическую силу[2]. В этой связи, можно отметить, что встречное предоставление имеет некоторые общие черты с доктриной «consideration»в английском праве, и данные институты можно называть аналогичными друг другу.

По мнению Е.Б. Подузовой термин «consideration» следует трактовать именно как «встречное предоставление», что позволяет раскрыть многоаспектность данного понятия. Данный автор пишет, что «...исходя из положений самой англосаксонской концепции можно утверждать, что речь идет именно о встречном предоставлении, поскольку этот термин характеризует стадию заключения договора и этап формирования воли сторон на возникновение договорных обязательственных

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 года № 268-XIII.(с актуальными изменениями и дополнениями) // URL // http://adilet.zan.kz/rus/archive/docs/K940001000_/ 13.07.2018 (дата обращения: 02.12.2018).
[2] Сулейменов М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Том 2 / М.К. Сулейменов. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 1. Общие проблемы гражданского права. – Алматы, 2016. - С.471-472

правоотношений»[1]. На наш взгляд, хотя встречное предоставление и consideration являются схожими элементами договорного права, отождествлять данные термины не стоит. Так как, доктрина consideration представляет собой сложный и многообразный свод правил, которая была предназначена в первую очередь, для наделения исковой защитой (юридической силой) определенные соглашения.

Необходимо отметить, что в англоязычной юридической литературе отмечается некое единство общих принципов основания (каузы) сделки и встречного удовлетворения. Также вопрос - была ли доктрина встречного удовлетворения местным продуктом или частично произошла от доктрины causa promissionis (причина обещания) канонического или гражданского права, уже давно является предметом споров, и нельзя сказать, что его происхождение еще объяснялось полностью удовлетворительным образом[2].

Как известно, в обязательственном праве Древнего Рима под «каузой» нередко понимали то материальное основание, вследствие которого сторона вступает в обязательство, та цель, которая имеется в виду при вступлении в обязательство[3]. Как справедливо отметил В.С.Белых «если в континентальном праве реализация меновой стоимости товара выступает в виде требования, наличия causa (основания), то в английском праве – в виде требования встречного удовлетворения»[4]. По мнению А.В. Кашанина, «целевое назначение понятия каузы сделки определяет сферу его применения: учение о каузе относится к обоснованию того, почему одно лицо должно получить какую-либо выгоду за счет другого, т.е. при каких условиях правопорядок должен защищать сделки с предоставлением». Также он приходит к выводу, что «общим для учений о каузе

[1] Подузова Е.Б. Встречное предоставление в современном гражданском праве: проблемы теории и практики // URL: http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/21200 (дата обращения: 14.12.2018).

[2] Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract (16th edn), Oxford University Press, - 831 p. - С. 10.

[3] Римское частное право: Учебник/ Под ред. проф. Новицкого И.Б. и проф. Перетерского И.С. - М.: Юриспруденция, 2000. – 448 с. - С. 210.

[4] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. – М.: Проспект, 2017 - 208 с. - С. 88.

сделки является вывод об основной функции каузы сделки быть средством обеспечения возмездности отношений» [1].

Как отмечают российские ученые, «российская правовая система восприняла концепцию основания (каузы) сделки (которая имеет значение для определения договора в ту или иную классификационную группу), однако, концепция встречного удовлетворения также нашла свое отражение в российской правовой семье[2].

А.В. Кашанин считает, что «каузой сделки по российскому праву является юридически значимая хозяйственная цель сделки, т.е. закрепленная соглашением сторон направленность сделки на взаимообусловленные предоставления сторон возмездных отношений, опосредуемые данной сделкой в целом или в части, либо направленность сделки на совершение предоставления при принципиальном отсутствии встречного предоставления»[3].

Согласно мнению данного автора, «доктрина встречного удовлетворения,- связывая принудительное осуществление требования кредитора с разъяснением им вопроса о встречном предоставлении (в форме доказывания наличия такого предоставления либо особой формы безвозмездного договора (under seal), в целом основана на тех же идеях и выполняет схожие функции, что и теория каузы сделки систем права континентальной Европы. Кредитор, доказывая наличие consideration, тем самым представляет суду реальную хозяйственную ситуацию, имевшую место между сторонами, и дает основание для определения вида договора»[4]. На наш взгляд, в силу различных теорий каузы сделки (объективная, субъективная и т.д.) невозможно провести полную аналогию с доктриной встречного удовлетворения. Мы разделяем мнение Е.Б. Подузовой, которая считает, что «основание (кауза) сделки присутствует и в безвозмездных договорах, понятие основания (каузы) сделки выходит за пределы понятия встречного

[1] Кашанин А.В. Кауза сделки в гражданском праве. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002. - 211 с. - С. 74-75.

[2] Реформа обязательственного права России. Проблемы и перспективы. Монография/ Под. ред. д.ю.н., проф. Богдановой Е.Е. /параграф второй главы «Квалификация соглашений в российском и английском праве» (автор – Подузова Е.Б.). – М.: Проспект, 2018. – 420 с. - С. 34.

[3] Кашанин А.В. Кауза сделки в гражданском праве. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002. - 211 с. - С. 3.

[4] Там же. С. 39.

предоставления. Основание (кауза) существует и в том случае, когда отсутствует встречное предоставление[1].

К сожалению, понимание каузы сделки в отечественной цивилистике полностью не раскрыто, однако предполагается, что в правовой системе Казахстана термин «кауза» в полной мере понимается и применяется согласно концепции разработанного в римском частном праве.

Заключение

Лорд Мэнсфилд, возможно, один из самых известных ранних критиков доктрины встречного удовлетворения, утверждал, что он должен быть заменен правилами французского права, аналогичными правилами «каузы»[2]. Однако его попытки реформы были отвергнуты, и доктрина встречного удовлетворения, которую мы теперь знаем, продолжала развиваться. Критики доктрины встречного удовлетворения считают, что «поскольку в континентальной Европе спокойно обходятся без этой доктрины, ее можно было бы отменить и в Англии»[3]. В пользу данной критики свидетельствует тот факт, что многие другие системы, включая германское договорное право, не имеют такой доктрины.

Однако, все же следует еще раз отметить, что критика направлена не на основную идею доктрины встречного удовлетворения о необходимости для принудительного осуществления своего требования разъяснить вопрос об эквиваленте, а на неудобства и недостатки доктрины, обусловленные ее конкретно-исторической формой, проявляющиеся в ее неспособности разрешать новые возникающие с течением времени задачи и цели, для решения которых она изначально не была предназначена[4].

---

[1] Реформа обязательственного права России. Проблемы и перспективы. Монография/ Под. ред. д.ю.н., проф. Богдановой Е.Е. /параграф второй главы «Квалификация соглашений в российском и английском праве» (автор – Подузова Е.Б.). – М.: Проспект, 2018. – 420 с.- С. 35.

[2]Kevin Teeven,"Mansfield's Reform of Consideration in Light of the Origins of the Doctrine" 21:4 (1991) Mem. St. U. L. Rev. 669. P.702. - С. 702.

[3]Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х тт. – Т. 2: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 1998. - 512 с. - С. 103.

[4] Кашанин А.В. Кауза сделки в гражданском праве. Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 2002. - 211 с.- С.42.

Действительно, как и доктрина встречного удовлетворения, «кауза» является полезным требованием, чтобы различать те обещания, которые подлежат исполнению, и те, которые являются просто безвозмездными.

Доктрина встречного удовлетворения является наиболее важным элементом договорного права, она была разработана на основе общих усилий и принципов стран общего права. Полагаем, что необходимость доктрины встречного удовлетворения в настоящее время будет ощущаться в большей степени и в странах ɐ континентального права, поскольку сближение правовых систем в новом технологическом мире неизбежно.

В завершение хотели бы отметить, что институт «встречного удовлетворения» в английском праве имеет некоторые схожие черты с «встречным предоставлением» и с «каузой» в континентальном праве. Также считаем, что вопрос имплементации отдельных элементов «встречного удовлетворения» в казахстанское законодательство возможен при дальнейшем и разностороннем исследовании проблем оснований недействительности возмездных договоров с учетом опыта стран континентального права.

§3. «Эстоппель» в английском и казахстанском праве

В последнее время вопросы совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан в условиях имплементации английского и европейского договорного права стали чрезвычайно актуальными и активно обсуждаемыми среди научного сообщества. В частности, в 2016 году Институтом законодательства Министерства юстиции РК был подготовлен проект Концепции совершенствования гражданского законодательства РК на основе имплементации положений английского права. Впоследствии, разработчики Концепции расширили вопросы имплементации и включили также положения европейского права. В результате, в 2019 году был подготовлен проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для

предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» и внесен в Парламент РК на рассмотрение[1]. Хотели бы отметить, что к причинам возникновения большого интереса к английскому и европейскому праву можно отнести несколько факторов:

1) глобализация в сфере экономических отношений, и следовательно возникновение процессов гармонизации и унификации права;

2) необходимость улучшения условий для предпринимательской деятельности, создание благоприятного инвестиционного климата для иностранных инвесторов в Республике Казахстан;

3) создание Международного финансового центра «Астана» и применение английского права на территории Республики Казахстан в 2018 г.[2];

4) реформирование гражданского законодательства РФ на основе имплементации английского и европейского права в 2013-2015 гг.[3], решение о внедрении английского права в свободной экономической зоне «Навои» Республики Узбекистан[4];

Мы придерживаемся того мнения, что при имплементации отдельных элементов английского договорного права необходимо учитывать исторические и социально-экономические предпосылки формирования различных правовых институтов в англо-саксонской и континентальной правовых систем, и особенности двух правовых систем в целом. В этой связи, в настоящей статье мы предпримем попытку рассмотреть

---

[1] Проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921#pos=1;-123.

[2] Участие в церемонии открытия Международного финансового центра «Астана». Официальный сайт Президента Республики Казахстан // http://www.akorda.kz/ru/events/uchastie-v-ceremonii-otkrytiya-mezhdunarodnog o finansovogo-centra-astana.

[3] Реформа гражданского законодательства Российской Федерации. Информационно-правовой портал ГАРАНТ.РУ // http://www.garant.ru/actual/ reforma-gk/

[4] Министр юстиции Узбекистана обсудил с британскими экспертами вопросы внедрения английского права на территории СЭЗ «Навои». Официальный сайт Министерство юстиции Республики Узбекистан // https://www.minjust.uz/ru/press-center/news/97955/?INVERT=Y.

роль доктрины эстоппель в английском праве, и возможные способы внедрения отдельных видов эстоппеля в гражданское законодательство Казахстана.

В общем праве существуют несколько видов эстоппелей («reliance-based estoppels», «estoppel by record», «estoppel by deed», «estoppel by silence or acquiescence»). Но в данном параграфе, мы попытаемся рассмотреть наиболее важные и часто встречающиеся виды эстоппелей.

Estoppel by representation (эстоппель по заверению)

Его можно отличить от простого эстоппеля на том основании, что эстоппель по заверению ограничивается констатацией факта и не распространяется на обещания. Таким образом, сторона, которая делает заверение о существующем факте, побуждающем другую сторону действовать в его ущерб, полагаясь на это заверение, не может быть впоследствии допущена к действиям, противоречащим этому заверению. Эстоппель по заверению - это правило доказывания, которое постоянно препятствует лицу («representor») утверждать или доказывать факты, противоречащие его собственному заверению[1].

Promissory estoppel (простой эстоппель)

Данный вид эстоппеля был воскрешен Лордом Деннингом в знаменитом деле Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd [1947] KB 130:

В 1937 году ответчики сдали в аренду ответчикам многоквартирный дом в Лондоне на 99 лет с годовой арендной платой в размере 2500 фунтов стерлингов. В 1940 году подсудимые обнаружили, что в результате начала войны и эвакуации людей из Лондона они не смогли сдать многие квартиры. Поэтому истцы согласились снизить арендную плату до 1250 фунтов стерлингов. Это обещание принять уменьшенную арендную плату не было поддержано встречным удовлетворением. В конце войны в 1945 году рынок недвижимости пришел в норму, и квартиры были полностью сданы в аренду. Истцы требовали от ответчиков возобновить

[1] Ewan McKendrick. Contract Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, Incorporated, 2014. 1033 p - P. 224.

выплату всей арендной платы с 1945 года, но ответчики отказались платить. Лорд Деннинг постановил, что заявители имели право требовать всю арендную плату с даты, когда квартиры были полностью сданы в аренду в начале 1945 года[1].

Интерес этого дела заключается в новой жизни, которую оно вдохнуло в простой эстоппель, который может быть определен следующим образом: если лицо словами или поведением дает недвусмысленное заверение о своем будущем поведении, намереваясь полагаться на заверение и влиять на правовые отношения между сторонами, а кредитор («representee») изменяет свое положение, полагаясь на него, то должник («representor») не сможет действовать несогласованно с заверением, если тем самым будет нанесен ущерб кредитору («representee»)[2].

Это определение простого эстоппеля («**promissory estoppel**») можно разделить на пять элементов.

Во-первых, должно быть обещание или заверение относительно будущего поведения, которое призвано повлиять на правовые отношения между сторонами и которое указывает на то, что должник не будет настаивать на своих строгих юридических правах против кредитора. **Обещание или заверение должно быть ясным и недвусмысленным,** с тем, чтобы должник (лицо, давшее обещание) не утратил своих прав только потому, что он не смог настоять на строгом исполнении договора кредитором. Хотя это требование возникло в случае эстоппеля по заверению, с тех пор оно было распространено на случаи простого эстоппеля и отказа от него[3].

Второй элемент заключается в том, что **кредитор (лицо, которому дано обещание) должен был полагаться на обещание или заверение.** Есть суждения, которые предполагают, что кредитор должен был действовать себе в «ущерб», полагаясь на обещание, но лучшее мнение состоит в том, что достаточно показать, что кредитор взял на себя обязательство действовать так, как в противном случае он бы не поступил. В той мере, в какой необходимо продемонстрировать, что ущерб был понесен, так как ущерб часто возникает не тогда,

[1] Ewan McKendrick. Contract Law. 12th edition. Palgrave Law Masters, 2017. - 508 p. - P. 149.
[2] Там же. С. 149.
[3] Там же. С. 150.

когда обещание дано и на него полагаются, а когда должник (лицо, давшее обещание) стремится отказаться от обещания, не давая разумного предварительного уведомления о своем намерении сделать это (PM Project Services Ltd v Dairy Crest Ltd [2016] EWHC 1235 (TCC)[1].

Третье требование состоит в том, что **для лица, давшего обещание (должника) должно быть «несправедливо» отступать от своего обещания.** Это обычно будет удовлетворено, продемонстрировав, что другое лицо (кредитор) действовало в соответствии с обещанием (хотя см. Post Chaser [1981] 2 Lloyd's Rep 693, где кредитор действовал в соответствии с обещанием, но не мог показать, что это было «несправедливо» для должника отказаться от своего обещания)[2].

Четвертый элемент заключается в том, что **действие простого эстоппеля, как правило, носит приостанавливающий характер; он не аннулирует прав должника.** В Hughes v Metropolitan Railway Co (1877) 2 AppCas 439 право арендодателя на принудительное исполнение соглашения о ремонте не было аннулировано. Он был приостановлен и может быть восстановлен, если он даст разумное уведомление. Но в деле Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd [1947] KB 130 эстоппель мог иметь постоянные последствия, потому что Лорд Деннинг считал, что арендодатели не имели бы права требовать арендную плату, отмененную между 1940 и 1945 годами. Но лучшее мнение заключается в том, что в случаях заверений после нарушения или когда невозможно или практически невозможно вернуть стороны в их первоначальное положение, тогда простой эстоппель может иметь постоянные последствия (Collier v P & M J Wright (Holdings) Ltd [2007] EWCA Civ 1329; [2008] 1 WLR 643, и см. Dugdale and Yates, 1976; Thompson, 1983). Однако конкретные последствия эстоппеля будут в значительной степени зависеть от фактов конкретного дела и от осуществления судьей первой инстанции своих полномочий. Судья может прийти к выводу, что было бы несправедливо разрешать должнику вообще отказаться от своего обещания, или судья может прийти к выводу, что было бы несправедливо разрешать должнику отказаться от своего

[1] Ewan McKendrick. Contract Law. 12th edition. Palgrave Law Masters, 2017. - 508 p. - P. 150.
[2] Там же. С. 150.

обещания без предоставления разумного уведомления (MWB Business Exchange Centers Ltd v Rock Advertising Ltd [2016] EWCA Civ 553; [2016] 3 WLR 1519)[1].

Последний момент заключается в том, что простой эстоппель не может выступать в основанием для иска; говоря словами старой метафоры, он действует как *щит*, но не как *меч*[2].

Proprietary estoppel (имущественный эстоппель)

«Proprietary and promissory estoppels» имеют ряд общих точек. И то и другое может проистекать из обещаний; встречное удовлетворение отсутствует, в то время как полагание на него является необходимым условием для их действия; и то и другое в определенных пределах может быть отозвано. Но есть и важные различия между этими двумя доктринами[3].

Сфера действия «proprietary estoppel» в двух отношениях уже, чем сфера действия простого эстоппеля. Во-первых, «proprietary estoppel» (имущественный эстоппель) ограничивается обещаниями, касающимися собственности (как правило, земли) другого лица. С другой стороны, «promissory estoppel» - простой эстоппель может возникать (если выполняются другие необходимые условия) из любого обещания, что строгие юридические права не будут соблюдены: нет необходимости в том, чтобы эти права относились к земле или другому имуществу. Во-вторых, имущественный эстоппель требует, чтобы должник действовал себе в ущерб, в то время как простой эстоппель может действовать даже в том случае, если должник просто выполняет ранее существовавшую обязанность и поэтому не несет никакого ущерба в смысле совершения чего-то, что он ранее не был обязан делать. Это различие между двумя доктринами вытекает из того факта, что простой эстоппель (в отличие от имущественного эстоппеля) связан только с изменением или отказом от прав, вытекающих из ранее существовавших правоотношений между должником и кредитором[4].

---

[1] Ewan McKendrick. Contract Law. 12th edition. Palgrave Law Masters. 2017. - 508 p. - P.150.
[2] Там же, С. 150.
[3] Treitel G.A. The Law of Contract. 11th edition. Sweet & Maxwell, London. 2003. 1117 p. - P. 146-147.
[4] Treitel G.A. The Law of Contract. 11th edition. Sweet & Maxwell, London. 2003. 1117 p. - P. 146-147.

С другой стороны, сфера действия «proprietary estoppel» в двух отношениях шире, чем сфера действия простого эстоппеля. Во-первых, простой эстоппель возникает только из заверения или обещания, которое является «ясным» или «точным» и «недвусмысленным». Имущественный эстоппель, с другой стороны, может возникнуть там, где нет реального обещания: например, когда одна сторона делает улучшения на чужой земле по ошибке, а другая либо знает об ошибке, либо стремится воспользоваться ею неосознанно. Во-вторых (и это более существенно), хотя простой эстоппель по существу носит оборонительный характер, имущественный эстоппель может привести к возникновению основания для иска[1].

Estoppel by convention (эстоппель из соглашения)

«Estoppel by convention» отличается от основных видов эстоппеля - «эстоппель по заверению», «простой эстоппель» и «имущественный эстоппель», поскольку он не требует заверения, а также нет необходимости доказывать, что одна сторона недобросовестно согласилась с ошибкой другой. Вместо этого его суть заключается в том, что внешний ход поведения свидетельствует или изменяет соглашение. Это требует некоторого шаблона видимого поведения, который указывает на общее предположение. И никакое такое поведение не может возникнуть просто из пары совпадающих предположений, метафизически заложенных в умах сторон[2].

Данный вид эстоппеля был определен в деле Amalgamated Investment and Property Co Ltd v Texas Commerce International Bank Ltd [1982] QB 84:

«когда стороны действовали в своей сделке на основе согласованного предположения о том, что данное положение фактов должно быть принято между ними как истинное, то в отношении этой сделки каждая из них будет лишена возможности ставить под сомнение истинность принятого таким образом утверждения/изложения фактов».

В данном случае истец гарантировал в пользу ответчика кредит, который был предоставлен ответчиком дочерней

[1] Там же. С. 146-147.

[2] Neil Andrews. Contract Law. Published in the USA by Oxford University Press Inc., New York. 2011. - 748 p. - P.166.

компании истца. Фактически ответчик оформил этот кредит через свою дочернюю компанию под названием «Portsoken», но формулировка гарантии этого не отразила. Вместо этого в этом документе было заявлено, что гарантия истца касается денежных средств, уплаченных ответчиком, а не дочерней компанией ответчика. Ликвидатор истца потребовал заявления о том, что он не несет ответственности по гарантии по кредитам, предоставленным «Portsoken». Апелляционный суд разрубил этот узел, заявив, что истец-гарант был лишен возможности отрицать, что на самом деле он задолжал деньги по гарантии в отношении истинного кредитора, «Portsoken». Этот эстоппель отражал ход переговоров между истцом и ответчиком[1].

Res judicata

Это касается исключающего действия судебных решений между сторонами. Его действие заключается в том, чтобы вызвать «исключение иска или вопросов», тем самым предотвращая повторное судебное разбирательство претензий или вопросов между теми же сторонами. Этот принцип также основывается на понятиях эстоппеля. «Res judicata» рассматривается в работах по гражданскому процессу.

Эстоппель по «res judicata» имеет три элемента:

(i) решения и другие соответствующие решения будут обязательными для обеих сторон (и их доверенных лиц или правопреемников);

ii) если решение было вынесено по гражданскому делу (окончательное решение или постановление о согласии);

(iii) и решение было вынесено компетентным гражданским судом или трибуналом, включая суды, признанные в соответствии с английскими нормами международного частного права и арбитражным разбирательством[2].

[1] Neil Andrews. Contract Law. Published in the USA by Oxford University Press Inc., New York. 2011. - 748 p. - P. 166.

[2] Neil Andrews. Contract Law. Published in the USA by Oxford University Press Inc., New York. 2011. 748 p. - P.168.

Росийские авторы А.С. Коблов[1] и Н.С. Лашков[2] проводят сравнение между эстоппелем и древнеримским институтом эксцепции (exceptio), и находят общие их черты.

Согласно А.С. Коблову правило эстоппель похоже на римское «exceptio doli generalis»[3], которое давалось при притязаний стороны в споре на нечто несправедливое по самой своей сути, поскольку противоречит «bona fides», несмотря на соответствие этого требования нормам «ius civile»[4]. Также А.С. Коблов приходит к выводу, что применение института процессуального возражения не является исконно англосаксонским инструментом, а имеет свои корни в римском праве[5].

Кроме этого авторы международного частного права отмечают схожесть эстоппеля с принципом «venire contra factum proprium», когда одна из сторон, исходя из поведения другой, имеет право считать, что конфликт исчерпан[6].

Также некоторые авторы утверждают, что эстоппель является воплощением римской максимы «allegans contraria non audiendus est» (тот, кто делает противоречивые заявления, не может быть услышан)[7]. Данная максима означает, что противоречивые заявления не должны быть услышаны (суд не должен слушать лицо, которое сначала утверждало одно, а затем утверждает противоположное)[8].

---

[1] Коблов А.С. Правило эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы развития // Закон. – 2012. - №5. Электронный ресурс // http://center-bereg.ru/b3590.html..

[2] Лашков Н.С. Критический анализ возможности заимствования английских доктрин waiver и estoppel российским правом. 13.02.2017.//http://отрасли-права.рф/article/22284.

[3] Коблов А.С. Правило эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы развития // Закон. – 2012. - №5. Электронный ресурс // http://center-bereg.ru/b3590.html.

[4] Курс римского частного права: учебник / Чезаре Санфилиппо; [пер. с итал. И.И. Маханькова]; под общ. ред. Дождева Д. В. — М.: Норма, 2007. — 464 с. - С. 154.

[5] Коблов А.С. Правило эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы развития // Закон. – 2012. - №5. Электронный ресурс // http://center-bereg.ru/b3590.html;

[6] Николаев А.В. Эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы практического применения // СПС "КонсультантПлюс"; Jörg Paul Müller и Thomas Cottier. Концепция эстоппеля в международном праве. 02.05.2017 // http://interlaws.ru/koncepcija-jestoppelja-v-mezhdunarodnom-prave/.

[7] Богданов Д.Е. Новеллы Гражданского кодекса РФ с позиции концепции добросовестной последовательности в действиях и заявлениях // Законодательство и экономика. - 2016. - №2. - С. 44-49. // СПС «Консультант Плюс»; Саримсоков Ф.В. Эстоппель в российском гражданском праве: двойственность применения // Юридический вестник молодых ученых. - №1. - 2015. - С. 58.

[8] Латинские термины в современном международном праве: Латинско-русский, русско-латинский словарь. – М.: Статут, 2015. – 302 с. - С. 16.

Д.Е. Богданов считает, что эстоппель основывается на старой латинской максиме «allegans contraria non audiendus est»[1], которая нашла свое отражение в статье I.-1:103 Модельных правил европейского частного права (DCFR). Согласно данной статье термин «добросовестность и честная деловая практика» означает стандарт поведения, характеризующийся честностью, открытостью и уважением интересов другой стороны сделки или соответствующего правоотношения. Поведением, противоречащим добросовестности и честной деловой практике, является, в частности, поведение, не соответствующее предшествующим заявлениям или поведению стороны, при условии, что другая сторона, действуя себе в ущерб, разумно положилась на них[2].

Анализ международных и зарубежных национальных правовых актов показывает, что принцип добросовестности лежит в основе договорного права как в континентальном праве, так и в странах общего права[3]. Так, в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 г. закреплено требование добросовестности и честной деловой практики (ст. 1.7). Также данное правило содержится в ст. 1.8 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (PICC), согласно которой сторона не может поступать несовместимо с определенным пониманием, которое возникло по зависящим от нее причинам у другой стороны и имея в виду которое эта другая сторона, разумно на него полагаясь, совершила действие в ущерб себе[4].

Принцип добросовестности должен распространяться на действия (поведение) участников оборота при: а) установлении прав и обязанностей (ведение переговоров о заключении

---

[1] Богданов Д.Е. Новеллы Гражданского кодекса РФ с позиции концепции добросовестной последовательности в действиях и заявлениях // Законодательство и экономика. - 2016. - №2. - С. 44-49. // СПС «Консультант Плюс».

[2] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) // http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

[3] Идрышева С.К. К вопросу об имплементации норм английского права в законодательство Республики Казахстан // Вестник Министерства юстиции РК. - 2018. - №4(23). - С. 64-67. - С. 66.

[4] Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА), 2016 г. // https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016.

договоров и т.д.); б) приобретении прав и обязанностей; в) осуществлении прав и исполнении обязанностей; г) защите прав. Принципу добросовестности должна подчиняться и оценка содержания прав и обязанностей сторон[1].

М.К. Сулейменов в своих работах, посвященных общим проблемам гражданского права, отмечает, что «дискуссия о том, является ли добросовестность принципом гражданского права или нет, благополучно завершилась в России включением принципа добросовестности в ст.1 ГК РФ. Однако эта проблема осталась в Казахстане и других странах СНГ, где в статье об общих началах гражданского законодательства указание на добросовестность отсутствует». Согласно его мнению, даже при отсутствии указания на добросовестность в ст. 2 ГК РК «Основные начала гражданского законодательства» добросовестность является принципом гражданского права[2].

В связи с этим хотели отметить, что мы придерживаемся мнения, что правило эстоппеля является частным случаем проявления принципа добросовестности. Так как непоследовательное поведение является вариантом недобросовестного поведения, следовательно, запрет непоследовательного поведения является проявлением принципа добросовестности, а не отдельным самостоятельным принципом[3].

В российской литературе приводится множество случаев закрепления эстоппелей в ГК РФ. Одни авторы считают их довольно много, другие рассматривают в качестве эстоппеля только несколько основных норм.

Хотели бы привести, основные нормы в ГК РФ[4], которые отражают случаи применения правила эстоппель в материально-правовом аспекте:

---

[1] Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. МаковскогоА.Л. - М.: Статут, 2009. – 160 с. - С.31.

[2] Сулейменов М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Т. 2 / Сулейменов М.К. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 1. Общие проблемы гражданского права. – Алматы, 2016. – 576 с. - С.544

[3] Роор К.А. Понятие и сущность эстоппеля // Актуальные проблемы российского права. - 2018. - № 7 (92). - С. 71-81.- С. 78.

[4] Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 года. Официальный сайт компании «КонсультантПлюс» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/.

1) Эстоппель при оспаривании договора:

а) Сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, *не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли* (абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК РФ). Означает, запрет ссылаться на недействительность сделки, если сторона своим поведением показала, что сделка в будущем не будет оспорена.

б) Заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности *если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки* (п. 4 ст. 166 ГК РФ). Данная статья в была изложена в новой редакции Федеральным законом от 07.05.2013 N 100-ФЗ.

в) *Сторона, которая приняла от контрагента исполнение по договору*, связанному с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, и при этом полностью или частично не исполнила свое обязательство, *не вправе требовать признания договора недействительным,* за исключением случаев признания договора недействительным по основаниям, предусмотренным статьями 173, 178 и 179 Кодекса РФ, а также если предоставленное другой стороной исполнение связано с заведомо недобросовестными действиями этой стороны (п. 2 ст. 431.1 ГК РФ). Данная статья 431.1 введена Федеральным законом от 08.03.2015 N 42-ФЗ.

2) *Эстоппель при признании договора незаключенным:*

а) Сторона, принявшая от другой стороны полное или частичное исполнение по договору либо иным образом подтвердившая действие договора, *не вправе требовать признания этого договора незаключенным, если заявление такого требования* с учетом конкретных обстоятельств *будет противоречить принципу добросовестности* (п. 3 ст. 432 ГК РФ). Данный п. 3 введен Федеральным законом от 08.03.2015 N 42-ФЗ.

3**) *Эстоппель при отказе от договора:***

В случаях, *если при наличии оснований для отказа от договора (исполнения договора) сторона*, имеющая право на такой отказ, *подтверждает действие договора*, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней

исполнения обязательства, *последующий отказ по тем же основаниям не допускается* (п. 5 ст. 450 ГК РФ). Данная статья 450.1 введена Федеральным законом от 08.03.2015 N 42-ФЗ.

Процессуальный эстоппель в российской правоприменительной практике влечет такие правовые последствия, как:

- потеря права сторон на выдвижение новых требований. Это правило эстоппель впервые было сформулировано в практике ВАС РФ как потеря права сторон на выдвижение новых требований после заключения мирового соглашения[1].

- потеря права ссылаться на арбитражное соглашение[2];

- потеря права на возражение в отношении подсудности либо на возражение об отсутствии у суда компетенции по рассмотрению спора[3]. Если в ходе судебного процесса сторона не заявляла доводы о нарушении правил подсудности при рассмотрении дела в суде первой инстанции, при этом была извещена о процессе, знала о сути предъявленных требований, в ходе судебного разбирательства возражала по существу спора, представляла доказательства в обоснование своей позиции, то считается, что сторона посредством конклюдентных действий тем самым признала компетентность и подсудность суда. Данный подход использован в Постановлении Президиума ВАС от 23 апреля 2012 года № 1649/13[4].

- потеря права на возражение в отношении ненадлежащего уведомления[5].

Касательно имплементации доктрины эстоппель в гражданском праве России, то некоторые авторы полагают несовершенным тот подход, который был избран российским законодателем, закрепившим в ряде статей ГК РФ каталог

---

[1] Михайлова Е.О. Правило эстоппель: материальный и процессуальный аспекты // Научно-методический электронный журнал «Концепт». – 2016. – № 5 (май). – URL: http://e-koncept.ru/2016/16104.htm. - С.6.

[2] Там же. С.6.

[3] Там же. С.6.

[4] Саримсоков Ф.В. Эстоппель в российском гражданском праве: двойственность применения// Юридический вестник молодых ученых. - №1. - 2015. - С. 61-62.

[5] Михайлова Е.О. Правило эстоппель: материальный и процессуальный аспекты // Научно-методический электронный журнал «Концепт». – 2016. – № 5 (май). – URL // http://e-koncept.ru/2016/16104.htm. - С.7.

отдельных «эстоппелей», но не сформулировавшего общий запрет на непоследовательное и противоречивое поведение[1].

Например, Д.Е. Богданов считает, что ГК РФ нуждается в общей норме, аналогичной статье I.-1:103 Модельных правил европейского частного права (DCFR), способной охватить не только все существующие специальные нормы, так и все новые ситуации, в которых принцип добросовестности будет диктовать необходимость запрета на непоследовательное и противоречивое поведение»[2].

Согласно мнению М.К. Сулейменова «В соответствии с п. 5 ст. 166 ГК РФ определенные случаи поведения лица, заявляющего о недействительности сделки, выглядят как обещание, дающее основание другим лицам разумно полагаться на это обещание. Несколько трансформированный, но все же эстопель. …Можно воспользоваться опытом РФ и предусмотреть в ГК РК соответствующую норму, что будет означать перенос в казахстанскую действительность элементов старого доброго и не совсем понятного английского правового понятия»[3].

Хотели отметить, что гражданское законодательство Казахстана постепенно внедряет нормы, закрепляющие принцип добросовестности. Так Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» от 27 февраля 2017 года за № 49-VI [4] статья 8 Гражданского Кодекса «Осуществление гражданских прав» была пересмотрена и дополнена пунктом 6 следующим образом: **Никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного**

---

[1] Богданов Д.Е. Новеллы Гражданского кодекса РФ с позиции концепции добросовестной последовательности в действиях и заявлениях // Законодательство и экономика. - 2016. - №2. - С. 44-49. // СПС «Консультант Плюс».

[2] Богданов Д.Е. Новеллы Гражданского кодекса РФ с позиции концепции добросовестной последовательности в действиях и заявлениях // Законодательство и экономика. - 2016. - №2. - С. 44-49. // СПС «Консультант Плюс». - С. 46.

[3] Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана // https://www.zakon.kz/4760217-angliyskoe-pravo-i-pravovaya-sistema.html.

[4] Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» от 27 февраля 2017 года за № 49-VI ЗРК. //http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1700000049.

поведения[1]. Считаем, что такое применение новой нормы будет иметь положительный характер, и предшествует грядущим нововведениям в связи с совершенствованием гражданского законодательства РК.

Хотели бы привести рекомендации участников международной научно-практической конференции «Совершенствование гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права», которая была проведена 20 октября 2017 года Министерством юстиции Республики Казахстан совместно с ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан». В качестве одной из первых рекомендаций указано: «внедрить положение эстоппель, как дополнение принципу добросовестности. Наиболее оптимальными являются такие виды эстоппеля, как estoppel by convention, estoppel by representation, promissory estoppel. На первоначальном этапе работы следует рассмотреть estoppel by representation»[2]. На наш взгляд, внедрение различных видов эстоппелей не будет способствовать гармоничному развитию гражданского законодательства, и следует ограничиться одним общим понятием эстоппеля.

В проекте Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права указано: «Что касается перспектив развития доктрины эстоппель в гражданском праве РК, то такая перспектива также может относиться к определенным случаям, прямо предусмотренным гражданским законодательством»[3]. Полагаем, что данное предположение является отчасти верным, хотя можно предположить, что в будущем эстоппель появится и в гражданском процессуальном законодательстве. Так как в России

[1] Гражданский Кодекс Республики Казахстан (общая часть) от 27 декабря 1994 года. ИПС «Әділет»: http://adilet.zan.kz/rus/docs/ K990000409_#z1297.

[2] Имплементация принципов и положений английского и европейского права // https://www.zakon.kz/ 4885200-implementatsiya-printsipov-i-polozheniy. Html.

[3] Проект Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права. //http://www.iz.adilet.gov.kz/sites/default/files/uploadfiles/ koncepciya_implementaciya_1_.pdf

правило эстоппеля широко применяется в правоотношениях, регулируемых процессуальным правом.

По мнению А. Масатбаева, «практическая реализация доктрины эстоппеля в Казахстане, как щит от злоупотребления правом партнеров остается на наш взгляд недоработанной. Во-первых, ... отказать стороне, злоупотребляющей своим правом является правом суда Казахстана, а не его обязанностью.... Во-вторых, нет четкого понимания таких дефиниций как «добросовестное поведение» и его антипода «злоупотребление правом»[1]. Данная точка зрения объективно оценивает перспективы реализации доктрины эстоппель в Казахстане, однако считаем возможным компенсировать эти недостатки с включением «принципа добросовестности» в статью об общих началах гражданского законодательства РК и утверждением доктрины эстоппеля в качестве дополнения или частного проявления принципа добросовестности.

С.Ж. Абдрахманова считает, что «тем не менее, за последнее время в Казахстане не выработана практика применения добросовестности, добросовестность в правовом сознании сохраняется как морально-этическая категория и не находит свою реализацию как категория правовая, способная урегулировать гражданские отношения.... И одним из таких инструментов может стать эстоппель, но эстоппель не следует рассматривать, как принцип, который конкурирует с добросовестностью, а может быть дополнением, реализацией принципа добросовестности в гражданско-правовых нормах»[2].

На наш взгляд, для совершенствования гражданского законодательства РК в условиях имплементации положений английского и европейского договорного права необходимо внедрить универсальное правило о запрете на непоследовательное/противоречивое поведение путем включения принципа добросовестности в основные начала

---

[1] Масатбаев А. Новый формат концепции «добросовестное поведение участников гражданских правоотношений» и доктрина «эстоппель» в казахстанском гражданском праве// https://www.zakon.kz/ 4880226-novyy-format-kontseptsii-dobrosovestnoe.html.

[2] Абдрахманова С.Ж. Соотношение понятий «добросовестность» и «эстоппель» // Совершенствование гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права: Матер. Междунар. науч.-прак. конф. 20 октября 2017 года. – Астана: ГУ «Институт законодательства Республики Казахстан», 2018. – 80 с.

гражданского законодательства. Исходя из российского опыта, предлагается внедрение универсального правила о запрете на противоречивое поведение как дополнение, частное проявление принципа добросовестности гражданского права, и избежать включения различных видов (каталога) эстоппелей в ГК РК. Также считаем, что для создания универсального правила о запрете на противоречивое поведение необходимо взять за основу правила о «promissory estoppel и estoppel by convention».

В заключение, хотели бы отметить, что эстоппель в английском праве используется как инструмент, принуждающий стороны вести себя добросовестно и справедливо. Также полагаем, что казахстанскому законодателю необходимо создать условия, чтобы поведение участников гражданского оборота было добросовестным, и этим средством должно стать внедрение универсального правила о запрете на недобросовестное поведение с некоторыми элементами эстоппеля.

§4. Классификация договоров по казахстанскому, российскому и английскому праву

Классификация гражданско-правовых договоров относится к числу хорошо изученных и исследованных вопросов теории гражданского права, в качестве оснований деления договоров предлагались различные критерии. Например, многоступенчатая классификация договоров, критериями которой, по мнению М.И. Брагинского, выступают: признак материального объекта (деление на договоры по передаче вещей и оказанию услуг); критерий результата или направленности (договоры, направленные на переход права собственности и права пользования); критерий возмездности (возмездные и безвозмездные договоры)[1]; при этом М.И. Брагинским уточняется, что договоры, объединенные в определенные группы, на каждой последующей ступени отражают особенности предшествующих[2]. Кроме перечисленного к критериям многоступенчатой классификации договоров Н.Д. Егоров

[1] Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. – Минск: Наука и техника, 1967. - С. 30-31.

[2] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М.: Статут, 2003. - С. 399.

относит – характер опосредуемого договором перемещения материальных благ[1]; С.Д. Волошко – критерий социальной направленности и социального содержания воли участников тех или других групп договоров[2].

В зависимости от определенных целей, классификацию предлагалось проводить и по другим основаниям: М.И. Брагинским, например, предлагается деление договоров на реальные и консенсуальные, двусторонние и односторонние, возмездные и безвозмездные, основные и дополнительные, в пользу контрагентов и третьих лиц, основные и предварительные, вещные и обязательственные, поименованные и непоименованные[3]; Т.В. Кашаниной, А.В. Кашаниным проводится классификация гражданско-правовых договоров на: реальные и консенсуальные; односторонние и взаимные; в пользу его участников и в пользу третьих лиц; предварительный договор[4]; Н.Д. Егоровым проводится дифференциация видов договоров на основные и предварительные, договоры в пользу их участников и договоры в пользу третьих лиц, односторонние и взаимные, возмездные и безвозмездные, свободные и обязательные, взаимосогласованные и договоры присоединения[5], в дополнение к этому М.К. Сулейменов выделяет в общей классификации договоров – реальные и консенсуальные, однотипные и смешанные договоры[6] и т.д.).

Ю.Г. Басин классификации подверг виды сделок, выделяя при этом каузальные и абстрактные сделки, основные и дополнительные (акцессорные) сделки, условные сделки (сделки, заключенные под отлагательным условием, и сделки, заключенные под отменительным условием), при этом в качестве особого вида выступают биржевые сделки[7]. Д.В. Ломакин отмечает необходимость выделения такого вида сделок, как

---

[1] Егоров Н.Д. Классификация обязательств по советскому гражданскому праву. // Советское государство и право. - 1989. - № 3. - С. 40-41.

[2] Волошко С.Д. Гражданско-правовое регулирование отношений в народном хозяйстве. – Харьков: Вища школа, 1984. - С. 118.

[3] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. - С. 31.

[4] Кашанина Т.В., Кашанин А.В. Основы российского права: учебник для вузов. – М.: Издательская группа «НОРМА-ИНФРА», 2000. - С. 434-435.

[5] Гражданское право. / Под ред. Сергеева А.П., Толстого Ю.К. Ч. 1. - С. 504-512.

[6] Гражданское право. / Под ред. Басина Ю.Г., Сулейменова М.К. Т. 1. - С. 684-691.

[7] Там же. С. 264-268.

крупные сделки[1]; хотя и признается подчиненный характер обособления крупных сделок по отношению к основной классификации сделок. Аналогичным образом можно отнестись и к предложению И. Зайцева о целесообразности выделения в качестве самостоятельного вида гражданско-правового договора консорциального соглашения (соглашения о создании консорциума)[2]. В качестве примера дополнительной классификации можно привести разграничение односторонних сделок на односторонне-управомочивающие (действия по предоставлению субъективного права) и односторонне-обязывающие сделки (действия, которые производят для лица юридически обязательные изменения, связывающие другое лицо), предложенное Б.Б. Черепахиным и поддержанное С.С. Алексеевым[3].

Сторонниками самостоятельности предпринимательского (хозяйственного) договора в противопоставление существующей классификации гражданско-правовых договоров предлагаются различные модификации классификации предпринимательских договоров. В частности, по мнению В.С. Анохина, общая классификация предпринимательских договоров выглядит следующим образом: договоры о возмездной реализации или приобретении имущества; договоры об оказании услуг; договоры о выполнении работ[4]. Более детализированную классификацию предпринимательских договоров предлагает В.В. Краснокутский: договоры о реализации имущества (оптовая купля-продажа, поставка, мена, контрактация, снабжение газом, электроэнергией и др.); договоры о передаче имущества во временное пользование (имущественный найм и бесплатное пользование имуществом); транспортные договоры (перевозка грузов, буксировка, эксплуатация подъездных путей); договоры банковского обслуживания (расчетный и текущий счет, банковская ссуда и др.); договоры о предоставлении других

[1] Ломакин Д.В. Крупные сделки в гражданском обороте. // Законодательство. - 2001. - № 3. - С. 24-25.

[2] Зайцев И. Место консорциального соглашения в системе гражданско-правовых договоров. // Правовая реформа в Казахстане. - 2003. - № 1. - С. 68.

[3] Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования. // Антология уральской цивилистики. 1925-1989: сб. статей. – М.: Статут, 2001. - С. 59.

[4] Анохин В.С. Предпринимательское право: учебник для студентов высших учебных заведений. – М.: Гуманитарный издательский центр «ВЛАДОС», 1999. - С. 165.

хозяйственных услуг (комиссионная продажа сельскохозяйственной продукции организациями потребительской кооперации, охрана объектов подразделениями вневедомственной охраны при органах милиции и др.); договоры комплексного обслуживания (комплексное осуществление работ, организация материально-технического снабжения предприятий и производственных объединений и др.)[1]. И, наконец, Т.В. Кашанина выделяет следующие группы предпринимательских договоров: 1) собственно организационные договоры; 2) договоры о совместной деятельности (договоры простого товарищества); 3) предварительные договоры; 4) обязательные договоры; 5) инвестиционные договоры; 6) договоры о порядке передачи предприятий; 7) договоры об участии в прибылях[2]. В целом, представленные позиции страдают одним и весьма важным недостатком – в них отсутствует единый классификационный критерий, который позволил бы четко распределить вышеуказанные договоры по группам и видам. При этом во всех случаях имеет место неудачная попытка провести классификацию предпринимательских (хозяйственных) договоров, исходя из общей классификации гражданско-правовых договоров, не привнося в нее ничего принципиально нового.

В этой связи, представляет интерес предложение М.К. Сулейменова о признании *двух взаимно пересекающихся классификаций*, влияющих на построение институтов обязательственного права: 1) классификация по видам деятельности, и 2) классификация по экономическим сферам (отраслям народного хозяйства); при этом основной должна быть первая классификация, а дополнительной вторая[3]. Среди *достоинств* этого подхода можно назвать следующие: во-первых, наличие классификации по экономическим сферам не отрицает основную классификацию по видам деятельности, а наоборот, развивает и дополняет ее; во-вторых, признание дополнительной классификации позволяет охватить все существующие виды договоров в полном объеме, а не в

[1] Краснокутский В.В. Виды хозяйственных договоров и их особенности. // Труды СГУ. Проблемы гуманитарных наук. – М.: Изд-во СГУ, 2001. Вып. 35. - С. 122-123.

[2] Кашанина Т.В., Кашанин А.В. Основы российского права: учебник для вузов. – М.: Издательская группа «НОРМА-ИНФРА», 2000. - С. 52-53.

[3] Правовое положение межхозяйственных предприятий. – Алма-Ата: Наука, 1987. - С. 95.

ограниченном (содержащуюся в ГК РК классификацию договоров по видам деятельности трудно назвать всеобъемлющей); в-третьих, разработка и принятие нормативных актов об отдельных группах договоров, заключаемых в экономической сфере, позволит избежать пробелов в законодательстве.

С учетом изложенного, можно сделать вывод о том, что возможна классификация договоров не только по видам деятельности, но и по экономическим сферам. К числу договоров, выделяемых в зависимости от экономической сферы, в первую очередь, относятся предпринимательские договоры.

В.С. Белых также считает возможным дифференцировать предпринимательские договоры, как по сферам деятельности, так и в зависимости от направленности договора на тот результат, который стороны желали бы иметь, вступая в обязательство[1]. При этом в первую группу включает предпринимательские договоры в сфере: 1) производственного предпринимательства; 2) посреднической деятельности; 3) финансовой деятельности; а во вторую группу договоры в сфере производственного предпринимательства, в том числе договоры: 1) о передаче товаров в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление; 2) по передаче имущества в пользование; 3) возмездного оказания услуг (особо выделяя еще и договоры на учреждение различных образований, но, не включая их в общую классификацию)[2].

Самой общей классификацией следует признать деление договоров на *предпринимательские договоры* (заключенные между предпринимателями в процессе осуществления ими предпринимательской деятельности) и *договоры с участием предпринимателей* (в которых только одна сторона является предпринимателем, а другой стороны – это обычный гражданско-правовой договор). Здесь еще есть третья группа договоров – *договоры, заключаемые физическими и (или) юридическими лицами в некоммерческих целях*, но эти договоры не связаны с

[1] Предпринимательское право России: учебник / Белых В.С., Берсункаев Г.Э., Винниченко С.И. и др. / Отв. ред. Белых В.С.. – М.: Проспект, 2008. - С. 591-592.

[2] Предпринимательское право России: учебник / Белых В.С., Берсункаев Г.Э., Винниченко С.И. и др. / Отв. ред. Белых В.С.. – М.: Проспект, 2008. - С. 591-592.

предпринимательской деятельностью и потому рассмотрены не будут.

По своему содержанию предпринимательские договоры подразделяются на имущественные и организационные.

К **имущественным договорам** относятся договоры, направленные на регулирование деятельности участников правоотношения по поводу определенного имущественного блага. В свою очередь, имущественные договоры подразделяются на договоры на передачу имущества, выполнение работ и оказание услуг (эта классификация проводится по видам деятельности).

Договоры на отчуждение (передачу) имущества включают в себя две группы: 1) договоры на передачу имущества в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление (купля-продажа, поставка, контрактация, снабжение газом, тепловой и энергетической энергией); 2) договоры на передачу имущества во временное пользование (имущественный наем).

Договорами на выполнение работ являются договоры бытового и строительного подряда, подряда на проектные и изыскательские работы, подряда на научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы и т.д.

К *договорам на оказание услуг* относятся договоры: перевозки грузов, буксировки, экспедиции, страхования, банковского обслуживания, хранения, комиссии, поручения и т.д.

Организационные договоры создают предпосылки для последующей предпринимательской или иной деятельности, и, как правило, являются основанием для заключения имущественных договоров.

Среди организационных договоров можно выделить *учредительные договоры об образовании юридических лиц*. К организационным договорам можно отнести и так называемые *предварительные договоры*, по которым стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором.

По экономическим сферам предпринимательские договоры можно классифицировать следующим образом: 1) в

сфере материально-технического снабжения и сбыта – договоры поставки, купли-продажи, мены, займа, комиссии и иные виды предпринимательских договоров; 2) в строительстве – договоры строительного подряда, на проектно-изыскательские работы, на производство ремонта, аренды строений и оборудования, строительного посредничества; 3) в сельском хозяйстве – договоры контрактации, аренды строений и оборудования, на производство ремонта, по комплексному техническому обслуживанию, на выполнение иных сельскохозяйственных и агрохимических работ; 4) в транспорте – договоры на организацию перевозки грузов, обязательства по подаче транспортных средств и предъявлению груза к перевозке, договоры перевозки грузов, буксировки, транспортной экспедиции, на эксплуатацию железнодорожных подъездных путей, на подачу и уборку вагонов, аренды транспортных средств, оказания услуг авиацией, обязательства при участии трубопроводного транспорта; 5) в связи – договоры почтовой экспедиции, почтовой пересылки, аренды, на предоставление предприятиями связи телеграфных каналов и телеграфной абонентской связи, на предоставление связи Интернет; 6) в сфере расчетов и кредитов (в банковской сфере) – договоры банковского счета, перевода денег и банковского вклада; 7) в сфере научно-технического прогресса – договоры на научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы[1]; 8) в сфере недропользования (концессионные соглашения, соглашения о разделе продукции, сервисные контракты и контракты о совместной деятельности); 9) на рынке ценных бумаг (договоры купли-продажи ценных бумаг); и т.д.

Здесь следует особо подчеркнуть, что указанные виды договоров могут быть, как чисто предпринимательскими, так и договорами с участием предпринимателей, но есть отдельные виды договоров, которые могут быть отнесены только к первой или второй группе договоров. В частности, *предпринимательскими договорами* являются:

- договор поставки;
- договор продажи предприятия;

---

[1] Покровский Б.В., Сулейменов М.К., Наменгенов К.Н. Правоотношения производственных объединений и предприятий в сфере хозяйственного оборота. – Алма-Ата: Наука, 1985. - С. 100-101.

- договор лизинга;
- договор аренды предприятия;
- договор комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинг) и др.

К *договорам с участием предпринимателей* могут быть отнесены:

- договор розничной купли-продажи;
- договор бытового подряда;
- договор проката и др.

Также ко второй группе договоров относятся **публичные договоры,** поскольку заключаются коммерческими организациями, осуществляющими розничную торговлю, перевозку транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжения, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п. с одной стороны, и потребителями, с другой.

Коммерческие организации не вправе уклоняться от заключения договора, они обязаны заключить его с каждым, кто к ним обратится, они не вправе также отдавать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законодательством. Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством допускается предоставление льгот для отдельных потребителей.

Отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары и услуги не допускается. При необоснованном уклонении коммерческой организации от заключения данного договора применяются положения, предусмотренные п. 4 ст. 399 ГК РК (потребитель вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор).

В предпринимательской деятельности широко применяется **договор присоединения**, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Законодательством предусматриваются меры защиты интересов присоединившейся стороны, в частности, устанавливается упрощенный порядок расторжения такого договора по инициативе присоединившейся стороны, которая вправе потребовать расторжения договора, если договор присоединения, хотя и не противоречит законодательству, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. Исключение составляет сторона, присоединившаяся к договору в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, если она знала или должна была знать, на каких условиях заключается договор, то есть на предпринимателей упрощенный порядок расторжения договора присоединения не распространяется.

Особое место в системе предпринимательских договоров занимает **внешнеэкономическая сделка**. Само понятие «внешнеэкономическая сделка» появилось относительно недавно в 80-х годах XX века, первоначально возник термин «внешнеторговая сделка». В советской литературе к внешнеторговым сделкам и к правоотношениям по внешней торговле относили такие, в которых, по меньшей мере, одна из сторон является иностранцем (иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом), и содержанием сделки являлись операции по ввозу или вывозу товаров за границу либо какие-нибудь подсобные операции, связанные с вывозом или ввозом товаров[1]. Исходя из этого, выделяли два признака внешнеторговой сделки:

1) наличие иностранного элемента, когда одна из сторон сделки находится в другом государстве и, следовательно, в большинстве случаев является иностранцем (иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом);

2) предмет сделки - внешнеторговая операция (поставка товара, наем имущества, перевозка груза, оказание услуг

[1] Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. – М.: Юридическая литература, 1975. - С. 132.

внешнеторгового характера и т.п.).

Следовательно, под внешнеторговой сделкой понимали договор купли-продажи товаров, подлежащих ввозу из-за границы или вывозу за границу, а также связанные с товарным экспортом или импортом сделки подряда, комиссии, перевозки, хранения, страхования и др.

Указанные признаки внешнеторговой сделки можно признать классическими, поскольку они не потеряли актуальности и сегодня. Однако следует отметить, что внешнеторговая сделка – это один из видов внешнеэкономической сделки, поэтому необходимо выявить признаки, характерные для всех внешнеэкономических сделок.

Современными авторами предлагаются различные подходы к определению сущности внешнеэкономической сделки. В соответствии с первым из них, внешнеэкономическая сделка отличается от обычного договора тем, что включает следующие условия:

1) участие в сделке лиц разной национальной принадлежности;

2) перемещение товара через границу;

3) выбор применимого права;

4) включение арбитражной оговорки;

5) согласование условий распределения налоговых издержек;

6) выбор валюты и формы международных расчетов;

7) использование международных обычаев;

8) другие специальные положения, свойственные внешнеэкономическим договорным обязательствам[1].

Согласно второму подходу внешнеэкономическая сделка характеризуется наличием следующих условий, присущих только ей:

1) условия, связанные с получением и обеспечением платежей;

2) валютные условия;

3) условия о перевозке;

4) условия о страховании товаров;

[1] Петрова Г.В. Международное частное право: вопросы и ответы. – М.: ИД «Юриспруденция», 2006. - С. 69.

5) выполнение предусмотренных законом каждого государства таможенных правил;

6) заключение помимо основного договора дополнительных контрактов с перевозчиком, банком, страховой компанией;

7) положения о влиянии некоммерческих (политических) рисков на распределение ответственности сторон за неисполнение обязательств;

8) условия о применимом праве;

9) условия и порядок рассмотрения споров (арбитражная оговорка);

10) особые правила о форме и порядке подписания международных коммерческих сделок[1].

При этом подчеркивается, что указанные специфические условия не являются теми характеризующими признаками, с помощью которых можно определить «международность» сделки, потому что для признания сделки международной достаточно только одного критерия – местонахождение коммерческих предприятий сторон на территории разных государств[2].

Конечно, признак «международности» имеет важное значение, но он не может быть единственным, поскольку возможно заключение внешнеэкономической сделки между сторонами, предприятия которых находятся на территории одного государства, потому что это не препятствует их различной государственной принадлежности, следовательно, будет достаточно того, чтобы одна из сторон – это иностранный инвестор. Более того, объектом договорных отношений может выступать вещь, находящаяся за границей, и в этом случае, независимо от государственной принадлежности и местонахождения предприятий сторон сделка будет считаться международной (внешнеэкономической).

Поэтому можно сделать вывод, что существует два основных *признака внешнеэкономической сделки*:

---

[1] Международное частное право: учебник. / Ануфриева Л.П., Бякешев К.А., Дмитриева Г.К. и др. / Отв. ред. Дмитриева Г.К. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Издательство Проспект, 2004. - С. 365-366.

[2] Международное частное право: учебник. / Ануфриева Л.П., Бякешев К.А., Дмитриева Г.К. и др. / Отв. ред. Дмитриева Г.К. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Издательство Проспект, 2004. - С. 366.

1) особый субъектный состав (сторонами выступают лица с различной государственной принадлежностью (применительно к физическим лицам либо различной национальностью (применительно к юридическим лицам) либо находящиеся на территории различных государств);

2) особый объектный состав (объектом выступают товары, находящиеся за границей, услуги, оказываемые за пределами территории государства, либо иностранные инвестиции и т.п.).

Для признания сделки внешнеэкономической эти признаки должны применяться в совокупности.

В качестве отдельного вида договора можно выделить **биржевую сделку** – это сделка, предметом которой является имущество, допущенное к обращению на бирже, и которая заключается на бирже участниками проводимых ею торгов в соответствии с законодательством РК о товарных биржах и правилами биржевой торговли. Правила биржевой торговли – это документ, устанавливающий порядок ведения биржевой торговли для каждой товарной биржи, разработанный на основе Типовых правил биржевой торговли, утверждаемых Правительством РК. Сделки, совершенные на бирже, но не соответствующие указанным выше требованиям, не являются биржевыми.

В случае, если сделка с товарами, включенными в перечень биржевых товаров, совершена вне товарной биржи, то она признается недействительной по иску заинтересованных лиц, уполномоченного органа либо прокурора.

Биржевые сделки не могут совершаться от имени и за счет товарной биржи.

Биржевая сделка считается заключенной с момента ее регистрации в установленном Правилами биржевой торговли порядке. На многих биржах разработаны стандартные договоры, которые могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к договору в целом.

Содержание биржевой сделки является коммерческой тайной и не подлежит разглашению. Сроки поставки товара определяются биржевой сделкой, а не Правилами биржевой торговли.

В целях обеспечения исполнения совершаемых на ней фьючерсных и опционных сделок товарная биржа обязана

организовать расчетное обслуживание через *клиринговые центры*, которые могут создаваться как независимые от товарной биржи организации, так и специально организованное структурное подразделение – клиринговый центр в составе товарной биржи. Клиринговые центры:

1) устанавливают виды, размеры и порядок взимания взносов, гарантирующих исполнение фьючерсных и опционных сделок и возмещение ущерба, возникшего в результате неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязательств по этим сделкам, а также определяют другие финансовые обязательства участников этих сделок;

2) принимают меры для гарантирования фьючерсных и опционных сделок;

3) осуществляют зачет взаимных требований и обязательств сторон, участвующих в расчетах, осуществляемых в результате совершения сделок с товарами (п. 5 ст. 17 Закона о товарных биржах).

Биржевая цена на товар складывается в результате котировки биржевых товаров. Обязанностью товарной биржи является ежедневная публикация котировки на биржевые товары в средствах массовой информации.

Биржевые сделки могут быть различных видов. Так, на товарной бирже совершаются следующие *виды биржевых сделок*:

1) сделки с взаимной передачей прав и обязанностей в отношении спот-товара, включая сделки, взаимосвязанные с международными деловыми операциями;

2) фьючерсные сделки;

3) опционные сделки;

4) сделки с взаимной передачей прав и обязанностей в отношении складских документов (ст. 16 Закона о товарных биржах).

Сделки с реальным товаром (или кассовые сделки или сделки за наличные) – совершаются с целью действительно приобрести те товары, ценные бумаги или иностранную валюту, которые обращаются на бирже[1]. В свою очередь, сделки с реальным товаром подразделяются на кэш-сделки (или сделки

[1] Подробнее см. об этом: Белых В.С., Винниченко С.И. Биржевое право. – М.: Издательство Норма (Издательская группа Норма-Инфра.М), 2001. - С. 131-132.

«спот»), форвардные сделки и безусловные фьючерсные сделки.

Сделка «спот» – это сделка, которая выполняется немедленно или в ближайшее время за наличные денежные средства. Сделка «спот» может выполняться: сразу же по закрытии биржи, «на завтра», т.е. в ближайший биржевой день (через несколько дней).

Форвардная сделка – сделка на товар, который передается организацией-продавцом в собственность организации-покупателя на оговоренных сторонами условиях поставки и расчетов, в установленный договором определенный срок в будущем.

Безусловная фьючерсная сделка – это обязательство поставить (принять) определенное количество биржевого товара в определенный период в будущем по цене, установленной в момент заключения сделки[1].

Сделки без реального товара – это такие сделки, которые не предполагают последующего предоставления биржевого товара во исполнение сделки. К ним относят условную фьючерсную сделку, опционную сделку и офсетную сделку.

Условная фьючерсная сделка представляет собой контракт на условную куплю-продажу биржевого товара с отсроченным исполнением, не влекущую за собой передачу биржевого товара.

Опционная сделка– это покупка или продажа опционного контракта с целью последующей перепродажи по более высокой цене и получения прибыли за счет разницы между ценой контракта в момент его заключения и ценой контракта в момент его продажи.

Офсетная сделка – это такая биржевая сделка, которая влечет прекращение прав и обязанностей по ранее открытой позиции в связи с возникновением противоположной позиции по одному и тому же срочному контракту[2].

Наряду с этим в биржевой торговле получили распространение такие виды биржевых сделок, как сделки с залогом (как на стороне продавца, так и на стороне покупателя),

---

[1] Подробнее см. об этом: Ем В.С., Козлова Н., Сургучева О. Фьючерсные сделки на фондовой бирже: экономическая сущность и правовая природа. // Хозяйство и право. - 1999. - № 6. - С. 31.

[2] Подробнее см. об этом: Договоры в предпринимательской деятельности / Отв. ред.: Павлодский Е.А., Левшина Т.Л.; Ин-т законодат. и сравнит. правоведения. – М.: Статут, 2008. - С. 471-477.

сделки с кредитом, бартерные сделки, сделки с условием[1].

Сделка с залогом – сделка, в которой в момент ее заключения один контрагент выплачивает другому контрагенту сумму, определенную договором между ними, в качестве гарантии исполнения своих обязательств. Если плательщиком залога является покупатель, сделка будет с залогом на покупку, а если продавец – сделка будет с залогом на продажу.

Сделка с кредитом – это такая сделка, по которой брокерская контора, получив в банке кредит для совершения биржевых сделок, приобретает на бирже нужный ей товар с последующей реализацией своего товара также через биржевые торги.

Бартерная сделка – сделка, при которой взаимный обмен продукцией осуществляется без денежной оплаты. Пропорции обмена при этом определяются, как правило, с учетом соотношения цен на обмениваемые товары на внутреннем или мировом рынке, качества продукции и условий ее поставок.

Сделка с условием является видом сделки с реальным товаром, при которой данный товар продается при условии одновременной покупки другого реального товара. Отличие этих сделок от бартерных в следующем: сделка с условием заключается в операционном зале в процессе публичного гласного торга с участием биржевого маклера и с использованием биржевого информационного банка данных.

Особой разновидностью биржевых сделок являются **срочные биржевые сделки**, которые можно понимать с двух основных позиций. Во-первых, к срочным биржевым сделкам относят такие биржевые сделки, которые не направлены на передачу товара. В этой связи отмечают такой главный признак, характеризующий юридическую природу срочных биржевых сделок, как то, что их предметом выступает не реальный товар, а имущественные права на покупку или продажу данного товара[2].

Во-вторых, срочные биржевые сделки рассматривают как соглашение, по которому одна сторона обязуется передать другой стороне в собственность товар, а другая в свою очередь –

---

[1] Подробнее см. об этом: Черников Г.П. Фондовая биржа: международный опыт. – М.: Международные отношения, 1991. - С. 64-69.

[2] См., например: Черников Г.П. Фондовая биржа: международный опыт. – М.: Международные отношения, 1991. - С. 64-69

заплатить за него заранее обусловленную сумму, указывая в качестве отличительного признака – отложенный срок исполнения[1].

В законодательстве РК о товарных биржах нашел отражение второй подход: срочную биржевую сделку (срочный контракт) законодатель определяет, как, контракт на *безусловную или условную* куплю-продажу биржевого товара с отсроченным исполнением (п.п. 12 ст. 1 Закона о товарных биржах). Это означает, что в соответствии с законодательной концепцией срочная биржевая сделка может быть, как направлена на передачу товара, так и нет. В качестве основных видов срочной биржевой сделки названы – фьючерс и опцион (хотя, исходя из законодательной концепции, к срочным биржевым сделкам может быть отнесена и форвардная сделка). Следовательно, срочную биржевую сделку отличает от любой другой биржевой сделки, и, в первую очередь, от кассовой сделки (сделки «спот») – *отсроченный или отложенный срок исполнения*.

Говоря об отличительных особенностях срочных биржевых сделок по сравнению с обычными гражданско-правовыми договорами, прежде всего, следует назвать следующие:

1) совершаются только на организованном рынке;

2) правом их совершения обладают только брокеры и (или) дилеры;

3) совершаются в течение торговой сессии, установленной биржей;

4) совершаются только при наличии специального комплекса программных средств, обеспечивающего автоматизированное ведение торгов, проведение клиринга, динамику изменения котировки;

5) предметом выступает только биржевой товар;

6) совершаются в простой письменной форме;

7) подлежат обязательной регистрации на бирже.

В дореволюционной России с появлением биржевой торговли вопрос о правовой природе биржевых сделок с ценными бумагами оказался в центре внимания ученых, при этом

[1] См., например: Договоры в предпринимательской деятельности / Отв. ред.: Павлодский Е.А., Левшина Т.Л.; Ин-т законодат. и сравнит. правоведения. – М.: Статут, 2008. - С. 457-459.

единодушно признавалась гражданско-правовая сущность биржевой сделки. Можно выделить три основных направления к исследованию сути биржевой сделки. Первое (и самое распространенное), заключалось в том, что биржевые сделки, по своей юридической природе, как и соответствующие сделки, заключаемые вне биржи, являются куплей-продажей или поставкой[1]. Сторонниками второго направления не отрицалось, что основной формой биржевых сделок являются купля-продажа и поставка, но отмечалось, что под влиянием характерных условий торговой жизни они настолько осложняются, что кажутся потерявшими свой первоначальный характер, кроме того, отличие биржевых от обычных сделок гражданского права заключается в спекуляции, которая является одним из характерных условий торговли и, в частности, биржевых сделок[2]. Согласно третьему направлению, под биржевой сделкой понималось заключаемое пари или игра, когда биржевые срочные сделки не являли собой намерения приобрести в собственность конкретный биржевой товар, а представляли лишь игру на разнице цен при заключении и исполнении биржевого контракта[3].

Современные позиции российских ученых в определенной степени созвучны ранее высказанным, и выражаются в признании биржевой сделки гражданско-правовым договором, хотя и обладающим определенными особенностями[4]. Конечно, из сферы регулирования биржевой сделки исключены отношения поставки, речь идет о купле-продаже ценных бумаг и производных финансовых инструментов.

Для купли-продажи существенным моментом является то, что на ее основе происходит возмездная передача имущества одним лицом в собственность другого. В процессе заключения и исполнения договора купли-продажи ценных бумаг и производных финансовых инструментов происходит взаимная передача прав и обязанностей относительно предмета биржевой

---

[1] Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). – М.: Фирма «СПАРК», 1994. - С. 235-237.

[2] Суханов Е.А. О судебной защите форвардных контрактов. // Законодательство. - 1998. - № 11. - С. 13.

[3] Суханов Е.А. Там же. С. 13-14

[4] См., например, Авилина И.В., Козырь О.М. Биржа: правовые основы организации и деятельности. – М., 1991. - С. 17.

торговли, а также осуществляется переход права собственности на ценные бумаги с гарантией исполнения договора самим организатором торгов[1].

В соответствии с гражданским законодательством, к купле-продаже ценных бумаг применяются общие положения о купле-продаже, если законодательными актами не установлены специальные правила их купли-продажи. В частности, законодательством о рынке ценных бумаг предусматривается, что обращение эмиссионных ценных бумаг на вторичном рынке ценных бумаг осуществляется путем совершения субъектами рынка ценных бумаг на организованном или неорганизованном рынке ценных бумаг гражданско-правовых сделок с данными ценными бумагами. Условия и порядок совершения сделок с эмиссионными ценными бумагами и их регистрации в системе реестров держателей ценных бумаг или системе учета номинального держания ценных бумаг устанавливаются в соответствии с Законом РК о рынке ценных бумаг и нормативными правовыми актами уполномоченного органа (Национального банка РК).

