

КОНЦЕПЦИЯ

совершенствования гражданского законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права

Введение.

За годы, прошедшие со времени обретения Казахстаном независимости, в предпринимательской среде состоялись кардинальные изменения, связанные с расширением договорных типов коммерческих связей, усложнением механизмов корпоративных отношений, постоянным ростом числа внешнеэкономических сделок и притоком в страну иностранных инвестиций. Интеграционные процессы служат серьезной предпосылкой проникновения в казахстанскую правовую действительность зарубежного опыта регулирования экономических отношений, а правоприменительная практика испытывает устойчивое влияние иностранных договорных институтов.

Современными правоведами совершенно обоснованно обращается внимание на то что, в казахстанском частном праве можно найти немало примеров заимствования юридических институтов, рожденных в рамках тех или иных зарубежных правовых систем, но успешно воспринятых посредством их адаптации в казахстанском законодательстве и правоприменительной практике. Так, сегодня не подвергается сомнениям целесообразность состоявшегося внедрения в 1999 году в Особенную часть Гражданского кодекса РК таких ранее неизвестных казахстанскому праву договорных конструкций, как франчайзинг, факторинг, лизинг, доверительное управление имуществом и т.п. В качестве аналогичных иллюстраций можно привести действующие казахстанские Законы «О проектом финансировании и секьюритизации», «О концессиях» и др.

Или, скажем, идея государственно-частного партнерства, которая сегодня воплощена в Законе РК «О государственно-частном партнерстве», изначально основана на британской модели взаимодействия государства с частными структурами, которая в конце 90-х гг. XX века представляла собой модернизированную английскую концепцию управления государственной собственностью.

Кроме того, при выборе казахстанской модели управления государственными активами, основу которой составляет деятельность АО ФНБ «Самрук-Казына», был также изучен и заимствован передовой зарубежный опыт. Так, в международной практике государственные холдинги рассматриваются как один из самых действенных механизмов повышения эффективности управления государственными активами, о чем свидетельствуют множество примеров создания государственных холдингов. В частности, в Казахстане была имплементирована ведущая мировая

практика создания государственных холдингов (Temasek (Сингапур), IRI (Италия), OelAG (Австралия)).

Новейшим примером рецепции зарубежных юридических институтов, и в частности элементов английского права, в отечественную правовую систему является создание в Казахстане Международного финансового центра «Астана» (МФЦА), который призван обеспечить благоприятные и привлекательные условия для деятельности ее участников, в целях чего акты органов МФЦА будут основываться на принципах и нормах права Англии и Уэльса и стандартах ведущих мировых финансовых центров, в частности, на нормативных документах Дубайского международного финансового центра.

Таким образом, сегодня вряд ли будут справедливыми утверждения о самодостаточности и самобытности национальной правовой системы. Напротив, объективную реальность представляют собой феномены интернационализации, сближения, гармонизации и унификации права. Ведь право развивается гораздо успешней, благодаря взаимообогащению и обмену опытом с другими странами. Надо отметить, что Казахстан в этом процессе взаимопроникновения и восприятия тех или иных составляющих иностранных правовых культур не является исключением. Опыт законотворческой деятельности многих государств свидетельствует об обратном, а именно широком распространении в современном праве таких приемов, как имплементация и рецепция отдельных концепций зарубежного права, которые, безусловно, нельзя отнести лишь к элементам истории развития правовых систем современности. Так, например, российские исследователи беспристрастно признают, что в процессе совершенствования гражданского законодательства РФ, состоялась масштабная рецепция положений английского права в ГК России, в котором в результате реформы теперь предусмотрены такие классические английские правовые институты, как *guaranty*, *warranty*, *indemnity*, *option* и *escrow* и др.

Принимая во внимание опыт российского законодателя, следует учитывать, что унификация является наиболее эффективной формой взаимодействия правовых систем, когда, по сути, создается единое право для нескольких государств, в основном - наднационального характера. Такая форма взаимодействия обоснована в условиях крепких форм межгосударственной интеграции (как, например, Европейский Союз, Таможенный Союз Казахстана с Россией и Беларусью или Евразийский Экономический Союз).

Что же касается непосредственно национальной правовой системы Казахстана, то любые поправки, предлагаемые в гражданское законодательство, должны быть, прежде всего, ориентированы на нужды правоприменительной практики. Там, где прикладные потребности явно опережают законотворческий процесс, и практика на свой страх и риск использует устоявшиеся в зарубежном и международном праве правила и терминологию, необходимо точечное вмешательство государства с тем,

чтобы на законодательном уровне ввести в гражданское право РК соответствующие положения, чтобы исключить проблему пробелов в регулировании имущественных отношений. И здесь, как представляется, должно приниматься во внимание еще одно немаловажное обстоятельство, связанное со степенью исследованности того или иного правового явления в гражданско-правовой доктрине. Иными словами, нельзя слепо копировать зарубежные идеи, их нужно критически оценивать и перерабатывать с учетом собственных национальных условий.

2. Цели и задачи, период реализации Концепции

Целью настоящей Концепции является определение ряда гражданско-правовых идей и конструкций, которые могут быть дозированно имплементированы в отечественное законодательство из английского права с обоснованием соответствующей возможности через призму нужд правоприменительной практики и достижений казахстанской цивилистической доктрины.

