**ПРОЕКТ**

**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 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 проектном финансировании и секьюритизации», «О концессиях» и др.Отдельного внимания, с точки зрения, рецепции иностранного права, заслуживает развитие в Казахстане исламского финансирования, в ходе которого, по поручению Президента РК, состоялосьвнедрение инструментов исламского банкинга в Республике Казахстан.

 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 созданиев 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 сочтены 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. И, надо отметить, что Казахстан в этом процессе взаимопроникновения и восприятиятех или иных составляющих иностранных правовых культурне являетсяисключением. 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, многиероссийские исследователи (В.С.Белых, С.Л.Будылин, А.Г.Карапетов, Н.Ю. Рассказова, И.Г. Степанян,Е.А.Суханов, Ю.С. Харитонова и др.)отмечают, что в процессе совершенствования гражданского законодательства РФ, в том числе, состоялась масштабная рецепция положений английского права в ГК России, в котором в результате реформы теперь предусмотрены такие классические английские правовые институты, какguaranty, warranty, indemnity, option и escrowи 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).

Выбор английского права на настоящий момент являются одним из наиболее популярных способов определения применимого права при заключении казахстанским компаниями трансграничных контрактов, в том числе, с участием субъектов квазигосударственного сектора. Особенно часто по английскому праву структурируются сделки в области внешнеторговой поставки, а также сделки M&A, прямого инвестирования, соглашения акционеров и иные инвестиционные и корпоративные сделки. Сложившаяся практика обусловлена целым рядом причин, среди которых центральное место занимают высокий уровень разработанности английского права, а также гибкость и диспозитивность его основных институтов.

В сравнительно-правовом ракурсе также интересны Модельные правила европейского частного права (DCFR), которые были изданы в Германии в 2009 году, а в последствии и на русском языке в России (2013 г.). Как утверждает научный редактор русского издания Н.Ю. Рассказова, «DCFR является важным шагом на пути примирения правовых систем гражданского и общего права. Наши сетования на агрессивное проникновение элементов англо-американского права в отечественный правопорядок (как и в право стран континентальной Европы) делу не помогут. Видимо, пришло время признать, что процесс носит объективный характер. И чтобы направить его в "мирное" русло, нужно как минимум сравнить подходы к регулированию сходных институтов, понять "чужую" правовую логику, выделить точки соприкосновения с ней и только на этой основе отрицать либо принимать новшества, которые привносит в развитие континентального права commonlaw. С этой точки зрения трудно переоценить работу, проделанную создателями DCFR. Среди них были представители всех государств - участников Евросоюза, поэтому при разработке DCFR анализировалась и учитывалась практика стран и гражданского, и общего права»[[1]](#footnote-1).

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, дабы 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.

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

1. **Расширение пределов свободы договора, сокращение императивных предписаний законодательства о договорах и сведение их к регулированию лишь тех общественных отношений, которые требуют соответствующего вмешательства государства**

Основополагающим принципом гражданского права является принцип свободы договора, установление пределов которого не теряет своей актуальности еще с XVIII века – периода буржуазных революций (Войназа независимость в США и Великая французская революция), главными идеалами которых были равенство и свобода. С тех пор в основе договорного права европейских государств лежит презумпция диспозитивности правового регулирования договорных отношений. Восновном, подходы европейского законодательства и доктрины к решению проблем, связанных с разделением норм на императивные и диспозитивные, сводятся к тому, что стороны договора вправе по собственному усмотрению определять любые условия договора, в связи с чем абсолютное большинство ном договорного права носит диспозитивный характер. Императивные предписания сохранены там, где требуется соответствующее вмешательство государства и ограничение договорной свободы: антимонопольное регулирование, защита публичных интересов и др.

Весьма широкие границы принципа свободы договора установлены и в Англии. Как и в римском праве, в общем праве договор и свобода формирования его условий играют ключевую роль и в ряде случаев имеют схожее применение. Все чаще в Англии и США принимаются законы в различных областях гражданского права, которые позволяют сторонам соглашения менять содержание предписания. Подобная тенденция актуализирует необходимость установления границ между категориями правовых норм в зависимости от их силы.