В международно-правовой практике к наиболее распространенным **видам биржевых сделок с ценными бумагами** относятся: 1) покупка ценных бумаг с расчетом на повышение курсов; 2) покупка ценных бумаг с частичной оплатой в кредит и 3) продажа ценных бумаг, взятых взаймы. В целом, эту группу договоров можно объединить под общим названием договор купли-продажи ценных бумаг.

Покупку ценных бумаг с расчетом на повышение курсов, иначе называют длинной покупкой, так как инвестор покупает ценные бумаги с целью их последующей перепродажи (по более высокой цене).

Фондовая покупка в кредит – это приобретение инвестором ценных бумаг с привлечением заемных средств, предоставленных фондовым брокером.

К *продаже бумаг, взятых взаймы* (или продаже без покрытия или обеспечения) прибегают тогда, когда ожидается снижение курсов ценных бумаг; этот прием дает возможность

[1] Абраменкова И.Г. Гражданско-правовая характеристика биржевых сделок с ценными бумагами. // Законодательство. - 2001. - № 9. - С. 28-29.

инвесторам получать прибыль на падении курса и может застраховать их от падения курсов ценных бумаг.

Существуют и другие виды сделок на рынке ценных бумаг, например, показательные сделки, которые проводятся для введения в заблуждение остальных участников торгов ценными бумагами[1].

Среди сделок, заключаемых на рынке ценных бумаг также можно выделить договор доверительного управления ценными бумагами и средствами инвестирования в ценные бумаги (в том числе, договоры доверительного управления ценными бумагами и средствами инвестирования в ценные бумаги, осуществляемые кредитными организациями; договоры доверительного управления государственными пакетами акций)[2]; сделки купли-продажи ценных бумаг с немедленным расчетом (кассовые, контактные сделки) и сделки купли-продажи ценных бумаг с отсрочкой расчета (в том числе, кредитные и авансовые сделки купли-продажи ценных бумаг)[3].

Говоря об особенностях классификации договоров в английском праве, прежде всего, следует сказать о том, что эта классификация существенно отличается от приведенной выше. В частности, основными видами договоров, признаваемыми практикой, являются следующие:

1) договоры по решению суда («contracts of record»);

2) формальные договоры («formal contracts», «contracts by deed») и простые или неформальные договоры («informal or simple contracts»);

3) явно выраженные договоры («express contracts») и подразумеваемые договоры («implied contracts»)

4) договоры исполненные («executed contracts») и договоры, подлежащие исполнению («executory contracts»)[4].

Наряду с этим встречаются и другие классификации. В частности, выделяют всего три группы договоров:

---

[1] Подробнее см. об этом: Гитман Л. Дж., Джонк М.Д. Основы инвестирования: пер. с англ. – М.: Издательство «Дело», 1997. - С. 67-68.

[2] Подробнее см. об этом: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2003. - С. 940-945.

[3] Подробнее см. об этом: Банковское право Российской Федерации. Особенная часть. В 2-х т.: учебник. / Отв. ред. Тосунян Г.А. – М.: Юристъ, 2002. Т. 2. - С. 282.

[4] Подробнее см. об этом: Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование: монография. – М.: Проспект, 2017. - С. 46-62.

1) договоры по решению суда («contracts of record») (договоры по решению суда – это обязательства, возникающие либо из судебного решения («jugement»), либо из факта признания обязанной стороной обязательства в суде («recognizance»);

2) формальные договоры («formal contracts», «contracts by deed») (договор за печатью («contract under seal, deed») – это волеизъявление лица, совершенное в письменной форме, подписанное им с приложением его печати и переданное другому лицу);

3) неформальные или простые договоры («informal or simple contracts»), носящие иногда наименование «словесных договоров» или «договоров на честном слове» («parol contracts»), хотя они могут заключаться и в письменной форме[1].

В принципе, вторая классификация представляет собой упрощенный вариант первой классификации, которая, конечно, является более полной. С другой стороны, и первая и вторая классификации построены совсем на других критериях, чем те, которые получили распространение в российской и казахстанской юридической литературе.

Хотя нельзя не заметить, что в основе деления формальных и неформальных договоров лежит такой критерий, как форма договора. Однако специфика формального договора по английскому праву заключается в том, что этот договор не может быть оспорен в суде по другим основаниям, единственным основанием может быть только порок формы – подлог («fraud») или насилие («duress»), тогда как по казахстанскому или российскому праву таких ограничений нет. Также примечательно, что в английском праве существует целых перечень сделок, при заключении которых «общее право» или закон предписывают именно такую форму заключения договора, в частности, к ним относятся:

1) все сделки, в которых одна сторона предоставляет другой какую-либо выгоду, не получая встречного удовлетворения (поскольку в соответствии с английским правом защита договору предоставляется только в том случае, когда обязанная сторона получает от кредитора какое-либо встречное удовлетворение);

[1] Подробнее см. об этом: http://www.pravo.vuzlib.su .

2) все акты передачи земли или недвижимого имущества, или передачи какого-либо вида вещных прав, относящихся к земле и недвижимому имуществу (в соответствии с казахстанским и российским правом эти сделки и права подлежат еще государственной регистрации);

3) все акты передачи британских судов или паев судовладельческих обществ;

4) некоторые договоры юридических лиц (в отличие от казахстанской и российской договорной практики коммерческие юридические лица в Англии могут большинство договоров заключать как простые или неформальные договоры, тогда как некоммерческие юридические лица, а также корпорации, основанные на королевской хартии, как правило, должны заключать формальные договоры (договоры за печатью);

5) акты передачи паев некоторых компаний, в тех случаях, когда это предусмотрено их уставом, также должны быть облечены в форму договора за печатью;

и др.[1]

Таким образом, в результате проведенного сравнительно-правового исследования можно сделать вывод о том, что классификация договоров в английском праве носит чисто формальный характер, в основном, ориентирована на запросы практики и потому не является полной или исчерпывающей, тогда как классификация договоров в казахстанском и российском праве является более развернутой и построена на различных критериях и в максимальной степени раскрывает наиболее специфические особенности отдельных видов гражданско-правовых договоров.

§5. Значение и последствия несоблюдения требований к форме гражданско-правового договора в современных правопорядках

1. В гражданском праве регулированию форм договоров и последствий несоблюдения соответствующих правил традиционно уделяется особое внимание законодателя. С развитием общественных отношений, изменением условий делового оборота и возникновением целого ряда других важных

[1] Подробнее см. об этом: http://www.pravo.vuzlib.su .

факторов содержание правовых норм, относящихся к формализации договорных отношений, изменялось, в том числе от признания материально-правовых последствий несоблюдения формальных требований до придания им лишь (или преимущественно) процессуального значения, и в обратную сторону.

В настоящее время отмечается наступление «эры цифровых технологий», что в совокупности с невероятной степенью ускорения делового оборота выдвигает новые задачи модернизации законодательной основы для применения правовых форм в сфере частноправовых отношений. При этом, историческая миссия гражданского права в обеспечении одновременно приемлемой твердости и высокой мобильности оборота в полной мере сохраняет свою значимость. Однако востребованными становятся новые признаваемые законом (и позволяющие судебное принуждение к их признанию и соблюдению со стороны субъектов рынка) средства и формы реализации договорных и иных частноправовых отношений, которые могут быть эффективными не только в рамках национального права, но и в сфере применения принципов международного частного права.

Применительно к казахстанскому гражданскому праву важность этого аспекта обусловлена еще и тем, что, во-первых, казахстанское гражданское законодательство на сегодня существует очень короткий период времени с момента его возникновения, в течение которого оно, при этом, испытывает постоянное и сильное влияние в смысле как восприятия правовых идей из современных развитых правовых систем, так и в связи с необходимостью гармонизации либо унификации законодательства (нередко, в силу международных обязательств Казахстана, обусловливающих имплементацию ранее неизвестных или недостаточно развитых правовых идей в нашей правовой системе). И по ряду аспектов это влияние сказывается в том, что содержание казахстанского гражданского права заметно отходит от некоторых изначальных правовых конструкций, унаследованных, например, от германского гражданского права.

Во-вторых, актуальность рассмотрения этого вопроса также обусловливается предпринимаемой (в рамках реализуемой

в настоящее время государственной политики) попыткой восприятия правовых институтов английского права для регулирования коммерческого оборота в Казахстане. И хотя наш опыт (в том числе опыт участия в международном арбитраже по английскому праву) показывает, что по многим важным моментам договорного права и международного частного права казахстанское законодательство и английское право принимают очень сходные позиции или основываются на очень схожих подходах, какая-то приемлемая форма интеграции институтов английского контрактного права (при разумном и обоснованном подходе к такому развитию казахстанского гражданского права) может способствовать повышению эффективности и защищенности делового оборота в рамках нашей юрисдикции. Особенно, когда положения таких институтов уже нашли свое отражение в унифицированных или гармонизированных принципах, положениях или рекомендациях по унификации / гармонизации частного права, например, Европейского Союза.

Одним из таких институтов казахстанского гражданского права, требующих модернизации, представляется та совокупность правовых норм, которая предназначена регулировать формальные требования к договорам, определяет правовое значение отдельных контрактных форм и последствия их несоблюдения. Поскольку этот правовой институт заслуживает глубокого анализа, а формат данной работы (даже столь объемной, как эта) не позволяет изложить все аспекты исследования в исчерпывающем объеме, ниже предлагаются основные выводы относительно содержания и объема регулирования этого вопроса в казахстанском законодательстве, опыта регулирования в наиболее развитых и авторитетных иностранных юрисдикциях, а также о современных решениях, предлагаемых авторитетными модельными актами частного права. Основной же фокус сделан на том вопросе, насколько казахстанское право позволяет использовать современные информационные (цифровые) технологии для подтверждения заключения и исполнения договоров согласно их содержанию и односторонних актов субъектов оборота. По результатам такого анализа предлагаются и соответствующие выводы.

2. Обязательность соблюдения предписываемой законом формы обусловлена тем, что с этим связывается возможность для

сторон договора (а иногда и заинтересованных третьих лиц) доказать существование соответствующих договорных отношений и/или получить возможность судебной поддержки в получении удовлетворения своего имущественного интереса, основанного на соответствующем договоре.

С течением времени, а также в зависимости от того, в рамках какой юрисдикции формировалось законодательство, юридическое значение соблюдения формальных требований к договорам различалось, имея в большей или меньшей степени материально-правовое содержание, либо предполагая возможности для разрешения процессуальных моментов. В зависимости от этого законодатель определяет правовые последствия соблюдения и несоблюдения таких формальных требований, исходя из того, на решение какой задачи было направлено их установление.

Например, в римском праве «соблюдение требований формы рассматривалось не как средство достижения определенных юридико-технических целей, в частности, обеспечение доказательств, а как основа для наступления необходимых правовых последствий. ... Вскоре, однако, стала превалировать защитная функция формальностей»[1]. В частности, если первоначально соблюдению требований к форме договора и последствиям их несоблюдения придавалось исключительно материально-правовое значение, связывая с ними возникновение прав по договору и его действительность, то позже к этому прибавился и процессуальный аспект, позволяя сторонам договора доказывать его наличие и иметь правовые возможности защищать свои интересы в случае их нарушения со стороны контрагента или третьих лиц. Причем функция защиты, как отмечается ниже, обеспечивается как на этапе заключения договора (посредством механизмов, направленных на «подтверждение серьезности намерений»), так и при необходимости доказывать существование и содержание ранее заключенного договора. В связи с этим указывается, что «сферу применения формальных требований можно определить без

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт / Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 364.

особого труда: они служат главным образом для облегчения доказательств и подтверждения серьезности намерений»[1].

Именно такое понимание юридической значимости требований о форме договора представляется чрезвычайно важным и заслуживающим внимания, поскольку придание, в качестве общего правила, последствиям несоблюдения формальных требований исключительно материально-правового характера, означающего законодательное установление ничтожности договора, заключенного в нарушение требований определенной формы, представляется весьма вредоносным в контексте решения задачи по обеспечению стабильности и твердости делового оборота. Негативные последствия такого подхода обусловливаются еще и тем, что концепция ничтожности договора хорошо реализуется в условиях преобладающего объема абстрактных сделок, порождающих правовые последствия без учета различных фактических обстоятельств и не допускающих возражения, основанные на любых личных отношениях субъектов соответствующих правоотношений (например, как в вексельном правоотношении). В современном же мире, когда деловой оборот формируется преимущественно за счет каузальных сделок, в которых значение имеют причинные связи, обстоятельства их заключения и исполнения, когда суды выясняют основания совершения сделки, действительное намерение сторон и множество других факторов, хотя и неюридического характера, но имеющих значение для судебной оценки и правовой квалификации, жесткая привязка действительности договора к соблюдению установленной формы едва ли может быть всегда целесообразной. Это особенно нецелесообразно в условиях широкого распространения разного рода условных, так называемых производных сделок, иных видов сделок, совершение или исполнение которых обусловлено различными обстоятельствами, а также с учетом растущего объема и увеличивающейся скорости делового оборота. О различии между абстрактными и каузальными сделками,

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт / Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 364.

особенностях условных сделок отмечал в своих работах, в частности, Ю.Г. Басин[1].

3. Однозначность наступления материально-правовых последствий несоблюдения формы договора представляется обоснованной только в случаях, когда законодательство стремится защитить права слабой стороны в правоотношении. В связи с этим, например, определение недействительности (ничтожности) договора в случае несоблюдения установленных требований относительно его формы представляется обоснованным, когда дело касается защиты прав потребителей или «неопытных субъектов гражданского оборота» (в частности, при осуществлении гражданами сделок с недвижимостью, не являющихся содержанием их предпринимательской деятельности, оформлении завещаний или вступлении в права наследования и т.п.).

В контексте рассматриваемого вопроса о заключении договоров отметим, что казахстанский ГК вполне определенно разделяет участников гражданского оборота на предпринимателей и потребителей, а также иные категории граждан, не являющихся предпринимателями при заключении ими гражданско-правовых сделок[2]. ГК закрепляет права потребителей и содержит целый ряд правовых конструкций по защите прав этих категорий субъектов гражданского оборота.

В то же время, когда речь идет о так называемых «коммерческих сделках» или «предпринимательских сделках» (как этот термин используется, например, в п. 5 ст. 152 ГК), участниками которых являются предприниматели, акцент в регулировании формальных требований к договорам с их участием должен смещаться в сторону признания юридико-технического, процессуального значения формы договора. Такое регулирование основывается на общих принципах свободы договора (п. 2 ст. 2 ГК) и осуществления предпринимательской деятельности от имени, за риск и под имущественную ответственность предпринимателя (п. 1 ст. 10 ГК), а также на законодательной гарантии свободы предпринимательской

[1] Басин Ю.Г. Сделки. / В: Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У. Сост. Сулейменов М.К. - Алматы: АЮ - ВШП «Адилет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003. - 734 с. - С. 264-267.

[2] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть, принятая 27 декабря 1994 г., и Особенная часть от 1 июля 1999 г.), с изменениями и дополнениями, ст. 10.

деятельности и ее поддержки со стороны государства. В настоящей статье, если специально не оговаривается иное, предлагаемые анализ и выводы относятся именно к коммерческим договорам и односторонним юридическим действиям.

4. Примечательно, что, хотя казахстанский ГК разделяет предпринимателей и потребителей и позволяет определить предпринимателя в качестве субъекта, занимающегося предпринимательством (как этот термин определен, в частности в п. 1 ст. 10 ГК), но он не содержит критериев, позволяющих определить субъекта в качестве потребителя. Более того, если бы субъекты гражданского оборота разделялись только на эти две категории, существующего регулирования было бы достаточно, ибо потребителями определялись бы все те лица, которые не являются предпринимателями.

Однако, помимо этих двух категорий субъектов, существуют и другие группы лиц, чьи интересы также защищаются казахстанским законодательством, но которых нельзя отнести ни к предпринимателям, ни к потребителям. Например, в контексте рассмотрения вопроса о формальных требованиях к договорам и последствиях их несоблюдения выделяется отдельная категория граждан, называемых «неопытными участниками оборота», и при регулировании сделок с их участием подлежат соблюдению особые требования, защитная функция которых заключается не столько в том, чтобы обеспечить доказательство договора, сколько дать возможность обдуманно подтвердить серьезность своего намерения вступить в соответствующие договорные отношения.

В связи с этим обращаем внимание на рекомендации Модельных положений Европейского частного права относительно законодательного закрепления критериев разграничения предпринимателей и потребителей (DCFR)[1]. В частности, в ст. I.-1-105 («Потребитель» и «Предприниматель») критерием разграничения определена целевая направленность действий субъекта: потребителем является «лицо, которое действует преимущественно с целью, не имеющей отношения к его торговой, иной предпринимательской или профессиональной

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть, принятая 27 декабря 1994 г., и Особенная часть от 1 июля 1999 г.), с изменениями и дополнениями, ст.ст. 107-109.

деятельности», в то время как предпринимателем подлежит признанию любое «физическое или юридическое лицо независимо от его формы собственности, которое действует с целью, имеющей отношение к осуществляемой не по найму торговой, производственной или профессиональной деятельности, даже если лицо не намерено в ходе такой деятельности извлекать прибыль».

В заметном большинстве случаев гражданский оборот предполагает правоотношения между предпринимателями или между предпринимателем и потребителем. Законодательство в дополнение к общим принципам регулирования гражданского оборота содержит оговорки о применении дополнительных требований к отношениям с участием предпринимателей, как и относящиеся к дополнительной защите прав потребителей.

Однако, существует также категория правоотношений, в которых граждане взаимодействуют на равных условиях, не подпадая по отношению друг к другу и в глазах третьих лиц под критерии предпринимателей или потребителей. В таких ситуациях применяются общие правила гражданского законодательства, а интересы таких граждан обеспечиваются, и их правоотношения оформляются, на основе общих требований гражданского кодекса. В полной мере это относится к оформлению договорных отношений между гражданами, например, при обмене имущественными благами или оказанием друг другу поддержки на основе межличностных отношений, основанных на факторах неюридического свойства. В таких отношениях юридические средства защиты применяются не с целью обеспечения интересов слабой стороны в правоотношениях, а именно для того, чтобы обеспечить условия для обоснованного поведения всех участников данного правоотношения, требуя подтверждения наличия у каждого из них серьезности намерений вступить в это правоотношение.

5. В теоретических источниках по вопросам сравнительного правоведения указывается, что «во всех современных правопорядках исходят из того, что некоторые виды сделок будут признаны юридически значимыми, если они заключены в определенной форме. Правда, требование соблюдать определенную форму стало повсеместно

исключением из общего принципа свободной формы»[1]. При этом обозначенная юридическая значимость видится в том, что используются определенные «требования о форме [договоров] как условие для [их] возможного принудительного исполнения»[2]. Разъясняется, что «их [таких требований] функции могут включать обеспечение доказательства и подтверждение серьезности намерения», но оговаривается, что «многие системы гражданского права, однако, не содержат общего требования соблюдения формы как условие принудительного исполнения [договора], хотя письменная форма или иная формальность может требоваться для определенных видов контрактов. ... Такие требования, как [они] закреплены, не могут негативно влиять на коммерческие сделки. ... Когда устанавливаются требования к форме [сделки], такой эффект может ограничивать в средствах доказывания, как [например, исключать] свидетельские показания, но не влиять на действительность договора»[3].

Рассматривая вопрос о значении специального законодательного регулирования вопросов, относящихся к форме договора, таким образом выделяется, по крайней мере, два важных аспекта:

- какие именно требования, и каким образом, законодательство устанавливает относительно формы договора, и

- каковы правовые последствия несоблюдения формы договора.

6. Обращаясь к вопросу о том, какие требования предъявляются к форме договора, в литературе указывается на повсеместное развитие «тенденции, свидетельствующей о свободе форм заключения сделок»[4]. Указывается, например, что «на основании § 125 ГГУ лишь косвенно можно сделать вывод о том, что, как общее правило, юридические сделки не подлежат требованиям формы»[5]. Более того, в отношении германской

---

[1] Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; Науч. ред. Рассказова Н.Ю. - М.: Статут, 2013. - 989 с. - С. 363.

[2] The Oxford Handbook of Comparative Law. / Eds.: M. Reimann, R. Zimmermann. - OXFORD University Press, 2008. - 1430 p. - С. 914.

[3] Там же. С. 914.

[4] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 376.

[5] Там же. С. 363 - 364

кодификации гражданского права Й. Колер в свое время констатировал, что «все, что касается формы и содержания договоров предоставлено свободному усмотрению сторон. Современное право не сохранило ни формы, ни шаблона для договоров ...»[1].

Вышеупомянутая тенденция нашла отражение и в современных модельных актах международного частного права.

Так, в ст. 1.2 (Свобода формы) Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (2004) закрепляется, что эти Принципы «не устанавливают никаких требований о том, что договор, заявление или любое иное действие должны быть совершены или подтверждены в какой-либо особой форме. Их существование может быть доказано любым способом, включая свидетельские показания». В комментарии к этой статье 1.2 указывается, что в ней устанавливается принцип, в соответствии с которым «заключение договора, как правило, не связано с какими-либо требованиями к его форме», этот принцип имеет место во многих, хотя и не во всех, правовых системах[2]. Следует обратить внимание на то, что этот принцип в равной мере применим к договорам и односторонним сделкам.

Аналогично Принципам УНИДРУА в ст. 6 (Noformrequired) Общеевропейского закона о купле-продаже (Common European Sales Law / CESL) устанавливается, что «если иное не установлено в Общеевропейском законе о купле-продаже, любой договор, заявление или любое иное действие, которое регулируется им, не нуждается в том, чтобы быть заключенным / осуществленным / предпринятым в какой-то особой форме или подтверждаться какой-то особой формой». В комментарии к этой статье указывается, что ее значение заключается в том, чтобы установить правило, согласно которому для правовых отношений не требуется особая форма. Указывается, что этот принцип об отсутствии требований к форме применяется как для заключения договоров, так и для

[1] Колер Й. Современное гражданское право Германии // Гражданское право Германии: Хрестоматия избранных произведений Франца Бернхефта и Иозефа Колера / Сост. Куракин Р.С., Семенова Е.В.: Пер. с нем. проф. Нечаева В.М. - М.: РИОР: ИНФРА-М, 2017. - 320 с. - С. 148-149.

[2] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004: Пер. с англ. Комарова А.С. - М.: Статут, 2006. - 735 с. - С. 10 – 11.

подтверждения таких договоров[1]. В данном случае следует обратить внимание на то, что этот принцип также в равной мере применим к договорам и односторонним сделкам. Предшественником этой ст. 6 CESL называется ст. II.-1:106 DCFR.

Что касается такого важного для европейского частного права документа, как «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft of Common Frame of reference (DCFR)», содержащего модельные правила европейского частного права, то ст. II.-1:106 (Форма) DCFR вполне определенно устанавливает, что «для заключения, составления или подтверждения договора или иного юридического акта не требуется письменная форма, если в отношении формы не установлены иные требования»[2].

7. Таким образом, вышеупомянутыми модельными актами закрепляется в качестве общего принципа свобода выбора формы договора. И объясняется такой подход тем, что «в условиях стремительного ускорения делового оборота, когда партнеры располагают ограниченным временем для принятия решений, было бы неразумно подчинять его требованиям письменной формы и в то же время препятствовать осуществлению устных договоренностей в судебном порядке»[3]. Это объяснение во многих случаях применительно к коммерческим сделкам представляется обоснованным.

В то же время, в литературе также отмечается то обстоятельство, что в последние десятилетия наблюдается и «стремление усилить роль формальных требований»[4]. В связи с этим в комментариях Принципов УНИДРУА указывается, что «принцип свободы формы договора, может, конечно, быть

---

[1] Common European Sales Law (CELS). Commentary. / Ed.: R. Schulze. - C.H. Beck, Hart, Nomos, 2012. - 780 p. - C. 103 - 104

[2] Модельные правила европейского частного права: Пер. с англ. / Науч. ред. Рассказова Н.Ю. - М.: Статут, 2013. - 989 с. - С.119.

[3] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 369.

[4] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 377.

преодолен применимым правом»[1]. Также и в комментарии к ст. 30 CESL подчеркивается, что требование о специальной форме договора может иметь однозначное выражение в норме закона и устанавливается в исключительных случаях, особенно когда несоблюдение соответствующих формальных требований может влечь недействительность контракта[2]. Аналогичное значение имеет и оговорка о возможности установления отдельных требований к форме договора, содержащаяся в ст. II.-1:106 DCFR.

При этом, думается, что преодоление этого принципа свободы в выборе формы договора в национальных законах обусловливается тем, насколько законодатель придает последствиям несоблюдения формы договора материально-правовой характер, то есть насколько несоблюдение формы влечет за собой недействительность договора в силу закона. Как уже говорилось, содержание соответствующих законодательных требований диктуется тем обстоятельством, насколько в данной юрисдикции за установлением соответствующих формальных требований признается защитная функция, направленная на соблюдение интересов участников оборота, и/или насколько жестко национальный закон предполагает обеспечивать неукоснительное соблюдение законодательных установлений (даже если это не будет способствовать стабильности и эффективной мобильности делового оборота).

В свою очередь, даже если национальный закон признает за соблюдением формальных требований к договорам исключительно или преимущественно процессуальное либо иное юри дико-техническое значение, степень использования субъектами делового оборота такой свободы зависит от общего уровня правовой культуры в данном обществе, судебной практики и общераспространенной позиции судов по данным вопросам, а также от уровня технико-информационного развития, и сложившихся в данной юрисдикции обычаев делового оборота. В частности, сами субъекты такого оборота будут склонными использовать такие формы и средства установления договорных отношений, которые позволят им

[1] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004: Пер. с англ. А.С. Комарова. - М.: Статут, 2006. - 735 с. - С. 10-11.

[2] Common European Sales Law (CELS). Commentary. / Ed.: R. Schulze. - C.H. Beck, Hart, Nomos, 2012. - 780 p. - C. 181- 183.

экономить драгоценное время и усилия, снижать объемы транзакционных издержек, только при условии их уверенности в том, что это не повысит для них вероятности споров со своими контрагентами по договорам, не увеличит риска потерь в результате нарушения их контрагентами соответствующих договорных условий, не снизит возможностей и не ограничит средства доказательств договора и его принудительного исполнения.

Говоря об этом, особо обращаем внимание на то, что при признании за формой договора доказательственного значения и предоставлении субъектам оборота свободы в выборе формы, воспользоваться такой свободой они смогут, только если будут уверены в том, что суды примут соответствующие доказательства договора для того, чтобы судебным решением сделать возможным принудительное исполнение договора.

При этом мы говорим о возможностях использования таких форм договора, как устная, письменная, приравненная к устной форма договора, приравненная к письменной форма договора, нотариальное удостоверение письменного договора, а также иные доказательства договора, признанные национальным законом. В зависимости от того, как законодатель понимает функции установленных законом формальных требований, и чем он руководствуется в большей степени при закреплении соответствующих императивных норм (содействием экономическому развитию и эффективности деловых отношений либо стремлением в значительной степени регулировать оборот, в том числе за счет не всегда обоснованного ограничения свободы правомерных действий его субъектов), в национальном законе можно обнаружить большее или меньшее число случаев, когда требуется квалифицированная форма договора (простая письменная или удостоверенная нотариусом) под угрозой недействительности договора при несоблюдении такого требования.

8. Опыт развитых правопорядков, однако свидетельствует о том, что закрепление требования о необходимости квалифицированной формы договора является не просто исключением из общего правила о свободе выбора формы договора, но также и не очень распространенным исключением. И в любом случае, несоблюдение предписанной законом формы

в большинстве случаев не означает ничтожности или возможности признания договора недействительным. Например, относительно германского права Й. Колер подчеркивал, что «случай, когда требуется письменное или даже нотариальное изготовление, образуют редкие исключения. ... Письменная форма предписывается в промышленном праве, ..., правда, не под угрозой его недействительности, но зато под угрозой денежных штрафов и других вредных последствий (§79 торгового уложения)»[1].

Действующим французским законом допускается установление требования письменной формы сделки для придания ей действительности. В частности, из содержания введенной в Кодекс Наполеона в 2004 году ст. 1108-1 следует, что для действительности сделки может потребоваться, чтобы она была письменной[2]. Однако звучит эта норма все же как исключение из правила, ибо согласно ст.ст. 1316-1, 1316-3 и другим статьям этого Кодекса письменный документ на бумажном носителе или в электронной форме прежде всего допускается как доказательство наличия обязательства, а также и осуществления платежа, и «письменный документ на электронном носителе обладает той же доказательственной силой, что и документ на бумажном носителе»[3].

В комментарии к Принципам УНИДРУА по этому вопросу отмечается, что «некоторые правовые системы рассматривают формальные требования как вопрос, относящийся к существу [то есть, когда несоблюдение предписываемой законом формы договора влечет за собой его недействительность], в то время как другие придают им [таким требованиям] лишь доказательственное значение [для цели принудительного исполнения договора]»[4].

При этом, однако, такое последствие, как недействительность договора в связи с несоблюдением

---

[1] Колер Й. Современное гражданское право Германии. В изд.: Гражданское право Германии: Хрестоматия избранных произведений Франца Бернхефта и Иозефа Колера / Сост. Куракин Р.С., Семенова Е.В.: Пер. с нем. проф. Нечаева В.М. - М.: РИОР: ИНФРА-М, 2017. - 320 с. - С. 148-149.

[2] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона): Пер. с фр. Захватаева В.Н. - М.: Инфотропик Медиа, 2012. - 624 с. - С. 329.

[3] Там же. С. 361.

[4] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004: Пер. с англ. Комарова А.С. - М.: Статут, 2006. - 735 с. - С. 10-11.

предписанной для него законом формы, должно быть прямо предусмотрено законом. В частности, это обоснованно рекомендуется в вышеуказанном комментарии ст. 6 CESL, где указывается, что принцип об отсутствии требований к форме исключает рассмотрение договоров недействительными только по тому основанию, что не были соблюдены формальные требования, если только законом прямо не предусматривается, что такое нарушение может привести к недействительности договора.

Практически во всех юрисдикциях существуют положения, когда несоблюдение требуемой законом формы договора влечет за собой недействительность договора. Как правило, такое желание законодателя заставить участников оборота соблюдать установленные требования закона двумя факторами (даже в ущерб его мобильности и гарантии сохранения имущественного права) обусловливается идеей особой защиты некоторых категорий субъектов в некоторых жизненных ситуациях.

При том, что отмечается «развитие повсеместно тенденции, свидетельствующей о свободе форм заключения сделок», однако, также подчеркивается, что «в последние десятилетия можно наблюдать стремление усилить роль формальных требований. Современный законодатель видит в них средство защиты прав потребителя и поэтому требует заключать письменные договоры о предоставлении гражданам кредитов, о найме жилых помещений, о туристических поездках, об обучении с целью получения высшего образования и т.д. ... Но, конечно, в данном случае соблюдение формы не служит условием действительности договора. Цель законодателя заключается в том, чтобы нуждающийся в защите партнер по договору до или в момент его заключения в письменной форме получил как можно больше необходимой ему информации». Например, в казахстанском ГК право потребителя на «полную и достоверную информацию о товарах (работах, услугах)» специально закреплено в п. 6 ст. 10.

В целом же, согласие вызывает позиция о целесообразности всегда руководствоваться разумным подходом к установлению границ таких материально-правовых требований

(в дополнение к их очевидной необходимости)[1]: предоставление участникам заключаемого договора возможности свободного выбора формы для их правоотношения под их ответственность представляется наиболее целесообразным и перспективным подходом для опоры на него в установлении правовых норм и при разрешении споров судами и арбитражем, если на уровне правовой политики признается значимость высокой мобильности и достаточной твердости оборота с участием добросовестных и разумных субъектов коммерческой деятельности.

9. Помимо озабоченности защитой прав потребителей, установление недействительности сделки в случае несоблюдения предусмотренной для нее формы обусловливается также стремлением законодателя создать условия необходимости подтверждения серьезности намерений заключить договор, не допустить легковесности не только при принятии решения о вступлении в сделку, но и при определении ее условий. «Очень часто нормы, требующие соблюдения формы, выполняют функцию подтверждения серьезности намерений, то есть защищают неопытных людей от принятия поспешных решений»[2].

Этими нормами защищаются интересы, в первую очередь, неискушенных участников гражданского оборота, а также любых лиц, склонных к необдуманным действиям, в результате которых они могут понести серьезные убытки, влекущие за собой существенное ухудшение их имущественного положения: как отмечается в исследованиях по данному вопросу, «совершенно очевидно, что возможность легкомысленных, необдуманных и спонтанных поступков обещающего должна быть максимально ограничена»[3]. В связи с этим эффективность в достижении этой задачи достигается установлением, в частности, нотариального удостоверения сделки и недействительности соответствующей сделки при несоблюдении установленной для нее формы.

---

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 376 - 377

[2] Там же. С. 365.

[3] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 365, 376.

Такой подход характерен, например, для законодательства, относимого к немецкой правовой семье, где функции подтверждения серьезности намерения придается столь важное значение, что «недостатки формы всегда ведут к недействительности сделки, даже если в отдельных случаях неопровержимо будет доказана действительность данного обещания или взаимное согласие партнеров заключить договор». Конечно же, и в немецком праве требования формы выполняют функцию доказательства договора, но эта функция выполняет «вспомогательную роль» по отношению к вышеупомянутой защитной функции[1].

Комментируя основные идеи Германского гражданского уложения (ГГУ), Й. Колер привел пример, из которого со всей очевидностью следует его убежденность в целесообразности придания первостепенного значения защитной функции формальных требований к некоторым категориям гражданско-правовых сделок таким образом, чтобы их несоблюдение неизбежно влекло их ничтожность. Так, на примере договора дарения он высказывается за то, чтобы высокоценный дар оформлялся письменно во избежание необдуманного шага, который может привести к существенному изменению уровня благосостояния дарителя. В частности, Колер отмечает, что ГГУ «различает лишь наличные дарения и дарственные обещания, но не крупные и мелкие дарения. Для наличного дарения не требуется никакой формы, хотя бы предметом его была очень крупная сумма; наоборот, дарственное обещание должно быть облечено в форму судебного или нотариального акта, и это даже том случае, когда предметом дарения служит нечто очень маленькое». Однако он указывает на то, что «передача может быть совершена под влиянием минутного побуждения, которое совершенно противоречит обычному душевному складу человека. ... Поэтому я предпочитаю правило пандектного права, что, по крайней мере, дарения очень высоких сумм во всяком случае должны быть сделаны формально, и не думаю, чтобы наше правовое состояние много выиграло от нововведения гражданского уложения (§ 518)»[2].

---

[1] Там же. С. 369 -370.

[2] Колер Й. Современное гражданское право Германии // Гражданское право Германии: Хрестоматия избранных произведений Франца Бернхефта и Иозефа Колера / Сост.

А вот «в романской правовой семье требование формы в основном выполняет функцию доказательства (если предписания в отношении формы не выполняются, то, как правило, это не ведет к недействительности сделки, а лишь затрудняет доказательство ее действительности, поскольку свидетельские показания, нежелательные с точки зрения правовой политики, учитывая их общеизвестную ненадежность, исключаются)». В связи с этим «гражданские кодексы романской правовой семьи следуют французскому ГК и делают принципиальное различие между случаями, когда выполнение определенных формальностей является предварительным условием действительности правовой сделки, и всеми остальными случаями, когда при несоблюдении предписанной формы правовая сделка хотя и является действительной, но доказать это в суде невозможно, а если и возможно, то средства для этого крайне ограничены»[1].

В целом аналогичным обнаруживается подход, принятый в юрисдикциях общего права. Отмечается, что «согласно англо-американскому праву случаи соблюдения формы как предварительного условия действительности договора крайне редки (но предусматривается обязательно специальная письменная форма для односторонних сделок (deeds)). «Обычным следствием несоблюдения предписываемых законом требований к форме сделки является не ее недействительность, а невозможность добиваться ее исполнения в судебном порядке, то есть подобная сделка не может служить основанием для иска (unenforceable)».Общей тенденцией является нередко поддерживаемое судами желание участников делового оборота минимизировать случаи материально-правовых последствий несоблюдения формы коммерческой сделки. Очевидно, что в этом случае речь идет о том, что несмотря на законодательные установления относительно форм сделки, в судебной практике принятии иных доказательств возникновения договора и в ряде случаев в уменьшении правовой значимости именно письменной формы договора как документа, подписываемого

Куракин Р.С., Семенова Е.В.; [Пер. с нем. проф. Нечаева В.М.]. - М.: РИОР: ИНФРА-М, 2017. - 320 с. - С. 201-202.

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 366-369

договаривающимися сторонами (как, например, когда в США дискутируется необходимость в сохранении требования заключать договоры купли-продажи в письменной форме)[1].

Понятие договора, не подлежащего принудительному исполнению, («unenforceable agreement») имеет особое значение в контексте рассматриваемого вопроса о доказательствах сделки. Закон признает действительность таких договоров, но не позволяет использовать правовые средства для их принудительного исполнения. Этот термин является понятием системы общего права. Сам термин «договор, не подлежащий принудительному исполнению, (unenforceable contract)» определяется как «договор, который является действительным и, поэтому, составляющим основание для возникновения правоотношения между его сторонами, но который по каким-то причинам не может быть юридически исполнен в принудительном порядке одной из сторон (а иногда также и другой стороной)»[2]. С учетом этого в источниках указывается на то, что в странах влияния английского права предусматривается, что определенные виды договоров не могут быть исполнены в принудительном порядке, если они не подтверждены подписанием письменного документа[3].

10. Представляется важным понимать, что в сфере коммерческого оборота наиболее современным отношением к значению соответствующего правового регулирования является то, что в установлении требований к форме отражается функциональный подход, в соответствии с которым соблюденная форма доказывает возникновение правоотношения «даже при отсутствии у сторон нечестных намерений»: «сам факт того, что в упомянутых предписаниях первоначально увидели функцию подтверждения доказательства, свидетельствует о процессуальной, а не материально-правовой природе санкций за нарушение требований к форме, выражающихся в признании

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 373.

[2] Goode on Commercial Law. Forth Edition / Ed.: E. McKendrick. – Lexis Nexis UK and Penguin Books, 2010. - 1433 p. - C. 85.

[3] The Oxford Handbook of Comparative Law. / Eds.: M. Reimann, R. Zimmermann. - OXFORD University Press, 2008. - 1430 p. - C. 914 – 915.

сделки недействительной»[1]. Это представляется обоснованным решением, направленным на поддержку делового оборота. При этом, поскольку существование договора должно подтверждаться какими-то объективно существующими доказательствами, то таким доказательством, в первую очередь, является оформление договора письменным документом.

Закрепление в законодательстве требований, которым должна соответствовать письменная форма договора, является характерным для любого правопорядка. При этом уровень развития современного общества позволяет выйти за рамки традиционного понимания письменной формы как изложения текста рукописными или печатными знаками на бумаге (а также деревянных дощечках, листах пергамента (кусочках обработанной кожи), металла или пластика, на каменных плитах или стекле, либо на любых иных материальных носителях, позволяющих наносить на них сохраняющие видимость или осязаемость (например, при использовании тактильного шрифта Брайля для незрячих и слабовидящих) знаки).

В настоящее время носителями информации, имеющей юридическое значение (в том числе, для признания договоров), также признаны средства электронной коммуникации, позволяющие подтверждать волеизъявление и/или действия субъектов правоотношения. Например, с 2004 года в Гражданском кодексе Франции «предусмотрена возможность продавца, действующего в профессиональном качестве, делать предложения о поставке товаров или о предоставлении услуг в электронной форме»: при этом электронная форма установлена как равнозначная альтернатива письменной форме (ст. 1108-1) либо как разновидность письменного документа на бумажном носителе (ст. 1316-1), служащего доказательством наличия обязательств и осуществления платежа, но при соблюдении определенных требований к использованию такой электронной форме[2].

Однако, каким бы ни был носитель такой юридически значимой информации (традиционно бумажным, иным

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 364-365.

[2] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона): Пер. с фр. [Захватаева В.Н.] - М.: Инфотропик Медиа, 2012. - 624 с. - С. X, 329 и 361.

материальным или электронным) важным критерием соблюдения письменной формы документа считается проставление на ней подписи исполнившего его лица (например, стороны договора). Без надлежащего подписания документа письменная форма не может признаваться соблюденной.

Так, например, согласно ст.ст. 1108-1, 1316-1 и 1316-4 французского гражданского кодекса исполнение юридического документа (в том числе договора) в электронной форме считается надлежащим и имеющим доказательственное значение применительно к существованию обязательства или осуществлению юридического действия, если (а) электронная «запись осуществляется в условиях, гарантирующих, что она может быть сделана лишь одним этим лицом», «может быть надлежащим образом установлено лицо, от которого он исходит», (б) «он составлен и хранится в условиях, обеспечивающих его целостность». Примечательно, что для надлежащего оформления юридического акта в электронной форме требуется подписание электронного документа электронной подписью. В то же время требованием к электронной подписи является обязательное «использование надежного средства идентификации, обеспечивающего ее связь с актом, к которому она относится»[1].

Определенные требования к письменной форме отражены и в ст. I.-1:106 («Письменная форма» и аналогичные требования) DCFR. В соответствии с ними такая форма предполагает изложение «в форме текста, состоящего из букв алфавита или иных понятных знаков, которые разборчиво изображены на бумаге или ином материальном носителе». Такое изложение текста должно быть сделано при помощи средств, позволяющих прочитать, записать и воспроизвести на материальном носителе содержащуюся в тексте информацию. При этом изложение текста для соблюдения письменной формы должно быть сделано и сохранено на ином кроме бумаги материальном носителе таким образом, чтобы изложенная информация «была доступна для ознакомления в будущем в течение достаточного, исхода из

[1] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона): Пер. с фр. [Захватаева В.Н.] - М.: Инфотропик Медиа, 2012. - 624 с. -С. 329, 361-362.

назначения информации, периода времени, и чтобы ее было можно воспроизвести в неизменном виде»[1].

И в тех случаях, когда устанавливается требование о подписании документа, составленного в письменной форме, ст. I.-1:107 («Подпись» и аналогичные требования) DCFR предусматривает проставление собственноручной подписи лица, электронной подписи и квалифицированной электронной подписи, определяя эти понятия. Кроме того, эта же статья DCFR вносит ясность в вопросе о том, что означает термин «электронный», распространяя его на «все, что относится к электронным, цифровым, магнитным, беспроводным, оптическим, электромагнитным или аналогичным техническим возможностям»[2].

Таким образом, с учетом придания формальным требованиям доказательственного значения вопрос об оформлении договора в письменной форме приобретает особое значение, чтобы обеспечить наличие достоверного подтверждения договора и исключить расчет на нетвердую память, если стороны выбирают заключение договора в устной форме[3].

11. Сделанным в любой форме заявлениям сторон договора, предшествующим его заключению в письменной форме, может придаваться значение подтверждения заключенного договора. На этот момент необходимо обратить особое внимание в случаях споров относительно существования и/или содержания договора, поскольку и в литературе отмечается, что при определении содержания договора суды во всех правовых системах обычно допускают для себя свободу рассматривать все имеющие отношение обстоятельства, включая факты предварительных переговоров, даже если из договора следует, что сами стороны договора придали его формулировкам особое или специальное значение, отличное от его обычного[4]. Это особенно важно помнить в том случае, когда договор регулируется английским правом, или спор разрешается в судах

---

[1] Модельные правила европейского частного права: Пер. с англ. / Науч. ред. Рассказова Н.Ю. - М.: Статут, 2013. - 989 с. - С. 109.

[2] Там же. С. 109-111.

[3] The Oxford Handbook of Comparative Law. / Eds.: M. Reimann, R. Zimmermann. - OXFORD University Press, 2008. - 1430 p. - C. 920.

[4] Там же. С.921.

или арбитражах на территории Великобритании, поскольку вышеупомянутая свобода судейского усмотрения является характерной для данной юрисдикции: как констатируется в теоретических источниках, в Англии судьи «преодолевают трудности, связанные с бесконечным вмешательством законодателя в область частного права» именно (конечно же, помимо прочего) в рамках рассмотрения ими вопросов о признании договоров[1].

Другим важным аспектом в этом случае является также исключение разногласий и конфликтов между сторонами договора, которые посредством различных способов взаимодействия согласовывали условия своих договорных отношений. В таком случае особо важным является оформление договора в письменной форме и указание в нем, что именно этот письменный документ содержит все условия, по которым стороны достигли соглашения, и именно он служит единственным источником регулирования их взаимоотношений, исключая для них возможность ссылаться на любые не оговоренные в нем условия. Такая контрактная оговорка является очень распространенной, когда письменные договоры оформляются в рамках английского права. За счет ее включения в текст договора из его содержания исключаются те условия, которые не отражены в такой письменной форме. В литературе отмечается, что такой подход полезен для оформления контракта после длительных переговоров в юрисдикциях общего права, где наблюдается серьезное отношение к вопросу о целостности письменных договоров. В этой ситуации стороны письменного договора отражают в нем свою договоренность о том, что любые доказательства, выходящие за рамки письменного договора, то есть не отраженные в нем, исключаются из содержания их контракта. Использование такого правового приема позволяет придать правовое значение намерениям сторон договора закрепить именно в письменной форме их окончательное и, очевидно, полное выражение их договоренностей[2]. Такая техника предлагается к восприятию и правовыми системами

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 371.

[2] The Oxford Handbook of Comparative Law. / Eds.: M. Reimann, R. Zimmermann. - OXFORD University Press, 2008. - 1430 p. - C. 920.

континентальной Европы. В частности, ст. 11.-4:104 DCFR соответствующее положение договора называется интеграционной оговоркой. Однако, оговаривается, что даже при включении в договор интеграционной оговорки, но в отсутствие нормы, запрещающей ссылаться на иные договоренности сторон относительно договора, все предшествовавшие заключенному в письменной форме договору заявления его сторон могут быть использованы в целях толкования договора[1].

Однако, также следует обратить внимание, что признание договора и выявление его содержания на основании иных подтверждений (даже и при наличии письменного договора) является практикой не только в юрисдикциях общего права. В авторитетных публикациях указывается на то, что это характерно и для правопорядков гражданского кодекса: «в отношении коммерческих сделок во Франции, в которых одним из участников является предприниматель, согласно ст. 109 Торгового кодекса, действуют все виды доказательств»[2].

Вместе с тем, в этом случае речь не идет о свидетельских показаниях, которые практически во всех юрисдикциях лишаются признания за ними силы надлежащего доказательства возникновения или существования договора, а также его содержания. Поэтому совершенно обоснованным является утверждение о том, что «в принципе, заключение сделок, за исключением повседневных, должно доказываться с помощью нотариальных или частных документов»[3].

В свою очередь, в качестве частных документов в западных юрисдикциях рассматривается не только договор, заключенный в простой письменной форме, но также и, например: (а) письмо, в котором зафиксированы результаты переговоров, (б) письменный документ, убедительно обосновывающий заявление о заключении договора, сделанное в письменной форме, или (в) письмо покупателя, подтверждающее устное предложение сделки продавцом[4].

---

[1] Модельные правила европейского частного права: Пер. с англ. / Науч. ред. Рассказова Н.Ю. - М.: Статут, 2013. - 989 с. - С. 143-145.

[2] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С.368.

[3] Там же. С. 367.

[4] Там же. С.367.

Более того, в качестве доказательств договора или элементов таких доказательств могут приниматься или использоваться целый ряд других подтверждений, которые в определенной мере можно также отнести к категории «иных доказательств» в подтверждение совершения, содержания или исполнения сделки, которые в качестве таковых допускаются согласно п. 1 ст. 153 ГК. Например, во Франции некоторые суды удовлетворяются прослушиванием магнитофонных записей устных заявлений, которые рассматриваются как начало / основание правоотношений[1].

Отдельным доказательством, подтверждающим договор, может быть собственно поведение сторон предполагаемого или существующего правоотношения. Например, во Франции в качестве такого в силу прямой нормы ст. 1347 ФГК может рассматриваться неявка стороны по повестке в суд, ее отказ в случае явки отвечать на определенные вопросы или даже путанные ответы, фактическое поведение в суде[2]. А в Англии таким доказательством, например, договора передачи недвижимости в собственность истца признавался судами «тот факт, что истец поверил словам ответчика о том, что она может рассматривать дом как свою собственность, и с его одобрения потратила значительную часть своих сбережений на ремонт и улучшенную планировку[3].

Юридическая значимость фактического поведения участников правоотношения как доказательства договора между ними признается и общеевропейским законом о купле-продаже. В частности, по закрепленному в п. 3 ст. 30 CESL правилу, намерение сторон придать юридическую силу договору между ними подлежит выявлению посредством толкования их заявлений и их поведения в соответствии с применимыми правилами[4].

Допустимость иных доказательств договора (кроме собственно письменного договора) представляется чрезвычайно

---

[1] Там же. С. 369.

[2] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 369-370.

[3] Там же. С. 375.

[4] Common European Sales Law (CELS). Commentary. / Ed.: R. Schulze. - C.H. Beck, Hart, Nomos, 2012. - 780 p. - C.183.

важным достижением современного права, поскольку, с одной стороны, поддерживает высокий показатель предпринимательской активности и приемлемую степень стабильности оборота. Такой подход исключает рассмотрение договоров недействительными только по тому основанию, что не были соблюдены формальные требования, постольку поскольку не устанавливается соответствующих формальных требований, когда такое нарушение может привести к недействительности договора[1]. Хотя и высказанное по поводу договоров купли-продажи, это утверждение представляется обоснованным и в отношении других видов коммерческих сделок.

С другой стороны, это также способствует поддержке надлежащего уровня разумности и добросовестности участников оборота, повышению их ответственности за свои слова и свое поведение.

И кроме того, в целом отраженный и в казахстанском ГК, такой подход позволяет эффективно решать задачу социально-экономической модернизации общества и совершенствования национального закона с применением новейших технологий взаимодействия и сотрудничества в рамках гражданского оборота. И одним из аспектов такой модернизации и совершенствования представляется активное использование современных средств юридических коммуникаций и оформления правоотношений на основе цифровых технологий.

12. В казахстанском праве в качестве общего правила также отражен принцип свободы в определении сторонами сделки ее формы. При этом, содержанием ст. 152 ГК определяются признаваемые казахстанским законом формы сделок, и перечень этих форм не является исчерпывающим.

Границы такой свободы профессор Ю.Г. Басин определял следующим образом. Применительно к использованию устной формы «действует обще дозволительное правило: устная форма сделки допустима всегда, кроме случаев, когда она противоречит определенным нормам законодательства или соглашения сторон», и если «устная форма сделки допускается в весьма широких пределах», то ГК «намечает более строгие границы необходимости письменной формы сделок». Он также с достаточной определенностью указал на то, что

[1] Там же. С. 101-103.

«целесообразность письменной формы определяется тем, что она более достоверно подтверждает и наличие сделки, и ее содержание. Это может обеспечить более надежную защиту интересов участников сделки и более точную систему бухгалтерского учета»[1].

Таким образом, свобода в выборе формы договора по казахстанскому ГК ограничивается либо прямым установлением в законодательстве обязательного заключения сделки в письменной форме или иной определенной форме (например, п. 2 ст. 151 и п. 1 ст. 394 ГК), либо допущением выбора формы по усмотрению сторон сделки, если выбор определенной формы не противоречит законодательству (п. 5 ст. 151 ГК). Причем предусматриваемая свобода в выборе формы договора распространяется и на свободу выбора формы выражения воли на совершение договора (например, абзац п. 2 ст. 152 ГК). В конечном счете, любая сделка (как и одностороннее действие, не являющееся сделкой, но имеющее юридическое значение) и есть проявление воли совершающего ее субъекта, а само волеизъявление выражается именно в признаваемой законом форме сделки[2].

Обратим внимание на то, что, хотя ГК и допускает для сторон договора правомочие самостоятельно определить требования, обязательные для оформления их отношений (п/п. 3 п. 1 ст. 152 ГК, а также, например, п. 5 ст. 151 ГК относительно приемлемости устной формы, допущение сторонами молчания согласно п. 4 ст. 151 ГК или отдельных средств коммуникации в соответствии с п. 2 ст. 152 ГК), и это также следует рассматривать как подтверждение общего принципа свободы в определении формальных требований при совершении сделок, однако эта свобода ограничивается действием императивных требований о применении конкретной формы договора. Например, Ю.Г. Басин отмечал, что «закон запрещает нарушение требуемой формы путем ее упрощения», например, нельзя заменять требуемую законом письменную форму сделки устной, но «согласованное

---

[1] Басин Ю.Г. Сделки. // Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У. Сост. Сулейменов М.К. - Алматы: АЮ - ВШП «Адилет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003. - 734 с. - С. 268 -270.

[2] Басин Ю.Г. Сделки. // Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У. Сост. Сулейменов М.К. - Алматы: АЮ - ВШП «Адилет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003. - 734 с. - С. 268.

участниками сделки отступление от установленной формы в сторону ее усложнения вполне допустимо и не вызывает никаких отрицательных для сторон последствий»[1]. Именно с учетом этого следует понимать и п. 1 ст. 394 ГК, позволяющий сторонам договора условиться о его заключении в определенной форме, даже если законодательством для данного вида договора эта форма не требовалась (например, можно договориться о письменном договоре, когда для его совершения допустима устная форма, о нотариальном удостоверении договора при достаточности простой письменной или устной формы, о совершении договора обменом документами и т.п.).

13. Общим правилом о последствиях несоблюдения формальных требований к совершению сделок является положение п. 2 ст. 157 ГК, в соответствии с которым сделка признается недействительной при нарушении требований, предъявляемым ее форме или содержанию. В свою очередь, Ю.Г. Басин, обращаясь к вопросу о последствиях несоблюдения формы сделки, отметил, что «в виде общего правила нарушение простой письменной формы не влечет недействительности сделки, но серьезно затрудняет доказывание ее существования и ее условий», однако в качестве исключения, «если законом или соглашением сторон к требованиям письменной формы добавлена фраза о том, что нарушение формы влечет недействительность сделки, то при нарушении формы сделка не будет иметь никакой юридической силы, даже если стороны не отрицают факта ее заключения»; аналогичны последствия нарушения требований об обязательном нотариальном удостоверении сделки (п. 1 ст. 154 ГК)»[2].

В частности, в п. 2 ст. 153 ГК закреплено правило о том, что «в случаях, прямо указанных в законах Республики Казахстан или соглашении сторон, при несоблюдении простой письменной формы сделка считается ничтожной». Столь же императивная норма содержится в п. 3 ст. 153 ГК, предусматривающая (как и п. 2 ст. 1104 ГК) при несоблюдении простой письменной формы недействительность (ничтожность) внешнеэкономической

---

[1] Там же. С. 271 – 272.

[2] Басин Ю.Г. Сделки. // Басин Ю.Г. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У. Сост. Сулейменов М.К. - Алматы: АЮ - ВШП «Адилет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003. - С. 274-275.

сделки, то есть, согласно указанию Ю.Г. Басина, «коммерческой сделки между казахстанским и иностранным гражданами или юридическими лицами»[1].

Эти нормы игнорируют возможность использования форм, приравниваемых к совершению сделки в письменной форме или признаваемое соблюдением требования о письменной форме договора. И это представляется весомым фактором, обусловливающим целесообразность ее корректировки.

14. Таким образом, мы видим, что казахстанское законодательство придает формальным требованиям к совершению сделок материально-правовое значение, в тех случаях, когда законодательством устанавливаются специальные требования к форме сделки, несоблюдение которых влечет или может повлечь недействительность сделки, а также процессуальное значение, позволяя сторонам сделки облегчить возможности для подтверждения ее заключения и ее содержание.

Представляется целесообразной корректировка этой нормы п. 2 ст. 152 ГК в связи с тем, что она однозначно связывает ничтожность сделки с несоблюдением простой письменной формы, но игнорирует тот факт, что сам ГК содержит возможность использования «иных определенных форм», при которых соблюдение таких иных форм либо приравнивается к совершению сделки в письменной форме (например, п. 3 ст. 152 ГК), либо письменная форма договора считается соблюденной (например, п. 2 ст. 394 ГК). Формальное же следование предписанию п. 2 ст. 153 ГК может привести к необоснованному ущемлению правомерных интересов участников сделки и нарушению стабильности оборота. В том числе, это же замечание касается и того, что данная норма п. 1 ст. 152 ГК относится к сделкам, осуществляемым в процессе предпринимательской деятельности. Кроме того, необоснованным представляется признание ничтожной сделки при несоблюдении письменной формы, определенной соглашением сторон, ибо, совершив фактическими действиями сделку в устной или иной форме, и тем самым признав их правовое значение, сами стороны отменяют ранее согласованную простую письменную форму. Ограничивать свободу их действий ничтожностью их сделки в таком случае представляется необоснованным. И, наконец, п. 2 ст. 153 ГК не

[1] Там же. С. 275.

следует считать ограничивающим возможность нотариального удостоверения соответствующей сделки, ибо в этом случае всегда (по крайней мере, на текущем этапе развития) удостоверяемая нотариусом сделка предварительно должна быть оформлена письменно.

Однако, в данном случае представляется целесообразным сделать несколько оговорок.

Первая заключается в том, что не во всех случаях несоблюдение установленной законом формы влечет признание сделки недействительной. В частности, хотя одним из предусмотренных в п. 1 ст. 9 ГК путей судебной защиты называется признание сделки недействительной, в других статьях ГК предусматривается также и такой способ защиты прав (а скорее всего - защиты самого гражданского оборота), как признание сделки действительной. В частности, применительно к последствиям несоблюдения требований к форме сделки в п. 2 ст. 154 предусматривается признание судом по заявлению заинтересованной стороны действительной той сделки, которая хотя и подлежала нотариальному удостоверению, но не была удостоверена нотариусом, однако она была фактически исполнена сторонами или одной из сторон, по своему содержанию не противоречит законодательству и не нарушает прав третьих лиц.

Конечно же, с внесением в 2017 году Законом № 49-IV[1] изменения о ничтожности таких сделок (исключающей любое судебное усмотрение относительно ее действительности) создалось очевидное несоответствие между содержанием п. 1 и содержанием п. 2 этой статьи (что в очередной раз свидетельствует о непродуманности и необоснованности осуществленных изменений в ГК относительно легального закрепления концепции ничтожных сделок). В то же время, допустимость признания сделок действительными в таких случаях представляется весьма прогрессивным и целесообразным, позволяя сохранить динамику и твердость

[1] Закон Республики Казахстан от 27 февраля 2017 г. № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» / первоначально опубликован в: «Казахстанская правда» от 1 марта 2017 г. № 42 (28421); действующая редакция: Электронный ресурс: ПАРАГРАФ // http://online.zakon.kz/.(Дата доступа: 28.08.2017).

делового оборота. При этом такая законодательная возможность не умаляет важности соблюдения законодательных требований, поскольку не снижает степени ответственности участников оборота за последствия своих действий, а усилия, временные и материальные затраты в связи с таким судебным признанием действительности сделки, как и риск, связанный с неопределенностью относительно того, какую позицию в конкретном деле займет суд, представляется адекватной степенью ответственности и достаточно эффективным механизмом, побуждающим к соблюдению установленных законом формальных требований. Вместе с тем, без сомнения, применение этой нормы ни при каких условиях не должно касаться сделки, совершенной в устной форме: в такой ситуации безусловная недействительность (ничтожность) сделки представляется абсолютно обоснованной.

Вторая оговорка касается отмечаемого «смешения» в казахстанском законодательстве понятий «несовершенная сделка» и «недействительная сделка», и совершенно справедливого замечания о том, что «несовершенная сделка не является сделкой недействительной, и указанные понятия не соотносятся как род и вид»[1]. Рассмотрению этого вопроса специальное внимание уделила своей публикацией К.М. Ильясова[2], и большинство ее выводов вызывает согласие и поддержку. Сейчас только обратим внимание на то, что несоблюдение предусмотренной законом формы сделки, означающее ее несовершение в силу закона, как правило, означает невозможность доказать ее заключение. В этой ситуации заинтересованные лица (чаще всего - стороны сделки) сталкиваются с проблемой доказательства сделки, то есть, по сути, с необходимостью доказать ее действительность. В иностранной литературе относительно такой ситуации отмечается, что «различия между недействительностью сделки и

[1] Гражданское право. Т. I. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. Сулейменов М.К. - Алматы, 2013. - 776 с. - С. 649-651.

[2] Ильясова К.М. О соотношении понятий «недействительные» и «несовершенные» сделки в гражданском законодательстве Республики Казахстан. - Электронный ресурс: - Режим доступа: http://online.zakon.kz/ Document/?doc_id=39409285. - Дата доступа: 08.08.2017.

недоказуемостью ее действительности очень незначительны»[1]. На самом деле, невозможность доказать действительность сделки при ее оспаривании повлечет те же последствия, которые предусмотрены законом как последствия недействительности сделки.

Вместе с тем, несоблюдение формы сделки не всегда может означать невозможность доказать ее совершение и ее действительность. В качестве примера можно привести содержание того же п. 2 ст. 154 ГК, позволяющее судебное признание совершенной сделки (причем без необходимости ее последующего нотариального удостоверения) при несоблюдении установленного законом требования ее нотариального удостоверения в качестве условия, позволяющего считать ее совершенной. Другими примерами являются случаи, когда сделка совершена «в иной определенной форме» (п. 2 ст. 151 ГК), ее совершение подтверждается «письменными или иными доказательствами» (п. 1 ст. 153 ГК), а также когда законом допускается признание соблюденной письменной формы договора при соблюдении условий п. 2 ст. 394 ГК.

15. Еще один аспект касается вышеупомянутых положений ГК о том, что форма сделки может быть определена ее сторонами. Как мы понимаем, Басин Ю.Г. рассматривал последствия несоблюдения формы сделки, определенной сторонами, такими же, как и последствия несоблюдения формальных требований, которые установлены законом. В этой ситуации, однако, представляется наиболее целесообразным такие сделки либо квалифицировать как несовершенные, либо просто позволить сторонам доказывать совершение сделки и ее содержание любыми признаваемыми законом способами и доказательствами. Это позволило бы не просто сохранить стабильность делового оборота, но также создать условия для разумного и ответственного поведения участников отдельной сделки и других субъектов оборота, у которых может иметься интерес в связи с этой сделкой. Естественно, что такое понимание последствий несоблюдения согласованных сторонами сделки формальных требований нуждается не только в поддержке со стороны судов,

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Т. I. Основы. Т. II. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт: Пер. с нем. - М.: Междунар. отношения, 2010. - 728 с. - С. 366.

но целесообразным представляется и соответствующее совершенствование относящихся к этому вопросу положений ГК.

И, наконец, обращает на себя внимание законодательное различение понятий «форма сделки» и «форма выражения воли» на совершение сделки. Поскольку согласно п. 3 ст. 148 ГК, как известно, договоры определяются как двусторонние или многосторонние сделки, совершенные на основе выраженной согласованной воли сторон соответствующей сделки, то любая признаваемая законом форма договора обусловливается обязательностью надлежащего в каждом конкретном случае выражения воли сторон предполагаемого договора связать себя взаимными правами и обязанностями (безотносительно того, предполагается ли договор быть односторонним или двусторонним обязательством[1]). То есть для того, чтобы договор считался совершенным (как, впрочем, и односторонняя сделка или определенное одностороннее юридически значимое действие признавалось осуществленным с позиций закона), воля предполагаемых сторон договора должна быть выражена также в допустимой законом форме, которая нередко представляет собой либо собственно форму сделки или юридического действия (как правило, односторонних), либо обязательный элемент надлежащей (предписанной или допустимой) формы двусторонней или многосторонней сделки (т. е. договора).

В данном случае полное согласие вызывает высказанная К.М. Ильясовой позиция о том, что «для совершения сделки (заключения договора) в соответствующих случаях форма выражения имеет существенное значение»[2]. Однако уточним, что «в соответствующих случаях» означает «во всех случаях», хотя в определенных ситуациях соблюдение требований к форме выражения воли (как обязательного элемента формы сделки) предписывается законом под угрозой признания сделки недействительной или несовершенной, либо допускается законом как одна из нескольких альтернатив, содержа в себе лишь риск затруднений в доказывании совершения сделки и/или ее содержания.

---

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть, принятая 27 декабря 1994 г., и Особенная часть от 1 июля 1999 г.), с изменениями и дополнениями. П. 3 ст. 269.

[2] Ильясова К.М. О соотношении понятий «недействительные» и «несовершенные» сделки в гражданском законодательстве Республики Казахстан //http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39409285. (Дата доступа: 08.08.2017).

С учетом этих оговорок представляется важным вопрос о том, какие конкретно требования предусматривает казахстанский закон относительно формы сделки и формы выражения воли как элемент формы сделки, и какие доказательства он допускает в подтверждение совершения сделки и ее содержания.

16. В п. 1 ст. 151 ГК прямо предусматривается допустимость совершения сделок устно или в письменной форме. Однако это положение не является ограничивающим совершение сделки в иной форме, и п. 2 этой же статьи содержит соответствующее допущение. В связи с этим представляется, что в соответствии с действующими положениями ГК допустимые формы сделок:

1) устная форма (п. 1 ст. 151);

2) письменная форма (п. 1 ст. 151);

3) «иная определенная форма» (п. 2 ст. 151).

Сделками, заключенными в устной форме, считаются сделки, совершаемые на словах[1]. В данном случае имеются в виду слова, высказанные вслух, но не отображенные знаками на материальном носителе словами. Не является устной сделка, когда соответствующие устные заявления записаны в качестве соответствующих звуков на соответствующем носителе звуковой информации (магнитная лента, цифровая запись, виниловый диск и т.п.). Поэтому для заключения сделки в устной форме ее сторонам необходимо, как правило (и по определению), осуществить обмен устными заявлениями, из которых бы следовала воля каждой стороны вступить в соответствующее договорное правоотношение с контрагентом на конкретных условиях.

Также и устное заявление может рассматриваться как надлежащая форма выражения воли субъекта при осуществлении им действий, не являющихся сделкой или этапом заключения сделки, но влекущих за собой юридически значимые последствия: как например, при отказе от права собственности посредством устного (хотя или не исключая письменное или осуществленное в иной форме) объявления, совершения других действий или, наоборот, бездействия, если это определенно свидетельствует об устранении данного субъекта от

[1] Гражданское право. Т. I. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. Сулейменов М.К. - Алматы, 2013. - 776 с. - С. 639.

осуществления правомочий собственника на имущество без намерения сохранить какие-либо права на него (ст. 250 ГК).

Именно обмен словесными заявлениями есть устная форма сделки. Ее совершение подтверждается, прежде всего, непосредственными (конклюдентными) действиями во исполнение устных договоренностей, исполняемые в момент совершения соответствующей сделки (п. 2 ст. 151 ГК). В этом случае устная сделка заключается и исполняется одновременно.

В случае, когда момент заключения и исполнения устной сделки разделяется, подтверждением ее совершения может служить поведение ее сторон, из которого явствует согласование их воли на совершение сделки. Например, когда стороны согласовали проведение ремонта квартиры, заказчик подготовил комнату для ремонта и разместил в ней привезенные подрядчиком инструменты и материалы, необходимые для проведения соответствующего ремонта.

К поведению сторон (в данном случае, как правило, одной из сторон), подтверждающему выражение воли совершить сделку в устной форме (хотя не исключается и собственно совершение устной сделки), следует отнести и молчание. Однако молчание признается надлежащим выражением такой воли только в тех случаях, когда это прямо предусмотрено законодательством либо предварительно согласовано сторонами предполагаемой сделки. При этом согласно п. 4 ст. 151 ГК молчание может признаваться выражением воли на совершение сделки не только в устной, но и в «иной определенной форме», один из удачных примеров чему приводится в Учебнике гражданского права[1].

В качестве отдельного способа подтверждения сделки, заключенной в устной форме, п. 3 ст. 151 ГК предусматривает предоставление одной стороной другой стороне жетона, билета или иного обычно принятого подтверждающего знака, если иное не установлено законодательством. Такое «иное установление» в данном случае означает такую ситуацию, когда выдача такого знака не будет признана подтверждением или достаточным подтверждением совершения устной сделки. В то же время, представляется более корректным относить этот способ

[1] Гражданское право. Т. I. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. Сулейменов М.К. - Алматы, 2013. - 776 с. - С. 639.

подтверждения совершенной сделки к «иным определенным формам сделки» согласно п. 2 ст. 151 ГК, поскольку в данном случае к достаточному для совершения устной сделки обмену словесными заявлениями дополняются квалифицирующие признаки, отсутствие которых в конкретных обстоятельствах может заметно затруднить доказательство совершенной сделки.

