



С.И. КЛИМКИН

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО  
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН:  
ЗИГЗАГИ НОРМОТВОРЧЕСТВА**



**GRATA**  
INTERNATIONAL

С.И. Климкин

# ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: ЗИГЗАГИ НОРМОТВОРЧЕСТВА

«ТҰРАН» УНИВЕРСИТЕТІНІҢ

ОҚУ ЗАЛЫ 00226549



АЛМАТЫ  
«ЖЕТІ ЖАРҒЫ»  
2019

УДК 347.1  
ББК 67.404  
К 49

**Климкин С.И.**

**К 49 Гражданское право Республики Казахстан: Зигзаги нормотворчества.** – Алматы: Жеті Жарғы, 2019. – 252 с.

ISBN 978-601-288-137-0

В настоящем издании собраны материалы, опубликованные автором в разные периоды в казахстанских юридических журналах и сборниках, российских изданиях, озвученные в выступлениях на конференциях, семинарах и «круглых столах».

Необходимость консолидации в одном издании этих публикаций продиктована тем, что не все из них в свое время оказались доступными для читателя, особенно для студентов и магистрантов юридических вузов и факультетов. Такого рода их объединение поможет отследить развитие национального законодательства по обозначенным темам, а также сделать вывод, в какой мере наука может оказывать влияние на нормотворчество.

**УДК 347.1**  
**ББК 67.404**

ISBN 978-601-288-137-0

© Климкин С.И., 2019  
© ТОО «Жеті Жарғы», 2019

**От автора** ..... 5

**Общие вопросы гражданского права**

Некоторые вопросы состояния гражданского законодательства  
 Республики Казахстан на современном этапе ..... 6

О некоторых путях совершенствования законодательства  
 Республики Казахстан ..... 17

Императивность в регулировании гражданско-правовых  
 отношений (полемиические заметки) ..... 23

О соотношении права и понятий «мораль» и «нравственность» ..... 30

Законодательство и договор в свете коллизий налогового и  
 гражданского права (налоговый договор: да или нет?) ..... 35

Внеуставные сделки по законодательству Республики Казахстан ..... 41

Анализ возможности имплементации отдельных положений  
 англо-саксонской правовой системы в гражданское  
 законодательство Республики Казахстан ..... 52

Анализ отдельных юридических фактов в корпоративных  
 отношениях на примере законодательства о ТОО ..... 55

Гражданское право и цифры-2 ..... 62

Закон позволяет акиматам выиграть любой тендер ..... 70

**Юридические лица**

Система юридических лиц на современном этапе ..... 77

Комментарий к Закону Республики Казахстан от 12 января 2007 г.  
 «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс  
 Республики Казахстан (Общая и Особенная части)» ..... 81

Комментарий к нормативному постановлению Верховного Суда  
 Республики Казахстан № 2 от 10 июля 2008 г. «О некоторых  
 вопросах применения законодательства о товариществах с  
 ограниченной и дополнительной ответственностью» ..... 88

Вопросы права преимущественной покупки доли в уставном  
 капитале ТОО ..... 96

И за державу обидно, и за ТОО, или чему не учит история ..... 102

Исполнительный орган товарищества с ограниченной  
 ответственностью (срок полномочий и ответственность) ..... 106

Корпорации и корпоративное право в Казахстане: что включают в себя эти понятия .....	112
Перерегистрация организации.....	117
Закон РК от 24 декабря 2012 г.: новеллы в законодательстве о товариществах с ограниченной ответственностью.....	122
Вопросы правового положения сельскохозяйственных кооперативов.....	127
Товарищество с ограниченной ответственностью: чем дальше, тем меньше и хуже (имплементация акционерного законодательства в законодательство о ТОО) .....	130
Комментарий к нормативному постановлению Верховного Суда РК от 29 июня 2018 г. № 11 «О внесении изменений и дополнений в нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» .....	135

## **Обязательства**

О толковании статьи 413 ГК РК .....	152
Правовое регулирование товарно-биржевой деятельности в Республике Казахстан .....	157
Правовое регулирование договора имущественного найма (аренды) .....	167
Аренда транспортных средств.....	175
Регулирование договора займа Гражданским кодексом Республики Казахстан. Особенности онлайн-займа.....	186
Новое в регулировании договора займа, или может ли Серик взять займы у Берика?.....	192
Правовое регулирование договора хранения .....	195
Правовое регулирование договора франчайзинга в Гражданском кодексе РК .....	206
Проблемные вопросы учредительного договора.....	214
Правовое регулирование обязательств из действий в чужом интересе без поручения .....	217

## **Арбитраж**

Право на арбитражную защиту .....	221
Нетипичные споры в практике казахстанских арбитражных и третейских судов .....	225
Отдельные случаи в практике казахстанских арбитражей .....	232
Вина в неисполнении (ненадлежащем исполнении) договора .....	238
Прекращение арбитражного разбирательства.....	246

## ОТ АВТОРА

В настоящем издании собраны материалы, опубликованные нами в разные периоды в казахстанских юридических журналах и сборниках, российских изданиях, озвученные в выступлениях на конференциях, семинарах и «круглых столах». При этом они сгруппированы по темам: «Общие вопросы гражданского права», «Юридические лица», «Обязательства» и «Арбитраж».

Необходимость консолидации в одном издании этих публикаций продиктована тем, что не все из них в свое время оказались доступными для читателя, особенно для студентов и магистрантов юридических вузов и факультетов. Такого рода их объединение поможет отследить развитие национального законодательства по обозначенным темам, а также сделать вывод, в какой мере наука может оказывать влияние на нормотворчество.

Тот факт, что работа представляет собой сборник ранее опубликованных материалов, требует от читателя учитывать даты их публикаций с тем, чтобы возникало объективное восприятие их содержания с учетом существовавших на тот момент правовых и социальных реалий. При этом в отдельных случаях мы сделали ссылки на действующее на день выхода книги законодательство.

Название сборника выбрано неслучайно. У нас есть много замечаний к качеству актов гражданского законодательства: начиная с элементарной небрежности при их разработке, нарушений требований к юридической технике и заканчивая самой целесообразностью принятия того или иного нормативного правового акта.

Данное издание является уже третьим опытом такого рода. Так, в 1998 году в издательстве «Баспа» вышла работа «Развитие законодательства Казахстана о предпринимательстве: сборник статей», в 2004 году – «Юридические лица (сборник статей)» в издательстве «НОРМА-К».

В этой связи надеемся, что и настоящий сборник окажется интересным и полезным широкому кругу читателей.

Выпущено при активной поддержке Юридической фирмы «GRATA International».

# ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

## НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СОСТОЯНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

*Опубликовано:*

*Гражданское законодательство Республики Казахстан:*

*Статьи, комментарии, практика*

*/ Под ред. А.Г. Диденко. Вып. 13. –*

*Алматы: Аркаим, 2002*

Приступая к исследованию, хотя бы беглому, обозначенной темы, мы отдавали себе отчет в серьезности объекта исследования. Не только потому, что в казахстанской юридической литературе по этому вопросу представлена в подавляющем объеме лишь так называемая официальная позиция (то есть мнение (-я) членов рабочей группы по подготовке проекта Гражданского кодекса Республики Казахстан). «Неофициальных» публикаций – единицы. К слову, в России уже на протяжении шести лет высказываются несовпадающие суждения о роли, месте и качественности Гражданского кодекса РФ.

Вторая причина – в важности исследуемой проблемы. В этой связи ниже мы представляем свое видение по четырем вопросам:

1. О юридической силе Гражданского кодекса РК;
2. О системе гражданского законодательства РК;
3. О принятии и введении в действие ГК (Особенная часть);
4. О соотношении Общей и Особенной частей ГК РК.

### **1. О юридической силе Гражданского кодекса Республики Казахстан.**

По-разному в свое время отнеслись казахстанские правоведа к содержанию пункта 2 ст. 3 ГК РК (Общая часть). Напомним его в действующей в настоящее время редакции, которая, впрочем, принципиально не изменилась с момента принятия Кодекса: В случае противоречия норм гражданского права, содержащихся в актах законодательства Республики Казахстан, кроме тех, что указаны в пункте 3 статьи 1 настоящего Кодекса, положениям настоящего Кодекса применяются положения настоящего Кодекса. Нормы гражданского права, содержащиеся в законодательстве Республики Казахстан и противоречащие нормам настоящего Кодекса, могут применяться только после внесения в Кодекс соответствующих изменений.

Руководители рабочей группы по разработке проекта Гражданского кодекса М.К. Сулейменов и Ю.Г. Басин в 1998 году отмечали, что «для эффективности действия всей системы законов требуется соблюдение, как минимум <...> условий: частные законы должны опираться на общие положения Гражданского кодекса; при обнаружении противоречий между нормами частного закона и нормами Гражданского кодекса применяться должны последние...» /1/.

Иная позиция была занята А.Г. Диденко, который, рассуждая над этим вопросом, за несколько месяцев до принятия Общей части писал, что «весьма сомнительна конституционность решения, когда частный закон содержит норму, ставящую его выше других законов. Установление иерархии законов – это вопрос, который должен решаться Конституцией» /2/.

Закон Республики Казахстан от 17 октября 2001 г. «О внесении изменения и дополнения в Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» попытался разрешить существовавшие в казахстанской цивилистической науке разногласия по этому вопросу. Названным Законом пункт 2 статьи 4 Закона о законе (так нередко называют закон о нормативных правовых актах) дополнен подпунктом 2-1) следующего содержания: «2-1) кодексы Республики Казахстан». Соответственно, в подпункте 3) слова «кодексы Республики Казахстан, законы» заменены словами «законы Республики Казахстан»<sup>1</sup>.

Таким образом, с 3 ноября 2001 г. Гражданский кодекс имеет законодательно оформленное иерархическое преимущество перед иными законами. Однако при всей кажущейся простоте вопроса представляется необходимым его более глубокое рассмотрение.

Отстаивая в свое время идею приоритетности Кодекса перед остальными гражданско-правовыми законами, Ю.Г. Басин, М.К. Сулейменов и Р. Книпер пришли к справедливому выводу о том, что, поскольку поправки в ГК Законом от 2 марта 1998 года вступили в действие позже /3/, чем Закон о нормативных правовых актах, «Гражданский кодекс имеет приоритет перед другими законами, содержащими нормы гражданского законодательства» /4/.

Однако следует отдавать себе отчет в том, что этот приоритет был основан не на иерархическом преимуществе, а вытекал из действительно благородной идеи установления четкого соответствия всего гражданского законодательства общему, кодифицированному акту /5/. Неслучайно, в пункте 2 статьи 3 Кодекса есть норма о необходимости внесения в него соответствующих изменений при возникновении противоречий с вновь принимаемыми законами. То есть Кодекс, причем мудро, не ставит вопрос о своем приоритете категорично, не подвергает сомнению законность

---

<sup>1</sup> В настоящее время этот вопрос регулируется Законом РК от 6 апреля 2016 г. № 480-V «О правовых актах».



возможных противоречий, не говорит о том, что положения новых законодательных актов недействительны. Его цель в другом – в построении гражданского законодательства по принципу последовательного развития положений Кодекса.

Поэтому можно поставить под сомнение обоснованность утверждений М.К. Сулейменова, Ю.Г. Басина и Б.В. Покровского о том, что с введением в действие Закона о нормативных правовых актах стала бессмысленной соответствующая норма пункта 2 статьи 3 Кодекса /6/. Нет, она стала таковой лишь после принятия Закона от 17 октября 2001 года! Теперь Кодексу просто не нужна эта норма. Более того, она ему, как ни странно, вредна.

Как мы выяснили, с точки зрения иерархии Кодекс теперь выше обычного закона, причем не только гражданско-правового. Поэтому при противоречии между Законом о нормативных правовых актах и Гражданским кодексом должны применяться положения Кодекса /7/. И здесь начинаются проблемы, ведь, согласно пункту 2 статьи 3 Кодекса, в так называемой иерархической лестнице он не претендует на приоритетное место по отношению к иным законам; он имеет лишь «власть авторитета» над гражданско-правовыми законами, но не «авторитет власти» над законами в целом.