Если проводить в данном аспекте сравнительно-правовой анализ положений европейского и английского договорного права с законодательством Республики Казахстан (как России и многих других постсоветских республик), то можно прийти к выводу об использовании нашим законодателем противоположного подхода, презюмирующего императивный характер норм договорного права и возможность интерпретировать то или иное законодательное правило диспозитивно лишь при наличии в нем специальной оговорки, позволяющей отступить приформировании условий договора от законодательного положения:"если иное не предусмотрено соглашением сторон".Другие же нормы, которые не содержат подобного условия, но при этом и не предусматривают прямо своей императивности в виде таких оговорок, как, например, "соглашение об ином ничтожно", "соглашение, ограничивающее это, не допускается" и т.д., считаются все равно императивными, что, безусловно, существенно ограничивает пределы свободы договора, так как такие нормы в договорном праве Казахстана весьма распространены. Не способны кардинально изменить ситуацию и систематические поправки, направленные на расширение границ диспозитивного правового регулирования в гражданском законодательстве, которые обычно сводятся к изменению редакции императивных норм и переводом их в разряд диспозитивных с соответствующим техническим дополнением их оговорками о допустимости соглашения сторон об ином.

Полагаем, что в общей части Гражданского кодекса необходимо установление общего принципа диспозитивности норм гражданского законодательства, направленных на регулирование договорных отношений между участниками предпринимательской деятельности. Соответствующая презумпция не должна будет распространяться на:

1) явно императивные нормы, которые имеют определенно императивную формулировку, как, например:"соглашение об ином ничтожно", "условия договора об отказе от прав, предусмотренных данной нормой, ничтожны", "заключенное заранее соглашение об этом" ничтожно и т.д.;

2)нормы, подразумеваемыеимперативными, когдаправоприменительная практика должна выявлять соответствующие запреты, руководствуясь конкретными сложившимисяобстоятельствами заключения сделки. Главенствующую роль в установлении императивности такого рода норм будет играть суд, опираясь на следующие условия:

- наличие в норме защиты слабой стороны в договоре (потребительские сделки, сделки с монополистами и т.п.);

- ограждение нормой интересов третьих лиц от злоупотреблений договорной свободой;

- защита нормой принципа добросовестности от проявлений злоупотреблений договорной свободой.

- защита нормой публичных (общих) интересов.

-недопустимость искажения существа юридической конструкции, в том числе, грубого нарушения баланса интересов сторон договора.

Введение в казахстанское гражданское законодательство изложенного выше общего принципа позволит обеспечить всестороннюю и гарантированную защиту принципа свободы договора в предпринимательских отношениях и значительно повысит привлекательность казахстанского права для его выбора в качестве применимого в коммерческих контрактах, осложненных иностранным элементом.

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-либопринципиальное 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.

**2.1. Yлгi**

В научной литературе справедливо 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 **«ү**л**г**i» означает «образец».Үлгібудет представлять собой акт судебного органа, утвержденный, например,Высшим Судебным Советом РК (или Международным советом при Верховном Суде РК, или иной организацией, объединяющей в себе практикующих юристов, судей, ученых)и могущий быть использован участниками гражданского процесса в качестве доводов в обоснование своей позиции, которым суд при рассмотрении дела должен дать свою оценку. Yлгіможет быть актом любого судебного органа, выбранный в качестве такового экспертным органом. Постепенноүлгі смогут быть систематизированы по институтам гражданского права.В сборники «Yлгі» 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.Yлгi в предлагаемой концепции отличается от прецедентов как источников права, но позволяет без всякой ломки системы 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.Yлгі – не источник права, не прецедент, а совершенно особое явление, в котором переплетаются практика и доктрина.Yлгі 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 цивилистического 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 «Yлгi»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.

**2.2. Принцип добросовестности**

Принцип добросовестности закреплен в гражданском законодательстве многих стран мира. Однозначно можно отметить, что принцип добросовестности отчасти стал применим в Англии вследствие имплементации Европейского права. Так, например, уже с 1995 года в результате имплементации директивы ЕС в сфере защиты прав потребителей все условия договоров с потребителями в Англии должны соответствовать принципу добросовестности.