Доказательством договора в устной форме может служить документ, подтверждающий ее исполнение, полученный исполнившей сделку стороной от другой стороны (п. 5 ст. 152 ГК). Правда, эта норма имеет большее значение в качестве закрепления права исполнившей стороны потребовать от своего контрагента предоставления такого подтверждающего документа. Но также существование подобного документа может служить подтверждением совершения сделки в случае, когда ее исполнение представляет собой характер продолжающихся или поэтапно-последовательных действий во исполнение устного договора, а также в отношениях сторон сделки с заинтересованными третьими лицами (например, в подтверждение возникшего или прекратившегося у них права на имущество и т.п.). Пользуясь случаем, также обратим внимание на необоснованно ограниченное допущение в применении этой нормы лишь в отношении устных предпринимательских сделок: представляется допустимым разрешить такое право и по другим видам гражданско-правовых сделок, но необходимым сохранить запрет на то, чтобы подтверждение исполнения сделки могло быть затребовано именно по предпринимательским сделкам, исполняемым при самом их совершении (обратное бы необоснованно усложнило оборот).

Обращает на себя внимание неудачность формулировки п. 4 ст. 151 ГК относительно того, что молчание признается выражением воли совершить сделку в случаях, предусмотренных соглашением сторон. Такая формулировка законодательного установления предполагает наличие соглашения сторон предполагаемой к совершению сделки о том, что они будут признавать молчание надлежащим выражением воли совершить сделку. Однако, в такой ситуации в подавляющем большинстве случаев молчание допускается таким надлежащим выражением воли, только если одна из сторон (как правило, оферент) в каком-то объективированном (материализованном) виде, например, в

письменной оферте однозначно допускает для себя молчание своего респондента в качестве такового. Приводимый в Учебнике гражданского права пример описывает именно такой случай[1]. В этой связи представляется целесообразной корректировка данного п. 4 ст. 151 ГК с тем, чтобы молчание могло быть признано формой выражения воли совершить сделку, когда это определено не только соглашением сторон предполагаемой сделки, но также и когда это предусмотрено условиями оферты. В данном случае положение п. 2 ст. 396 ГК о том, что молчание может признаваться акцептом, если это вытекает из законодательного акта, обычая делового оборота или из прежних деловых отношений (что понимается как фактически сложившиеся, так и основанные на ранее осуществленных сторонами договорах) сторон, представляется более корректной формулировкой.

В качестве доказательства совершения договора в устной форме ГК не запрещает его подтверждение свидетельскими показаниями. Ст. 153 ГК лишает стороны сделки права в случае спора между ними подтверждать совершении сделки, ее содержание или исполнение свидетельскими показаниями только в том случае, когда стороны не соблюли предписанную законом простую письменную форму сделки. Однако законодательного запрета на подтверждение устных сделок свидетельскими показаниями не существует. Вместе с тем, думается, что признание в этом случае таких свидетельских показаний в качестве подтверждения совершения устной сделки (а тем более - ее содержания) полностью относится к сфере судейского усмотрения, ибо их ценность может быть весьма сомнительной в силу особенностей человеческой натуры и, как указывалось выше, ненадежности человеческой памяти.

17. Анализ содержания ст.ст. 151 и 152 ГК позволяет сделать вывод о том, что сделка, совершенная в письменной форме, подлежит изложению на бумаге с использованием буквенных и иных графических обозначений, позволяющих определить содержание этой сделки.

Не вызывает сомнения, что изложенная в письменной форме сделка представляет собой документ в том понимании,

[1] Гражданское право. Т. I. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. Сулейменов М.К. - Алматы, 2013. - 776 с. - С. 639.

которое придается этому термину казахстанским законом. В частности, в соответствии с п/п. 9) ст. 1 Закона об архивах документом является любая «зафиксированная на материальном носителе информация, позволяющая ее идентифицировать»[1].

Это легальное определение понятия «документ» полностью коррелируется и с действующими в Казахстане национальными стандартами (которые в силу законов о правовых актах[2] и о техническом регулировании[3] могут быть включены в систему казахстанского законодательства). В частности, в соответствии со стандартом СТ РК ГОСТ Р 52292-2007 «документом является структурированная информация, прямо или косвенно предназначенная для восприятия человеком, которая может передаваться, храниться, разыскиваться и обрабатываться с помощью учрежденческих приложений, то есть подлежит размещению на конкретном носителе в заданном формате»[4].

Обращение к упомянутому Закону об архивах и использование легального определения документа позволит сделать более определенные выводы и о том, что ГК рассматривает в качестве письменной формы сделки в связи с тем, что с 2016 года таковой рассматривается и сделка, совершенная в «электронной форме».

18. Обязательным является ее подписание сторонами или их уполномоченными (в силу закона, сделки, учредительных документов или корпоративных решений юридического лица, либо фактических обстоятельств) представителями (п. 2 ст. 152

---

[1] Закон Республики Казахстан от 22 декабря 1998 г. № 326-I «О Национальном архивном фонде и архивах», с изменениями и дополнениями / первоначально опубликован в: «Казахстанская правда» от 29 декабря 1998 года № 244 (22715); действующая редакция: Электронный ресурс: ПАРАГРАФ. // http://online.zakon.kz/. (Дата доступа: 28.08.2017).

[2] Закон Республики Казахстан от 6 апреля 2016 г. № 480-V «О правовых актах», с изменениями и дополнениями. / «Казахстанская правда» от 8 апреля 2016 г. № 66 (28192); действующая редакция: Электронный ресурс: ПАРАГРАФ. // http://online.zakon.kz/.(Дата доступа: 28.08.2017). П. 3 ст. 7.

[3] Закон Республики Казахстан от 9 ноября 2004 г. № 603-II «О техническом регулировании», с изменениями и дополнениями / первоначально опубликован в: «Казахстанская правда» от 13 ноября 2004 г. № 259-260 (24569-24570); действующая редакция: Электронный ресурс: ПАРАГРАФ // http://online.zakon.kz/. (Дата доступа: 28.08.2017). П. 1 ст. 21.

[4] СТ РК ГОСТ Р 52292-2007 «Технологии информационные. Электронный обмен информацией. Термины и определения» (ГОСТ Р 52292-2004, IDT) / Электронный ресурс: ПАРАГРАФ. (Дата доступа: 28.08.2017). П. А.1 Приложения А.

ГК). Однако, обращает на себя внимание важная оговорка о том, что иное может вытекать из обычаев делового оборота в данном случае представляется неоднозначной. Такое «иное» может означать отсутствие необходимости именно в подписании, в частности, договора, но обусловливает необходимость в поиске эффективных решений для приемлемого доказательства выраженного волеизъявления совершить сделку и собственно совершения сделки.

В частности, бумажный документ, в котором изложено содержание сделки, служащий надлежащей формой сделки, должен содержать подписи его сторон. Очевидно, что эти подписи должны быть нанесены сторонами (их представителями) вручную с использованием инструментов для письма (например, шариковой или перьевой ручкой). Если законодательство не содержит каких-то специальных требований по этому поводу, или один из участников сделки не требует иного, такие подписи могут быть проставлены посредством факсимиле (факсимильного копирования подписи) (п. 2 ст. 152 ГК).

Помимо установления общего требования об обязательном подписании сделки, совершенной в письменной форме, в п. 3 ст. 153 ГК предусматриваются случаи, когда законами Казахстана или по требованию одной из сторон сделки могут устанавливаться дополнительные (к изложению содержания сделки на бумаге и подписанию соответствующего документа сторонами сделки) требования, которым должна соответствовать форма сделки, в частности, ее совершение на бланке определенной формы или скрепление печатью, под угрозой применения соответствующим образом предусмотренных последствий несоблюдения этих требований. Примечательно, что формулировка этой нормы в третьей части п. 3 ст. 152 ГК изложена так, что такие дополнительные требования могут быть ограничены только требованиями изложения на особом бланке и скрепления письменной сделки печатью. Вместе с тем, как уже отмечалось, допустимы также согласование сторонами применения и других требований как, например, об обязательности нотариального удостоверения сделки.

Понятие документа, закрепленное в Законе № 326-I, представляется полностью распространяющимся на частноправовые сделки, оформленные в письменной бумажной

или электронной форме, удостоверены ли они нотариально или нет. Это обусловлено тем, что такая письменно оформленная сделка в соответствии со ст. 7 ГК является основанием возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей, и в силу этого имеет значимость для общества или определенную ценность для его собственника. Это (в силу легальных определений, содержащихся в ст.ст. 1 и 18 Закона № 326-I) определяет такую сделку в качестве архивного документа, подлежащего сохранению в интересах пользователей в государственных и негосударственных архивах в соответствии с типовыми правилами документирования и управления документацией в государственных и негосударственных организациях и перечнем типовых документов, образующихся в деятельности государственных и негосударственных организациях, с указанием срока хранения. Соответствующие нормативные правовые акты в настоящее время утверждены Министерством культуры и спорта Республики Казахстан в качестве уполномоченного органа.

19. В п. 1 ст. 152 ГК содержится неисчерпывающий перечень сделок, которые должны совершаться в письменной форме, причем этот перечень включает в себя отсылку к законодательным актам, которые могут служить источником требования об обязательности письменной формы для конкретного вида сделки, и предусматривает возможность установления обязательного использования письменной формы для сделки соглашением сторон.

Последствия несоблюдения формальных требований к договорам, заключаемым в письменной форме, различаются в зависимости от субъектного состава или содержания сделки (и это тоже видится нам несовершенством законодательного регулирования, требующим совершенствования). В частности, если нарушение требования о совершении сделки в письменной форме означает ничтожность внешнеэкономической сделки (п. 3 ст. 153 и п. 2 ст. 1104), то применительно к сделкам, осуществляемым в процессе предпринимательской деятельности (п/п. 1) п. 1 ст. 152) либо совершенным на сумму свыше ста месячных расчетных показателей (п/п. 2) п. 1 ст. 152), (за исключением сделок, исполняемых при самом их совершении) последствием определено лишь лишение стороны права в случае

спора подтверждать ее совершение, содержание или исполнение свидетельскими показаниями. С учетом этих положений ГК к отдельным видам договоров применяются, как правило, общие последствия несоблюдения требований об их совершении в устной или письменной (в простой или с нотариальным удостоверением) форме. Исключение составляют договоры дарения и ренты, когда ГК при определенных обстоятельствах предусматривает также ничтожность соответствующих сделок (ст.ст. 506 и 508, а также ст.ст. 517 и 518, соответственно).

Обращает на себя внимание то, что в ГК также предусматриваются односторонние действия (акты), имеющие правовое значение, к форме совершения которых предъявляются специальные требования, при нарушении которых эти акты не признаются совершенными. То в отношении этих юридических действий формальным требованиям придано значение доказательства. Так, в соответствии со ст. 250 ГК отказ от собственности, как и отмена прощение долга согласно ст. 373 ГК или отмена доверенности на основании ст. 170 ГК) может быть осуществлен в устной или письменной форме, в то время как доверенность (также в зависимости от обстоятельств) должна быть оформлена в простой письменной форме или удостоверена нотариально, если только не допускаются определенные действия, приравненные к нотариальным (ст. 167 ГК).

20. В соответствии с п. 1 ст. 151 ГК предусматривается два вида письменной формы - простая и нотариальная. И именно такое регулирование, во-первых, отличается от западных образцов законодательного регулирования этого вопроса и не соответствует значению ст.ст. 153 и 154 ГК, ибо нотариальное удостоверение сделки относится не к способу выражения воли сторон сделки, а обеспечивает исполнение защитной функции соответствующих формальных требований (то есть позволяет выявить серьезность намерений сторон сделки на ее совершение, выявить действительную волю сторон, а также подтвердить их дееспособность и отсутствие иных обстоятельств юридического значения, препятствующих осуществлению сделки и/или оспариванию ее действительности по основаниям, связанным с личностью сторон, свободой их соответствующего волеизъявления или соблюдением законодательных требований относительно содержания сделки).

Во-вторых, если письменная форма сделки допускается быть простой или нотариальной, то во многих статьях ГК (да и других законодательных актах), устанавливающих требования письменной формы сделки под угрозой ее ничтожности в случае несоблюдения этого требования (например, п. 3 ст. 758, п. 3 ст. 825 ГК и мн. др.) некорректно просто указывать обязательность соблюдения письменной формы договора, но необходимо непосредственно определять, должна ли она быть простой или нотариальной письменной формой: существующее же регулирование создает условия для неопределенности в сфере гражданского оборота (которая сегодня в определенной степени нивелируется сложившейся деловой и судебной практикой, но свидетельствует о техническом несовершенстве законодательной техники ГК и потенциале разногласий между участниками оборота).

В-третьих, если законодательные требования о письменной фирме сделки распространять также на нотариально удостоверенные сделки и последствием несоблюдения предписанной письменной формы определять ничтожность сделки, то это (а) будет излишним повтором содержания п. 1 ст. 154 ГК (что не соответствует правилам юридической техники, применимым к содержанию нормативных правовых актов), и самое главное, (б) создает непреодолимый конфликт между нормами о значении ничтожности сделок и содержанием п. 2 ст. 154 ГК (о чем выше уже говорилось).

С учетом этого целесообразно совершенствование соответствующих положений ГК с тем, чтобы нотариальное удостоверении сделки, хотя и квалифицировать в качестве законодательно установленного формального требования (как это предусмотрено содержанием ст. 154 ГК), но отказаться от разделения письменной формы сделок на простую и нотариальную, исключив само понятие «нотариальная письменная форма сделки».

21. Особого внимания заслуживает вопрос о том, при каких условиях и в каком порядке могут использоваться «иные определенные формы» сделок, допускаемые в ст. 151 ГК.

В данном случае, поскольку прямыми формами сделок указываются лишь устная и письменная, к иным определенным формам относятся такие формы взаимодействия и

подтверждения, которые, во-первых, предусмотрены законодательством, а во-вторых, используются по воле сторон соответствующего отношения (в том числе, когда они определяют формы сделки самостоятельно соглашением между собой). К таким иным формам, в частности, мы относим те, которые определены через использование грамматических связок «признаются», «считаются» или приравниваются»: то есть когда сделка совершена в иной форме, но это порождает те же самые правовые последствия, как если бы они были совершены в устной или письменной форме, либо нотариально удостоверены (в зависимости от того, какое требование установлено в законе).

Еще раз обратим внимание на то, что целесообразность выделения иной определенной формы обусловлено именно тем, что такие иные формы (а) исполняются за счет иных действий, кроме вербального обмена, и (б) не предполагают обязательности подписания документа, как это требуется при совершении сделок в письменной форме.

В качестве иных форм сделок, допустимых казахстанским законодательством и предусмотренных в ГК, можно выделить следующие:

(1) обмен документами, каждый их которых подписывается стороной, от которой он исходит, для совершения двусторонних сделок (договоров). Такая форма прямо допускается в п. 3 ст. 152 ГК для договоров, в которых контрагентами являются две стороны. Она отличается от простой письменной формы тем, что содержание сделки излагается не в одном документе, подписанном обеими сторонами, а в двух разных документах, каждый из которых подписывается соответствующим контрагентом, а сопоставление их содержания позволяет выявить надлежащим образом выраженную согласованную волю обеих сторон договора. Представляется, что в данном случае речь идет о допустимости обмена только двумя документами, каждый из которых изложен на бумажном, и никаком ином, носителе: этот обмен исключает использование электронной формы, что с учетом допустимости отмечаемой ниже в подпункте (3) формы сделки видится обоснованным. Вместе с тем, едва ли обоснованным является ограничение использования этой формы только для совершения двусторонних сделок, исключая оформление многосторонних договоров;

(2) производной от формы обмена документами представляется предусмотренный в ст. 397 ГК надлежащий акцепт надлежащим образом сделанной оферты. Примечательно (и очень важно с позиций совершенствования правовых и технических условий обеспечения гражданского оборота!), что п. 2 этой статьи допускает оформление оферты и акцепта как в письменной бумажной форме, так и в электронной форме;

(3) отдельной формой договора является акцепт, выраженный в совершении акцептантом действий по выполнению в указанных в оферте (безотносительно того, на бумажном ли она носителе или в электронной форме) условий договора, если иное не предусмотрено законодательством или не указано в самой оферте. В соответствии с п. 3 ст. 394 ГК в таком случае письменная форма договора считается соблюденной. То есть доказательством договора в такой ситуации выступают письменная оферта и результаты действий акцептанта (контрагента) по исполнению ее указаний. Дополнительным доказательством может выступать подтверждение оферента (также - на бумаге или в электронной форме) об исполнении сделки, полученное или предоставленное в соответствии с п. 5 ст. 152 ГК; и наконец,

(4) в соответствии с п. 3 ст. 152 ГК отдельной формой сделки признаются «обмен письмами, телеграммами, телефонограммами, телетайпограммами, факсами [то есть факсимильными сообщениями], электронными документами, электронными сообщениями или иными документами, определяющими субъектов и содержание их волеизъявление». Применение этой формы приравнивается к совершению сделки в письменной форме и порождает те же правовые последствия, что и надлежащее оформление сделки в письменной (бумажной или электронной) форме, то есть служит основанием для возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей. Эта форма применяется, когда (а) законодательство не предписывает обязательность соблюдения конкретной формы сделки под страхом ее недействительности, и (б) когда стороны сделки допускают использование этой формы.

Однако, в условиях современного этапа культурно-технического прогресса и повсеместного внедрения цифровых технологий особое значение приобретает возможность

совершения сделок (без риска признания их недействительными по основанию несоблюдения требований к форме сделки) посредством обмена электронными сообщениями или иными документами (либо другими сообщениями) посредством электронных средств коммуникации, исключающих вовлечение в эти отношения третьих лиц.

22. Как уже отмечалось выше, в связи с принятием Закона № 419-V[1] с 1 января 2016 года письменной формой сделки также признается ее совершение в электронной форме (п. 1-1 ст. 152 ГК). При этом, требование о подписании письменной сделки ее сторонами применяется независимо от ее совершения на бумажном носителе или в электронной форме.

Понятие «электронной формы» сделки не определяется непосредственно в ГК. Однако анализ специальных законодательных норм позволяет понять его содержание. В частности, на основании анализа п/п. 18 ст. 1 Закона № 326-I можно сделать вывод, что такая форма представляет собой электронную копию документа, созданную за счет переноса или включения иным образом сведений в специальные информационные системы[2].

Доступ к документам о частноправовых сделках в электронной форме «является открытым для всех заинтересованных государственных органов с соблюдением требований по защите государственной, коммерческой и иной охраняемой законом тайны»[3], а согласно п. 2 ст. 152 ГК электронная форма письменно совершенной сделки подлежит подписанию ее сторонами, причем средством такого подписания является электронная цифровая подпись, за счет чего такая

---

[1] Закон Республики Казахстан от 24 ноября 2015 г. № 419-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информатизации» / первоначально опубликован в: «Казахстанская правда» от 26 ноября 2015 г. № 227 (28103); действующая редакция: Электронный ресурс: ПАРАГРАФ. // http://online.zakon.kz/. (Дата доступа: 28.08.2017).

[2] Закон Республики Казахстан от 22 декабря 1998 г. № 326-I «О Национальном архивном фонде и архивах», с изменениями и дополнениями / первоначально опубликован в: «Казахстанская правда» от 29 декабря 1998 года № 244 (22715); действующая редакция: Электронный ресурс: ПАРАГРАФ // http://online.zakon.kz/. (Дата доступа: 28.08.2017).

[3] Закон Республики Казахстан от 22 декабря 1998 г. № 326-I «О Национальном архивном фонде и архивах», с изменениями и дополнениями / первоначально опубликован в: «Казахстанская правда» от 29 декабря 1998 года № 244 (22715); действующая редакция: Электронный ресурс: ПАРАГРАФ // http://online.zakon.kz/. (Дата доступа: 28.08.2017). Ст. 15-1.

электронная форма документа является равнозначной сделке, совершенной на бумажном носителе и подписанной сторонами (их представителями) собственноручно.

Определение понятия «электронной цифровой подписи» и требование о том, что письменная форма сделки, совершаемая в электронной форме, требует ее удостоверения посредством электронной цифровой подписи», содержатся в Законе № 370-II[1]. В свою очередь, более широкий глоссарий применяемых в области электронного обмена информацией с идентификацией связи между ними содержится в национальном стандарте СТ РК ГОСТ Р 52292-2007, который предписывает, что определяемые в нем термины должны использоваться заинтересованными лицами[2].

Вместе с тем, вопросы совершения письменных сделок в электронной форме и признание их заключенными в этих случаях требуют совершенствования правового регулирования. В частности, надо понимать, что с учетом признания (в связи с принятием Закона № 419-V)[3] совершения сделки в электронной форме письменной формой сделки ее нотариальное удостоверение уже не может рассматриваться как нотариальная письменная форма сделки.

Мы не видим препятствий и для нотариального удостоверения сделки, совершенной в электронной форме (в том понимании, которое придается этому термину казахстанским законодательством и описано ниже), поскольку нотариальное удостоверение, хотя и являясь частью обязательных по закону или согласованных сторонами формальных процедур при совершении гражданско-правовых сделок, но представляют собой не действия сторон соответствующей сделки, а имеющим

---

[1] Закон Республики Казахстан от 7 января 2003 г. № 370-II «Об электронном документе и электронной цифровой подписи», с изменениями и дополнениями / первоначально опубликован в: Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2003 г., № 1-2, ст. 1; действующая редакция: Электронный ресурс: ПАРАГРАФ // http://online.zakon.kz/.(Дата доступа: 28.08.2017). Подпункты 12) и 16) ст.1.

[2]СТ РК ГОСТ Р 52292-2007 «Технологии информационные. Электронный обмен информацией. Термины и определения» (ГОСТ Р 52292-2004, IDT) / Электронный ресурс: ПАРАГРАФ. (Дата доступа: 28.08.2017). Ст. 1

[3] Закон Республики Казахстан от 24 ноября 2015 г. № 419-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информатизации» / первоначально опубликован в: «Казахстанская правда» от 26 ноября 2015 г. № 227 (28103); действующая редакция: Электронный ресурс: ПАРАГРАФ // http://online.zakon.kz/. (Дата доступа: 28.08.2017).

прежде всего публично-правовое значение актом нотариуса. Для этого лишь необходимо надлежащее определение условий и порядка такого нотариального удостоверения, и в целом - обеспечивающих надлежащий электронный документооборот, то есть позволяющих обмен электронными документами между государственными органами, физическими и юридическими лицами за счет применения необходимой совокупности соответствующих программных и технических средств, используемых для создания и проверки подлинности электронной цифровой подписи.

Кроме того, необходимо регламентировать и последствия несоблюдения требований к совершению письменной сделки в электронной форме. Например, если, за исключением ситуаций, когда ГК признает соответствующие сделки ничтожными, совершение и содержание сделки может подтверждаться иными доказательствами, не являющимися свидетельскими показаниями, то осуществление сделки в электронной форме без использования электронной цифровой подписи (как это понятие регулируется казахстанским законом, т.е. без участия третьего лица, подтверждающего подлинность примененной ЭЦП, которое в этой ситуации выступает как свидетель заключения сделки). Сохранение такого положения представляется необоснованно сдерживающим фактором совершенствования закона и применимых способов оформления гражданских правоотношений.

Не вызывает сомнений то, что в Казахстане имеется плодородная почва для появления новых для нашей юрисдикции цифровых инструментов, а широкое восприятие и признание таких новых высокотехнологичных способов установления договорных правоотношений, осуществление односторонних действий правового значения и доказательств существований соответствующих правоотношений не только субъектами оборота, но и также судами и вовлеченными государственными органами поспособствует успеху этой Госпрограммы, по крайней мере, по трем ее направлениям (развитие креативного общества, цифровизация отраслей экономики и переход на про-активное государство) за счет достижения заявляемых в ней целей развития компетенции и навыков для цифровой экономики, внедрения эффективных цифровых решений в деятельность

органов государственного управления, правоохранительной системы и судебной власти, а также совершенствования систем электронного и мобильного правительства, оптимизации сферы предоставления государственных услуг[1].

§6. Проблемы применения норм о предварительном договоре и его отграничение от договора с открытыми условиями и рамочного договора

Практика применения ст. 390 ГК РК о предварительном договоре выявляет определенные сложности в ее толковании, а именно в решении вопроса о том, какой интерес кредитора защищает данное правило: негативный («reliance damages»), в результате удовлетворения которого кредитор должен быть поставлен в такое положение, какое было до заключения предварительного договора, или позитивный («expectation damages»), удовлетворяя который должник уплачивает в качестве убытков такую сумму, которая должна поставить кредитора в то положение, в котором он находился бы, если бы предусмотренный предварительным договором основной договор был заключен и надлежащим образом исполнен. В рамках такого расчета убытков кредитор может, в частности, взыскать с должника упущенную выгоду, которую кредитор намеревался извлечь в результате исполнения основного договора.

В российской научной литературе традиционно и однозначно проводится разграничение между обязательствами, возникающими, из предварительного договора и обязательствами, возникающими из основного договора, а также последствиями из нарушения: «Сравнивая между собой последствия нарушения предварительного и основного договоров, следует иметь в виду, что в первом случае речь идет о компенсации отрицательного интереса (интереса к заключению основного договора), а во втором – позитивного интереса к соблюдению обязательства контрагентом, нарушенного

[1] МИА «Казинформ»: Программу «Цифровой Казахстан» презентуют в сентябре 25.08.2017. / Электронный ресурс // http://www.zakon.kz/4874861-programmu-tsifrovoy-kazahstan.html (Дата доступа: 25.08.2017).

ненадлежащим исполнением обязательства, вытекающего из основного договора.

Можно заранее предположить, что в первом случае убытки окажутся меньше, чем во втором. Следовательно, риск нарушения основного договора превышает заведомо тот, который связан с нарушением предварительного договора. Кроме того, в силу предварительного договора стороны лишены возможности требовать от контрагента реального исполнения обязательства, которое только предполагается включить в основной договор […] Таким образом, прибегая к предварительному договору, стороны устанавливают еще одну ступень в заключении основного договора. Оказавшись на этой ступени, стороны имеют возможность еще раз взвесить последствия своих действий: заключить ли им или не заключить основной договор. У стороны, уклоняющейся от заключения основного договора, остается надежда на то, что вторая сторона удовлетворится компенсацией негативного интереса, не предъявляя требований о понуждении контрагента к заключению основного договора»[1].

Между тем, в казахстанской доктрине появилось противоположное мнение, высказанное профессором А.Г. Диденко, согласно которому компенсируемые убытки из нарушения предварительного договора не должны ограничиваться лишь возмещением различных подготовительных расходов, произведенных в ожидании заключению основного договора и прочих затрат, понесенных в связи с заключением предварительного договора, но и упущенная выгода от потерь, связанных с надеждами по получению прибыли от основного договора[2]. Согласно этой весьма спорной позиции не проводится разграничение между убытками, вызванными нарушением предварительного договора и предполагаемыми убытками, которые могли бы возникнуть в будущем в случае нарушения основного договора, если бы последний был заключен. Между тем, основным мотивом предварительного договора является именно защита расходов, понесенных в процессе

[1] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. - М., 1999. - С. 235.

[2] Диденко А.Г. Условия предварительного договора и их значение //https://www.zakon.kz/4908602-usloviya-predvaritelnogo-dogovora-i-ih.html.

подготовки к подписанию основного соглашения. В этом состоит отличие предварительного договора от основного договора, предусмотренного условиями предварительного договора. Убытки, причиненные необоснованным отказом от заключения основного договора, нельзя смешивать с убытками, которые могли бы возникнуть у лица вследствие нарушений условий самого основного договора, если бы он был заключен. Такое смешение нарушило бы обязательное условие о наличии прямой причинно-следственной связи между уклонением от заключения основного договора и убытками, которые лицо могло бы понести в случае заключения, но неисполнения (ненадлежащего исполнения) основного договора. Факт наличия предварительного договора не считается надлежащим доказательством реальной возможности для получения выгоды по основному договору.

В этой связи представляется необходимым внести поправки уточняющего характера в содержание п. 5 ст. 390 ГК РК, согласно которым возмещаемые убытки за нарушение предварительного договора должны покрывать лишь расходы, понесенные другой стороной в связи с заключением предварительного договора.

Наряду с этим практика применения норм о предварительном договоре ставит вопрос о том, допустимо ли включение в предварительный договор положений, предусматривающих обязательства сторон провести переговоры и дополнительно согласовать какие-либо условия, по которым в момент заключения предварительного договора не было достигнуто согласия. Мы склоняемся к отрицательному ответу на поставленный вопрос по следующим причинам. Во-первых, п.п. 1 и 3 ст. 390 ГК РК категорически требуют, чтобы основной договор был заключен на условиях, предусмотренных в предварительном договоре, который должен содержать все существенные условия основного договора. Во-вторых, по смыслу части второй п. 1 ст. 393 ГК РК, существенными считаются условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Тот факт, что стороны при совершении предварительного договора посчитали необходимым согласовать в будущем какие-то условия, не нашедшие своего отражения в предварительном договоре, свидетельствует, на наш взгляд, о том, что такие условия имели

особое значение для сторон, и, следовательно, должны рассматриваться как существенные.

Проф. А.Г. Диденко считает, что «предварительный договор может не содержать всех условий основного договора, кроме существенных. Иначе бы предварительный договор ничем не отличался от основного договора. Именно поэтому и возникает необходимость проведения переговоров для согласования оставшихся условий. Это естественная часть процесса трансформации предварительного договора в основной договор. Поэтому нельзя согласиться с позицией, что договор не может считаться предварительным только на том основании, что какие-то (несущественные) условия не были в нем согласованы, и стороны должны были вести по ним дополнительные переговоры в будущем. Важен не сам факт ведения сторонами последующих переговоров после заключения предварительного договора, а то, что является *предметом* этих переговоров: существенные условия основного договора или любые другие (не являющиеся существенными в соответствии с требованиями ГК) условия. Если переговоры касаются согласования условий, которые не являются существенными в силу закона или не были обозначены как таковые в предварительном договоре по заявлению сторон, то это только подтверждает, что стороны выполняют свою обязанность заключить основной договор на основании уже согласованных существенных условий»[1].

Между тем, ст. 390 ГК РК не предусматривает дискреции суда по определению условий, относительно которых между сторонами возникли разногласия. У сторон предварительного договора не возникает обязательства по согласованию условий, которые не были определены в предварительном договоре, их обязательства состоят лишь в заключении основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором. В этой связи, по казахстанскому праву, сторона не может быть привлечена к ответственности за уклонение от заключения основного договора, если такая сторона отказывается от достижения согласия по условиям, которые не были оговорены в предварительном договоре. В этом состоит принципиальное

[1] Диденко А.Г. Условия предварительного договора и их значение // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика / Диденко А.Г. – Алматы: Каспийский университет, 2018. – Вып. 55 – С. 10.

отличие предварительных договоров по казахстанскому праву от английской конструкции предварительного соглашения с открытыми условиями («preliminary agreement with open terms»).

В этой связи обращает на себя внимание не предусмотренная казахстанским гражданским законодательством конструкция договора с умышленно открытыми условиями, который содержит определенный набор согласованных условий, но закрепляет, что стороны в будущем намереваются его конкретизировать путем заключения дополнительных соглашений. Договор с открытыми условиями предусмотрен рядом зарубежных актов. Так, в ст. 8 английского Закона о продаже товаров 1979 г.[1] указывается, что в договоре купли-продажи условие о цене может быть оставлено для определения согласованным в договоре способом или может быть определено в ходе взаимоотношений сторон. Согласно §2-305 Единообразного торгового кодекса США[2], носящего рекомендательный характер, стороны могут заключить договор купли-продажи с открытым условием о цене, которое оставлено для согласования сторонами в будущем или должно быть установлено третьим лицом.

В юридической литературе Англии и США договор с открытыми условиями также именуется предварительным договором (соглашением)[3]. Предварительные соглашения с открытыми условиями устанавливают большинство договорных условий, при этом стороны становятся связанными, с юридической точки зрения, этими условиями, а по ряду иных условий стороны намерены достигнуть соглашения в будущем. В ст. 2.14 Принципов международных коммерческих договоров (принципов УНИДРУА) предусмотрена конструкция договора с умышленно открытыми условиями. Так, указывается, что если стороны намерены заключить договор, обстоятельство, что они умышленно оставили какое-то условие для согласования в ходе

[1] Закон о продаже товаров (Saleofgoodsact) 06 декабря 1979 г.

[2] Единообразный торговый кодекс США (Uniform Commercial Code). Разработан Национальной конференцией уполномоченных по унификации законов штатов и Американским институтом права, 1952 г.

[3] Илюшина М.Н. Особенности правовой природы обязательственных отношений с участием предпринимателей в свете Концепции совершенствования гражданского законодательства // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право в России и за рубежом». - 2010. - № 3.

будущих переговоров или подлежащим определению третьим лицом, не является препятствием для возникновения договора.

Таким образом, на основании договора с открытыми условиями иного договора (иных договоров) не заключается, этот договор предусматривает лишь уточнение ряда его условий в будущем. В этом состоит отличие договора с открытыми условиями от предварительного договора, предусмотренного ст. 390 ГК РК. Включение в договор с открытыми условиями положения о том, что стороны обязуются договариваться по содержанию открытых условий, невозможно. Стороны могут договориться о том, что они обязуются заключить в будущем некий договор на заранее определенных условиях (и тогда это будет предварительный договор), они могут предоставить одной из сторон право определить отсутствующие в договоре условия или дать стороне право потребовать от другой стороны акцепта своей оферты по части открытых условий, но они не могут обязаться в будущем согласовывать нечто и находить консенсус. Это бы противоречило принципу свободы гражданско-правового договора.

Правовая природа договора с открытыми условиями отличается как раз наличием у сторон согласованного намерения связать себя правоотношением с момента заключения договора, но в будущем определенным образом уточнить одно или несколько условий этого договора. При этом договор непременно должен предусматривать порядок определения умышленно открытых условий. Так, например, они могут быть определены только по усмотрению одной стороны такого договора или третьим лицом. Но договор с умышленно открытыми условиями не должен создавать обязательств сторон по согласованию умышленно открытых условий.

В результате состоявшейся реформы гражданского законодательства России в ГК РФ появилась новелла о рамочном договоре, который российским законодателем отождествляется с договором с открытыми условиями:

«Статья 429.1. Рамочный договор

1. Рамочным договором (договором с открытыми условиями) признается договор, определяющий общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами путем

заключения отдельных договоров, подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора.

2. К отношениям сторон, не урегулированным отдельными договорами, в том числе в случае незаключения сторонами отдельных договоров, подлежат применению общие условия, содержащиеся в рамочном договоре, если иное не указано в отдельных договорах или не вытекает из существа обязательства».

Данная редакция ст. 429.1 ГК РФ вызывает обоснованную критику российских ученых[1], так как смешение в одном определении договора с открытыми условиями и рамочного договора является некорректным. Так, рамочный договор является видом организационного договора и направлен на систематическую организацию в будущем локальных договоров без принятия на себя обязательств по их заключению. При этом рамочный договор определяет лишь общие условия обязательственных отношений стороны, но откладывает согласование существенных условий. После заключения рамочного договора стороны обычно начинают периодически подписывать дополнительные соглашения (конкретизирующие соглашения) или иным образом восполняют отсутствующие в рамочном договоре существенные условия.

Принципиальное отличие рамочного договора от обычного договора с открытыми условиями состоит в том, что: а) рамочный договор носит долгосрочный характер и рассчитан на многократное использование и б) откладывает согласование именно существенных условий.

Справедливым представляется мнение А.Г. Карапетова, что если заключение в будущем конкретизирующих соглашений находится в сфере доброй воли сторон, и в рамочном договоре нет ни одного условия, которое бы имело непосредственный правовой эффект и связывало бы стороны до согласования существенных условий, такой рамочный договор в принципе самостоятельной сделкой быть признан не может.

---

[1] Карапетов А.Г. Рамочный договор: комментарий к новой статье 429.1 ГК РФ // https://zakon.ru/blog/2015/11/2/ramochnyj_dogovor_kommentarij_k_novoj_state_4291_gk_rf; Подузова Е.Б. Рамочный договор в современном гражданском праве // http://aprp-msal.ru/netcat_files/491/655/aprp-3-2013-23719.pdf.

В обороте вступление в договорные отношения через предварительное заключение таких рамочных договоров с последующей их конкретизацией в части существенных условий очень распространено, так как упрощает ведение переговоров. Именно такую модель оформления отношений стороны именуют рамочным договором чаще всего.

В силу п.1 ст.393 ГК, если не согласованы существенные условия, договор в принципе нельзя считать заключенным. Такое рамочное соглашение само по себе никакие правовые последствия не порождает, ни к чему не обязывает и никакие права не создает. В этой связи нет никаких объективных предпосылок для регламентации рамочного договора в Гражданском кодексе.

По зарубежному праву, договор с открытыми условиями также не тождественен рамочному договору. В английском праве по данному вопросу наиболее часто цитируется прецедент, где стороны договорились время от времени определять цену, способ доставки и порядок оплаты палаток[1]. Суд признал договор не имеющим обязывающей силы, поскольку контрагенты не достигли определенности по основным условиям соглашения[2]. В другом деле, где не была согласована цена на земельный участок, английский суд указал на то, что договор не является обязывающим[3]. Так же и в договоре с неопределенной ценой аренды суд пришел к выводу о том, что он не имеет обязывающей силы.

В приведенных примерах можно увидеть, что английское право не выделяет такого отдельного типа договоров, как рамочные. В ряде случаев рамочный договор может предусматривать обязанность заключения впоследствии договоров-приложений, но требовать их принудительного исполнения сторона не сможет, так как предмет этих договоров-приложений не согласован. По сути, нет того, исполнения чего

[1] May & Butcher Ltd. v. The King [1934] 2 K. B. 17(n). <23>См.: Brown I., Chandler A. Law of Contract. ed. N. Y., Oxford University Press, 2011. P. 29, 30; McKendrick E. Contract Law. Text, Cases and Materials. 2nd ed. NY: Oxford University Press, 2005. - P. 139.

[2] См.: Brown I., Chandler A. Law of Contract. ed. N. Y., Oxford University Press, 2011. - P. 29, 30; McKendrick E. Contract Law. Text, Cases and Materials. 2nd ed. NY: Oxford University Press, 2005. - P. 139.

[3] Brown v. Could [1972] Ch. 52 // Дубинчин А. А. Указ. соч. С. 144. <25> King's Motor (Oxford) Ltd. v. Lax [1970] 1 W. L.R. - P. 426.

можно требовать. Отсюда можно сделать вывод о том, что базовый договор до начала исполнения или до заключения соответствующих договоров-приложений не имеет обязательной силы и является своего рода натуральным обязательством. Включение в рамочный договор положения о том, что стороны обязуются договариваться по содержанию существенных условий невозможно. Стороны могут договориться о том, что они обязуются заключить в будущем некий договор на заранее определенных условиях (и тогда это будет уже не рамочный, а предварительный договор).

Таким образом, кодифицировать правила о рамочном договоре нет никакой целесообразности. Для его квалификации в качестве организационного документа, не порождающего гражданско-правовых обязательств вполне достаточно общего правила, предусмотренного ст. 393 ГК РК, что договор считается заключенным с момента согласования сторонами в необходимой форме всех существенных условий такого договора.

При этом весьма полезной видится имплементация положений иностранного права о договоре с умышленно открытыми условиями. В частности, для усиления правовой определенности судьбы таких соглашений необходимо законодательно установить презумпцию, что если в договоре согласован предмет и другие условия, признанные существенными законодательством для договоров данного вида, то обстоятельство, что стороны умышленно оставили какое-то условие для согласования в ходе будущих переговоров или подлежащим определению третьим лицом, не является препятствием для возникновения договора. Разумеется, такая презумпция может быть опровергнута посредством соглашения сторон об ином, когда в договор будет включено условие, предусматривающее, например, что договор вступит в силу только после согласования всех открытых условий.

Также в норме о договоре с открытыми условиями целесообразно предусмотреть, что такой договор не порождает обязательств сторон по согласованию открытых условий, однако, стороны могут использовать конструкцию предварительного договора, дабы связать себя обязательствами по заключению в будущем договора на заранее определенных условиях.

На основании изложенного предлагаем дополнить главу 22 ГК РК статьей 390-1 следующего содержания:

«Статья 390-1. Договор с умышленно открытыми условиями

1. Договором с умышленно открытыми условиями признается договор, определяющий предмет и другие условия, признанные существенными законодательством для договоров данного вида, но при этом предусматривающий намерения сторон достичь соглашения по иным условиям в порядке, установленном договором (умышленно открытые условия).

Договор с умышленно открытыми условиями может предусматривать, что умышленно открытые условия должны быть определены только одной стороной такого договора или третьим лицом.

2. Договор с умышленно открытыми условиями не создает обязательств сторон по согласованию умышленно открытых условий.

Поскольку иное не предусмотрено договором с умышленно открытыми условиями, ни одна из сторон не вправе ссылаться на незаключенность этого договора, если предусмотренные им умышленно открытые условия не будут определены в будущем. Если такие условия не предусмотрены диспозитивными нормами законодательства, они определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон.

3. Если умышленно открытое условие договора должно быть определено по усмотрению одной стороны, и условие, определенное этой стороной, является явно обременительным для другой стороны, такое условие по иску заинтересованной стороны может быть изменено судом на разумное и справедливое, несмотря на положения договора об обратном».

§7. Корпоративные соглашения в законодательстве Республики Казахстан: новые возможности и перспективы развития

Понятие корпоративного договора

Корпоративные договоры распространены в международной практике. В их содержании могут регулироваться условия и порядок принятия корпоративных

решений, прекращения участия в корпорации, принятия новых участников, распределение полномочий голосовать, а также права и обязанности, связанные с участием в распределении дохода и убытков корпорации, и иные аспекты, имеющие отношение к корпоративному управлению.

Корпоративными договорами признаются соглашения между членами предпринимательской корпорации (компании), посредством которых устанавливаются их права и обязанности по вопросам корпоративного управления. То есть корпоративными договорами регулируются так называемые «внутренние отношения» участников юридического лица, существование которых признается и казахстанским законодательством в п. 6 ст. 41 Гражданского кодекса (ГК). «Внешние отношения» компании с третьими лицами (нередко включая и участников самой компании) регулируются иными нормами права, применимыми в каждой отдельной ситуации.

Формами корпоративных договоров могут быть либо соглашение его сторон, заключенное по принципам договорного права, либо принятые по установленным в корпоративном законодательстве

после возникновения юридического лица регулируются исключительно нормами корпоративного права. Это различие является одним из важных оснований для выделения корпоративных отношений как объекта регулирования нормами гражданского законодательства и решений собраний как особого основания возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей (в том числе в сфере корпоративных отношений).

В большинстве случаев корпоративные договоры заключаются между членами корпорации. Если корпоративный договор заключается и существует в форме соглашения между участниками компании в рамках договорного права, то он заключается с опорой на принцип свободы договора (хотя и с учетом императивных положений корпоративного законодательства).

Высказываются точки зрения о том, что в некоторых случаях сама компания может быть участником корпоративного договора. С этим можно согласиться, когда все участники или акционеры компании участвуют в таком корпоративном

договоре: иное не допустимо, поскольку будет нарушаться один из главных принципов корпоративного права равного и справедливого отношения компании правилам устав и внутренние акты компании, регулирующие вопросы корпоративного управления в ней. Иными словами, корпоративный договор может формализоваться как отдельный гражданско-правовой договор между определенными или всеми членами корпорации, в учредительных документах и внутренних документах (правилах и положениях) компании, а также в операционных договорах, согласно которым перераспределяется контроль или влияние в отношении компании.

Поэтому в зависимости от вида корпоративного договора различается порядок его заключения/внесения изменений и дополнений, а также прекращения. С юридической же точки зрения в зависимости от формы правовое регулирование корпоративного договора осуществляется либо нормами договорного права, либо исключительно нормами корпоративного законодательства. Например, относительно учредительного договора и первоначального принятия устава (как и его изменения до государственной регистрации юридического лица) применяются общие положения договорного права наряду с нормами корпоративного законодательства. Вопросы согласования воли членов корпорации при внесении изменений и дополнений в устав (в лице ее органов) ко всем ее акционерам.

Вместе с тем, в определенных ситуациях операционный договор компании и ее участников / акционеров (всех или только крупных участников) с кредиторами компании тоже может рассматриваться как корпоративных договор, если кредитор приобретает полномочия контроля или влияния в отношении компании. В этом случае возникает особая корпоративная группа или отношения «основная организация - дочерняя организация» (которые, например, в Казахстане регулируются на основании ст. 95 ГК).

Наиболее популярными в деловой практике (помимо учредительного договора) являются **акционерные соглашения,** на основании которых, по крайней мере, два акционера компании могут договориться относительно согласованной реализации ими своих прав акционеров.

Как правило, не существует специальной правовой основы для акционерных соглашений. Само понятие «акционерные» соглашения» в большинстве юрисдикций не имеет легальной дефиниции, хотя какие-то последствия заключения таких соглашений допускаются (например, обязанность уведомить компанию или сделать вообще публичным информацию о существовании такого соглашения). Такие последствия, например, применяются в контексте действия норм о корпоративных группах. Но в целом акционерные соглашения подчиняются общим положениям договорного права.

Наиболее важными вопросами, регулируемыми в акционерных соглашениях, являются согласование условий и порядка использования полномочий голосовать, формирования органов компании и номинирования кандидатов, разрешение тупиковых ситуаций, порядка и условий выхода из корпорации. Нередко акционерные соглашения включают в себя арбитражные оговорки для разрешения споров между акционерами, компаниями и их директорами.

Договорная природа акционерных соглашений означает, что такие споры обычно арбитрабельны. Однако определенные типы корпоративных споров не могут быть арбитрабельными в силу закона и (или) при определенных обстоятельствах (например, к таковым относятся вопросы дисквалификации директоров, аннулирование решений общих собраний и др.).

Особенную актуальность имеют вопросы применимого права к акционерным соглашениям или аналогичным соглашениям между участниками компании, существующей в иной организационно-правовой форме, чем АО, когда они заключаются с участием иностранных субъектов.

Корпоративные договоры по законодательству Казахстана

В Казахстане легального определения понятия «корпоративный договор» не существует. Однако существование определенных корпоративных договоров регулируется законом. В первую очередь, к ним относятся учредительный договор и устав юридического лица (утверждаемый учредителями при заключении учредительных договоров и изменяемый членами корпорации на основании соответствующего корпоративного решения).

Предусматривается обязательное заключение учредительного договора, на основе которого создается каждое юридическое лицо с участием более одного учредителя. Когда учредительный договор сохраняет свою силу в течение всего срока существования юридического лица (как, например, в случае ТОО), взаимоотношения его участников по вопросам осуществления их прав в отношении юридического лица и в связи с участием в нем регулируются его положениями. Заключение иных корпоративных договоров по этим вопросам, в том числе с целью подчинить их иностранному праву, не допускается.

В частности, Закон о ТОО позволяет участникам ТОО оговорить в учредительном договоре любые условия, касающиеся его создания и деятельности, не противоречащие закону. Иных договоров, регулирующих внутренние отношений участников ТОО, законом не предусматривается. Иной подход может быть расценен как попытка обхода закона, и само иное соглашение между участниками ТОО может быть признано недействительным, либо, по меньшей мере, возможность его принудительного исполнения станет под большим вопросом.

В отношении АО регулируемой формой корпоративных договоров являются учредительный договор, который определяет отношения по созданию и управлению АО, в том числе с момента государственной регистрации до момента выпуска и распределения акций среди его учредителей. Учредительный договор АО с момента государственной регистрации выпуска его объявленных акций прекращается.

Отдельно регламентируются такие формы корпоративных договоров, возникающих на основе решения учредителей АО и корпоративных решений, как устав АО, кодекс корпоративного управления, методика выкупа обществом выпущенных им акций.

Также, акционеры могут согласовывать свои действия в отношении АО без заключения корпоративного договора. Например, допускается обращение миноритарного акционера к регистратору общества в целях объединения с другими акционерами при принятии решений по вопросам повестки дня общего собрания акционеров. Но это регулируется непосредственно законом, а акционер вправе действовать

исключительно в своих интересах, под свой собственный риск, без принуждения со стороны закона.

Заключение соглашений акционеров не запрещается. Более того, в 2018 году в казахстанское законодательство было введено понятие «акционерное соглашение», которое для целей применения законодательства об инвестиционных фондах в сфере венчурного финансирования определяется как «договор об осуществлении прав, удостоверенных акциями, и (или) особенностях осуществления прав на акции». Это понятие было введено в Закон об инвестиционных и венчурных фондах для того, чтобы стимулировать инновационное развитие с использованием форм коллективного или рискового инвестирования.

Легальная дефиниция акционерного соглашения, содержащаяся теперь в указанном Законе, не соответствует принципам договорного права и допускает оговаривать в акционерных соглашениях вопросы, регулируемые императивными нормами. Такое регулирование не просто нецелесообразно, но и вредоносно в контексте функционирования правовой системы.

В любом случае, при применении этой новеллы, в том числе по аналогии в отношении любых других АО, следует учитывать, что акционеры не могут игнорировать предписания закона о корпоративной структуре АО, распределении компетенции между его органами, порядке принятия и оформления корпоративных решений, раскрытию информации и другие императивно установленные требования.

При заключении акционерных соглашений следует иметь в виду, что ограничение прав акционеров, установленных в Законе об АО, и подлежащих осуществлению в соответствии с его императивными правилами, не допускается, в том числе и соглашениями акционеров. Каждый акционер вправе, но не обязан осуществлять свои права по акциям.

Также следует помнить, что АО не может быть участником отдельного акционерного соглашения, поскольку правовой основой его деятельности является закон и устав этого АО. Корпоративные должностные лица также не могут участвовать в акционерных соглашениях, поскольку представляют само АО, а их правовое положение специально регулируется законом.

Акционерные соглашения, в том числе с участием только казахстанских субъектов, позволяют **разрешение тупиковых ситуаций в спорах акционеров.** Это особенно перспективно, поскольку законодательство не содержит правил о том, как подлежат разрешению тупиковые ситуации, возникающие в спорах между акционерами. Конечно же, в случае таких споров можно обратиться в суд, но у суда нет оснований для принятия своих решений, кроме опоры на право сторон договариваться и на презумпцию справедливого и разумного поведения (причем последствий неразумного и несправедливого поведения закон регулирует недостаточно).

Однако любые механизмы разрешения тупиковых ситуаций могут регулироваться договорами между ее акционерами / участниками, а также между акционерами / участниками и третьими лицами, если они: (а) не противоречат императивным положениям законодательства (в том числе если иное не регулируется такими положениями), и (б) не нарушают прав и законных интересов самой компании, ее других участников / акционеров и третьих лиц. Такие механизмы должны позволять их принудительное исполнение и не допускать ограничений прав акционеров, вытекающих из владения акциями. Например, регулирование иного распределения голосов, чем предусмотрено императивными нормами закона, принятие обязательства перед другими акционерами / участниками голосовать, либо установление ограничений или запретов осуществлять предусмотренные законом правомочия акционеров (не подлежащие ограничениям), не позволят их принудительное исполнение. Следует помнить, что Закон об АО исходит из того, что реализация правомочий акционеров осуществляется по усмотрению акционеров, и акционер не обязан (следовательно, не может быть и принужден) осуществлять свои права, основанные на владении акциями.

Также и любые договоры, в том числе опционные соглашения и договоры к исполнению с отлагательными условиями, акционера с другим акционерами) или третьим лицом о продаже акций при наступлении определенных тупиковых ситуаций являются правомерными и подлежащими принудительному исполнению.

Затрагивая вопрос **о применимом праве в акционерных соглашениях**, также необходимо помнить, что вопросы о праве, применимом к соглашениям акционеров, возникают в случае заключения таких договоров с участием иностранного субъекта. Согласно ст. 1114 ГК «к договору о создании юридического лица с иностранным участием применяется право страны, где учреждается или учреждено юридическое лицо». Эта норма является императивной, не допускающей выбора иного права, кроме права страны инкорпорации, и применяется к юридическим лицам любой предусмотренной национальным законодательством организационно-правовой формы. Закон юридического лица также применяется к взаимоотношениям участников юридического лица, связанным с их взаимными правами и обязанностями и их отношениями по передаче доли участия в юридическом лице.

Казахстанское право всегда является применимым правом к любым корпоративным договорам, заключаемым в отношении или по поводу юридического лица, учреждаемого или уже учрежденного по законодательству Республики Казахстан, в том числе таким, как:

- учредительный договор;
- о прекращении юридического лица;
- об отношениях между участниками юридического лица, связанных с их взаимными правами и обязанностями;
- соглашения между участниками о передаче акций или долей участия, их купле-продаже или иному отчуждению;
- о внесении изменений и дополнений в вышеперечисленные договоры, а также их прекращении.

В то же время, применительно к договорам о передаче акций казахстанских АО законодательное регулирование несовершенно и нуждается в улучшении. Например, на практике спорным является вопрос о пределах применения действующей нормы ст. 1114 ГК к договорам о передаче акций, заключенным с участием иностранного контрагента.

Допустимым может быть **включение арбитражной оговорки в соглашение акционеров**, которым регулируются их отношения по поводу их участия в АО. Однако при согласовании арбитражной оговорки необходимо учитывать легальную дефиницию понятия «корпоративный спор» (хотя и не

являющуюся императивной нормой для принятия решения об арбитрабельности спора) и ограничения по вопросу о передаче корпоративных споров в арбитраж (в частности, когда затрагиваются интересы третьих лиц, когда требуется согласие уполномоченного органа на арбитражное разрешение).

Необходимо помнить о том, что арбитражная оговорка не может быть включена в устав АО, ибо устав регулирует не только отношения между существующими акционерами. Его нормы будут обязательными и для любых будущих акционеров, которые не могут рассматриваться в качестве стороны арбитражного соглашения, в какой бы форме оно не существовало в каждый данный момент.

С учетом вышеизложенного **представляется целесообразным совершенствование казахстанского законодательства** с тем, чтобы правовое регулирование вопросов, связанных с проявлением частной автономии при регулировании взаимоотношений в рамках корпоративного управления, было более целесообразным и эффективным. В частности, представляется целесообразным уточнение возможности заключения акционерных соглашений и необходимым установление требований относительно их допустимого содержания (или наоборот, указание на вопросы, подлежащие регулированию исключительно нормами закона и устава). Важным является уточнение положений ГК о применимом праве в договорах о передаче акций с участием иностранного субъекта. Целесообразным видится исключение норм об акционерных соглашениях из Закона об инвестиционных и венчурных фондах. Принципиально важным является установление режима публичности информации о существовании корпоративного договора в рамках регулирования корпоративных групп (в том числе в контексте совершенствования законодательства о самих корпоративных группах).

§8. Основания возникновения и исполнения обязанностей члена совета компании

В некоторых государствах центрально-азиатского региона до настоящего момента наблюдаются случаи, когда с

избранными общим собранием акционеров членами совета директоров или наблюдательного совета* (чаще всего, с теми из них, кто избран в качестве независимого члена совета, независимого директора) затем заключается еще договор об условиях исполнения обязанностей члена совета.

Такой договор с избранным директором заключается либо единственным или контролирующим акционером компании (как, например, в Узбекистане и Казахстане, в том числе, в компаниях с участием государства в уставном капитале), либо самой компанией в лице руководителя исполнительного органа или председателя совета (такие прецеденты известны в Таджикистане и Узбекистане). Чаще всего такие договоры с членами совета заключаются как гражданско-правовые контракты. Но также случалось, во всяком случае, в недалеком прошлом, их заключение в качестве трудовых договоров.

[Принципами корпоративного управления G20/ОЭСР 2015 года[1] («Принципы ОЭСР») признается, что «единой модели надлежащего корпоративного управления не существует. Однако в основе надлежащего корпоративного управления лежат некоторые общие элементы. Принципы основаны на этих общих элементах и сформулированы таким образом, чтобы охватить различные существующие модели»[2].

В связи с этим используемый в Принципах ОЭСР термин «совет директоров» также означает наблюдательный совет или иной наблюдательный орган, сформированный в компании в соответствии с требованиями законодательства и/или положениями устава компании. Поэтому далее используемый термин «совет» в равной степени относится к совету директоров и наблюдательному совету отдельных компаний, созданных в соответствии с требованиями отдельного национального законодательства. В свою очередь, также далее используемый термин «директор» в равной степени означает члена совета директоров и члена наблюдательного совета любой такой компании. Далее используемый термин «компания» означает как акционерное общество, так и общество/ товарищество с ограниченной ответственностью].

[1] См. OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris. // http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru.
[2] Там же. С. 11.

Наиболее распространенными объяснениями такой практики являются такие, что компания должна иметь правовое основание для осуществления выплат вознаграждения директорам (или только независимым директорам) и компенсации расходов, понесенных ими в связи с исполнением должностных обязанностей, а также для того, чтобы определить условия исполнения ими должностных обязанностей и иметь основание для привлечения таких директоров к ответственности за вред, причиненный компании в результате осуществления ими их должностных обязанностей с нарушением соответствующих договоров.

Однако какой бы ни была правовая природа таких договоров с членами совета компании, их заключение с директорами является необоснованной, порочной и в связи с этим вредоносной практикой, поскольку, во-первых, это противоречит сущности корпоративных отношений (а избрание членов совета и осуществление ими своих функций осуществляется в рамках именно корпоративных отношений) и, соответственно, содержанию гражданского и корпоративного законодательства упомянутых государств региона.

Во-вторых, это не соответствует принципам и стандартам корпоративного управления, сформулированным на основе надлежащей практики корпоративного управления и признанным на международном уровне в качестве критериев гармонизации национальных законодательств, регулирующих корпоративные отношения.

И, в-третьих, продолжение такой некорректной практики неизбежно приводит к неправильному пониманию роли совета и статуса отдельных членов совета, созданию условий для возникновения корпоративных конфликтов и споров, а также к тому, что восприятие национальными юрисдикциями рекомендаций передовой практики корпоративного управления будет ненадлежащим. Это, в свою очередь, не позволит решить задачи общенационального масштаба по обеспечению правовой защищенности предпринимателей и инвесторов, формированию устойчивого «класса» профессиональных и ответственных директоров национальных компаний, и в целом – по содействию развитию национальной экономики и укреплению международных экономических и деловых связей.

[В данном случае следует помнить, что признанные на международном уровне принципы корпоративного управления (в частности, Принципы ОЭСР, в данном случае представляемые достаточными для отсылок к ним по рассматриваемому вопросу) основаны на том, что «*целью корпоративного управления является содействие созданию среды доверия, прозрачности и ответственности, которая необходима для стимулирования долгосрочных капиталовложений, финансовой стабильности и честности в предпринимательской деятельности, что в свою очередь обеспечивает более стремительный рост и развитие инклюзивных обществ*»[1].]

Вышеизложенные выводы основаны на следующих аргументах.

1. **Корпоративные отношения регулируются особыми нормами законодательства и национальными стандартами в области корпоративного управления**.

Принципы ОЭСР содержат рекомендации, с учетом которых может совершенствоваться национальное законодательство. Эти рекомендации основаны на том, что в каждой юрисдикции должна быть создана отдельная правовая основа и институциональная инфраструктура корпоративного управления.

При этом, согласно Принципам ОЭСР «*корпоративное управление включает в себя систему взаимоотношений между менеджментом компании, её советом директоров, её акционерами и иными заинтересованными лицами*», а совершенствование политики в области корпоративного управления «*в основном достигается за счет предоставления акционерам, членам советов директоров, руководящим лицам, а также финансовым посредникам и поставщикам услуг необходимых стимулов для осуществления своих ролей в рамках системы «сдержек и противовесов*»[2].

В Узбекистане корпоративные отношения, в частности, при использовании организационно-правовой формы акционерного общества регулируются Законом от 26 апреля 1996 года № 223-1 «Об акционерных обществах и защите прав

[1] OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris. –интернет-ресурс:http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 7.
[2] Там же. С. 9.

инвесторов» («Закон об АО»). Особенности корпоративного управления в компаниях, осуществляющих определенные виды деятельности, могут регулироваться отдельными законами. Например, вопросы корпоративного управления в банках регулируются Законом от 5 ноября 2019 года № 580 «О банках и банковской деятельности» (новая редакция) («Закон о банках»).

Также и в Казахстане корпоративные отношения в рамках формы акционерного общества регулируются Законом Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415-II «Об акционерных обществах» («Закон об АО»), а особенности корпоративного управления в банках регулируются банковским законодательством, в том числе Законом Республики Казахстан от 31 августа 1995 года № 2444 и нормативными правовыми актами Национального банка (и в частности, Правилами формирования системы управления рисками и внутреннего контроля для банков второго уровня, утвержденные Постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 12 ноября 2019 года № 188).

2. **Права и обязанности в сфере корпоративных отношений возникают, изменяются и прекращаются на основании особых юридических фактов, которые не всегда являются и могут быть договорами.**

Корпоративные отношения, как отношения по поводу создания юридических лиц корпоративного типа (то есть основанных на началах членства в его уставном капитале или имуществе), участия в них и связанных с таким участием обязательств[1], по своей природе и особенностям субъектного состава включаются в круг отношений, регулируемых гражданским законодательством. В соответствии с Федеральным законом от 20 декабря 2012 года статья 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (Часть первая) была дополнена указанием на то, что гражданским законодательством также регулируются корпоративные отношения.

В настоящее время гражданские кодексы Республики Узбекистан и Республики Казахстан не содержат такой специальной оговорки.

[1] См. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. Маковского А.Л. – М.: Статут, 2009. – 160 с. - С. 25.

В то же время, в данный момент в Узбекистане обсуждается проект обновленного Гражданского кодекса, подготовленного на основе Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Узбекистан, утвержденной Распоряжением Президента Республики Узбекистан № Р-5464 от 05 апреля 2019 года. В том числе этим проектом, исходя из пункта 3 раздела III указанной Концепции, предполагается статью 2 Гражданского кодекса Республики Узбекистан дополнить положением о том, что гражданское законодательством регулирует, помимо прочего, «*корпоративные и другие связанные с предпринимательством отношения*».

Такое дополнение имеет значение, поскольку прямое упоминание корпоративных отношений как предмета регулирования гражданского законодательства позволит более последовательно применять нормы об основаниях возникновения гражданских прав и обязанностей, а также об условиях реализации таких прав и обязанностей с учетом особенностей правового регулирования соответствующих юридических фактов.

Так, в соответствии с Федеральным законом от 20 декабря 2012 года статья 8 Гражданского кодекса Российской Федерации (Часть первая) была дополнена положением о том, что «*гражданские права и обязанности возникают ... из решений собраний в случаях, предусмотренных законом*».

Примечательно, что это основание является отдельным и означает, что гражданские права и обязанности, возникшие из решений собраний, возникли не из договоров или иных сделок (которые также признаны отдельным основанием возникновения и прекращения гражданских прав и обязанностей).

В настоящее время гражданские кодексы Республики Узбекистан и Республики Казахстан не содержат такой специальной нормы о решениях собраний в качестве особых оснований возникновения (а также изменения и прекращения) гражданских прав и обязанностей.

В то же время, в обоих этих кодексах перечень оснований возникновения гражданских прав и обязанностей не является исчерпывающим: в статье 10 Гражданского кодекса Узбекистана и статье 7 Гражданского кодекса Казахстана указывается, что

гражданские права и обязанности возникают «*вследствие иных действий граждан и юридических лиц*». Эта оговорка означает, что такой непоименованный юридический факт, как решение общего собрания акционеров, тем не менее, может быть признан и, в сущности, является основанием возникновения целого ряда отношений, в частности, в сфере корпоративного управления.

Вместе с тем, проектом новой редакции Гражданского кодекса Узбекистана предусмотрено дополнение статьи 10 указанием на то, что гражданские права и обязанности возникают, помимо прочего (в том числе помимо договоров), также «*из решений собраний, предусмотренных законом*». В обосновании к такому дополнению указывается, что «*пунктом 4 раздела III Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Узбекистан, утвержденной Распоряжением Президента Республики Узбекистан № Р-5464 от 05.04.2019 г., предусмотрено включение в предмет регулирования кодекса корпоративные отношения, в том числе закрепление особенностей деятельности публичных акционерных обществ. В связи с включением корпоративных отношений в предмет ГК возникает необходимость определить юридическую природу решения собраний как основы для установления прав и обязанностей*».

Несмотря на то, что решения собраний являются основанием возникновения прав и обязанностей не только в корпоративных отношениях (но также это касается решений сособственников общего имущества, кредиторов в деле о банкротстве и некоторых других решений[1]), и принимая во внимание заметные особенности правового режима решений собраний в корпоративных отношениях и их юридических последствий, восприятие российского опыта и реализация такой же идеи, как предусмотрено вышеуказанной Концепцией совершенствования гражданского законодательства Узбекистана, предоставит совершенно однозначную основу для того, чтобы понимать недопустимость хоть какого-то договорного оформления отношений, связанных с членством в совете компании.

3. **Основанием для занятия должности члена совета, а, следовательно, основанием для возникновения прав и**

[1] См. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. - С. 36.

обязанностей директора является решение общего собрания акционеров, решение единственного акционера компании. Также и основанием прекращения статуса члена совета, как правило, является решение общего собрания акционеров.

В Принципах ОЭСР особое внимание уделяется вопросам осуществления и защиты прав акционеров. Обращаясь к национальным законодателям и регуляторам, а также отдельным компаниям, Принципы основываются на необходимости «*содействовать эффективному участию акционеров в принятии ключевых решений по управлению корпорацией, включая выдвижение кандидатов в члены совета директоров и их избрание*»[1], а самих акционеров призывают к активной роли в процессе выдвижения и избрания членов совета[2].

Избрание членов совета определяется в качестве одного из фундаментальных вопросов, решение которых относится к компетенции акционеров[3]. В Принципах ОЭСР однозначно декларируется, что «*избрание членов совета директоров является основным правом акционера*».

Более того, Принципы ОЭСР предписывают, что акционеры должны иметь возможность не только голосовать, но им должно быть предоставлено право «*участвовать в выдвижении кандидатов в члены совета директоров*»[4], а также им «*должно быть разрешено (и даже у них должны быть стимулы) сотрудничать и координировать свои действия при выдвижении и избрании членов совета директоров*»[5].

[***Обращает на себя внимание, что Принципы ОЭСР также относят использование «*других средств оказания влияния на состав совета директоров*» к фундаментальным правам акционеров. В качестве примера таких других средств Принципы ОЭСР называют «*прямое выдвижение членов совета директоров*»[6]. Применительно к данному примеру прямое выдвижение членов совета (иными словами – номинирование)

[1] OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris // http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 24.
[2] Там же. С. 62.
[3] Там же. С. 19.
[4] Там же. С. 24.
[5] Там же. С. 27.
[6] OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris // http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 19-20.

может быть законодательством предусмотрено для формирования советов в тех компаниях, где государство является единственным или контролирующим акционером. Принципиальным является то, что любые такие средства или способы влияния со стороны акционеров должны регулироваться именно законодательством соответствующей национальной юрисдикции.

Также обращает на себя внимание то, что Принципы ОЭСР предусматривают, что «*акционерные соглашения могут также регулировать вопросы, касающиеся порядка избрания членов советов директоров или председателя*»[1]. Однако, такие акционерные соглашения могут обязывать только акционеров компании в вопросах согласования их действий по вопросам формирования совета и ее состава.]

Само такое избрание членов совета осуществляется только одним способом – принятием соответствующего решения на общем собрании акционеров[2].

Вышеуказанные подходы передовой практики корпоративного управления в полной мере отражены в общегражданском и корпоративном законодательстве Узбекистана и Казахстана.

В соответствии со статьей 45 Гражданского кодекса Узбекистана участие юридического лица в деловом обороте осуществляется действиями его органов, функционирующих в соответствии с законодательством и учредительными документами этого юридического лица. Этой статьей предусматривается только два способа формирования органов юридического лица – назначение или избрание. Соответственно, такие назначение и избрание являются теми юридическими фактами, на основании которых возникают права и обязанности по исполнению правомочий и обязанностей сформированных соответствующим порядком органов.

Примечательно, что этой же статьей сформированные назначением или избранием органы юридического лица противопоставляются его участникам (акционерам). То есть таковые (действуя единолично или коллективно посредством их собраний) не являются органом юридического лица,

[1] Там же. С. 29.
[2] Там же. С. 50.

уполномоченными приобретать гражданские права и принимать гражданские обязанности от имени и в интересах юридического лица.