Противоречие налицо. Выход один: если принципиально решено «поднять» Кодекс над остальными законами, надо это делать последовательно. Идея сама по себе не новая. По аналогии можно привести заслуживающее упоминания утверждение А.Г. Диденко, высказанное им ещё в 1994 году, накануне принятия ГК (Общая часть): «Я решительный сторонник рассмотрения одновременно с проектом кодекса всех законов, которые подлежат отмене и изменению» /8/. Другими словами, нельзя принимать один закон, не анализируя при этом, какие последствия в отношении иных законов это повлечет. Поэтому, если законодатель решил «поставить» Гражданский кодекс выше обычных законов, следовало бы одновременно исключить из ГК пункт 2 статьи 3. Также, думается, необходимо переименовать (разумеется, с соблюдением соответствующих процедур) Закон о нормативных правовых актах в Конституционный закон, поставив тем самым его в независимое положение от кодексов.

Но и на этом вопросы не заканчиваются. Если кодексы по своей юридической силе, действительно, выше законов, крайне необходимо выявить их принципиальные отличия.

Традиционно считается, что кодексы призваны регулировать большую, объемную, но сходную группу правоотношений /9/. Поэтому они и рассматриваются как кодифицированные акты, некие своды законов. Однако же какой-либо четкой границы между кодексом и законом, как нам представляется, провести нельзя, и об этом подробнее речь пойдет ниже. Отсюда вывод о том, что процесс подбора соответствующего названия для законодательного акта («кодекс» или просто «закон») следует рассматривать как субъективный. Обратите внимание: ранее отношения в жилищной

сфере регулировались Жилищным кодексом, сейчас – Законом о жилищных отношениях, ранее существовал Воздушный кодекс, сейчас действует Указ Президента, имеющий силу закона (далее – и.с.з.), об использовании воздушного пространства и деятельности авиации Республики Казахстан, прежде трудовые отношения регулировались КЗоТ, ныне – Законом о труде, семейные – КоБС, в настоящее время – Законом о браке и семье. И наоборот, налоговые отношения ранее (в советское время) определялись многочисленными законами и указами, Указом Президента, и.с.з., О налогах и других обязательных платежах в бюджет, а 12 июня 2001 года принят Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)»<sup>1</sup>.

Так, все-таки, что определяет наименование законодательного акта, какие критерии должны быть положены в основу принятия соответствующего решения? Опасаемся, что конкретного ответа получить невозможно.

Такое положение не может быть признано обоснованным и еще по одной причине. Как известно, и Конституция, и законы, вносящие изменения и дополнения в Конституцию, и конституционные законы по своей правовой природе также являются законами. Но законодатель их четко отделяет от обычных законов, – например, по процедуре их принятия. Следуя этой логике, следовало бы предусмотреть и процедуру принятия кодексов, отличную от процедуры принятия законов «обычных». Иначе сейчас наблюдается явная непоследовательность авторов идеи «поднятия» кодексов: так, с одной стороны, Кодекс «выше» обычного закона, но, с другой – может быть им изменен или вообще отменен.

## **2. О системе гражданского законодательства Республики Казахстан.**

По этому вопросу также наибольшее распространение получила официальная позиция, которая заключается в следующем: Гражданский кодекс – это «основополагающий и системообразующий законодательный акт» /10/. Иными словами, Кодекс создал единый правовой фундамент, на который должны опираться все нормативные правовые акты, регулирующие и детализирующие особенности отдельных видов гражданских правоотношений.

То есть изначально Кодексу была отведена роль основного регулятора. Именно основного, но не единственного, поскольку отдельные его институты должны были получить свое развитие в иных актах законодатель-

---

<sup>1</sup> В настоящее время указанные отношения регулируются Законом РК от 16 апреля 1997 г. № 94-І «О жилищных отношениях», Законом РК от 15 июля 2010 г. № 339-ІV «Об использовании воздушного пространства Республики Казахстан и деятельности авиации», Трудовым кодексом РК от 23 ноября 2015 г. № 414-V, Кодексом РК от 26 декабря 2011 г. № 518-ІV «О браке (супружестве) и семье», Кодексом РК от 25 декабря 2017 г. № 120-VI «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)».

ства. Так, отдельным организационно-правовым формам юридических лиц в Кодексе посвящено более 50 статей. В то же время у нас имеются законодательные акты, которые подробно регламентируют правовое положение всех форм коммерческих организаций (Указы о хозяйственных товариществах и государственном предприятии, законы о производственном кооперативе, товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью, акционерных обществах). Некоммерческие юридические лица также имеют свою подробную регламентацию (помимо общего закона о некоммерческих организациях, существуют акты, определяющие правовое положение потребительского кооператива, общественных и религиозных организаций и т.д.).

Мы являемся противником такого подхода, по крайней мере, по двум основаниям. Во-первых, нормы Кодекса и соответствующего законодательного акта дублируются, что, как представляется, недопустимо с точки зрения чистоты юридической техники. Во-вторых, в такой ситуации Кодекс элементарно утрачивает свою значимость, поскольку для правоприменительной практики он становится, буквально, ненужным. Мы могли бы привести и другие примеры в подтверждение высказанного суждения (например, нормы Кодекса о банкротстве, о договоре перевозки), показывающие, что многие положения Кодекса перестают действовать напрямую, потому что отпадает необходимость в их применении /11/.

Какие пути выхода из такой ситуации возможны? По нашему мнению, существует два варианта.

Вариант первый: сделать Кодекс по ряду положений отсылочным актом.

Следуя этому, статья 63 ГК РК, например, будет выглядеть следующим образом:

*1. Полным признается товарищество, участники которого при недостаточности имущества полного товарищества несут солидарную ответственность по его обязательствам всем принадлежащим им имуществом.*

*2. Правовое положение полного товарищества определяется законодательным актом.*

Естественно, что в этом случае статьи 64-71 ГК подлежат исключению. Без сомнения, такой подход намного лучше существующего. Но он, как и действующая редакция Кодекса, страдает одним серьезным недостатком, смысл которого мы раскрываем ниже.

Вариант второй: сделать Кодекс, как ни странно это будет звучать, Кодексом /12/.

Нам представляются примечательными слова Б.И. Пугинского, сказанные им в 1993 году, когда в России и других постсоветских республиках велись разработки гражданских кодексов. Он отметил, что действующее гражданское законодательство России нельзя считать кодифицированным

в полном смысле слова. С принятием единого Гражданского кодекса российское законодательство полностью восстановит свой кодифицированный характер /13/.

Словари Даля и Ожегова понимают под кодексом свод законов /14/. Это, на наш взгляд, означает, что Гражданский кодекс призван самостоятельно, безотсылочно регулировать гражданские правоотношения, то есть делать так, как это делают его «коллеги» – Уголовный кодекс и оба процессуальных Кодекса. В противном случае теряется смысл кодификации, регулирование соответствующих правоотношений отдается на откуп специальным законодательным актам, и, как следствие, по целому ряду позиций отпадает необходимость в Гражданском кодексе вообще.

В этой связи считаем, что Кодекс должен содержать в себе по возможности максимальное количество гражданско-правовых норм /15/. Все нормы, содержащиеся в иных гражданско-правовых законах, должны быть включены в ГК.

Этот подход имеет и важное практическое значение, поскольку максимально позволяет собрать в одном нормативном правовом акте гражданско-правовые нормы. Это – большая помощь юристам, на практике применяющим законодательство, включая судей, поскольку они получают возможность безошибочно отслеживать все соответствующие изменения в гражданском законодательстве.

### **3. О принятии и введении в действие ГК РК (Особенная часть).**

1 июля 1999 года произошло событие, которого ждали все казахстанские цивилисты несколько лет, – был принят Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть).

Как отмечают руководители рабочей группы по подготовке проекта ГК РК (Особенной части) М.К. Сулейменов и Ю.Г. Басин, отсутствие Особенной части ГК РК серьезно затрудняло правовое регулирование экономических отношений в республике. Нормы Гражданского кодекса Казахской ССР 1963 года, хотя формально и действовавшего, безвозвратно устарели и прямо противоречили основным принципам рыночной экономики. Основы же гражданского законодательства Союза ССР и республик не были развернутым, детальным законодательным актом, так как содержали лишь общие положения, и к тому же к концу 90-х годов также успели в значительной степени устареть /16/. Это осложняло и затрудняло развитие экономики в упорядоченных цивилизованных границах /17/.

Можно сказать, что у Кодекса (Особенной части) «сложная судьба». Не многие знают, что он был принят казахстанским Парламентом еще 4 февраля 1998 года. Однако 2 марта 1998 года в Конституционный Совет Республики Казахстан поступило обращение Президента страны о рассмотрении на предмет соответствия Конституции Республики Казахстан Гражданского кодекса (Особенной части).

В своем Постановлении от 27 марта 1998 года № 1/2 «Об обращении Президента Республики Казахстан «О соответствии Конституции Республики представленного на подпись Гражданского кодекса Республики Казахстан (особенная часть), принятого Парламентом Республики Казахстан 4 февраля 1998 года» Конституционный Совет указал, что в целом ГК (особенная часть) соответствует нормам Конституции. Вместе с тем, Конституционный Совет посчитал, что не соответствуют Конституции два положения Кодекса в разделе «Международное частное право».

Это, во-первых, пункт 3 статьи 1085, по которому «применение нормы иностранного права не может быть ограничено лишь на том основании, что данная норма имеет публично-правовой характер». Конституционный совет указал, что из этой нормы следует, что на территории Республики Казахстан возможно безусловное применение норм публичного права иностранного государства; тем самым допускается возможное ущемление суверенитета республики в публично-правовых отношениях.

Во-вторых, признано не соответствующим Конституции содержание статьи 1094 Кодекса, по которой «Правительством Республики Казахстан могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении прав граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав граждан и юридических лиц Республики Казахстан». Конституционный Совет указал, что эта норма противоречит конституционному принципу разделения властей, иными словами, принятие указанных решений не входит в компетенцию Правительства страны.

Понятно, что на устранение указанных в Постановлении несоответствий Конституции норм требовалось минимум времени. Однако по «каким-то непонятным и неоправданным обстоятельствам» принятие Кодекса (Особенной части) затянулось до 1 июля 1999 года /18/.

На этом «проблемы» у Кодекса не закончились. Согласно пункту 1 Закона РК от 1 июля 1999 г. «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть)», он вводится в действие с 1 (же! – *прим. автора*) июля 1999 г., то есть с даты его принятия.

Автор помнит психологическую атмосферу, царившую в июле 1999 г. в судах республики. Ведь судьи, согласно названному Закону, были обязаны с указанной даты применять к возникающим правоотношениям уже не ГК КазССР 1963 года и ОГЗ 1991 года, а новый Гражданский кодекс (Особенная часть). Но они, в чем и заключалась пикантность ситуации, не могли этого делать физически, поскольку ГК (Особенная часть) в своем критически подавляющем большинстве просто «в глаза не видели»!

В связи со сложившейся обстановкой (к слову, аналогичное положение возникло и с Гражданским процессуальным кодексом РК) 16 июля 1999 г. Пленум Верховного Суда РК был вынужден принять Постановление «О применении Гражданского кодекса (Особенная часть) и Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан», в котором указал, что, согласно пункту 4 статьи 4 Конституции Республики Казахстан, при-

менение названных Законов возможно только после полного официального опубликования их текстов.

Очевидно, что названное постановление Пленума носило половинчатый характер. По сути, Пленум ограничился лишь констатацией факта нарушения норм Конституции. Но не этого ожидали от него судьи, нотариусы и иные правоведа /19/. Пленум не ответил на вопрос, с какого же конкретного дня Гражданский кодекс подлежит применению.