Английское право, по своей сути, направлено на получение справедливого решения. Да и исторически концепция добросовестности – good faith абсолютно не чужда английскому праву. Даже наоборот, право equity как раз и создавалось, чтобы сбалансировать формальные подходы, свойственные английскому праву средних веков. И лишь с XVIII века, инкорпорировав нормы equity в общее право, английская правовая система решила отойти от принципа добросовестности в пользу предсказуемости, неотступно следуя принципу свободы договора.

Однако, уже начиная с середины XIX века прослеживается поступательное движение на применение более гибких подходов.

С точки зрения сравнительного правоведения особо отмечается роль института impliedterms (подразумеваемые условия), frustration(тщетность договора) и estoppel (утрата права ссылаться на какие-либо факты в обоснование своих притязаний) являются основными инструментами, используя которые английское право отходит от формального подходов открывает возможность судам выходить за рамки предусмотренных в договоре условий.

Согласно п. 4. ст. 8 ГК РК,  граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели - также правила деловой этики. Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором. Добросовестность, разумность и справедливость действий участников гражданских правоотношений предполагаются.

В соответствии с данной нормой, добросовестность в РК не возведена в разряд основных начал гражданского законодательства (ст. 2 ГК РК) и сведена к требованиям, предъявляемым к гражданам и юридическим лицам при осуществлении ими гражданских прав.

Между тем, принцип «добросовестности» был известен еще римскому праву, где появился и получил свое дальнейшее развитие. В римском праве во многих случаях и в качестве общего правила судье рекомендовалось разбирать дело exfidebona, а участникам гражданского оборота определять и строить свои взаимные отношения так, как принято среди честных, добропорядочных людей: utinterbonosagieroportet.

Принцип добросовестности является устоявшимся стандартом для многих стран и давно закреплен во многих законодательствах. Так, в европейском праве проблема злоупотребления решается с опорой на нравственно-правовые нормы справедливости, добросовестности, разумности.

В Модельных правилах европейского частного права добросовестность и честная деловая практика означают 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.

 В Германском гражданском уложении устанавливается запрет на реализацию права против «добрых нравов», или обязанность исполнять обязательства с учетом «добрых нравов»: «Должник обязан так исполнить свои обязательства, как этого требуют надежность и доверие с учетом обычаев правового оборота» (§ 242 Германского гражданского уложения).

В Греции защита прав и свобод напрямую зависит от того, насколько эти права и свободы не нарушают Конституцию и «добрые нравы» о чем говорится ст. 5 Конституции Греции, а осуществление любого права запрещается, если оно выходит за пределы понятий «доброй совести», «добрых нравов» или социально-экономической цели права (ст. 281 Гражданского кодекса Греции).

Требования добросовестного исполнения обязательств содержатся в ст. 762 Гражданского кодекса Португалии: «В ходе исполнения обязательства, так же как и в ходе осуществления права, стороны обязаны действовать добросовестно».

В ст. 2 Швейцарского гражданского уложения закреплено: «Каждый должен осуществлять свои права и исполнять свои обязанности сообразно доброй совести – явное злоупотребление правом не охраняется законом». Статья 6 Французского гражданского кодекса предусматривает запрет на нарушение частными соглашениями законов, затрагивающих общественный порядок и добрые нравы.

Единообразный торговый кодекс США дает нормативное понятие добросовестности, определяя ее как фактическую честность в поведении или по сделке. В ст. 2-103 уточняется, что добросовестность применительно к коммерсанту означает фактическую честность и соблюдение разумных коммерческих критериев честного ведения торговых дел.

Принцип добросовестности и честной деловой практики закреплен в ст. 1.7 Принципов международных коммерческих договоров. При этом стороны не вправе исключить или ограничить эту обязанность. Аналогичным образом решается вопрос и в ст. 1.201 Принципов европейского договорного права.

Одним из основных общих принципов Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. является принцип соблюдения добросовестности в международной торговле (п. 1 ст. 7).

В Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров часто указывается также на применение принципа разумности при оценке поведения сторон (ст.ст.8, 18, 25, 33-35, 37, 39, 43, 47-49, 60, 63-65, 72,73, 75-77, 79, 85-88), обязанность сторон принять разумные меры к уменьшению ущерба, вызванного нарушением обязательства контрагентом (ст.ст. 77, 85-88).