Схожим образом эти вопросы регулируются в Гражданском кодексе Казахстана, статья 37 которого предусматривает, что «*юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы, действующие в соответствии с законодательными актами и учредительными документами*», а «*виды, порядок назначения или избрания органов юридического лица и их полномочия определяются законодательными актами и учредительными документами*».

На основании указанной статьи 45 Гражданского кодекса Узбекистана, предусматривающей, что порядок назначения или избрания органов юридического лица определяется законодательством и учредительными документами, Закон об АО устанавливает, что (1) устав акционерного общества должен регулировать порядок избрания органов компании (ст. 15); (2) определение количественного состава наблюдательного совета компании, избрание его членов и досрочное прекращение их полномочий отнесено к исключительной компетенции общего собрания акционеров (ст. 65), и (3) порядок избрания членов наблюдательного совета определяется Законом об АО и уставом компании (статья 83).

Так же и в Казахстане, на основании статьи 37 Гражданского кодекса Закон об АО устанавливает, что: (1) устав компании должен регулировать порядок образования и компетенцию ее органов общества, а также порядок организации их деятельности (статья 9); (2) определение количественного состава, срока полномочий совета директоров, избрание его членов и досрочное прекращение их полномочий является исключительной компетенцией общего собрания акционеров (статья 36), и (3) выборы членов совета осуществляются акционерами кумулятивным голосованием (статья 54).

Таким образом, единственным основанием для того, чтобы лицо могло получить полномочия члена совета и исполнять соответствующие должностные обязанности Закон об АО предусматривает решение общего собрания акционеров, которое

оформляется протоколом (ст. 80 узбекистанского Закона об АО и статья 52 казахстанского Закона об АО).

Решения общего собрания акционеров обязывают органы и должностных лиц компании, и сами по себе являются необходимыми и достаточными для того, чтобы их исполнять в соответствии с их содержанием. Также решение общего собрания акционеров о прекращении полномочий члена совета является необходимым и достаточным основанием для прекращения его полномочий без осуществления сторонами соответствующего корпоративного отношения (в данном случае - самой компании и члена совета, чьи полномочия прекращены решением общего собрания) каких-либо иных действий правового характера.

В том числе от них не требуется и не может требоваться заключение какого-то договора об исполнении обязанностей члена совета или соглашения о прекращении такого договора, ибо оформление и прекращение договорных отношений подчиняется иным правилам, содержащимся в Гражданском кодексе (включая обязательность оферты и акцепта, иные основания для оспаривания действительности договора, соблюдение порядка прекращение договора и другие обязательные условия) и не применимым к оформлению и прекращению корпоративных отношений по формированию совета компании.

4. **Условия и порядок исполнения обязанностей и осуществления директорами их полномочий регулируются корпоративным законодательством, уставом компании и внутренними документами компании, а также решениями общего собрания акционеров, единственного акционера компании.**

В частности, основанием для выплаты вознаграждения членам совета, в том числе независимым директорам, любой компании, как и возмещение или оплата расходов, связанных с исполнением ими их должностных обязанностей, может быть только соответствующее решение общего собрания акционеров. Эти вопросы не могут регулироваться индивидуальными договорами с членами совета, а информация об их вознаграждении не может носить конфиденциальный характер.

Одним из важнейших условий осуществления членами совета их должностных полномочий является уплата их вознаграждения и возмещение или оплата расходов, связанных с исполнением обязанностей членов совета. Решение этих вопросов относится также к компетенции акционеров, а формой принятия таких решений является также голосование на общем собрании акционеров или принятие решения единственного акционера.

В частности, в соответствии с Принципами ОЭСР законодательно «*должна быть предусмотрена возможность акционера голосовать по вопросу компенсаций для членов совета директоров*»[1].

Предполагается, что в каждой компании должна быть разработана политики в области вознаграждения членов совета, и такая политика должна быть принята в качестве публично доступного внутреннего документа компании. Исходя из того, что «*информация о вознаграждении, выплачиваемом членам совета директоров и руководящим работникам, также является предметом беспокойства акционеров*»[2], Принципы ОЭСР констатируют, что разработка и раскрытие такой политики должно быть отнесено к сфере ответственности совета[3].

В Узбекистане определение вопросов, по которым члены совета могут участвовать в принятии решений относительно деятельности компании, определяется Законом об АО в качестве компетенции совета компании (статья 82). Законом о банках эта компетенция дополняется вопросами компетенции совета, если компания является банком (статья 34). В свою очередь, форма и порядок осуществления деятельности совета компании регулируется Законом об АО и уставом компании. Закон не предусматривает регулирование этих вопросов какими-то договорами компании или ее акционеров с членами совета.

Вопрос о вознаграждении за исполнение обязанностей члена совета также регулируется императивными нормами Закона об АО. В частности, согласно статье 81 Закона об АО допускается выплата членам совета вознаграждения и (или)

---

[1] OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris // http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 19.
[2] Там же. С. 49.
[3] Там же. С. 61.

компенсирование расходов, связанных с исполнением функций членов совета в период исполнения ими соответствующих должностных обязанностей.

Аналогичным образом эти вопросы регулируются и казахстанским законодательством. В том числе, в Казахстане Закон об АО также вполне определенно относит к исключительной компетенции общего собрания акционеров определение размера и условий выплаты вознаграждений и компенсации расходов членам совета директоров за исполнение ими своих обязанностей

При этом основанием для выплаты такого вознаграждения и компенсирования указанных расходов является решение общего собрания акционеров, а не какой-то отдельный договор (хоть гражданско-правовой, хоть трудовой договор). Также решением общего собрания акционеров (а не договором) устанавливаются размеры таких вознаграждений и компенсаций.

Поскольку эти решения принимаются общим собранием акционеров по своему усмотрению, общее собрание акционеров в одностороннем порядке и может пересмотреть такие решения, изменить или отменить их. Принятие таких решений не подчиняется правилам осуществления договорных отношений, предусмотренных Гражданским кодексом и трудовым законодательством.

Таким образом, условия и порядок исполнения обязанностей и осуществления директорами их полномочий регулируются корпоративных законодательством, и они не могут регулироваться договорными конструкциями.

5. Права и обязанности директоров регулируются законодательством и внутренними документами отдельной компании, а не договором. Нарушение законодательных требований и положений внутренних документов компании (а не каких-то договорных конструкций) является основанием для привлечения членов совета к имущественной ответственности за вред, причиненный компании вследствие ненадлежащего исполнения директорами их должностных обязанностей.

Законодательного и внутреннего нормативного регулирования условия и порядка исполнения обязанностей члена совета компании является достаточным для того,

чтобы обеспечить надлежащее исполнение таких обязанностей, а также обоснованное и адекватное привлечение к ответственности за ненадлежащее исполнение этих обязанностей.

В соответствии с Принципами ОЭСР в законодательстве должна быть четко сформулированная обязанность членов совета проявлять лояльность к компании и всем акционерам (с. 32). «*Совет директоров не только отчитывается перед компанией и ее акционерами, но также обязан действовать в их лучших интересах, … необходимо соблюдение экологических и социальных стандартов*»[1].

В Принципах ОЭСР указывается, что требование о том, чтобы совет действовал в интересах компании, при этом принимая во внимание интересы акционеров, наемных работников и общественного блага, закрепляется законодательно. Также поясняется, что «*данный принцип устанавливает два ключевых элемента обязанностей членов совета директоров как доверенных лиц: обязанность проявлять заботливость и обязанность проявлять лояльность. Обязанность проявлять заботливость требует от членов совета директоров действовать на основании полной информированности, добросовестно, с должной осмотрительностью и заботливостью*»[2].

Осуществление своих обязанностей в нарушение этих принципов влечет за собой рассмотрение вопроса акционерами о прекращении членства соответствующего субъекта в совете компании. В тех случаях, когда ненадлежащее поведение директора привело к возникновению имущественного ущерба компании, в отношении такого директора может быть предъявлен прямой или производный иск о возмещении компании такого ущерба. Порядок и условия предъявления и рассмотрения такого иска регулируется корпоративным и процессуальным законодательством.

Помимо того, что условия исполнения обязанностей членов совета и последствия ненадлежащего исполнения регулируются законодательством, дополнительно такие условия

[1] OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris // http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 58.
[2] Там же. С. 58.

исполнения и наступления ответственности члена совета перед компанией могут регулироваться внутренними документами компании, принятыми (в зависимости от уровня соответствующего внутреннего документа) либо общим собранием акционеров, либо корпоративными решениями совета компании.

В частности, в Принципах ОЭСР подчеркивается, что «*принятые в рамках компании кодексы служат стандартом поведения для членов совета директоров и ключевых руководящих лиц, задают рамки принятия решений в процессе взаимодействия с различными и зачастую конфликтующими группами. Как минимум, этический кодекс должен устанавливать четкие ограничения на преследование личных интересов, включая сделки с акциями компании. Общие рамки этического поведения выходят за пределы простого соблюдения закона, которое всегда является основополагающим требованием*»[1].

Внутренними документами компании также может быть предусмотрено «*введение положений о злонамеренном поведении и о возврате вознаграждения. Эти положения дают компании право удержать или получить обратно вознаграждение, которое было выплачено руководящим лицам в случае управленческого мошенничества и иных обстоятельств, например, когда компания обязана пересмотреть финансовые отчеты вследствие существенного несоблюдения требований, предъявляемых к финансовой отчетности*»[2].

В Узбекистане Гражданский кодекс предусматривает общую обязанность членов любых сформированных органов любого юридического лица, в том числе применимую в отношении членов совета любой компании. В частности, в статье 45 Гражданского кодекса Узбекистана предусмотрено, что «*лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно*». Эта же статья предусматривает

[1] OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris //http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 60.
[2] OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris //http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 62.

гражданско-правовые последствия нарушения такой обязанности: «*оно обязано по требованию учредителей (участников, членов) юридического лица, поскольку иное не предусмотрено законом или договором, возместить убытки, причиненные им юридическому лицу*».

Эти общие требования детализируются в законодательных актах, в частности, в Законе об АО и в Законе о банках.

Например, статья 88 Закона об АО обязывает членов совета при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей должны действовать в интересах компании и регулирует условия наступления ответственности за ненадлежащее соблюдение этого требования.

В отношении членов совета любого банка Закон о банках еще больше детализирует эту обязанность, предусмотренную Законом об АО. В частности, статья 34 требует, чтобы члены совета банка содействовали разумному корпоративному управлению банком и при исполнении своих полномочий и обязанностей учитывали законные интересы банка, его вкладчиков и акционеров, а также обеспечивать эффективное сотрудничество банка с Центральным банком. Кроме того, на членов совета непосредственно возлагается обязанность соблюдать требования по независимости их суждений.

В ряде случаев законами требуется принятие определенных внутренних документов компании, направленных на регулирование конкретных аспектов корпоративного управления в отдельных компаниях и являющихся обязательными для соблюдения членами совета, другими должностными лицами, а также работниками компании.

Например, Закон о банках обязывает банки разрабатывать и утверждать политику корпоративного управления, порядок предотвращения и урегулирования конфликта интересов и принимать другие внутренние документы (статьи 32 – 34). Такие документы принимаются либо решением общего собрания акционеров, либо корпоративным решением совета. Такие внутренние документы, как правило, имеют эффект прямого действия и должны применяться за счет непосредственного соблюдения их требований теми должностными лицами и работниками компании, чье поведение они призваны регулировать.

Так же и в Казахстане Законом об АО определяются принципы деятельности должностных лиц компании, а в отношении членов совета дополнительно установлены обязанности «действовать в соответствии с требованиями законодательства Республики Казахстан, уставом и внутренними документами общества на основе информированности, прозрачности, в интересах общества и его акционеров, а также относиться ко всем акционерам справедливо, выносить объективное независимое суждение по корпоративным вопросам (статья 62).

Совершенно очевидным является то, что казахстанский Закон об АО, устанавливая обязанности директоров, не предполагает существование каких-то индивидуальных договоров, которыми бы регулировались вопросы исполнения директорами должностных обязанностей.

В то же время статья 62 Закона об АО детально регулирует условия и основания наступления ответственности должностных лиц компании перед компанией и акционерами за вред, причиненный их действиями и (или) бездействием, и за убытки, понесенные компанией, а также порядок привлечения к такой ответственности.

6. Регулирование корпоративных отношений (в том числе отношений, связанных с избранием в члены совета и исполнением обязанностей члена совета) нормами корпоративного законодательства и основанными на них положениями соответствующих внутренних документов отдельной компании обусловливает применение конкретных правовых последствий их нарушения. Эти последствия (как и порядок их применения) являются специфическими для корпоративных отношений, и отличаются от норм, регулирующих трудовые и договорные отношения.

В связи с этим не может существовать одновременно двух или более оснований возникновения гражданских прав и обязанностей, поскольку в одной и той же ситуации не может быть такого, чтобы подлежали применению различные процедуры прекращения отношений члена совета с компанией.

В противном случае страдают интересы компании, самого члена совета компании, а также иных

заинтересованных лиц, что не позволит обеспечить достижение цели совершенствования национальных основ корпоративного управления, заключающейся в «*оказании содействия экономической эффективности, устойчивому росту и финансовой стабильности*»[1].

Как отмечается выше, корпоративные отношения регулируются, как правило, непосредственным применением норм корпоративного законодательства, внутренних документов компании и исполнением решений общего собрания акционеров компании и корпоративных решений совета компании.

В том числе, права и обязанности членов совета возникают и прекращаются на основании решения общего собрания акционеров. В принятии этого решения акционеры, хотя и руководствуются требованиями законодательства относительно состава совета, критериев независимости директоров и других правовых норм, действуют по своему усмотрению и в одностороннем порядке.

Также в одностороннем порядке общее собрание акционеров принимает все решения относительно размеров и условий выплаты вознаграждения директорам компании. Еще раз подчеркнем, что такие решения применяются и исполняются непосредственно, не только не предполагая, но и не допуская оформления или подтверждения этих решений чем-то иным, кроме протокола общего собрания акционеров, подлежащих либо опубликованию, либо иному доведению до сведения всех акционеров компании (статьи 106 – 108 Закона об АО в Узбекистане и статьи 79 - 80 Закона об АО в Казахстане).

По сравнению с решениями общего собрания акционеров, в отношении которых применяется режим публичных документов, доступных для всех акционеров и иных заинтересованных лиц, любые договорные отношения защищаются режимом конфиденциальности и обязательности согласованной воли сторон договора. Допущение договорного оформления отношений по вопросам вознаграждения директорам означает умаление публичного характера принятия решений о выплате такого вознаграждения и условиях выплаты, ограничивает права акционеров и иных заинтересованных лиц.

---

[1] OECD (2016), Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР, OECD Publishing, Paris // http://dx.doi.org/10.1787/9789264252035-ru. - С. 9.

В целом, еще раз повторимся, практика заключения договоров о вознаграждении директорам не только не соответствует международным признанным стандартам корпоративного управления, но и нарушает требования действующего законодательства государств центрально-азиатского региона.

§9. Совершенствование регулирования вопросов осуществления акционерным обществом сделок, в которых имеется заинтересованность, по законодательству Республики Казахстан: анализ действующих норм и возможности их совершенствования

1. Одной из основных целей современного корпоративного законодательства является не только регулирование правового статуса акционерного общества (компании), но и наиболее эффективная и целесообразная (сбалансированная в той или иной степени) регламентация различных конфликтов интересов, которые неизбежно возникают в процессе осуществления деятельности корпорации, действующей в организационно-правовой форме акционерного общества (АО).

Примером такой регламентации конфликтов интересов являются законодательные установления относительно условий осуществления особых категорий сделок с участием акционерного общества. В частности, к таким сделкам национальными законами относятся сделки, в которых присутствует конфликт, обусловленный наличием иного, чем интересы АО, интереса в их совершении акционерным обществом у его должностных лиц или крупных акционеров, то есть тех субъектов, которые в каждом отдельном случае участвуют в принятии решения о заключении такой сделки акционерным обществом.

В связи с этим в современных законодательных системах находит свое решение необходимость в специальном регулировании таких сделок *(сделок с заинтересованностью)*, обусловленная потребностью минимизировать негативные последствия для участников корпоративных отношений в связи с наличием таких конфликтующих интересов, как интересы акционерного общества, с одной стороны, и собственные

имущественные интересы его крупного акционера или его должностного лица при осуществлении обществом сделки, в совершении которой у такого акционера или должностного лица имеется личный интерес, с другой стороны. Особая регламентация таких сделок АО является обязательной составной частью корпоративного законодательства большинства современных государств, хотя и различается по объему или содержанию регулирования.

В данном параграфе предлагается анализ норм казахстанского законодательства, относящихся к регулированию сделок АО, в которых имеется заинтересованность, и сопоставление их содержания с законодательными положениями, относящимися к регламентации таких сделок в зарубежных странах.

2. В иностранной литературе отмечается, что во всех юрисдикциях имеет место законодательный стандарт, являющийся составной частью правовых установлений, направленных на обеспечение исполнения обязанности лояльного поведения определенных категорий лиц в отношении акционерного общества[1].

Здесь следует обратить внимание на утверждение о том, что «несмотря на широко распространенное впечатление, обязанность лояльного поведения по отношению к корпорации является фундаментально схожим в юрисдикциях общего и гражданского права»[2]. Действительно, в литературе по корпоративному праву континентальной Европы указывается, что, к примеру, в Германии соблюдение обязанности быть лояльным *(«duty of loyalty»)* представляет собой обязательство акционера, которое, однако, должно исполняться им по отношению и к компании, и другим акционерам[3].

В любом случае, закрепление этого стандарта своей целью имеет обеспечение контроля конфликтов интересов при управлении акционерным обществом и ограничение риска необоснованного ухудшения качества активов или иных результатов деятельности АО. При этом в публикациях

[1] См. Kraakman R., Davies P., Hansmann H., Heilig G., Hopt K., Kanda H. and Rock E. The Anatomy of Corporate Law. - P. 115.

[2] См. The Anatomy of Corporate Law.- P. 116.

[3] См. Roth G., Kindler P. The Spirit of Corporate Law: Core Principles of Corporate Law in Continental Europe. - C.H. Beck/Hart/Nomos, 2013. - 190 p. - P. 138.

указывается, что средством законодательного контроля за соблюдением этого стандарта является установление личной ответственности лиц, допустивших своими действиями имущественный ущерб для АО, а также аннулирование соответствующих сделок, в которых имелся такой конфликт интересов[1].

3. Определяя круг лиц, в отношениях которых с компанией может возникнуть конфликт интересов, некоторые теоретические источники относят к таковым контролирующих акционеров компании и тех, кто управляет компанией (директора и менеджеры). При этом в определенной степени разделяются сделки с конфликтом интересов, когда они заключаются между компанией и ее контролирующим акционером *(«conflicted transactions»)* и сделки с заинтересованностью, когда в совершении обществом сделки имеется личный интерес кого-то из управляющих обществом субъектов, *(«interested transactions»).*

Одновременно в этих источниках поясняется, что сделки с наличием конфликта интересов обусловливают возникновение большинства таких же вопросов, которые имеют место при осуществлении сделок с заинтересованностью, поскольку в обоих случаях опасность для компании заключается в том, что *инсайдер* (ее контролирующий акционер либо директор или менеджер) может неправильно использовать свое влияние при принятии корпоративных решений с тем, чтобы извлечь частную выгоду (в ущерб другим акционерам или самой компании, соответственно). И хотя сущностная разница между этими двумя категориями особых сделок компании с ее связанными лицами (с конфликтом интересов и с заинтересованностью в их заключении) очевидна, большинство юрисдикции регулирует их осуществление на основе практически одной и той же стратегической идеи, но либо рассматривая контролирующего акционера как *«фактического директора»* и распространяя в отношении него правила, установленные для регулирования поведения должностных лиц компании, либо более просто - устанавливая отдельные нормы для сделок с контролирующим акционером, в которых возникает конфликт интересов, и

[1] См. The Anatomy of Corporate Law. - P. 114.

отдельные положения - для сделок с заинтересованными в их совершении директорами и менеджерами компании[1].

4. Зарубежные исследователи корпоративного права отмечают, что в законодательстве Австрии и Германии концепция конфликта интересов рассматривается применительно к случаям принятия корпоративных решений о заключении сделок компании с ее акционером, а также о возбуждении или урегулировании спора с таким акционером. При этом указывается, что простое наличие конфликта интересов не запрещает принятие соответствующего корпоративного решения и не влечет его ничтожности, но обязательным является проведение анализа для того, чтобы убедиться в том, что это решение по своей сути не нарушило обязанности лояльного поведения соответствующего акционера[2]. При этом, однако, как предусмотрено в §136 (1) Германского закона об акционерных обществах, сам акционер с конфликтующим интересом не может голосовать при принятии решений, например, об освобождении его от обязательств перед обществом или о том, должно ли общество предъявить к нему требование[3]. Причем, как мы понимаем, соответствующие обязанности установлены в отношении любого акционера, безотносительно того, является он контролирующим в отношении компании или нет.

5. В некоторых же российских исследованиях указывается на то, что обязанность действовать добросовестно и разумно в интересах корпорации и нести ответственность за несоблюдение этого требования возлагается только на контролирующее лицо. Причем в том случае, когда такое лицо «дает указание членам наблюдательного совета корпорации одобрить невыгодную сделку, а генеральному директору - совершить ее, контролирующее лицо становится своего рода неформальным директором корпорации, который фактически осуществляет

[1] См. The Anatomy of Corporate Law. - P. 118-119.

[2] См. Roth G., Kindler P. The Spirit of Corporate Law. - P. 134.

[3] См. Закон об акционерных обществах Германии. Параллельные русский и немецкий тексты. / [предисл. Бергманн В.; науч. ред. и алф.-пр. ук. на рус. яз. Яковлева Т.Ф., пер. с нем. и алф.-пр. ук. на нем. яз. ДубовицкаяЕ.А.]. - М.: Волтерс Клувер, 2009. - 440 с. - С. 164.

руководство ею»[1] (то есть, очевидно, такой вывод основан на вышеупомянутой концепции «фактического директора»).

В данном случае думается, что, хотя могут быть разные основания и способы осуществления контроля в отношении акционерного общества, наиболее очевидным и самым распространенным является контроль, осуществляемый в силу обладания его голосующими акциями в количестве, позволяющем определять решения, принимаемые на общем собрании акционеров. В указанных целях такое количество должно быть преобладающим по отношению к общему количеству голосующих акций, принадлежащих всем другим акционерам. Именно с учетом этого признака (помимо отдельных / самостоятельных признаков об оказании решающего влияния на основе договора или иным способом) в ст. 94 казахстанского ГК[2] определяется понятие дочерней организации, в отношении которой родительская организация приобретает полномочия контроля.

6. Вместе с тем, однако, следует отметить, что в соответствии с казахстанским законодательством применение в отношении контролирующего акционера концепции «фактического директора» акционерного общества представляется не имеющим оснований, поскольку в соответствии со ст.ст. 33, 35-37 ГК, юридическое лицо как самостоятельный субъект права приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы, а общее собрание акционеров не может включаться в организационную структуру акционерного общества, ибо акционеры противопоставляются АО как его кредиторы в обязательственном правоотношении. В свою очередь, согласно ст.ст. 53 и 59 Закона об АО[3] общее руководство деятельностью АО осуществляется его советом директоров, а руководство текущей деятельностью АО - его исполнительным органом, и на

---

[1] См. Шиткин А.О. Понятие, основания и правовые последствия установления корпоративного контроля. В: Корпоративное право: актуальные проблемы / Под ред. Ломакина Д.В. - М.: Инфотропик Медиа, 2015. - 256 с. - С. 228 - 229.

[2] См. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 г., введен в действие постановлением Верховного Совета Республики Казахстан 27 декабря 1994 г. № 269-XII (с изменениями и дополнениями).

[3] См. Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 г. № 415-II «Об акционерных обществах» (с изменениями и дополнениями).

основании ст.ст. 62 и 63 Закона об АО члены этих двух органов (но не акционеры) управляют обществом и ведут его дела под свою ответственность, в том числе (что специально указано в ст. 63) за убытки АО, возникшие в связи с принятием ими решений или их участием в принятии решения о заключении обществом сделки с заинтересованностью с нарушением их обязанностей действовать в интересах АО, как это предписано в ст. 62 Закона об АО.

С учетом этих требований Закона об АО в казахстанском законодательстве вполне определенно отражен принцип, согласно которому директора и менеджеры АО управляют им под свою ответственность. Поскольку же в соответствии с п/п. 20 п. 2 ст. 53 Закона об АО решение о заключении сделок, в совершении которых обществом имеется заинтересованность, отнесено к исключительной компетенции совета директоров АО, то в этом вопросе влияние на директоров со стороны акционеров не может иметь место (хотя в настоящее время деловая и судебная практика до сих пор свидетельствуют об ином).

Исключением могут быть только случаи, когда уставом отдельного АО принятие такого решения отнесено к компетенции общего собрания акционеров (что допускается п. 2 ст. 53 Закона об АО), либо когда такое решение может быть принятым только общим собранием акционеров при отсутствии незаинтересованных в сделке директоров или иной невозможности для совета директоров принять такое решение (как предусмотрено в п. 2 ст. 73 Закона об АО). Но и в этих случаях говорить о том, что акционеры должны проявить лояльность к АО, нет оснований, поскольку, во-первых, не обязательно сделка с заинтересованностью может заключать в себя конфликт интересов на стороне акционеров (когда в заключении этой сделки обществом имеется интерес членов совета директоров АО, но не имеется такового у его акционеров); во-вторых, акционеры не связаны обязательствами с обществом в качестве должников последнего, они несут лишь риск потерь собственных инвестиций в акции (капитал) АО, соответственно, от них не может требоваться исполнение обязанности лояльного поведения по отношению к АО, хотя разумное и добросовестное поведение и может предполагаться с учетом того, что именно акционеры рискуют своими инвестициями в АО.

И только в случае, когда в сделке, рассматриваемой на общем собрании акционеров, у контролирующего акционера имеется свой интерес, конфликтующий с интересами общества, и реализация этой сделки повлечет за собой убытки для общества, обусловившие банкротство последнего, то могут возникнуть основания для наступления у контролирующего акционера имущественной ответственности по долгам АО-банкрота в соответствии с п. 3 ст. 44 и п. 2 ст. 94 ГК перед кредиторами такого АО, либо в соответствии с п. 3 ст. 94 ГК перед другими акционерами этого АО безотносительно факта его состоятельности или объявления его банкротом.

7. Следует, однако, оговориться, что применительно к сделкам с заинтересованностью основания для наступления ответственности контролирующего акционера перед АО и другими акционерами может наступать, во-первых, только в упомянутых ограниченных ситуациях, во-вторых, с применением только положений п. 3 ст. 94 ГК, и в-третьих, как правило, совместно с теми должностными лицами АО (директорами и менеджерами), которые участвовали в принятии (но не исполнении!) соответствующего решения о сделке с конфликтом интересов.

Но и в этих случаях, по поводу того, насколько целесообразно развивать корпоративное законодательство в направлении того, чтобы обусловливать негативные последствия заключения сделок АО при наличии конфликта интересов общества и его акционеров (крупных ли, контролирующих или миноритарных), высказывается точка зрения, основанная на том, что «учитывая международный опыт, общее ужесточение ответственности акционеров вряд ли желательно»[1]. Это прежде всего основано на базовом принципе регулирования отношений между хозяйственными обществами (компаниями) и их акционерами таких компаний, основанных (в отличие от хозяйственных товариществ (партнерств) на разделении прав участия в имуществе (капитале) компании от полномочий контроля в отношении нее (управления ею).[2] Именно поэтому

[1] См. Корпоративная реформа и гармонизация корпоративного законодательства России и ЕС (на рус. и англ. яз.)/ Отв. ред. Астапович А. - М.: Национальный совет по корпоративному управлению, 2006. - 192 с. - С. 95.

[2] См. Davies P. Gower's Principles of Modern Company Law. Sixth edition. - Londom: Sweet & Maxwell, 1997. - 867 p. - P. 62-63.

представляется ключевым вывод о том, что «ограниченная ответственность - наиболее важная особенность корпорация, и отказ от этого принципа может допускаться только в исключительных случаях, которые должны быть четко определены».[1]

Выражение этого принципа обнаруживается в законодательных установлениях целого ряда государств (см. ниже), в соответствии с которыми «общество отвечает за незаконные действия, совершенные при управлении его делами лицом, уполномоченным им управлять или его представлять», но при этом само такое уполномоченное лицо, нарушившее свою обязанность «необходимой заботливости и преданной заботы об интересах общества» и его акционеров, несут ответственность перед самой компанией за убытки, понесенные ею в результате такого ненадлежащего управления. В некоторых государствах предусматривается и уголовная ответственность за подобные нарушения, как, например, во Франции (также см. ниже).

8. В связи с этим именно в качестве наиболее актуальной проблемы в настоящее время сохраняется вопрос эффективного правового регулирования, направленного на повышение ответственности именно членов совета директоров и других руководителей компаний с целью не допустить участия директоров и менеджеров в действиях, ведущих к корпоративным скандалам. Как отмечается в рекомендациях по развитию корпоративного законодательства, целесообразным является «разработка правил, позволяющих четко определить основания и принципы привлечения к ответственности менеджеров компании. К числу таких оснований могут относиться вывод активов из компании, некорректное ведение учета и отчетности, несоблюдение фидуциарных обязательств органом управления, «злоупотребление доверие» акционеров». Вместе с тем, вполне справедливо указывается на то, что при применении таких норм «существует опасность произвольного толкования и ошибочного применения правил привлечения к

[1] См. Корпоративная реформа и гармонизация корпоративного законодательства России и ЕС.... Сс. 95-96. В казахстанском ЕК такие случаи, например, определены в ст.ст. 44 (3) и 94(3).

ответственности генеральных директоров и других топ-менеджеров компании»[1].

Это предупреждение очень важно, поскольку, в частности, в Казахстане до сих пор остается актуальной проблема отсутствия полноценного класса эффективных и ответственных менеджеров частного бизнеса и государственного предпринимательства, с одной стороны, и до сих пор широкое распространение необоснованного вмешательство в управление компаниями со стороны их акционеров, с другой стороны. Результатом нередко являются такие неблагоприятные последствия, как рейдерство, разрушение экономических связей, нарушение прав работников компаний, иное несоблюдение законодательства и другие негативные социально-экономические и правовые последствия.

Таким образом, представляется наиболее обоснованным распространение обязанности лояльного поведения по отношению к акционерному обществу, исполнение которой обеспечивается мерами юридической ответственности, применительно только к тем субъектам, которые ответственны за его надлежащее управление и ведение его дел. Таковыми, в первую очередь, являются директора и менеджеры компании.

Лояльность же акционеров по отношению к компании имеет несколько иную природу. Если ответственность должностных лиц акционерного общества устанавливается для того, чтобы обеспечить добросовестность исполнение ими обязанностей по надлежащему управлению обществом с целью сохранить и увеличить стоимость инвестиций, осуществленных акционерами в его капитал, то требование лояльности акционеров, во-первых, обоснованно только в случае, когда принятие решений по управлению компанией (не в отношении компании!) поднимается на их уровень (то есть уровень общего собрания акционеров), а во-вторых, ответственность за нелояльность акционеров должна основываться, как отмечено выше, не на ожидании их добросовестного поведения, но на предположении их разумного отношения к объекту своих инвестиций.

[1] См. Корпоративная реформа и гармонизация корпоративного законодательства России и ЕС.... - С. 91-93.

Именно поэтому более эффективным представляется раздельная регламентация условий, порядка и последствий принятия решений относительно сделок, в которых присутствует конфликт интересов с участием акционеров компании, и сделок, в совершении которых обществом имеется личный интерес его должностного лица, не являющийся интересом данного АО. Законодательство развитых государств может предложить правовые решения этих вопросов, основанные преимущественно на таком подходе.

9. В частности, в акционерном законодательстве Швейцарии «обязанность заботливости и верности» возлагается на членов административного совета АО, а также на третьих лиц, осуществляющих управление обществом (то есть таких лиц, которым административный совет делегировал все или часть полномочий по управлению АО в соответствии с его организационной структурой, если такое делегирование разрешено уставом). Такие третьи лица называются директорами (ст. 718(2) Швейцарского обязательственного закона (Code des obligations. Titre vingt-sixieme)).

Причем эта обязанность осуществлять управленческие полномочия «со всей необходимой заботливостью и преданно заботиться об интересах общества» должна исполняться не только по отношению к самому АО, но упомянутые управленцы таким же образом должны обходиться и с акционерами компании. Эти положения включены в содержание ст.ст. 716b и 717 Швейцарского обязательственного закона (ШОЗ).

Поскольку именно административный совет уполномочивается управлять делами АО с наделением его целым рядом соответствующих непередаваемых и неотчуждаемых полномочий (ст.ст. 716 и 716a ШОЗ), члены административного совета и директора несут имущественную ответственность перед самим АО и каждым его акционером или кредитором за убытки, которые причинены в результате пренебрежения своими обязанностями умышленного или по неосторожности, и такая ответственность может быть солидарной (ст.ст. 754 и 759 ШОЗ). При этом, иск о возмещении понесенных обществом убытков может быть предъявлен даже к ранее освобожденным от должности или временно отстраненным от выполнения своих функций лицам (ст. 726(3) ШОЗ), а акционер имеет право

предъявить такой иск только о возмещении убытков именно обществу, но не самому акционеру (ст. 756 ШОЗ). В то же время и к акционеру может быть предъявлен такой иск в случае, когда он поддержал решение об освобождении кого-либо от обязательств перед обществом.[1]

10. Во французском праве предусмотрена и гражданско-правовая, и уголовная ответственность руководителей акционерного товарищества. В частности, в зависимости от выбранной акционерами организационной структуры компании (монистическая или дуалистическая), управление акционерным товариществом осуществляется административным советом, который «определяет направления деятельности товарищества и принимает меры к их реализации» (ст.ст. L.225-17 и L.225-35 Коммерческого кодекса Франции (ККФ)), либо его деятельностью руководит директорат или единоличный директор с самыми широкими полномочиями действовать от имени товарищества, а «наблюдательный совет осуществляет постоянный контроль над деятельностью директората по управлению товариществом» (ст.ст. L.225-58, L.225-64 и L.225-68 ККФ).

С учетом этого, согласно ст.ст. L.225-251 и L.225-257 ККФ администраторы и директора несут индивидуальную или солидарную (в зависимости от обстоятельств) ответственность за нарушения положений законов или регламентов, применяемых к акционерным товариществам, за нарушения устава и за виновные действия, которые они совершили при осуществлении управления делами товарищества, а члены наблюдательного совета несут ответственность, во-первых, за свои личные виновные действия при осуществлении ими своих полномочий, а во-вторых, они могут быть привлечены к ответственности за правонарушения, совершенные членами директората, если они, «будучи об этих правонарушениях осведомлены, не уведомили о них общее собрание» акционеров. Во всех этих случаях речь идет об имущественной ответственности по возмещению ущерба, причиненного товариществу, причем иск о таком возмещении может быть подан как самим товариществом, так и его

[1] См. Агеев А.Б. Акционерное законодательство Швейцарии: постатейный комментарий. - М.: Статут, 2005. - 237 с. - С. 118-121, 126, 150-152.

акционерами (действующими индивидуально или на основе коллективного иска).

Вместе с тем, в соответствии со ст. L.242-6 ККФ уголовное наказание в виде долгосрочного лишения свободы и крупного штрафа может быть назначено председателю, администраторам или генеральному директору акционерного товарищества за «недобросовестное использование имущества или кредитных средств товарищества, а также за недобросовестное использование ими полномочий или голосов, которые они имеют в силу своего должностного положения, вопреки интересам последнего, в личных целях или в целях благоприятствования другому товариществу или предприятию, в котором они имеют прямой или опосредованный интерес»[1].

В этих положениях прямо отражены признанные международные стандарты в регулировании организационной структуры акционерных компаний на основе принципа разделения участия в капитале от управления компанией, а также условий принятия корпоративных решений о совершении компанией сделок с заинтересованностью в них со стороны ее директоров и менеджеров с возложением на них обязанности добросовестно действовать в интересах компании и ответственности за нарушение соответствующих законодательных установлений.

11. В английском праве также именно на директоров компании возлагается обязанность не допускать ситуаций, когда при исполнении ими обязанностей перед компанией возникал бы конфликт между интересами управляемой ими компании и их личными интересами или интересами третьих лиц, в отношении которых у директоров существуют какие-либо обязанности. В литературе специально подчеркивается, что добросовестность директоров должна не просто проявляться, но проявление добросовестности должно быть очевидным. В контексте данной статьи это в первую очередь применимо в случае сделок с компанией.

Причем соответствующие правила применяются не только к сделкам компании с ее директорами непосредственно, но также

[1] См. Коммерческий кодекс Франции / предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии Захватаева В.Н. - М.: Волтерс Клувер, 2008. - 1272 с. - С. 233-235, 326-327.

к тем сделкам, в которых директора заинтересованы хоть каким-то образом, например, когда они лично получают хоть косвенную выгоду, или, когда у них имеется какая-то обязанность перед другими лицами, не соответствующая интересам компании. Такие сделки компании не запрещаются, но обязательным является соблюдение следующих правил: (а) полное раскрытие всех существенных аспектов сделки и интереса в ней, адресованное незаинтересованным (независимым) директорам или акционерам компании, и (б) воздержание заинтересованного директора от участия в заседании и от голосования при принятии решения о совершении сделки.

На каждого директора возлагается обязанность объявить о своем интересе в действующем или предполагаемом контракте с компанией на заседании директоров, а ее соблюдение обеспечивается предусмотренными законом штрафными санкциями, применимыми в отношении нарушивших эту обязанность директоров. В то же время указывается, что в этом случае единственным эффективным способом избежать ущемления интересов компании является полное раскрытие упомянутой информации перед акционерами и принятие решения о заключении сделки или ее одобрении компанией на общем собрании акционеров.

Что касается последствий нарушения этих правил для самой сделки, то судебная практика английских судов занимает преимущественную позицию в том, что в этом случае такая сделка является недействительной безотносительно воли самой компании. Однако, следует отметить, что также высказывалась несколько иная точка зрения, заключающаяся в том, что эта недействительность может быть обусловлена волеизъявлением компании о признании ее недействительной[1].

12. Акционерное законодательство Республики Кипр, существенно дополненное с учетом действующих директив Европейского Союза, содержит нормы, которые устанавливают непосредственно обязанность директоров компании раскрывать информацию об интересах в договорах, которые компания заключила (или ей предлагается заключить) с третьими лицами. В частности, в соответствии с разделом 191 киприотского Закона о компаниях «директор компании, который каким-либо образом,

[1]См. Davies P. Gower's Principles of Modern Company Law. - P. 610-615.

прямо или косвенно, заинтересован в контракте или предполагаемом контракте с компанией, обязан изложить природу его заинтересованности на собрании директоров компании». Нарушение этой обязанности влечет наложение штрафа на соответствующего директора. При этом ничто не запрещает директорам компании иметь заинтересованность в заключении ею сделок (в том числе имея интерес в любой иной компании, как допускается в п. 78 Приложения I к указанному Закону о Компаниях Кипра), но, во-первых, требуется надлежащее раскрытие информации об этом интересе, а во-вторых, запрещается заинтересованному директору голосовать по такому контракту или иному соглашению компании, в котором он заинтересован, и в любом случае - его голос не может засчитываться при подсчете кворума и принятии соответствующего решения (п. 84 этого же Приложения I)[1].

13. На основе анализа лучших образцов современного корпоративного законодательства развитых юрисдикции и соответствующих директив Европейского Союза, а также с учетом особенностей правового развития в странах Содружества Независимых Государств (СНГ) был разработан и в октября 2010 года принят Межпарламентской Ассамблеей государств - участников СНГ Модельный закон «Об акционерных обществах» (новая редакция) *(Модельный закон)*[2].

В целях регулирования сделок акционерного общества с особыми условиями Модельный закон оперирует понятиями «сделок, в которых присутствует конфликт интересов» и «заинтересованных лиц» (ст.ст. 138 и 139). В п. 1 ст. 138 такие сделки определяются как «те сделки, относительно которых в силу имеющихся фактов и (или) сложившихся обстоятельств имеются основания полагать, что участники сделки действуют или могут действовать не только в интересах общества». Хотя такое определение нельзя назвать удачным с точки зрения его однозначности, дальнейшие положения этой ст. 138 позволяют вполне определенно понимать, что в данном случае речь идет о

[1] См. Закон о компаниях Республики Кипр: текст закона / пер. Денисенко В.В., Куделларис К., Маслова О.В. - М: Волтерс Клувер, 2010. - 624 с. - С. 248-247, 504-506.

[2] См. Модельный закон «Об акционерных обществах» (новая редакция); приложение к постановлению МПА СНГ от 28 октября 2010 г. № 35-13. - Информационный бюллетень МПА СНГ. – 2011. - № 49. - С. 203 // http:// iacis.ru/upload/iblock/dae/13a_2010_2.pdf (27.02.2017).

том, что это - такая сделка, в которой одной стороной всегда выступает само акционерное общество, а лицом, заинтересованным в том, чтобы общество ее совершило, является такой крупный акционер или такое должностное лицо общества, которое вправе участвовать в принятии решений о заключении данной сделки и одновременно может иметь имущественный интерес в совершении обществом этой сделки, не совпадающий с интересами общества.

Модельный закон перечисляет признаки, при наличии которых крупный акционер (при владении 10% или более голосующих акций АО согласно п/п. 13 ст. 2) или должностное лицо (в зависимости от используемой модели организационной структуры АО: член наблюдательного совета или член правления, либо член совета директоров, член исполнительного органа или лицо, единолично осуществляющее функции исполнительного органа согласно п/п. 8 ст. 2) АО квалифицируется как лицо, заинтересованное в совершении обществом конкретной сделки. В частности, крупный акционер либо должностное лицо АО считается таким заинтересованным лицом, если одновременно является любым из следующих субъектов: контрагентом АО в данной сделке, крупным акционером (участником) контрагента АО в сделке, должностным лицом контрагента АО по сделке, либо выступающим в качестве представителя контрагента АО или посредником в этой сделке, или являющимся аффилированным лицом любого из таких субъектов (контрагента, представителя, посредника).

Модельный закон возлагает на таких заинтересованных лиц обязанность соответствующего раскрытия информации. Причем такое раскрытие информации заинтересованным лицом о своей заинтересованности в совершении обществом сделки осуществляется на момент, предшествующий принятию решения о заключении этой сделки, и оно осуществляется в письменной форме в адрес того органа АО, в компетенцию которого входит принятие решений о заключении таких сделок.

Помимо предоставления информации по каждой отдельной сделке с заинтересованностью, устанавливается обязанность каждого крупного акционера и каждого должностного лица АО не реже одного раза в год представлять совету директоров или

наблюдательному совету (в зависимости от выбранной организационной структуры АО) общества письменное заявление, содержащее сведения, достаточные для своевременного выявления акционерным обществом сделок, в которых присутствует или может присутствовать конфликт интересов. Таковыми, в частности, являются сведения, позволяющие обществу выявить потенциальных контрагентов АО или их представителей, с которыми крупный акционер или должностное лицо этого общества связан(-о) крупным участием в капитале или участием в органах управления, либо иными признаками аффилированности.

Принципиальной рекомендацией Модельного закона является также то, чтобы решение совета директоров общества о заключении сделки, в которой присутствует конфликт интересов, было принято единогласно членами совета директоров, не являющимися заинтересованными лицами в заключаемой сделке. Причем лицо, заинтересованное в совершении данной сделки, должно временно, на период голосования, покинуть заседание совета директоров или общее собрание акционеров общества, на котором открытым голосованием решается вопрос о ее заключении сделки. О принятии такого решения общим собранием акционеров следует говорить, если более половины избранных членов совета директоров общества являются лицами, заинтересованными в совершении данной сделки.

Примечательными рекомендациями Модельного закона по вопросам регулирования сделок с наличием конфликта интересов являются следующие:

(1) решение о заключении сделки должно быть обоснованным: п. 7 ст. 139 Модельного закона исходит из того, что уполномоченный орган АО при принятии решения о заключении сделки имел достоверную и полную информацию о предполагаемых условиях этой сделки и содержании интереса в ее совершении обществом у соответствующего заинтересованного лица; причем соответствующие сведения не только должны быть предоставлены таким заинтересованным лицом, но также само общество должно провести соответствующее исследование на основе ранее предоставленной заинтересованным лицом информации о его связях со своими

аффилированными лицами (как это предусматривается в п. 4 ст. 138 Модельного закона);

(2) стабильность гражданского оборота имеет приоритет: действительность самой сделки с заинтересованностью не связывается с фактами оспаривания, действительности или недействительности корпоративного решения, на основании которого эта сделка была совершена (п. 8 ст. 139); ничтожность такой сделки обусловливается только фактами причинения обществу ущерба вследствие намеренных действий уполномоченного органа в убыток обществу, о чем другая сторона (контрагент АО) в сделке знала или должна была знать, (то есть действовала недобросовестно) (п. 9 ст. 139); если после заключения сделки обществу станет известно об обстоятельствах, которые обязывали соблюсти предусмотренные в ст. 139 требования, но сделка была совершена с нарушением этих требований, общество вправе принять меры к досрочному прекращению этой сделки и потребовать от соответствующего заинтересованного лица возмещение ущерба, причиненного обществу в результате совершения такой сделки; однако не предусматривается безусловная ничтожность сделки, и даже специально не оговаривается возможность оспорить ее действительность, в случае нарушения правил относительно принятия обществом решения о ее совершении;

(3) презумпция нарушения требований закона со стороны заинтересованных лиц: в соответствии с п. 10 ст. 139, если при заключении сделки, в которой присутствует конфликт интересов, положения этой статьи были нарушены, предполагается, что заинтересованные лица общества действовали намеренно в ущерб имущественным интересам общества. Такая презумпция направлена, во-первых, на обеспечение уровня дисциплинированности и лояльности акционеров и должностных лиц по отношению к обществу, а во-вторых, на облегчение возможности для общества возместить соответствующие убытки.

Как мы видим, Модельный закон во многом воспринял модель регулирования, применяемую в немецком праве, когда предполагает определенную степень лояльности и со стороны крупных акционеров общества при принятии решения общества о совершении сделки, в которой присутствует интерес такого акционера. При этом, однако, сам Модельный закон вполне

определенно построен на принципе отделения участия от управления, в связи с чем в п. 1 ст. 133 Модельного закона регулирует конфликт интересов только на стороне должностных лиц АО и требует только от таковых обеспечивать правомерные интересы АО и исполнять свои функции исключительно в интересах АО. С учетом этого в ст.ст. 133-135 Модельного закона регулируются условия минимизации негативных последствий наличия таких конфликтов интересов, обязанности должностных лиц АО в чрезвычайных обстоятельствах, а также основания для ответственности должностных лиц, когда они действовали не в интересах компании и нарушали требования закона, Устава АО и договора об исполнении функций должностного лица.

Более подробный комментарий Модельного закона на английском языке (а положений ст.ст. 138 и 139 - также на русском языке) был ранее опубликован в печатном и электронном виде[1].

14. Таким образом, из авторитетных теоретических источниках следует, что какой бы вариант из вышеописанных национальный законодатель ни выбрал (регулируя сделки с конфликтом интересов безотносительно того, чьим является интерес, отличающийся от интересов компании, либо раздельно регулируя сделки, в которых присутствует конфликт интересов на стороне акционеров, и сделки, в совершении которых имеется заинтересованность директоров и менеджеров АО), следующие подходы являются современным стандартом регулирования соответствующих корпоративных отношений:

(1) корпоративное законодательство в целом разрешает такие сделки компаний, в которых может проявиться конфликт с интересами их акционеров, в практических целях, поскольку их ценность весьма велика, особенно с учетом того, как много контролирующие акционеры инвестируют в компанию на

[1] См. Chanturia L., Gutbrod M., Karagussov F., Knieper R., Schramm H.-J., Stepanov D. Commentary on the 2010 Model Law "On Joint-Stock Companies" for the CIS member States (as amended) / Review of Central and East European Law Special Issue (Harmonization of Corporate Law in the CIS. More Architecture of Choice). - Konmklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands. - Volume 36. - 2011. - P.211-313 (264-289); Карагусов Ф.С. Комментарий к некоторым главам Модельного закона для стран СНГ «Об акционерных обществах» (в новой редакции). В монографии-сборнике трудов «Карагусов Ф. Правовое положение коммерческих организаций по законодательству Республики Казахстан». - Алматы, 2012. - 333 с. - С. 198-227, а также // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37999861 (16.11.2016).

поддержание и развитие ее деятельности, а также в рамках функционирования корпоративных групп или существования корпоративных структур по такой схеме взаимоотношений, как «родительская организация - дочерняя организации»;

(2) все наиболее авторитетные юрисдикции регулируют сделки компаний с их связанными сторонами одинаково: (i) все они требуют одобрение таких сделок незаинтересованными директорами и/или акционерами; (ii) все они требуют предварительной проверки сделки компании с контролирующим акционером, в которой наличествует конфликт интересов; и (iii) по крайней мере, применительно к публичным компаниям, устанавливают обязательное раскрытие информации относительно таких сделок со связанными сторонами и запрещают сделки и иные действия директоров, менеджеров и контролирующих акционеров компании с использованием инсайдерской информации. При этом первые два аспекта регулирования обеспечиваются нормами корпоративного законодательства, и их соблюдение обеспечивается, как правило, только мерами гражданско-правовой ответственности, а третий аспект реализуется в рамках законодательства о рынке ценных бумаг, и нарушение его соответствующих установлений обусловливает применение санкций публично-правового характера (включая меры административно-правового взыскания и уголовного преследования, применяемые как в отношении должностных лиц компаний, так и в отношении их акционеров, а также их аффилированных / связанных лиц)[1].

Примечательно, что в большинстве современных государств акционерное законодательство не содержит акцентов на том, чтобы в качестве сделок с заинтересованностью регулировать сделки компании с ее акционерами. Такой подход представляется обоснованным, если национальное законодательство, а также судебная и деловая практика придерживаются таких стандартов, как: (а) последовательное отражение в правовых нормах принципа отделения участия в компании от управления ею; (б) обеспечение полной открытости и доступности информации о составе учредителей, акционеров и участников всех юридических лиц, позволяющее выявить наличие конфликта интересов и оценить его с перспективы

[1]См. The Anatomy of Corporate Law. - P. 101-102, 119-120, 128- 29.

деятельности каждого отдельного АО; (в) регулирование ответственности директоров и менеджеров (так называемых должностных лиц) акционерных обществ за надлежащее управление ими и ведение их дел под ответственность этих должностных лиц.

Наличие интереса акционера в заключении и (или) совершении АО какой-либо сделки не может иметь значения сделки с заинтересованностью, поскольку решение о такой сделке АО с его акционером (или иным лицом, если в этом имеется интерес акционера, не связанный с данным АО) принимается советом директоров на основании всей полноты достоверной информации о сделке и ее условиях под ответственность именно его членов. В случаях наличия интереса в заключении обществом сделки, иного, чем интерес самого АО, решение о совершении такой сделки может основываться только на том, интересно и выгодно ли именно для данного АО заключение и осуществление этой сделки, в том числе как с позиций текущего состояния общества и его деятельности, так и с точки зрения перспектив его развития с учетом различных факторов субъективного и объективного характера.

В любом случае, признаком сделок акционерного общества (компании), в которых имеется конфликт интересов или заинтересованность связанных с ним (ней) лиц, является то, что такие сделки заключаются между самим АО, с одной стороны, и ее связанным лицом (его крупным акционером или должностным лицом (директором, менеджером)), либо третьим лицом, с которым такое связанное лицо АО также связан(-о) крупным участием в капитале этого третьего лица или членством в его органе управления, или когда такое связанное лицо АО представляет это третье лицо в данной сделке с АО или имеет иной интерес в такой сделке, который не является интересом АО и/или не соответствует интересам АО, с другой стороны. Отдельным критерием сделки с заинтересованностью может быть наличие у связанного лица АО обязательств перед контрагентом АО по заключенной или предполагаемой к заключению сделке (что, в сущности, и обусловливает интерес связанного лица в том, чтобы АО заключило сделку или осуществила заключенную сделку). Другими словами, само АО и такой ее контрагент в сделке с заинтересованностью должны

выступать сторонами соответствующего договорного обязательства с взаимными правами и обязанностями по отношению друг к другу, возникшими на основе согласования воль АО и ее контрагента. Либо - совсем просто: АО и такой его контрагент в этой сделке по отношению друг к другу должны выступать как кредитор и должник (безотносительно того, кто из них в какой роли выступает).

15. Казахстанское законодательство использует понятия «сделка, в совершении которых обществом имеется заинтересованность» и «заинтересованность в совершении обществом сделки» (п/п. 19 п. 2 ст. 53, ст.ст. 71-74 Закона об АО). В то же время п. 1 ст. 71 определяет круг лиц, которые Законом об АО признаются заинтересованными в совершении обществом сделок.

Анализ содержания этих статей Закона об АО позволяет сделать следующие выводы:

(1) лицами, заинтересованными в совершении акционерным обществом сделки, признаются аффилированные лица данного АО (п. 1 ст. 71). Круг таких лиц может быть чрезвычайно широким, и выходит далеко за пределы круга крупных акционеров и должностных лиц (председателей и членов совета директоров и исполнительного органа) акционерного общества, предусмотренного в ст. 64. Это является особенностью казахстанского закона, заметно отличающего его от общепринятых стандартов законодательного регулирования сделок с наличием конфликта интересов;

(2) сделками АО, в которых имеется заинтересованность, являются любые сделки, в которых любое из его аффилированных лиц выступает контрагентом общества, представителем контрагента АО, аффилированным лицом контрагента АО или представителя контрагента АО, либо посредником в сделке или аффилированным лицом такого посредника, за исключением сделок, относящихся к тем видам сделок, которые перечисляются в п. 2 ст. 71. И в этом случае привлекает внимание такое особое для казахстанского закона обстоятельство, как заметное расширение круга лиц, чье участие в сделке с АО требует применения специальных правил о совершении сделки (любое аффилированное лицо АО, как это предусмотрено в ст. 64 Закона об АО);

(3) решение о совершении сделки с заинтересованностью принимается только советом директоров АО и только при условии участия в принятии решения только незаинтересованных в сделке директоров, а в случаях, предусмотренных уставом АО, или при отсутствии возможности принятия такого решения советом директоров - общим собранием акционеров (ст. 73). Это положение в целом соответствует общепризнанным стандартам корпоративного управления;

(4) закон требует от каждого аффилированного лица АО довести до сведения совета директоров АО информацию о наличии обстоятельств, указывающих на то, что оно является лицом заинтересованным в совершении обществом данной сделки (как совершаемой, так и предполагаемой) (ст. 72). Такая информация включает в себя указание (а) на конкретную сделку, (б) на то, что данное аффилированное лицо имеет к сделке отношение в качестве ее стороны, представителя стороны, посредника, аффилированного лица стороны, представителя или посредника, а также (в) сведения о всех своих аффилированных юридических лицах. Это законодательное установление сопоставимо по своему содержанию и направленности с зарубежными аналогами в развитых юрисдикциях;

(5) установлена обязательность для каждого АО учитывать своих аффилированных лиц (ст. 67). Такой учет ведется на основании сведений, которые предоставляют обществу его акционеры и должностные лица или (в отношении крупных акционеров) регистратор АО. Порядок предоставления этих сведений определяется уставом каждого отдельного АО. Примечательно, что Законом об АО закреплена обязанность аффилированных лиц предоставлять обществу сведения о своей аффилированности с ним, однако, во-первых, исполнение этой обязанности не поддерживается какими-либо санкциями, а во-вторых, объективно не может эффективно поддерживаться, поскольку возлагает эту обязанность на любых аффилированных лиц, связанность которых с обществом возникла даже не по их воле. И хотя целесообразность корректировки содержания ст. 67 Закона об АО не вызывает сомнений, тем не менее, каждому АО предоставляется возможность сбора и обработки соответствующей информации, а также созданы условия для

того, чтобы самостоятельно отслеживать наличие оснований полагать, что в соответствующей сделки у его аффилированного лица может иметься свой интерес;

(6) законодательные положения о порядке заключения сделок, в совершении которых имеется заинтересованность, не являются императивными: по какой-то причине п. 4 ст. 73 допускает возможность определения уставом АО иного порядка «заключения отдельных видов сделок, в совершении которых имеется заинтересованность». Допущение такой диспозитивности нецелесообразно, поскольку положениями устава может быть не просто установлен иной порядок, но таким образом может быть изменена концепция законодательного регулирования этих вопросов в ущерб определенности правопорядка и защищаемых законом интересов самого АО;

(7) само АО обязано раскрывать информацию о сделках с заинтересованностью: предусматривается опубликование решений общего собрания акционеров и совета директоров о заключении таких сделок, сведений о их совершении, раскрытие этой информации обществом перед его аудитором, а также их раскрытия в пояснительной записке к годовой финансовой отчетности АО и ее опубликования (ст.ст. 76 и 79). Эти положения соответствуют лучшим практикам корпоративного управления, международно-признанным стандартам соблюдения интересов акционеров и инвесторов на рынке ценных бумаг, МСФО и аудита.

(8) предусматривается возможность признания недействительной в судебном порядке по иску заинтересованного лица той сделки АО, в которой имеется заинтересованность, которая была совершена с несоблюдением требований, предусмотренных Законом об АО (ст.ст. 66(2) и 74(1)). Хотя в некоторых юрисдикциях признание сделки недействительной в таких случаях допускается и даже предусматривается, такое последствие создает угрозу интересам добросовестных участников делового оборота, обусловливает его нестабильность, а также выходит за рамки современной концепции управления акционерным обществом под ответственность его должностных лиц, ибо допускает неблагоприятные последствия и для других участников рынка, действующих добросовестно и с соблюдением закона.

Эти положения, столь настойчиво повторяемые в самом Законе об АО с пренебрежением установленными правилами юридической техники, целесообразно усовершенствовать, в частности, с учетом рекомендаций Модельного закона, направленных на сохранение твердости и надежности гражданского оборота. Особенно важно не допустить признания в этом случае таких сделок ничтожными, как концепция ничтожных сделок излагается в нормативном постановлении Верховного Суда по вопросам недействительности сделок (п. 1 этого постановления, особенно, с учетом п. 3 ст. 66 Закона об АО)[1].

В любом случае, как справедливо отметил судья Специализированного финансового суда г. Алматы, «формальное несоблюдение правил, предъявляемых к заключению (совершению) сделки [в том числе, в которой имеется заинтересованность, ибо автор ссылается на п. 1 ст. 74 Закона об АО - Ф.К.], не должно быть основанием для признания ее недействительной». Как следует из содержания его статьи, у судов сложилось такое понимание (причем небезосновательное, но от этого не менее тревожащее), что «положения Закона «Об акционерных обществах» сконструированы таким образом, что формально для признания сделки недействительной достаточно простого нарушения установленной законом процедуры ее заключения»[2]. Примечательно, однако, что он предлагает законодательное дополнение о том, чтобы не столько запретить признание сделки недействительной только по формальным основаниям, но допустить таковое только при условии, что заинтересованное лицо «докажет, что данной сделкой причинен вред охраняемым законом его правам, свободам и интересам».

Однако представляется целесообразным все же основываться на том, что гражданско-правовые способы защиты прежде всего имеют компенсирующую убыток направленность при том, чтобы сохранить стабильность оборота. Вся система ответственности должностных лиц акционерных обществ построена, прежде всего, на том, чтобы обеспечить возмещение

[1] См. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 7 июля 2016 г. №, «О некоторых вопросах недействительности сделок и применении судами последствий их недействительности».

[2] См. Шермухаметов Б. Признание сделки недействительной // https://www.zakon.kz/110771-priznanie-sdelki-nedejjstvitelnojj.html (24.02.2017).

акционерному обществу имущественного ущерба (возможно, также неполученного дохода (упущенной выгоды)) самим виновным должностным лицом. Но не должно быть аннулирования сделки при нарушении каких-либо иных прав и интересов и, тем более, третьих лиц. А с причинением вреда свободам заинтересованного лица в вышеупомянутом предложении перебор вообще очевиден.

В то же время, совершенно справедлив такой подход, что сделка не должна признаваться недействительной на основании ст. 74 Закона об АО по таким формальным основаниям, что, к примеру, были нарушены требования об опубликовании или сроках опубликования, либо иного раскрытия информации о решении относительно заключения сделки или о ее совершении.

Кроме того, если уж п. 4 ст. 73 Закона об АО допускает, чтобы устав общества мог определять иной порядок заключения таких сделок, то целесообразно предусмотреть и последствия нарушения таких положений устава (являющегося публично доступным документом, регулирующим деятельность АО), а не только Закона;

(9) несмотря на то, что заинтересованным в совершении обществом сделки может быть любое его аффилированное лицо, обязанность действовать добросовестно и использовать «способы, которые в наибольшей степени отражают интересы общества и акционеров» установлена только для должностных лиц АО (ст. 62). При этом, исполнение этой обязанности в отношении акционеров имеет направленность на соблюдение интересов всех акционеров в целом, а не кого-то из них по-отдельности, и исполняется посредством реализации и соблюдения интересов самого АО.

Закрепление такого принципа является адекватным отражением современных стандартов корпоративного управления, и является основой для регулирования ответственности должностных лиц АО;

(10) предусмотрена имущественная ответственность должностных лиц АО за убытки понесенные обществом в результате нарушения установленных принципов их деятельности, в том числе, в связи с необходимостью предоставления информации об аффилированности и принятием решений о заключении сделок, в совершении которых обществом

имеется заинтересованность (ст. 63). И хотя содержание ст. 63 Закона об АО нуждается в совершенствовании в целях повышения определенности правового регулирования и обеспечения твердости гражданского оборота, в целом, регулирование вопросов ответственности должностных лиц АО является важной составляющей современного корпоративного законодательства.

16. В дополнение к вышеизложенному заслуживает внимания вопрос о том, что означает обоснованность принятия корпоративных решений о совершении сделок с заинтересованностью.

В частности, п. 3 ст. 63 Закона об АО требует, чтобы любое коммерческое (предпринимательское) решение с участием должностных лиц АО принималось «на основе актуальной (надлежащей) информации на момент принятия решения» и их обоснованного полагания того, что такое решение служит интересам общества. А когда решение должно быть принято общим собранием акционеров, то и в этих случаях законом предполагается, что общее собрание примет это решение обоснованно и на основе полной информированности, для чего в ст. 44 и п. 3 ст. 73 Закона об АО предусмотрено предоставление ему необходимой для принятия этого решения информации с приложением документов, что, в свою очередь, является обязанностью совета директоров и исполнительного органа АО (ст.ст. 37(3) и 44 Закона об АО), невыполнение которой вновь создает основания для наступления ответственности соответствующих должностных лиц.

Это означает, что такие общие требования к принятию любых решений этими органами являются обязательным элементом принятия решения и о совершении акционерным обществом сделки с заинтересованностью (безотносительно того, принималось ли оно советом директоров или общим собранием акционеров, а также того обстоятельства, что в принятии этого решения участвуют только не заинтересованные члены совета директоров). Эти требования заключаются в том, чтобы, с одной стороны, для рассмотрения и принятия решения соответствующему органу была предоставлена полная и достоверная информация, позволяющая выработать наиболее обоснованное решение в интересах АО с учетом всех

фактических обстоятельств, планов развития, факторов риска и т.п. С другой же стороны, при обсуждении вопроса и принятии решения все члены соответствующего органа должны действовать в соответствии с правилом, известным как «*business judgment rule*»[1].

Опора на это понятие в американском праве (где, как отмечается, объективный стандарт компетенции директоров хорошо установлен)[2] позволяет освобождение директоров и менеджеров компании от ответственности в связи с совершением корпоративных сделок, если решение о таких сделках принято ими, а сами сделки осуществлены, с учетом правоспособности компании, в рамках существующих корпоративных полномочий ее органов, и если обоснованным является понимание того, что это все сделано с соблюдением требований должной заботливости *(«due care»)* и добросовестности. В свою очередь, должная степень заботливости означает проявления такой заботы, которую любой разумный человек предпринимает в таких же или сходных обстоятельствах, чтобы избежать обоснованно предполагаемого вреда; это - та степень заботы, которая соответствует данным конкретным обстоятельствам, обстановке, угрозам или иным особенностям ситуации; это - также отсутствие небрежности и умышленных нарушений[3].

В соответствии с этим правилом рассматриваемый вопрос должен быть обсужден всеми членами органа управления компании, участвующими в принятии решения, на основе предоставленных им и дополнительно запрошенных ими для этого материалов и иной информации, которые должны быть ими детально изучены, а все имеющие значение для данного решения факторы, обстоятельства, предполагаемые последствия принятия решения должны быть всесторонне оценены, и выработанное решение должно быть всесторонне взвешенным и обоснованным.

Концепции «business judgment» и «due care» не известны казахстанскому праву, но их содержание отражено в нашем акционерном законодательстве, закрепляющем правила о принципах деятельности и ответственности должностных лиц АО. В частности, требования п. 2 ст. 62, второй части п. 3 ст. 63

---

[1] См. Black's Law Dictionary. - St. Paul, Mim.: West Publishing Co., 1990. - 1657 p. - P. 200.

[2] См.Davies P. Gower's Principles of Modern Company Law. - P. 644.

[3] См. Black's Law Dictionary. - P. 499.

и второй части п. 3 ст. 73 Закона об АО, пусть недостаточно определенно, но все же предполагают, что корпоративные решения должны быть обоснованными и принятыми по результатам исследования и обсуждения представленных для их принятия материалов. Если такое изучение представленных материалов не имело место, предусмотренный законом порядок совершения обществом сделки с участием его аффилированных лиц должен считаться не соблюденным (как и в случае, когда в принятии решения о сделке участвовали заинтересованные в ее совершении обществом его аффилированные лица), что в соответствии с п. 2 ст. 66 Закона об АО может повлечь признание соответствующей сделки недействительной.

17. Выше уже обсуждался вопрос о том, насколько обоснованным является признание таких сделок недействительными при нарушении формальных требований относительно порядка принятия решений о их совершении. Как мы понимаем, позиция судей заключается в том, что формальное нарушение предусмотренного законом порядка принятия решений не должно влечь признания сделки недействительной, если в результате ее совершения не был причинен вред заинтересованному лицу. Такой подход обнаруживается и в позиции судов по конкретным делам, когда, например, в признании оспариваемой сделки недействительной было отказано именно потому, что эта сделка не нарушала охраняемых законом интересов истца и третьего лица на стороне истца.[1]

Однако этот подход представляется недостаточно полным в контексте рассматриваемого вопроса. Дело в том, что обязательность принятия решения о совершении сделки с применением вышеупомянутого «business judgment rule» является, с одной стороны, элементом порядка принятия решений, с другой стороны, несоблюдение или ненадлежащее соблюдение этого правила в конкретном случае может не повлечь нарушения прав третьих лиц, но если оно проявляется систематически, то массовые нарушения таких требований корпоративного законодательства (и не только в отношении порядка принятия решений о совершении сделок с заинтересованностью) будут неизбежны. Соответственно,

[1]См. Решение Алмалинского районного суда от 4 февраля 2008 года № 2-230/08.

неизбежным будет ухудшение экономического положения и основ деятельности данного АО.

В связи с этим наиболее эффективным средством предотвращения нарушений со стороны должностных лиц АО требований о надлежащем принятии корпоративных решений представляется закрепление презумпции виновности, аналогичной рекомендации п. 4 ст. 139 Модельного закона, как описывается выше.

Кроме того, в целом необходимо более детально и однозначно отразить в Законе об АО требования относительно надлежащего представления материалов для принятия корпоративных решений, а также обоснованности принятия таких решений в интересах общества на принципах «business judgment». Одним из моментов такого желательного совершенствования в данном случае может служить аналог нормы, содержащейся в п. 7 ст. 40 Закона о банках, согласно которому закрепляется, что «решение совета директоров по любой сделке между банком и лицом, связанным с банком особыми отношениями, может быть принято только после рассмотрения советом директоров всех ее условий». Похожую норму целесообразно включить и в Закон об АО, ибо в действующей редакции его нормы лишь требуют обоснованного полагания относительно того, что принимаемое корпоративное решение служит интересам общества (п. 3 ст. 63), но недостаточно полно предписывает образ поведения соответствующих должностных лиц АО при принятии соответствующего решения.