Достижение основной цели данной Концепции возможно путем решения следующих задач:

- 1) закрепить корпоративные отношения как особую, самостоятельную группу однородных отношений, регулируемых гражданским законодательством;
- 2) законодательно урегулировать корпоративные акты и корпоративные соглашения;
- 3) ввести понятие корпорации, предусмотреть деление юридических лиц на корпорации, основанные на членстве, и учреждения (или унитарные организации), не основанные на членстве;
- 4) внедрить положение эстоппель, как дополнение принципу добросовестности;
- 5) ввести в гражданское законодательство условия, предусматривающие заверения об обстоятельствах (representations and warranties);
- 6) усовершенствовать правила о судебном толковании условий гражданско-правового договора (contra proferentem);
- 7) закрепить в Гражданском кодексе РК положения по рамочному и абонентскому договору;
- 8) урегулировать в Гражданском кодексе РК независимую гарантию;
- 9) дополнить Гражданский кодекс РК оговоркой о неизменности обязательств «Clausula rebus sic stantibus»;
- 10) ввести в гражданское законодательство распространенные в договорной практике оговорки от убытков, потерь («indemnity clause»);
- 11) усовершенствовать правила договорной гражданско-правовой ответственности на основе правил «абстрактных убытков» и «недоказанных убытков».

Период реализации Концепции зависит от достижения ее целей и задач и может быть определен сроком до пяти лет.

3. Предложения по совершенствованию законодательства Республики Казахстан на основе имплементации положений английского права

3.1. Усиление роли судебной практики в регулировании имущественных отношений и расширение пределов судебного усмотрения

Как известно, прецедентное право (caselaw) составляет подавляющую часть английского права. Исторически английское право изначально создавалось судами, которые при рассмотрении дел руководствовались местными обычаями. Со временем решения судов (прецеденты) становились обязательными при рассмотрении всех аналогичных дел нижестоящими судами.

В казахстанском праве, относящемся к романо-германской правовой семье (так называемому континентальному праву или праву стран гражданского кодекса) судебная практика в качестве источника не получила закрепление в законодательстве. Конечно, какое-либо принципиальное изменение правовой системы Казахстана было бы необоснованным и нецелесообразным, так как оно не только разрушило бы казахстанскую систему права, но и создало угрозу основам казахстанской государственности, сложившимся и развивающимся международным экономическим и культурным связям Казахстана.

Вместе с тем, в правовой действительности судебная практика должна играть более авторитетную роль. Не случайно западные юристы указывают на несоответствие между формальной оценкой судебной практики и ее действительным значением. Отмечается, что благодаря судебной практике судьи фактически вносят многочисленные изменения в действующее право. Особенно это касается случаев, когда содержащиеся в законодательстве формулировки страдают неопределенностью или имеются правовые пробелы и коллизии.

В этой связи одним из прогрессивных изменений гражданского законодательства, направленным на усиление значения судебной практики, ее унификацию и устранение негативных тенденций принятия противоположных решений по аналогичным спорам может стать внедрение в законодательство такого понятия, выдвинутого и обоснованного в ряде работ проф. А. Диденко, как «үлгі». В переводе «үлгі» означает «образец». Үлгі будет представлять собой акт судебного органа, утвержденный Верховным Судом Республики Казахстан, и могущий быть использован участниками гражданского процесса в качестве доводов в обоснование своей позиции, которым суд при рассмотрении дела должен дать свою оценку. Үлгі может

быть актом любого судебного органа, выбранный в качестве такового Верховным Судом. Верховный Суд сможет ежегодно утверждать, обновлять и издавать сборник «Үлгі». Постепенно публикуемые үлгі смогут быть систематизированы по институтам гражданского права. В сборники «Үлгі» судебные решения будут помещаться не в полном изложении, а в обработанном виде, когда правоприменитель освобождается от знакомства с ненужными деталями, а вникает в суть правового анализа ситуации. И здесь как раз можно заимствовать опыт стран, где практикуются публикации в серьезных юридических изданиях доктринальных изложений сути судебного спора и его решения в обработанном виде. Үлгі в предлагаемой концепции отличается от прецедентов как источников права, но позволяет без причинения вреда системе права и изменения состава источников действующего права, предусмотренных в ст. 4 Конституции РК, заметно усилить авторитет судебной практики, сделать ее более доступной для ознакомления заинтересованными лицами, обеспечить единообразие судебных решений по аналогичным кейсам.

Статья 6 ГК предусматривает, что при выяснении точного смысла нормы гражданского законодательства необходимо учитывать исторические условия, при которых она вводилась в действие, и ее истолкование в судебной практике. Нормы об үлгі, как представляется, будут направлены на развитие и конкретизацию данного положения закона. Норма статьи 6 ГК имеет в виду сложившуюся линию судебной практики, указания, содержащиеся в нормативных постановлениях Верховного Суда, а үлгіотражает не только сложившуюся практику, но и намечает ориентиры для выработки определенного направления будущей практики. Үлгі – не источник права, не прецедент, а совершенно особое явление, в котором переплетаются практика и доктрина. Үлгі не отменяет и не снижает значения ни обобщений судебной практики, ни нормативных постановлений Верховного Суда, ни ориентацию на сложившуюся линию судебной практики по определенным категориям споров. Все эти способы совершенствования судебной деятельности могут и должны будут развиваться и укрепляться параллельно с үлгі.