 Таким образом, указание на добросовестность, как на общий принцип гражданского права, позволило бы усилить действие принципа добросовестности в гражданском законодательстве и оказать положительное влияние на состояние гражданского оборота и защиту прав его участников, а также расширить пределы судейского усмотрения, когда от суда требовалось бы рассмотрение дел, руководствуясь принципом добросовестности. Кроме того, введение в ст. 2 ГК РК принципа добросовестности обеспечило бы соответствующую корреляцию с нормой п. 2 ст. 5 ГК РК, согласно которой права и обязанности сторон определяются, исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости (аналогия права).

Наконец, полагаем необходимым дополнить ст.8 ГК РК указанием на обязанность носителя права действовать справедливо, добросовестно и разумно не только при осуществлении права, но и при его установлении, когда таковое производится по усмотрению сторон правоотношения.

Вместе с тем, необходимо нейтрализовать риск чрезмерного и излишнего применения принципа добросовестности в судебной практике.Здесь ключевая роль должна быть отведена Верховному Суду РК, который должен организоватьизучение практики применения принципа добросовестности иностранными судами. В процессе же законотворческой работы требуется детально разъяснить цели законодателя и особенности применения соответствующей новеллы. Верховный суд РК должен быть готов быстро реагировать на применение принципа добросовестности на местах и проводить серьезную работу в сфере обобщения практики по этим вопросам и выработки единых позиций.

**2.3. Последствия злоупотребления правом и нарушения требований добросовестности, разумности и справедливости**

С учетом указания на требование добросовестности участников гражданских правоотношений как общий принцип гражданского права (см., пожалуйста, предыдущий подпункт Концепции), а также уже появившееся в ГК РК требование о запрете извлекать какие бы то ни было преимущества из недобросовестного поведения, следует детализировать правовые последствия недобросовестного поведения, установленные ст. 8.

В частности, к действиям, направленным на обход закона с противоправной целью должны применяться те же последствия, что и при злоупотреблении правом.

Необходимо законодательно расширить последствия несоблюдения императивных требований, установленных п.п. 3-5 ст. 8 ГК РК, прямо установив, что, eсли злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков. Кроме этого, необходимо предусмотреть, что в законодательных актах могут устанавливаться и иные последствия злоупотребления правом и (или) нарушения принципов добросовестности, разумности и справедливости.

Текущая ситуация, сложившаяся в Казахстане в части применения ст. 8 усугубляетсяеще и тем, что согласно Комментарию к общей части ГК РК под ред. М.К. Сулейменова, единственным последствием нарушения пределов осуществления субъективного права является отказ судом в защите права. Это, по мнению авторов комментария, касается и нарушения интересов третьих лиц, и причинения ущерба окружающей среде, и нарушения принципов добросовестности, разумности, справедливости, и злоупотребления правом. Все остальные меры права: и возмещение убытков, и понуждение к совершению действия, и признание сделки недействительной, и другие меры находятся за пределами ст.8 ГК, которая регулирует только условия и порядок отказа в защите права. Если злоупотребление правом представляет собой правонарушение, то применение последствий правонарушения наступают не по правилам ст. 8 ГК, а по нормам о возмещении убытков (ст.ст. 9, 350 ГК), о признании сделок недействительными (ст.ст. 157-162 ГК) и т.д.

Такое истолкование положений ст. 8 чрезмерно ограничительно и, по сути, сводит на нет правовые способы защиты от злоупотребления правом и (или) недобросовестного поведения. В связи с этим, полагаем необходимым включить в ст. 8 норму, согласно которой нарушение установленных ею запретов может повлечь как судебный отказ в защите права, но и иные меры, предусмотренные законодательными актами. Но в случае, если злоупотребление правом (недобросовестное поведение) повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков.

 **2.4. Оценочные понятия**

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 оценочных понятиях более ярко, выпукло предстает глубинная сущность, дух права, чем в формально-определенных юридических фактах.

Следует отметить, что действующее гражданское законодательство РК не предоставляет достаточную свободу для судебного усмотрения. На самом деле, в Казахстане она значительна уже, чем, скажем, в России и, тем более, в Англии и стран Европы. Поэтому вопрос о расширении существующих законодательных пределов свободы судебного усмотрения путем расширения спектра законодательного использования оценочных понятий, представляется крайне актуальным.