Безусловно, формальным нарушением при принятии решений о совершении сделки с заинтересованностью будет участие в его принятия заинтересованного лица, что не соответствует пп. 1 и 2 ст. 73 Закона об АО. Однако такое участие может иметь место и при умышленном сокрытии заинтересованным лицом своего интереса в совершении обществом данной сделки. Как отмечается в литературе, директора не могут быть гарантами того, что с компанией все хорошо: подчиненные могут допускать недобросовестность, небрежность или иные нарушения, и это не всегда означает, что директора допускают небрежность[1]. Но в такой ситуации (и не

[1] См. Davies P. Gower's Principles of Modern Company Law. - P. 644.

только) остальные директора должны проявить (причем демонстративно, посредством обсуждения всех имеющих значение аспектов) свою добросовестность, разумность и исполнить обязанность действовать на основе информированности и в интересах общества (то есть проявить ту самую степень заботливости об интересах общества, которая ожидается от них в этой ситуации как надлежащее исполнение ими своих обязанностей). И такое проявление должно быть отражено в протоколе и аудиовидеозаписях заседания.

Принципиально, чтобы соответствующие правила поведения директоров при принятии решения о сделках АО с особыми условиями в самом Законе об АО были выражены в конкретных нормах, позволяя их однозначную квалификацию именно как элемента порядка принятия решений о совершении таких сделок. Как отмечается в литературе, важность такого подхода заключается в том, чтобы при рассмотрении споров в связи с оспариванием сделок с заинтересованностью суды именно рассматривали вопрос о наличии конфликта интересов в этой сделке, но сами не подменяли собой директоров в оценке обстоятельств и прогнозировании последствий[1].

18. Примечательно, что казахстанская судебная практика свидетельствует о том, что при рассмотрении споров об оспаривании действительности сделок акционерных обществ суды исследуют вопрос о том, насколько соответствующие корпоративные решения были обоснованными. Например, по одному из споров суд оценивал соответствующие фактические обстоятельства и основывал свою позицию на том, что совет директоров и единственный акционер АО при принятии и утверждении решения о сделке «обладали достаточной информацией о совершаемых сделках», а «в случае возникновения вопросов они имели возможность затребовать необходимые документы или отказать в совершении сделки»[2].

Более того, например, по спорам о договорах в сфере банковской деятельности Верховный Суд ориентирует суды на обязательное исследование внутренней документации банков с тем, чтобы выявить всесторонность, полноту и качество оценки

[1] Там же. С. 644.

[2] См. Постановления надзорной коллегии Алматинского городского суда от 15 апреля 2008 г. № 11н-16/08.

ими платежеспособности своих действующих и предполагаемых заемщиков, и предписывает судам, если они установят, что такая оценка не была проведена или была проведена ненадлежащим образом, и это повлияло на неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение заемщиком обязательств по договору банковского займа, решать вопрос об уменьшении доли ответственности должника[1].

Если такой же подход будет применяться судами при рассмотрении сделок любого акционерного общества, по которым корпоративные решения принимаются в соответствии со специально установленным порядком (что представляется обоснованным), это может способствовать повышению качества корпоративных решений и уровня соблюдения должностными лицами АО их обязанностей по отношению к обществу. Однако на этом пути представляется важным отойти от практики признания сделок недействительными, но существенно увеличить возможности внешнего контроля практики корпоративного управления в акционерном обществе со стороны регуляторов, аудиторов и акционеров общества, а также мотивирования должностных лиц АО к должному поведению в интересах общества (в том числе, за счет совершенствования норм об их ответственности за надлежащее исполнение обязанностей по управлению обществом).

19. Кроме того, следует понимать, что в отсутствие адекватного законодательного регулирования этих вопросов распространение предлагаемых Верховным Судом подходов к разрешению споров относительно сделок любого АО уведет деловую и судебную практику далеко в сторону от презумпций разумности и добросовестности действий участников гражданских правоотношений при осуществлении гражданских прав (п. 4 ст. 8 ГК). Если эти подходы получат распространение, то добросовестность и разумность действий должностных лиц акционерных обществ при совершении каждой отдельной сделки (или принятии решения о ее совершении) будет подлежать проверке со стороны контрагентов АО в каждой отдельной сделке и суда при разрешении спора.

---

[1] См. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 25 ноября 2016 г. № 7 «О судебной практике рассмотрения гражданских дел по спорам, вытекающим из договоров банковского займа».

То, что должностные лица АО (члены совета директоров и исполнительного органа) являются участниками корпоративных (значит, и гражданских) правоотношений, не вызывает сомнений, поскольку такой их статус (в первую очередь, правомочия и обязанности) возникают на основании такого юридического факта, как корпоративное решение. При осуществлении должностными лицами АО своих прав применяются установленные законом принципы, а при нарушении ими их обязанностей предусмотрена их гражданско-правовая (и не только) ответственность. Соответственно, согласно действующим общим начала гражданского законодательства Республики Казахстан разумность и добросовестность действий должностных лиц АО также предполагается.

Однако вышеизложенная позиция судов (при распространении ее в отношении сделок акционерных обществ, включая крупные сделки и сделки с заинтересованностью), при сохранении риска признания сделки недействительной, неизбежно приведет к тому, что такое существующее в силу закона предположение разумности и добросовестности утратит всякое значение. На контрагента акционерного общества переложится бремя доказывания при рассмотрении споров добросовестности должностных лиц АО. Кроме того, у участников делового оборота возникнет обязанность проверки корпоративных решений контрагента о совершении сделки и соблюдения им порядка их принятия. Таким образом наша юридическая практика будет вынуждена в значительно более существенной степени воспринять такие элементы правовых систем общего права, как процесс предтранзакционной проверки «due diligence», включение в договоры заверений и гарантий («representations and warranties») и стандарт «due care» при осуществлении гражданских прав и исполнении обязанностей, даже в гражданских правоотношениях в рамках национальной юрисдикции.

В качестве завершения снова отметим, что наблюдения по результатам анализа положений Закона об АО позволяют сделать два вывода: (1) нормы этого Закона во многом соответствуют образцам правового регулирования сделок АО с заинтересованностью, принятым в законодательстве развитых государств и международно-признанной практике

корпоративного управления, однако (2) некоторые специфичные для казахстанского права особенности этих норм не способствуют обеспечению должной степени стабильности гражданского оборота, созданию хотя бы прослойки эффективных и профессиональных менеджеров предприятий, формированию безопасной и эффективной практики корпоративного управления, а также адекватной судебной практики по вопросам признания таких сделок АО и защиты прав.

§10. Вопросы применимого права в трансграничных договорах купли-продажи акций казахстанских компаний

1. Данный параграф посвящен вопросу о праве, подлежащем применению в договорных отношениях с иностранным элементом по продаже акций, и в частности – оприменимом праве к договору купли-продажи акций казахстанского акционерного общества (АО), заключаемому между казахстанским покупателем или продавцом и иностранный продавцом или покупателем, соответственно.

Как отмечается в авторитетных источниках, относящихся к концепциям международного частного права, «применение иностранного права - это знак толерантности и цивилизации. Но теоретик, помимо того, чтобы быть цивилизованным, нуждается в последовательном объяснении»[1]. Это утверждение можно дополнить лишь тем, что любая теоретическая конструкция в частном праве имеет непосредственное практическое значение, и понимание теоретической основы соответствующих законодательно закрепленных принципов может уменьшить или устранить существенные риски, возникающие в связи с необоснованным применением иностранного права в сделках с иностранным элементом.

В частности, представляется некорректной практика подчинения договоров купли-продажи акций казахстанских компаний иностранному праву с игнорированием не только императивных норм казахстанского Гражданского кодекса (ГК),

[1] Basedow Ju. Choice of Law. / Encyclopedia of Private International Law (Ch.10). - Edward Elgar Publishing, 2017 // https://www.elgaronline.com/view/nlm-book/9781782547228/b-9781782547235-C_10.xml (18.04.2017).

но и с пренебрежением принципами международного частного права (МЧП). Необоснованным является в сделках купли-продажи акций казахстанского АО определять применимым правом законодательство иностранных государств, даже не являющихся «домашними» юрисдикциями ни этого АО, ни одной из сторон соответствующих договоров.

2. Существующие на данный момент комментарии соответствующих положений ГК свидетельствуют о том, что содержание ст. 1114 ГК (думается, вполне определенное и однозначное) понимается как допускающее выбор иностранного права в качестве применимого к договору купли-продажи казахстанских акций в правоотношениях с иностранными контрагентами (безотносительно того, одна или обе стороны в таком договоре являются иностранными субъектами).

В частности, в Комментарии ГК обязательность применения казахстанского права при продаже акций казахстанского АО подвергается сомнению, поскольку, как объясняется, «при продаже акций акционерного общества никаких взаимных прав и обязанностей продавца и других акционеров не возникает»[1]. Вместе с тем, категоричность такого утверждения об отсутствии взаимных прав и обязанностей между отчуждателем акций и остающимися акционерами представляется необоснованной. Например, взаимное участие акционерных обществ в капиталах друг друга предполагает исполнение ими законодательных требований согласно соответствующим положениям ГК[2]. А в соответствии с Законом об АО сделка между акционером и приобретателем принадлежащих ему акций может повлечь возникновение определенных прав и обязанностей у АО; и в договоре об отчуждении акции с невыплаченными объявленными дивидендами могут быть установлены условия, обязательные для

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий (постатейный): В 2-х кн. – Кн. 2 / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. - Алматы, 2006. - 800 с. - С. 760.

[2] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть от 27 декабря 1994 г. и Особенная часть от 1 июля 1999 г.), с изменениями и дополнениями на дату доклада, ст. 95.

соблюдения его сторонами, и положения, которые должны учитываться самим АО[1].

3. В свою очередь, в своем недавнем комментарии к ст. 1114 ГК Д.А. Братусь утверждает то, что «исходя из требований логики и здравого смысла, подчинять данную сделку исключительно национальному законодательству, по крайней мере, для акций, включенных в биржевые котировки (листинг), нет необходимости..., акции выпущены в свободный оборот, перерегистрация общества при изменении состава акционеров не производится и т.д. При отсутствии подобных формальностей говорить о возможном противоречии применимого иностранного права основам правопорядка Республики Казахстан (национальному публичному порядку) не приходится»[2]. При этом он безапелляционно (и, думается, не совсем обоснованно) заявляет о неуместности сопоставления «правовой природы сделок купли-продажи доли и акций», а также повторяет некорректное замечание авторов вышеназванного Комментария ГК о том, что акции казахстанского АО могут продаваться на иностранной фондовой бирже.

Необоснованность этих утверждений заключается в том, что:

(1) и акции, и доли участия в уставном капитале ТОО имеют одно и то же экономическое значение, а их правовые режимы представляются достаточно близкими по содержанию, чтобы можно было объективно и обоснованно говорить о каких-либо существенных особенностях «правовой природы сделок» (если в отношении гражданско-правовых сделок вообще может быть какая-либо классификация по признаку различия именно их правовой природы) с этими видами объектов гражданских прав (хотя специфика обращения каждого из этих видов имущества в качестве объектов гражданских прав, несомненно, существует); и

(2) акции казахстанских АО не могут быть (по крайней мере, в настоящее время и в обозримой перспективе) предметом биржевой торговли на какой-либо иностранной фондовой бирже,

---

[1] Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 г. № 415-II «Об акционерных обществах», с изменениями и дополнениями на дату доклада, ст. ст. 21, 25.

[2] Братусь Д.А. Комментарий к статье 1114 Гражданского кодекса Республики Казахстан // http://online. zakon.kz/document/?doc_id=33033027#pos=5;-163 (26.03.2017).

поскольку, во-первых, не каждое АО может рассчитывать на включение его акций даже в списки Казахстанской фондовой биржи, а во-вторых, чтобы котироваться на бирже, в отношении которой осуществляется надзор иностранным финансовым регулятором, необходимо, чтобы соответствующие акции были выпущены и допущены к обращению в соответствии с законодательством того государства, в рамках которого этот регулятор осуществляет свои полномочия (например, в европейской доктрине и практике регулирования не вызывает сомнений функциональная связанность национального корпоративного законодательства с законодательными нормами, регулирующими рынок капиталов, налогообложение и контроль над слияниями компаний в рамках национальной юрисдикции, даже и при условии их гармонизации в границах определенных межгосударственных объединений[1]).

4. Следует признать, что формулировка ст. 1114 ГК несовершенна, и она нуждается в улучшении. В первую очередь, это обусловлено тем, что при создании этой нормы ее разработчики расширили ее действие, распространив его на отношения по передаче доли участия в юридическом лице и на иные отношения между его участниками[2]. При таком отклонении от общепризнанного стандарта, а тем более в условиях формирования МЧП независимого Казахстана и развития гражданского законодательства с применением известных на тот момент юридических понятий, неоднозначность правовой нормы нередко имеет место. Кроме того, имеются и основания полагать, что согласно ст. 1114 ГК «*lex incorporationis*» применяется только в отношениях по передаче акций между акционерами компании (а не в любых отношениях по передаче акций).

Однако, далее в настоящем докладе предпринимается попытка объяснить обоснованность применения к отношениям по передаче акций (будь то передача по сделке или в силу закона при правопреемстве либо ликвидации юридического лица - акционера) именно того законодательства, по которому соответствующее акционерное общество было учреждено. При

[1] Towards European Civil Code. 2nd revised and expanded edition. - Nijmegen: Ars Aequi Libri; Kluwer Law International, 1998. - 652 p. - C. 588, 602 – 603.

[2] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий (постатейный): В 2-х кн. – Кн. 2 / Отв. ред.: М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. - Алматы, 2006. - 800 с. - С. 588, 602-603.

этом следует сразу подчеркнуть, что подчинение сделок купли-продажи акций казахстанских АО иностранному праву (независимо от юрисдикции сторон таких сделок) не соответствует принципам МЧП, отраженным не только в ст. 1114 ГК, но и в международных конвенциях, директивах Европейского Союза, признаваемым судебной практикой в странах общего права.

5. Акции являются оборотоспособным движимым имуществом, которое может свободно отчуждаться на основе договоров или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства либо иным способом, если они не изъяты из оборота или не ограничены в обороте[1].

С принятием Основ гражданского законодательства АО было отнесено к хозяйственным обществам и товариществам, а нормами МЧП по вопросам гражданской правоспособности иностранных юридических лиц и применимого права к договору о создании предприятий с участием иностранных юридических лиц и граждан также закреплялся принцип *lexincorporationis*[2].

В соответствии с Законом 1991 года акционерное общество признавалось одним из видов хозяйственных товариществ, построенных на основе соглашения и на началах членства, чье имущество первоначально образуется за счет вкладов его участников в его уставный капитал, а собственно каждая акция представляет собой соответствующую долю в уставном фонде АО[3]. И несмотря на то, что с 1998 года АО, в силу осуществленных законодательных изменений[4], является самостоятельной организационно-правовой формой юридического лица и не признается формой хозяйственного

---

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть от 27 декабря 1994 г. и Особенная часть от 1 июля 1999 г.), с изменениями и дополнениями на дату доклада, ст.ст. 115-117, 128-1, 129, 139.

[2] Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 года. - Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР 26 июня 1991 года, № 26, ст.ст. 19, 161 и 166.

[3] Закон Казахской Советской Социалистической Республики от 21 июня 1991 года № 690-XII «О хозяйственных товариществах и акционерных обществах» - Ведомости Верховного Совета Каз.ССР, 1991 год, № 26. ст.ст. 1, 2, 9, 10

[4] Закон Республики Казахстан от 10 июля 1998 г. № 282-I «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам акционерных обществ». - Ведомости Парламента РК. – 1998. - № 17-18. ст. 1

товарищества[1], сущность акции как инструмента формирования уставного капитала АО и удостоверения прав акционера, содержание и объем которых обусловливается размером доли участия акционера именно в капитале АО, не изменяется.

6. Этот аспект важно принимать во внимание, поскольку одним из предписаний ГК по вопросу толкования законодательных положений в сфере действия гражданского права закрепляется необходимость учитывать исторические условия, при которых соответствующая законодательная норма вводилась в действие, при выяснении ее точного смысла (п. 2 ст. 6). Конечно же, в условиях приоритетности толкования таких норм в соответствии с буквальным значением их словесного выражения, а также отсутствия надлежащей системности и последовательности при внесении в ГК изменений и дополнений значимость такого предписания существенно умаляется. Однако в контексте данного рассмотрения применение такого исторического подхода при толковании нормы ст. 1114 ГК, которая относится к любым юридическим лицам с иностранным участием, представляется обоснованным.

Более того, согласно действующим правовым нормам: (а) в соответствии со ст. 85 ГК и ст. 11 Закона об АО акции выпускаются для формирования уставного капитала АО для осуществления им своей деятельности, и (б) по определению, содержащемуся в законе, (ст. 129 ГК и п/п. 4) ст. 1 Закона об АО) акция удостоверяет права членства в АО на основе участия в формировании его капитала (включая правомочия на участие в распределении чистой прибыли АО, получение дивиденда по акциям из расчета суммы дивиденда на одну акцию определенного вида, а также на долю в имуществе ликвидированного АО); соответственно, владение акцией означает владение определенной долей участия в АО.

7. Общеизвестно, что гражданское законодательство применяется преимущественно с опорой на принцип диспозитивности, позволяющий субъектам оборота самостоятельно регулировать их взаимоотношения на условиях, взаимоприемлемых для них и устанавливаемых ими по своему

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть от 27 декабря 1994 г. и Особенная часть от 1 июля 1999 г.), с изменениями и дополнениями на дату доклада, ст. 34.

усмотрению. Вместе с тем, такая свобода усмотрения ограничивается тем, чтобы согласованные сторонами правоотношения (например, договора) условия не противоречили нормам законодательства. В частности, несмотря на то, что в качестве основных начал гражданского законодательства в ст. 2 ГК устанавливаются свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела (в том числе позволяя гражданам и юридическим лицам приобретать и осуществлять свои гражданские права своей волей и в своем интересе, признавая за ними свободу в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых его условий), ГК, тем не менее, не допускает установление условий, противоречащих законодательству.

Положения ГК о договорах детализируют общие принципы гражданского права, определяя значение принципа свободы договора (ст.ст. 380 и 381 ГК) и допуская определение условий договора по усмотрению сторон, «кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законодательством» (п. 1 ст. 382 ГК). При этом, ст. 383 ГК совершенно однозначно устанавливает, что «договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законодательством (императивным нормам), действующим в момент его заключения».

Любая императивная норма предполагает конкретное предписанное правило поведения. В свою очередь, диспозитивная норма закона допускает возможность сторонам правоотношения своим соглашение установить иное правило, либо исключить применение такой диспозитивной нормы вообще (п. 1 ст. 382 ГК).

8. В рассматриваемом контексте примером императивной нормы является следующее положение п. 1 ст. 1084 ГК: «право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иным иностранным элементом, определяется на основании настоящего Кодекса, иных законодательных актов, международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан и признаваемых международных обычаев». Она предписывает, как определяется применимое право в отношениях с иностранным контрагентом,

не допуская определение применимого права иным образом. При этом, является совершенно нормальным, что суд (как и арбитраж) обязан применять иностранное право в силу законодательных установлений[1].

Последствия несоблюдения этой нормы определены в ст. 1088 ГК, согласно которой «соглашения и иные действия участников отношений, регулируемых настоящим Кодексом [т.е. ГК], направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела [т.е. Раздела 7 «Международное частное право» Особенной части ГК] о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву, ничтожны. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом».

При этом, в соответствии со ст. 1091 ГК, какими бы ни были правила этого Раздела 7 ГК, они ни при каких условиях «не затрагивают действия императивных норм законодательства Республики Казахстан, которые вследствие указания в самой норме или ввиду их особого значения для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

9. В свою очередь, примером диспозитивной нормы является п. 1 ст. 1112 ГК, согласно которому стороны договора могут своим соглашением выбрать применимое к данному договору право. Однако эта диспозитивность ограничивается императивностью оговорки о том, что «договор регулируется правом страны, выбранным соглашением сторон, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан».

В рассматриваемом случае иное предусмотрено самим же ГК. В частности, согласно ст. 1114 ГК «к договору о создании юридического лица с иностранным участием применяется право страны, где учреждается или учреждено юридическое лицо». В этом положении отражен такой принцип международного частного права, как «*lex incorporationis*» («закон страны инкорпорации юридического лица»). Эта норма является

[1] Basedow Ju. Choice of Law. / Encyclopedia of Private International Law (Ch.10). - Edward Elgar Publishing, 2017 // https://www.elgaronline.com/view/nlm-book/9781782547228/b-9781782547235-C_10.xml (18.04.2017).

императивной, не допускающей выбора иного права, кроме страны инкорпорации юридического лица, и применяется к юридическим лицам любой предусмотренной национальным законодательством организационно-правовой формы, включая (в случае применения казахстанского права) и акционерные общества. Не менее императивным является положение п. 2 ст. 1114 ГК, распространяя ее действие применительно к отношениям по передаче доли участия в юридическом лице.

10. Ст. 1115 ГК определяет объем охвата отношений по договору в соответствии с применимым к нему правом. В числе тех аспектов, которые подлежат регулированию согласно применимому праву указываются права и обязанности сторон договора и его исполнение. Однако же, если предметом договора является имущество, в отношении которого права регистрируются реестром, формирование и ведение которого регулируется национальным законодательством, то права и обязанности по такому договору в отношении таким образом зарегистрированного имущества, подлежат регулированию именно этим национальным правом[1]. В европейских теоретических источниках по корпоративному праву, со ссылкой на Регламент о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам (Рим 1) (Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations), вполне определенно указывается, в частности, что передача акций должна осуществляться в соответствии с применимым национальным законодательством[2].

Естественно, что и исполнение договора в отношении таким образом зарегистрированного имущества не может регулироваться какими-либо иными правилами, чем те, которые установлены национальным законодательством реестродержателя. При этом принадлежность реестра государству или частному субъекту не имеет значения, даже с учетом того, что в п. 2 ст. 1113 ГК упоминается только государственный реестр в Республике Казахстан, ибо в отсутствие нормы об имуществе, зарегистрированном в

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть от 27 декабря 1994 г. и Особенная часть от 1 июля 1999 г.), с изменениями и дополнениями, ст. 1113.

[2] Roth G., Kindler P. The Spirit of Corporate Law: Core Principles of Corporate Law in Continental Europe. - C.H. Beck, Hart, Nomos, 2013. - 190 p. - C. 25.

негосударственном реестре, подлежит применению именно этот п. 2 ст. 1113 ГК по аналогии законодательства согласно ст. 5 ГК.

11. В данном случае представляется, что сведение сферы регулирования ст. 1114 ГК только к передаче доли участия и только в товариществе с ограниченной ответственностью (ТОО) не является обоснованным, поскольку доля участия появляется и при учреждении хозяйственных товариществ других форм (например, по законодательству Казахстана - полное и коммандитное товарищество), а также акционерных обществ и некоммерческих организаций большинства организационных форм, основанных на членстве.

В то же время, распространение термина «доля участия» в контексте применения этой ст. 1114 ГК в отношении договорной передачи акций представляется обоснованным, поскольку, как уже отмечалось: (а) эта статья устанавливает применение принципа инкорпорации в отношении юридических лиц, основанных на членстве, всех признаваемых / предусмотренных национальным законодательством организационно-правовых форм, и (б) акция также является долей участия в юридическом лице, если оно учреждено в форме АО, ибо АО является формой корпорации, создаваемой на основе членства и распределения прав участия.

12. В иностранной правовой литературе указывается, что к трансграничным договорам передачи (купли-продажи) акций в рамках Европейского Союза применяется Регламент о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим 1») (Rome I Regulation)[1]. В том числе, этим Регламентом определено, что на случай отсутствия выбора сторон договора применяется право той страны, с которой (как вытекает из всех обстоятельств дела) договор имеет явно более тесные связи, а сам такой выбор сторон договора не должен наносить ущерба применению положений права страны, от которых не разрешается отступать посредством соглашений[2].

[1] Briggs A. Conflict of Laws. 3rd edition. - OXFORD University Press, 2013. - 393 p. - C. 224-227.

[2]Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского Парламента и Совета от 17 июня 2008 г. оправе, подлежащем применению к договорным обязательствам. - http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoye.htm (17.04.2017); Regulation (EC) no 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law

Применительно же к акциям (которые в современном мире существуют лишь как бездокументарные ценные бумаги) договор, направленный на их отчуждение одним лицом в пользу другого, наиболее тесные связи имеет с тем правом, которое регулирует вопрос о надлежащем подтверждении прав на них, а также формальные процедуры передачи акций. Поскольку же права в отношении бездокументарных акций удостоверяются содержанием счета, который открыт у регистратора компании, или (дополнительно) счета у номинального держателя ценных бумаг, любой трансграничный договор купли-продажи таких акций регулируется правом страны соответствующего посредника (субъекта, который уполномочен вести счета ценных бумаг, и у которого являющиеся предметом сделки ценные бумаги размещены на соответствующих счетах).

Со ссылкой на Гаагскую конвенцию о праве, подлежащем применению в отношении ценных бумаг, размещенных у посредника[1], в научных источниках о современном коммерческом праве указывается, что для цели указанной Конвенции каждый счет ценных бумаг должен рассматриваться отдельно, и его режим должен регламентироваться его «домашним» правом: стороны сделки не имеют полной свободы выбора, они должны выбрать право места, где посредник (например, реестродержатель, номинальный держатель, оператор торговой системы) осуществляет свою деятельность по ведению счетов ценных бумаг [2]. Этот принцип о применении права посредника или права страны эмитента, в зависимости от ситуации, в отношении сделок с ценными бумагами и другими финансовыми инструментами также определенно закреплен в целом ряде директив Европейского Союза[3].

---

applicable to contractual obligations (Rome I). // http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593, стст. 3, 4, 9, 11 и 14.

[1] 2002 Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in respect of Securities Held with an Intermediary.

[2] Goode on Commercial Law. 4th edition. - Penguin Books. - 1433 p. - C. 1242-1243.

[3] Council Directive 85/61 I/EEC of 20 December 1985 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS). // http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31985L0611 (17.04.2017); Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives85/61 I/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC. // http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0039 (17.04.2017).

В частности, с применением такого принципа в отношении договора купли-продажи акций казахстанского АО, права в отношении которого регистрируются по счетам, которые ведутся Единым регистратором ценных бумаг («ЕРЦБ»), применимым правом к такому договору может быть только законодательство Республики Казахстан, положениями которого регулируются правовой статус и деятельность ЕРЦБ. И даже если иностранный посредник будет осуществлять владение казахстанскими акциями, являясь зарегистрированным в ЕРЦБ номинальным держателем ценных бумаг, любой договор передачи таких акций от одного лица к другому, даже если они оба являются иностранными субъектами, не сможет быть надлежащим образом завершенным без применения казахстанского права, поскольку каждый номинальный держатель (посредник) обязан при регистрации сделки с ценными бумагами, находящимися на открытых им счетах, регистрировать права своего клиента на соответствующие ценные бумаги по счету этого клиента, а также по субсчету клиента в системе учета центрального депозитария[1].

13. Выраженные в вышеперечисленных Конвенциях и Директивах ЕС принципы МЧП также отражены в ст.ст. 1084 (о применении права, наиболее тесно связанного с гражданско-правовыми отношениями, осложненными иностранным элементом), 1091 (о применении императивных норм) и ст. 1113 (о применении к договору относительно зарегистрированного имущества права страны соответствующего реестра) казахстанского ГК.

В то же время, поскольку акции представляют собой не просто имущество, права в отношении которого подлежат регистрации, но также и инструмент, подтверждающий участие в корпорации (обладание долей участия в его капитале), то в отношении договоров передачи соответствующих прав участия элементами, тесно связывающими такие договоры с соответствующим национальным правом, являются законодательные положения, регулирующие не только деятельность соответствующего реестра акционеров, но также порядок и условия учреждения акционерных обществ. В связи с этим в международном частном праве именно «*lex*

[1]Закон Республики Казахстан от 2 июля 2003 г. № 461-II «О рынке ценных бумаг», с изменениями и дополнениями, ст. 61.

incorporationis» применяется для определения применимого права в трансграничных договорах купли-продажи акций.

В частности, по вопросу о применении национального закона соответствующего акционерного общества в сделках по продаже его акций авторитетными источниками (в том числе содержащими анализ судебной и арбитражной практики в Англии, США и странах континентальной Европы) указывается, что передача акций корпорации или установление обременения в отношении таких акций должно определяться законом места учреждения корпорации; любая предполагаемая передача акций, осуществляемая за границей по иному праву, чем национальный закон корпорации, будет недействительной передачей акций[1].

14. Опубликованное в ИС «ПАРАГРАФ» мнение Министерства юстиции Республики Казахстан по вопросу применения ст. 1114 ГК, датированное 30 ноября 2009 года, соответствует вышеизложенной позиции. В частности, в ней выражена следующая точка зрения:

«В ГК РК применяется доктрина инкорпорации, то есть законом юридического лица считается право той страны, где это юридическое лицо учреждено, что и закреплено в статье 1100 *ГК РК.*

В этой связи, законодательством РК, в частности, законами о каждом из видов юридических лиц предусмотрены императивные нормы в отношении юридических лиц, учрежденных и зарегистрированных в РК.

Таким образом, не только отношения, связанные с созданием и прекращением юридического лица, должны осуществляться в соответствии с правом страны, где учреждено юридическое лицо, но и иные права и обязанности юридического лица также подпадают под действие Закона юридического лица.

В соответствии со статьей 1112 *ГК РК договор регулируется правом страны, выбранным соглашением сторон, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан. Стороны договора могут избрать применимое право, как для договора в целом, так и для отдельных его частей, в любое время как при заключении*

[1] The Law of Cross-Border Securities Transactions. Edited by Hans van Houtte. / London: Sweet & Maxwell, 1998. - 344 p. - С. 18 и 19.

договора, так и в последующем - Стороны могут также в любое время договориться об изменении применимого к договору права.

Статья 1114 *ГК РК определяет право, применяемое к договору при отсутствии соглашения сторон. Так, в случае не заключенного соглашения, к договору применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся продавцом - в договоре купли-продажи.*

1. Относительно возможности применения иностранного права к следующим типам договоров полагаем возможным резюмировать следующее:

1) о купле-продаже акций в казахстанском акционерном обществе между иностранным акционером и иностранным покупателем акций. При этом договор заключается за границей на неорганизованном рынке ценных бумаг.

В данном случае необходимо учитывать то, что речь идет об акциях, являющихся эмиссионными ценными бумагами, выпущенными казахстанским акционерным обществом, следовательно, регистрация сделок с подобными эмиссионными ценными бумагами и последующее подтверждение (учет) прав по таким эмиссионным ценным бумагам осуществляется в соответствии с казахстанским законодательством.

Согласно статье 28 *Закона Республики Казахстан «О рынке ценных бумаг» обращение эмиссионных ценных бумаг на вторичном рынке ценных бумаг осуществляется путем совершения субъектами рынка ценных бумаг на организованном или неорганизованном рынке ценных бумаг гражданско-правовых сделок с данными ценными бумагами. Условия и порядок совершения сделок с эмиссионными ценными бумагами и их регистрации в системе реестров держателей ценных бумаг или системе учета номинального держания ценных бумаг устанавливаются в соответствии с законодательством Республики Казахстан.*

Так, в соответствии со статьей 36 *Закона Республики Казахстан «О рынке ценных бумаг» сделки с эмиссионными ценными бумагами подлежат регистрации, которая осуществляется регистратором, на основе заключенного договора с органом эмитента по ведению системы реестров держателей ценных бумаг.*

При этом при совершении сделок с ценными бумагами на неорганизованном рынке ценных бумаг регистратор (номинальный держатель) осуществляет регистрацию сделки на основании встречных приказов участников сделки и иных документов, установленных законодательством Республики Казахстан»[1].

15. Несоответствие любой сделки (в том числе договора) императивным нормам гражданского законодательства влечет за собой негативные последствия для сделки и/или ее участников, предусмотренные в ГК и законодательных актах. Так, в соответствии со ст. 148 ГК любой договор (в том числе и договор купли-продажи акций казахстанского АО между казахстанским и иностранным юридическими лицами) является сделкой, к которой применимы правила ГК об основаниях и последствиях недействительности сделки. В частности, согласно ст. 157 ГК «сделка признается недействительной при нарушении требований, предъявляемых к форме, содержанию и участникам сделки, а также к свободе их волеизъявления, по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом [ГК] или иными законодательными актами», а требование о признании сделки недействительной может быть заявлено заинтересованным лицом (т.е. тем, чьи права и законные интересы которого или могут быть нарушены в результате совершения указанной сделки, и которое включено в установленный ГК и/или иными законодательными актами перечень лиц имеющих право требовать признание ее недействительной), надлежащим государственным органом либо прокурором. В том числе в ст. 158 ГК совершенно определенно указывается, что «сделка, содержание которой не соответствует требованиям законодательства, а также совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ... может быть признана судом недействительной, если настоящим Кодексом [ГК] и иными законодательными актами не установлено иное». Иное как раз-таки установлено по вопросу применимого права к отношениям по передаче доли участия в юридическом лице: выбор иного права, кроме законодательства страны инкорпорации юридического лица, ничтожен.

[1] Письмо Министерства юстиции Республики Казахстан (30 ноября 2009 года) / ИС «ПАРАГРАФ» (18.04.2017) //www.zakon.kz.

ГК предусматривает вполне определенные правовые последствия недействительной сделки. Так, в соответствии со ст. 157-1 «при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а при невозможности возврата в натуре (в том числе, когда полученное выражается в пользовании имуществом, выполненной работе или предоставленной услуге) - возместить стоимость подлежащего возврату имущества, стоимость пользования имуществом, выполненных работ или оказанных услуг в деньгах, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены» в ГК или иных законодательных актах Республики Казахстан. Причем, согласно ст. 158 ГК «лицо, умышленно заключившее сделку, которая нарушает требование законодательства, ..., не вправе требовать признания сделки недействительной, если такое требование вызвано корыстными мотивами или намерением уклониться от ответственности». Более того, «в случае, если один из участников сделки совершил ее с намерением уклониться от исполнения обязательства или от ответственности перед третьим лицом либо государством, а другой участник сделки знал или должен был знать об этом намерении, заинтересованное лицо (государство) вправе требовать признания сделки недействительной».

В то же время представляется, что в отношении несоответствующей требованиям ГК договорной оговорки о применимом праве должны применяться императивные положения ст. 1088 ГК (как указано выше) и ст. 161 ГК (как указано ниже).

16. Таким образом, в силу императивности ст. 1114 ГК представляется, что в отношении договора купли-продажи акций казахстанского АО, заключаемого между казахстанским и иностранным контрагентами (как и когда все контрагенты в сделке являются иностранными субъектами), применимым правом может быть только законодательство Республики Казахстан. Как уже отмечалось, единственным исключением может быть применение иностранного права, если сделка купли-продажи производится на иностранной фондовой бирже (правда, это очень гипотетическая ситуация для акций казахстанского АО): в этой ситуации может применяться принцип «*lex situs*» (право страны нахождения имущественного объекта). Это

правило отражено в ст. 1109 ГК, устанавливающей применение права страны нахождения реестра прав на имущество, включенное в государственные реестры (поскольку акции как эмиссионные ценные бумаги допущены к обращению на иностранной фондовой бирже, права на эти акции регистрируются на счетах у профессиональных торговцев, допущенных к участию в торговле на этой бирже). Согласно же вышеизложенному, в мировой практике (например, по праву Европейского Союза) для применения законодательства к регулированию трансграничных сделок с ценными бумагами установлено правило о применении права посредника (т.е. законодательства, регулирующего деятельность и статус института, который опосредует соответствующую сделку с ценными бумагами).

17. Установление в договоре иного применимого права нарушит императивные нормы казахстанского ГК, что, соответственно, может поставить под угрозу действительность такого договорного выбора применимого права. Вместе с тем, недействительность договорной оговорки о применимом праве не должно повлечь недействительности всего упомянутого договора купли-продажи акций, поскольку согласно ст. 161 ГК «недействительность части сделки не влечет за собой недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части».

18. В практических ситуациях, когда одна из сторон предполагаемой сделки с акциями казахстанского АО вопреки установлениям казахстанского ГК настаивает на подчинении сделки иностранному праву, для другой заинтересованной в сделке стороны возможны следующие варианты:

1) настаивать на том, что применимым правом по такому договору в нем указано должно быть законодательство Республики Казахстан. Однако, если предполагаемый контрагент также будет настаивать на своем выборе применимого права, и отказ от принятия его позиции рассматривается им как существенное препятствие для заключения договора («deal breaking point»), решение вопроса становится проблематичным, и задача по приобретению акций может не получить желаемого разрешения,

2) предложить компромисс, чтобы не включать в договор купли-продажи оговорку о применимом праве, и оставить этот вопрос на разрешение суда или международного арбитража (в зависимости от выбора сторон договора) в случае возникновения спора между сторонами, либо на определение самими сторонами договора в будущем форума для разрешения вытекающих из него или связанных с ним споров,

3) согласиться с позицией контрагента по предполагаемому договору и указать в договоре иностранное право в качестве применимого права по договору, принимая риск оспаривания действительности этой оговорки и, возможно, всего договора со стороны любого заинтересованного лица. В этой ситуации, наиболее вероятным последствием является признание недействительной такой оговорки и применение к договору казахстанского законодательства.

В качестве разумного компромисса второй из вышеперечисленных вариантов представляется наиболее предпочтительным. При этом следует понимать, что каким бы ни было определено применимое к договору право, его исполнение возможно только в соответствии с требованиями казахстанского законодательства, которым будут регулироваться и соответствующие права и обязанности сторон договора.

ГЛАВА 3. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРА И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ПО КАЗАХСТАНСКОМУ И ЕВРОПЕЙСКОМУ ДОГОВОРНОМУ ПРАВУ

§1. Невозможность исполнения договора по казахстанскому праву и доктрина «тщетности» по английскому праву

В предпринимательских отношениях, как правило, заключению договору предшествуют определенные переговоры, проводимые сторонами в целях согласования условий сделки. После успешного завершения согласования условий стороны подписывают договор. Заключая договор поставки, заказчик соглашается оплатить стоимость товара согласно достигнутым договоренностям, исходя из существующих обстоятельств, например, текущих рыночных цен на аналогичный товар. Однако, в ходе исполнения договора обстоятельства, существовавшие на момент его заключения, которыми сторона руководствовалась, принимая решение о вступлении в правоотношения могут измениться, оказывая влияние на возможность контрагента исполнить договор.

Правовые системы стран по-разному регулируют вопросы, связанные с изменением внешних обстоятельств, оказывающих влияние как на возможность надлежащего исполнения стороной своих обязательств, так и на исполнение обязательства в целом. При этом различные подходы касаются не только степени влияния, которые внешние обстоятельства должны оказывать на сторону в связи с её обязанностью исполнить договор, но и на условия (основания) ответственности.

В течение длительного времени на территории СССР доминировала позиция известных учёных, считавших, что основанием гражданско-правовой ответственности является состав гражданского правонарушения, в который входит: противоправное действие (бездействие); вред (вредоносные последствия); причинная связь между противоправным действием и вредом; вина[1]. При этом под виной в гражданском

[1] Агарков, М.М. Обязательство по советскому праву. – М., 1940. – 192 с.- С. 141; Иоффе, О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. - Ленинград, 1955. – 878 с.- С.

праве понимали психическое отношение лица к совершаемому им противоправному действию или бездействию, а также к наступающим в связи с этим противоправными последствиями[1].

Как нетрудно заметить, указанная концепция состава гражданского правонарушения совпадает с положениями об уголовной ответственности, которая также предусматривает состав преступления, включающий в себя вину, в качестве одной из составных частей. В связи с этим после обретения независимости союзными государствами, концепция гражданско-правовой ответственности советского периода подверглась обоснованной критике.

По мнению В.В. Витрянского, единственным основанием гражданско-правовой ответственности является нарушение субъективных гражданских прав, как имущественных, так и неимущественных. Однако для отдельных видов нарушения гражданских прав законодатель предусмотрел обязательные требования, именуемые автором условиями гражданско-правовой ответственности, к числу которых относится: противоправность нарушения; наличие убытков (вреда); причинная связь между нарушением субъективных гражданских прав и убытками (вредом); вина нарушителя[2].

С мнением В.В. Витрянского соглашается М.К. Сулейменов, который также считает, что единственным и общим основанием ответственности является нарушение субъективного гражданского права. М.К. Сулейменов отмечает, что наличие всех условий необходимо только в части требований о взыскании убытков, однако же в большинстве случаев все условия не применяются. При этом автор считает, что единственным условием, которое применяется всегда в вопросе возникновения гражданско-правовой ответственности является противоправность субъективного гражданского права[3].

94; Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.., 1958. – 182 с. - С.57.

[1] Иоффе, О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. - Ленинград, 1955. – 878 с.- С. 123.

[2] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М., 1999. – 841 с. – С. 705.

[3] Сулейменов, М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Т. 3. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 2. Гражданское правоотношение. – Алматы, 2016. - 464 с. – С.265-266.

Из изложенного следует, что в качестве общего правила вина нарушителя всё же является одним из необходимых условий для привлечения должника к ответственности. Данный вывод справедлив только для гражданско-правовых отношений, которые возникают в обязательствах, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Одного нарушения обязательства в таких правоотношениях недостаточно для того, что привлечь должника к ответственности, поскольку кредитору нужно будет также доказать наличие вины контрагента.

Действующая редакция п. 1 ст. 359 ГК РК определяет понятие вины не через психологическое отношение лица к совершенному правонарушению, а через зависящие от должника меры, которые он принял в целях надлежащего исполнения своего обязательства. Таким образом, в отношениях, не связанных с предпринимательской деятельностью, должник несет ответственность при наличии вины, которая может быть ограничена только случайными обстоятельствами («causa»).

Напротив, в отношениях, связанных с предпринимательской деятельностью прослеживается усиление объективной ответственности, что подтверждается положениями действующего ГК, п. 2 ст. 359 которого предусматривает, что предприниматель не будет нести ответственность, если докажет, что нарушение обязательства стало невозможным вследствие непреодолимой силы, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельствах (стихийные явления, военные действия, чрезвычайное положение и т.п.). При этом к указанным обстоятельствам не относится, в частности, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, работ или услуг. Законодательством или договором могут быть предусмотрены иные основания (т.е. помимо вины) ответственности. Тем не менее, указанная статья ГК предусматривает, что соглашение сторон об ограничение ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно[1].

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан. [Электронный ресурс]: Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года № 268-XIII // ИПС НПА РК «Әділет» // URL:http://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000. (Дата обращения:31.08.2020).

Из изложенного следует, что в предпринимательских отношениях психическое отношение лица к совершенному правонарушению не имеет никакого отношения, поскольку ответственность должника ограничивается только действием обстоятельств, находящихся вне его контроля, которые носят необычный, из ряда вон выходящий характер и являющиеся невозможными для предотвращения с его стороны всеми имеющимися у него средствами при данных конкретных обстоятельствах.

В свою очередь, правило о единственном основании освобождении от ответственности лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность воплощает в себе идею освобождения должника, нарушившего обязательство от ответственности только в случае абсолютной невозможности исполнить обязательство[1].

Глава 21 ГК посвящена прекращению обязательств. В качестве оснований прекращения обязательства положения статьи 367 ГК предусматривают следующий перечень: исполнение, предоставление отступного, зачет, новация, прощение долга, совпадение должника и кредитора в одном лице, невозможность исполнения, издание акта государственного органа, смерть гражданина, ликвидация юридического лица. При этом данный перечень не является исчерпывающим и иные основания прекращения обязательства могут быть предусмотрены законодательством или соглашением сторон.

Наиболее распространенной классификаций оснований прекращения обязательства является их деление на основания, наступающие по воле сторон (надлежащее исполнение, отступное, зачет, новация, прощение долга) и на основания, прекращающие обязательства независимо от воли сторон (совпадение должника и кредитора в одном лице, невозможность исполнения обязательства, издание акта государственного органа, смерть гражданина и ликвидация юридического лица[2].

Невозможность исполнения должником обязательства, вызванная обстоятельством, за которое он не отвечает, влечёт

[1] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М., 1999. – 841 с. – С.753.

[2] Сулейменов М.К. Гражданское право Республики Казахстан: опыт теоретического исследования. Том 3. Часть вторая. Теоретическая. Раздел 2. Гражданское правоотношение. – Алматы, 2016. - 464. – С. 423.

прекращение обязательства, за исключением денежного обязательства (п. 1 ст. 374 ГК). По общему правилу сторона, которая не может исполнить обязательство в результате действия обстоятельства, за которое ни она, ни другая сторона не отвечают, не вправе требовать от контрагента исполнения по обязательству. Однако контрагент, исполнивший обязательство вправе требовать возвращения исполненного им по сделке (п. 2 ст. 374 ГК).

Необходимо отметить, что вторая часть указанной статьи относится к регулированию двустороннего договора, в результате невозможности исполнения которого возникает вопрос о праве контрагента требовать возврата исполненного на что не было получено встречного удовлетворения.

В отличие от казахстанского, Гражданский кодекс Российской Федерации не содержит прямо закрепленного положения о том, что в двустороннем договоре невозможность исполнения которого возникла сторона вправе требовать возврата исполненного по сделке, на что не было получено встречного предоставления от контрагента (ст. 416)[1].

Тем не менее, восполнить данный пробел, как указывает В.В. Витрянский, возможно, приняв во внимание положения п. 2 ст. 416 Гражданского кодекса Российской Федерации, носящей исключительный характер, и от противного сделать вывод о том, что во всех остальных случаях, когда кредитор невиновен в возникшей невозможности исполнения обязательства, он вправе требовать возврата исполненного, на что не было получено встречного удовлетворения. При этом В.А. Рахмилович вместо указанного подхода предлагает использовать доктрину «тщетности договора», предусмотренную в праве Англии[2].

Как в казахстанском, так и в российском кодексах в статьях об основании прекращении обязательства, речь идёт о последующей невозможности исполнения, которая может быть юридической или фактической. Юридической невозможностью исполнения обязательства может являться акт государственного органа, для случая которого ст. 375 ГК предусматривает отдельное основание для прекращения обязательства. В случае,

[1] URL:http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/.
[2] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – М., 1999. -841. – С. 458-460.

если обязательство становиться невозможным в результате издания акта государственными органами, включая местные представительные и исполнительные органы (публичные акты), то обязательство прекращается, а стороны, понесшие убытки, будут вправе требовать их возмещения с органа, чей акт будет признан в итоге недействительным. При этом, если иное не вытекает из соглашения стороны, то в случае признания акта недействительным, обязательство подлежит восстановлению.

К фактической невозможности исполнения обязательства относятся случаи исполнения обязательства в натуре, например, обязательство по передаче индивидуально-определённой вещи, которая гибнет в результате действия обстоятельств непреодолимой силы. Однако к данной невозможности исполнения обязательства не будет относится случай, когда гибнет вещь, определяемая родовыми признаками, поскольку, как справедливо заметил Л.А. Лунц: «Обязательство, имеющее своим предметом вещи, определенные родовыми признаками, лишь в исключительных случаях прекращается невозможностью исполнения, так как доказать полное отсутствие в обороте вещей данного рода обычно весь трудно («род никогда не погибает»)»[1].

Необходимо отметить, что Гражданский кодекс Республики Казахстан не содержит положений, предусматривающих возможность поставить вопрос прекращения договора в зависимость от существенного изменения обстоятельств, существовавших на момент его заключения и изменившихся в ходе его исполнения сторонами. В частности, ст. 451 Гражданского кодекса Российской Федерации предусматривает возможность стороны требовать изменения или расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств[2].

Указанное требование об изменении или прекращении обязательства является реализацией правила *«clausula rebus sic stantibus»*, согласно которому договор остается в силе до тех пор, пока остаются неизменными обстоятельства, обусловившие его

[1] Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. – М., 1950. – 416 с. - С. 348.
[2] URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/60585aaf3ec9b9a385118b4dbdb6f45bf26fd524/

заключение и действие. Данное правило является антиподом принципа «*pacta sunt servanda*».

В свою очередь, в английском праве, относящемуся к системе общего права, правило *«clausula rebus sic stantibus»* было реализовано во второй половине XIX в. в рамках развития доктрины «тщетности договора» или фрустрации, которая включает в себя «все случаи прекращения соглашения вследствие последующих событий вне контроля какой-либо из сторон». При этом договорное право Англии в качестве общего правила предусматривает абсолютной характер договорной ответственности, а нарушение договора составляет единственное основание возникновения ответственности[1].

Таким образом, правовые системы стран, относящиеся к романо-германской (континентальной) правовой семье, в качестве одного из условий гражданско-правовой ответственности рассматривает вину стороны, допустившей нарушение договорного обязательства. В предпринимательских отношениях сторона может быть освобождена от ответственности только в случае, если невозможность его исполнения вызвана форс-мажорными обстоятельствами. Данное правило реализует идею освобождения должника, нарушившего обязательство, от ответственности только в случае абсолютной невозможности исполнения обязательства.

В свою очередь, в правовых системах стран, относящихся к системе общего права, единственным основанием ответственности является нарушение договорного обязательства, а вопросу виновности нарушителя не придается какого-либо значения. Исключение из общего принципа безусловной ответственности за нарушение договорного обязательства было сформировано в течение длительного периода времени, в ходе которого суды общего права сформировали доктрину «тщетности договора», позволяющую освободить сторону от ответственности за невозможность исполнения обязательства, если она вызвана существенным изменением внешних обстоятельств.

В связи с этим, положения доктрины «тщетности договора» целесообразны для анализа в целях возможности имплементации определенных положений в отечественное

[1] Ансон, В. Договорное право. - М., 1984. – 464. - С. 306-307.

законодательство в целях соблюдения экономического баланса интересов сторон договора.

§2. Способы обеспечения обязательств в странах «common law» и континентальной системы права

Регулирование обеспечения исполнения обязательства в странах общего права (*«common law»)* отличается от регулирования подобных институтов в странах с континентальной системой права. Хотелось бы выяснить, как влияет на возможность обеспечения долгового требования принадлежность страны к системе континентального права или общего права.

Необходимо сделать оговорку, что в законодательствах не всех стран, которые будут рассмотрены ниже, содержится понятие «обеспечение исполнения обязательства». В некоторых странах законодательство содержит просто перечень возможностей обеспечения обязанности должника, либо обеспечения долга. Поэтому в данном параграфе наряду с *«обеспечением исполнения обязательства»* будут также употребляться термины *«обеспечение долга»* и *«обеспечения».* Кроме того, в западной юридической литературе вместо привычных нам «способов» обеспечения исполнения обязательств, употребляется термин обеспечительные «инструменты», что также будет встречаться в данной работе.

Страны с континентальной правовой системой содержат регулирования об обеспечениях в гражданских кодексах, а некоторые из обеспечительных инструментов регулируются в специальных законах (как правило ипотека). Во многих странах «*common law»* также есть статуты, регулирующие подобные отношения. Например, в США регулируют способы обеспечения с помощью, так называемого, Коммерческого кодекса (*Uniform Commercial Code,* далее – UCC)[1]. В Англии регулирование отдельных способов обеспечения осуществляется Законом «О собственности» 1925 года *(Law of Property Act)*[2]. Основное различие в регулировании данных институтов в системе «*common law»* и континентальной правовой системе заключается во

[1] Uniform Commercial Code // https://www.law.cornell.edu/ucc.
[2] Law of Property Act // http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20/contents.

влиянии судебного прецедента на формирование отдельных обеспечений и их правового регулирования. Рассмотрим более подробно обеспечения обязательств в таких странах системы общего права, как Англия и США, а также в таких странах системы континентального права, как Германия и Франция.

Некоторые страны невозможно уложить в рамки данного деления. Примером может служить ***Канада.*** Канадское гражданское законодательство представляется в своем роде уникальным. Различные провинции Канады имеют разные гражданские законы, и эти законы отличаются принадлежностью к различным правовым системам. Большую роль в стране исторически играет общее право (*«common law»),* однако некоторые провинции используют континентальное право, например, Квебек. Как указывает *Simon Finch*, Канада состоит из 10 провинций, каждая из которых имеет собственное законодательство в отношении обеспечения через личное имущество[1]. Он также указывает, что, например, в Провинции ***Онтарио*** законодательство принадлежит к системе общего права (*common law),* обеспечения регулируются с помощью *Personal Security Act*. В то время, как провинция ***Квебек*** применяет нормы континентального права (*«civil law»)* в том числе в области обеспечения. При этом цивилисты отмечают весьма удачное построение норм Гражданского кодекса Квебека от 1 января 1994 года (*Code civil du Québec)*. Например, С.Н. Медведев отмечает превосходную технику изложения правовых норм, которые отличаются краткостью и простой изложения[2].

Хотелось бы кратко охарактеризовать наиболее яркие примеры обеспечений в странах «*common law»*, которые показались наиболее интересными с учётом изучения данной темы и специфики применения.

1.Обеспечение исполнения обязательства в странах «common law»

Англия. Хотелось бы отметить, что *Trevor C. Harley* указывает на общее (аналогичное) правоприменение в области

[1] Johnston, W. Security Over Receivables. An International Handbook. / Edited by William Johnston. – Oxford University Press, 2008. – 750 c. ISBN 97 801 99 550 456. - С. 77.

[2] Медведев С.Н. Гражданский кодекс провинции Квебек (Канада). //Северо-Кавказский юридический вестник. – 2013. – №4. – С. 39-42. - С. 41.

обеспечений в Англии, обеих Ирландиях и Уэльсе – это область применения *common law*. В то время, как в Шотландии употребляется частично система римского права, однако в вопросах личных обеспечений регулирование является подобным английскому[1].

Как и законодательства других стран, английское право предоставляет кредиторам возможность обеспечения долгового требования. Основными обеспечительными инструментами в английском праве являются вещные обеспечения, такие как ипотека и заклад. Данные обеспечения, как указывалось выше, регулируются в Англии законом о собственности 1925 года *(Law of Property Act)*. Данный статут в секции 85 части III закладывает два вида вещного обеспечения обязательств: ипотечный залог (mortgage) и заклад (pledge, pawn).

Как указывает Р.А. Курбанова, ипотечным залогом является предоставление имущества для обеспечения долга. Эта форма залога применяется в отношении как движимого, так и недвижимого имущества. Передаваемым имуществом в этом случае может быть земля, а также движимое имущество, в том числе имущественные права[2]. При этом автор отмечает, что «специфика ипотечного залога заключается в том, что титул собственности на заложенное имущество переходит к кредитору (залогодержателю), который становится его собственником (хотя и с некоторыми ограничениями). Залогодержатель становится полным собственником в случае несвоевременной уплаты долга. В дальнейшем при надлежащем исполнении обязательства должником ему возвращается титул на имущество»[3]. По мнению Р.А. Курбановой, такого рода правоотношения между должником и кредитором имеют выраженный фидуциарный характер[4].

Фидуциарные обеспечения довольно развиты не только в странах общего права, но и в других европейских странах,

---

[1] Harley, Trevor C. The Law of Suretyship and Indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland. / Commission of the European Communities. Studies. Competition – Approximation of legislation Series № 28. Brussels, Mart 1974. 72 s. // http://aei.pitt.edu/40735/1/Approximation. of.Legislation.28.pdf. - С. 3.

[2] Курбанова Р.А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. /Под. ред. Курбановой Р.А. – М.: Издательство Проспект, 2015. – 447 с. - С. 44.

[3] Курбанова Р.А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. /Под. ред. Курбановой Р.А. – М.: Издательство Проспект, 2015. – 447 с. - С. 44.

[4] Там же. С. 44.

примером может служить чешское законодательство, где предусмотрен обеспечительный перевод права (права собственности в том числе). Думается, что приведённый выше ипотечный залог все-таки ближе по своей специфике к залоговым отношениям, в то время как фидуциарный характер в большей степени проявляется в «*transfer of ownership»*, так называемом обеспечительном переводе права собственности, который будет также приведён ниже.

Интересно, что при этом заклад в английском праве регулируется отдельным Законом о потребительском кредите 1974 года[1].

Нужно отметить, что английские авторы при описании обеспечений часто останавливаются на изучении вопроса, что именно является долговым требованием, или дебиторской задолженностью (*«receivables»*), которая обеспечивается. Рассматривая данное понятие в английском праве, авторы имеют ввиду так называемые *«book debts»* – дословно «книжные долги». Существуют различные точки зрения на вопрос, что именно подразумевается под *«book debts».*

Конечно, со свойственным английскому праву формированию понятий через судебный прецедент, понятие «*book debts»* было выработано также через решения судов различных инстанций, то есть через прецедент. Как указывает *Timothy Parsons,* классическая формулировка того, что следует понимать под «*book debts»* была создана Court of Common Pleas по делу *Shipley v Marshall* [1863] 14CBNS 566. Было установлено, что «все подобные долги в течение обычного курса торговли между людьми входят в торговые книги, но […] не обязательно, что долг должен входить в книгу»[2].

В более современном толковании, по мнению *Timothy Parsons,* «*book debts»* означает широкий диапазон имущества (*«wide range of other property»*) такого, как займы *(«loan»*), страховые взносы *(«insurance premiums»),* долги с продажи товаров *(«debt for goods sold»)* и в общем *другие права на получение платежа определённой суммы*[3]. Данное имущество

[1] Там же. С. 44.
[2] Johnston, W. Security Over Receivables. An International Handbook. / Edited by William Johnston. – Oxford University Press, 2008. – 750 с. - С.147.
[3] Там же. С.148.

может выступать для обеспечения долга, выступая в качестве так дебиторской задолженности или «*receivables»*.

Так же английское право допускает переход собственности в обеспечительных целях – «*transfer of owner ship»* или обеспечительный перевод права – «*security assignment»*. При этом в некоторых случаях передача собственности может совершаться и путём новации[1]. Как указывает *Timothy Parsons,* наиболее обычный способ передать в обеспечение титул к дебиторской задолженности *(«transferring title to receivables is by away of an assignment»*) – это путём уступки. В результате законной уступки (обычно употребляется как «*legal assignment»)* правопреемник получает законный титул и становится возможным подавать иск по долгу исключительно на своё собственное имя[2]. При этом автор ссылается на секцию 136 приведённого выше *Law of Property Act 1925*[3].

Нужно отметить, что обеспечительные средства подробно рассматриваются в связи с деятельностью корпораций. Имеются ввиду так называемые «*securing loans»* – обеспечительные займы. Как указывают *Smith* и *Keenan's*, большинство обычных форм заимствования *(«borrowing»)* компаниями осуществляется посредством долговых обязательств («*is by means of debentures»*)[4]. И в этой связи рассматриваются как фиксированные обязательства (обременения – «*charge*») компаний *(«fixed or specific charge»)* (фиксированные или специальные обременения), так и плавающие обязательства (обременения) компании *(«floating charge»)*. При этом в качестве фиксированных обязательств *(«fixed charge»)* рассматривается, как правило, *«legal mortgage»*[5].

В отношении так называемых «плавающих обременений» *(«floating charge»),* авторы указывают, что это обременения, которые не привязаны к какому-либо конкретному имуществу, идентифицируемому при совершении платежа. «Вместо этого они присоединяются к активам (имуществу) компании в том

[1] Там же. С. 148.
[2] Там же. С. 148.
[3] Медведев, С.Н. Гражданский кодекс провинции Квебек (Канада). //Северо-Кавказский юридический вестник. – 2013. – №4. – С. 39-42.
[4] Wild C., Weinstein S. Smith & Keenan's Company Law. - 18th edition. – Pearson Education limited, Harlow, 2019. – 664 s. - С. 386.
[5] Там же. С. 394.

виде, как они есть […]. В то же время компания может свободно распоряжаться своими активами. Любые новые активы, которые компания может приобрести, доступны держателю долгового обязательства в случае кристаллизации платы. Поскольку такие обременения не фиксируются в момент их создания в отношении какого-либо конкретного имущества, они являются *справедливыми по своей природе («equitable by nature»)»* (имеется в виду отсылка к праву справедливости, а не общему праву – Ю.Г.)[1]. По мнению автора, это является актуальным при рассмотрении вопроса о приоритете обременений, если было создано более одного подобного обременения над активами компании[2].

Рассмотренное нами регулирование вещных обеспечений в английском праве позволяет сделать вывод, что регулируются, как правило, через применение статутов, перечисленных выше.

Для **сравнения в Ирландии**, которая также является страной с системой общего права, рассмотренные выше конструкции *common law* также применимы, однако со своей спецификой. Как указывает *Johnston,* регулирование обеспечений через так называемые «плавающие обязательства» *(«floating charge»)* осуществляется с помощью *The Agricultural Credit Act 1978*, а именно секцией 30 (1) данного закона. В свою очередь обеспечение через фиксированные обязательства *(«fixed charge»)* регулируется the Supreme Court of Judicature Act (Ireland) 1877, section 28 (6)[3]. То есть «плавающие» обязательства регулируются на законодательном уровне. В то время как «фиксированные» обязательства регулируются прецедентом.

Возвращаясь к английскому праву рассмотрим регулировании института ***поручительства***, которое отличается от рассмотренных выше обеспечительных инструментов отсутствием специального закона [9 статута] в данной области. Существует весьма интересное комплексное исследование о поручительстве, которое было проведено в 1974 году под эгидой Европейской комиссии (Commission of the European

[1] Там же. С. 394.
[2] Там же. С. 394.
[3] Johnston, W. Security Over Receivables. An International Handbook. / Edited by William Johnston. – Oxford University Press, 2008. – 750 с. - С. 259.

Communities), под руководством *Trevor C. Harley*[1]. Данное исследование касалось институтов поручительства *(«suretyship»)* и возмещения ущерба (потерь) *(«indemnity»).* При этом исследователи ссылаются на терминологию и определения, установленные предыдущим исследованием, проведённым *Max-Planck-Institute Study*[2].

Анализ данной работы позволяет установить, что в отличие, например, от рассмотренного выше залога в английском праве, поручительство относиться к сфере регулирования прецедента и контракта.

Прежде всего в исследовании рассматривается и разграничивается применение таких терминов, как «*suretyship»* (поручительство) и «*guarantee»* (гарантия). По мнению *TrevorC. Harley*, «личное обеспечение» («*personal security»*) охватывает (покрывает) все договорные механизмы, которые выполняют аналогичную экономическую функцию, как «поручительство». При этом далее указывается, что возникают трудности в отношении термина *«guarantee»* - гарантия. В английском праве *guarantee* применяется либо в более узком понимании и означает то же, что и поручительство. Либо в широком понимании – это означает контракт об возмещении ущерба (потерь) – «*indemnity»*[3].

Как указано в данном исследовании, «*suretyship» («guarantee»)* в котором поручитель (гарант) принимает на себя обязательство быть ответственным перед кредитором за обязательство основного должника, основная ответственность которого перед кредитором должна существовать или предполагаться (ожидаться) («exist or be contemplated»)[4]. При этом автор ссылается на прецедент *(Sutton&Co. v. Grey [1894] 1Q.B. 285)*, указывая, что контракт поручительства не может быть

[1] Harley, Trevor C. The Law of Suretyship and Indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland. / Commission of the European Communities. Studies. Competition – Approximation of legislation Series № 28. Brussels, Mart 1974. 72 s. // http://aei.pitt.edu/40735/1/Approximation .of.Legislation.28.pdf. C. 72.

[2] Там же. С.3.

[3] Harley, Trevor C. The Law of Suretyship and Indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland. / Commission of the European Communities. Studies. Competition – Approximation of legislation Series № 28. Brussels, Mart 1974. 72s. // http://aei.pitt.edu/40735/1/Approximation. of.Legislation.28.pdf. - С. 3.

[4] Там же. С.4.

гарантией, если гарант был связан с первоначальным обязательством и получил из него выгоды *(«benefit»)*[1].

Так же хотелось бы отметить, что, например, в Шотландии генеральная концепция поручительства такая же, как в Англии, но различается терминология. Вместо термина «suretyship» используют термин «*cautionary obligation». Поручитель называется не «surety», а «cautioner»*[2].

В исследовании уделяется большое внимание акцессорности поручительства. По мнению *Trevor C. Harley,* поручительство – это акцессорный, вторичный или дополнительный договор[3].

Нужно отметить, что поручительство в «*common law»* применяют в тех же случаях и с теми же целями, что и в континентальной системе. Основное отличие заключается именно в регулировании данного понятия прецедентом.

США. Обеспечения обязательств регулируются в американском праве так называемым Единообразным торговым кодексом – Uniform Commercial Code(UCC), который был ратифицирован большинством штатов[4]. Отдельные способы обеспечений содержатся в статье 9 (article 9) UCC, которая называется *«secured transaction»* - или «обеспечительные сделки». В соответствии с подпунктом (74) § 9-102 предусмотрены так называемые «соглашения об обеспечении» - «security agreement». В соответствии с формулировкой параграфа, «*соглашение об обеспечении»* означает соглашение, которое создаёт или предусматривает обеспечительный интерес.

Как указывает *Elizabeth A. Roff* в Нью-Йорке, как и других штатах США статья 9 UCC – это первоисточник права, связанный с согласованием обеспечительных интересов в личном имуществе, включая дебиторскую задолженность (права требования)[5]. Несмотря на это в штате New York есть собственный Uniform Commercial Code (далее - NYUCC). Данный

[1] Там же. С.4.
[2] Там же. С.5.
[3] Там же. С.6.
[4] Uniform Commercial Code // https://www.law.cornell.edu/ucc.
[5] Johnston, W. Security Over Receivables. An International Handbook. / Edited by William Johnston. – Oxford University Press, 2008. – 750 с. - С. 368.

NYUCC в статье 9 также содержит перечень обеспечительных мер[1].

М. Бохачек выделяет следующие обеспечительные институты в соответствии с UCC: поручительство *(«suretyship»*), залоговое право движимых вещей *(«security interest in personal property»)*. Последнее может быть в виде «pledge», «mortgage». Также обеспечение может быть установлено в виде права, подобного удержанию *(«lien»)* и договорной неустойке (*«penalty», «liquidated damages»*)[2].

Рассматривая, например, поручительство *(«suretyship»)*, Bocháček указывает, что «подобно как в чешском праве речь идет о отношении между кредитором и третьим лицом (поручителем – «*surety»)* который письменно обязался перед кредитором, что ему заплатит долг или иначе исполнит обязательство главного должника *(«principal debtor»)*, если он его не исполнит. Письменная форма в соответствии с законом «О мошенничестве» *(«statutes of frauds»)* является условием действительности поручителя»[3].

К интересной аналогии приходит Bocháček, рассматривая различные виды залогового права типа «*mortgage»*. Автор останавливается на рассмотрении *«mortgage»* через «*common law»*, специфика которого заключается в условном переводе права собственности *(«conveyance of a conditional fee»)* залогодателя на залогодержателя, предоставлении вещи в залог характеризуется тем, что перевод будет отменен, когда должник вовремя и надлежащим образом заплатит свой долг[4]. По мнению автора, данное обеспечение «является аналогом континентальных вещных прав к чужой вещи (а имущественная черта преобладает) и является скорее похожим на залог обеспечением обязательства переводом права […]»[5].

Таким образом, для поручительства и залога в UCC применяются те же термины, что и в английском праве, однако

[1] Там же. С. 368.
[2] Bocháček, Martin.Základy amerického obchodního práva. – Praha: Linde, 2007. – 351 s. - C. 331-342.
[3] Там же. - С. 331.
[4] Bocháček, Martin.Základy amerického obchodního práva. – Praha: Linde, 2007. – 351 s. - C. 339.
[5] Там же. С. 340.

данные обеспечения в США урегулированы на уровне законодательства.

Подводя итоги рассмотрению обеспечений в «*common law*» необходимо отметить, что «*common law*» предусматривает большой выбор возможностей для участников контракта или другого правоотношения обеспечить долговое требование. Данные обеспечения делятся на вещные и личные. Личные, как правило, представлены поручительством. В качестве вещных обеспечений выделяются различные виды залога, заклад, фидуциарную передачу собственности. Предусмотрена возможность совершения обеспечительной уступки права. Обеспечение займов корпораций осуществляется через обременение имущества компании путём «*floating charge*» или «*fixed charge*» (фиксированных или плавающих обеспечений).

2.Обеспечение исполнения обязательства в странах с континентальной правовой системой

Германия. Классическим примером страны с континентальной правовой системой, конечно, является Германия. Германское гражданское уложение (далее – BGB, ГГУ), будучи одним из старейших европейских кодексов, в новом тысячелетии все еще подвергается изменениям[1]. В большей степени последние изменения затронули положения обязательственного права, в частности договоры купли-продажи. Принятие данных изменений свидетельствует о гибкости кодекса, его приспособляемости к действующей экономической реальности и потребностям общества.