Уже имеют место случаи, когда суды в своих решениях сами называют день вступления в силу ГК (Особенной части): поскольку Пленум указал, что законодательные акты вступают в силу после официального опубликования, ГК (Особенная часть) подлежит применению к правоотношениям, возникшим с 28 июля 1999 года /20/.<sup>1</sup>

Считаем, что такое буквальное толкование постановления Пленума является неверным. Согласно подпункту 1) п. 1 ст. 36 Закона РК от 24 марта 1998 г. «О нормативных правовых актах», законы вводятся в действие по истечении десяти календарных дней после их первого официального опубликования /21/, если в самих актах или актах о введении их в действие не указаны иные сроки.

На оговорку «если в самих актах...» в настоящем случае обращать внимание не следует, поскольку, как мы отмечали выше, введение в действие ГК (Особенная часть) со дня его принятия не соответствует Конституции Республики Казахстан. Поэтому соответствующие положения Закона «О введении в действие...» с 1 июля 1999 г. применению не подлежат. В этой связи, на наш взгляд, следует использовать общее правило о введении в действие законов Республики Казахстан – по истечении 10 календарных дней после их первого официального опубликования. Таким образом, Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) введен в действие с 7 августа 1999 г.

В заключении отметим, что, к сожалению, в вопросе о введении законов в действие вообще наметилась негативная тенденция. Мы уж не говорим, что стали нередки случаи их введения в действие «задним числом» /22/. Сейчас о другом. В не столь давние времена существовала обратная практика, когда между принятием объемного, «серьезного» закона и датой введения его в действие проходило достаточное количество времени. Достаточное для того, чтобы все заинтересованные лица могли ознакомиться с его содержанием на уровне, обеспечивающем готовность его применения в своей профессиональной деятельности. Тому примеры:

– Гражданский кодекс Казахской ССР: принят 28 декабря 1963 г., введен в действие с 1 июля 1964 г.;

---

<sup>1</sup> К сожалению, такую же ошибку допускают и современные авторы (см.: Мороз С.П. Реформирование гражданского законодательства Республики Казахстан с учетом имплементации положений английского права / Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 57 / Под ред. А.Г. Диденко, С.П. Мороз. – Алматы, 2019).

– Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик: приняты 31 мая 1991 г., планировались к введению в действие с 1 января 1992 г.;

– Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть): принят 27 декабря 1994 г., введен в действие с 1 марта 1995 г.

В этой связи, думается, следует оценить существующую ныне практику по этому вопросу как не соответствующую идее построения правового государства и кардинально ее пересмотреть в самое ближайшее время.

#### **4. О соотношении Общей и Особенной частей ГК РК.**

По этому вопросу в Казахстане существуют две позиции, взаимно исключающие друг друга:

1) это структурные части одного нормативного правового акта;

2) это два самостоятельных нормативных правовых акта.

«...Поскольку этот Закон (Особенная часть ГК – С.К.) является частью всего Гражданского кодекса, то нумерация статей продолжает нумерацию Общей части ГК», – позиция, высказанная руководителями рабочей группы по подготовке проекта Гражданского кодекса Республики Казахстан /23/. При этом делаются ссылки на опыт Голландии, где в течение 30 лет принимаются отдельные части Гражданского кодекса.

Наша позиция основывается на двух моментах: формального и практического свойства. Смысл первого в следующем: именно с формальной точки зрения Общая и Особенная части Кодекса – два самостоятельных НПА, принятые в разное время (причем с разрывом в четыре с половиной года), разными высшими представительными органами (Верховным Советом РК и Парламентом РК) и имеющие самостоятельную нумерацию. Считаем, что этого вполне достаточно для обоснования «формальной» позиции.

Что касается второго момента, то он имеет гораздо большее значение и ценен именно в практическом плане, поскольку дает основанный на законодательстве ответ на вопрос: на чьей стороне приоритет в случае противоречий между Общей и Особенной частями Кодекса?

По мнению Ю.Г. Басина, «нормы соответствующей особенной части, отражающие специфику отдельных институтов и аналогичных нормативных образований, имеют приоритет при установлении несопадений содержания перед нормами соответствующей общей части» /24/.

Очевидно, что при этом к использованию предлагается принцип соотношения общего и специального закона: «Противоречия же между нормами Общей и Особенной частей Гражданского кодекса, если таковые будут выявлены, должны разрешаться с учетом приоритета Особенной части ГК по принципам соотношения юридической силы общего и специального законов» /25/.

Действительно, теории права знаком этот принцип. Однако Закон о нормативных правовых актах не предусматривает такого способа разрешения разногласий между актами равной юридической силы. Причем этот факт признают и сами авторы: «Но Закон о нормативных правовых актах

в виде общего правила подобного способа разрешения противоречий при толковании законодательства прямо не предусматривает. И это оправдано тем, что при сравнении правил, входящих в состав разных правовых нормативных актов одинакового уровня трудно определить, какой акт считать общим, а какой – специальным» /26/.

В этой связи становится очевидной необходимость поиска иных, буквально основанных на законе, путей разрешения таких ситуаций. Мы видим выход в следующем: Особенная часть ГК имеет приоритет перед Общей частью Кодекса как самостоятельный нормативный правовой акт, введенный в действие позднее. Такой подход полностью соответствует требованиям статьи 6 Закона о нормативных правовых актах.

#### **Ссылки:**

1. *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий. В двух книгах. Книга 1 / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 1998. С. 8.*

2. Диденко А.Г. *Гражданский кодекс – каким ему быть // Казахстанская правда, 10 августа 1994 г.*

3. *Согласно поправкам, статья 3 Кодекса была изложена в новой редакции.*

4. Басин Ю., Сулейменов М., Книпер Р. *Устранение противоречий при толковании и применении гражданского законодательства // Юридическая газета, 30 июня 1999 г.*

5. *В этой связи нельзя согласиться с Ю.Г. Басиным, утверждавшим в 2000 году, что «высшим актом по юридической силе является Конституция РК, затем – конституционные законы, Гражданский кодекс, законодательные акты...» (Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: КазГЮА, 2000. С. 45).*

6. Сулейменов М., Басин Ю., Покровский Б. *Очередной удар по Гражданскому кодексу // Казахстанская правда, 2 июня 1998 г.*

7. Как отмечает С.В. Скрябин, «наличие пункта 2 статьи 3 ГК РК вполне оправданно и может только приветствоваться. Интересно, что подобное положение в пункте 1 статьи 1 Уголовного кодекса РК от 16 июля 1997 года № 167-1 не вызывает столь бурных обсуждений и сомнений в своей значимости и оправданности» (Скрябин С.В. *Право собственности в Республике Казахстан: Сравнительно-правовой комментарий книги Уго Маттеи «Основные принципы права собственности».* – Алматы: Дайк-Пресс, 2000. С. 56).

Однако при этом, как нам представляется, автор забывает о принципиальных отличиях системы гражданского законодательства от уголовного законодательства.

8. Диденко А.Г. *Указ. соч.*

9. *Согласно статье 1 Закона о нормативных правовых актах, кодекс – это закон, в котором объединены и систематизированы правовые нормы, регулирующие однородные общественные отношения.*

10. *Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы, 2000. С. 35.*



11. С.В. Скрябин указывает, что «Общая часть Гражданского кодекса Республики Казахстан не в состоянии самостоятельно урегулировать вещно-правовые отношения и большинство ее норм нуждается в принятии специального законодательства» (Скрябин С.В. Указ. соч. С. 61).

12. Впервые эта позиция была нами озвучена в 1997 году в статье «Экономическая конституция: поправка на время // Юридическая газета, 22 октября 1997 г.

13. Гражданское право. В 2-х томах. Учебник / Под ред. Е.А. Суханова – М.: БЕК, 1993. Том 1. С. 32.

14. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. – М.: Рус. яз., 1999. Т. 2. С. 130; Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. 14-е изд., стереотип. – М.: Рус. яз., 1983. С. 249.

15. Мы говорим «по возможности», поскольку понимаем, что известная часть правовых норм находится на стыке гражданского права и смежных отраслей.

16. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. были введены в действие на территории Республики Казахстан Постановлением Верховного Совета РК от 30 января 1993 г. «О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы» и признаны утратившими силу, согласно пункту 10 Постановления Верховного Совета РК от 27 декабря 1994 г. «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть)» (статьи 1-73) и Законом Республики Казахстан от 1 июля 1999 г. «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть)».

17. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2000. С. 3.

18. Там же.

19. Нельзя не отметить, что Пленум по непонятным причинам адресовал свое Постановление только судам (см.: «разъяснить судам...»). Это может создать ошибочное предположение, что оно касается только их, но не нотариусов, прокуроров и просто участников гражданского оборота.

20. Публикация Гражданского кодекса в «Казахстанской правде» была завершена 27 июля 1999 г.

21. Согласно статье 31 Закона о нормативных правовых актах, законодательные акты Республики Казахстан публикуются в Ведомостях Парламента Республики Казахстан и газетах, являющихся официальными изданиями: «Егемен Қазақстан», «Казахстанская правда», «Заң», «Юридическая газета».

22. Последний пример тому – ситуация с Законом РК от 10 октября 2001 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам оплаты труда и социальной защиты военнослужащих, сотрудников правоохранительных и других государственных органов», введенного в основной части с 1 января 2001 г.

23. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. С. 3.

24. Басин Ю.Г. Договорные институты в Особенной части Гражданского кодекса Республики Казахстан. Там же. С. 4.

25. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2000. С. 5.

26. Басин Ю., Сулейменов М., Книпер Р. Указ. соч.

# О НЕКОТОРЫХ ПУТЯХ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

*Опубликовано:*

*Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика.  
Вып. 21 / Под общ. ред. А.Г. Диденко. – Алматы: ЮРИСТ, 2004*

Говоря об отечественном законодательстве, в первую очередь – гражданском, и путях его совершенствования, в продолжение поднятой нами ранее темы /1/ обратим внимание на несколько моментов.

## **1. Качественная сторона законодательства.**

К сожалению, и это отмечается не только теоретиками права, но и практическими работниками, она оставляет желать лучшего. Наглядным примером тому может служить один из важнейших цивилистических законов – Гражданский кодекс РК.

Так, Общая часть ГК РК, принятая 27 декабря 1994 г., содержала в первой редакции такое количество недоработок, что для их устранения в 1998 г. был принят целый Закон /2/. То же можно сказать и об Особой части Кодекса, ряд положений которой сейчас не может быть однозначно истолкован даже опытнейшими казахстанскими цивилистами, имеющими высокие научные степени и звания.

Однако практика показывает, что проблема качества законопроектов касается не только гражданского законодательства. Ниже мы самым беглым образом проанализируем некоторые положения опубликованного в газете «Казахстанская правда» (номер за 9 июня 2004 г.) проекта Трудового кодекса Республики Казахстан на примере терминов, используемых в законопроекте.

Итак, согласно подпункту 15) ст. 1 проекта, под минимальной заработной платой понимается «гарантируемый Конституцией Республики Казахстан минимум денежных выплат работающим по найму лицам в организациях, независимо от форм собственности».

По предложенному понятию можно сделать, по крайней мере, два замечания.

Во-первых, размер этого минимума определяется не Конституцией, а ежегодно принимаемыми Парламентом законами о республиканском бюджете. Так, Законом РК от 12 декабря 2002 г. «О республиканском бюджете на 2003 год» он устанавливался в размере 5000 тенге, а Законом РК от 5 декабря 2003 г. «О республиканском бюджете на 2004 год» размер минимальной заработной платы определен в 6600 тенге. Во-вторых, действие этого требования распространяется не только на «организации, независимо от форм собственности», а на всех работодателей, включая индивидуальных предпринимателей без образования юридического лица.

Подпункт 23) статьи 1 под оплатой труда понимает «систему отношений, связанных с обеспечением установления и осуществления работодателем выплат работникам за их труд в соответствии с законодательством Республики Казахстан, коллективными договорами, нормативными актами работодателя и трудовыми договорами».