1. **Введение понятия корпорации изаконодательного регулирования корпоративных отношений, корпоративных актов и корпоративный соглашений, упорядочивание ответственности должностных лиц корпораций и разработка основ холдингового законодательства**

Закон Великобритании о компаниях (CompaniesAct 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. Карагусов и другие), в целом, сходятся во мнении о необходимости совершенствования правового регулирования деятельности корпоративных объединений. Большой задел для разработки корпоративного права в Казахстане был создан 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 права[[2]](#footnote-2)).

В этой связи понятие корпорации, в форме которой выступаюткомпании, 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 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 ктакого 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.

При разработке норм о корпоративных соглашениях следует учестьраспространенный в английской правоприменительной практике опыт разрешения «Тупиковых ситуаций»; регламентировать порядок и пределы установления корпоративными соглашениями условий распоряжения акциями АО и др.

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. Этипредписания, 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 ограниченнойи дополнительной ответственностью»(и прочих, основанных на членстве, организаций) об ответственности должностных лиц между собой не согласованы, в то время как они должны быть едиными.Имущественная ответственность должностных лиц корпорацийдолжна 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» (DurchgriffhinterdengesellschaftsrechtlichenSchleier), в американском праве – «прокалывание корпоративной маски» (PiercingCorporateVeil)».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 лиц[[3]](#footnote-3).

Необходимости дальнейшей разработки в Казахстане законодательства, регламентирующего внутрихолдинговые отношения, усиления ответственности звеньев холдинговой цепи и регламентации управленческих корпоративных отношений уделяетсязаметное 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 идеятельности 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, тотакой подход позволит в полной мере урегулировать холдинговые отношения, поскольку законодательство стран СНГ в этой области будет унифицировано.

В любом случае, следует внедрить в законодательство универсальное понятие холдингов; рассмотреть возможность законодательной регламентации назначения внутри холдинговой группы так называемого «ответственного участника»; детально урегулировать порядок и особенности деятельности холдингов, в том числе в сфере налогового и антимонопольного государственного регулирования.

Также представляется целесообразным заимствовать из Закона Великобритании о компаниях (2006) нормы, предусматривающие возможность выкупа акций АО по требованию лица, которому единолично или совместно с аффилиированными лицами принадлежит более 95% акций общества. Указанные поправки способствовали бы законодательной защите от злоупотребления миноритарными акционерами своими правами.

1. **Определение значения обещания в качестве юридического факта гражданского права и введение в казахстанское законодательство английского правового принципа «эстоппель»**

 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 контексте ограничения возможности ссылаться на недействительность сделки, стороной, которая своим поведением показывала, что сделка будет действительной наиболее важными инструментами представляются*promissoryestoppel, estoppelbyrepresentation и proprietaryestoppel*. Первый институт действует в области договорного права. Лицо не может использовать свое право, если оно своим поведением вызвало у контрагента обоснованное ожидание того, что она этим правом воспользуется. Лицо, начавшее исполнение сделки не может ссылаться на ее недействительность, если оно знало о возможности оспаривания сделки и вело себя так, что у другой стороны возникло обоснованное и правомерное ожидание того, что сделка будет исполнена.

*Promissoryestoppel* не может создавать новых прав для сторон правоотношения. Его исключительная функция ограничить возможность использования существующего права, поэтому он предполагает наличие первоначальных правоотношений между сторонами. В этом заключается существенное отличие английского права от других правовых систем общего права. Так, в американском и австралийском праве *promissoryestoppel* порождает также основные обязанности.

Применение *promissoryestoppel* предполагает наличие явного заявления или обещания, в котором выражено намерение не использовать свое право. В определенных случаях молчание и бездействие может также трактоваться как заявление или обещание.

Заявление или обещание должно оказать влияние на поведение другой стороны правоотношений. Это однако не означает, что заявление или обещание должно быть исключительным основанием для решения контрагента.