В BGB[2] предусмотрены различные обеспечительные инструменты, которые можно разделить на личные и вещные. Как указывает *Erika Kindsvater*, «в рамках финансирования (денежного и товарного), как правило, встаёт вопрос о возможных эффективных способах обеспечения обязательств

[1] 10 ноября 2001 года был принят Закон о модерации обязательств, в ступивший в силу 1.01.2002 г. Целью данного закона было привести национальное законодательство в соответствие с принятыми в ЕС в 1999 году рекомендациями по приобретению потребительских продуктов (European Guideline for the Purchase of Consumer Products, EC-G 1999/44).

[2] BGB цитируется по: Яковлева. Е.Ф. Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению = Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einführungsgesetz ; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. – 4-е изд., перераб. (Серия «Германские и европейские законы»; Книга 1. – М.: Инфортропик. – 888 с.

кредитора. На практике при этом встречаются как личные обеспечительные инструменты (например, поручительство), так и вещные (например, залог)»[1].

Общие положения об обеспечении расположены в Первой книге части 7 BGB, §§ 232-240. Данная часть называется «обеспечения» или, по-немецки, «*Sicherheitsleistung*». Так § 232 BGB устанавливаются общие виды обеспечений. При этом указанные в § 232 BGB обеспечения также регулируются более детально в других местах BGB.

В пункте **1) § 232** BGB предусмотрены различные виды залога и ипотеки, которыедальше развиваютсяв вещном праве Третьей книги BGB, где в части 6 содержатся вещные обременения, такие как ипотека, земельный долг и рентый долг. Так, в параграфах §§ 1191-1198 Третьей книги BGB устанавливаются положения о земельном долге *(«Grundschuld»)* – это долг, обеспеченный залогом недвижимого имущества. Его разновидность – рентный долг – урегулирован в §§ 1199-1203. Так же BGB содержит положения о залоговом праве на движимые вещи в §§1204-1259 и залоговое право на права в §§ 1273-1296. Как указывает Р.А. Курбанова, ГГУ регулирует три вида ипотеки: оборотную, обеспечительную (§ 1116) и судебную[2]. В качестве отличия этих видов друг от друга автор указывает, что оборотная ипотека устанавливается посредством выдачи залогодержателю залогового свидетельства […]. Обеспечительная ипотека (книжная ипотека) не сопровождается выдачей залогового свидетельства […]. Судебная ипотека возникает в силу судебного решения по поводу определённых требований[3].

В пункте **2) § 232** BGB закладывается возможность привлечения надлежащего поручителя. При этом, в соответствии с § 239 BGB, поручитель считается надлежащим, если он владеет имуществом, соответствующим размерам обеспечения, и дела с его участием могут быть рассмотрены судами в пределах страны

[1] Kindsvater E., Aleynik J., Sovakova M. Einige Instrumente der Kreditsicherheiten in Deutschland. / Некоторые способы обеспечения прав кредиторов в законодательстве ФРГ // Deutsche-Russische Juristen vereinigung // Сборник статей о праве Германии. – Август 2015 г. – Выпуск № 1 //https:// www.drjv.org/literatur.html.

[2] Курбанова Р.А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. / Под. ред. Курбановой Р.А. – М.: Издательство Проспект, 2015. – 447 с. - С. 46.

[3] Там же. С. 46.

на основании общей подсудности. В соответствии с п. 2) § 239 BGB заявление о поручительстве должно содержать отказ от возражения против иска кредитора. Также в § 240 BGB содержится обязанность дополнить обеспечение, если предоставленное обеспечение оказалось недостаточным не по вине кредитора. В таком случае обеспечение следует дополнить или предоставить другое обеспечение.

ГГУ не содержит понятия «обеспечения исполнения обязательств». Для сравнения, общие положения об обязательствах расположены во Второй книге BGB. Так же и не содержит какого-либо перечисления способов обеспечения. Однако в данной книге в §§ 336-345 BGB расположены положения о неустойке и задатке.

Интересно, что в ГГУ также предусмотрено поручительство, как отдельный вид обязательства. Нормы о поручительстве, как об отдельном виде обязательства, содержаться §§ 765-778 Второй книги BGB. При этом поручительство рассматривается как договор, в силу которого поручитель обязуется перед кредитором третьего лица отвечать за исполнение последним своего обязательства (§ 765 BGB).

Необходимо также указать, что некоторые обеспечения расположены в других законодательных актах. Примером может служить обеспечительная уступка, расположенная в Коммерческом кодексе Германии (*Handelsgesetzbuch).* Как указывают *Hendrik Haag* и *Oliver Peglow* со ссылкой на Федеральный верховный суд Германии (Bundesgerichtshof), что „большинство работающих основных финансируемых немецких компаний обеспечены, среди прочего, обеспечительной уступкой“[1]. Обеспечительная уступка предусмотрена в разделе 354a Коммерческого кодекса Германии (*Handelsgesetzbuch*). При этом *Hendrik Haag* и *Oliver Peglow* указывают, что обеспечительная уступка может совершаться либо как глобальная цессия *(Globalzession),* либо как обеспечительная уступка отдельных требований (*Einzelabtretung),* в которой только один объект уступки, одно требование[2].

[1] Johnston, W. Security Over Receivables. An International Handbook. / Edited by William Johnston. – Oxford University Press, 2008. – 750 c. - C. 195.
[2] Там же. С. 195.

Франция. Обязательственное право Франции подверглось существенным изменениям в 2006 году. Ордананс № 2006-346 от 23 марта 2006 года дополнил Гражданский кодекс Франции (далее - ФГК) Книгой IV «Об обеспечениях». Как указывает О.Д. Анциферов, была создана группа экспертов под руководством профессора М. Гримальди (*M. Grimaldi)* для подготовки законопроекта, направленного на модернизацию положений ФГК об обеспечительных правах[1].

В результате были включены некоторые новые способы обеспечения, а также из других мест ФГК были перемещены в Книгу IV такие способы обеспечения обязательства, как залог и ипотека[2].

После реформы положения об обеспечениях приняли чёткую логическую структуру с расположением в одной книге ФГК. Перечень способов довольно обширный, что позволяет сторонам правоотношений расширить свободу выбора.

Основное правило обеспечений сформулировано в общих положениях об обеспечениях в статье 2284 ФГК, согласно которой *«лицо, принявшее на себя личное обязательство отвечает за его исполнение всем своим имуществом, движимым и недвижимым, настоящим и будущим».* Исходя из данной формулировки можно сделать вывод, что французское право предусматривает именно концепцию «*обеспечения исполнения обязательства»*.

Общие положения об обеспечениях включают в себя 4 статьи. Указывается, что имущество должника находится в общем залоге у его кредиторов, а его цена распределяется между ними пропорционально их требованиям, если только кто-то из них не имеет законных оснований для привилегий (ст. 2285 ФГК). Предусматривается возможность удержания имущества должника (ст. 2286).

Далее даётся детальное регулирование способов обеспечения, которые делятся на две большие категории: личные и вещные. Титул I Книги IV посвящён *личным* обеспечениям. К ним относятся в соответствии со ст. 2287-1 поручительство

---

[1] Анциферов О.Д. Залог денежных средств на банковском счёте: монография. – М.: Wolters Kluwer Russia, 2011. – 125 с. - С. 71.

[2] Гражданский кодекс Франции цитируется по: Захватаев В.Н. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) = Code civil des Franais (Code Napoléon): Пер. с фр. [Захватаева В.Н.]. – М.: Инфортропик Медиа, 2012. – 624 с.

(регулируется статьями 2288 – 2320 ФГК), автономная гарантия (ст. 2321 ФГК) и меморандум о намерениях (ст. 2322 ФГК).

Поручительству уделяется большое внимание. Детально рассматриваются такие вопросы, как характер и объем поручительства, сопоручительство, отношения, возникающие между кредитором и поручителем, а также между поручителем и должником.

Хотелось бы несколько слов сказать об автономной гарантии и меморандуме о намерениях. Автономная гарантия – это обязательство, в силу которого гарант принимает на себя обязанность ввиду обязательства, принятого на себя третьим лицом, уплатить определённую денежную сумму либо по первому требованию, либо в обусловленном порядке (ст. 2321 ФГК).

При этом в данной статье закладывается принцип добросовестности сторон, с запретом злоупотребления правом со стороны бенефициара, под условием недействительности требования.

В свою очередь меморандум о намерениях (ст. 2322 ФГК) является обязательством что-либо сделать или воздержаться от определённого действия с целью оказания помощи должнику в выполнении тем своего обязательства по отношению к его кредитору.

Последние два личных способа обеспечения исполнения обязательств весьма интересны. Они расширяют способы установления личных обеспечений, предоставляя сторонам новые возможности, выходящие за пределы обычного поручительства.

Вещные обеспечения расположены в Титуле II Книги IV ФГК. Необходимо отметить об интересной формулировке, которую содержит ст. 2323 ФГК, в соответствии с которой *законными основаниями* для преимуществ являются привилегии и ипотеки. При этом рассматриваться как залог и ипотека движимого имущества, так и залоги, и ипотека недвижимого имущества. При этом, в соответствии со ст. 2324 ФГК, привилегия является правом, которое позволяет кредитору получить преимущество перед другими кредиторами, включая ипотечных, в силу качества *обязательственного требования*.

Привилегии недвижимым имуществом рассматриваются в Подтитуле III Книги IV ФГК (ст. 2374 – 2488-5).

Так же заложена возможность установления залога. Залог и ипотека рассматриваются традиционно, как вещный способ обеспечения обязательства. Интерес вызывает классификация при залоге деления имущества на вещественную форму и невещественную форму. Так залог имущества в вещественной форме установлен в ст. ст. 2333-2354 ФГК. К обременению имущества в невещественной форме применяется термин «заклад». Заклад движимого имущества в невещественной (бестелесной) форме установлен в ст. ст. 2355 – 2366 ФГК. Такая классификация вызывает аналогию с римским делением вещей на «*res corporals»* и «*res incorporales».*

Хотелось бы отметить Главу IV Книги IV ФГК «о праве на имущество, уступаемом или удерживаемом в качестве обеспечения». В данной главе в разделе II предусмотрена фидуциарная передача имущества в целях обеспечения. Данное обеспечение регулируется ст. ст. 2372-1 - 2372-5 ФГК, которыми предусмотрена обеспечительная передача права или вещи. Фидуция в данном случае представляет собой (исходя из расположения в ФГК) как вещный способ обеспечения, расположенный между положениями об обеспечении движимым имуществом, и положениями об обеспечении недвижимым имуществом.

Подводя итоги о различиях в правом регулировании обеспечений в странах системы общего права и в странах с континентальной правовой системой, можно прийти к выводу, что, **во-первых**, в английском праве регулирование обеспечений осуществляется не на основе Гражданского кодекса, а на основании специального закона или прецедента. В американском праве существует, тем не менее специальный Единообразный торговый кодекс. В континентальном праве регулирование осуществляется через гражданские кодексы и специальное законодательство в данной области.

Во-вторых, указанные различия не влияют на количество обеспечительных мер в различных системах. Сторонам правоотношений предоставлен большой перечень возможностей обеспечить долговое требование. Данные способы обеспечения (или обеспечительные инструменты) зачастую подобны,

несмотря на принадлежность к разным правовым системам. Кроме того, в большинстве сран стороны могут по-своему усмотрению предусмотреть и другие возможности обеспечить исполнение обязательства.

В-третьих, в большей степени различия в регулировании отличаются в зависимости от конкретной страны. Некоторые страны имеют присущие именно им обеспечительные инструменты, например, во Франции – это меморандум о намерениях, в Германии – земельный долг. Но независимо от страны или системы права, обеспечения играют большую роль выступая гарантией исполнения обязательства в целом.

§ 3. Восприятие казахстанским законодательством правовой конструкции «индемнити»

1. В связи с проводимой работой по восприятию казахстанским законодательством правовых институтов и концепций английского права одним из предложений является законодательная регламентация конструкции соглашений о возмещении убытков или иных расходов (индемнити). В частности, в Концепции **совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права («Концепция») указывается, что** «в английском [хотя и не только в английском - Ф.К.] праве одной из оговорок о снятии ответственности является «indemnity clause» (оговорка от убытков, потерь)», и выражено мнение о том, что является целесообразным «внедрение соответствующего правового регулирования в ГК РК распространения индемнити в договорной практике Казахстана».[1] В поддержку этого предложения в Концепции содержится ссылка на ст. 406 Гражданского кодекса Российской Федерации, в которой, как утверждается «английская «indemnity clause» в чистом виде уже предусмотрена.

[1]См. Рекомендации участников международной научно-практической конференции на тему: «Совершенствование гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права» (г. Астана, 25 ноября 2016 года) // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38577969#pos=6;-250 (дата обращения 18.10.2018).

2. Можно полностью согласиться с содержащимся в Концепции выводом о том, что «в договорной практике Казахстана индемнити довольно распространено». Действительно, этот механизм нередко используется в договорах с иностранными контрагентами. Однако, содержание Концепции по этому вопросу нуждается в уточнении с тем, чтобы предлагаемое законодательное оформление было целесообразным и эффективным.

В частности, в Концепции не объясняется, почему необходимо именно законодательное регулирование такого соглашения. Ведь, действительно, договор о возмещении убытков или иных расходов (индемнити) в казахстанском ГК не предусмотрен. Однако, хотя он не регулируется ГК, в договорной практике Казахстана индемнити распространен, и его регулирование не противоречит основам казахстанского гражданского права. Отсутствие специальных правовых норм не препятствует тому, что эта конструкция используется в казахстанской деловой практике.

3. Соответствующее договорное урегулирование допустимо в силу диспозитивности гражданского законодательства и свободы договора как одного из основных начал гражданского законодательства. Поскольку такие договоры не нарушают императивных предписаний законодательства, они допустимы и порождают соответствующие права и обязанности.

Однако, если содержащееся в Концепции предложение можно объяснить особенностями казахстанской правовой культуры (когда в связи с невысоким уровнем доверия к судам участники гражданского оборота предпочитают основывать свои отношения на специальных нормах закона, а не полагаться на общую диспозитивность гражданского права), то для надлежащего законодательного регулирования необходимо понимать, почему конструкция индемнити получила распространение в сфере действия английского права, а также какие условия необходимы, чтоб цель специального законодательного регулирования отношений по договорам об индемнити достигалась надлежащим образом.

В том числе важно понять, не препятствует ли что-либо в казахстанском праве использованию этой конструкции и в

договорных отношениях исключительно между казахстанскими субъектами. Серьезным пунктом для рассмотрения является возможность принудительного исполнения определенных соглашений индемнити. А именно это является одним из серьезных факторов в пользу законодательного регулирования отношений по индемнити.

С учетом этого в данном параграфе излагаются результаты проведенного автором исследования относительно того, что является юридическим содержанием отношения по договорам индемнити, и что может быть необходимыми условиями для их эффективного применения.

4. Английское слово-существительное «indemnity» происходит от глагола «indemnify». Он означает компенсировать и возместить сумму *уже понесенного* убытка, то есть восстановить имущественное положение лица, понесшего убытки, (полностью или в части) выплатой, ремонтом или заменой. Вместе с тем, он также может означать действия, направленные на то, чтобы обезопасить определенное лицо против возможных или вероятных (предполагаемых) убытков, обеспечить возмещение этому лицу предполагаемых убытков, когда они у него наступят.

В связи с этим в сфере действия общего права юридический термин «indemnity» означает, в качестве общего значения, возмещение. Поэтому этот термин известен как в частном, так и в публичном праве. Например, в контексте применения уголовного или административного законодательства индемнити означает иммунитет от наказания за прошлые нарушения. Однако такое понимание не воспринимается в области применения частного права, где индемнити означает обязательство, в соответствии с которым одно лицо соглашается возместить другом лицу расходы или потери при возникновении предполагавшихся (допускавшихся, ожидавшихся, вероятных или возможных) убытков[1].

Таким образом, вышеизложенное понимание относится к юридической основе для существования права кредитора на компенсацию уже понесенного убытка. Такой вид возмещения или обязательства возмещения убытков по-английски называется «indemnity against loss».

[1] См. Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 1990. - P. 769.

5. Такой вид индемнити (возмещения убытков) в английском праве применяется не только в договорных правоотношениях. Например, в области вещного права или праве об имуществе (property law) indemnity рассматривается как право на возмещение расходов, понесенных в связи с возмещением ущерба третьему лицу. В частности, в связи с подачей лицом иска к соседу и арендодателю занимаемых истцом и соседом помещений арендодателя суд присудил возмещение соседом ущерба, понесенного истцом в результате действий соседа, основанных на недостоверных заверениях арендодателя соседу при заключении договора аренды помещения. В этом случае апелляционный суд посчитал, что суд первой инстанции должен был предоставить соседу право на полное возмещение (full indemnity) его расходов, понесенных в связи с исполнением решения суда о возмещении ущерба истцу[1].

Также в английском праве об имуществе indemnity рассматривается и как возмещение ущерба земельным регистратором, причиненного лицу в связи с ошибками регистрации (перечисленными в Schedule 8 согласно Section 3 (Indemnities) of the Land Registration Act.) При этом предусмотрено, что такое возмещение не подлежит выплате, пока официальное решение о том, должно ли быть внесено изменение в Реестр в связи с исправлением соответствующей ошибки, а сумма подлежащего возмещению убытка подлежит определению в свете такого решения[2]. То есть в этом случае полностью проявляется природа имущественного возмещения уже понесенного или иным образом признанного ущерба.

6. Индемнити как возмещение уже понесенных или признанных убытков известен не только английскому праву, но также праву континентальной Европы.

Например, во французском праве indemnity присуждалось как возмещение в компенсацию понесенных расходов на сооружение, возведенное арендатором на земельном участке со зданиями, принадлежащими арендодателю[3], либо как возмещение убытков, понесенных в связи с разрушением зданий,

[1] См. Cases, Materials and Text on National, Supranational and international Property Law. Sjef van Erp and Bram Akkerman (Eds.). Oxford and Portland, Oregon. 2012. - P. 191-192.
[2] См. Cases, Materials and Text on National, Supranational and international Property Law. - P. 891.
[3] Там же. С. 652-653.

возведенных арендатором на земельном участке арендодателя в течение срока аренды[1].

Практически в этом же значении термин indemnity также используется в международных договорах с приданием ему значение уплаты участвующим в конвенции государством компенсации добросовестным владельцам (приобретателям) объектов культурного наследия, которые были вывезены на территорию этого государства с ранее оккупированных территорий в периоды вооруженных конфликтов. Это предусмотрено, например, в ст. 1-4 Первого Протокола к Гаагской конвенции озащите объектов культуры в случае вооруженных конфликтов (1954 г.): «The High Contracting Party whose obligation it was to prevent the exportation of cultural property from the territory occupied by it, shall pay an indemnity to the holders in good faith of any cultural property which has to be returned in accordance with the preceding paragraph»[2]. В данном случае речь идет о выплате компенсации (возмещенияс тоимости) объектов культурного наследия их добросовестным владельцам, у которых объект изымается государством для возвращения тому государству или территории, с которого этот объект был вывезен в нарушение установленных Гаагской конвенцией принципов.

7. Представляется, что такие же отношения по возмещению убытков, понесенных лицом вследствие нарушения его контрагентом в договорном или внедоговорном обязательстве, полностью урегулированы в казахстанском праве, и в первую очередь - в Гражданском кодексе и ратифицированных Республикой международных договорах.

Возмещение убытков является формой гражданско-правовой ответственности, а право на возмещение убытков является одним из способов защиты гражданских прав. В принципе, возмещение убытков является общей универсальной формой ответственности, поскольку кредитор имеет право на возмещение убытков независимо от того, предусмотрено это законом или договором либо нет.

---

[1] Там же. С. 654.

[2]См. Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention (The Hague, 14 May 1954; First Protocol (The Hague, 14 May 1954)). Портал ЮНЕСКО // <http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION= 201.html> (обращение 18.10.2018).

И хотя некоторые концептуальные положения о гражданско-правовой ответственности нуждаются в корректировке, и целесообразно принять во внимание предложения М.К. Сулейменова относительно тех вопросов, которые подлежат такой корректировке[1] думается, что Концепция предлагает законодательную регламентацию другого вида индемнити. В ином случае не существует оснований говорить о какой-либо имплементации концепций английского права для регулирования отношений, которые казахстанское законодательство уже регулирует достаточно эффективно в целях возмещения убытков по обязательствам или иным двусторонним отношениям, связанным с взаимными правами и обязанностями.

8. Однако об имплементации правил, относящихся к договорам индемнити, можно говорить применительно к таким случаях, когда стороны, как правило, крупного инвестиционного или подрядного контракта включают в него условие о возмещении убытков, которые могут быть понесены в связи правомерными требованиями третьих лиц. Это могут быть претензии налоговых органов, возникшие из отношений до заключения контракта, но предъявленные после его завершения, убытки от ведения судебных тяжб с третьими лицами и т.п.

В этом случае индемнити определяется как урегулирование договором или по праву справедливости, на основании которого бремя несения (покрытия) всех убытков переносится с правонарушителя, который лишь технически или пассивно является виновным, на другое лицо, которое является изначально или активно ответственным за убытки. Этот вид возмещения называется «indemnity against liability» и определяется как право кредитора на возмещение убытка, когда возникнет ответственность этого кредитора по обязательству перед третьим лицом; это право возникает в случае дефолта со стороны дебитора безотносительно того, понес ли кредитор убыток или нет[2]. Наиболее часто такой вид индемнити применяется в договорах, на основании которых приобретается контроль над

[1] См. Сулейменов М.К. Ответственность в гражданском праве. Информационные системы ПАРАГРАФ // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30070848#pos=194;-26> (обращение 07.10.2018).
[2] См. Black's Law Dictionary. - P. 769.

компанией, предприятием или иным имуществом, права в отношении которых могут обусловить притязания со стороны третьих лиц.

9. Когда имеет место такой вид индемнити, существуют две важные особенности. Первая заключается в том, что стороны договариваются о том, что должник возместит кредитору или непосредственно понесет за свой счет расходы, которые с вероятностью могут возникнуть в будущем, для удовлетворения правомерного требования третьего лица к кредитору (то есть соглашение не касается возмещения уже понесенных расходов). Во-вторых, соглашение касается возмещения убытков или освобождения от несения соответствующих расходов (принятием должником обязательства самому понести такие расходы), которые с вероятностью могут возникнуть у кредитора в связи с контрактом (объектом или предметом контракта), но не в связи с нарушением этого контракта должником.

В данном случае право кредитора по индемнити аналогично по содержанию регрессному требованию, а в ряде случаев оно таковым и является. Например, гарант, выдавший гарантию по просьбе должника в обеспечение обязательств последнего, имеет подразумеваемое («implied») контрактное право получить возмещение от такого должника в случае возникновения у гаранта ответственности по гарантии.

Как указывается, в литературе, «indemnity against liability» основано на применении общего принципа, согласно которому лицо, которое понесло расходы или имущественную ответственность по просьбе другого лица или по уполномочию от другого лица, имеет право на возмещение, поскольку просьба или полномочие предполагает принятие обязательства возместить. Причем по праву справедливости гарант вправе обратиться в суд за получением судебного приказа на возмещение, как только возникло его обязательство в результате нарушения должником обеспеченного гарантией основного обязательства. В свою очередь, по закону право на возмещение возникает только в случае, если гарант реально понес убытки, просто возникновения ответственности гаранта недостаточно для требования о возмещении[1]. И в данном случае речь идет не

[1] См. Goode on Commercial Law. Ewan McKendrick (ed.). Fourth edition. Penguin Books. - P. 893 - 894.

только об английском законе: индемнити рассматривается как страховое возмещение со стороны страховой компании и во французском праве[1].

10. Однако же возмещение во исполнение регрессного требования, возникающего в силу закона (как в случае страхования), отличается от права на возмещение по договорам, когда фактически такое условие о возмещении есть соглашение о распределении рисков возникновения сопутствующих контракту потерь и является своеобразным внутренним страхованием.

В свою очередь, в договорах индемнити или соответствующих договорных оговорках регулируется не право на регресс, а закрепляется именно обязательство должника оградить кредитора от убытков или иных расходов, которые могут возникнуть у кредитора в связи с требованиями третьих лиц, которые основаны на отношениях, которые существовали до того, как контроль в отношении компании или имущества был передан от должника к кредитору. Представляется, что новое законодательное регулирование целесообразно именно для такого рода договорных конструкций.

И именно для установления надлежащего и справедливого правового режима потребуется необходимое теоретическое обоснование и законодательная привязка соответствующих обязательств и их исполнения к действующим институтам частного права более высокого уровня. При этом такой вид отношений, как «indemnity against liability», будет иметь различную правовую природу в зависимости от того, выплачивается ли должником кредитору сумма возмещения понесенных последним расходов, или должник выплачивает непосредственно третьему лицу ту сумму, которую это третье лицо потребовало от кредитора или контролируемой им компании (ранее находившейся под контролем должника).

Отдельного осмысления требует случай, когда должник по договору индемнити обязуется оградить о возможных убытков, потерь или иных расходов не только своего кредитора, но и принадлежащую ему компанию (контроль над которой кредитор приобрел у должника), а также ее должностных лиц: в каких-то ситуациях не усматривается правовая основа (обоснованность)

[1] См. Cases, Materials and Text on National, Supranational and international Property Law. - P. 655.

для возникновения такого обязательства у должника перед определенной категорией субъектов, в других - вообще отсутствует правовая возможность для предъявления к таким субъектам каких-либо имущественных требований со стороны третьих лиц, основанных на обстоятельствах, которые имели место до вышеупомянутого приобретения кредитором компании у должника.

И в любом случае, очевидно, что это законодательное регулирование должно включать не только гражданско-правовые нормы, но также установление справедливого налогового режима, учитывающего (помимо других важных аспектов) то, что в этих случаях происходят или не происходят изменения состава и стоимости имущества одного лица в связи с исполнением им обязательства другого лица. Причем едва ли можно говорить о применении норм о действиях в чужом интересе без поручения. В таких ситуациях, более обоснованно опираться, в зависимости от обстоятельств, на нормы о возложение обязанности исполнения по обязательству на другое лицо либо о снижении покупной цены путем ее частично или даже полной обратной выплаты в связи с наступлением ранее оговоренных обстоятельств.

В связи с изложенным необходимо учитывать, что при имплементации этой новой для казахстанского права правовой конструкции недостаточным будет простое допущение ее использования. Необходимо будет ее сопоставить и согласовать с нормами других институтов гражданского права.

11. При этом следует понимать, что и в английском праве применяемые концепции не являются изолированными нормами права; они согласованы с другими применяемыми правовыми механизмами. Так и конструкция «indemnity against liability» (индемнити как гарантии возмещения расходов в связи с вероятным предъявлением третьими лицами в будущем имущественных требований к кредитору должника или контролируемой таким кредитором компании) во многом обусловлена тем, что в английском праве не существует презумпции добросовестности при осуществлении гражданских прав. Наоборот, в сфере действия английского права на каждого участника имущественного оборота возлагается обязанность проявить должную степень заботливости («duty of due care») при

вступлении в договорные отношения, неся полный риск убытков в случае, если он не проверит статус своего контрагента и приобретаемого имущества.

Именно существование такой обязанности обусловливает практику проведения предтранзакционных проверок контрагента и имущества («due diligence») и обосновывает право лица требовать от контрагента полного доступа к документам, имуществу и уполномоченным представителям контрагента для проведения такой проверки. Все, что выявится в результате «due diligence», либо влияет на окончательное принятие решения о заключении договора, либо позволяет обсуждать снижение цены сделки. В тех случаях, когда наступление конкретных (выявленных в ходе проверки и переговоров, а не вообще любых возможных) обстоятельств является лишь вероятным, стороны могут определить окончательную цену сделки, но в договор могут быть включены обязательства вернуть определенную часть уплаченной цены в случае, если определенные оговоренные в договоре обстоятельства станут фактом. Иными словами, при таких фактах либо цена покупки будет снижена возвратом должником той ее части, на сумму которой кредитор понес расходы, либо на которую уменьшилась стоимость приобретенного им имущества.

В связи с этим считается, что предоставляемое по договору обязательство, квалифицируемое как «indemnity against liability» является производным от включаемого в договор заявления о том, что определенное обстоятельство является достоверным, и контрагент может на него полагаться, а если оно окажется недостоверным, то у контрагента возникает право возмещение понесенных в связи с этим убытков или иную компенсацию. Такие контрактные заявления в английском праве называются warranties, которые представляют собой либо просто заверения, либо обещания, которые при их нарушении предоставляют контрагенту право требовать возмещения убытков[1]. Таким образом, включенная в договор такая оговорка от убытков, потерь позволяет минимизировать размер расходов, которые могут возникнуть для стороны договора, если к ней предъявят требования третьи лица по вопросам, за которые ответственность

[1] См. Lawcard on Contract Law. UK: Cavendish Publishing Limited, 1997. - P.44.

понес бы его контрагент, ранее давший соответствующие гарантии в форме «warranties».

12. В связи с этим полную поддержку вызывает также предлагаемое в Концепции восприятие практики включения в договоры таких контрактных заявлений, как «warranties». В противном случае вырванное из контекста общего регулирования установление правил относительно индемнити на случай убытков (лишенное юридической логики урегулирования) утрачивает правовое значение и перспективу практического эффекта.

Но и восприятие правил относительно контрактных заявлений в форме warranties и последствий их нарушения также должно быть обусловлено изменением базовых презумпций казахстанского гражданского права. Без установления обязанности проявлять надлежащую степень заботливости о своих интересах утрачивается основание для включения в договоры контрактных заверений в форме warranties (не общих, на любые случаи жизни, а конкретных обстоятельств, наступление которых является вероятным) и, соответственно, оговорок «indemnity against liability».

В то же время следует понимать, что такое изменение закрепленной в ГК презумпции добросовестности на обязанность проявления заботы о своих интересах может не только служить целям имплементации рассматриваемых в настоящей статье концепций английского права, но также может нарушить общую логику и баланс, существующий в содержании действующего гражданского законодательства Республики Казахстан. В связи с этим следует признать обоснованным проводимую комплексную работу по анализу действующей системы казахстанского гражданского права на предмет ее подготовленности к восприятию институтов иностранного права, а также корректность подхода с предложениями о восприятии правовых институтов английского права в их взаимосвязи и взаимообусловленности.

§4. Виды убытков в английском праве

В настоящее время вопросы возмещения убытков за нарушение договора являются актуальными и в судебной

практике и в теории гражданского права. В проекте Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» (далее - законопроект), который был разработан Институтом законодательства и правовой информации Республики Казахстан и представлен в Парламент РК 2019 году, содержатся новые нормы об ответственности за нарушение договора[1]. Это обусловлено тем, что законодатель стремится обеспечить участников гражданского оборота всеми правовыми средствами защиты для безупречного и надлежащего исполнения договорных обязательств, тем самым укрепить стабильность гражданско-правовых отношений, усилить дисциплинированность казахстанских компаний, и тем самым создать благоприятную среду для ведения бизнеса всем субъектам предпринимательства.

В связи с этим, хотели бы рассмотреть средства защиты при нарушении договора, понятие и виды убытков по английскому праву, а также позицию казахстанского законодателя относительно имплементации положений английского права, регулирующих договорную ответственность.

Всем известно, что в английском праве не существует средство правовой защиты как неустойка, но применяются различные виды убытков. Как отмечает, В.С. Белых «применительно к английскому договорному праву можно (с определенной долей условности) утверждать, что мерами (формами) гражданской-правовой ответственности за нарушение условий договора являются: а) возмещение убытков во всех проявлениях и видах; б) уплата процентов»[2].

---

[1] Проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права». Электронный ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921#pos=1;-123 (Дата обращения 29.12.2019).

[2] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование: монография. – М.: Проспект, 2017. – 208 с. - С.174.

В английском праве общее правило заключается в том, что присуждение убытков за нарушение договора направлено на защиту ожидаемого интерес истца («expectation interest»). Классическое изложение этого общего принципа можно найти в решении Parke B в Robinson v Harman (1848) 1 Ex 850, 855[1]. Норма общего права заключается в том, что «если сторона несет убытки по причине нарушения договора, то эта сторона, с помощью взыскания убытков, насколько позволяют деньги, должна быть поставлена в такое же положение, как если бы договор был исполнен»[2]. Хотели бы отметить, что разработчики вышеуказанного законопроекта предлагают пункт 1 статьи 350 ГК РК изложить в следующей редакции:

«1. Должник, нарушивший обязательство, обязан возместить кредитору вызванные нарушением убытки в полном размере (пункт 4 статьи 9 настоящего Кодекса), если иное не предусмотрено настоящим Кодексом.

Возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор, право которого нарушено, должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы его право не было нарушено»[3].

Разработчики законопроекта приводят также довод, что данное положение закреплено в DCFR(III.-3:702: Общий объем возмещения убытков). Е.В. Нестерова также полагает, необходимым ввести данную норму в ст. 350 ГК РК в целях усиления компенсационного принципа гражданско-правовой ответственности[4].

На наш взгляд, включение данного положения в ГК РК будет иметь только положительный результат и оно будет

---

[1] Ewan McKendrick. Contract Law. 12th edition. Palgrave Law Masters, - 2017. - 508 p. –P..439.
[2] Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – Ростов-на-Дону.: Феникс, 2016. – 459 с. - С. 307.
[3] Проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921#pos=1;-123 (Дата обращения 29.12.2019).
[4] Нестерова Е.В. О необходимости совершенствования правил ответственности за нарушение обязательства на основании положений английского и европейского права // Английское право и правовая система Республики Казахстан: Материалы международного круглого стола (23 октября 2018 г.) / Отв. ред. С.П. Мороз. Алматы, 2018. – С. 81-98. - С. 83.

гармонично имплементировано, так как главной функцией функцией гражданско-правовой ответственности является компенсационная.

Compensatory damages **(фактические убытки).** Компенсационные убытки являются наиболее распространенным средством правовой защиты в случаях нарушения договора. Обычно этот вид средств правовой защиты предназначен для компенсации стороне, не нарушившей договор, убытков, понесенных в результате нарушения договора. Они предназначены не для того, чтобы наказать нарушившую закон сторону, а для того, чтобы вновь сделать потерпевшую сторону "цельной" в соответствии с законом[1].

Например, скажем, что вы нанимаете поставщика провизии, чтобы обеспечить питание для большой вечеринки по цене $1000, и вы платите этот сбор. Перед вечеринкой, случается, поставщик провизии говорит вам, что они не могут обеспечить питание в день вечеринки. Вы можете найти другого поставщика провизии, чтобы обеспечить питание, но новый поставщик провизии взимает $1500. Вы подаете иск против первого поставщика провизии за нарушение контракта.

В зависимости от решения суда по делу, первый поставщик может быть обязан выплатить вам 1500 долларов в качестве компенсации ущерба; это возмещает вам дополнительную плату, которую вы понесли, потому что первый поставщик не выполнил свою часть соглашения[2].

Nominal damages **(номинальные убытки*).*** За любое нарушение договора истец имеет право на номинальные убытки. Это символическая сумма, указывающая на то, что произошла техническая юридическая ошибка (например, суммы в размере £5 или £10)[3].

Там, где ответчик несет ответственность за нарушение договора, истец в целом имеет право на номинальный ущерб, хотя фактический ущерб не доказан; нарушение права по общему праву обычно дает истцу право на номинальный ущерб без

[1] Types of Damages Available for Breach of Contract // https://www.legalmatch.com/law-library/article/types-of-damages-available-for-breach-of-contract.html (Дата обращения 29.12.2019).
[2] Там же. (Дата обращения 29.12.2019).
[3] Neil Andrews. Contract Law. Published in the USA by Oxford University Press Inc., New York. 2011. - 748 p. - P. 540.

доказательства особого ущерба. Обычно такая ситуация возникает, когда нарушение договора ответчиком фактически не причинило заявителю никаких убытков, но она также может возникнуть, когда истец, несмотря на понесенные им убытки, не доказывает каких-либо убытков, вытекающих из нарушения договора, или не доказывает фактическую сумму своих убытков. Однако регулярное использование номинальных убытков заключается в установлении факта нарушения законного права истца, и иногда присуждение номинальных убытков является «простой привязкой, на которой можно повесить издержки»[1].

Liquidated Damages. Некоторые контракты содержат положения, которые диктуют заранее установленную сумму убытков, и стороны будут выплачивать его в случае нарушения. Они называются «заранее оцененные убытки». «Положения о заранее оцененных убытках» часто включаются, когда ущерб трудно предвидеть, и необходима оценка потенциального ущерба[2].Стороны договора могут на законных основаниях согласовать размер ущерба, подлежащего выплате в случае нарушения, и предусмотреть это в своих условиях договора. Это обеспечивает определенность для каждой стороны, так что они точно знают, что они обязаны заплатить, если они не смогут выполнить свои обязательства. Такая оговорка будет подлежать исполнению судами только в той мере, в какой она является подлинной предварительной оценкой ущерба. Если это подлинная предварительная оценка, то она известна как оговорка о заранее оценённых убытках. Однако если сумма, указанная в договоре, не является подлинной предварительной оценкой, а направлена на сдерживание нарушения договора или наказание нарушившей его стороны, это называется штрафом («penalty»), которая не подлежит исполнению[3].

Если оговорка о возмещении убытков идентифицируется судом как оговорка о заранее оцененных убытках, сумма, указанная в этой оговорке, подлежит уплате независимо от того,

[1] Chitty Joseph, Chitty Thompson (editors). On Contracts. General Principles. 32nd Ed. — London: Sweet & Maxwell, 2016. - 2561 p.- P. 1899.

[2] Types of Damages Available for Breach of Contract // https://www.legalmatch.com/law-library/article/types-of-damages-available-for-breach-of-contract.html. (Дата обращения 29.12.2019).

[3] Remedies in contrac tlaw // http://www.e-lawresources.co.uk/Contract-remedies.php (Дата обращения 29.12.2019).

является ли фактический ущерб больше или меньше суммы, указанной в этой оговорке[1].

Оговорка будет классифицироваться как штрафная, когда сумма в этой оговорке не является подлинной предварительной оценкой ущерба, понесенного в случае нарушения, а вместо этого представляет собой угрозу заставить другую сторону выполнить свои обязательства[2].

Касательно казахстанского законодательства, разработчики законопроекта предлагают внести новую статью о заранее оцененных убытках в следующей редакции:

«Статья 351-1. Заранее оцененные (договорные) убытки

1. Стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть, что должник, нарушивший обязательство, обязан уплатить кредитору за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства определенную сумму (заранее оцененные убытки).

Кредитор вправе требовать уплату суммы заранее оцененных убытков независимо от фактического размера причиненных ему убытков вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства.

2. Уменьшение суммы заранее оцененных убытков до разумного предела допускается в исключительных случаях, если должником будет доказано, что сумма заранее оцененных убытков чрезвычайно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, и взыскание заранее оцененных убытков в предусмотренном договором размере является следствием злоупотребления кредитором своим правом.

Если нарушение договора носило умышленный характер, суд не вправе снижать сумму заранее оцененных убытков»[3].

---

[1] Damages Lecture // https://www.lawteacher.net/modules/contract-law/remedies/damages/lecture.php (Дата обращения 29.12.2019).

[2] Damages Lecture // https://www.lawteacher.net/modules/contract-law/remedies/damages/lecture.php (Дата обращения 29.12.2019).

[3] Проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921#pos=1;-123 (Дата обращения 29.12.2019).

Полагаем, что данная новая норма в полной мере оправданным и обоснованным, а также отвечает принципу свободы договора.

Punitive damages (так же называемые «примерными убытками») присуждаются для того, чтобы наказать или сделать примером правонарушителя, который действовал умышленно, злонамеренно или мошеннически. В отличие от компенсационных убытков, которые предназначены для покрытия фактических убытков, штрафные убытки предназначены для наказания нарушителя за вопиющее поведение и для удержания других лиц от подобных действий. Штрафные убытки присуждаются в дополнение к компенсационным убыткам[1].

Punitive damages, как правило, возмещаются только в самых крайних обстоятельствах, обычно при нарушении обязательств со значительными признаками угнетения, мошенничества, грубой небрежности или злого умысла. В таких случаях истец может, таким образом, взыскать штрафные убытки в дополнение к фактическим убыткам для примера и в порядке дальнейшего наказания ответчика[2].

Помимо денежных убытков, пострадавшая сторона также может запросить другие виды средства правовой защиты (так называемые «средства правовой защиты по праву справедливости - «equitable remedies»), которые требуют от другой стороны сделать что-то конкретное или действовать, или воздерживаться от действий определенным образом. Примеры таких средств правовой защиты включают «specific performance» (конкретное исполнение), «contract rescission» (расторжение контракта) и «contract reformation» (исправление контракта)[3].

«Specific performance» (конкретное исполнение) требует, чтобы нарушающая сторона выполнила свою часть контракта. Это справедливое средство правовой защиты довольно распространено в договорах о недвижимости и земельных

[1] Remedies for breach of contract // http://jec.unm.edu/education/online-training/contract-law-tutorial/remedies-for-breach-of-contract. (Дата обращения 29.12.2019).

[2] Punitive damages // https://www.britannica.com/topic/punitive-damages (Дата обращения 29.12.2019).

[3] Types of Damages Available for Breach of Contract // https://www.legalmatch.com/law-library/article/types-of-damages-available-for-breach-of-contract.html (Дата обращения 29.12.2019).

сделках, тем более что каждый участок земли считается уникальным[1].

«Contract rescission» (расторжение контракта) аннулирует договор, что позволяет сторонам сформировать новый договор, который лучше соответствует потребностям и желаниям обеих сторон.

При «contract reformation» договор переписывается (частично или полностью) таким образом, чтобы намерения обеих сторон соглашения были лучше выражены и представлены[2]. Например, иногда нарушение договора может произойти из-за того, что стороны ошиблись в отношении одного из условий договора, например, даты поставки или определения слова в договоре. В таких случаях договор может быть затем переписан или "реформирован" с целью устранения нарушения[3].

Хотели бы отметить, что свобода судейского усмотрения в английском праве позволяет суду взыскать убытки в том случае, если достоверно доказан факт их причинения, но при этом взыскатель затрудняется подтвердить точный размер понесенных им потерь[4]. В связи с этим, Е.В. Нестерова ссылается на Принципы УНИДРУА, согласно которым, если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда[5]. Также автор считает, что «внедрение изложенного правила в отечественное гражданское законодательство применительно к определению размера убытков существенно упростило бы бремя доказывания таких убытков, отдав соответствующий вопрос на усмотрение суда»[6].

---

[1] Там же. (Дата обращения 29.12.2019).

[2] Types of Damages Available for Breach of Contract // https://www.legalmatch.com/law-library/article/types-of-damages-available-for-breach-of-contract.html (Дата обращения 29.12.2019).

[3] Contract Reformation Lawyers // https://www.legalmatch.com/law-library/article/contract-reformation-lawyers.html (Дата обращения 29.12.2019).

[4] Нестерова Е.В. Направления совершенствования правового регулирования ответственности за нарушение договора по законодательству Республики Казахстан на основе положений английского права и модельных правил европейского частного права. // Вестник Института законодательства РК. – 2017. - №2 (47) – С.78-85. - С. 82.

[5] Принципы международных коммерческих договоров: Пер. с англ. Комарова А.С. - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. - С. 229.

[6] Нестерова Е.В. Направления совершенствования правового регулирования ответственности за нарушение договора по законодательству Республики Казахстан на основе положений английского права и модельных правил европейского частного права. // Вестник Института законодательства РК. – 2017. - №2 (47) – С.78-85. - С. 82.

В свою очередь, разработчиками законопроекта было предложено статью 9 ГК РК дополнить пунктами 4-1 и 4-2 следующего содержания:

«*4-1. Если судом достоверно установлено наличие убытков, но точный размер убытков доказать было невозможно, установление размера подлежащих взысканию убытков осуществляется по усмотрению суда на основании представленных доказательств, исходя из требований добросовестности, разумности и справедливости, а также соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства.*

4-2. Если лицо, нарушившее право другого лица, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения убытков в размере не меньшем, чем такие доходы»[1].

М.К. Сулейменов в своей работе, посвященной изучению английского права, также предлагает воспринять и включить этот принцип в гражданское законодательство [2]. И в качестве примера автор приводит пункт 5 ст. 393 ГК РФ, который гласит:

«*5.Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен в разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства*»[3].

---

[1] Проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права». Электронный ресурс: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921#pos=1;-123 (Дата обращения 29.12.2019).

[2] Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана // Право и государство. – 2016. - № 3 (72). – С.37-45. - С. 44.

[3] "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)" от 30.11.1994 N 51-ФЗ //www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/c1cbc60ba2b77d2acc7884f02c80b239e0a5e810/ (Дата обращения 29.12.2019).

На наш взгляд редакция указанной нормы, выбранной российским законодателем, является наиболее удачной. Так как является императивной нормой и свидетельствует о реализации принципа полного возмещения убытков.

Что касается, относительно предложения статью 9 ГК РК дополнить пунктом 4-2, это также является имплементацией английского права. Так как по английскому праву, истцу может присуждаться сумма соответствующая незаконно полученной прибыли ответчика[1].

В английском праве при определении размера убытков при нарушении договора купли-продажи применяется правило рыночной цены («market price»). Ущерб измеряется разницей между договорной ценой и рыночной ценой, когда продавец предоставляет товар или когда покупатель узнает о нарушении.

При определении данного вида убытков ученые континентального права используют термин «абстрактные убытки»[2]. Стоит отметить, что статьей 393-1 закреплена норма об абстрактных убытках в ГК РФ.

По смыслу этой статьи при досрочном прекращении договора по вине должника кредитор вправе требовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и ценой по условиям договора, заключенного взамен прекращенного договора, а если такого договора не заключено, - то текущей ценой (цена на момент прекращения договора)[3].

Разработчики законопроекта подготовили совершенно новую статью 350-1 ГК РК следующего содержания:

«*1. В случае, если неисполнение или ненадлежащее исполнение должником договора повлекло его досрочное прекращение, и кредитор заключил взамен его аналогичный*

---

[1] Нестерова Е.В. Направления совершенствования правового регулирования ответственности за нарушение договора по законодательству Республики Казахстан на основе положений английского права и модельных правил европейского частного права. // Вестник Института законодательства РК. – 2017. - №2 (47) – С.78-85. - С. 83.

[2] Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование: монография. – Москва: Проспект, 2017. – 208 с, - С.188-190; Оробинский В.В. Английское договорное право: просто о сложном. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – Ростов-на-Дону.: Феникс, 2016. – 459 с. - С. 319-326; Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана // Право и государство. – 2016. - № 3 (72). – С.37-45. - С. 44.

[3] Сулейменов М.К. Английское право и правовая система Казахстана // Право и государство. – 2016. - № 3 (72). – С.37-45. - С. 44.

договор, кредитор вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и ценой на сопоставимые товары, работы или услуги по условиям договора, заключенного взамен прекращенного договора.

2. Если кредитор не заключил аналогичный договор взамен прекращенного договора (пункт 1 настоящей статьи), кредитор вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и текущей ценой.

Текущей ценой признается цена, взимаемая в момент прекращения договора за сопоставимые товары, работы или услуги в месте, где должен был быть исполнен договор, и при сравнимых обстоятельствах, а при отсутствии текущей цены в указанном месте - цена, которая применялась в другом месте и может служить разумной заменой с учетом транспортных и иных дополнительных расходов»[1].

Мы полагаем, что данное нововведение может применяться не только при прекращении договоров купли-продажи, но и любых договоров, и будет упрощенным способом расчета убытков за нарушение договоров.

В заключение хотелось бы привести одно предложение по совершенствованию гражданского законодательства Республики Казахстан по исследуемой теме - необходимость включения принципа о косвенных убытках или доктрины remoteness. Согласно которой, сторона нарушившая договор, освобождается от возмещения косвенных убытков, т.е. которые она не могла предвидеть в момент заключения договора, учитывая обстоятельства, о которых она в то время знала или должна была знать. Данный принцип также отражен в Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, подписанной в 1980 году и применяется при заключении внешнеэкономических сделок.

[1] Проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности на основе имплементации принципов и положений английского и европейского права» // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36788921#pos=1;-123 (Дата обращения 29.12.2019).

Так согласно ст. 74 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров: «*Убытки за нарушение договора одной из сторон составляют сумму, равную тому ущербу, включая упущенную выгоду, который понесен другой стороной вследствие нарушения договора. Такие убытки не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения, учитывая обстоятельства, о которых она в то время знала или должна была знать*»[1].

Подводя итоги вышесказаному, мы пришли к выводу что, предложения разработчиков законопроекта по совершенствованию гражданского законодаетльства относительно норм гражданско-правововой ответственности являются обоснованными. И в случае принятия данного законопроекта Парламентом РК в ближайшее время эти нововведения улучшат правоприменительную и судебную практику по присуждению убытков. Также считаем, что другие виды убытков (*«punitive damages», «nominal damages»*) не приемлемы для восприятия гражданским законодательством стран континентальной правовой системы.

§5. Обеспечительный платеж («security deposit»)

Обеспечительный платеж в зарубежном праве получил широкое распространение как одна из эффективных мер обеспечения исполнения обязательств. Наиболее часто этот инструмент используется при аренде недвижимости, хотя обеспечительный платеж может быть также применен в договорах купли-продажи и в прочих договорных отношениях, когда эта мера является наиболее предпочтительной с точки зрения сторон договора. По общему правилу, в США обеспечительный платеж рассматривается как деньги, удерживаемые в доверительном управлении, либо в качестве первоначальной частичной оплаты в процессе покупки (часто используется для предотвращения продажи товара другому лицу

[1] Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров // https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/sales/cisg/CISG-r.pdf(Дата обращения 29.12.2019).

в течение согласованного периода времени, когда покупатель проверяет пригодность товара или готовится к оплате), или как обеспечение обязательств арендатора в ходе исполнения договора аренды, в том числе и в целях возмещения убытков арендодателя, оговоренных в договоре аренды.

Прецедентное право США отграничивает обеспечительный платеж от предоплаты по договору. В 1990 г. вышло постановление Верховного суда США, согласно которому обеспечительный платеж отличается от предоплаты тем, что сторона, предоставившая обеспечительный платеж, продолжает оставаться собственником денег и имеет право требовать возврата этих денег. Сторона же договора, выплатившая деньги в качестве предоплаты, не имеет права требовать их возврата в случае надлежащего исполнения договора[1].

Спускаясь вниз по иерархическому древу американского законодательства (т.е. от общего права через федеральные законы к законам штатов) можно получить лучшее представление о правовом регулировании этого инструмента. На федеральном уровне это Единообразный торговый кодекс США (The Uniform Commercial Code), который устанавливает общие правила касательно обеспечения исполнения обязательств при торговых операциях, относя их уже на договорной уровень. Так, «обеспечительный интерес» («security interest») – это «*интерес в движимом или недвижимом имуществе, обеспечивающий оплату или исполнение обязательства... Приводит ли сделка к ...созданию обеспечительного интереса, определяется обстоятельствами каждого дела...*» (статья UCC 1-201(37). Понятно, что подобное толкование обуславливает широкую его трактовку в договорах и соответственно, в договорах купли-продажи применяются уже конкретные обеспечительные меры, наиболее распространенной из которых является задаток и схожие инструменты, которые можно отнести к обеспечительным платежам. На уровне отдельных штатов законы регулируют по большей части обеспечительные депозиты в арендных отношениях. Так, например, законодательство штата Иллинойс крайне детально регулирует отношения арендодателя и арендатора недвижимости по оплате, использованию и возврату обеспечительного платежа по договору аренды

[1] Commissioner v. Indianapolis Power & Light Co., 493 U.S. 203 (1990).

недвижимости[1]. Одной из особенностей законодательства штата Иллинойс является его направленность на защиту интересов арендатора – например, при сдаче в аренду жилой недвижимости, состоящей из 25 или более единиц недвижимости в одном здании или комплексе зданий, расположенных на смежных участках, арендодатель обязан платить арендатору проценты от суммы обеспечительного платежа по ставке, аналогичной ставке вознаграждения по депозитам крупнейшего банка штата. Также, арендодателю законодательно предписывается возвратить обеспечительный платеж арендатору, если в течение 30 дней после окончания аренды арендатор не предоставит тому документы, подтверждающие расходование средств обеспечительного депозита (чеки, накладные и пр.) Аналогичные регуляции имеются в штатах Висконсин и Аляска (*Madison's General Ordinance Act Chapter 32*).

В Великобритании обеспечительный платеж нашел применение почти исключительно в области аренды (в т.ч. недвижимости). Так, например, Жилищный закон 2004 года (*Housing Act 2004*), введенный после участившихся случаев невозвращения арендодателями обеспечительных платежей, а также такие правовые акты, как *Housing (Tenancy Deposit Schemes) Order 2007 Housing (Tenancy Deposits) (Prescribed Information) Order 2007 Assured Tenancies (Amendment) (England) Order 2010 Assured Tenancies (Amendment of Rental Threshold) (Wales) Order 2011. Localism Act 2011 Section 184 The Localism Act 2011 (Commencement No. 4 and Transitional, Transitory and Saving Provisions) Order 2012. Deregulation Act 2015* устанавливают, в частности, следующие правила:

- обеспечительные платежи должны соответствовать одной из так называемых «арендных депозитных схем» («*tenant deposit scheme»*). Под такой схемой понимается система обеспечения безопасности отношений по совершению, использованию и возврату обеспечительного платежа между арендодателем и арендатором. Она состоит из ряда государственных регуляций, соответствующих им уполномоченных организаций, занимающихся обеспечением такой безопасности и внутренних правил таких организаций. По сути, это некий государственно-

[1] 765 ILCS 705/ Landlord and Tenant Act, 765 ILCS 710/Security Deposit Return Act,765 ILCS 715/Security DepositInterest Act.

частный институт страхования обеспечительных платежей при аренде, защищающий интересы обеих сторон договора аренды недвижимости. Споры по обеспечительным платежам рассматриваются бесплатно;

- обеспечительные платежи должны быть зарегистрированы в одной из таких уполномоченных организаций (в течение 30 дней после заключения соответствующего соглашения) и соответствовать ее требованиям и требованиям закона;

- регистрации подлежат обеспечительные платежи суммой более £100 000;

- регистрация означает одновременное страхование обеспечительного платежа арендодателем;

- соглашение об обеспечительном платеже совершается по определенной форме;

- арендодатель обязан уведомить арендатора о том, в какой из уполномоченных организаций был зарегистрирован обеспечительный платеж и каковы условия его защиты и страхования;

- обеспечительный платеж должен быть возвращен в течение 10 дней с даты достижения между арендодателем и арендатором соглашения о части обеспечительного платежа, подлежащей возврату;

- допускается передача вещей в обеспечительный платеж.

Таким образом, английское право, как наиболее полно регулирующее рассматриваемый договорной инструмент, представляет большой интерес для казахстанского законодателя в разрезе интродукции его положений, касающихся обеспечительных платежей.

Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ в ГК РФ введены статьи 381.1 и 381.2, посвященные регулированию обеспечительного платежа. *По смыслу п. 1 ст. 381.1 ГК РФ, обеспечительный платеж - это внесение одной из сторон в пользу другой стороны определенной денежной суммы, за счет которой обеспечивается исполнение денежного обязательства, в том числе обязанность возместить убытки или уплатить неустойку в случае нарушения договора.* Норма прямо указывает на возможность обеспечить обязательство, которое возникнет в будущем. В счет обеспечения могут вноситься не только

денежные средства, но и акции, облигации, иные ценные бумаги или вещи, определенные родовыми признаками.

Особенность обеспечительного платежа состоит в том, что кредитор получает определенную сумму до нарушения основного обязательства. Другие обеспечительные меры требуют совершение ряда действий для получения денег, например, с гаранта или поручителя. При залоге необходимо организовать процедуру обращения взыскания на предмет залога. Более близок к обеспечительному платежу задаток, но он изначально идет в счет оплаты по договору. Обеспечительный платеж идет в счет исполнения основного обязательства, только если это прямо предусмотрено договором. Это – своего рода страховка, сумма, гарантированная для получения кредитором в случае неисполнения должником своего обязательства. Но обеспечительный платеж только покрывает фактические имущественные потери кредитора, в частности, убытки. Сверх этого получить что-то за счет платежа не получится. У него функция другая – компенсировать потери, а не наказать за неисполнение обязательства.

Самые востребованные варианты использования обеспечительного платежа – в правоотношениях, связанных с существованием предварительного договора, договора аренды, договора поставки.

В казахстанской договорной практике инструмент обеспечительного платежа применяется давно – с того момента как начались свободные договорные отношения, и, что естественно, наибольшее распространение он получил в арендных отношениях по недвижимости. Условия договоров, предусматривающие обеспечительный платеж, нередко обозначают также как гарантийный платеж (депозит), страховой депозит или обеспечительный депозит. Вместе с тем, отсутствует законодательное обеспечение таких вопросов как форма соглашения об обеспечительном платеже, возврат обеспечительного платежа (срок, условия, подтверждение расходования средств обеспечительного платежа), права сторон договора на использование обеспечительного платежа, соответствующие ограничения, начисление процентов на сумму обеспечительного платежа, допустимость внесения обеспечительного платежа третьей стороной, внесение вещей

или нематериальных объектов в качестве обеспечительного платежа и др.

В этой связи предлагается дополнить главу 18 ГК РК нормами, предусматривающими регулирование обеспечительного платежа в качестве отдельной разновидности обеспечения исполнения обязательств, предусмотрев в них, в частности, что к отношениям по обеспечительному платежу не применяются правила о задатке.

§6. Направления совершенствования правил ответственности за нарушение обязательства на основании положений английского и европейского права

Введение

С принятием в Казахстане общей части Гражданского кодекса РК нормативные правила взыскания убытков в качестве универсальной меры гражданско-правовой ответственности получили свое закрепление, в основном, путем сохранения норм советского права, базирующихся на концептуальных положениях о гражданско-правовой ответственности, сформированных школой советской цивилистики, которая посвятила множество работ общего и прикладного характера вопросам ответственности.

За период существования Гражданского кодекса РК институты договорной и внедоговорной гражданско-правовой ответственности не претерпели значимых реформ и во многом совпадают с подходами, сложившимися в советском праве. Но сегодня характер многих конфликтов изменился, поменялось содержание условий ответственности. И в доктрине гражданского права Казахстана институт имущественной ответственности определенно сохраняет свою актуальность. Об этом свидетельствуют и постоянный научный интерес правоведов к проблемам регулирования гражданско-правовой ответственности, и систематические мелкие поправки в отечественное законодательство, направленные на усовершенствование мер ответственности участников

гражданского оборота[1], и неоднозначная судебная и арбитражная практика в области взыскания убытков и неустойки.

Положения действующего законодательства, регламентирующие договорную ответственность, во многом воспринявшие и сохранившие догмы советского гражданского права, не всегда адекватны к новым типам договорных связей, складывающихся в условиях рынка и привлечения в страну иностранных инвестиций, что подразумевает необходимость их совершенствования по трем основным направлениям:

- во-первых, расширение границ основополагающего гражданско-правового принципа свободы договора, которое должно позволять договорным контрагентам проявлять большую самостоятельность и независимость при формировании условий, предусматривающих основания, размеры и виды ответственности за нарушение обязательств;

- во-вторых, пересмотр устоявшихся пределов осуществления судейского усмотрения, которое должно явиться гарантией справедливого рассмотрения споров об ответственности за нарушение договора и защиты интересов добросовестных участников гражданского оборота;

- в-третьих, имплементация подходов регулирования ответственности за нарушение договорных обязательств, сложившихся в английском и европейском праве, а также устоявшихся международных правовых обычаях.

Уточнение понятия и состава убытков

Согласно статье 9 Гражданского кодекса РК, под убытками следует понимать расходы, которые произведены или должны быть произведены кредитором, чтобы компенсировать имущественный ущерб, причиненный нарушением обязательства, утрата или повреждение имущества кредитора

[1] В этом аспекте нельзя, в частности, не упомянуть Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления защиты права собственности, гарантирования защиты договорных обязательств и ужесточения ответственности за их нарушение» от 17 июля 2015 года и Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательстваи улучшения условий для предпринимательской деятельности» от 27 февраля 2017 года.В ходе их разработки и обсуждения предлагались и рассматривались многие прогрессивные новеллы, которые, к сожалению, в итоге не попали в финальную редакцию этого Закона.

(реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые кредитор получил бы при обычных условиях оборота, если бы должник не нарушил обязательства (упущенная выгода). По сути, такое же понимание состава убытков было закреплено в ст. 205 утратившего силу ГК КазССР 1964 г.: «Под убытками разумеются расходы, произведенные кредитором, утрата или повреждение его имущества, а также неполученные кредитором доходы, которые он получил бы, если бы обязательство было исполнено должником». Между тем, еще в 2002 г. в казахстанской научной литературе обосновывалась необходимость уточнения понятия убытков. Так, по мнению ведущего представителя казахстанской цивилистической науки профессора Ю.Г. Басина, «Концептуальным является предложение об уточнении в тексте пункта 4 статьи 9 понятия убытков»[1]. В настоящее время авторитетными цивилистами по-прежнему уделяется пристальное внимание понятию и содержанию убытков и выдвигаются предложения, направленные на совершенствование сложившегося законодательного подхода. Так, например, профессор А.Г. Диденко в одной из своих недавних монографических статей об ответственности в гражданском праве отмечает, что: «Теория гражданского права концентрирует усилия на новых видах убытков, возможностях имплементации положений зарубежного права в казахстанское законодательство […] в тексте закона вполне можно обойтись без слов «упущенная выгода» и «реальный ущерб». Они не несут специального смысла, не помогают его уяснению. Сегодня нет смысла отдавать дань вековым традициям словоупотребления. Кроме того, корыстный эгоистичный оттенок звучания термина «выгода» не созвучен с современными нравственными требованиями ведения хозяйства. Терминологически деления на неполученные доходы и расходы для законодательства достаточно. В научной литературе эту терминологию вполне можно продолжать использовать.

Следует особо обратить внимание на позицию авторов, полагающих, что ввиду особенностей неблагоприятных имущественных последствий рисков при их характеристике вообще следовало бы отказаться от использования термина

[1] Басин Ю.Г. О необходимости концептуальных изменений ГК РК // Гражданское законодательство Республики Казахстан. Выпуск 14. – Астана, 2002. - С. 28, 29.

«убытки», порождающего неясности, и говорить об имущественных потерях, падающих на несущее риск лицо. Это создавало бы большую правовую ясность в понимании и применении гражданско-правовых норм»[1].

Усиление компенсационного характера гражданско-правовой ответственности за нарушение договора

Основная функция гражданско-правовой ответственности компенсационная: полное восстановление нарушенных интересов кредитора. Вместе с этим ответственность влечет неблагоприятные последствия для должника – потерю им какого-то имущества, которое он не потерял бы при надлежащем исполнении обязательства. Поэтому ответственность не может сводиться только к тому, чтобы под принуждением исполнить то, что должник обязан был сделать, но не сделал добровольно. Без этого своего качества - дополнительного имущественного взыскания - ответственность не может служить наказательной мерой, применяемой к должнику, нарушившему обязательство, и стимулировать его должное поведение. При этом смысл возмещения убытков стороны, чьи права были нарушены, сводится к тому, что его имущество должно оказаться в том положении, в котором оно находилось бы в случае, если бы должник исполнил обязательство надлежащим образом. Поэтому реализация этой нормы требует возмещения кредитору как реального ущерба, причиненного нарушением обязательства, так и упущенной выгоды. Однако необходимо учитывать, что возмещение кредитору должно быть адекватным, т.е. при возмещении должником убытков, причиненных вследствие нарушения своих обязательств, не должен получить ничего, что могло бы выходить за пределы необходимого для восстановления его нарушенного права. В казахстанском праве решение данной задачи не нашло своего нормативного закрепления.

По справедливому утверждению А.Г. Карапетова, «Традиционно выделяют две основные формы возмещения договорных убытков. Первая состоит в том, что должник возмещает кредитору те потери, который тот понес в надежде на

[1] Диденко А.Г. Вызовы времени: условия гражданско-правовой ответственности//Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. – Алматы: Каспийский университет, 2017г. – Вып. 50. - С. 38.

исполнение договора (так называемый негативный интерес, или reliance damages). В результате такого возмещения кредитор восстанавливает свое экономическое благосостояние, каким оно было до заключения договора, по модели, близкой к той, что имеет место при деликтной ответственности (восстанавливается нарушенный преддоговорный статус-кво). Вторая заключается в том, что должник уплачивает в качестве убытков такую сумму, которая должна поставить кредитора в то положение, в котором он находился бы, если бы договор был надлежащим образом исполнен (так называемый позитивный интерес, или expectation damages). При этой форме возмещения статус-кво не восстанавливается, а кредитор переносится в такое экономическое состояние, в которое он попал бы в результате надлежащего исполнения договора. В рамках такого расчета убытков кредитор может, в частности, взыскать с должника упущенную выгоду, которую кредитор намеревался извлечь в результате исполнения договора. В истории гражданского права эти две формы расчета убытков за нарушение договора находились в постоянном конфликте»[1]. С учетом этих достаточно удобных и хорошо разработанных в зарубежном праве методов возмещения убытков следовало бы усовершенствовать и правила договорной и преддоговорной ответственности по законодательству Республики Казахстан.

Правила ответственности за нарушение договора в Англии сформулированы, в основном, в «Judge made law» (праве, созданном на основе судебной практики). При возмещении убытков в доктрине англо-американского права, прежде всего, выделяют так называемый "Положительный договорный интерес" (expectancy interest), который заключается в том, что потерпевшая сторона должна быть поставлена возмещением убытков в такое же положение, в каком она находилась бы, если бы договор был исполнен.

Схожее по своему содержанию правило закреплено в DCFR: «Общий объем возмещения убытков, причиненных неисполнением обязанности, составляет сумму, которая достаточна для того, чтобы кредитор оказался насколько возможно в том положении, в котором он находился бы, если бы

[1] Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2014. - № 12.

обязательство было исполнено надлежащим образом. Такое возмещение покрывает ущерб, который понес кредитор, а также выгоду, которой кредитор лишился» (III.-3:702: Общий объем возмещения убытков)[1].

Полагаем необходимым ввести соответствующую норму в ст. 350 ГК РК в целях усиления компенсационного принципа гражданско-правовой ответственности.

При этом применительно к преддоговорным формам ответственности (недобросовестное ведение переговоров и нарушение предварительного договора) необходимо применить противоположный подход, который состоит в компенсации так называемого негативного интереса.

В части уточнения категории упущенной выгоды следует ориентироваться также на позицию профессора Ю.Г. Басина, обоснованно полагавшего, что при расчете упущенной выгоды размер неполученного дохода следует определять, исходя из первого цикла потерь, вызванных нарушением договора. Предложенная автором позиция перекликается с нормой ст. 350 ГК РК, устанавливающей правило: кредитор не вправе требовать возмещения упущенной выгоды, если не принял всех мер по уменьшению убытков[2].

Состав и доказывание убытков

Общее правило, относящееся к убыткам, состоит в том, что понесенные убытки должны быть взысканы. Исходя из общего принципа, что сторона, заявляющая материальные требования, должна обосновать основания и размер своих притязаний, судебная практика как советского периода, так и современная основывается на том, что подлежат взысканию только определенные (доказанные) убытки, размер которых точно рассчитан взыскателем. При этом на практике наибольшие сложности возникают с расчетом упущенной выгоды. В социалистический период планового хозяйства обоснование было простое: суды исходили из того, было или нет запланировано получение той или иной прибыли. Сейчас суды

[1] Модельные правила европейского частного права. - М.: Статут, 2013. – С. 119.

[2] Басин Ю.Г. Определение размера убытков, подлежащих взысканию за нарушение обязательства внешнеэкономической коммерческой поставки. Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Избранное. Т. 1 / Под ред. Диденко А.Г. Алматы: Раритет, Институт правовых исслед. и анализа, 2008. - С. 257-261.

исходят из того, реально ли было получение той выгоды, на которую претендует истец. Степень реальности оценивается в каждом конкретном случае; общих рекомендаций не только в законодательстве, но и в науке пока не выработано. В соответствии с п. 4 ст. 350 Гражданского кодекса РК при определении размера упущенной выгоды учитываются меры, предпринятые кредитором, для ее получения и сделанные с этой целью приготовления. В силу существующих сложностей в определении размера убытков, с которыми сталкиваются участники гражданского оборота, отдельными исследователями предлагаются формулы расчета размера убытков[1]. Однако применение соответствующих методик расчета убытков не всегда эффективно в тех случаях, когда сам факт причинения убытков доказан, но по каким-либо объективным причинам отсутствует возможность установить их точную сумму.