Эта мера в определенной степени должна способствовать снижению зависимости суда от исполнительной власти, поскольку суд укрепляет свои позиции при вынесении решения необходимостью считаться с выводами по аналогичному спору. Введение үлгісможет уменьшить коррупционные проявления в судебной системе. Наличие үлгікак правового образца в силу наглядности будет содействовать большей объективности, гласности, общественному контролю, снижению уровня субъективистских судебных усмотрений, чем руководство лишь абстрактной формулой закона. Данное нововведение оживит подготовку юристов гражданского профиля, поскольку педагогический процесс должен будет быть нацелен на знание и

умение анализировать үлгі, реальную судебную практику, а не только текст нормативного материала.

Параллельно с реализацией доктрины «Үлгі» необходимо в целях усиления авторитета судебной практики расширить существующие законодательные пределы свободы судебного усмотрения путем включения в Гражданский кодекс РК указания на добросовестность как общий принцип гражданского права и расширение спектра законодательного использования оценочных понятий. В научной литературе справедливо утверждается, что юридические факты с оценочным элементом должны сохраняться в ГК и ином законодательстве, диапазон их применения может быть расширен, в них, как основанных на оценочных понятиях, более ярко, выпукло предстает глубинная сущность, дух права, чем в формально-определенных юридических фактах».

Также в ГК РК следует детализировать, какие правовые последствия недобросовестного поведения может применить суд в тех или иных правовых ситуациях. В частности, необходимо предоставить суду право не только отказывать в защите прав лица, действовавшего недобросовестно, но и взыскивать с него убытки, если они вызваны недобросовестным поведением. Кроме того, необходимо ввести нормы, запрещающие недобросовестные действия в обход закона и извлечение преимуществ из незаконного или недобросовестного поведения. Это, помимо прочего, позволит в большей степени обеспечить защиту прав добросовестных участников гражданских отношений.

3.2. Введение понятия корпорации из законодательного регулирования корпоративных отношений, корпоративных актов и корпоративный соглашений, упорядочивание ответственности должностных лиц корпораций и разработка основ холдингового законодательства

Закон Великобритании о компаниях (Companies Act 2006) – самый объемный нормативный акт в истории британского парламента. Закон о компаниях представляет собой важный шаг в развитии корпоративного права Великобритании. Консолидируя ранее действующие положения, он также вводит много новых норм, часть из которых является кодификацией прецедентного права, а часть – имплементацией директив ЕС. К наиболее примечательным новшествам можно отнести следующие: резкое сужение функций учредительного договора компании; окончательный отказ от традиционной доктрины *ultravires* (предполагающей ограничение правоспособности компании ее учредительными документами); отказ от концепции разрешенного (уставного) капитала компании; кодификация норм общего права относительно ответственности директоров компании; облегчение административных требований к частным компаниям (отмена требований об обязательном наличии секретаря, о проведении ежегодных

собраний акционеров); предъявление более жестких требований к публичным компаниям в части их прозрачности.

В Казахстане на протяжении ряда лет проводятся серьезные научные исследования корпоративного права и корпоративных отношений, авторы которых (Ю.Г. Басин, М.К. Сулейменов, Ф.С. Карагусови другие), в целом, сходятся во мнении о необходимости совершенствования правового регулирования деятельности корпоративных объединений. Актуальные идеи для разработки корпоративного права в Казахстане были озвучены в результате проведения в 2013 г. Международной конференции «Гражданское право и корпоративные отношения».

Для английского права характерно деление компаний на корпорации и учреждения (эта классификация характерна и для стран континентального права¹).

В этой связи понятие корпорации, в форме которой выступают компании, можно привнести в наше право. Поэтому в ст. 1 ГК РК следует включить понятие корпоративных отношений, а в разделе, посвященном юридическим лицам, предусмотреть, наряду с делением на коммерческие и некоммерческие организации, их деление на: корпорации, основанные на членстве, и учреждения (или унитарные организации), в которых нет членства.

Вместе с этим необходимо предусмотреть особенности корпоративных юридических фактов, таких, например, как решения собраний и корпоративные соглашения.

Необходима законодательная регламентация корпоративных соглашений – договоров об осуществлении прав участников акционерных обществ (акционеров). В мировой практике акционерные соглашения (shareholders' agreements) являются широко распространенным инструментом, позволяющим эффективно регулировать отношения между акционерами (членами), организовать управление компанией, предусмотреть пути разрешения конфликтных ситуаций. Потребность в использовании акционерных соглашений связана с объективной невозможностью

¹ С 2014 года в ГК Российской Федерации введена классификация юридических лиц на **корпоративные и унитарные юридические лица**. Согласно п. 1 ст. 65.1 ГК РФ корпорацией является юридическое лицо, основанное на членстве участников. Участники корпорации формируют высший орган юридического лица — общее собрание. В связи с участием в корпоративной организации ее участники приобретают корпоративные (членские) права и обязанности в отношении созданного ими юридического лица (п. 2 ст. 65.1 ГК РФ). В форме корпораций могут быть созданы как коммерческие, так и некоммерческие предприятия. ГК РФ к корпорациям отнесены: хозяйственные товарищества и общества, крестьянские (фермерские) хозяйства, хозяйственные партнерства, производственные и потребительские кооперативы, общественные организации, ассоциации (союзы), товарищества собственников недвижимости, казачьи общества, внесенные в государственный реестр казачьих обществ в Российской Федерации, а также общины коренных малочисленных народов Российской Федерации.