E*stoppelbyrepresentation,* в соответствии с английским правом, распространяется лишь на заявления, сделанные до заключения договора. Так например, *еstoppelbyrepresentation* возможен лишь в случае, если заявление несет убытки получателю, тогда как *promissoryestoppel* убытков не предполагает. Однако, условия возникновения *promissoryestoppel* и *estoppelbyrepresentation*совпадают. В обоих случаях требуется, чтобы одна из сторон сделки своим поведением вызвала оправданные ожидания другой стороны, однако, впоследствии повела себя вопреки своему поведению. В этих случаях возможно, что сторона не сможет оспорить сделку, которая по сути была оспоримой. А в случаях *estoppelbyrepresentation*не сможет сослаться на свое право расторгнуть сделку в одностороннем порядке либо потребовать возмещения ущерба из-за предоставления недостоверной информации – *misrepresentation*. Так как *misrepresentation*является институтом деликтного права, очевидно что действие *estoppel*выходит далеко за пределы договорного права. Необходимо отметить, что сфера применения *estoppel*в последнее время существенно расширилась, и суды, учитывая усложняющиеся правоотношения, все чаще прибегают к использованию этого института, хотя сфера применения остается ограниченной, так как estoppel by representation не предоставляет права требования.

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 английском 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.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 promissoryestoppel - 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 законодательством[[4]](#footnote-4).

1. **Дополнение Гражданского кодекса РК оговоркой о неизменности обязательств «Сlausularebussicstantibus»**

 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».

 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 правопорядков, 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, регулирующую 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 *«clausularebussicstantibus****»***, 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 обстоятельств[[5]](#footnote-5).

1. **Усовершенствование правил договорной гражданско-правовой ответственности**

Исследование подходов регулирования ответственности за нарушение договорных обязательств, сложившихся в английском праве, получившем наибольшее распространение в казахстанской договорной практике, опосредующей отношения с иностранным элементом, видится весьма перспективным в целях обогащения и совершенствования на его основе соответствующих положений Гражданского кодекса РК. В сравнительно-правовом ракурсе также весьмаинтересны Модельные правила европейского частного права (DCFR).

В гражданском праве Казахстана институт имущественной ответственности за нарушение договорных обязательств определенно сохраняет свою актуальность. Об этом свидетельствуют и постоянный научный интерес правоведов к проблемам регулирования гражданско-правовой ответственности, и систематические поправки в отечественное законодательство, направленные на усовершенствование мер ответственности участников гражданского оборота[[6]](#footnote-6), 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 кновым типам договорных связей, складывающихся в условиях рынка и привлечения в страну иностранных инвестиций, что подразумевает необходимость их совершенствования по двум 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, расширение пределов осуществления судейскогоусмотрения, которое должно явиться гарантией справедливого рассмотрения споров об ответственности за нарушение договора и защиты интересов добросовестных участников гражданского оборота.

**6.1. Компенсационный характер ответственности за нарушение договора**

Правила ответственности за нарушение договора в Англии сформулированы, в основном, в «Judgemadelaw» (праве, созданном на основе судебной практики). При возмещении убытков в доктрине англо-американского права, прежде всего, выделяют так называемый "Положительный договорный интерес" (expectancyinterest), 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 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)[[7]](#footnote-7).

Полагаем необходимым ввести соответствующую норму в п. 4 ст. 9 ГК РК в целях усиления компенсационного принципа гражданско-правовой ответственности.

**6.2. Состав и доказывание убытков**

Общее правило, относящееся к убыткам, состоит в том, что понесенные убытки должны быть взысканы. На основании законодательства Казахстана убытки состоят из реального ущерба и упущенной выгоды. Реальный ущерб означает расходы, которые произведены или будут произведены лицом, чье право нарушено, утрату или повреждение его собственности. Упущенная выгода определяется, как выгода, которую лицо могло бы получить при нормальных условиях оборота, если бы его право не было нарушено (п. 4 ст. 9 Гражданского кодекса РК).

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 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[[8]](#footnote-8). 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[[9]](#footnote-9).

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.

Следующее правило, нашедшее свое закрепление в английском праве, обычно именуется «абстрактными убытками» и заключается в том, что мера убытков презюмируется равной разнице между договорной ценой и рыночной ценой на момент нарушения договора[[10]](#footnote-10). Адаптируя указанный английский 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 заменяющейсделке, 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 текущей ценой, существующей в момент прекращения договора, а также дополнительные убытки»[[11]](#footnote-11).