Согласно пункту 2 ст. 53 проекта, одними из существенных условий трудового договора являются условия оплаты труда. Теперь соедините эти две нормы в одну. В результате получится, что в трудовом договоре должны быть отражены «условия системы отношений, связанных с обеспечением установления и...», то есть такое положение договора, смысл которого понимается, мягко говоря, с трудом.

Забегая вперед, выскажем еще одну мысль, связанную с возможным принятием Трудового кодекса. В советское время, действительно, существовал Кодекс законов о труде. Однако с переходом к рыночным отношениям Республика Казахстан отказалась от кодифицированного трудового законодательства, ограничившись принятием «обычного» Закона о труде. Чем можно объяснить этот факт? Мы видим объяснение в том, что в настоящее время вмешательство государства в отношения между работодателем и работником резко сужается. Следовательно, должен быть уменьшен и объем законодательного регулирования этих отношений. Отныне на первое место выдвигается трудовой договор, к содержанию, порядку заключения, основаниям расторжения и признания недействительным которого следует применять нормы гражданского законодательства о договорах. Государство же должно, вероятно, установить лишь императивные минимумы соответствующих гарантий для работников. Ведь именно такая ситуация существует сейчас в сфере жилищного права, также имевшем в свое время самостоятельный кодифицированный акт.

В связи со сказанным нужно отдать должное Правительству Республики Казахстан, открыто заявившему в начале 2002 г. о необходимости проведения широкого анализа плана законопроектных работ, а также расширения практики подготовки экспертных заключений /3/. Эта инициатива получила реальную поддержку и воплощение со стороны Президента Казахстана Н.А. Назарбаева. Законом РК от 6 марта 2002 г. пункт 1 ст. 22 Закона РК от 24 марта 1998 г. «О нормативных правовых актах» был дополнен частью второй следующего содержания: «По проектам конституционных законов и кодексов, а также законодательных актов по внесению изменений и дополнений в них проведение научной экспертизы обязательно».

Еще более отрадным представляется недавний факт принятия Закона РК от 16 июня 2004 г. «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах», согласно которому пункт 1 ст. 22 Закона о законе, как еще называют Закон «О нормативных правовых актах», изложен в новой редакции: «1. По проектам нормативных правовых актов может проводиться научная экспертиза (правовая,

экологическая, финансовая и другая) в зависимости от правоотношений, регулируемых данными актами. По проектам нормативных правовых актов, вносимых на рассмотрение Парламента Республики Казахстан, проведение научной экспертизы обязательно».

Данное положение, вероятно, повлечет дополнительные затраты из бюджета страны, однако необходимость в проведении экспертизы законопроектов сомнений не вызывает. По мнению А. Зейнелулы, проблема научной экспертизы законопроектов существует не один год. Специалисты отмечают, что предварительная оценка проектов нормативных правовых актов проводится эпизодически, различными учеными и научными учреждениями. К сожалению, зачастую проекты законов поступают в Парламент весьма хаотично, и ежедневно ответственный работник вынужден рассматривать по 5-6 проектов, а это отрицательно сказывается на качестве принимаемых законов. Оставляет желать лучшего и юридический язык законопроектов, поступающих в Парламент /4/.

Единственное, что, на наш взгляд, следовало бы установить в качестве императива, так это необходимость проведения правовой экспертизы всех законопроектов, поскольку нормативные правовые акты не могут регулировать «независимые от права» экологические, финансовые и иные общественные отношения, не порождая при этом соответствующих правовых отношений.

## **2. Наличие порочной практики введения в действие гражданско-правовых законов.**

Судите сами: Особенная часть ГК была принята 1 июля 1999 г., и в этот же день она вводится в действие. Мы даже не говорим, что такой порядок введения в действие законов элементарно противоречит Конституции нашей страны, требующей их предварительного официального опубликования. Этот подход порождает, буквально, нелепые ситуации, когда судьи обязаны применять законы, о содержании, а то и о наличии которых они не знают. И вины их в том нет.

Зачастую законы вводятся в действие со дня их официального опубликования. Мы считаем необходимой постановку вопроса о возрождении существовавшей в прежние времена практики, когда между датами принятия и введения в действие наиболее важных и объемных гражданско-правовых и иных законов существовал известный, порой значительный, промежуток времени. Такой срок давал возможность юристам и, в первую очередь, судьям изучить положения нового закона, причем с привлечением научно-педагогических кадров, и без каких-либо проблем и ошибок применять его впоследствии.

Тем не менее, несмотря на новую редакцию статьи 36 Закона о законе, вышеуказанная проблема, все же, осталась не до конца разрешенной.

Еще одна причина, как представляется, связана со способом опубликования НПА, в первую очередь, – законодательных актов. Как отмечает

И.К. Гимадиев, «если ранее право официального опубликования имели исключительно 4 периодических печатных издания /5/, то сейчас эта сфера отдана в конкурентную среду» /6/.

К сожалению, на практике, действительно, нередко возникают проблемы, связанные с определением точного времени вступления в силу законодательных актов. В этой связи мы негативно относимся к существующему в настоящее время подходу к предоставлению права на официальное опубликование законодательных актов на основании конкурса и считаем целесообразным вернуться к ранее действовавшему порядку их опубликования, когда исключительный перечень периодических печатных изданий, наделенных таким правом, устанавливался Законом «О нормативных правовых актах».

Это устранило проблемы в установлении даты первого официального опубликования акта и определении дня введения его в действие в том случае, если эта дата не указана в самом акте или акте о введении его в действие.

### **3. Установление перечня отношений, регулируемых кодексами.**

Поправками от 16 июня 2004 г. Закон о НПА дополнен статьей 3-1: «Общественные отношения, регулируемые кодексами Республики Казахстан», согласно которой кодексы РК принимаются с целью регулирования указанных в ней однородных общественных отношений.

Из названных в статье шестнадцати позиций в настоящее время регулируются не Кодексами, а Законами РК и Указами Президента РК, имеющими силу закона, следующие отношения: брачно-семейные, экологические, транспортные, трудовые. В соответствии же с названной поправкой, их регулирование должно осуществляться кодексами. Сразу оговоримся, что мы с насто­роженностью относимся к этому нововведению, причем с учетом и того обстоятельства, что в последнее время в казахстанских научных кругах наметилась тенденция к искусственному, по нашему мнению, лоббированию идей создания новых отраслей (подотраслей, комплексных отраслей) права: нефтяного, инвестиционного, предпринимательского и т.п.<sup>1</sup>

Сам Закон о НПА определяет кодекс как закон, в котором объединены и систематизированы правовые нормы, регулирующие однородные общественные отношения. В это же время поправками предполагается принятие транспортных (или транспортного) кодексов. Однако правовому регулированию перевозок посвящена глава 34 ГК РК, а также ряд специальных законодательных актов об отдельных видах транспорта: воздушном, железнодорожном, морском, автомобильном, внутреннем водном. Чем же вызвана необходимость в регламентации транспортных отношений на уровне кодексов (кодекса)? Почему бы тогда, следуя заданной логике, не

<sup>1</sup> В соответствии со ст. 8 Закона РК от 6 апреля 2016 г. № 480-V «О правовых актах», Кодексами Республики Казахстан регулируются восемнадцать однородных важнейших общественных отношений.

приступить к разработке строительного, арендного и т.п. кодексов? И уж точно, при этом просто необходимы самостоятельный кодекс о праве интеллектуальной собственности и наследственный кодекс!

Разработчики поправок могут возразить: транспортные кодексы будут регулировать не только собственно договоры перевозки, но и иные вопросы, связанные, например, с государственным регулированием деятельности транспорта, его лицензированием и т.п. Так, вероятно, и произойдет. Однако такой подход противоречит самому понятию кодекса как закона, регулирующего *однородные* отношения, поскольку отношения, возникающие из договора перевозки, – сфера гражданского, т.е. частного, права, а лицензирование и иные аспекты государственного регулирования – область права публичного.

Ведь именно такой подход привел в свое время к серьезным разногласиям между ведущими казахстанскими цивилистами и специалистами в области банковского права. Напомним, что их причиной послужила первая по счету поправка в Гражданский кодекс (в пункт 3 ст. 3 ГК), внесенная Указом Президента РК, и.с.з., от 31 августа 1995 г., установившая приоритет банковского законодательства над гражданским.

По нашему убеждению, все эти нововведения ведут к сужению правового пространства, регулируемого Гражданским кодексом. В свое время нам уже приходилось отмечать, что ГК по многим позициям, если не по большинству, стал отсылочным и продублированным, то есть некодифицированным, в буквальном смысле слова, актом. Тому пример – Закон РК от 24 июня 2002 г. «О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)», в подавляющем объеме дублирующий положения главы 45 ГК РК.

Касательно необходимости принятия трудового и семейного кодексов отметим следующее. Согласно пункту 3 ст. 1 ГК РК, к семейным, трудовым отношениям и отношениям по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды, отвечающим признакам, указанным в пункте 1 настоящей статьи, гражданское законодательство применяется в случаях, когда эти отношения не регулируются соответственно семейным, трудовым законодательством, законодательством об использовании природных ресурсов и охране окружающей среды. В одобренной Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 г. № 949 Концепции правовой политики Республики Казахстан справедливо отмечается, что «гражданское право все глубже проникает в трудовые, семейные и иные общественные отношения. Все это происходит в рамках процесса глобального разделения правовой системы государства на публичное право, защищающее государственные и общественные интересы, и частное право, обеспечивающее удовлетворение и защиту частных интересов». Это дает основание утверждать, что ко многим положениям трудового и семейного законодательства применяются принципы, а в некоторых случаях –

и нормы гражданского законодательства. Принятие же самостоятельных семейного и трудового кодексов поставит их по иерархической лестнице выше Гражданского кодекса как введенных в действие позднее. Поэтому считаем, что возможное принятие указанных кодексов нецелесообразно и не отвечает реалиям сегодняшнего дня.

Вопрос об Экологическом кодексе еще более туманен. В настоящее время действуют Водный, Земельный, Лесной кодексы, а также законодательные акты об охране атмосферного воздуха, охране окружающей среды, особо охраняемых природных территориях, о недрах и недропользовании. Но если правовой режим вод, земель, лесов, воздуха, недр, особо охраняемых природных территорий и связанные с их использованием вопросы законодательно регламентированы, то какие же вопросы должны выступить объектом регулирования экологическим кодексом, если при этом учесть, что ответственность за экологические правонарушения – область гражданского, административного и уголовного права? Гораздо логичней, на наш взгляд, было бы свести регламентацию всех вышеуказанных вопросов в единый экологический (или природоресурсный) кодекс, попутно решив также вопрос о необходимости наличия законодательных актов о растениеводстве, животноводстве, пчеловодстве и т.п.<sup>1</sup>

#### **4. Конечно, существуют и иные проблемы по обозначенному вопросу.**

Так, например, Ю.Г. Басин предлагает включить в пункт 2 ст. 3 ГК часть вторую приблизительно такого содержания: «В случаях противоречий между предусмотренными настоящим Кодексом общими нормами и специальными нормами применяются специальные нормы» /7/.

С таким предложением нельзя не согласиться. Собственно, теории права такой способ разрешения расхождений известен, однако необходимость в его нормативном закреплении очевидна. Более того, считаем, что закрепление такого способа разрешения возможных противоречий внутри одного НПА должно касаться не только ГК, но и иных нормативных правовых актов. Поэтому статью 6 Закона РК «О нормативных правовых актах» следует дополнить пунктом 4 соответствующего содержания.

И в этой связи встает еще один, крайне важный вопрос – о юридической силе Закона «О нормативных правовых актах».

Накануне принятия ГК РК (Общей части) по поводу пункта 2 ст. 3 проекта Кодекса А.Г. Диденко писал, что «весьма сомнительна конституционность решения, когда частный закон содержит норму, ставящую его выше

---

<sup>1</sup> В настоящее время действуют: Кодекс РК от 9 января 2007 г. № 212-III «Экологический кодекс Республики Казахстан», Водный кодекс РК от 9 июля 2003 г. № 481-II, Земельный кодекс РК от 20 июня 2003 г. № 442-II, Лесной кодекс РК от 8 июля 2003 г. № 477-II, Закон РК от 7 июля 2006 г. № 175-III «Об особо охраняемых природных территориях», Кодекс РК от 27 декабря 2017 г. № 125-VI «О недрах и недропользовании».