Свобода судейского усмотрения в английском праве позволяет суду взыскать убытки в том случае, если достоверно доказан факт их причинения, но при этом взыскатель затрудняется подтвердить точный размер понесенных им потерь.

В этой связи также обращает на себя внимание правило, закрепленное в Принципах УНИДРУА, согласно которому, если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда[2].

Внедрение изложенного правила в отечественное гражданское законодательство применительно к определению размера убытков существенно упростило бы бремя доказывания таких убытков, отдав соответствующий вопрос на усмотрение суда, который смог бы давать оценку представленным сторонами доказательствам, подтверждающим вероятность размера убытков в тех случаях, когда определение их точного размера по объективным причинам затруднительно. Иными словами, определять размер убытков должен сам суд, который не вправе отказать в иске при доказанности самого факта нарушения.

---

[1] См., например, Басин Ю.Г. Определение размера убытков, подлежащих взысканию за нарушение обязательства внешнеэкономической коммерческой поставки // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. – Избранное. Т.1 / Под ред. Диденко А.Г. – Алматы: Раритет, Институт правовых исслед. и анализа, 2008. – С. 264.

[2] Принципы международных коммерческих договоров: Пер. с англ. Комарова А.С. - М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. - С. 229.

Данная норма должна быть предусмотрена в статье 9 Гражданского кодекса с уточнением, что размер убытков, и наличие причинно-следственной связи подлежат доказыванию с разумной степенью достоверности. При этом наличие у суда некоторых сомнений в отношении размера предъявленных ко взысканию убытков и наличия причинно-следственной связи не должно препятствовать удовлетворению иска, если стандарт доказывания «разумная степень достоверности» соблюден. Это необходимо, чтобы суды перестали завышать данный стандарт и требовать абсолютной достоверности, чего в отношении упущенной выгоды истец сделать не в состоянии. Также важно нормативно закрепить, что приблизительный и вероятностный характер расчета упущенной выгоды сам по себе не препятствует удовлетворению иска о взыскании такой выгоды. Так, например, в ГК РФ введена принципиальная новелла (п. 5 ст. 393 ГК РФ), касающаяся размера подлежащих возмещению убытков: суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательства» предусмотрено, что «кредитор представляет доказательства, подтверждающие наличие у него убытков, а также обосновывающие с разумной степенью достоверности их размер и причинную связь между неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником и названными убытками. Должник вправе предъявить возражения относительно размера причиненных кредитору убытков, и представить доказательства, что кредитор мог уменьшить такие убытки, но не принял для этого разумных мер.

При установлении причинной связи между нарушением обязательства и убытками необходимо учитывать, в частности, то, к каким последствиям в обычных условиях гражданского оборота могло привести подобное нарушение. Если возникновение убытков, возмещения которых требует кредитор, является обычным последствием допущенного должником

нарушения обязательства, то наличие причинной связи между нарушением и доказанными кредитором убытками предполагается.

Должник, опровергающий доводы кредитора относительно причинной связи между своим поведением и убытками кредитора, не лишен возможности представить доказательства существования иной причины возникновения этих убытков».

Важное значение имеют также разъяснения Пленума Верховного суда РФ, касающиеся упущенной выгоды, изложенные в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 года № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»: поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, судам предложено принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Однако данное обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске. Кроме того, разъяснено, что положение п. 4 ст. 393 ГК РФ о том, что при определении упущенной выгоды учитываются предпринятые стороной для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления, не может означать, что в состав подлежащих возмещению убытков могут входить только расходы на осуществление таких мер и приготовлений.

В развитие последнего разъяснения в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательства» включено также положение о том, что в обоснование размера упущенной выгоды кредитор вправе представлять не только доказательства принятия мер и приготовлений для ее получения, но и любые другие доказательства возможности извлечения упущенной выгоды. А должник, в свою очередь, не лишен права представлять доказательства того, что упущенная выгода не была бы получена кредитором.

Возмещение убытков при прекращении договора (абстрактные убытки)

Правило, предусматривающее взыскание так называемых «абстрактных убытков» закреплено в английском праве[1], в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА[2] и DCFR[3] и заключается в том, что мера убытков презюмируется равной разнице между договорной ценой и рыночной ценой на момент нарушения договора. Адаптируя указанный подход к казахстанскому законодательству, идея будет состоять в распространении способов исчисления убытков, применяемых при расторжении договора поставки (ст. 477 ГК РК), на все другие договоры. Действительно, предусмотренные ст. 477 ГК РК правила о возмещении разницы между ценой, установленной в расторгнутом договоре, и ценой по совершенной взамен сделке (или текущей ценой) представляют собой весьма удобный механизм расчета убытков за нарушение договоров и могли бы носить универсальный характер.

Аналогичное общее правило предусмотрено и в DCFR: «Если кредитор прекратил договорные отношения полностью или в части в соответствии с Разделом 5 и в разумный срок и разумным образом заключил заменяющую сделку, он вправе в той мере, в какой он имеет право на возмещение убытков, взыскать разницу между ценой того, что должно было быть предоставлено в рамках прекращенных отношений, и ценой того, что должно быть предоставлено по заменяющей сделке, а также иные дополнительные убытки» (III.-3:706: Заменяющая сделка). Однако и в том случае, когда заменяющая сделка не совершена, кредитор сохраняет право на возмещение убытков по правилу «текущей цены»: «Если кредитор прекратил договорные отношения полностью или в части в соответствии с Разделом 5 и в разумный срок и разумным образом не заключил заменяющую сделку и при этом существует текущая цена исполнения обязательства, он вправе в той мере, в какой он имеет право на возмещение убытков, взыскать разницу между ценой договора и

[1]Sale of Goods Act 1979.

[2] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. Комарова А.С. - М., 2013. - С. 281-283 (статьи т. ст. 7.4.5 и 7.4.6).

[3] Модельные правила европейского частного права / Под ред. Рассказовой Н.Ю. - М.: Статут, 2013. (статьи ст. III.-3:706 и III.-3:707).

текущей ценой, существующей в момент прекращения договора, а также дополнительные убытки»[1].

По поводу категории «абстрактных убытков» М.И. Брагинский и В.В. Витрянский справедливо указывали, что в силу существующих общих норм суды и так имеют право по требованию заинтересованной стороны использовать правило цены заключенной взамен сделки и текущей цены[2]. Но было бы нелишним закрепить соответствующее правило законодательно.

В российском праве правила о возмещении убытков при прекращении договора (ст. 393.1 ГК РФ) были включены в текст главы 25 ГК РФ Федеральным законом от 8 марта 2015 года № 42-ФЗ, принятым в рамках реформы гражданского законодательства.

При этом в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательства» судам разъяснено, что, по смыслу ст. 393.1 ГК РФ, а также п. 1 и 2 ст. 405 ГК РФ, риски изменения цен на сопоставимые товары, работы или услуги возлагаются на сторону, допустившую нарушение договора, повлекшее его досрочное прекращение (к примеру, расторжение в судебном порядке или путем одностороннего отказа добросовестной стороны от исполнения договора). При этих условиях убытки в виде разницы между ценой, предусмотренной в прекращенном договоре, и текущей ценой возмещаются стороной, нарушившей договор, независимо от того, была ли заключена другой стороной взамен прекращенного договора аналогичная (замещающая) сделка. Если в отношении исполнения, предусмотренного прекращенным договором, имеется текущая цена на сопоставимые товары, работы или услуги, кредитор вправе потребовать от должника возмещения таких убытков и в том случае, когда замещающая сделка им не заключалась (п. 2 ст. 393.1 ГК РФ). При этом под текущей ценой понимается цена, взимаемая в момент прекращения договора за сопоставимые товары или услуги в месте, где должен был быть

[1] Модельные правила европейского частного права. - М.: Статут, 2013. С. 119, 120.
[2] См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. 2-е изд. - М., 2003. - С. 123.

исполнен договор, а при отсутствии текущей цены в указанном месте - цена, применяемая в ином месте, которая может служить разумной заменой с учетом транспортных и иных дополнительных расходов.

Если же кредитором заключена замещающая сделка взамен досрочно прекращенного договора, то он имеет право потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, предусмотренной прекращенным договором, и ценой на сопоставимые товары (работы, услуги) по условиям замещающей сделки (п. 1 ст. 393.1 ГК РФ). Соответствующие товары (работы, услуги) либо их аналоги могут быть приобретены в той же или иной местности по одной или нескольким сделкам, замещающим прекращенный договор. Причем добросовестность действий кредитора по заключению замещающей сделки предполагается.

Что касается должника, выступающего в роли ответчика в споре по требованию кредитора о взыскании разницы между ценами по прекращенному договору и замещающей сделке, то он может представить доказательства того, что кредитор, заключая замещающую сделку, действовал недобросовестно или неразумно и умышленно либо по неосторожности содействовал увеличению размера убытков или не принял разумных мер к их уменьшению. К примеру, должником могут быть представлены доказательства чрезмерного несоответствия цены, предусмотренной замещающей сделкой, текущей цене, определяемой по правилам п. 2 ст. 393.1 ГК РФ.

Заключение кредитором замещающей сделки до того, как будет прекращен первоначальный договор, не влияет на исполнение обязанностей должника по этому договору и соответственно на обязанность кредитора принять такое исполнение. При этом кредитор получит право потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценами по первоначальному договору и замещающей сделке лишь в том случае, если впоследствии первоначальный договор будет прекращен в связи с нарушением обязательства, которое послужило причиной заключения кредитором замещающей сделки.

При этом удовлетворение требования кредитора о взыскании с должника убытков в виде разницы между ценой,

установленной в прекращенном договоре и текущей ценой, либо ценой замещающей сделки не освобождает должника от возмещения иных убытков, причиненных кредитору.

Необоснованные доходы нарушителя и размер упущенной выгоды

Следующий аспект проблемы определения убытков упирается в необходимость законодательного обеспечения прозрачных и простых правил расчета упущенной выгоды в тех случаях, когда лицо, нарушившее обязательство, получило вследствие этого необоснованные доходы.

По английскому праву, истцу может присуждаться сумма, соответствующая незаконно полученной прибыли ответчика. В английском праве такой способ защиты допускается в ограниченных случаях, когда нарушение должника носило умышленный характер, было нацелено на извлечение дохода и у кредитора имеется обоснованный интерес в предотвращении извлечения должником данного дохода, а также в ряде иных случаев. В США такой способ защиты был прямо предусмотрен в ст. 39 Третьего свода права реституции и неосновательного обогащения 2011 г. (Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment) на случай умышленных нарушений договоров. В голландском праве взыскание доходов нарушителя договора допускается ст. 6:104 ГК Нидерландов как способ расчета убытков кредитора.

Согласно части второй п. 2 ст. 15 Модельного Гражданского кодекса для государств – участников СНГ предусмотрено право кредитора на взыскание упущенной выгоды в размере не меньшем, чем необоснованные доходы нарушителя.

На основе заимствования данных правил предлагается установить в ГК РК норму, согласно которой, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого необоснованные доходы, то потерпевший вправе требовать возмещения убытков в размере не меньшем, чем такие доходы. Предлагаемый способ расчета убытков позволит усилить ответственность за нарушение договорных обязательств и смягчить бремя доказывания упущенной выгоды. Иными словами, если есть факт того, что лицо, нарушившее право другого лица, извлекло вследствие

нарушения доход, то потерпевшему уже не нужно будет доказывать, что и он мог бы извлечь такой же доход в качестве своей упущенной выгоды. Это обстоятельство будет считаться доказанным. Включение данного правила в ст. 9 ГК РК позволит применять его как к нарушению договорных обязательств, так и к деликтам.

При этом, такой порядок расчета убытков должен применяться лишь к умышленным правонарушениям.

Предлагаемая норма не изменяет общее определение упущенной выгоды (неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено). Как видно из изложенного выше примера, тот факт, что поставщик извлек доход в размере 0,5 млн. тенге, вовсе не исключает, что при обычном обороте и покупатель, мог бы извлечь такой же доход, если бы поставщик надлежаще исполнил свои обязательства. Другой вопрос, что по текущей редакции п. 4 ст. 9 и п. 4 ст. 350 ГК РК покупатель попросту не сможет доказать свою упущенную выгоду, если только не представит суду в качестве доказательства свой «сорвавшийся» из-за действий поставщика контракт или другие меры, предпринятые им, для получения выгоды и сделанные с этой целью приготовления. А таковых может и не быть. В итоге получается, что покупатель в большинстве случаев претендует лишь на возврат той суммы, которую он уплатил по договору и прочих сумм реального ущерба (ст. 477 ГК РК). Упущенную выгоду он взыскать, как правило, не может, даже когда она явно видна из действий самого поставщика.

Изложенное правило взыскания необоснованной выгоды в договорных обязательствах установит новый способ расчета упущенной выгоды, существенно смягчив бремя доказывания упущенной выгоды для договорного контрагента. Иными словами, если есть факт того, что лицо, нарушившее право другого лица, извлекло вследствие нарушения доход, то потерпевшему уже не нужно будет доказывать, что и он мог бы извлечь такой же доход в качестве своей упущенной выгоды. Это обстоятельство будет считаться доказанным.

Схожая по своему содержанию норма уже предусмотрена в действующем законодательстве применительно к частному случаю корпоративной ответственности. Имеется в виду Закон

РК «Об акционерных обществах», который в п. 2 ст. 63 устанавливает: «2. Общество на основании решения общего собрания акционеров или акционер (акционеры), владеющий (владеющие в совокупности) пятью и более процентами голосующих акций общества, от своего имени вправе обратиться в суд с иском к должностному лицу о возмещении обществу вреда либо убытков, причиненных им обществу, а также о возврате обществу должностным лицом и (или) его аффилиированными лицами прибыли (дохода), полученной в результате принятия решений о заключении (предложения к заключению) крупных сделок и (или) сделок, в совершении которых имеется заинтересованность, повлекших возникновение убытков общества, в случае если должностное лицо действовало недобросовестно и (или) бездействовало». Процитированная норма позволяет обществу взыскивать не только убытки в их общепринятом понимании (когда на обществе лежит бремя их доказывания), но и весь доход, который необоснованно получили лица, причинившие обществу убытки.

Заведомо оцененные (договорные) убытки

В юридической литературе последних лет заметную поддержку получает хорошо известная зарубежному праву категория заранее оцененных убытков, когда стороны предварительно определяют в заключаемом ими договоре сумму возмещения таких возможных будущих убытков, уплачиваемых при нарушении обязательств. Их можно именовать «заранее оцененные убытки» или «оговоренные убытки», «договорные убытки».

Исследованию указанного договорного способа определения убытков в Казахстане уделил внимание проф. А.Г. Диденко[1], который пришел к следующим выводам.

Убытки в заранее определенном сторонами размере при нарушении договора напоминают неустойку в форме штрафа. Но существенное различие между ними заключается в том, что при взыскании штрафа не нужно доказывать наличие убытков, в то время как для взыскания договорных убытков требуется доказать

[1] Диденко А.Г. Вызовы времени: условия гражданско-правовой ответственности // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. – Алматы: Каспийский университет, 2017г. – Вып. 50. - С. 38, 39.

их возникновение и причинную связь с нарушением, но не доказывая их размера.

Подобная норма не вписывалась в советское гражданское право, потому что расширяла возможности договорного усмотрения сторон и вступала в противоречие с планово-директивным руководством народным хозяйством. Заранее определенные убытки вели бы к отступлению от плана, что было совершенно недопустимо.

Концепция заранее оцененных убытков в свое время встретила возражения авторитетных авторов, справедливо указывавших, что такая оценка есть чистейшая фикция, не дающая положительных результатов[1]. Сегодня данный аргумент, всецело привязанный к социалистическим реалиям, не звучит.

Тем не менее, категория договорных убытков действующему праву достаточно хорошо известна и используется в ряде имущественных сфер, прежде всего в области природоохранительного права, нормы которого предусматривают взыскание убытков при правонарушениях на основании твердо определенных такс.

Категория оцененных убытков получила свое отражение в нормах части четвертой ГК РФ, где предусматривается выплата при нарушении авторских и смежных прав по выбору потерпевшего лица вместо возмещения убытков определенной компенсации (п. 3 ст. 1252). Ее размер определен двояко: а) денежными рамками (от 10 тыс. до 5 млн. руб.), которые применяются по усмотрению суда, и б) двукратной стоимостью нарушенного объекта или права его использования (ст. 1301, 1311 ГК).

В английском праве альтернативой взысканию компенсационных убытков является взыскание заранее оцененных убытков («liquidated damages») в соответствии с положением договора, если соответствующее условие предусмотрено. Сумма заранее оцененных убытков должна быть добросовестной попыткой оценки возможных фактических убытков. Если суд сочтет, что сумма заранее оцененных убытков слишком велика, то положение договора может быть признано недействительным. Тогда суд взыщет лишь обычные

[1] Райхер В.К. Штрафные санкции в борьбе за договорную дисциплину // Советское государство и право. - 1955. - № 5. - С. 74.

компенсационные убытки. Схожим образом в DCFR предусмотрено, что «Если условиями обязательства предусмотрено, что должник, нарушивший обязанность, обязан уплатить кредитору за такое неисполнение определенную сумму, кредитор вправе требовать уплату такой суммы независимо от фактического ущерба.

Однако даже если предусмотрено иное, сумма, установленная таким образом договором или иным юридическим актом, может быть уменьшена до разумного предела в тех случаях, когда она в значительной степени не соответствует ущербу, причиненному в результате неисполнения, и иным обстоятельствам» (III.-3:712: Согласованный платеж за неисполнение)[1].

На первый взгляд, может сложиться впечатление, что изложенные выше правила тождественны предусмотренным ГК РК положениям о неустойке в форме штрафа (заранее определенной твердой денежной сумме), однако, сумма заранее оцененных убытков взыскивается взамен действительных убытков, даже если она меньше (или больше) суммы убытков, поскольку именно об этом договорились стороны. Соответственно, если проводить параллели с неустойкой, то речь могла бы вестись только об исключительной неустойке, которая, согласно новелле Закона РК от 27 февраля 2017 года и устоявшемуся в научной литературе подходу, может устанавливаться только в законодательных актах, но не в договоре.

Вместе с тем, применительно к договорам с участием предпринимателей столь категоричный подход отечественного законодателя, не допускающий оценку и включение в договоры заведомых убытков, вряд ли оправдан. В целях реализации принципа свободы договора в коммерческих сделках представляется верным дополнение ГК РК правилом о взыскании заранее оцененных убытков в соответствии с условиями договора. Такое правило может иметь самостоятельное значение и предусматривать субсидиарное применение к нему правил о договорной неустойке. Наряду с этим необходимо предусмотреть и право суда в исключительных случаях скорректировать

[1] Модельные правила европейского частного права. - М.: Статут, 2013. С. 122.

соответствующую сумму, если она явно несправедлива и несоразмерна фактическим убыткам потерпевшего.

Совершенствование правил о договорной неустойке

В отношении неустойки или заранее оцененных убытков бизнесу крайне важно, чтобы суды не вмешивались в размер этих сумм и не снижали их. Оптимальное решение по этому вопросу сложилось в немецком праве. По общему правилу (ст. 343 Германского гражданского уложения), суд может снизить неустойку (только по заявлению должника), если она явно несоразмерна убыткам и иным негативным последствиям нарушения. Но согласно действующему Германскому торговому уложению, в отношениях между предпринимателями снижение неустойки не дозволяется (ст. 348). Наличие специального предписания в ГТУ на этот счет не означает, что любые договорные условия о неустойке в коммерческих контрактах будут автоматически признаваться в судах. Так, на практике в случае явной и "вопиющей" несоразмерности неустойка может быть подвергнута пересмотру в суде путем применения положений о добросовестности сторон (ст. 242 ГГУ). Таким образом, если неустойку обещал заплатить коммерсант, то суд вправе снизить ее только в самых исключительных случаях при наличии признаков явного злоупотребления правом.

С учетом изложенного, применительно к ст. 297 ГК РК необходимо пересмотреть вопрос о судебном полномочии на снижение размера договорной неустойки в коммерческих контрактах, ограничив эти случаи лишь явным злоупотреблением правом, уточнив, что такое злоупотребление имеет место, если несоразмерная неустойка «навязана» в условиях неравных переговорных возможностей слабой стороне, а во всех иных случаях – только в ситуации, когда размер неустойки настолько аномально завышен, что имеются признаки притворной сделки. Также представляется важным предусмотреть, что если нарушение договора носило умышленный и недобросовестный характер, суд не вправе снижать неустойку.

В тех же случаях, когда чрезмерно высокая неустойка подлежит взысканию с субъекта, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, следует отменить норму,

предусматривающую право суда на снижение такой неустойки исключительно по ходатайству должника. В этой ситуации суд должен обладать соответствующей дискрецией вне зависимости от того, поступило соответствующее ходатайство от должника или нет.

Также необходимо пересмотреть правила соотношения убытков и неустойки с тем, чтобы в п. 1 ст. 351 ГК РК предусмотреть, что для предпринимательской деятельности убытки следует взыскивать в полной сумме сверх неустойки, если иное не предусмотрено договором. Такое правило закреплено в ст. 624 ГК Украины: «1. Если за нарушение обязательства установлена неустойка, то она подлежит взысканию в полном размере, независимо от возмещения убытков». Зачетная неустойка применяется в соответствии с пунктом 2 этой статьи не в качестве общего правила, а если это предусмотрено договором.

Введение правил о преддоговорной ответственности. Соглашение о порядке ведения переговоров

Недобросовестное поведение при ведении переговоров зачастую служит основанием возникновения у добросовестного потерпевшего значительных убытков, которые, по казахстанскому праву, просто невозможно взыскать. Укрепление принципа добросовестности требует его распространения не только на поведение субъекта, осуществляющего гражданские права, но и на преддоговорные отношения контрагентов, чтобы лица, вступающие в переговоры, были обязаны вести себя добросовестно и воздерживаться от причинения убытков друг другу на стадии ведения переговоров о заключении договора. В противном случае причиненные убытки должны взыскиваться в полном объеме с тем, чтобы поставить добросовестного участника переговоров в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным контрагентом.

В казахстанской доктрине вопросам преддоговорной ответственности посвящены работы М.К. Сулейменова[1] и А.Г.

[1] Сулейменов М.К. Преддоговорные отношения // https://www.zakon.kz/4920879-preddogovornye-otnosheniya-suleymenov-m.html

Диденко[1].

Исторически идея преддоговорной ответственности (culpa in contrahendo) принадлежит немецкой школе пандектного права и ее представителям Р. фон Иерингу, Г. Дернбургу, Б. Виндшейду и другим. Основателем данной концепции по праву считается Р. фон Иеринг. В одноименной статье, датированной 1861 г., он выделил основания преддоговорной ответственности и разделил ее на виды[2].

Ответственность за недобросовестное ведение переговоров («culpa in contrahendo», «precontractual liability») хорошо известна многим европейским правопорядкам и актам международной унификации частного права (ст. 2.15 Принципов УНИДРУА: *«Недобросовестные переговоры*

1.Сторона свободна проводить переговоры и не несет ответственности за недостижение согласия.

2.Однако сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, является ответственной за потери, причиненные другой стороне.

3. Недобросовестным, в частности, является вступление стороной в переговоры или их продолжение при отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной»;

ст. II.-3:301 Модельных правил европейского частного права: *«Нечестное и/или недобросовестное ведение переговоров*

(1) Лицо свободно в проведении переговоров и не отвечает за недостижение соглашения.

(2) Лицо, которое вступило в переговоры, обязано вести их добросовестно и честно и не прекращать переговоры в случаях, когда это будет противоречить требованиям добросовестности и честной деловой практики. Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором.

(3) Сторона, нарушившая эту обязанность, отвечает за потери, причиненные другой стороне таким нарушением.

(4) В частности, требованиям добросовестности и честной деловой практики противоречит вступление в

[1] Диденко А.Г. Вызовы времени: условия гражданско-правовой ответственности // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. – Алматы: Каспийский университет, 2017г. – Вып. 50. - С. 27-32.

[2] Jhering, R. Culpain contrahendos der Schadensersatz bei nichhtigen zur ParfektiongalangtenVertragen, In: Jherings Jahrbucher, Bd. 4. 1861.

переговоры и их ведение без действительного намерения достичь соглашения с другой стороной».

К идее преддоговорной ответственности, развитой германским гражданским правом, близка доктрина promissory estoppel в англо-американском праве (в основном США, Австралии). Национальное законодательство стран англо-американского права напрямую не устанавливает ответственность за преддоговорные нарушения, но налагает на стороны подразумеваемые позитивные обязанности вести начатые переговоры добросовестно («implied positive duty to negotiate in good faith») и приложить все усилия, чтобы довести переговоры либо до их успешного завершения, либо до добросовестного отказа от них. Согласно исследованию, проведенному С.Будылиным, в странах общего права нет «преддоговорной ответственности» в том смысле, как это выражение понимается в основных странах европейского континента[1]. Иначе говоря, сторонам переговоров о заключении договора не вменяется обязанности вести эти переговоры «добросовестно». Многие виды преддоговорного поведения, которые на континенте признаются «недобросовестными», в юрисдикциях общего права блокируются теми или иными специальными правовыми нормами. В юрисдикциях общего права свободы у стороны переговоров существенно больше, чем на европейском континенте. Так, сторона имеет полное право в любой момент выйти из переговоров, не интересуясь тем, что об этом думает другая сторона.

Английское право, несмотря на отсутствие требования о «добросовестном» ведении переговоров, вовсе не оставляет участников оборота беззащитными от нечистоплотных переговорщиков. Так, если переговорщик тем или иным образом ввел контрагента в заблуждение, то с него могут быть взысканы убытки контрагента. Но не в иске о недобросовестном ведении переговоров, неизвестном английскому праву, а во вполне традиционном деликтном иске о введение в заблуждение («deceit») (в том числе если, например, продавец солгал несостоявшемуся покупателю, что прекратил переговоры с другими претендентами). Если переговорщик сообщил неверные

[1]Будылин С. Преддоговорная ответственность в юрисдикциях общего права // https://m-logos.ru/img/Tezis_M-Logos_23052018_S_Budilin2.pdf.

сведения ненамеренно, в определенных случаях он все равно может быть признан ответственным перед контрагентом за его убытки, включая чисто экономические. Это также деликт (относительно новый для английского права) – о «неосторожном сообщении недостоверных сведений» (negligent misstatement). Если одна сторона в ходе переговоров что-то пообещала другой, но это обещание не пробрело силу договора (например, ввиду отсутствия встречного предоставления), то при определенных условиях может вступить в действие доктрина «эстопеля из обещания» (promissory estoppel), а именно, если другая сторона, полагаясь на это обещание, изменила свою позицию к своей невыгоде, то суд может принять меры для устранения несправедливости. Обычно такой мерой является отказ в удовлетворении каких-либо требований первой стороны, если они противоречат ранее данным ею обещаниям. Если сторона переговоров разгласила или использовала в своих корыстных целях полученную от контрагента конфиденциальную информацию, она может понести за это ответственность.

Если в результате переговоров договор был заключен, но впоследствии обнаружилось, что одна из сторон в процессе переговоров сообщила контрагенту недостоверную информацию, то контрагент тем более не остается без защиты. Относящиеся к договору утверждения о фактах известны как заверения («representations») и гарантии («warranties»). В случае их недостоверности у пострадавшей стороны есть целый букет потенциальных исков и мер судебной защиты, основанных на деликтном и договорном праве, соответственно[1].

Во Франции до реформы обязательственного права ФГК[2] не содержал каких-либо положений относительно преддоговорной стадии, что частично было восполнено практикой Кассационного суда Франции. В ходе реформы был

[1] Будылин С. Преддоговорная ответственность в юрисдикциях общего права // https://m-logos.ru/img/Tezis_M-Logos_23052018_S_Budilin2.pdf.

[2] На протяжении ряда последний лет во Франции велись работы по реформированию Гражданского кодекса в области договорного права, в рамках которых разными группами юристов были подготовлены три проекта соответствующих изменений. Новые правила вступили в силу с 1 октября 2016 года. Предпринятая реформа довольно радикальна. В частности, полностью переработаны общие положения договорного права, остававшиеся почти нетронутыми со времен Наполеона (1804 г.). Наиболее заметной чертой реформы является существенно возросшее значение соображений добросовестности в договорном праве.

добавлен подраздел под названием «Переговоры», который включает в себя три статьи 1112, 1112-1 и 1112-2. Основная идея регулирования заключается в том, что каждая из сторон свободна начать, продолжать, а также в любой момент прекратить ведение переговоров. Однако, согласно абзц. 1 ст. 1112 ФГК предел этой свободы состоит в «требовании добросовестности». Целью введения этого подраздела является установление принципов, регулирующих преддоговорную стадию правоотношений, путем кодификации сложившихся правовых позиций в судебной практике: принципа свободы договора, принципа добросовестности и ответственности за виновное нарушение в процессе ведения переговоров. Необходимо также учитывать, что 20 апреля 2018 года Парламент Франции при принятии Закона о ратификации реформы изменил редакцию ст. 1112 ФГК, придав ей более расширительное толкование, в результате которого строго очерчен состав убытков, подлежащих взысканию за недобросовестное ведение переговоров. Так, исключается возмещение любого позитивного интереса, то есть не только упущенной выгоды от незаключенного договора, но и потери шанса получить ее. Размер убытков должен быть обусловлен причинно-следственной связью с фактом нарушения при осуществлении права прекратить переговоры, а не с их прекращением как таковым. Последнее согласуется с принципом свободы договора. Поэтому возмещение упущенной выгоды от незаключенного договора, даже в смягченной форме потери шанса, косвенно приводило бы к тому же результату, что и заключение договора[1].

Законодательство Германии весьма широко закрепляет нормы о преддоговорной ответственности, разработанные в рамках реформы обязательственного права 2002 г. на основании обширной судебной практики. Так, в ГГУ было введено несколько норм, которые регулируют преддоговорные правоотношения, однако ни разу не упоминая устоявшийся термин culpa in contrahendo. Абзац 2 § 241 предусматривает, что «в соответствии с содержанием обязательства каждая из сторон может быть обязана учитывать права, правовые блага и интересы другой стороны». Абзац 2 § 311 в свою очередь устанавливает:

[1]https://m-logos.ru/img/Tezis_M-Logos_23052018_V_Velichko.pdf .

«Обязательство, содержащее обязанности согласно абзацу 2 §241, возникает также посредством:

1) вступления в переговоры о заключении договора;

2) подготовки договора, по которому одна из сторон, в расчете на соответствующие правоотношения по сделке, предоставляет другой стороне возможность влиять на свои права, правовые блага и интересы либо доверяет их ей;

3) деловых контактов.

При этом законодатель Германии ограничился очень общими положениями, тем самым оставляя возможность применять сложившуюся до 2002 года очень подробную судебную практику по отдельным категориям дел без ограничений[1].

В России в ГК РФ включена ст. 434-1, предусматривающая обязанность возмещения убытков в случае недобросовестного прерывания переговоров о заключении договора. Эта норма является одним из проявлений «*culpa in contrahendo»*, однако, далеко не идентичным с немецким вариантом регулирования. В качестве примеров различий можно назвать следующие:

- российская норма регулирует лишь процесс переговоров, тогда как немецкий подход намного шире и включает в себя также подготовку договора и деловые контакты;

- российская норма никак не регулирует участие в переговорах и ответственность третьих лиц (посредники, оценщики, эксперты).

Однако, основной чертой, объединяющей ст.434-1 с немецким правом, является наличие обязанности ведения переговоров в соответствии с принципом добросовестности.

На сегодняшний день законодательство Казахстана не содержит ни одной нормы, которая бы непосредственно регулировала подготовку договоров, кроме малоприменимого на практике правила ст. 400 ГК РК, согласно которому если разногласия, возникшие при заключении договора, были по соглашению сторон переданы на рассмотрение суда, условия договора, по которым у сторон имелись разногласия,

[1] Гницевич К.В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (culpaincontrahendo): Дисс. на соискание степени канд.юрид.наук. - Санкт-Петербург, 2010 // /Научная библиотека диссертаций и авторефератов disserCat http://www.dissercat.com/content/ preddogovornaya - otvetstvennost- v - grazhdanskom-prave-culpa-contrahendo#.ixzz5WjXnNSN0.

определяются в соответствии с решением суда. Заявления, сделанные в процессе переговоров, урегулированы отчасти в рамках норм о недействительности сделок, заключенных в результате существенного заблуждения либо обмана (пп.8 и 9 ст.159 ГК РК).

В этой связи необходимо использовать потенциал деликтного права Казахстана и, в отличие от немецкого права, не распространять действие договорного права на преддоговорные отношения, а последовать английскому опыту в области «*representations*» и французскому опыту, где преддоговорная ответственность является деликтной, поскольку она локализована в преддоговорном периоде и ее основанием является статья 1240 ФГК (до реформы - статья 1382 ФГК).

К выводу о деликтной природе преддоговорной ответственности пришла и российская судебная практика, несмотря на то, что соответствующая статья 434-1 ГК РФ помещена в главе «Заключение договора». Так, в силу прямого указания п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 к такого рода требованиям субсидиарно применяются положения гл. 59 «Обязательства вследствие причинения вреда» ГК РФ. Иначе говоря, Верховный Суд РФ недвусмысленно признал деликтную природу ответственности за недобросовестное ведение переговоров.

Таким образом, в вопросах возмещения ущерба за нанесение вреда во время подготовки договора казахстанское право может быть усовершенствовано на основе опыта Франции, где преддоговорные отношения являются вопросом регулирования деликтного права.

Так, главу 47 особенной части ГК РК необходимо дополнить статьей, предусматривающей ответственность за недобросовестное поведение при ведении переговоров, предусмотрев в ней исчерпывающий перечень случаев такого недобросовестного поведения и сформулировав правило, что целью соответствующей компенсации является удовлетворение так называемого негативного интереса потерпевшего, что характерно именно для деликтной ответственности. Учитывая то, что применение правил о добросовестности в казахстанской судебной практике довольно ограничено, а регламентация преддоговорных отношений для казахстанского права будет

абсолютной новеллой, требующей крайне взвешенного и осторожного применения судами, представляется необходимым предельно сузить дискрецию суда в применении данной нормы, детализировав на уровне ГК основания и пределы ответственности за недобросовестное ведение переговоров. Также на данном этапе преждевременным является введение ответственности за внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора, которая, как показано выше, предусмотрена в DCFR, Принципах УНИДРУА и ГК РФ. Дело в том, что правовая грань между общим правилом о свободе выхода из переговоров и специальным правилом о запрете неожиданного (неоправданного) выхода из переговоров настолько неопределенна и субъективна, что существует значительный риск неверного ее установления судами и, как следствие, безосновательного применения этого вида ответственности против вполне добросовестных лиц. Более того, английское право не предусматривает ответственности за прерывание переговоров о заключении договора, считая право на выход из переговоров в любое время и по любой причине неприкосновенным. Полагаем такой подход гораздо более разумным и определенным, нежели предоставление судам свободы усмотрения в вопросе оценки состоявшегося прерывания переговоров на предмет его добросовестности. При этом соответствующие нормы будут стимулировать участников гражданского оборота к заключению отдельных соглашений о ведении переговоров, особенно в сферах сложных инвестиционных и корпоративных контрактов.

Также в общую часть ГК необходимо включить отдельную статью, предусматривающую соглашения о порядке ведения переговоров, в которых могут устанавливаться различные правила их ведения, условие о запрете на ведение параллельных переговоров с третьими лицами в течение установленного в таком соглашении срока ведения переговоров (так называемое условие об эксклюзивности переговоров), внесение платы за выход из переговоров без рациональных экономических резонов (break-upfee), конфиденциальность полученной в ходе переговоров информации, последствия нарушения конфиденциальности, порядок раскрытия информации, обязательства в течение определенного срока не начинать

конкурировать с другой стороной в случае срыва переговоров на стадии после предоставления этой другой стороной конфиденциальной информации о своих ноу-хау, используемых в бизнесе, и т.п. Стороны также могут зафиксировать в таком соглашении обязанность по уплате неустойки в случае нарушения установленных в таком соглашении правил ведения переговоров. На практике такие соглашения иногда оформляются при ведении переговоров о заключении крупных инвестиционных или финансовых контрактов, однако, поскольку законодательством Казахстана такие договоры не предусмотрены, а бизнес-партнеры стремятся избежать риски, связанные с неадекватной квалификацией такого соглашения по казахстанскому праву, они вынуждены подчинять их действию иностранного права.

Убытки за нарушение предварительного договора

В соответствии с п. 5 ст. 390 ГК РК, «В случаях, когда сторона, заключившая предварительный договор, уклоняется от заключения предусмотренного им договора, она обязана возместить другой стороне вызванные этим убытки, если иное не предусмотрено законодательством или договором». Практика применения данной нормы выявляет определенные сложности в ее толковании, а именно в решении вопроса о том, какой интерес кредитора защищает данное правило: негативный (reliance damages), в результате удовлетворения которого кредитор должен быть поставлен в такое положение, какое было до заключения предварительного договора, или позитивный (expectation damages), удовлетворяя который должник уплачивает в качестве убытков такую сумму, которая должна поставить кредитора в то положение, в котором он находился бы, если бы предусмотренный предварительным договором основной договор был заключен и надлежащим образом исполнен. В рамках такого расчета убытков кредитор может, в частности, взыскать с должника упущенную выгоду, которую кредитор намеревался извлечь в результате исполнения основного договора.

В российской научной литературе традиционно и однозначно проводится разграничение между обязательствами, возникающими, из предварительного договора и

обязательствами, возникающими из основного договора, а также последствиями из нарушения: «Сравнивая между собой последствия нарушения предварительного и основного договоров, следует иметь в виду, что в первом случае речь идет о компенсации отрицательного интереса (интереса к заключению основного договора), а во втором – позитивного интереса к соблюдению обязательства контрагентом, нарушенного ненадлежащим исполнением обязательства, вытекающего из основного договора. Можно заранее предположить, что в первом случае убытки окажутся меньше, чем во втором. Следовательно, риск нарушения основного договора превышает заведомо тот, который связан с нарушением предварительного договора. Кроме того, в силу предварительного договора стороны лишены возможности требовать от контрагента реального исполнения обязательства, которое только предполагается включить в основной договор […] Таким образом, прибегая к предварительному договору, стороны устанавливают еще одну ступень в заключении основного договора. Оказавшись на этой ступени, стороны имеют возможность еще раз взвесить последствия своих действий: заключить ли им или не заключить основной договор. У стороны, уклоняющейся от заключения основного договора, остается надежда на то, что вторая сторона удовлетворится компенсацией негативного интереса, не предъявляя требований о понуждении контрагента к заключению основного договора»[1].

Между тем, в казахстанской доктрине появилось противоположное мнение, высказанное профессором А.Г. Диденко, согласно которому компенсируемые убытки из нарушения предварительного договора не должны ограничиваться лишь возмещением различных подготовительных расходов, произведенных в ожидании заключению основного договора и прочих затрат, понесенных в связи с заключением предварительного договора, но и упущенная выгода от потерь, связанных с надеждами по получению прибыли от основного договора[2]. Согласно этой весьма спорной позиции

[1] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 1999. - С. 235.

[2] Диденко А.Г. Условия предварительного договора и их значение //https://www.zakon.kz/4908602-usloviya-predvaritelnogo-dogovora-i-ih.html.

не проводится разграничение между убытками, вызванными нарушением предварительного договора и предполагаемыми убытками, которые могли бы возникнуть в будущем в случае нарушения основного договора, если бы последний был заключен. Между тем, основным мотивом предварительного договора является именно защита расходов, понесенных в процессе подготовки к подписанию основного соглашения. В этом состоит отличие предварительного договора от основного договора, предусмотренного условиями предварительного договора. Убытки, причиненные необоснованным отказом от заключения основного договора нельзя смешивать с убытками, которые могли бы возникнуть у лица вследствие нарушений условий самого основного договора, если бы он был заключен. Такое смешение нарушило бы обязательное условие о наличии прямой причинно-следственной связи между уклонением от заключения основного договора и убытками, которые лицо могло бы понести в случае заключения, но неисполнения (ненадлежащего исполнения) основного договора. Факт наличия предварительного договора не считается надлежащим доказательством реальной возможности для получения выгоды по основному договору.

Противоположную позицию высказал профессор М.К. Сулейменов, что убытки, подлежащие возмещению за уклонение от заключения основного договора, «могут включать расходы на усилия, направленные на подписание основного договора (являющегося единственным предметом предварительного договора, и заключение которого является единственным обязательством по предварительному договору), но нельзя представить, чтобы они распространялись на убытки, вытекающие из нарушения любых предполагаемых или возможных прав и обязательств по предполагаемому основному договору или договорам, и еще менее - на упущенные выгоды и преимущества, которые могли бы вытекать из них, поскольку такие права никогда не предоставлялись и обязательства не принимались по предварительному договору»[1].

В связи с тем, что недостаточно совершенная редакция норм ГК РК о предварительном договоре послужила причиной появления в казахстанской цивилистической доктрине двух

[1] Сулейменов М.К. Преддоговорные отношения // https://www.zakon.kz/4920879-preddogovornye-otnosheniya-suleymenov-m.html.

противоположных по своей сути подходов к установлению состава убытков за нарушение предварительного договора, представляется необходимым внести поправки уточняющего характера в содержание п. 5 ст. 390 ГК РК, согласно которым возмещаемые убытки за нарушение предварительного договора должны покрывать лишь расходы, понесенные другой стороной в связи с заключением предварительного договора.

Основные выводы и предложения

Изучив состояние правового регулирования возмещения убытков за нарушение обязательств по законодательству Республики Казахстан, мы пришли к выводу, что с принятием в Казахстане Гражданского кодекса нормативные правила взыскания убытков в качестве универсальной меры гражданско-правовой ответственности получили свое закрепление, в основном, путем сохранения норм советского права, базирующихся на концептуальных положениях о гражданско-правовой ответственности.

Выявлены отдельные недостатки правового регулирования института возмещения убытков, которые создают излишние сложности в правоприменительной практике и обуславливают необходимость проведения работы, направленной на совершенствование действующего законодательства по следующим направлениям:

1. На основании удобных и справедливых моделей восстановления негативного интереса кредитора в преддоговорных и деликтных отношениях и позитивного интереса кредитора при нарушении договорного обязательства, следует усовершенствовать нормы договорной и преддоговорной ответственности по законодательству Республики Казахстан. В частности, в целях усиления компенсационного принципа гражданско-правовой ответственности в ст. 350 ГК РК необходимо дополнить правилом, что возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор, право которого нарушено, должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы его право не было нарушено.

2. В целях законодательного уточнения категории упущенной выгоды следует на основании научно обоснованного

предложения профессора Ю.Г. Басина в общей части ГК РК предусмотреть, что при расчете упущенной выгоды размер неполученного дохода следует определять, исходя из первого цикла потерь, вызванных нарушением договора.

3. Необходимо имплементировать устоявшиеся в международном частном праве переделы свободы судебного усмотрения при определении размера подлежащих взысканию убытков. Так, наличие у суда сомнений в отношении размера предъявленных ко взысканию убытков и доказанности причинно-следственной связи не должно препятствовать удовлетворению иска, если стандарт доказывания «разумная степень достоверности» соблюден. Это необходимо, чтобы суды перестали завышать данный стандарт и требовать абсолютной достоверности, чего в отношении упущенной выгоды истец сделать не в состоянии. Также важно нормативно закрепить, что приблизительный и вероятностный характер расчета упущенной выгоды сам по себе не препятствует удовлетворению иска о взыскании такой выгоды.

4. Необходимо законодательно расширить применение концепции абстрактных убытков, распространив способы исчисления убытков, применяемые при расторжении договора поставки (ст. 477 ГК РК), на все другие договоры.

5. Предлагается установить в ГК РК норму, согласно которой, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого необоснованные доходы, то потерпевший вправе требовать возмещения убытков в размере не меньшем, чем такие доходы. Предлагаемый способ расчета убытков позволит усилить ответственность за нарушение договорных обязательств и смягчить бремя доказывания упущенной выгоды. Иными словами, если есть факт того, что лицо, нарушившее право другого лица, извлекло вследствие нарушения доход, то потерпевшему уже не нужно будет доказывать, что и он мог бы извлечь такой же доход в качестве своей упущенной выгоды. Это обстоятельство будет считаться доказанным. Включение данного правила в ст. 9 ГК РК позволит применять его как к нарушению договорных обязательств, так и к деликтам. При этом, такой порядок расчета убытков должен применяться лишь к умышленным правонарушениям.

6. В целях реализации принципа свободы договора в коммерческих сделках представляется верным дополнение ГК РК правилом о взыскании заранее оцененных убытков в соответствии с условиями договора. Такое правило может иметь самостоятельное значение и предусматривать субсидиарное применение к нему правил о договорной неустойке. Наряду с этим необходимо предусмотреть и право суда в исключительных случаях скорректировать соответствующую сумму, если она явно несправедлива и несоразмерна фактическим убыткам потерпевшего.

7. Применительно к ст. 297 ГК РК необходимо пересмотреть вопрос о судебном полномочии на снижение размера договорной неустойки в коммерческих контрактах, ограничив эти случаи лишь явным злоупотреблением правом, уточнив, что такое злоупотребление имеет место, если несоразмерная неустойка «навязана» в условиях неравных переговорных возможностей слабой стороне, а во всех иных случаях – только в ситуации, когда размер неустойки настолько аномально завышен, что имеются признаки притворной сделки. Также представляется важным предусмотреть, что если нарушение договора носило умышленный и недобросовестный характер, суд не вправе снижать неустойку.

8. Главу 47 особенной части ГК РК необходимо дополнить статьей, предусматривающей ответственность за недобросовестное поведение при ведении переговоров, предусмотрев в ней исчерпывающий перечень случаев такого недобросовестного поведения и сформулировав правило, что целью соответствующей компенсации является удовлетворение так называемого негативного интереса потерпевшего, что характерно именно для деликтной ответственности.

9. В общую часть ГК необходимо включить отдельную статью, предусматривающую соглашения о порядке ведения переговоров, в которых могут устанавливаться различные правила их ведения, условие о запрете на ведение параллельных переговоров с третьими лицами в течение установленного в таком соглашении срока ведения переговоров (так называемое условие об эксклюзивности переговоров), внесение платы за выход из переговоров без рациональных экономических резонов («break-up fee»), конфиденциальность полученной в ходе

переговоров информации, последствия нарушения конфиденциальности, порядок раскрытия информации, обязательства в течение определенного срока не начинать конкурировать с другой стороной в случае срыва переговоров на стадии после предоставления этой другой стороной конфиденциальной информации о своих ноу-хау, используемых в бизнесе, и т.п.

10. Следует внести поправки уточняющего характера в содержание п. 5 ст. 390 ГК РК, согласно которым возмещаемые убытки за нарушение предварительного договора должны покрывать лишь расходы, понесенные другой стороной в связи с заключением предварительного договора.

§7. Производный иск в сфере корпоративных отношений

Корпоративное право является важнейшим элементом любой национальной системы законодательства, поскольку составляющие его содержание правовые нормы призваны способствовать одновременно свободе и развитию предпринимательства, а также осуществлению инвестиций в сферу коммерческой или производственной деятельности, эффективной защите прав инвесторов и охране публичного интереса. Корпоративное право существует для того, чтобы, с одной стороны, предоставить возможности для использования специальных организационно-правовых форм осуществления предпринимательской деятельности, которую люди не могут осуществлять иным образом (например, будучи индивидуальными предпринимателями или объединяя усилия в рамках полного товарищества), а с другой стороны – регулируя условия и порядок использования этих корпоративных организационно-правовых форм, защищая права кредиторов, участников / акционеров и инвесторов, предоставивших соответствующей компании / корпорации имущественную основу или иные материальные ресурсы для достижения целей ее учреждения и деятельности[1], а также – охраняя и публичный

[1] Roth, Kindler. The Spirit of Corporate Law: Core Principles of Corporate Law in Continental Europe. C.H.Back, Hart, Nomos. 2013. 190 p. - C. 2-3; Towards a European Civil Code. Second Revised and Expanded Edition. Hartkamp, Hesselink, Hondius, Joustra, du Perron, Eds. Kluwer Law International, Ars Aequi Libri. 1998. 652 p. - C.595; Gower’s Principles of Modern

интерес, заключающийся в обеспечении общественного благополучия в целом[1].

Определение любым национальным законодательством этих целей не зависит от того, какую философию для себя выбрал соответствующий законодатель в качестве основы для построения корпоративного законодательства (либеральный ли подход, предполагающий высокую степень автономии воли при учреждении компании и ведении ее дел, в том числе в контексте применения положений, относящихся к сфере действия международного частного права, либо более императивный подход, требующий от предпринимательских организаций соответствовать более обширным императивным нормам законодательства как в рамках отдельной юрисдикции, так и в контексте трансграничных правоотношений)[2]. Оно также не зависит от того, как формируется корпоративное законодательство, что составляет его содержание и с какими отраслями законодательства оно должно быть в обязательном порядке скоординированным и согласованным[3].

Достижение первой из вышеуказанных целей корпоративного законодательства обеспечивается за счет того, что законодательно предусматривается возможность создания юридического лица корпоративного типа в соответствующей организационно-правовой форме, и устанавливаются дополнительные правовые нормы, которыми регулируются вопросы управления и ведения дел такого юридического лица, поддерживая его эффективное существование в такой регулируемой законом форме. В свою очередь, защита прав участников / акционеров и инвесторов компании достигается за счет законодательного регулирования вопросов, относящихся к системам контроля возникающих конфликтов интересов между участниками соответствующих корпоративных отношений.

Company Law. Sixth edition. Davies, Prentice. London: Sweet & Maxwell. 1997. 867 p. - C. 7-8.

[1] The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. Kraakman, Davies, Hansmann, Hertig, Hopt, Kanda and Rock. OXFORD University Press. 2004. 231 p. - C. 22.

[2] Roth, Kindler. The Spirit of Corporate Law: Core Principles of Corporate Law in Continental Europe. C.H.Back, Hart, Nomos. 2013. 190 p. - C. 1–2.

[3] Towards a European Civil Code. Second Revised and Expanded Edition. Hartkamp, Hesselink, Hondius, Joustra, du Perron, Eds. Kluwer Law International, Ars Aequi Libri. 1998. 652 p. - C. 587–588.

Регулирование таких конфликтов основано на признании существования так называемой проблемы представительства интересов (*agency problem*) в указанных правоотношениях. В литературе выделяют три категории такой проблемы: первая вытекает из взаимоотношений участников / акционеров компании с ее должностными лицами, вторая создается в результате конфликтов самой компании с третьи лицами (как, например, ее кредиторы, клиенты и работники), а третья обусловливается существованием противоположных интересов крупных или контролирующих акционеров и номинированных ими должностных лиц компании, с одной стороны, и миноритарных акционеров компании, с другой стороны[1].

Стратегии, формы и инструменты контроля таких конфликтов интересов, регулируемые законом, могут различаться. Однако их рассмотрение является серьезной темой для отдельного рассмотрения и анализа. Ниже в данном параграфе рассматривается лишь один, но тоже важный, аспект законодательного регулирования, вытекающий из содержания казахстанского Закона об АО и относящийся к предотвращению конфликтов между крупными или контролирующими акционерами и миноритарными акционерами компании[2]. Установление соответствующих законодательных положений обусловлено защитой интересов акционеров, но оно не согласовано с иными важными институтами гражданского материального и процессуального права, а их применение на практике может повлечь за собой возникновение корпоративных конфликтов, разрешение которых при сложившейся законодательной основе не позволит достигнуть вышеупомянутые цели корпоративного законодательства.

В частности, ст. 63 Закона об АО, предусматривающая ответственность должностных лиц АО перед обществом и акционерами за вред, причиненный их действиями или бездействием, а также за убытки, понесенные обществом. Она закрепляет за акционером (акционерами), владеющим (владеющими в совокупности) пятью и более процентами

[1] The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. Kraakman, Davies, Hansmann, Hertig, Hopt, Kanda and Rock. OXFORD University Press. 2004. 231 p. - С. 21-23.
[2] Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415-II «Об акционерных обществах» (с изменениями и дополнениями) // Информационные системы ПАРАГРАФ: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1039594 (дата обращения 28 января 2019 г.).

голосующих акций общества, право от своего имени вправе обратиться в суд с иском к должностному лицу этого общества о возмещении обществу вреда либо убытков, причиненных им (этим должностным лицом) обществу. В этой же ст. 63 предпринята попытка определить совершенно неэффективную процедуру (как последовательность действий) подачи подобного иска, требуя обращения упомянутого (причем по многих случаях – миноритарного) акционера (акционеров) к совету директоров общества.

В целом, содержание ст. 63 Закона об АО представляется не только несоответствующим современным принципам надлежащего корпоративного управления, но оно также не отвечает функциональной задаче акционерного законодательства по предотвращению корпоративных конфликтов. Эта статья в ее действующей редакции, наоборот, предоставляет благодатную почву для возникновения и неконтролируемого развития таких конфликтов в их многообразии.

В данном случае, однако, фокусом рассмотрения является вопрос о том, насколько с позиций казахстанского права возможна подача акционером иска к должностным лицам общества о возмещении самому обществу понесенных им (по мнению такого истца) убытков.

Очевидно, что такая возможность подачи иска, предусмотренная для миноритарного акционера, создает условия для неизбежного его конфликта с контролирующим или крупным акционером, а также с советом директоров, большинство членов которого, как правило, являются номинантами упомянутого крупного / контролирующего акционера. А у крупного акционера и контролируемого им большинства членов совета директоров оценка ситуации и перспектив развития компании может кардинально отличаться от позиции миноритарного акционера, подавшего иск к его номинантам или ко всем членам совета директоров на солидарной ответственности.

Примечательно также, что совершенно нелогично в п. 1 этой ст. 63 полностью умаляется воля акционеров, реализованная в решении общего собрания о заключении крупной сделки или сделки с наличием конфликта интересов: такое регулирование отличается от лучших законодательных образцов, используемых в развитых юрисдикциях, а также создает внутреннее

противоречие в самом Законе об АО (ибо решение общего собрания, принятое в рамках его уставной или законодательно установленной компетенции, является обязательным для исполнения органами общества).

Не вызывает сомнений необходимость соответствия любых институтов частного права принципам и нормам гражданского законодательства, относящимся к положениям более общего характера или высшего уровня. В данном случае, в частности, уже отмечено несоответствие содержания ст. 63 Закона об АО общей функциональной направленности акционерного закона, а также основным принципам корпоративного управления, в соответствии с которым корпоративные решения на уровне совета директоров принимаются только коллегиально, и поэтому ответственность за результаты их управления обществом члены совета директоров несут солидарную. В этой связи привлечение отдельного члена совета директоров к ответственности за возмещение убытков обществу в результате совершения обществом сделки на основании соответствующего решения совета директоров (а тем более, общего собрания акционеров, обязательного для совета директоров) становится объективно невозможным.

Кроме того, игнорируется самостоятельная правосубъектность каждого юридического лица, закрепленная в ст.ст. 1, 35 и 44 ГК и отраженная во всех иных нормах гражданского законодательства[1]. Согласно ст. 37 ГК любое юридическое лицо реализует свою правоспособность, приобретая гражданские права и принимая на себя обязанности только через свои органы, действующие в соответствии с законодательными актами и учредительными документами. В частности, органы любого АО формируются за счет включения в их состав должностных лиц общества, а общее собрание акционеров (как и каждый отдельный акционер) не обладает компетенцией тех органов АО, которые могут представлять общество в отношениях с третьими лицами. Более того, в силу ст. 36 ГК акционеры противопоставляются акционерному обществу

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями) //:https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061 (дата обращения 28.01.2019).

как его кредиторы, обладающие обязательственными правомочиями в отношении АО и его имущества.

При этом, в соответствии с п. 4 ст. 9 ГК, по общему правилу, право требовать возмещения причиненных ему убытков предоставлено только тому лицу, право которого нарушено. Соответственно, это само общество только и может решить, нарушено ли его право, возникло ли основание для предъявления им иска о возмещении понесенных им убытков и будет ли оно подавать такой иск. С позиций общих положений ГК, подача иска миноритарным акционером в интересах общества на основании ст. 63 Закона об АО может быть обоснованной только в случае, если такой миноритарный акционер сможет убедить суд о том, что таким образом он обращается за защитой своего собственного нарушенного права.

В этом случае также необходимо учитывать, что, если третье лицо по своей инициативе решит действовать в интересах определенного субъекта, не являясь уполномоченным на это лицом, оно должно принимать во внимание и положения ГК, относящиеся к последствиям таких действий. В частности, целесообразно учитывать положения Главы 42 Особенной части ГК[1]. В ст.ст. 855-864 ГК определяются условия действий в чужом интересе без поручения, последствия одобрения или неодобрения заинтересованным лицом действий в его интересе, а также иные связанные с такими действиями аспекты. В этой связи любому миноритарному акционеры, подающему иск в интересах общества к его должностным лицам, следует иметь в виду, что подача такого иска к одному должностному лицу будет в большинстве случаев означать предъявление иска к самому обществу, которое может не одобрить эти действия миноритарного акционера (осуществляемые им в интересах общества), вызвав тем самым неблагоприятные последствия для самого истца.

Обращает на себя внимание содержащаяся в п. 4 ст. 9 ГК оговорка о том, что из содержащегося в нем общего правила законодательными актами или договором может быть предусмотрено иное. Если опираться на это исключение, можно

[1] Гражданский кодекс Республики Казахстан от 1 июля 1999 года № 409-I (Особенная часть) (с изменениями и дополнениями) // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880 (дата обращения 28.01.2019).

допустить, что норма ст. 63 Закона об АО, позволяющая миноритарным акционерам предъявить иск к должностным лицам АО в интересах самого общества, является таким случаем, специально регулируемым законодательным актом. Однако, думается, что эта оговорка в ст. 9 ГК относится в большей степени к тому, можно ли законодательным актом или договором исключить или иным образом ограничить возможность реализации правомочия лица, чьи права нарушены, потребовать возмещения понесенных им убытков. Право на подачу иска в интересах другого лица должно основываться на норме иного содержания, которая бы прямо предусматривала возможность такого иска в предусмотренных законом случаях. Поскольку же в ГК такого положения нет, то небрежно заимствованная из иностранного права норма о таких правомочиях акционеров действовать в интересах акционерного общества не соответствует общим положениям ГК.

В то же время такие положения, действительно, содержатся в иностранном законодательстве. Например, ст. 756 Швейцарского обязательственного закона (Кодекса об обязательствах / *Code des Obligations*) позволяет каждому акционеру предъявить иск о возмещении убытков обществу[1].

В соответствии со ст.ст. *L*.225-252 и *L*.225-256 Коммерческого кодекса Франции (*Code de Commerce*) также любой акционер имеет право, действуя индивидуально либо объединившись с другими акционерами в установленном порядке предъявлять к администраторам, членам директората или генеральному директору компании (акционерного товарищества) корпоративный иск о привлечении их к ответственности, в том числе требуя полного возмещения ущерба, понесенного товариществом, в пользу которого (при наличии оснований) взыскиваются убытки. В ст. *L*.225-254 устанавливается трехлетний срок исковой давности со дня совершения действия, причинившего вред, а если оно было сокрыто – со дня его обнаружения[2]. В данном случае, особое внимание привлекает законодательное указание на то, что для

[1] Агеев А.Б. Акционерное законодательство Швейцарии: постатейный комментарий. М.: Статут, 2005. - 237 с. - С. 152.

[2] Коммерческий кодекс Франции. Предисловие, перевод с французского, дополнение, словарь-справочник и комментарии Захватаева. М.: Волтерс Клувер, 2008. - 1272 с. - С. 234-235.

подачи такого корпоративного иска должны быть основания, ибо и во французском праве общим правилом является то, что иск о привлечении к ответственности может быть подан только тем лицом, право которого нарушено и может быть защищено в порядке искового производства[1].

Наибольший интерес как пример удачного решения с учетом особенностей континентального права представляет опыт германского законодательства. В §117 Закона об акционерных обществах Германии (*Aktiengesetz*) закрепляется обязанность любого лица, чьи действия повлекли убытки для общества, возместить обществу эти убытки. В том числе в таком случае ответственными могут быть члены правления и наблюдательного совета общества, если они действовали в нарушение своих обязанностей по надлежащему управлению обществом и ведению его дел. Согласно §147 требования общества о возмещении убытков к членам правления и наблюдательного совета должны быть предъявлены, если общее собрание простым большинством голосов примет такое решение. А §148 позволяет «мелким» акционерам (в совокупности владеющим не менее одной сотой части уставного капитала) ходатайствовать перед судом о том, чтобы им было разрешено предъявить требование общества о возмещении убытков от собственного имени. Соответствующее решение о допуске иска к рассмотрению принимает суд при выявлении им наличия предусмотренных в этом §147 условий. При этом право общества на иск о возмещении убытков является превалирующим, и при его подаче самим обществом, указанное ходатайство «мелких» акционеров уже становится недопустимым. Закон подробно регулирует процедуру допуска к рассмотрению любого иска акционеров по решению суда[2].

Таким образом немецкое законодательство отразило изящное решение вопроса относительно предоставления миноритарным акционерам инструмента по защите своих прав и интересов, не допустив компромисса самостоятельной правосубъектности акционерного общества и избежав

[1] Там же. С. 708 и 800.

[2]Закон об акционерных обществах Германии. Параллельные русский и немецкий тексты. Предисл. Бергман, научн. ред. и алф.-пр. ук. на русс. яз. Яковлева, пер. с нем и алф.-пр. ук. на нем. яз. Дубовицкая Е. - М.: ВолтерсКлувер, 2009. 440с. - С.126-128, 176-182.

применения положений о действиях в чужом интересе без поручения («*negatorio gesture*»), с одной стороны, а также создав условия для предотвращения в этом случае корпоративных конфликтов, почва для которых сохраняется в казахстанском законодательстве в связи с несовершенством содержания ст. 63 Закона об АО. В данном случае в немецком законе право на иск обусловлено позицией суда, принимаемой им на основании ходатайства о разрешении подать такой иск. Именно суд принимает решение о наличии предусмотренных законом оснований для подачи такого иска и своим решением уполномочивает миноритарного или иного акционера, владеющего незначительным количеством акций АО, подать иск к должностному лица общества о возмещении убытков обществу.

Подобный иск в сфере корпоративных правоотношений называется производным иском. Эта концепция своим происхождением обязана общему праву.

Термин «производный иск» применяется в некоторых иных случаях в целях возмещения вреда, причиненного другому лицу (например, мужем к третьему лицу о возмещении вреда, причиненного его супруге). Однако, прежде всего таковой является иском, подаваемым акционером для принуждения, вытекающего из корпоративных отношений. Иск является производным, когда он основан на изначальном праве корпорации, но подается от ее имени акционером, потому что сама корпорация умышленно или по иным причинам не подала соответствующего иска на основании этого своего изначального права. Примечательно, что при подаче такого иска сама корпорация обязательно выступает стороной процесса, а решение по иску принимается против третьего лица [ответчика – Ф.К.] в пользу корпорации. Порядок такого искового производства регулируется в США федеральным процессуальным законом[1].

В частности, в Федеральном процессуальном законе (*Federal Rule of Civil Procedures*) США содержится ст. 23.1 – «Производные иски» (*Rule 23.1 – Derivative Actions*), в соответствии с которой «она применяется один или более акционеров или членов корпорации или неинкорпорированной ассоциации подают производный иск, чтобы принудить к

[1] Black's Law Dictionary. St Paul, Minn.: West Publishing Co. 1990. 1657 p. - C. 443-444.

соблюдению прав, которые сама корпорация или ассоциация может надлежащим образом отстаивать [защищать / требовать защиты – Ф.К.], но не сделала этого». Принципиально важным является то, что «производный иск не может быть поддержан, если выявится, что истец не представляет справедливо и надлежащим образом интересы акционеров или участников [корпорации – Ф.К.], которые находятся в такой же ситуации относительно защиты соответствующего права корпорации или ассоциации». Эта же статья устанавливает конкретные обстоятельства, которые должны быть подтверждены истцом в исковом заявлении[1].

Таким образом, американское право также не ограничивается простым закреплением права миноритарного или иного акционера или акционеров на иск к должностным лицам компании о возмещении понесенных компанией убытков: устанавливаются требования к содержанию искового заявления и действиям истца, исходящие из того, что нанеся убытки компании, должностные лица косвенным образом ущемляют правомерные интересы ее акционеров. При этом определено, что истец должен доказать отсутствие сговора при подаче иска, тем самым компания оберегается от рейдерства, и предотвращается необоснованный корпоративный конфликт.

В отличие от немецкого права, в котором право на такой иск в интересах компании предоставляется судом, американский закон закрепляет непосредственно право на подачу такого иска. Это регулирование аналогично английскому закону о компаниях (*the Companies Act 2006*), и такое право называется законодательно предусмотренным производным требованием / иском («*statutory derivative claim*»). Такой иск может быть подан в связи с нарушением директорами компании их обязанностей о проявлении надлежащей компетентности и заботы, и по сравнению с предыдущим законом о компаниях теперь от миноритарных акционеров при подаче такого иска не требуется демонстрировать существование контроля со стороны лиц, действующих незаконно или нечестно, («*wrongdoers control*»). Примечательно, что такой производный иск может быть подан и

[1] Federal Rules of Civil Procedure. 2019 Edition // https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-1-derivative-actions/ (дата обращения 28.01.2019).

в связи с ратифицируемыми (одобряемыми акционерами) нарушениями обязанностей[1].

В английском праве признается, что производный иск представляет собой исключение из обычного в общем праве правила о том, что право на иск, предоставленное компании, должно реализовываться только самой компанией, и только, если ее директора решат так поступить. При использовании такого общего подхода миноритарные акционеры практически лишаются возможности защитить свои интересы, поскольку считается, что воля крупного (а тем более - контролирующего) акционера идентична воле самой компании. Если разрешить миноритарным акционерам подавать иски от имени компании против воли большинства акционеров, это будет умалять применение принципа большинства, на основе которого функционирует корпоративное законодательство. Однако английское право предусматривает исключение из этого принципа: миноритарные акционеры могут подать такой иск, когда обжалуемые действия должностных лиц компании были незаконными или представляли собой мошенничество в отношении / обман миноритарных акционеров.

Английский закон о компаниях устанавливает подробные правила, относящиеся к условиям и процедуре реализации такого законодательно закрепленного права на производный иск, и эти правила не позволяют произвольной подачи такого иска миноритарными акционерами. Эта процедура включает в себя три стадии судебных разрешений на продолжении действий в рамках подаваемого, а затем поданного производного иска. В том числе она включает в себя предварительное рассмотрение судом заявления истца о разрешения продолжение действий, связанных с подачей иска, и представление доказательств по делу, а также целый ряд других последовательных действий. Отмечается понятность этих процедур и направленность их на недопущение необоснованных корпоративных конфликтов и дестабилизации бизнеса компаний[2].

[1] Chivers, Shaw, Bryant and Staynings. The Law of Majority Shareholder Power: Use and Abuse. Second Edition. OXFORD University Press. 2017. - 256 p. - C. 212-214.
[2] Chivers, Shaw, Bryant and Staynings. The Law of Majority Shareholder Power: Use and Abuse. Second Edition. OXFORD University Press. 2017. - 256 p. - C. 217-236.

Вышеизложенное позволяет сделать три вывода, имеющих значение для дальнейшего развития и совершенствования казахстанского законодательства, регулирующего корпоративные отношения.

Первый вывод заключается в том, что возможность подачи производных исков миноритарными акционерами о возмещении компании ее корпоративными должностными лицами вреда, причиненного их неправомерными действиями в процессе ведения ими дел компании, не только признается в законодательстве стран общего права, но все необходимые моменты, связанные с подачей и судебным рассмотрением таких исков, детально регламентируются законом, и такое регулирование совершенствуется. При этом такое регулирование полностью отвечает целям корпоративного законодательства – создание надлежащего и сбалансированного правового поля, позволяющего осуществлять предпринимательскую деятельность в организационно-правовых формах компаний и защищать интересы участников / акционеров компаний и их инвесторов от злоупотреблений со стороны контролирующих акционеров, миноритарных акционеров и должностных лиц самой компании (в зависимости от обстоятельств конкретного дела).

Второй вывод направлен на подтверждение того, что и в юрисдикциях писаного права, и в странах Гражданского кодекса в той или иной степени воспринимается концепция производных исков в корпоративных отношениях. В каждом правопорядке находятся собственные решения по этому вопросу как по содержанию, так и по вопросу о надлежащем правовом источнике. Такое восприятие этого института может свидетельствовать об эффективности законодательного признания производных исков как инструмента защиты прав акционеров компании, а также целесообразности адекватного регулирования соответствующих процедурных моментов.