В свою очередь, юридические лица, учредители которых не становятся их участниками и не приобретают в них прав членства, являются унитарными юридическими лицами. К ним относятся: государственные и муниципальные унитарные предприятия, фонды, учреждения, автономные некоммерческие организации, религиозные организации, публично-правовые компании.

урегулирования многих отношений, складывающихся между акционерами, посредством учредительных документов общества. Использование договорного механизма в корпоративных отношениях позволяет юридически обеспечить согласованный их участниками баланс экономических интересов, который в каждой конкретной ситуации является уникальным и, более того, подвержен постоянным изменениям.

Такие соглашения получают все большее распространение на практике и нуждаются в законодательной регламентации. В частности, необходимо законодательно решить вопрос о праве, применимом к такого рода соглашениям в контексте ст. 1114 ГК РК, о предмете таких договоров, их форме, последствиях несоблюдения их условий и о соотношении их условий с положениями учредительных и внутрикорпоративных документов АО.

В ГК необходимо ввести универсальные правила об имущественной ответственности должностных лиц всех корпораций. Так, в результате законодательных изменений (Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам ипотечного кредитования и защиты прав потребителей финансовых услуг и инвесторов» от 10 февраля 2011 г. № 406-IV) был устранен определенный блок изъянов в регулировании ответственности должностных лиц акционерных обществ, однако отдельные аспекты такой ответственности остались вне внимания законодателя. К тому же, добавились новые проблемы толкования и применения отдельных норм об ответственности должностных лиц.

Закон Великобритании о компаниях (2006) содержит подробный перечень обязанностей директоров корпораций и их ответственность. Эти предписания, по существу, являются кодификацией принципов, ранее сформулированных в судебных решениях, и именно в свете этих решений положения Закона и должны интерпретироваться. Директора обязаны действовать в пределах своих полномочий; способствовать успеху компании; осуществлять разумную осмотрительность, умение и старание; избегать конфликта интересов; не принимать выгод от третьих лиц; декларировать свою заинтересованность в сделках компании. Несмотря на кажущуюся расплывчатость формулировок, смысл каждой из них вполне отчетливо определен многолетней судебной практикой. В случае невыполнения своих обязанностей директор несет материальную ответственность как перед самой компанией, так и перед ее участниками, имеющими право на «производный иск» к директору.

Наиболее важными действующими лицами в британской компании являются участники (акционеры) компании, ее директора и секретарь. Британское корпоративное право весьма гибко: оно предоставляет участникам компании возможность самим определить конкретные полномочия директоров. В частной компании функции секретаря может взять на себя директор (или поручить их другому лицу).

Центральным вопросом ответственности должностных лиц корпораций в Казахстане является определение отраслевой принадлежности норм о такой ответственности и разграничение правил, установленных гражданским законодательством, и трудового правового регулирования. Кроме того, действующие нормы Законов «Об акционерных обществах» и «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» об ответственности должностных лиц между собой не согласованы, в то время как они должны быть едиными. Имущественная ответственность должностных лиц корпораций должна быть основана на единых принципах как для обществ, так и товариществ и, по своей правовой природе, является внутрикорпоративным, а не трудовым отношением, что должно найти соответствующее отражение в Гражданском кодексе РК. Также необходима тщательная проработка в ГК РК положений, касающихся форм ответственности должностных лиц корпораций и их соотношения между собой. Следует законодательно решить вопрос об условиях такой ответственности и, в частности, о том, возможна ли ответственность должностных лиц независимо от вины последних.

Также в гражданском законодательстве РК должны найти свое дальнейшее развитие правила о личной ответственности учредителей и руководителей юридического лица по его долгам. Речь идет о «проникающей ответственности» в корпоративном праве Англии. В западноевропейской литературе она именуется «проникновение за корпоративные основы» (*Durchgriff hinter den gesellschaftsrechtlichen Schleier*), в американском праве – «прокалывание корпоративной маски» (*Piercing Corporate Veil*). Иногда это называют «снятие корпоративной вуали».

В качестве примера расширения ответственности учредителей и должностных лиц юридического лица можно взять реформу гражданского законодательства РФ в сфере регулирования деятельности юридических лиц².

² Федеральным законом от 5 мая 2014г. №99-ФЗ в ГК РФ была включена ст. 53, закрепляющая ответственность лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, и членов коллегиальных органов юридического лица.

Ответственность наступает, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей лицо действовало недобросовестно или неразумно, в том числе если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску.

Кроме того, в п.3 ст. 53 ГК РФ было сформулировано положение о том, что лицо, имеющее возможность определять действия юридического лица, (в том числе давать указания лицам, уполномоченным выступать от имени юридического лица, и членам коллегиальных органов юридического лица), обязано действовать в интересах юридического лица разумно и добросовестно и несет ответственность за убытки, причиненные по его вине юридическому лицу.

Последнее положение ориентировано большей частью на учредителей (участников) корпорации, особенно в «опетанс-компани», где доминирующую роль играет именно учредитель.

Однако для наступления ответственности необходимы, как минимум, следующие условия:

- 1) лицо имеет возможность определять действия юридического лица;
- 2) нарушение обязанности действовать разумно и добросовестно;
- 3) наличие убытков, причиненных юридическому лицу;
- 4) вина лица в причинении этих убытков.