других законов. Установление иерархии законов – это вопрос, который должен решаться Конституцией» /8/.

Думается, что сказанное можно отнести и к закону о НПА, который, являясь обычным законом, регламентирует вопросы, связанные с актами, стоящими выше его по иерархии. Это недопустимо. Поэтому, может быть, и не внося изменений в Конституцию, следует в установленном порядке придать Закону «О нормативных правовых актах» силу Конституционного закона.

#### **Ссылки:**

1. Климкин С.И. *Некоторые вопросы состояния гражданского законодательства Республики Казахстан на современном этапе / Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика / Под ред. А.Г. Диденко. Вып. 13. – Алматы: Аркаим, 2002. С. 59-71.*

2. *Имеется в виду Закон Республики Казахстан от 2 марта 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в Гражданский Кодекс Республики Казахстан (общая часть) и в постановление Верховного Совета Республики Казахстан «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (общая часть)».*

3. «Казахстанская правда», 19 февраля 2002 г.

4. Зейнелулы А. О качестве законопроектов // *Юрист*, 2004, № 3.

5. Речь идет о газетах «Егемен Казахстан», «Казахстанская правда», «Заң», «Юридическая газета».

6. Гимадиев И.К. Регистрация и контроль НПА // *Юрист*, 2004, № 2.

7. Басин Ю.Г. *О необходимости концептуальных изменений ГК РК / Гражданское законодательство Республики Казахстан. Вып. 14 / Под. ред. А.Г. Диденко. – Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2002. С. 27.*

8. Диденко А.Г. *Гражданский кодекс – каким ему быть // Казахстанская правда, 10 августа 1994 г.*

## **ИМПЕРАТИВНОСТЬ В РЕГУЛИРОВАНИИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ (полемиические заметки)**

#### **Опубликовано:**

*Субъективное гражданское право и средства его обеспечения/  
Материалы Международной научно-практической конференции,  
посвященной памяти профессора Ю.Г. Басина  
(в рамках ежегодных цивилистических чтений) /  
Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, НИИ ЧП КазГЮУ, 2005*

Принято считать, что принципиальным отличием гражданского права от уголовного или административного права являются, наряду с другими, принципы диспозитивности, свободы договора, равенства сторон и т.д.



При этом их содержание нередко расшифровывается так: «разрешено всё, что не запрещено». Такой подход зачастую получает и политическую подоплеку, когда разговор заходит об отличиях демократического общества со свободной рыночной экономикой от общества, построенного на началах административного, планового руководства экономикой. Вот мнение Ю.Г. Басина на этот счет: «Участники гражданских правоотношений вправе делать всё, что они пожелают, кроме того, что запрещено законом. Подобный принцип прямо противоположен тем основным началам, на которых был построен прежний Гражданский кодекс Казахской ССР и которые сводились к тому, что делать можно только то, что разрешено законом» /1/.

В рамках настоящего выступления мы попытаемся показать, что столь широкая трактовка основных принципов гражданского законодательства вряд ли находит свое буквальное отражение в самом гражданском законодательстве.

Считается, что одним из основных принципов гражданско-правового регулирования является диспозитивность. Позволю себе поставить под сомнение категоричности данного утверждения.

Так, М.К. Сулейменов в учебнике по гражданскому праву отмечает, что «императивных норм в гражданском законодательстве немного. Подавляющее большинство составляют диспозитивные нормы» /2/.

Не скрою, читая «Договорное право» М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, я был крайне удивлен следующими цифрами: «В первой и во второй частях нового ГК в составе норм, регулирующих отдельные виды договоров, оказалось около 1600 императивных и только около 200 диспозитивных» /3/.

Таким образом, казалось бы, самая демократичная подотрасль гражданского права, – договорное право, где в полной мере должен «работать» принцип свободы договора, почти на 90% состоит из императивных норм. Что же говорить о регулировании сроков в гражданском праве, представительства, внедоговорных обязательств, патентного и наследственного права!

Да и о действии в полной мере самого принципа свободы договора в новом ГК следует, на наш взгляд, говорить осторожно. Например, в отличие от Кодекса КазССР 1963 г., в нем появились такие виды договоров, как публичный и договор присоединения. При этом утверждается, что в них проявляются исключения из общего правила о свободе договора. Не могу с этим согласиться. Кто из нас не заключает в день по несколько таких договоров? Однако может ли продавец в супермаркете отказать нам в продаже хлеба, – с одной стороны, а мы – торговаться о его цене, – с другой? Может ли водитель общественного транспорта при наличии свободных мест в салоне проехать мимо остановки, а мы – обсуждать размер платы за проезд? И таких случаев – огромное количество. Но кто пробовал рассчитать соотношение числа договоров, где в полной мере действует принцип

свободы во всей ее многогранности, и где она (свобода) отсутствует или ограничена законодательством?

Ниже, напрямую увязывая этот вопрос с вопросом о свободе и пределах осуществления гражданских прав, на нескольких примерах из области коммерческого законодательства мы попытаемся проанализировать важность установления характера правовых норм, т.е. отнесения их к императивным либо диспозитивным.

1. Вызывает интерес конструкция пункта 2 ст. 908 ГК РК, согласно которому сторона вправе отказаться от бессрочного договора комплексной предпринимательской лицензии, известив об этом другую сторону за шесть месяцев, если договором не предусмотрен более продолжительный срок извещения.

М.И. Брагинский выделяет три группы норм договорного права в зависимости от их характера: императивные, диспозитивные и факультативные, указывая при этом, что «обычным атрибутом диспозитивной нормы служит формула «если в договоре не предусмотрено иное» /4/.

Подход же к построению пункта 2 ст. 908 ГК РК, по нашему мнению, является особым, не подпадающим полностью ни под одну из названных конструкций. С одной стороны, эта норма не является в чистом виде императивной, поскольку допускает изменение договором установленного законодательством шестимесячного срока в сторону его увеличения, с другой, – оснований считать ее в полной мере диспозитивной также нет.

Часть вторая п. 1 ст. 382 ГК устанавливает, что в случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая в соответствии с законодательством действует, если соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней.

Комментируя соответствующую норму российского Кодекса (часть вторая п. 4 ст. 421 ГК РФ), В.В. Витрянский, как представляется, совершенно верно использует в этом случае слово «вообще»: «стороны своим соглашением могут установить условие, отличное от предусмотренного в указанной норме, либо вообще исключить ее применение» /5/. В данном случае использование союза «либо» означает, что стороны своим соглашением, т.е. по своему усмотрению, вправе избрать один из двух возможных вариантов: либо изменить предлагаемую нормой модель поведения, либо вообще исключить ее применение.

Однако, как следует из смысла анализируемой нормы ГК РК, стороны договора не могут своим соглашением исключить ее применение, как и установить более короткий срок для соответствующего извещения, то есть изменить его. Если, все же, договором это положение исключено или в нем установлен более короткий срок для уведомления об отказе от договора, в силу недействительности этих договорных условий будет действовать предусмотренный Кодексом шестимесячный срок.

С учетом вышесказанного мы, все же, склоняемся к тому, что эта норма представляет собой особый вид императивной нормы, не представляющей сторонам возможности исключить ее применение или установить более короткий срок.

2. Практика сталкивается со сложностями в толковании статьи 40 Закона РК от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», которая посвящена вопросу распределения чистого дохода ТОО между его участниками.

Здесь, по крайней мере, две проблемы. Во-первых, Законом установлено, что такое распределение производится по итогам деятельности товарищества за год. Вопрос: можно ли в учредительных документах заложить положение о его поквартальном распределении? Во-вторых, Законом определено, что каждый участник вправе получить часть распределяемого чистого дохода, соответствующую его доле в уставном капитале. Законным ли будет положение учредительных документов или решение общего собрания об ином порядке распределения? Вдгонку – третий вопрос: можно ли учредительными документами изменить установленный законом месячный срок для осуществления выплат участникам части распределяемого дохода?

Поскольку все три названных вопроса сводятся, по сути, к одному – к вопросу о возможности изменения положений законодательства учредительными документами, проанализируем лишь одну позицию – о возможности распределения чистого дохода не в соответствии с долями в уставном капитале.

Вот мнение А.Г. Диденко, которое, насколько я знаю, разделяет и М.К. Сулейменов: «Гражданское законодательство, закрепляя за участниками товарищества с ограниченной ответственностью право на получение части распределяемого дохода, соответствующей его доле в уставном капитале, не препятствует им по собственному соглашению, закрепленному учредительными документами, распределить полученный доход в иной пропорции, не соответствующей размеру принадлежащих им долей в уставном капитале» /6/.

Примечательно, что на защите своей диссертации ...к.ю.н., посвященной правовому положению ТОО, И.А. Колупаев на вопрос А.Г. Диденко о том, как же оценивает сам диссертант правовую природу этой нормы, ответил «диспозитивная», хотя в автореферате им отстаивалась прямо противоположная точка зрения.

Итак, не заявляя категорично о диспозитивности пункта 2 ст. 40 Закона о ТОО, А.Г. Диденко предлагает свое видение этой нормы так, как если бы она была сформулирована императивно: «Хозяйственное товарищество распределяет чистый доход в строгом соответствии с размерами долей участников» /7/. Очевидно, что ключевыми для автора в этом вопросе видятся слова «в строгом».

Напрашивается вопрос: означает ли приведенное суждение, что правовая норма должна рассматриваться как императивная лишь при наличии в ней строгих, категоричных, однозначных установлений (например, с использованием слов «строго», «исключительно», «лишь», «только» и т.п. или производных от них слов)?

В этом мы не уверены. Для примера. Согласно пункту 2 ст. 34 ГК РК, юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, может быть создано только в форме государственного предприятия, хозяйственного товарищества, акционерного общества, производственного кооператива.

В этом случае сделанное А.Г. Диденко предположение, действительно, безупречно. На самом деле, таким жестким императивом, подкрепленным пунктом 4 Постановления Верховного Совета РК от 27 декабря 1994 г. «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть)», законодатель запретил создание коммерческих организаций в иных организационно-правовых формах.

Сомнения вносит часть первая пункта 3 этой статьи Кодекса: юридическое лицо, являющееся некоммерческой организацией, может быть создано в форме учреждения, общественного объединения, акционерного общества, потребительского кооператива, общественного фонда, религиозного объединения и в иной форме, предусмотренной законодательными актами.

Как видим, слово «только» в этой норме отсутствует. Означает ли это, что на основе своего соглашения (или решения) учредители (учредитель) могут (может) создать некоммерческую организацию в иной, не предусмотренной ГК и иными законодательными актами, форме? Нет, не означает.

Еще пример. Согласно пункту 2 ст. 144 ГК РК, опубликование дневников, записок, заметок и других документов допускается лишь с согласия их автора, а писем – с согласия их автора и адресата. В случае смерти кого-либо из них указанные документы могут публиковаться с согласия пережившего супруга и детей умершего.

Изменится ли императивная регламентация этого вопроса, если из содержания первого предложения исключить слово «лишь»? Добавит ли «императивности» внесение слова «лишь» во второе предложение? Ответы очевидны – нет.

Таким образом, считаем, что не наличие в норме упоминавшихся выше «категоричных» слов» определяет ее императивность, но отсутствие в ней разрешения (дозволения) участникам гражданского правоотношения устанавливать для себя иной порядок поведения, чем тот, что предлагается правовой нормой.

Со значимостью же довода А.Г. Диденко о том, что «в рассматриваемом случае таким общим принципом является центральный принцип гражданского права – принцип свободы договора, в соответствии с которым граждане и юридические лица свободны в установлении своих прав

и обязанностей на основе договора и определении любых не противоречащих законодательству условий договора» /8/, можно согласиться лишь с учетом части первой п. 1 ст. 382 ГК, согласно которой условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законодательством.