И, наконец, следует отметить, что казахстанский Закон об АО предусматривает возможность подачи производных исков, закрепляя это право за любым акционером, обладающим самостоятельно или объединившись с другими акционерами не менее пяти процентов голосующих акций АО. Вместе с тем, игнорируется тот факт, что право на производный иск является

правом миноритарного или иного, не являющегося крупным, акционера, ибо контролирующий акционер обладает всей полнотой полномочий по привлечению к ответственности должностных лиц компании за счет возможностей по созыву и проведения общих собраний акционеров (то есть без каких-то исключений относительно условий и порядка принятия корпоративных решений в акционерном обществе). Кроме того, предоставленное право на производный иск не согласовано с задачей предотвращения корпоративных конфликтов и злоупотребления правами акционера или полномочиями должностных лиц: отсутствие необходимых законодательно установленных процедур способствует дестабилизации деятельности компаний и ущемлению правомерных интересов всех категорий субъектов корпоративных отношений.

С учетом изложенного представляется необходимым существенно пересмотреть содержание ст. 63 Закона об АО, включить в Закон об АО модернизированные с учетом иностранного опыта положения об ответственности должностных лиц, а все необходимые процедурные моменты, относящиеся к производству по таким искам, включить в состав ГПК[1]. Следует отметить, что п. 1 ст. 47 ГПК уже предусматривает возможность подачи иска одним лицом в защиту нарушенных или оспариваемых прав и свобод, законных интересов другого лица, которая осуществляется в порядке, предусмотренном в ГПК. С учетом этого представляется целесообразным одновременно с совершенствованием соответствующих положений Закона об АО, касающихся возможности и условий для подачи исков в интересах акционерного общества его акционерами, также соответствующие процедурные моменты регламентировать в ГПК. В данном случае более привлекательным (и соответствующим традициям казахстанского права и применяемой в нем юридической технике) представляется опыт законодательства США, где соответствующие процедурные вопросы регулируются именно в законе, регламентирующем гражданский процесс, нежели опыт немецкого и английского законодательства, где и материальные

[1] Кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями) //https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34329053 (дата обращения 28.01.2019).

и процессуальные вопросы регулируются в законе об акционерных обществах / акте о компаниях.

§8. О некоторых аспектах внедоговорной ответственности в сфере корпоративных отношений

1. Корпоративные отношения как отношения, связанные с учреждением юридических лиц корпоративного типа (корпораций), осуществлением прав членства в корпорации, а также управлением и ведением дел корпорации, являются гражданско-правовыми отношениями. В казахстанском праве пока еще ведутся дискуссии о содержании этого понятия, и только на уровне обсуждаемых концепций совершенствования гражданского законодательства обоснованно предлагаются законодательная регламентация понятия корпоративных правоотношений, установление в законе оснований возникновения прав и обязанностей в сфере корпоративных отношений, отражение в правовых нормах концепции корпорации и классификации организаций корпоративного типа (хотя и предлагаемые решения нуждаются в доработке)[1]. Но в российском законодательстве уже закреплено легальное определение корпоративных отношений как «отношений, связанных с участием в корпоративных организациях или с управлением ими», а корпоративные организации (корпорации) определены как «юридические лица, в отношении которых их участники имеют корпоративные права», и в которых их «учредители (участники) обладают правом участия (членства) в них и формируют их высший орган» (общее собрание участников)[2].

В литературе отмечается, что «в юридической науке существует множество мнений по поводу того, кто может быть

[1] См. Проект Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права // http://www.iz.adilet.gov.kz/sites/default/files/upload-files/koncepciya_implementaciya_1_.pdf (31.05.2017).

[2] См. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. / Принят Государственной Думой Российской Федерации 21 октября 1994 г. П.1 ст. 2, п.3 ст. 48 и п. 1 ст. 65.1 (с учетом изменений согласно Федеральному закону от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ, вступивших в силу с 1 марта 2013 г.) // http://base.garant.ru/10164072/1/#block_1001; http://base.garant.ru/10164072/1/#block_1004 (26.04.2017).

субъектами корпоративных правоотношений», перечисляется целый ряд соответствующих точек зрения; причем, если полную поддержку вызывает вывод о том, что «органы АО не являются субъектами гражданского права»[1], то не во всех случаях можно согласиться с позицией о «недопустимости признания субъектами должностных лиц органов юридического лица»[2]. В частности, самостоятельное регулирование правового статуса должностного лица акционерного общества (АО) и возложение на него не только обязанности надлежащего управления обществом, но и ответственности (в том числе, в ряде случаев - имущественной) за нарушение этой обязанности представляется достаточным основанием для признания за каждым корпоративным должностным лицом самостоятельной правосубъектности в качестве участника корпоративных правоотношений.

В связи с этим, представляется вполне однозначным и обоснованным рассматривать в качестве участников корпоративных отношений учредителей и не являющихся учредителями членов корпорации, саму корпорацию и ее должностных лиц (как этот термин определяется казахстанскими законами об АО и о товариществах с ограниченной ответственностью (ТОО)).

2. Несомненно, что в орбиту корпоративных отношений вовлекаются и третьи лица, поведение которых обеспечивает или влияет на правомерность и/или непрерывность деятельности корпораций в силу одного из следующих (или нескольких одновременно) обстоятельств: (а) в рамках реализации гражданско-правовых отношений с корпорацией (как, например, регистратор АО и некоторые категории аффилированных лиц АО, связанных с обществом договором); (б) в силу непосредственного действия законодательных установлений (как, например, некоторые категории аффилированных лиц АО или ТОО, связанные с ним не договором, но в силу иных обстоятельств гражданско-правовой природы, как, например, родственные по крови или близкие по свойству отношения, а также корпоративные или трудовые отношения с другими

[1] См. Жорнокуй Ю.М. Цивилистическая основа реализации субъективного корпоративного права: монография. - Харьков: Золота миля, 2012. - 186 с. - С. 72-73, 77.
[2] Там же. С. 246.

аффилированными лицами данного АО или ТОО); (в) в связи с реализацией контрольных или надзорных функций в отношении корпорации (прежде всего, со стороны государства, но также и со стороны негосударственного регулятора в лице, в первую очередь, фондовой биржи), или (г) на основании судебного постановления либо административного акта в связи с принудительной реорганизацией или ликвидацией корпорации (к примеру, реабилитационный или банкротный управляющий либо иной соответствующий администратор). Это, конечно же, относится к коммерческим корпорациям, которые согласно казахстанскому законодательству могут создаваться в организационно-правовых формах акционерного общества и товарищества с ограниченной ответственностью.

Можно дискутировать о том, насколько упомянутые третьи лица могут признаваться участниками корпоративных отношений (с учетом того, что практически все из них обладают вполне определенными правами и обязанностями по отношению к корпорации или членам корпорации), однако рамки настоящего доклада не оставляют места для этой дискуссии и изложения соответствующих аргументов. Вместе с тем, отметим, что возможным решением может быть (по аналогии с разделением понятий «стороны обязательства» и «участники обязательства» согласно стст. 269 и 270 ГК), относительно каждой отдельной корпорации, разделить стороны в данном корпоративном правоотношении (включая корпорацию и ее членов, а в хозяйственных обществах - также их корпоративных должностных лиц) и участников корпоративных отношений, сложившихся по поводу данной корпорации (включая указанные стороны и вышеупомянутых третьих лиц). Такое решение позволит, помимо согласования важных аспектов методологического свойства, должным образом соотнести концепции гражданского материального и процессуального права, сопоставить их друг с другом. В том числе, это также поможет обосновать содержание понятия «корпоративные споры», отраженное в п. 1 ст. 27 ГПК[1], которое включает перечисленных субъектов (включая третьих лиц в отношениях между корпорацией и ее членами, а также между корпораций и

[1] См. Кодекс от 31 октября 2015 г. № 377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан».

ее должностными лицами) в круг лиц, которые могут выступать сторонами в корпоративных спорах.

С учетом изложенного, особенности внедоговорной ответственности в области корпоративных отношений излагаются ниже исходя из того, что бесспорными участниками корпоративных (гражданско-правовых) отношений применительно к каждой отдельной корпорации являются, как отмечено выше, члены корпорации и сама корпорация, а также ее должностные лица в качестве субъектов, которые в силу законодательно установленных требований ответственны за управление ею и ведение ее дел.

При этом в настоящем докладе вопросы внедоговорной ответственности в сфере корпоративных отношений, складывающихся по поводу создания и деятельности корпораций, основанных на полной субсидиарной ответственности ее участников (товарищей) по долгам товарищества и их ответственности за ведение дел товарищества, затрагиваются, только если это специально оговаривается. Это обусловлено тем, что из сферы корпоративных отношений относительно таких корпораций, возникающих и реализующихся только во взаимоотношениях между участниками товарищества, выпадает такая группа участников, как должностные лица. В соответствии с законодательством Казахстана такие корпорации могут создаваться в организационных формах полного товарищества или коммандитного товарищества, а сторонами в соответствующих корпоративных отношениях являются только упомянутые товарищи и (поскольку таковые признаются юридическими лицами) сами эти хозяйственные товарищества, а в коммандитных товариществах - также вкладчики (коммандитисты).

3.Внедоговорными обязательствами являются любые обязательства, не вытекающие из гражданско-правового договора, но основанные на других юридических фактах (не являющихся договорами), перечисляемых в ст. 7 ГК и предусмотренных в ст. 271 ГК[1]. Как обоснованно подчеркивается в научных публикациях, «существует многообразная группа

[1] См. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть от 27 декабря 1994 г. и Особенная часть от 1 июля 1999 г.), с изменениями и дополнениями.

обязательств, основой возникновения которых служат различные юридические факты, но не договор»[1].

Так, в сфере корпоративных отношений одним из основных юридических фактов должно быть признано решение общего собрания участников (акционеров) корпорации, на основании которого, в частности, возникают права и обязанности корпоративных должностных лиц перед корпорацией, ненадлежащее осуществление или неисполнение (ненадлежащее исполнение) которых, однако, во многих ситуациях служит основанием для их привлечения к имущественной ответственности за ущерб, причиненный корпорации их действиями или бездействием в процессе управления ею, осуществленными в нарушение указанных обязанностей или в результате ненадлежащего осуществления их правомочий по ведению дел корпорации. В данном случае заслуживает полной поддержки и развития мнение М.К. Сулейменова о том, что «решения общих собраний, несомненно, порождают гражданско-правовые отношения», что заслуживает закрепления в казахстанском ГК[2]. Кроме того, и содержание прав и обязанностей субъектов корпоративных отношений, как правило, обусловливается содержанием закона и/или устава каждой отдельной корпорации, и в отношении хозяйственных обществ, особенно АО, соответствующее законодательное регулирование является преимущественно императивным.

В сфере корпоративных отношений могут возникать и реализовываться практически все предусмотренные в ГК виды внедоговорных обязательств. Однако с учетом особенностей субъектного состава и оснований возникновения корпоративных отношений, а также целей и задач правового регулирования корпоративных отношений такие обязательства могут реализовываться с определенной спецификой юридического характера.

---

[1] См. Беляева О.А. Кросс-корреляция торгов и заключенного на них договора. - https://www.zakon.kz/4864114-kross-korreljacija-torgov-i.html#_ftn1 (16.06.2017).

[2] См. Сулейменов М.К. Гражданское законодательство Республики Казахстан и других постсоветских стран: прошлое, настоящее, будущее // Гражданское законодательство Республики Казахстан и других постсоветских стран: прошлое, настоящее, будущее: Материалы междунар. научно-практ. конф., посвященной 75-летию академика НАН РК, д.ю.н., профессора Сулейменова М.К. (Алматы, 29-30 сентября 2016 г.)» / Отв. ред. Сулейменов М.К. - Алматы: НИИ частного права Каспийского университета, Казахстанский Международный Арбитраж, 2017. - 728 с. + 8 с. вклейки. - С. 30.

4. О договорных и конкурсных обязательствах в сфере корпоративных отношений. Безусловно, любая корпорация участвует в деловом обороте, вступая в договорные отношения со своими контрагентами (поставщиками, потребителями, партнерами и т.п.). В том числе, заключаются договоры по результатам проводимых тендеров; не являются необычными для корпорации и другие конкурсные обязательства. Однако таковые являются нормальными для любого юридического лица. Но для АО такие отношения возникают и реализуются с учетом особых требований относительно контроля конфликта интересов при осуществлении его сделок со связанными лицами и наличия у них заинтересованности в совершении таких сделок обществом[1]. И именно в этой сфере отношений проявляются особенности возникновения внедоговорных обязательств (в частности, крупных акционеров, корпоративных должностных лиц и иных аффилированных лиц корпорации) и ответственности по ним.

5. О неосновательном обогащении (сбережении имущества) в корпоративных отношениях. В свою очередь, представляется, что не существует каких-то принципиальных особенностей в регулировании обязательств вследствие неосновательного обогащения («*unjust enrichment*») в сфере корпоративных отношений, за исключением, быть может, случаев выплаты дивидендов на основании недействительного корпоративного решения либо в отсутствие такового. Однако в подобных ситуациях основная задача заключается в доказывании отсутствия на момент такой выплаты соответствующего правового основания, что представляется задачей, подлежащей решению, хотя в данном случае и на основе норм акционерного законодательства, не только в отношениях с участием корпорации или ее членов.

В то же время, отдельным основанием для иска из неосновательного обогащения может служить невыплата начисленных или объявленных к выплате дивидендов со стороны АО (особенно, когда такая выплата должна быть осуществлена ценными бумагами АО): удержание невыплаченными сумм

[1] См. о регулировании таких сделок более подробно: Карагусов Ф.С. Об осуществлении акционерным обществом сделок, в которых имеется заинтересованность, по законодательству Республики Казахстан: анализ действующих норм и возможности их совершенствования // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34111626 (07.03.2017).

таких дивидендов (или непереданных акционерам в качестве дивидендов соответствующих ценных бумаг АО) составляет сумму (имущество) неосновательного обогащения АО, которая(-ое) может быть истребована(-о) управомоченными на получение дивидендов акционерами в соответствии со стст. 953 - 960 ГК.

Закон об АО[1] не содержит специальных правил в связи с такой ситуацией. Однако, очевидным является то, что основанием для требования о выплате дивидендов является либо решение общего собрания акционеров о выплате дивидендов по простым акциям (п. 1 ст. 22 и п. 1 ст. 23 Закона об АО), либо содержание проспекта выпуска и законодательные положения ст. 24 Закона об АО относительно выплаты дивидендов по привилегированным акциям. Единственное последствие неисполнения обязанности по выплате дивидендов непосредственно указано в ст. 13 Закона об АО, согласно которому если дивиденд по привилегированной акции не выплачен в полном размере в течение трех месяцев с даты истечения срока для его выплаты. В связи с этим для истребования подлежащих выплате сумм дивидендов предъявление иска к АО из неосновательного сбережения имущества подлежат применению именно указанные выше статьи ГК, а приобретение привилегированным акционером права голоса в случае, предусмотренном в п/п. 3 п. 4 ст. 13 Закона об АО, не может рассматриваться как исключающее право на соответствующий иск.

Следует также принимать во внимание то, что согласно п. 1 ст. 22 Закона об АО право требовать выплаты дивидендов по простым акциям возникает на основании решения общего собрания акционеров (как и, в силу п. 1 ст. 24 Закона об АО, выплата дивидендов по привилегированным акциям в размере дивиденда по простым акциям, когда его сумма превышает гарантированный размер дивиденда по привилегированным акциям) основывается именно на решении общего собрания, а не на каком-то договоре между АО и его акционером. В связи с этим неисполнение или ненадлежащее исполнение обществом обязанности по выплате объявленных/начисленных дивидендов является основанием для возникновения у АО внедоговорной

[1] См. Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 г. № 415-II «Об акционерных обществах», с изменениями и дополнениями.

имущественной ответственности и предоставляет акционеру право на предъявление именно иска из неосновательного обогащения (сбережения) имущества.

6. Можно попытаться выделить особенности в регулировании действий в интересах корпорации без поручения (*«negotiorum gestio»*) применительно к поведению ее должностных лиц. Однако в случаях хозяйственных обществ (АО, ТОО) это направление анализа представляется малоперспективным для целей законодательного развития, поскольку общими принципами являются то, что, во-первых, управление ими и ведение их дел осуществляется посредством актов и под ответственность их избранных или назначенных органов (ст. 37 ГК) - совета директоров или наблюдательного совета и исполнительного органа, соответственно[1], и во-вторых, любое юридическое лицо несет ответственность перед третьими лицами по обязательствам, принятым органом юридического лица с превышением его полномочий, установленных учредительными документами (п. 4 ст. 44 ГК), а также возмещает вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей (п. 1 ст. 921 ГК).

Применительно же к хозяйственным товариществам, в которых управление их деятельностью изначально является полномочиями и обязанностью их участников, а пределы полномочий всех товарищей и/или каждого отдельного товарища могут определяться учредительным договором, особенности регулирования таких действий могут быть заметно существеннее (что на данный момент не является фактом казахстанского законодательства). Этот аспект заслуживает отдельного и детального рассмотрения. Однако с учетом, во-первых, специфики правового регулирования хозяйственных товариществ в казахстанском праве и, во-вторых, непопулярности таких организационных форм на практике, этот вопрос оставим без дальнейшего рассмотрения в рамках

[1] Это следует из содержания определенных законодательных установлений (например, стст. 62 и 63 Закона об АО), хотя и не закрепляется в законе с целесообразной в этом случае однозначностью. В авторитетных научных источниках также указывается, что органами юридического лица являются правление, директоров, совет директоров и т.п., в то время как общее собрание участников органом юридического лица не является (см. Сулейменов М.К. Цит. соч. С. 30).

настоящего доклада (в том числе ввиду ограничений, связанных с допустимым объемом доклада).

С учетом вышеизложенного, в настоящем докладе далее обращается внимание только на пять случаев внедоговорных обязательств в сфере корпоративных отношений, которые вытекают из причинения вреда, несоблюдения норм закона или из иных фактических обстоятельств, не являющихся договором. Это: (1) ответственность перед корпорацией за формирование ее уставного капитала; (2) ответственность акционера по обязательствам / долгам корпорации, (3) ответственность корпорации за вред, причиненный ее работниками, (4) ответственность корпоративных должностных лиц за ненадлежащее управление корпорацией и ведение ее дел, с одной стороны, и за вред, причиненный корпорации в результате ненадлежащего управления, с другой стороны, и (5) ответственность АО перед акционерами за надлежащее раскрытие информации. При этом обзор и анализ соответствующей судебной практики по этим вопросам оставляются за пределами доклада.

7. О внедоговорной ответственности перед корпорацией при формировании ее уставного капитала. Сразу оговоримся, что этот вопрос выделяется только в связи с тем, что современное казахстанское законодательство основывается на том, что юридическое лицо считается созданным с момента его государственной регистрации (п. 3 ст. 42 ГК). При этом, к моменту государственной регистрации уставный капитал корпорации может быть не оплаченным или не полностью оплаченным, поскольку, во-первых, согласно п. 2 ст. 11 Закона об АО допускает полная оплата заявленного учредителями к оплате размера уставного капитала в течение тридцати дней с даты государственной регистрации АО, а, во-вторых, допустимая продолжительность срока внесения вкладов в уставный капитал ТОО определена в один год со дня регистрации товарищества (п. 1 ст. 24 Закона о ТОО)[1]. То есть законом допускается существование (хоть и кратковременное) капитального общества как корпорации без сформированного уставного капитала.

[1] См. Закон Республики Казахстан от 22 апреля 1998 г. № 220-I «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», с изменениями и дополнениями.

Как отмечено выше, основаниями возникновения корпоративных отношений являются различные юридические факты. В частности, основанием приобретения прав членства в корпорации, прежде всего, является учредительный договор: на основании него возникают сама корпорация, права и обязанности ее учредителей по формированию ее имущества и/или капитала (в зависимости от вида корпорации). Права членства в корпорации также могут приобретаться, отчуждаться или иным образом прекращаться на основании других гражданско-правовых договоров (например, купли-продажи, дарения), иной передаче (например, при распределении имущества, оставшегося после ликвидации юридического лица), в силу правопреемства при наследовании по закону или завещанию либо в случае реорганизации юридического лица.

В большинстве случаев (за исключением АО) учредительный договор также является основанием для осуществления соответствующих прав членства в учрежденной организации в отношениях между его сторонами.

В этой связи заслуживает упоминания то обстоятельство, что в упомянутой выше Концепции совершенствования казахстанского законодательства предлагается предусмотреть регулирование корпоративных или акционерных соглашений в качестве «инструмента, позволяющего эффективно регулировать отношения между акционерами (членами), организовать управление компанией, предусмотреть пути разрешения конфликтных ситуаций», который может использоваться для того, чтобы «юридически обеспечить согласованный его участниками баланс экономических интересов». В настоящее время ГК не предполагает регулирование внутренних отношений участников хозяйственного товарищества иным образом, кроме как содержанием учредительного договора (п. 6 ст. 41). В то же время Закон об АО, хотя и не препятствует заключению акционерами соглашений по вопросам осуществления ими корпоративных правомочий в отношении общества, но в принципе основан на том, что правовой статус акционера определяется именно этим законом и уставом АО, а потому какие-либо изменения этого статуса (в целях обеспечения публичности, стабильности и предсказуемости деятельности АО) Законом не поощряются. Такой подход представляется

обоснованным и соответствующим лучшим современным законодательным моделям корпоративного управления, а внедрение концепции корпоративных договоров не должно противоречить общепризнанным целям такого регулирования.

Таким образом, учредительный договор является основанием для взаимоотношений между учредителями (участниками) хозяйственного товарищества (включая и казахстанское ТОО, товарищество с дополнительной ответственностью, полное и коммандитное товарищества), но не основанием для правоотношений учредителей (участников) с самим товариществом. И, к сожалению, недавние изменения, внесенные в п. 1 ст. 41 ГК согласно Закону от 27 февраля 2017 г., не придали должной адекватности соответствующим законодательным положения, поскольку учредительный договор (а тем более - решение единственного учредителя) об учреждении юридического лица не может служить юридической основой деятельности такого юридического лица[1].

Поэтому учредительный договор и не может создавать прав и обязанностей не являющейся его стороной корпорации в ее отношениях с ее участниками. В соответствии с учредительным договором его стороны обязуются друг перед другом сформировать имущество (капитал) корпорации, и если кто-то из учредителей не исполнит своей обязанности по внесению своего вклада, эта обязанность исполняется другими учредителями за счет перераспределения доли участия неисполнившего учредителя между собой, либо объявленный размер уставного капитала соразмерно уменьшается (но в любом случае, учредитель, не исполнивший свою обязанность внесения вклада, не приобретает и прав членства в отношении данной корпорации). При этом корпорация не вправе требовать от учредителя внесения вклада в соответствии с учредительным договором, она должна только принять вклад в силу закона в

[1] См. Закон от 27 февраля 2017 г. № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» // Казахстанская правда от 1 марта 2017 г. № 42.

соответствии с порядком, определенным в учредительном договоре[1].

Однако нарушение данного обязательства по учредительному договору может обусловить возникновение у учрежденной корпорации убытков. В этом случае у нарушившего лица может возникнуть внедоговорное, но основанное на норме закона, обязательство по возмещению корпорации убытков, понесенных ею в связи с таким нарушением, ибо, например, само ТОО (уполномоченное требовать такое возмещение) не является стороной учредительного договора. В п. 3 ст. 24 Закона о ТОО прямо предусмотрено, что «участник, не внесший в срок свою долю, обязан возместить товариществу убыток, а также, если иное не предусмотрено учредительным договором или уставом товарищества, неустойку в соответствии со ст. 353 Гражданского Кодекса Республики Казахстан (общая часть)». Предусмотренная этой нормой Закона о ТОО возможность требовать уплаты неустойки должна восприниматься как основанная именно на законе, и учредительный договор не должен в этом случае рассматриваться в качестве основания для ТОО требовать уплаты неустойки. В то же время, думается, однако, что на основании учредительного договора его стороны также вправе требовать уплаты неустойки в пользу ТОО.

Аналогичный режим может применяться и в вопросах формирования первоначального (во всяком случае, в минимальном размере) уставного капитала АО, поскольку сроки его формирования, как и закрепление оплаты акций акционером в качестве его безусловной обязанности, установлены на законодательном уровне (стст. 15-18 Закона об АО). Однако, думается, что у АО на основании п. 2 ст. 11 Закона об АО возникает право требовать от своих учредителей предварительной оплаты акций его учредителями хотя бы в сумме минимального размера уставного капитала, и это право требования, хотя и обусловленное учредительным договором, основывается на законодательном установлении, а значит, соответствующее обязательство учредителей именно перед АО является внедоговорным.

[1] См. п. 7 ст. 4 Закона Республики Казахстан от 2 мая 1995 г. № 2255 «О хозяйственных товариществах», с изменениями и дополнениями, а также п. 2 ст. 24 Закона о ТОО и п. 1 ст. 7 Закона об АО.

Более того, поскольку акция является особым видом объектов гражданских прав, который при первичном размещении может быть передан оплатившему учредителю только самим АО, то у АО непосредственно из этого отношения может возникать право требовать и оплаты акции, и (в соответствии со ст. 350 ГК) возмещения убытков, вызванных неоплатой или ненадлежащей оплатой за акции. Однако, для внесения ясности в регулирование этого вопроса и устранения препятствий для применения такого режима необходимо изменить концепцию нашего закона, ибо, с одной стороны, обязанность по оплате акций возлагается на акционера (ст. 15 Закона об АО), а с другой стороны, не оплативший акцию учредитель акционером еще не является, так как без такой оплаты акции не могут быть зачислены на его лицевой счет в системе реестров держателей акций соответствующего АО, а без регистрации в этой системе реестров он не может считаться держателем акции, обладающим правами акционера (п/п. 3) ст. 1 и п. 4 ст. 19 Закона об АО, п/п. 12) ст. 1 Закона о рынке ценных бумаг[1]). Очевидно, более целесообразным является возложение обязанности по надлежащей оплате акций на учредителя АО.

Вместе с тем, при размещении последующих выпусков акций (по подписке ли, либо посредством аукциона), соответствующие обязательства возникают из договоров инвесторов (как и участвующих в таком размещении акционеров АО) непосредственно с самим АО, и вытекающие из факта неоплаты обязательства являются уже договорными (хотя при фактическом исполнении сторонами или одной из сторон в отсутствие действительного или совершенного договора может возникнуть и основание для иска о неосновательном обогащении).

В силу специфики правовой природы отношений в полных и коммандитных товариществах, управление которыми осуществляется самими товарищами, учредительный договор вполне может быть основанием для принуждения неисполняющего свои обязанности участника, в том числе по внесению вклада в имущество товарищества, но сами участники товарищества в данном случае в интересах управляемого ими

[1] См. Закон Республики Казахстан от 2 июля 2003 г. № 461-II «О рынке ценных бумаг», с изменениями и дополнениями.

товарищества и будут правомочными на такое принуждение в рамках договора (включая требование возмещения убытков в пользу товарищества.

8.Особым является регулирование случаев, при которых участник корпорации отвечает по ее обязательствам или может нести ответственность по ее долгам перед третьими лицами в отсутствие договора между корпорацией и такими третьими лицами, но в силу законодательных установлений. Учитывая самостоятельную правосубъектность корпорации как юридического лица, ее участники / акционеры не являются стороной в договорных и иных обязательственных отношениях корпорации с ее контрагентами.

Вместе с тем, в исключительных случаях, предусмотренных в ГК, иных законодательных актах или уставе самой корпорации, ее участники могут быть ответственными по ее обязательствам, в том числе за ее долги. Такая ответственность возникает не в силу договора, а в силу законодательного регулирования, которое применяется в конкретных фактических обстоятельствах, не урегулированных договором между членом(-ами) корпорации и ее кредитором(-ами). Соответственно, обязательство участника/акционера корпорации перед контрагентами/кредиторами последней также является внедоговорным.

В частности, речь идет о субсидиарной ответственности участника/акционера по долгам корпорации-банкрота, если это банкротство вызвано действиями участника/акционера, а у корпорации недостаточно средств для удовлетворения требований ее кредиторов (п. 3 ст. 44 ГК). Аналогичные положения, применимые при наличии отношений «основная организация - дочерняя организация», регулируются в п. 2 ст. 94 ГК, согласно которому основная организация, имеющая право давать своей дочерней организации обязательные для нее указания, отвечает субсидиарно с ней по сделкам, заключенным дочерней организацией во исполнение таких указаний основной организации. Кроме того, основная организация несет субсидиарную ответственность по долгам своей дочерней организации - банкрота, если это банкротство возникло по вине основной организации.

При этом необходимо понимать, что в корпоративных отношениях действия участника корпорации, в том числе виновные, могут реализовываться только в форме принятия корпоративных решений в рамках компетенции общего собрания участников/акционеров. В хозяйственных обществах (АО и ТОО), основанных на разделении участия в корпорации от управления ею, осуществляемого под ответственность ее органов, надлежащим образом созданных общим собранием участников/акционеров корпорации, последние ограничены в «наборе средств» правомерного оказания влияния на корпорацию, и могут оказывать его только через участие в надлежащим образом созванных и проведенных общих собраниях. В случаях, когда влияние на органы хозяйственного общества или его должностных лиц оказывается иными способами (иным образом), возникают основания полагать высокую вероятность фактов ненадлежащего управления обществом или ведения его дел со стороны его органов либо злоупотребления со стороны участника (акционера) своим положением в качестве контролирующего лица общества.

В связи с этим еще раз обращает на себя внимание предложение о внедрении в казахстанское законодательство концепции корпоративных (акционерных) соглашений. В данном случае особое внимание следует обратить на допустимые пределы законодательной регламентации содержания и объема регулирования такими соглашениями соответствующих отношений. В частности, не возникает возражений в связи с предложением допустить согласование акционерами условий реализации ими прав акционеров (голосование на общем собрании, согласованная продажа акций или приобретение дополнительно выпускаемых акций данного АО, номинированию кандидатов в состав органов АО и т.п.). Однако недействительными должны быть любые положения акционерного соглашения, относящиеся к условиям и порядку принятия решений советом директоров или исполнительным органом АО, поскольку акционеры не могут вмешиваться в сферу компетенции органов, управляющих обществом и ведущим его дела под свою ответственность. В связи с этим критически должно быть оценено содержание п.4 ст.36 и п.4 ст.53 Закона об АО, а его положения об ответственности должностных лиц АО

целесообразно совершенствовать с ориентированием на восприятие современных моделей корпоративного управления, существующих в таких развитых юрисдикциях, как, например, пространство Европейского Союза.

В любом случае, возникающие в результате применения упомянутых статей ГК отношения между участниками корпорации и ее кредиторами не основываются на договоре и поэтому являются внедоговорными, подлежащими специальному регулированию. В частности, отношения, существующие в связи с созданием дочерней организации любой корпорации, подлежат регламентации в рамках специального законодательства о корпоративных группах, которое в современном праве Казахстана остается неразвитым (фактически отсутствует). В связи с этим полную поддержку вызывает предложенная в вышеупомянутом проекте Концепции совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права разработка основ «холдингового законодательства» (с надеждой на то, что этот вопрос будет решен с учетом генезиса, структуры и содержания казахстанской системы частного права, без внесения дисбаланса существующих и воспринимаемых правовых институтов и юридических концепций).

9. Об особенностях регулирования обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, в сфере корпоративных отношений. В данном случае соответствующее обязательство корпорации, бесспорно, является внедоговорным, и применению подлежат общие положения, закрепленные в ст.ст. 917, 918, 921, 924, 931-935 ГК, а также ряд специальных положений, регулирующих вопросы возмещения вреда в отдельных случаях. Подробное рассмотрение этих вопросов в рамках данного доклада невозможно. Но представляется важным обратить внимание на необходимость совершенствовать содержание ст. 921 ГК об ответственности юридического лица за вред, причиненный его работником.

В частности, применительно к хозяйственным обществам с уставным капиталом нормы ст. 921 ГК формально не должны распространяться на соответствующие последствия действий членов совета директоров АО, поскольку предусматривает возмещение юридическим лицом вреда, причиненного

гражданином, которое связано с ним, пусть не трудовым, но и гражданско-правовым договором, на основании которого этот гражданин исполнял бы задание юридического лица. Это обосновывается тем, что член совета директоров, чей такой статус возникает и прекращается на основании корпоративного решения, не просто не является работником корпорации, но и в качестве именно члена совета директоров не связан с ней и гражданско-правовым договором, ибо права и обязанности директора регулируются только законом и уставом соответствующей корпорации.

Кроме того, направленность этой статьи предполагает регулировать возмещение вреда, причиненного в результате проведения каких-то работ от имени юридического лица, в то время как деятельность совета директоров (и, соответственно, действия его членов) заключается в проведении заседаний совета директоров, рассмотрении вопросов повестки дня таких заседаний и принятии корпоративных решений очным или заочным голосованием (ст.ст. 57 и 58 Закона об АО). Гипотетическое участие члена совета директоров в фактической деятельности корпорации, особенно при проведении каких-то работ, в ходе которых третьему лицу может быть причинен имущественный вред, целесообразно рассматривать как то, что такой директор действовал не в связи исполнением его обязанностей в качестве должностного лица корпорации, а значит, под свою собственную ответственность. Таким образом, объективных оснований полагать, что действиями члена совета директоров лицу может быть причинен моральный вред, за возмещение которого могла бы отвечать соответствующая корпорация, не усматриваются.

Отдельного внимания заслуживает вторая часть п. 2 ст. 921 ГК, которая возлагает на юридические лица корпоративного типа (хозяйственные товарищества, АО, производственные кооперативы) обязанность возмещения вреда, причиненного их участниками (членами корпорации) при осуществлении ими предпринимательской, производственной или иной деятельности соответствующей корпорации. Такое регулирование представляется обоснованным только в том случае, когда речь идет о корпорации, не обладающей самостоятельностью в качестве субъекта права. Таковыми могут быть товарищества

(партнерства), основанные на объединенных усилиях и/или имуществе его создателей, которые своими действиями фактически осуществляют согласованную ими деятельность под свою полную солидарную ответственность.

В частности, казахстанское законодательство допускает осуществление совместной хозяйственной деятельности на основании договора простого товарищества и однозначно закрепляет, что простое товарищество юридическим лицом не является (ст.ст. 228 - 232 ГК). Применительно к таким простым товариществам распространение действия части второй ст. 921 ГК было бы обоснованным.

Однако это законодательное установление установлено в отношении именно юридических лиц и их участников. Оно в определенной степени может применяться в случаях, когда дело касается осуществления хозяйственной деятельности полного или коммандитного товарищества либо производственного кооператива (даже с учетом их самостоятельной правосубъектности) усилиями их участников/членов, ответственных за ведение их дел и несущих субсидиарную ответственность по обязательствам товарищества/кооператива. Непосредственное участие членов производственного кооператива в его деятельности прямо предполагается законодательством (п. 1 ст. 96 ГК). Создание полных и коммандитных товариществ на основе, хотя и субсидиарной, но не ограниченной ответственности полных товарищей по долгам и всем обязательствам товарищества (ст.ст. 63, 70 и 72 ГК) также является достаточным основанием для того, чтобы распространять действие рассматриваемой нормы ст. 921 ГК в отношении этих форм хозяйственных товариществ и их полных товарищей.

Вместе с тем, применение этого положения п. 2 ст. 921 ГК в отношении акционерных обществ и товариществ с ограниченной ответственностью, принципом учреждения и деятельности которых является отделение участия в корпорации от управления ею и от ведения ее дел на основе ограничения ответственности членов корпорации по ее обязательствам, представляется необоснованным. Конечно, разделение участия от управления корпорацией не означает невозможности для акционера/участника корпорации вступить в трудовые

отношения с ней и исполнять какую-то трудовую функцию на основании трудового договора, либо осуществлять какие-то работы от имени корпорации по ее заданию и под ее контролем на основании гражданско-правового договора. Но в этом случае такой гражданин будет выступать именно как работник, но не как участник/акционер данной корпорации.

В связи с этим представляется целесообразным корректировать содержание части второй п. 2 ст. 921 ГК с учетом вышеизложенного, в частности, путем исключение из ее содержания указания на АО, ТОО и их участников/акционеров.

10.Основанием возникновения прав и обязанностей должностных лиц корпорации является корпоративное решение. Согласно ст. 36 Закона об АО члены совета директоров избираются общим собранием акционеров АО, а на основании ст. 53 Закона об АО руководитель и члены исполнительного органа АО (либо лицо, единолично исполняющее функции исполнительного органа) избираются решением совета директоров АО. В свою очередь, в ТОО образование его исполнительного органа и, если предусмотрено уставом, формирование его наблюдательного совета, является исключительной компетенцией общего собрания участников ТОО (ст. 43 Закона о ТОО).

При этом в соответствии с п. 2 ст. 59 Закона об АО с членами исполнительного органа общества заключается трудовой договор. А из содержания п. 4 ст. 53 Закона о ТОО следует, что члены исполнительного органа (как и лицо, единолично исполняющее функции такого органа) в ТОО также являются работниками ТОО, с которыми, по общему правилу, подлежит заключению трудовой договор, то есть между ними и ТОО возникают трудовые отношения.

В связи с этим следует отметить публикацию А.Г. Диденко и Е.В. Нестеровой, в которой они анализировали некоторые вопросы имущественной ответственности должностных лиц АО и выделяли две группы отношений между АО и членами его исполнительного органа (единоличным исполнительным органом) - трудовые и «внутрикорпоративные», отмечая при

этом, что «грань, существующая между указанными группами отношений, весьма зыбка и законодательно неопределенна»[1].

Однако, думается, что эта грань все же является более четкой, поскольку именно корпоративное решение является юридическим фактом, порождающим корпоративное правоотношение между АО и избранным на его основе членом правления. Заключение трудового договора является, образно выражаясь, производным юридическим фактом, обусловленным необходимостью обеспечить подчинение соответствующих менеджеров внутреннему трудовому распорядку и трудовой дисциплине, а также возложением на них материальной ответственности за сохранность имущества АО как юридического лица (ст. 123 Трудового кодекса[2]). Трудовой договор не имеет своей целью служить основанием для исполнения обязанностей члена исполнительного органа АО по ведению дел и представлению интересов компании в отношениях с ее контрагентами, как он и не может служить основанием для наступления имущественной ответственности такого члена в случае ненадлежащего управления акционерным обществом и ведения его дел (особенно, при соблюдении соответствующим менеджером трудового договора).

Аналогичные выводы можно сделать и применительно к отношениям между ТОО и членами его исполнительного органа (единоличным исполнительным органом).

Поэтому вполне ясным представляется водораздел между отношениями корпоративными и трудовыми отношениями общества с его менеджерами, и, соответственно, достаточно четко разделяются основания наступления материальной ответственности по трудовому договору и наступления имущественной ответственности за вред, причиненный обществу в результате принятия и/или исполнения корпоративных решений либо представления общества в отношениях с третьими лицами.

В связи с этим также видятся не бесспорными изложенные упомянутыми авторами в вышеназванной статье выводы о том,

[1] См. Диденко А.Г., Нестерова Е.В. Имущественная ответственность должностных лиц акционерных обществ. - http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31242811 (16.05.2017).

[2] См. Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23 ноября 2015 г. № 414-V, с изменениями и дополнениями.

что «отношения между акционерным обществом и его должностными лицами … могут входить в силу законодательных предписаний и по свободному усмотрению самих корпораций в сферу правового регулирования как гражданского, так и трудового законодательства». Представляется, что законодательство не дает особой свободы для корпораций решать, как ей оформлять и реализовывать отношения с ее избранными менеджерами и директорами.

Также безосновательным представляется их мнение о том, что обоснованным является заключение с членами совета директоров гражданско-правовых договоров именно как основание для возникновения у директоров статуса должностного лица АО. Нет сомнений в том, что никакого юридического факта для избрания члена совета директоров и возникновения у него соответствующих правомочий и обязанностей закон не предусматривает и не может предусматривать в силу того, что основополагающим принципом корпоративного права является то, что корпорация управляется под ответственность ее директоров на основе императивных предписаний закона об обществах, что не допускает изменение границ такой ответственности какими-либо договорными конструкциями.

Несмотря на заметно большую диспозитивность законодательных положений, относящихся к управлению деятельностью ТОО, аналогичные выводы могут быть сделаны и применительно к основаниям возникновения отношений между ТОО и членами его наблюдательного совета. Правовым основанием для возникновения у них статуса должностного лица ТОО является исключительно корпоративное решение - решение общего собрания учредителей/участников ТОО, а основанием возникновения у них имущественной ответственности перед ТОО может быть только причинение ущерба ТОО в результате нарушения ими законодательно установленных обязанностей по осуществлению надлежащего контроля за деятельностью исполнительного органа ТОО (п. 6 ст. 57 Закона о ТОО).

11. Затронув вопрос об основании приобретения статуса члена совета директоров АО, представляется целесообразным обратить внимание на особенность казахстанского

законодательства относительно того, как регулируются условия и порядок принятия соответствующего корпоративного решения.

В частности, в п/п. 13) ст. 1 Закона об АО содержится определение понятия «кумулятивное голосование», применение которого предусматривается для избрания членов органов АО. Согласно п/п. 2) п. 1 ст. 50 Закона об АО применение кумулятивного голосования предписывается для избрания членов совета директоров АО, а в п. 2 этой статьи регулируется порядок проведения такого голосования, и закрепляется принцип признания кандидата избранным в состав совета директоров. Кумулятивное голосование является исключением из общего правила голосования на общем собрании акционеров по принципу «одна акция - один голос». Принципиальная разница между этими двумя способами голосования заключается в том, что для принятия решения в соответствии с общим правилом необходимо простое или квалифицированное большинство голосов от общего числа голосующих акций общества (п. 2 ст. 36 Закона об АО). В свою очередь, на основании предусмотренного в п. 2 ст. 36 изъятия из такого общего правила при принятии некоторых решений самим Законом об АО устанавливается (в качестве иного) принятие решения наибольшим количеством голосов, поданным за кандидата в члены совета директоров (п. 2 ст. 50 и п. 3 ст. 54 Закона об АО), то есть без привязки к общему количеству голосующих акций.

Указанное различие в вопросе о значении определенного количества голосов при принятии решений на общем собрании акционеров имеет решающее значение при выяснении того, каково значение законодательного исключения, содержащегося в п. 3 ст. 54 Закона об АО, согласно которому «выборы членов совета директоров осуществляется акционерами кумулятивным голосованием с использованием бюллетеней для голосования, за исключением случая, когда на одно место в совете директоров баллотируется один кандидат». Сложность вызывает вопрос о том, к чему относить указанное исключение.

В связи с этим представляется, что такая ситуация, когда на определенное количество мест претендует такое же количество кандидатов, не должно означать применение в этом случае принципа «одна акция - один голос», поскольку это автоматически повлечет за собой обязательность принятия

решения большинством голосов исходя из его соотношения с общим числом голосующих акций АО. В такой ситуации, во-первых, может случиться так, что совет директоров не будет полностью сформирован в виду того, что за кого-то из кандидатов не будет подано достаточное количество голосов, а во-вторых, это нарушит императивность требования об избрании членов совета директоров кумулятивным голосованием и воспрепятствует реализации основополагающей идеи законодательного закрепления такого правового режима в целях защиты интересов миноритарных акционеров.

Относительно этого в литературе по современному корпоративному праву отмечается, что концепция кумулятивного голосования была реализована в англо-американском праве для целей избрания персонала, обеспечивая возможность адекватного учета воли меньшинства в процессе формирования органов компании и позволяя пропорциональное представительство интересов миноритарных акционеров в сформированных органах. Подчеркивается, что за счет такого способа голосования можно голосовать одновременно за нескольких кандидатов в состав органа компании, а для избрания на каждую отдельную единицу достаточно относительного большинства. При этом, однако, отмечается, что порог для обеспечения такого представительства миноритариев в органе управления компании является довольно высоким, поскольку миноритарные акционеры должны иметь возможность набрать по крайней мере одну треть от всех голосов, поданных за кандидата, чтобы получить такое представительство. В связи с этим этот способ голосования как средство обеспечения интересов миноритарных акционеров рассматривается как имеющее ограниченную практическую важность, и реальная независимость определенных членов совета рассматривается как более эффективный способ защиты интересов миноритариев безотносительно числа представляемых миноритариев. Более того, подчеркивается, что такая система не предусмотрена для использования в законодательстве стран континентальной Европы[1].

[1]См. Roth G., Kindler P. The Spirit of Corporate Law: Core Principles of Corporate Law in Continental Europe. - C.H. Beck, Hart, Nomos, 2013. 190 c. - С. 117 - 118.

В другом авторитетном источнике также указывается, что кумулятивное или пропорциональное (cumulative/proportionate) голосование представляет собой средство защиты интересов миноритариев как простая техника в целях обеспечения представительства миноритарных акционеров в совете. Она позволяет любому акционеру, владеющему голосующими акциями количестве, равном необходимому пороговому значению, избрать одного или нескольких директоров. И здесь также обращается внимание на то, что ни в одной из основных юрисдикций применение кумулятивного голосования не является обязательным: в большинстве наиболее развитых государств правилом является прямое (straight) голосование (то есть по принципу «одна акция - один голос»), а в некоторых государствах (как, например, Германия) кумулятивное голосование вообще запрещено[1].

Что касается казахстанского законодательства, то применение кумулятивного голосования при избрании членов совета директоров является императивным требованием. Принятое с нарушением этого требования корпоративное решение может стать недействительным, а значит, у таким образом избранных членов совета не может возникнуть статус должностного лица АО, соответствующие права и обязанности. Соответственно, подлежит выяснению и вопрос об обоснованности привлечения их к имущественной ответственности перед обществом в соответствии с относящимися к этому положениями Закона об АО.

При всей двусмысленности формулировки п. 3 ст. 54 Закона об АО относительно голосования в случае баллотирования только одного кандидата на одно место в совете, содержащееся в нем исключение не должно рассматриваться как отказ от применения кумулятивного голосования. Но оно может рассматриваться как предполагающее кумулятивное голосование открытым способом без использования бюллетеня, когда кандидат будет считаться избранным в состав совета директоров при подаче за него хотя бы одного голоса (в любом случае без привязки к большинству от общего количества голосующих

[1] См. Kraakman R., Davies P., Hansmann H., Hertig G., Hopt K., Kanda H., Rock E. Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach. - OXFORD University Press, 2004. 231 p. - С. 54 - 56.

акций АО). При таком понимании данного исключения из общего правила о проведении кумулятивного голосования по бюллетеням будет обеспечено формирование совета директоров в полном составе, с одной стороны, и соблюдение защищаемых интересов миноритарных акционеров, с другой стороны.

Вместе с тем, в виду очевидного несовершенства упомянутых норм Закона об АО не вызывает сомнений целесообразность не только простого улучшения их редакции, в том числе с установлением порогового значения, по достижении которого миноритарии могут номинировать кандидата на должность и своим голосованием обеспечивать его избрание, но и принятия принципиального решения о целесообразности сохранения обязательности кумулятивного голосования при формировании персонального состава совета директоров АО.

12. Помимо корпоративного решения основаниями возникновения статуса должностного лица акционерного общества могут служить также судебные постановления или административные акты. Однако они применяются в неординарных случаях оспаривания занятия должности или неполноценности финансового положения самого акционерного общества, в результате чего в отношении него применяются меры принудительного оздоровления или прекращения деятельности. Нормальным основанием возникновения корпоративных отношений между АО и его директором (членом совета директоров) или менеджером (членом исполнительного органа) является соответствующее корпоративное решение (решение общего собрания акционеров / членов корпорации или ее коллективного органа управления).

Таким образом, орган управления, наблюдательный и исполнительные органы формируются за счет избрания или назначения (в зависимости от конкретных обстоятельств), нормальным из которых является лишь избрание на основе решения собрания или иного соответствующего корпоративного решения, а назначение судебным постановлением или административным актом о назначении возможно в чрезвычайных обстоятельствах, как отзыв лицензии, судебного признания банкротом, введение внешнего управления и тому подобное) их членов, что в целом соответствует правовой концепции органа юридического лица, отраженной в ст. 37 ГК.

13. В соответствии со стст. 33, 35-37 ГК юридическое лицо как самостоятельный субъект права приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы. Корпоративное законодательство определяет предназначение каждого из органов корпорации (например, согласно п. 1 ст. 53 Закона об АО для совета директоров как органа, осуществляющего общее руководство деятельностью АО; п. 1 ст. 59 Закона об АО и п. 1 ст. 51 Закона о ТОО для исполнительного органа - руководство текущей деятельностью и ведение дел АО или ТОО, соответственно; п. 1 ст. 55 Закона о ТОО для наблюдательного совета - осуществление контроля за деятельностью исполнительного органа ТОО). Причем, как уже отмечалось, в хозяйственных обществах (прежде всего, в АО) общее собрание не может включаться в организационную структуру АО, ибо акционеры, согласно п. 2 ст. 36 ГК, противопоставляются обществу в обязательственном правоотношении. Закон также устанавливает компетенцию каждого из этих органов, но предусмотренная законом исключительная компетенция органов АО в допустимых случаях и/или пределах может быть дополнена уставом каждой отдельной корпорации. В свою очередь, достижение целей деятельности соответствующих органов корпорации, реализация ими установленного для них предназначения, надлежащее осуществление компетенции соответствующего органа обусловливаются исполнением входящими в его состав должностными лицами функций, обязанностей и полномочий, определенных законодательством и/или уставом, соблюдением установленных законом принципов и ограничений их деятельности (например, п. 2 ст. 59, ст. 60, 61, 67 и др. Закона об АО; п. 2 ст. 51, ст.ст. 53-55 и др. Закона о ТОО).

В связи с этим, ненадлежащее исполнение обязанностей по управлению корпорацией и ведению его дел является основанием для досрочного прекращения полномочий соответствующего должностного лица. Такое прекращение осуществляется также на основании корпоративного решения общего собрания акционеров / участников корпорации в отношении директоров или решения совета директоров в отношении членов исполнительного органа. Примечательно, что п/п. 5) п. 1 ст. 36 и п/п. 8) п. 2 ст. 53 Закона об АО предусматривает досрочное

прекращение полномочий именно членов соответствующего органа АО, в то время как п/п. 2) п. 2 ст. 43 Закона о ТОО предусматривает возможность досрочного прекращения полномочий исполнительного органа в целом. В этой связи думается, что предлагаемое Законом о ТОО регулирование основано на общем подходе, согласно которому члены коллегиального органа совместно управляют корпорацией (что находит свое отражение и в формулировке п. 3 ст. 52 Закона о ТОО), и они, соответственно, должны совместно отвечать за результаты и качество такого совместного управления. В то же время, поскольку для принятия решений коллегиальными органами корпорации требуется большинство голосов, а не требуется консенсуса, и при таких условиях нарушения со стороны кого-то из должностных лиц может преодолеваться или минимизироваться надлежащими решениями, принятыми большинством членов соответствующего органа, представляется обоснованным и досрочное прекращение полномочий по инициативе самой корпорации в отношении отдельного должностного лица, не соблюдающего своих обязанностей по надлежащему управлению корпорацией и/или нарушающего установленные ограничения.

Такое досрочное прекращение полномочий должностного лица по таким основаниям, в качестве допустимого законом последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанностей осуществлять действия по управлению корпорацией и /или ведению ее дел, следует рассматривать как меру ответственности за нарушения корпоративных обязанностей. Поскольку же основанием для наступления такой ответственности является нарушение обязанностей, которые установлены не договором, а законодательством и уставом, а основанием для применения соответствующей меры такой ответственности (досрочное прекращение) является решение собрания или иное корпоративное решение, то такую ответственность следует отнести к ответственности за нарушение внедоговорных обязательств должностных лиц корпорации, возникающих в силу их избрания в качестве таковых на основании корпоративного решения (как правового инструмента, не являющегося договором).

Общие критерии надлежащего управления корпорацией закреплены в качестве принципов деятельности должностных лиц акционерного общества и специально выделенных (в целях обеспечения соблюдения охраняемых законом интересов акционеров) обязанностей членов совета директоров, в ст. 62 Закона об АО.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что последствием ненадлежащего исполнения обязанностей должностного лица корпорации, осуществляющей такие виды деятельности, которые затрагивают публичные интересы, (как например, банковская деятельность), может быть невозможность на данный момент и/или в течение определенного предстоящего периода быть должностным лицом такой корпорации или иной другой корпорации, вовлеченной в подобную деятельность. Так, например, банковское законодательством устанавливает требования в отношении руководящих работников банков и кандидатов на занятие должностей руководящих работников банка (к которым, прежде всего, относятся члены совета директоров и правления банка), в числе которых указаны обязательность наличия у соответствующего должностного лица или кандидата безупречной деловой репутации[1] и недопустимость того, чтобы должностным лицом банка был гражданин, который занимал должность руководящего работника любой финансовой организации, которая допустила существенные нарушения денежных обязательств по выпущенным ею эмиссионным ценным бумагам, или в отношении которой применялись приведшие к ее ликвидации либо прекращению деятельности на финансовом рынке меры по ее консервации, принудительному выкупу акций, лишению лицензии, в том числе и к ее принудительной ликвидации или признанию ее банкротом.

Очевидно, что такие результаты являются свидетельством ненадлежащего управления компанией, и предусмотренное Законом о банках обязательное (принудительное для банка) прекращение отношений с таким субъектом в качестве должностного лица банка либо недопустимость для его избрания должностным лицом (руководящим работником) банка следует рассматривать как меру ответственности за ненадлежащее

[1] Этот термин определен в п/п. 13) ст. 2 Закона о банках.

осуществление корпоративных обязанностей. Безусловно, наступление таких последствий является следствием реализации уполномоченным органом административно-контрольных полномочий, однако результат их осуществления представляет собой административный акт как условие принятия обществом корпоративного акта для обязательного прекращения корпоративных отношений между корпорацией и ее должностным лицом, ибо п. 1 ст. 20 Закона о банках[1] требует от банка как корпорации принять меры по прекращению полномочий соответствующего руководящего работника (а такими мерами, как правовым основанием прекращения соответствующих корпоративных отношений, является именно корпоративное решение о досрочном прекращении полномочий соответствующего должностного лица).

14. В законодательных установлениях целого ряда развитых государств отражен такой подход, в соответствии с которыми корпорация отвечает за незаконные действия, совершенные при управлении его делами лицом, уполномоченным им управлять или его представлять, но при этом само такое уполномоченное лицо, нарушившее свою обязанность «необходимой заботливости и преданной заботы об интересах общества», несет ответственность перед самой корпорацией за убытки, понесенные ею в результате такого ненадлежащего управления.

В казахстанском ГК также, например, применительно к любым обязательствам в ст. 362 ГК закреплено правило о том, что действия должностных лиц или иных работников юридического лица по исполнению обязательств последнего признаются действиями этого юридического лица, которое в связи с этим несет ответственность за неисполнение или ненадлежащие исполнение таких обязательств. В связи с этим, особое содержание имеют положения Закона об АО, относящиеся к регулированию вопросов имущественной ответственности должностных лиц перед акционерным обществом. Наступление такой ответственности предусмотрено в случаях причинения вреда обществу действиями и/или бездействием его должностных лиц, в том числе в случаях

[1] См. Закон Республики Казахстан от 31 августа 1995 г. № 2444 «О банках и банковской деятельности», с изменениями и дополнениями.

понесения им убытков в результате таких действий или бездействия.

Источником содержания ст. 63 Закона об АО, регулирующей вопросы ответственности должностных лиц общества перед обществом, является краеугольный принцип корпоративного права о том, что управление хозяйственным обществом и ведение его дел осуществляется под ответственность его органов, члены которого должны действовать в интересах управляемого ими общества не допуская ущемления интересов его акционеров, то есть согласно принципам, закрепленным в ст. 62 Закона об АО. И хотя ст. 63 Закона об АО в большей степени регулирует условия наступления ответственности должностных лиц АО (как и условия их освобождения от нее) применительно к тому, как должны приниматься корпоративные решения о совершении обществом сделок, применение этой статьи не должно ограничиваться только случаями возмещения вреда, причиненного обществу в результате принятия и исполнения (или неисполнения / ненадлежащего исполнения) корпоративных решений относительно сделок общества. Думается, что, любой имущественный вред причиненный обществу в результате ненадлежащего управления им со стороны его органов, сформированных за счет соответствующих избранных должностных лиц, может и должен быть возмещен обществу его должностными лицами посредством применения положений ст. 63 Закона об АО.

С учетом этих требований Закона об АО в казахстанском законодательстве вполне определенно отражен принцип, согласно которому директора и менеджеры АО управляют им под свою ответственность.

Такое регулирование во многом соответствует иностранным образцам регламентации корпоративных отношений. В иностранной литературе отмечается, что во всех юрисдикциях имеет место законодательный стандарт, являющийся составной частью правовых установлений, направленных на обеспечение исполнения обязанности лояльного поведения определенных категорий лиц в отношении АО. Причем, «несмотря на широко распространенное впечатление, обязанность лояльного поведения по отношению к

корпорации является фундаментально схожим в юрисдикциях общего и гражданского права». Закрепление этого стандарта своей целью имеет обеспечение контроля конфликтов интересов при управлении акционерным обществом и ограничение риска необоснованного ухудшения качества активов или иных результатов деятельности АО. При этом в публикациях указывается, что средством законодательного контроля за соблюдением этого стандарта является установление личной ответственности лиц, допустивших своими действиями имущественный ущерб для АО[1].

Институт ответственности корпоративных должностных лиц является важнейшей составляющей современного корпоративного права. В его содержании наиболее ярко проявляется, используя выражение Е.А. Суханова, «подлинная сущность юридического лица как персонифицированного имущества, которым готовы рисковать и жертвовать предприниматели»[2]. Правда, применительно к хозяйственным обществам (в частности, АО) более правильно говорить о выделенном имуществе инвесторов (акционеров), которое они передают под управление органам АО, что и обусловливает необходимость обеспечить имущественный интерес таких акционеров за счет установления правил о надлежащем и ответственном управлении обществом (в том числе, за счет регулирования ответственности его должностных лиц). Этот вопрос заслуживает самостоятельного исследования и является предметом рассмотрения со стороны цивилистов. В том числе и автор обращался к этой теме в своих предыдущих публикациях, высказываясь также о том, что казахстанское корпоративное законодательство по вопросу об ответственности должностных лиц корпорации требует дальнейшего развития и совершенствования[3].

---

[1] См. Kraakman R., Davies P., Hansmann H., Hertig G., Hopt K., Kanda H. and Rock E. The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. - С. 114, 116.

[2] См. Суханов Е.А. О Концепции развития законодательства о юридических лицах. / В: Суханов Е.А. Проблемы реформирования Гражданского кодекса России: Избранные труды 2008 - 2012 гг. - М.: Статут, 2013. - 494 с. - С. 85.

[3] См. Карагусов Ф.С. Основы корпоративного права и корпоративное законодательство Республики Казахстан. Издание второе дополненное - Алматы: Издательство «Бастау», 2011. - 368 с.; Карагусов Ф.С. Об органах акционерного общества, ответственности его руководителей, а также о добросовестности и разумности акционеров в отношениях с акционерным обществом // Добросовестность в гражданском праве: Мат-лы междунар.

Вопрос эффективного правового регулирования, направленного на повышение ответственности именно членов совета директоров и других руководителей коммерческих корпораций с целью не допустить участия директоров и менеджеров в действиях, ведущих к корпоративным скандалам, сохраняется именно в качестве наиболее актуальной проблемы в настоящее время. Как отмечается в рекомендациях по развитию корпоративного законодательства, целесообразным является «разработка правил, позволяющих четко определить основания и принципы привлечения к ответственности менеджеров компании. К числу таких оснований могут относиться вывод активов из компании, некорректное ведение учета и отчетности, несоблюдение фидуциарных обязательств органом управления, «злоупотребление доверием» акционеров». Вместе с тем, вполне справедливо указывается на то, что при применении таких норм «существует опасность произвольного толкования и ошибочного применения правил привлечения к ответственности генеральных директоров и других топ-менеджеров компаний»[1].

Это предупреждение очень важно, поскольку, в частности, в Казахстане до сих пор остается актуальной проблема отсутствия полноценного класса эффективных и ответственных менеджеров частного бизнеса и государственного предпринимательства, с одной стороны, и до сих пор широкое распространение необоснованного вмешательство в управление компаниями со стороны их акционеров, с другой стороны. Результатом нередко являются такие неблагоприятные последствия, как рейдерство, разрушение экономических связей, нарушение прав работников компаний, иное несоблюдение законодательства и другие негативные социально-экономические и правовые последствия.

науч.-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвящен. 20-летию Гражданского кодекса Республики Казахстан (Алматы, 22-23 мая 2014 г.) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. - Алматы, 2014. – 592с. - С. 384-397; Карагусов Ф.С. Об имущественной ответственности по обязательствам юридического лица в рамках корпоративной группы // Гражданское право и корпоративные отношения: Материалы междунар. науч.-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 90-летию видного казахстанского ученого-цивилиста Ю.Г. Басина (Алматы, 13-14 мая 2013 г.) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. - Алматы: НИИ частного права КОУ, 2013. - 736 с. - С. 219-232.

[1]См. Корпоративная реформа и гармонизация корпоративного законодательства России и ЕС (на рус. и англ. яз.) / Отв. ред. Астапович А. - М.: Национальный совет по корпоративному управлению, 2006. - 192 с. - С. 92 - 93.

И хотя нормы Закона об АО в основных своих аспектах соответствуют образцам правового регулирования ответственности корпоративных должностных лиц, принятым в законодательстве развитых государств и международно-признанной практике корпоративного управления, однако некоторые специфичные для казахстанского права особенности этих норм не способствуют обеспечению должной степени стабильности гражданского оборота, созданию хотя бы прослойки профессиональных менеджеров предприятий, формированию безопасной и эффективной практики корпоративного управления, а также адекватной судебной практики по вопросам защиты прав сторон в каждом отдельном корпоративном правоотношении.

15. В рамках рассмотрения особенностей внедоговорных обязательств представляется важным обратить внимание на вопросы ответственности корпорации перед ее членами (акционерами), а также третьими лицами за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанности предоставления и иного раскрытия информации об АО, его деятельности и важных корпоративных событиях. В частности, ст. 79 Закона об АО возлагает на общество обязанность доводить до сведения своих акционеров и инвесторов информацию об определенных корпоративных событиях, а п. 3 ст. 80 Закона об АО обязывает общество предоставлять акционеру документы и информацию, предусмотренные этим Законом.

Несоблюдение корпорацией вышеупомянутых обязанностей может повлечь вполне реальный имущественный вред для акционеров или инвесторов. Например, несвоевременность получения информации о негативном для общества корпоративном событии может повлиять на принятие или содержание инвестиционного решения акционера или инвестора по отчуждению или приобретению акций общества, в результате чего он может понести убытки или недополучить обоснованную выгоду. А поскольку интересы акционеров и инвесторов (хотя иногда и завися от объема инвестиций в капитал отдельного АО) в целом является схожим - сохранение стоимости своего имущества и приумножение собственных инвестиций - нарушение прав (ущемление охраняемых интересов) одного акционера в схожей степени может быть нарушением

аналогичных прав всех других акционеров. В результате уровень дестабилизации социальных и экономических отношений на национальном (а тем более - международном) рынке может быть столь существенным, что интерес группы лиц может приобрести характер имущественного интереса всего общества или его значительной части.

Надлежащее исполнение этих обязанностей корпорацией способствует не только соблюдению прав акционеров, но и охраняемых интересов инвесторов (а также потребителей и бизнес-партнеров крупных корпораций), и в конечном счете - общественного (публичного) интереса, даже если их несоблюдение корпорацией может не выразиться в причинении какого-либо имущественного вреда конкретному субъекту. Ведь любое крупное предприятие существует в качестве существенного центра социальных и экономических интересов довольно широкого круга заинтересованных лиц, а его правомерная и экономически эффективная деятельность имеет значение объекта публичного интереса.

Как отмечал В.С. Ем, «само общество состоит из множества сообществ, каждое из которых претендует на то, чтобы его интересы рассматривались как общественные и подлежали приоритетной защите», в связи с чем, например, акционеров публичного АО можно рассматривать как отдельное сообщество (группу лиц), обладающее общим интересом[1].

В этом контексте, у рассматриваемых норм Закона об АО имеется двоякая направленность - защита имущественных интересов акционеров, с одной стороны, и обеспечение правопорядка в целях поддержания уровня экономического развития на основе высокой степени общественного доверия. Поэтому соответствующие установления Закона об АО носят императивный характер, а их нарушения могут повлечь за собой применение административно-правовых мер воздействия на АО. Однако, обеспечение соблюдения этих законодательных норм только способами публично-правовой ответственности является необоснованным, поскольку само законодательство об

[1]См. Ем В.С. Ничтожность сделок по действующему гражданскому законодательству // Недействительные сделки в гражданском праве: Материалы междунар. науч-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 75-летию профессора Рольфа Книпера (Алматы, 19-20 мая 2016 г.) / Отв. ред. Сулейменов М.К. - Алматы: НИИ частного права, 2017. - 744 с. - С. 97.

акционерных обществах является прежде всего детализацией частноправового регулирования хозяйственной деятельности субъектов гражданского оборота в форме АО, с одной стороны, а защита охраняемых законом частных интересов только административными средствами является нецелесообразной ввиду того, что основанная на таком подходе система защиты является неизбежно однобокой, предполагающей ситуативное и субъективное, но не системное регулирование соответствующих отношений.

Поэтому, поскольку именно гражданское право (а) предоставляет способы защиты прав, которые в наибольшей степени обеспечивают баланс частного и публичного интересов, (б) обеспечивает наиболее объективное и справедливое отношении ко всем субъектам оборота по вопросам восстановления нормального положения в случае его дестабилизации в связи с нарушением имущественных прав, а также (в) позволяет предупредить нарушение прав и причинение ущерба, то приоритетным средством обеспечения соблюдения акционерным обществом обязанностей по раскрытию информации о себе, своей деятельности и корпоративных событиях является защита прав именно гражданско-правовыми способами. Как обоснованно отмечает Т.С. Яценко, «гражданское право, охраняя частный интерес, одновременно обеспечивает и публичный, а лицо, удовлетворяя свой собственный интерес, способствует реализации и публичного интереса»; утверждаемая ею допустимость применения гражданско-правовых способов защиты публичных интересов заслуживает полной поддержки, и не вызывает возражений предложенные ею выводы о том, что «гражданское право защищает разные по уровню публичности интересы», а публичными следует считать, помимо прочего, имеющие важное социальное значение интересы отдельных групп лиц[1].

Действительно, в контексте рассмотрения особенностей корпоративных правоотношений, представляется важным такой публичный интерес рассматривать в качестве подлежащего защите именно гражданским правом (в дополнение к мерам публично-правового воздействия), не допуская нанесения

[1]См. Яценко Т.С. Гражданско-правовая защита публичных интересов: Монография. / Под науч. ред. Ема В.С. - М.: Статут, 2016. - 312 с. - С. 57, 97-98.

имущественного вреда как акционерам, так и инвесторам в результате нарушения самой корпорацией ее обязанности по надлежащему раскрытию важной информации о ее деятельности. В данном случае, думается, прав М. Гутброд, утверждающий применительно к отношениям, регулируемым гражданским правом, что «то, что не защищается механизмом гражданского права, часто приходится защищать в публичном праве, иной подход ведет к несистемным решениям или, если вообще не защищается, препятствует обороту и фактически ограничивает дееспособность»[1].

[1] См. Гутброд М. Обеспечение социальных целей правилами о недействительности сделок и последствиях их недействительности // Недействительные сделки в гражданском праве: Материалы междунар. науч-практ. конф. В рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 75-летию профессора Рольфа Книпера (Алматы, 19-20 мая 2016 г.) / Отв. ред. Сулейменов М.К. - Алматы: НИИ частного права, 2017. - 744 с. - С. 249-250.

КАЗАХСТАНСКОЕ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ЕВРОПЕЙСКОЕ ДОГОВОРНОЕ ПРАВО: РЕФОРМИРОВАНИЕ И ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ

Монография

Подписано в печать 30.10.2020 г. Редактор А.Р. Калимбекова.
Формат 60x84 1/16. Бумага офсетная.
Объем 30 п.л. Тираж 500 экз. Заказ № 2094

Отпечатано в «Центр оперативной полиграфии»
050010, город Алматы, ул. Масанчи 23