Необходимости дальнейшей разработки в Казахстане законодательства, регламентирующего внутрихолдинговые отношения, усиления ответственности звеньев холдинговой цепи и регламентации управленческих корпоративных отношений уделяется заметное внимание казахстанскими цивилистами. Большое количество вопросов, связанных с функционированием как внутриказахстанских, так и транснациональных холдинговых групп, диктует и практика. В казахстанском законодательстве наблюдается явная диспропорция между нормативным регулированием, посвященным организации деятельности государственных холдингов и функционированием аналогичных структур в частной сфере.

Если сравнивать правовое обеспечение холдингов в нашей стране и в мире, то во многих развитых странах также отсутствуют специальные законодательные акты о холдингах, однако, специальное законодательство, регулирующее организационно-правовые формы организаций содержат серьезные и объемные положения, посвященные связанным предприятиям.

В Республике Казахстан специальное регулирование получили два вида холдингов - это банковский холдинг и национальный холдинг, но этого явно недостаточно, поскольку наличие нескольких статей в отдельных актах не позволяет регулировать отношения с участием холдингов в полной мере. Все эти нормы нужно систематизировать и объединить в Гражданском кодексе. Если же наряду с этим будет реализовано предложение российских ученых о принятии модельного закона «О холдингах» межпарламентскими органами СНГ, то такой подход позволит в полной мере урегулировать холдинговые отношения, поскольку законодательство стран СНГ в этой области будет унифицировано.

3.3. Определение значения обещания в качестве юридического факта гражданского права и введение в казахстанское законодательство английского правового принципа «эстоппель» применительно к определенным правовым ситуациям

Правовой принцип «эстоппель» в английском праве определяется тремя условиями, каждое из которых должно иметь место:

- 1) обещание, данное стороной А, что она не будет осуществлять свои законные права против стороны Б;
- 2) расчет стороны А на то, что сторона Б будет полагаться на указанное обещание;
- 3) фактическое полагание стороны Б на указанное обещание.

В праве Казахстана правовой принцип «эстоппель» не предусмотрен. Между тем, в казахстанской доктрине встречаются исследования правового принципа «эстоппель». В них с использованием сравнительно-правового метода объясняется, что в казахстанском праве, в отличие от английского и американского, отсутствует правовой принцип «эстоппель» и даже *delegeferenda* предлагается в будущем заимствовать некоторые его элементы

в отечественном законодательстве. Такой подход изложен наиболее авторитетными представителями казахстанской гражданско-правовой науки профессорами А.Г. Диденко, М.К. Сулейменовым и К.М.Ильясовой.

Обещанию в американском праве отводится более заметная роль в возникновении обязательства, ибо оно может являться основанием обязательства в большинстве видов договоров без специальной оговорки об этом, в то время как постсоветское, то есть и казахстанское, право знает обещание в качестве основания обязательства только в случаях, прямо предусмотренных законодательством или сделкой. Придание или не придание нашим законодателем обязывающего значения обещанию носит не концептуальный, достаточно произвольный характер в отличие от американского права, где роль обещания основана на концепции *promissory estoppel* - запрета отказа от исполнения обещания.

В ГК РК предлагается установить, что обещание является юридическим фактом, порождающим правовые последствия только тогда, когда это прямо предусмотрено законодательством или договором. Предусмотреть, что обещание имеет правовое значение в качестве юридического факта только для имущественных отношений, оно должно быть прямо выражено, здесь мы исключим такие обещания, как жениться, усыновить. Обещание должно быть облечено в письменную форму под страхом недействительности.

Что касается перспектив развития доктрины эстоппель в гражданском праве РК, то такая перспектива также может относиться к определенным случаям, прямо предусмотренным гражданским законодательством³.

3.4. Дополнение Гражданского кодекса РК оговоркой о неизменности обязательств «Clausularebus sic stantibus»

Зародившаяся в римском праве концепция получила закрепление во многих юрисдикциях и конструируется сейчас как расторжение и изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств. В Англии этот институт получил название «фрустрация» (Frustration), то есть утрата договором своего смысла, или доктрина тщетности договора. В отличие от большинства стран континентальной Европы английское право исходит из того, что изменение договора подрывает определенность и изменяет риски, распределенные договором, и предусматривает, что прекращение обязательств по договору возможно только тогда, когда после его заключения изменение обстоятельств делает исполнение по договору незаконным или невозможным».

³ Федеральным законом РФ от 7 мая 2013 г. №100 –ФЗ ст. 166 ГК изложена в новой редакции. Пункт 5 этой статьи гласит: «Заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки действует недобросовестно, в частности, **если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки**». Выделенная часть этого пункта очень напоминает английский эстоппель, как его определяют российские исследователи.

Английская судебная практика уделила значительное внимание теоретическому обоснованию фрустрации, возможно, ввиду необходимости объяснить, почему доктрина фрустрации не допускает перераспределения рисков между сторонами, а также не позволяет освободиться от невыгодного договора. Теория «конструирования» считается в настоящее время общепризнанным стандартом доктрины фрустрации.