3. Другая, также встречающаяся на практике проблема с пределами осуществления гражданских прав применительно к участникам юридических лиц, касается выхода участника из товарищества с ограниченной ответственностью. Как известно, Закон РК от 22 апреля 1998 г., в отличие от Указа Президента РК, и.с.з., от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах», прямо не предусматривает права участника на свободный выход. Вопрос: могут ли участники в порядке расширения своих прав предусмотреть такое право учредительными документами? Ведь пункт 2 ст. 11 Закона о ТОО устанавливает, что участники товарищества могут иметь и другие права, предусмотренные настоящим Законом и учредительными документами.

Историческое толкование дает ответ – нет, поскольку Законом РК от 2 марта 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) и в постановление Верховного Совета Республики Казахстан «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (общая часть)» пункт 5 ст. 77 ГК о праве участника на свободный выход и последствиях такого выхода был исключен.

Как верно отмечают Ю.Г. Басин и К.В. Мукашева, «свобода выхода, разумеется, осталась. Но, если прежде выходящий участник имел право на получение своей доли в имуществе товарищества <...>, то новый Закон не предоставляет выходящему участнику право требовать выплаты ему стоимости доли в имуществе. Его имущественные интересы могут быть удовлетворены лишь путем продажи своей доли в порядке, установленном законом» /9/. То есть раньше такое право было, а теперь его у участников нет. И результатом такого вывода является использование именно исторического толкования законодательства.

4. Подняв вопрос о важности исторического толкования, обратимся и к системному толкованию. Пункт 1 ст. 28 Закона о ТОО и ТДО устанавливает, что доли всех участников в уставном капитале и, соответственно, их доли в стоимости имущества товарищества пропорциональны их вкладам в уставный капитал.

Возникает вопрос: могут ли учредительные документы содержать иной порядок определения размера долей, не ставя его в прямую зависимость от размеров вкладов в уставный капитал? Да, могут. Но не потому, что здесь действует принцип свободы договора или поскольку это способствует расширению прав участников, а по той причине, что такое право

участникам предоставлено самим Законом: «если иное не предусмотрено учредительными документами».

Согласно пункту 5 ст. 42 Закона о ТОО, каждый участник товарищества при голосовании на общем собрании имеет количество голосов, соответствующее его доле в уставном капитале. Могут ли участники иначе подойти к решению этого вопроса? Да, но, опять же, лишь потому, что такое право им предоставлено Законом: «за исключением случаев, когда иной порядок определения голосов предусмотрен уставом товарищества».

Таким образом, использование системного толкования приводит к выводу о том, что когда законодатель желает наделить участников дополнительными правами, в том числе правом менять предлагаемые им правила поведения, он это делает. В случае же с распределением части чистого дохода между участниками им (законодателем) предписан императивный порядок, не допускающий его изменения учредительными документами.

Подводя общий итог, отметим, что, несмотря на общепризнанный подход, содержащийся в юридической литературе, о диспозитивности регулирования вопроса осуществления гражданских прав как одного из основных принципов гражданского права, наше законодательство содержит более чем значительное число императивных норм, правильное понимание и толкование которых будет способствовать нормальной, законной деятельности участников гражданского оборота.

#### **Ссылки:**

1. Басин Ю.Г. *Избранные труды по гражданскому праву.* – Алматы: АЮ-ВШП «Әділет», НИИЧП КазГЮУ, 2003. С. 13.
2. *Гражданское право. Том. 1. Учебник / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин.* – Алматы: КазГЮА, 2000. С. 680; *то же: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий. Книга 2. 2-е изд. / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин.* – Алматы: Жеті Жарғы, 2003. С. 401.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Общие положения.* – М.: Статут, 1997. С. 71.
4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Указ. раб.* С. 70.
5. *Комментарий части первой ГК РФ.* – М.: Хозяйство и право, фирма «СПАРК» / Под общ. ред. В.Д. Карповича, 1995. С. 389.
6. Диденко А.Г. *Распределение чистого дохода между участниками хозяйственного товарищества / Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 19 / Отв. ред. А.Г. Диденко.* – Алматы: ЮРИСТ, 2004.
7. Там же.
8. Там же.
9. Басин Ю.Г., Мукашева К.В. *Новый Закон Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» / Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика. Вып. 7 / Гл. ред. А.Г. Диденко.* – Алматы: ВШП «Әділет», 1999. С. 44.

## О СООТНОШЕНИИ ПРАВА И ПОНЯТИЙ «МОРАЛЬ» И «НРАВСТВЕННОСТЬ»

*Опубликовано:*

*Вестник Института законодательства  
Республики Казахстан, 2006, № 3;  
ЮРИСТ, 2007, № 5*

Цивилистическую мысль всегда волновал вопрос об отграничении сделок как правопорождающих юридических фактов от действий морально-нравственного, лично-бытового характера.

Эта проблема, не нашедшая своего однозначного разрешения еще в римском праве, вновь обрела актуальность в связи с принятием Гражданских кодексов Республики Казахстан (Общая часть 1994 г. и Особенная часть 1999 г.), опубликованием ряда научных материалов на обозначенную тему, а также профессиональной дискуссией.

Так, О.С. Иоффе отмечает, что нужно различать правовое и всякое иное, даже соприкасающееся с правом, регулирование. Чтобы не смешивать одно с другим, следует иметь в виду различные стадии правового регулирования /1/.

В одной из своих недавних работ Ю.Г. Басин пишет, что «в мировой практике правового регулирования имущественных отношений обычно проводится отграничение сделок как правопорождающих действий, прямо направленных на достижение юридического результата, от оказания бытовых, семейных, домашних услуг или иной помощи близким людям. Обычно такого рода действия и по форме, и по содержанию, и по последствиям совершаются без принудительного государственного вмешательства. Действуют нормы дружеской этики» /2/.

И далее, в целях дальнейшего совершенствования ГК, Ю.Г. Басин выдвигает следующее предложение: «Для проведения в сфере подобных отношений четких границ желательно введение в текст статьи, определяющей сделку, пункт примерно следующего содержания: «Не признаются сделками действия лиц, связанных родственными, дружескими или иными близкими личными отношениями, направленные на оказание бытовых услуг, иной бытовой помощи либо на совершение совместной бытовой деятельности, если стороны взаимным соглашением не придали таким действиям юридического значения» /3/.

В этой связи считаем необходимым отметить тот факт, что при рассмотрении этого вопроса нередко используются принципы англо-американской системы права. Так, например, позиция М.К. Сулейменова, комментирующего ст. 384 ГК РК, заключается в следующем: «Понятие встречного предоставления широко применяется в англо-американском

праве под названием «consideration». Там consideration является существенным условием любого договора. Без consideration договор не будет признан договором, имеющим юридическую силу» /4/.

«В англо-американском праве одним из требований, необходимых для признания действительности контракта, служит обязательное встречное предоставление (Consideration), которое может сводиться к ответным имущественным действиям, отказу от своих прав или претерпеванию потерь, – пишет Ю.Г. Басин. – Владелец имущества может безвозмездно передать его другому лицу, но договор о безвозмездной передаче имущества не будет иметь юридической силы, поскольку отсутствует Consideration. Сходные требования к контрактам применяются также во Франции» /5/.

Таким образом, в результате системного анализа приведенных суждений представляется возможным сделать вывод о том, что подходы, используемые именно в англо-американском праве, подтолкнули Ю.Г. Басина к вышеприведенному предложению по совершенствованию ГК /6/.

В этой связи представляется примечательной позиция А.Г. Диденко, заключающаяся в следующем: «Не говоря уже об ошибочности отождествления consideration с возмездностью (consideration в англо-американском праве охватывает не только предоставление материальных ценностей, услуг и т.п., но и воздержание от совершения каких-либо действий, и отказ от права), методологически исключается любая возможность введения этого понятия в аппарат действующего в республиканском гражданском праве договорного механизма <...>. Некоторые однотипные сделки по континентальному праву подлежат защите, а однотипные в англо-американском праве по мотиву отсутствия встречного удовлетворения – нет. Включение понятия consideration в гражданское право романо-германской правовой системы заставит сломать традиционные и хорошо работающие нормы, нарушит сложившуюся у нас правовую систему» /7/.

Вне всяких сомнений, вопрос, вынесенный в заголовок, не является исключительно теоретическим, но касается и правоприменительной практики. В указанной работе Ю.Г. Басин приводит следующий пример: «В судебной алматинской практике было дело о возмещении вреда, причиненного источником повышенной опасности. Вред заключался в том, что гражданин попросил друга отвести домой купленную дорогую вазу. Во время поездки произошла авария, в которой ваза была разбита. Виновник аварии скрылся, а собственник вазы потребовал от друга возмещения ее стоимости. В иске было отказано» /8/.

Нам представляется, что этот пример, все же, не является достаточно категоричной иллюстрацией для проведения более или менее четкого разграничения между рассматриваемыми явлениями. Тем более что «судебная практика не всегда репрезентативна в отношении тех или иных правовых феноменов» /9/.



Так, думается, для гражданина совершенно безразлично, каким образом его ваза (или он сам) будет доставлена до назначения: на автомобиле своего коллеги или такси. Также не будет иметь значения, кто произведет в его квартире ремонт: сосед или профессиональный подрядчик; кто реализует его вещь: товарищ – владелец бутика или комиссионный магазин.

В описанных случаях (и таких примеров можно было бы привести неограниченное количество) важен лишь результат. Поэтому, давая согласие на осуществление перевозки, выполнение работ, реализацию вещи и т.п., акцептующая сторона принимает на себя соответствующие обязанности, что и означает возникновение между лицами правовых, юридических отношений.

Последнее же означает, что при гибели предмета перевозки или причинении вреда здоровью пассажира во время перевозки, возникновении убытков у заказчика и (или) его соседей из-за некачественно выполненных работ, похищении вещи из бутика и т.п. должны наступать соответствующие последствия с учетом положений гражданского законодательства об ответственности (Глава 20 ГК РК).

Конечно же, и в этом мы согласны с позицией Ю.Г. Басина, нельзя совсем не учитывать известных морально-нравственных аспектов, вызванных наличием дружеских или родственных отношений. Действительно, они могут проявляться, например, в добровольном отказе лица (кредитора) от права на предъявление иска к должнику. Что же касается самой возможности применения правовых норм, а, следовательно, и санкций, то мы этого не исключаем.

Заслуживает внимания и подход Кодекса к разрешению этого вопроса. Первое, на что следует обратить внимание, – это традиционное наличие в нем безвозмездных договоров (п. 2 ст. 384 ГК), обеспеченных равной с возмездными договорами правовой защитой. Таковых, собственно, несколько:

- императивно безвозмездные (дарение, ссуда), которые уже в силу своей сущности не могут быть возмездными /10/;
- диспозитивно безвозмездные (заем, хранение, поручение, доверительное управление имуществом).

При этом, как справедливо отмечает М.К. Сулейменов, «наличие в гражданском обороте безвозмездных договоров не противоречит сущности складывающихся в Казахстане отношений» /11/.

Таким образом, и это первый наш вывод, один лишь факт безвозмездности договора по законодательству РК не дает оснований для отнесения его к действиям «неюридического» характера.

Также считаем, что отнесение названных нами договоров перевозки, подряда, комиссии, согласно положениям ГК, к возмездным, ни в коей мере не может влиять на решение вопроса об их статусе «договоров» как

таковых, поскольку участники гражданского оборота законодательством наделены правом на отказ от реализации своего права (в наших случаях – от требования на выплату вознаграждения или возмещения убытков).

Проанализируем теперь, насколько близость участников отношений (наличие родственных, дружеских или иных личных связей) может служить основанием деления действий на «юридические» и «неюридические».

Так, ГК РК (Особенная часть) по целому ряду позиций иначе, по сравнению с ГК КазССР 1963 года, подошел к регулированию договора дарения. Появились нормы о возмещении вреда, причиненного жизни, здоровью или имуществу одаряемого (ст. 514), правопреемстве при обещании дарения (ст. 515), как и о самом обещании дарения, что делает его консенсуальным при условии соблюдения письменной формы.