По поводу категории «абстрактных убытков» М.И. Брагинский и В.В. Витрянский справедливо указывают, что в силу существующих общих норм суды и так имеют право по требованию заинтересованной стороны использовать правило цены заключенной взамен сделки и текущей цены[[12]](#footnote-12). Но было бы нелишним закрепить соответствующее правило законодательно.

Следующий аспект рассматриваемой проблемы 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.

Согласно части второй п. 2 ст. 15 Модельного Гражданского кодекса для государств – участников Содружества Независимых Государств, принятого Постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств - участников Содружества Независимых Государств (г. Санкт-Петербург, 29 октября 1994 года)[[13]](#footnote-13) прямо предусмотрено право кредитора на взыскание упущенной выгоды в размере не меньшем, чем необоснованные доходы нарушителя. Аналогичная норма воспроизведена в ст. 15 ГК РФ.

На основе заимствования данных правил, в частности, предлагается установить в ГК РК норму, согласно которой, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, то лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы. Предлагаемый способ расчета упущенной выгоды позволит усилить ответственность за нарушение договорных обязательств и смягчить бремя доказывания упущенной выгоды. Рассмотрим условную ситуацию. Если поставщик не исполнил свое обязательство по поставке товара, то у покупателя, по общему правилу, есть право обосновать и взыскать и реальный ущерб, и упущенную выгоду. Бремя доказывания будет лежать на покупателе. Если же поставщик не исполнил обязательство по поставке индивидуализированного товара на сумму 1 млн. тенге, но при этом установлено, что он продал товар, являвшийся предметом соответствующей поставки, другому лицу за 1,5 млн. тенге и извлек из этого необоснованный доход в размере 0,5 млн. тенге, то у потерпевшей стороны (покупателя) появляется дополнительная возможность взыскать упущенную выгоду в размере суммы необоснованного дохода, полученного другой стороной.

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 всего дохода, который необоснованно получили лица, причинившие обществу убытки.

**6.3. Заведомо оцененные убытки**

Альтернативой взысканию компенсационных убытков, по английскому праву, является взыскание заранее оцененных убытков (liquidateddamages) 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 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)[[14]](#footnote-14).

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.

Мы полагаем, что 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. Наряду с этим необходимо предусмотреть и право суда скорректировать соответствующую сумму, если она явно несправедлива и несоразмерна фактическим убыткам потерпевшего.

В казахстанском законодательстве подобное дискреционное полномочие суда предусмотрено лишь в ст. 297 ГК РК, делегирующей суду право по требованию должника  снизить размер неустойки, если ее размер чрезмерно велик по сравнению с убытками кредитора. При этом такие обеспечительные средства, как задаток и гарантийный взнос, денежные суммы которых, определяемые в договорах на основании свободного усмотрения сторон, также могут значительно превышать фактические убытки кредитора, не предусматривают право суда на снижение их размера. Думается, что право суда на снижение согласованного в договоре платежа за нарушение обязательства должно носить универсальный характер и delegeferеnda подлежит распространению, в том числе и на суммы задатка и гарантийного взноса.

 Необходимо также законодательное предписание о возможности взыскания упущенной выгоды только исходя из первого цикла потерь.

1. **Преддоговорная ответственность**

Идея преддоговорной ответственности (*culpaincontrahendo*) 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[[15]](#footnote-15).

К идее преддоговорной ответственности, развитой германским гражданским правом, близка доктрина promissoryestoppel 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 (impliedpositivedutytonegotiateingoodfaith) и приложить все усилия, чтобы довести переговоры либо до их успешного завершения, либо до добросовестного отказа от них.

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 *culpaincontrahendo*, 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, 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 можно рассматривать возможность использования потенциаладеликтного права Казахстана. Тем самым, в отличие от немецкого права, не распространять действие договорного права на преддоговорные отношения, а последовать английскому опыту в области *representations*.

В этих целях деликтное право Казахстана должно предоставлять достаточный инструментарий для разрешения всех потенциальных проблем, ведь причина распространения договорного права на преддоговорные отношения в Германии заключалась в ограниченности арсенала деликтного права.