Реализуется данная теория на практике следующим образом. Во-первых, суд должен проанализировать условия договора в соответствии с обстоятельствами на момент его заключения и затем в свете вновь возникших обстоятельств. Во-вторых, английское право, как и большинство развитых правовых систем, не содержит универсального правила о том, на какую из сторон по договору возлагается риск существенного изменения обстоятельств. Суд должен установить, не вытекает ли из договора либо существа обязательства, что риск возникновения новых обстоятельств несет одна из сторон. Для этого суд исследует вопрос о том, содержит ли договор оговорку, регулируемую возникновение новых обстоятельств. В случае если такая оговорка отсутствует либо не регулирует отношения сторон, на случай данных конкретных обстоятельств суд может применить доктрину фрустрации. В этом случае суд сравнивает обстоятельства, сопровождающие заключение договора, и вновь возникшие обстоятельства с целью установить, насколько сильно они различаются. Для применения фрустрации исполнение в его коммерческом смысле должно коренным образом отличаться от предусмотренного договором.

Английское право рассматривает валютные риски, такие как инфляция, обесценивание валюты платежа, как риск, который несет кредитор. Суды исходят из того, что если кредитор хочет снять с себя валютные риски, то соответствующие оговорки должны быть сделаны в договоре.

В ГК РК, в отличие от ГК РФ и ряда других государств СНГ отсутствует доктрина «*clausula rebus sic stantibus*», которая позволяет требовать в судебном порядке одностороннего изменения или прекращения договора в связи с существенно изменившимися внешними обстоятельствами (см., например, ст. 451 ГК РФ). Такого рода норма будет иметь своей целью гарантирование защиты договорных обязательств от внешних обстоятельств, влияющих на договор. Может существовать множество обстоятельств, которые находятся вне контроля сторон и способны сделать тщетным первоначальное соглашение сторон: забастовка, война, запрещение, изменение правовых норм (законодательства) и т.д. Таким образом, исполнение условий договора сопряжено с риском. Риски существенного изменения обстоятельств должны возлагаться на одну из сторон либо распределяться между ними. Вместе с тем, стороны не всегда могут предвидеть такие обстоятельства и предусмотреть в договоре правовые механизмы их учета. Поэтому важной задачей является восполнение пробелов в договорах в связи с тем, что стороны не предвидели последующего наступления определенных

изменившихся обстоятельств или, если предвидели, не урегулировали их должным образом.

В связи с этим представляется целесообразным законодательное установление возможности соблюдения экономического баланса интересов контрагентов по договору посредством включения в действующее законодательство нормы о возможности одностороннего изменения и расторжения договоров в судебном порядке в связи с существенным изменением обстоятельств⁴.

3.5. Усовершенствование правил договорной гражданско-правовой ответственности на основе правил «абстрактных убытков» и «недоказанных убытков»

Абстрактные убытки – один из видов убытков в английском праве, под которыми понимается разница в цене (между ценой, установленной в договоре, и текущей ценой на момент расторжения договора).

Взыскание абстрактных убытков получило определенное распространение в судебной практике Казахстана и России, и, в конце концов нашло закрепление в ст. 393¹ ГК РФ «Возмещение убытков при прекращении договора».

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).

Таким образом, весьма своевременным видится следующее высказанное в научной литературе предложение, направленное на совершенствование законодательного механизма расчета убытков за нарушение договоров. Идея состоит в распространении способов исчисления убытков, применяемых при расторжении договора поставки (ст. 477 ГК РК), на другие договоры в предпринимательской сфере. 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 предпринимателями договоров и должны носить универсальный характер.

Другая проблема недоказанных убытков давно стала острой в казахстанской юридической литературе и судебной практике. Пришло время воспринять этот английский вид убытков и включить этот принцип в гражданское законодательство.

⁴ В России этот институт изначально с момента принятия нашел отражение в ст. 451 ГК РФ, в которой предусматривается возможность изменения и расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств или по соглашению сторон, или в судебном порядке. Украине это ст. 652 ГК Украины

В ГК РФ этот вид убытков уже включен. Федеральным законом РФ от 8 марта 2015г №42-ФЗ. Пункт 5 ст. 393 ГК РФ 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 степени 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».

Внедрение в казахстанское гражданское законодательство правила, согласно которому при невозможности установления размера убытков с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда, существенно упростит бремя доказывания таких убытков, передав соответствующий вопрос на усмотрение суда.

Необходимо также законодательное обеспечение прозрачных и простых правил расчета упущенной выгоды в тех случаях, когда лицо, нарушившее обязательство, получило вследствие этого необоснованные доходы, а также законодательное предписание о возможности взыскания упущенной выгоды только исходя из первого цикла потерь.

3.6. Введение в гражданское законодательство регулирования получивших широкое распространение в договорной практике условий, предусматривающих заверения об обстоятельствах (representations and warranties)

Заверения в английском праве довольно тщательно разработаны.

Существует несколько видов заверений, по каждому из которых имеется прецедентная практика:

- 1) просто слова (mere representations);
- 2) просто мнение (mere opinion);
- 3) мнение специалиста (expert opinion);
- 4) торговое преувеличение (trade puff);
- 5) торговое преувеличение «сприцепом» (puff with a specific promise attached);
- б) ввод в заблуждение (искажение фактов – misrepresentations).

Первые три вида заверений в договор не попадают. А три последних вида попадают, причем иногда даже тогда, когда в письменном договоре они не отражены.

В казахстанской договорной практике к заверениям, данным до заключения договора, относятся в целом отрицательно. В договор нередко включают оговорки о том, что после подписания договора все предыдущие устные и письменные соглашения, переписка, переговоры теряют силу.

Отдельные элементы английского института заверения можно включить в казахстанское законодательство. При этом можно воспользоваться опытом России⁵.