Не являются ли данные положения показателем того, что для ГК, по сути, оказался безразличным факт наличия близких отношений между дарителем и одаряемым? Мы в этом убеждены. В противном случае Кодекс оставил бы разрешение названных ситуаций вне правового регулирования, предоставив сторонам возможность придерживаться лишь морально-нравственных устоев.

Другой пример – договор безвозмездного пользования имуществом, также традиционно заключаемый, как правило, между гражданами, состоящими в близких отношениях /12/. «Договор ссуды широко используется в отношениях между гражданами с целью оказания товарищеской помощи, бытовой услуги...» /13/. «Безвозмездность договора ссуды предполагает особые, как правило, дружеские либо родственные отношения между его сторонами» /14/.

Тем не менее, ГК демонстрирует достаточно жесткое его регулирование, налагая на стороны в целом ряде случаев гражданско-правовую ответственность.

Аналогичные суждения можно было бы высказать и применительно к иным видам договоров, предполагающих, хотя бы в определенной степени, фидуциарность отношений между их участниками. Таковы, например, нормы Кодекса о безвозмездных договорах поручения и хранения /15/, о совместной деятельности /16/ и т.д.

Поэтому в качестве второго вывода отметим, что ГК не делает различий в имущественных отношениях, возникающих между родственниками, друзьями и т.п., и лицами, в таковых отношениях не состоящими, как и между действиями, направленными на оказание бытовых услуг, иной бытовой помощи, совместную бытовую деятельность, и иными действиями.

Таким образом, подводя общий итог, отметим, что действующее гражданское законодательство РК вопрос об отграничении сделок как право-

порождающих юридических фактов от действий морально-нравственного, лично-бытового характера не ставит в зависимость от их возмездности либо безвозмездности, как и от наличия либо отсутствия между сторонами каких-либо родственных, дружеских и подобных отношений личного характера. Предлагаемые же попытки «четкого» разграничения этих отношений на законодательном уровне на самом деле, вряд ли, приведут к стабильности гражданских правоотношений в целом, и, как представляется, рискуют принести в них известную неопределенность и сумятицу.

### **Ссылки:**

1. Иоффе О.С. *Гражданское законодательство Республики Казахстан. Размышления о праве. Научное издание.* – Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2002. С. 17.
2. Басин Ю.Г. *О необходимости концептуальных изменений ГК РК / Гражданское законодательство Республики Казахстан. Выпуск 14 / Под ред. А.Г. Диденко – Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2002. С. 37.*
3. Там же. С. 38.
4. *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий. В двух книгах. Книга 2 / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин.* – Алматы: Жеті Жарғы, 1998. С. 315-316.
5. *Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин.* – Алматы: Изд-во КазГЮА, 2000. С. 66.
6. Конечно, влияние этой правовой системы на современное казахстанское законодательство – не новость, и это отмечается многими авторами (на примере моделей акционерного общества по Закону РК от 10.07.98 г., договоров лизинга, доверительного управления имуществом, франчайзинга и т.д.).
7. Диденко А.Г. *О познании правовой действительности / Гражданское право: Учеб. пособие / Под ред. А.Г. Диденко.* – Алматы: КазГЮУ, 1999. С. 19-20.
8. Басин Ю.Г. *О необходимости концептуальных изменений ГК РК.* С. 37-38.
9. Диденко А.Г. *Указ. соч.* С. 11.
10. Здесь отметим, что в Комментарии к Общей части Гражданского кодекса РК (см.: Книга 2, С. 316) в этой группе также упоминается беспроцентный заем. На самом деле, договор беспроцентного займа Кодексом не поименован, поэтому говорить о нем, как о самостоятельной разновидности договора, оснований нет. С тем же успехом можно было бы утверждать о наличии в ГК договоров безвозмездного поручения, безвозмездного хранения и т.д. В этой связи договор займа следует относить как к возмездным, так и безвозмездным.
11. Там же.
12. Пожалуй, лишь в качестве некоторого исключения из этого правила в цивилистической литературе советского периода приводился пример работы библиотек. Однако в настоящее время деятельность и этих субъектов приобрела в большей степени коммерческую направленность (см.: Постановление Правительства Республики Казахстан от 8 августа 2002 г. № 884 «Об утверждении Правил использования средств от реализации товаров и услуг, предоставляемых государственными библиотеками и государственными музеями-заповедниками»).

13. Комментарий к Гражданскому кодексу Казахской ССР / Под ред. Ю.Г. Басина, Р.С. Тазутдинова. – Алма-Ата: Казахстан, 1990. С. 353.

14. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) / Под ред. М.К. Сулейменова, Ю.Г. Басина. С. 210.

15. В этой связи особую актуальность принимает п. 3 ст. 772 ГК, посвященный форме договора хранения в виде бытовой услуги.

16. Законом РК от 2 марта 1998 г. статья 228 ГК изложена в новой редакции, позволяющей заключать такого рода договоры не только для достижения общей хозяйственной цели.

## **ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ДОГОВОР В СВЕТЕ КОЛЛИЗИЙ НАЛОГОВОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА (НАЛОГОВЫЙ ДОГОВОР: ДА ИЛИ НЕТ?)**

**Опубликовано:**

*ЮРИСТ*, 2011, № 6;

*Справочник кадровика. Казахстан*, 2012, № 7;

*Научные труды по финансовому праву: гражданское и налоговое право: проблемы взаимодействия:*

*Материалы Четвертой МНТК «Худяковские чтения по финансовому праву»*

(Алматы, 2 ноября 2013 г.) / Под общ. ред. Е.В. Порохова.

– Алматы: ТОО «Налоговый эксперт», 2014, Вып. 4

Вопрос о делении права на частное и публичное в последнее время обсуждается активно. Этот вопрос находит свое отражение и в научной юридической литературе, и в обсуждениях на научных конференциях. Хотя первый научный доклад на эту тему был сделан еще 23 апреля 1682 г. на юридическом факультете Страсбургского университета, а первая книга «Институты публичного права» появилась в 1572 г. В основе учения о делении права на частное и публичное лежит обстоятельство, что существуют правила, которые применяются исключительно государством и в целях выполнения публичных задач государства, и правила, которые предназначены для частных лиц и регулируют отношения с их участием /1/.

Участие государства в правоотношениях может проявляться различным образом. Так, приобретение в государственную собственность партии компьютеров для нужд, например, департамента юстиции представляет собой обычный частноправовой договор купли-продажи. Административно-территориальная единица может выступать в качестве вещного поручителя перед заимодателем по обязательству частного предпринимателя. Примеров можно привести множество.

Но конфискация имущества, то есть его принудительное обращение в государственную собственность как санкция за совершенное правонарушение (административное или уголовно-правовое) – это мера государственного воздействия публичного характера. Изъятие имущества для государственных нужд – также публично-правовое явление. И хотя оно как одно из оснований прекращения права собственности и предусмотрено Гражданским кодексом (ст. 255 ГК РК), то есть представляет собой гражданско-правовое отношение, но производится в связи с решением государственного органа, то есть в одностороннем, властном порядке.

В этой связи возникает вопрос: как и по какому признаку возможно разделение отношений с участием государства на частноправовые и публично-правовые? Ответ на этот вопрос даст ответы и на два других:

а) к каким отношениям с участием государства возможно применение Гражданского кодекса и иных актов гражданского законодательства, а к каким – нет?;

б) какова юридическая природа правоотношений с участием государства, которые оформляются путем заключения договора (соглашения)?

Считаем, что в основе деления правоотношений с участием государства на частные и публичные должна лежать категория интереса. То есть решение этого вопроса зависит от того, чем руководствовались и какие цели преследовало государство, вступая в те или иные правоотношения.

В приведенных выше примерах с компьютерами или вещным поручительством интерес государства как покупателя или обеспечивающего обязательство субъекта не касается, не затрагивает его властных полномочий, поскольку эти действия не направлены на реализацию публичных функций государства. И данное обстоятельство прямо допускается Гражданским кодексом. Так, согласно пункту 1 ст. 111 ГК, Республика Казахстан выступает в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений.

В случаях же с конфискацией или изъятием имущества для государственных нужд интерес государства в другом – в защите публичных интересов.

Так, согласно пункту 1 ст. 7 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 г., законодательство об административных правонарушениях имеет задачей охрану прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, здоровья, санитарно-эпидемиологического благополучия населения, окружающей среды, общественной нравственности, собственности, общественного порядка и безопасности, установленного порядка осуществления государственной власти, охраняемых законом прав и интересов организаций от административных правонарушений, а также предупреждение их совершения.

Пунктом 1 ст. 2 Уголовного кодекса Республики Казахстан от 16 июля 1997 г. установлено, что его задачами являются: защита прав, свобод и

законных интересов человека и гражданина, прав и законных интересов организаций, общественного порядка и безопасности, окружающей среды, конституционного строя и территориальной целостности Республики Казахстан, охраняемых законом интересов общества и государства от преступных посягательств, охрана мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений.

Пункт 3 ст. 26 Конституции РК допускает возможность принудительного отчуждения имущества для государственных нужд в исключительных случаях, предусмотренных законом.

Указанные задачи и возможности государства являются последовательным развитием пункта 2 ст. 1 Конституции РК, согласно которому основополагающими принципами деятельности страны являются: общественное согласие и политическая стабильность, экономическое развитие на благо всего народа, казахстанский патриотизм, решение наиболее важных вопросов государственной жизни демократическими методами, включая голосование на республиканском референдуме или в Парламенте.

Следует отметить, что конституционное, административное, уголовное право традиционно относятся к отраслям публичного права. Но наряду с ними к публично-правовым отраслям относятся налоговое, бюджетное, процессуальное право и некоторые другие.

В соответствии со статьей 1 Кодекса РК от 10 декабря 2008 г. «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налогового кодекса), им регулируются властные отношения по установлению, введению и порядку исчисления и уплаты налогов и других обязательных платежей в бюджет, а также отношения между государством и налогоплательщиком (налоговым агентом), связанные с исполнением налогового обязательства.

Однако возможно ли применение норм гражданского законодательства и, в первую очередь, Гражданского кодекса, и принципов гражданского законодательства к отношениям, носящим властный характер, то есть к отношениям, построенным по принципу подчиненности субъектов?

В соответствии с пунктом 4 ст. 1 ГК РК, к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим бюджетным отношениям, гражданское законодательство не применяется, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. Иными словами, применение норм и принципов гражданского законодательства к отношениям, построенным на принципе подчиненности, возможно лишь в случаях, когда это прямо предусмотрено соответствующими законодательными актами.

Налоговый кодекс Республики Казахстан, в отличие от ранее действовавшего налогового законодательства, не предусматривает каких-либо налоговых соглашений, в том числе соглашений о разделе продукции.

В прежнем же законодательстве такие соглашения, действительно, предусматривались (см. главу 49 «Контракт о разделе продукции» Кодекса РК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)» от 12 июня 2001 г. (частично утратил силу с 1 января 2009 г.), Закон РК от 8 июля 2005 г. «О соглашениях (контрактах) о разделе продукции при проведении нефтяных операций на море» (утратил силу с 1 января 2009 г.)).

При этом следует отметить, что и прежнее налоговое законодательство, допуская заключение налоговых договоров, вызывало серьезные нарекания среди юристов, последовательно отстаивающих идею частноправовой природы договора. Так, в 2000 г. М.К. Сулейменов отмечал: «Не может быть договор между государственным органом и организацией или гражданином. Там, где государственный орган осуществляет властные полномочия, не может быть договорных отношений. Поэтому налоговый договор и налоговое обязательство – это фикция, не отражающая реальных отношений» /2/. И, анализируя пункт 4 ст. 1 ГК, автор отмечал: «Как ни странно, но такие исключения есть, причем в налоговых отношениях. Я знаю только один такой случай, надеюсь, их не станет больше. В статье 94 Закона о налогах и других обязательных платежах в бюджет закрепляется установление налогового режима в контрактах на недропользование. Государство в данном случае выступает как равноправный субъект, с недропользователем заключается соглашение по количеству и размеру платежей в бюджет (бонус, роялти). Невероятно, но факт. Мы имеем гражданско-правовой договор в налоговых отношениях. Но это единственное исключение из правила, закрепленное законодательным актом и вытекающее из общей правовой конструкции регулирования отношений по недропользованию только посредством контракта» /3/.