Таким образом, в вопросах возмещения ущерба за нанесение вреда во время подготовки договора казахстанское право может пойти по пути совершенствования в этой частиделиктного права. В этой связи целесообразным представляется также изучение опыта Франции, где преддоговорные отношения являются вопросом регулированияделиктного права.

1. **Введение в гражданское законодательство регулирования получивших широкое распространение в договорной практике условий, предусматривающих заверения об обстоятельствах (representationsandwarranties)**

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 (mereopinion);
3. мнение специалиста (expert opinion);
4. торговое преувеличение (trade puff);
5. торговоепреувеличение «сприцепом» (puffswithaspecificpromise

attached);

1. 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 типа, 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 России[[16]](#footnote-16). Вместе с тем, представляется необходимым предусмотреть, чтоправовые последствия наступают лишь на основании таких заверений, которые предусматривают ясное намерение лица, сделавшего заверение, создать для себя тем самым обязательства или иные юридические последствия.

1. **Совершенствование правил о судебном толковании условий гражданско-правового договора**

 Средневековые европейские юристы индуцировали общий принцип «interpretatiocontraproferentem» («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. C 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 contraproferentemне 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 «contraproferentem» 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.

1. **Введение в ГК РК независимой гарантии**

В ГК РК необходимо ввести отдельную статью о безусловной независимой гарантиианалогичного 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 1995г (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.

1. **Введение в гражданское законодательство регулирования распространенной в договорной практике оговорки от убытков, потерь - «indemnityclause»**

 В английском праве одной из оговорок о снятии ответственности является «indemnityclause» (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 РК[[17]](#footnote-17).

1. **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.

 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 отграничивать 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 затребованных 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 невостребования 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.

1. # Рассказова Н.Ю. (ред.). Модельные правила европейского частного права. М.: Статут, 2013. С. 3.

 [↑](#footnote-ref-1)
2. 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 партнёрства, производственные и потребительские кооперативы, общественные организации, ассоциации (союзы), товарищества собственников недвижимости, [казачьи общества](https://ru.wikipedia.org/w/index.php?title=%D0%9A%D0%B0%D0%B7%D0%B0%D1%87%D1%8C%D0%B5_%D0%BE%D0%B1%D1%89%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE&action=edit&redlink=1), 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. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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. 53ГК 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 «onemancompany», 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. [↑](#footnote-ref-3)
4. 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 эстопель, как его определяют российские исследователи. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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. В Украине это предусмотрено в ст. 652 ГК Украины. [↑](#footnote-ref-5)
6. В этом аспекте нельзя, в частности, не упомянуть недавно принятый в РК Закон «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. В ходе его разработки и обсуждения предлагались и рассматривались многие прогрессивные новеллы, которые, к сожалению, в итоге не попали в финальную редакцию этого Закона. [↑](#footnote-ref-6)
7. # Модельные правила европейского частного права. М.: Статут, 2013. С. 119.

 [↑](#footnote-ref-7)
8. 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. А.Г. Диденко. – Алматы: Раритет, Институт правовых исслед. и анализа, 2008. – С. 264. [↑](#footnote-ref-8)
9. Принципы международных коммерческих договоров: Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 229. [↑](#footnote-ref-9)
10. SaleofGoodsAct 1979. [↑](#footnote-ref-10)
11. # Модельные правила европейского частного права. М.: Статут, 2013. С. 119, 120.

 [↑](#footnote-ref-11)
12. См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. 2-е изд. М., 2003. С. 123. [↑](#footnote-ref-12)
13. Модельный Гражданский кодекс для государств - участников Содружества Независимых Государств от 29 октября 1994 года // ИС «Параграф». [↑](#footnote-ref-13)
14. # Модельные правила европейского частного права. М.: Статут, 2013. С. 122.

 [↑](#footnote-ref-14)
15. Jhering, R. Culpa in contrahendooderSchadensersatzbeinichhtigenzurParfektiongalangtenVertragen, In: JheringsJahrbucher, Bd. 4. 1861. [↑](#footnote-ref-15)
16. 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. 431ГК РФ, как раз подпадают под три последних вида заверений по английскому праву: торговое преувеличение, торговое преувеличение «с прицепом», ввод в заблуждение. [↑](#footnote-ref-16)
17. Английская «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». [↑](#footnote-ref-17)