3.7. Совершенствование правил о судебном толковании условий гражданско-правового договора

Средневековые европейские юристы индуцировали общий принцип «*interpretatio contra proferentem*» («толкование против предложившего»), согласно которому неясное условие договора должно толковаться против того, кто при заключении договора его предложил, и соответственно в пользу того, кто его принял. С тех пор этот принцип получил широкое развитие в европейском, английском и американском праве, традиционно закрепляется в актах международной унификации договорного права и постепенно превратился в некое общее место, банальную истину, знакомую любому юристу.

В гражданском законодательстве РК принцип *contra proferentem* не предусмотрен. Между тем, это правило, согласно которому при некоторой неясности того или иного положения договора оно толкуется против той стороны, которая составляла проект договора, значительно упрощает судебную и арбитражную практику, связанную с толкованием судом отдельных неясно сформулированных договорных условий.

В этой связи предлагается рассмотреть два варианта закрепления принципа «*contra proferentem*» в отечественном ГК:

- широкий – путем внесения соответствующего правила в ст. 392 ГК РК «Толкование договора» и, как следствие, его распространение на все без исключения гражданско-правовые договоры;

- усеченный – путем его внесения в ст. 389 ГК РК «Договор присоединения» и, как следствие, распространение соответствующего принципа только на договоры, условия которых определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах.

При этом наиболее предпочтительным представляется первый вариант.

⁵Федеральным законом от 8 марта 2015г №42-ФЗ в ГК РФ была включена ст. 431 «Заверения об обстоятельствах». В ней закрепляется, что «сторона, которая при заключении договора либо до или после его заключения дала другой стороне недостоверные заверения об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения (в том числе относящихся к предмету договора, полномочиям на его заключение, соответствию договора применимому к нему праву, наличию необходимых лицензий и разрешений, своему финансовому состоянию либо относящихся к третьему лицу), обязана возместить другой стороне по ее требованию убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку.

Предусмотренная настоящей статьей ответственность наступает, если сторона, предоставившая недостоверные заверения, исходила из того, что другая сторона будет полагаться на них, или имела разумные основания исходить из такого предположения».

Кроме того, в ряде случаев допускается требование об отказе от договора или о признании договора недействительным.

Недостоверные сведения, о которых говорится в ст. 431 ГК РФ, как раз подпадают под три последних вида заверений по английскому праву: торговое преувеличение, торговое преуменьшение «с прицепом», ввод в заблуждение.

3.8. Введение в ГК РК независимой гарантии

В ГК РК необходимо ввести отдельную статью о безусловной независимой гарантии аналогичной гарантии по английскому праву. Независимая гарантия может выдаваться как банками (кредитными организациями), так и иными коммерческими организациями. В ГК РК независимая гарантия не предусмотрена. Существует лишь явно недостаточная бланкетная норма п. 4 ст. 331 ГК РК о праве банков второго уровня осуществлять выдачу банковских гарантий и поручительств.

Между тем, независимая гарантия широко распространена в международной практике (см.: Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах от 11 декабря 1995 г (ст. 3), Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 г (ст. 2). Публикация МТП №458).

Такая гарантия является одной из наиболее востребованных финансовых услуг в области обеспечения исполнения обязательств и успешно используется в разных сферах договорных отношений и, прежде всего, в сфере государственных закупок. В отсутствие правовых регуляций судами допускаются ошибки при разрешении споров, связанных с применением такой гарантии.

3.9. Введение в гражданское законодательство регулирования распространенной в договорной практике оговорки от убытков, потерь - «indemnity clause»

В английском праве одной из оговорок о снятии ответственности является «indemnity clause» (оговорка от убытков, потерь).

Стороны договора могут разными способами приобретать права и принимать на себя обязанности в отношении третьих лиц. Например, в договоре в пользу третьего лица две стороны соглашаются сделать что-либо для третьего лица; в гарантии и поручительстве третье лицо соглашается отвечать перед одной стороной договора за обязательства другой стороны. Все эти виды договоров, относящихся к третьим лицам, предусмотрены законодательством Республики Казахстан. Но в деловых отношениях часто возникает ситуация, где одна сторона договора соглашается предохранить другую сторону договора от убытков или ответственности, которые эта вторая сторона может понести перед третьим лицом. В договорном праве западных стран в такой ситуации применяется понятие «indemnity». Договор индемнити Гражданским кодексом РК прямо не предусмотрен.

Индемнити представляет собой соглашение (это может быть отдельный договор или отдельное условие договора), согласно которому одна сторона соглашается защищать другую сторону от убытков, причиненных третьим лицам или от ответственности перед третьими лицами.

Стороны договора могут предусмотреть индемнити, которое наступает при любых конкретных обстоятельствах. Однако можно разграничить два

основных вида индемнити: индемнити от убытков и индемнити от ответственности. Чаще всего условие договора сформулировано достаточно широко и позволяет применять индемнити и в том, и в другом случае. Индемнити от убытков - это обещание одной стороны возместить другой стороне сумму, которую эта вторая сторона заплатит третьему лицу. Индемнити от ответственности - это обещание одной стороны выполнить за другую сторону обязанности в случае, если вторая сторона понесет ответственность перед третьим лицом.

Учитывая, что в договорной практике Казахстана индемнити довольно распространено, полагаем целесообразным внедрение соответствующего правового регулирования в ГК РК⁶.

3.10. Закрепление в ГК применяемый на практике конструкций рамочного и абонентского договоров

Рамочный договор в строгом смысле слова - это, по сути, "черновик" соглашения, отдельные существенные условия которого (прежде всего предмет) не были согласованы, но могут быть согласованы впоследствии. Не случайно второе название этого типа договоров - договоры с умышленно открытыми условиями. Таким образом, договоры-приложения к базовому договору, несмотря на их формальную независимость от базового договора, дополняют его, устанавливая не согласованные ранее условия. После согласования рамочный договор (в строгом смысле слова) уже не может быть признан незаключенным. Согласование может быть выполнено и конклюдентными действиями. Но и до согласования стороны базового договора не могут себя считать полностью свободными от обязательств по причине их неполной детализации в рамочном договоре. В этом плане примечательный прецедент существует в Англии. Был рассмотрен спор о нарушении рамочного договора, по которому одна из сторон обязывалась закупать бензин исключительно у другой стороны по цене, которая будет согласовываться время от времени. Сторона рамочного договора приобрела бензин у третьего лица, что суд квалифицировал как нарушение обязательства, несмотря на то, что цена по рамочному договору так и не была установлена. Суд указал, что в данной ситуации бензин должен был приобретаться у контрагента по рамочному договору по разумной цене.

⁶Английская «indemnityclause» в чистом виде уже предусмотрена в ГК РФ. Ст. 406ГК РФ называется «Возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обязательств». Пункт 1 этой статьи гласит: «1. Стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения».

В казахстанской договорной практике рамочные соглашения получили повсеместное распространение, особенно в сфере поставок.

Согласно устоявшемуся в доктрине подходу, рамочным следует считать договор, по которому стороны обязуются заключить в будущем основной договор (или несколько основных договоров или оформить заявки или какие-либо иные схожие документы), содержащий условие о сроке своего действия, о предмете основного договора (основных договоров), а также некоторые иные условия основного договора (основных договоров). При этом такого рода соглашения следует ограничивать от предварительных договоров.

Так, преимущество конструкции рамочного договора можно увидеть на примере поставки продукции. На момент заключения такого договора его стороны, как правило, не могут четко определить товар, который поставщик будет поставлять, а покупатель принимать и оплачивать. Оформляемый сторонами договор, который они называют договором поставки, является незаключенным, поскольку в нем не согласовано существенное условие о предмете, как того требует ст. 393 ГК РК. На практике это приводит к тому, что суды признают незаключенным сам договор, но считают заключенными разовые сделки купли-продажи, оформленные товарными накладными, заявками или иным похожим образом. В других случаях суды все же признают заключенным договор, если к нему приложены товарные накладные, но при соблюдении определенных условий.

Для решения обозначенных проблем предлагается ввести в общую часть ГК РК отдельную статью, посвященную рамочным договорам.

На основании договора с исполнением по требованию (абонентского договора) абонент вносит определенные, в том числе периодические, платежи или иное предоставление, а исполнитель обязан предоставлять предусмотренное договором исполнение в затребованном количестве или объеме либо на иных условиях, определяемых абонентом. Абонент при этом обязан вносить платежи или предоставлять иное исполнение по абонентскому договору независимо от того, было ли затребовано им исполнение от исполнителя, если иное не предусмотрено законом или договором.

В ГК РК не предусмотрен абонентский договор, вследствие чего суды не понимают специфику такой договорной конструкции и отказывают во взыскании абонентской платы из-за отсутствия акта о фактическом оказании услуг.

При этом абонентские договоры на практике встречаются повсеместно (шведские столы, техобслуживание оборудования и транспорта на случай поломок, техподдержка сайтов, аутсорсинг юридической поддержки, абонементы в бассейн и на фитнес, услуги круглосуточной помощи на дорогах, тарифы сотовой связи или иных телеком услуг и т.п.).

В таких договорах одна сторона обязуется оказывать услуги, выполнять работы или передавать товары в том объеме, который понадобится другой

стороне в течение срока действия договора (в пределах тех или иных лимитов или безлимитно), а за это другая сторона вносит фиксированную плату. Естественно, ее возврат в случае не востребоваания исполнения невозможен.

Договорная конструкция абонентского договора предусматривает внесение платы не за услугу, товар или работы как таковые, а за право их затребовать в необходимом объеме по усмотрению управомоченной стороны (по сути, секундарное право).

Таким образом, в общей части ГК РК необходимо предусмотреть отдельную статью, посвященную абонентским договорам.

4. Механизмы реализации Концепции

Реализация Концепции предполагается на основе таких программных документов, как стратегия «Казахстан – 2050», Концепция правовой политики 2010-2020 и других.

Следует внести изменения и дополнения в действующие законодательные акты Республики Казахстан: в Гражданский кодекс, специализированные законы, регулирующие отдельные институты гражданского права, а также ряд подзаконных актов.

При этом реализация Концепции в рамках обозначенного срока, будет осуществляться посредством законодательных мер в рамках нормотворческой деятельности Правительства Республики Казахстан.

Гражданское законодательство Республики Казахстан должно оказывать регулятивное воздействие на все существующие гражданско-правовые отношения.

5. Ожидаемые результаты

В результате последовательной реализации положений Концепции будет усовершенствована правовая база гражданского законодательства, способствующая дальнейшему системному положительному развитию договорных отношений между участниками рыночной экономики и обеспечивающая благоприятные условия для повышения конкурентоспособности Республики Казахстан.