В этой связи применение исторического метода (способа) толкования законодательства позволяет сделать следующий вывод: поскольку ранее действовавшее налоговое законодательство допускало лишь один случай установления договорного режима налогообложения (путем заключения соглашений о разделе продукции), а действующее законодательство таких соглашений не предусматривает, значит государство отказалось от такого режима налогообложения, и на всех налогоплательщиков отныне распространяется единый, общий режим налогообложения.

Таким образом, современная законодательная политика государства направлена на отказ от заключения каких-либо соглашений с инвесторами-недропользователями по вопросам налогообложения. Данное обстоятельство подтверждается словами Президента Республики Казахстан, высказанными им 22 января 2010 г. на совещании в Правительстве: «Все наши контракты работают по налоговому законодательству на момент их подписания, нам надо проработать вопрос о том, чтобы выйти из зоны не-

прикосновенности, чтобы все работали по тем же изменениям в налоговом законодательстве, которые произойдут в будущем».

Представляется, что такой подход полностью соответствует Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан № 858 от 24 августа 2009 г.

В Концепции указывается, что фундаментальные изменения, происходящие в мировой экономике и политике, процессы глобализации, а также внутренняя динамика развития страны не позволяют останавливаться на достигнутом. В целях обеспечения соответствия национального права новым вызовам времени необходимо дальнейшее совершенствование нормотворческой и правоприменительной деятельности государства.

В ней особо отмечается, что развитое, ясное налоговое законодательство – одно из важнейших условий, способствующих формированию благоприятного инвестиционного климата, привлечению отечественных и иностранных инвестиций. В этой связи налоговое законодательство должно быть напрямую связано с индустриально-инновационной стратегией страны. При совершенствовании налогового законодательства целесообразно использовать передовой зарубежный опыт, который базируется на общепризнанных принципах построения системы налогообложения, в том числе: налоги не должны препятствовать конкуренции; налоги должны соответствовать структурной политике государства в экономической сфере; налоги должны быть нацелены на справедливое распределение доходов и т.д.

Поскольку, согласно пункту 1 ст. 40 Конституции РК, Президент Республики Казахстан является Главой государства, его высшим должностным лицом, определяющим основные направления внутренней и внешней политики государства, вышеуказанные положения говорят о целенаправленной политике Казахстана в данном направлении.

На основании изложенного считаем, что применение норм и принципов гражданского законодательства к налоговым отношениям не допускается. Данное утверждение усиливается тем фактом, что Гражданский кодекс РК (Общая часть) был введен в действие с 1 марта 1995 г., а действующий Налоговый кодекс РК – с 1 января 2009 г. В соответствии с пунктом 3 ст. 6 Закона РК от 24 марта 1998 г. № 213 «О нормативных правовых актах», при наличии противоречий в нормах нормативных правовых актов одного уровня действуют нормы акта, позднее введенные в действие.

Таким образом, и это второй важный вывод, к налоговым отношениям не может быть применен пункт 2 ст. 383 ГК, согласно которому, если после заключения договора законодательством устанавливаются обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении



договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда законодательством установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

Иными словами, если новым налоговым законодательством РК устанавливаются правила иные, чем те, которые действовали при заключении налогового соглашения, то правило об их неизменности не подлежит применению.

Между тем, пунктом 1 ст. 308-1 действующего Налогового кодекса РК предусматривается, что налоговый режим, определенный в соглашении о разделе продукции, заключенном между Правительством Республики Казахстан или компетентным органом и недропользователем до 1 января 2009 года и прошедшем обязательную налоговую экспертизу, а также в контракте на недропользование, утвержденном Президентом Республики Казахстан, сохраняется для налогов и других обязательных платежей в бюджет, в отношении которых в соответствии с положениями такого соглашения (контракта) прямо предусмотрена стабильность налогового режима, действует исключительно в отношении сторон такого соглашения (контракта), а также в отношении операторов в течение всего установленного срока его действия, не распространяется на лиц, не являющихся сторонами такого соглашения (контракта) или операторами, и может быть изменен по взаимному соглашению сторон.

Данное обстоятельство ставит вопросы о юридической природе указанных в Налоговом кодексе гарантий (гарантий стабильности налогового режима) и, как следствие, – могут ли законодательные гарантии защиты от ухудшения положения недропользователя в связи с изменением действующего законодательства рассматриваться как односторонний властный акт государства, который может быть в любое время отменен по инициативе государства или пересмотрен?

Считаем, что такого рода гарантии не могут рассматриваться в качестве юридического факта, под которым общая теория права понимает действия граждан и (или) юридических лиц, события и иные обстоятельства, с которыми законодательство связывает возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей.

Установление в налоговом законодательстве гарантий для недропользователей является односторонним властным актом государства, воплощенным в форме закона, но не согласованной волей участников правоотношения. Издание этого акта не является юридическим фактом и не порождает каких-либо правовых последствий, связывающих государство данными гарантиями. Таким образом, государство свободно как в предоставлении такого рода гарантий, так и в их отмене в том же порядке, в каком они были предоставлены.

### **Ссылки:**

1. Чантурия Л. О частном и публичном в гражданском праве: некоторые аспекты кодификации гражданского права / Гражданское право и гражданское законодательство: Материалы МНПК, Алматы, 13-14 мая 2009 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: НИИ частного права КазГЮУ, 2009. С. 55.

2. Сулейменов М.К. Договор в гражданском праве Республики Казахстан: проблемы теории и практики / Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики. Том 1. Материалы МНПК, Алматы, 6-7 апреля 2000 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: КазГЮА, 2000. С. 7.

3. Там же.

## **ВНЕУСТАВНЫЕ СДЕЛКИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

**Опубликовано:**

*Вестник Министерства юстиции РК,  
сентябрь 2016 г.;*

*Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой  
и международно-правовой анализ:  
сборник материалов к XII ежегодным научным чтениям  
памяти профессора С.Н. Братуся / В.Ф. Яковлев,  
Т.Я. Хабриева, В.К. Андреев и др.:*

*Институт законодательства и сравнительного правоведения  
при Правительстве Российской Федерации. – М.: Статут, 2017*

В Казахстане за исключением наших публикаций /1/ не проводилось каких-либо исследований по данному вопросу, и практически отсутствуют материалы по этой теме. Даже авторы комментария к Гражданскому Кодексу Республики Казахстан и учебника по гражданскому праву ограничились лишь помещением содержания самого пункта 11 статьи 159 ГК РК в свои работы и указанием на то, какие в него вносились изменения со дня принятия ГК (Общая часть) /2/.

Однако данное обстоятельство лишь усиливает интерес к нему.

Согласно пункту 11 ст. 159 ГК РК, сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными настоящим Кодексом, иными законодательными актами Республики Казахстан или учредительными документами, либо с нарушением уставной компетенции его органа, может быть признана недействительной по иску собственника имущества юридического лица или его учредителя (участника), если доказано, что другая сторона в сделке знала или должна была знать о таких нарушениях /3/.

Напомним, что ГК КазССР 1963 г. регулировал подобную ситуацию следующим образом: недействительна сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с установленными целями его деятельности (ст. 48). Комментируя эту норму, Ю.Г. Басин отмечал, что «внеуставными следует также считать сделки, нарушающие установленную компетенцию органов юридического лица <...>. Внеуставные сделки являются ничтожными» /4/.

Итак, действующей нормой ГК РК охвачены два вида внеуставных сделок:

- совершенные юридическим лицом в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными ГК, иными законодательными актами или учредительными документами, и

- совершенные с нарушением уставной компетенции органа юридического лица.

При этом возникает вопрос: относится ли оговорка «по иску собственника имущества юридического лица или его учредителя (участника), если доказано, что другая сторона в сделке знала или должна была знать о таких нарушениях» к обеим ситуациям или только ко второй?

То обстоятельство, что законодатель использует термин «нарушение» во множественном числе, на первый взгляд, предопределяет ответ: к обоим.

Однако представляется, что это не так.

Очевидно, что в первом случае, когда речь идет о совершении юридическим лицом сделки в противоречии с целями его деятельности, законодатель имеет в виду только такие юридические лица, которые обладают специальной правосубъектностью и созданы лишь для осуществления отдельных видов деятельности /5/.

Так, пунктом 1 ст. 32 Закона РК от 16 января 2001 г. № 142-II «О некоммерческих организациях» установлено, что некоммерческая организация может осуществлять один вид деятельности или несколько видов деятельности, не запрещенных законодательством Республики Казахстан и соответствующих целям деятельности некоммерческой организации, которые предусмотрены ее учредительными документами.

При этом частью первой п. 3 ст. 41 ГК предусмотрено, что в учредительных документах некоммерческой организации и государственного предприятия должны быть определены предмет и цели деятельности.

Указанные требования находят свое развитие в законодательных актах об отдельных организационно-правовых формах некоммерческих организаций.

Так, политические партии создаются в целях представления интересов граждан, различных социальных групп в представительных и исполнительных органах государственной власти, местного самоуправления

и участия в их формировании (п. 1 ст. 1 Закона РК от 15 июля 2002 г. № 344-II «О политических партиях»).

Целью профессиональных союзов является представительство и защита трудовых и социально-экономических прав и интересов своих членов (подпункт 6) ст. 1 Закона РК 27 июня 2014 г. № 211-V «О профессиональных союзах»).

Целями Национальной палаты предпринимателей являются обеспечение благоприятных правовых, экономических и социальных условий для реализации предпринимательской инициативы и развития взаимовыгодного партнерства между бизнес-сообществом и органами государственной власти Республики Казахстан, а также стимулирование и поддержка деятельности объединений индивидуальных предпринимателей и (или) юридических лиц в форме ассоциации (союза) (подпункт 2) ст. 1 Закона РК 4 июля 2013 г. № 129-V «О Национальной палате предпринимателей Республики Казахстан»).

Некоммерческая организация «Назарбаев Фонд» создана исключительно для обеспечения финансирования деятельности «Назарбаев Университет» и «Назарбаев Интеллектуальные школы», а также их организаций (п. 4 ст. 4 Закона РК от 19 января 2011 г. № 394-IV «О статусе «Назарбаев Университет», «Назарбаев Интеллектуальные школы» и «Назарбаев Фонд»).

Следует отметить, что государственные предприятия, несмотря на то, что являются коммерческими организациями, также обладают специальной правосубъектностью.

Более того, в соответствии с пунктами 4, 5 ст. 126 Закона РК от 1 марта 2011 г. № 413-IV «О государственном имуществе», запрещается осуществление государственными юридическими лицами деятельности, а также совершение сделок, не отвечающих предмету и целям их деятельности, закрепленной в уставе (положении). Сделка, совершенная государственным юридическим лицом в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными законами Республики Казахстан или учредительными документами, либо с нарушением уставной компетенции его руководителя, может быть признана недействительной по иску уполномоченного органа соответствующей отрасли или уполномоченного органа по государственному имуществу (местного исполнительного органа), либо прокурора.

Возможность предъявления иска о признании указанных сделок недействительными уполномоченным органом соответствующей отрасли или уполномоченным органом по государственному имуществу, либо прокурором свидетельствует о том, что оговорка «если будет доказано, что другая сторона в сделке знала или должна была знать о таких нарушениях» имеет значение лишь для случаев оспаривания сделок, совершенной органом юридического лица с превышением полномочий.

Однако нарушение правосубъектности может быть допущено и коммерческими организациями. Частью второй п. 1 ст. 35 ГК РК установлено, что в случаях, предусмотренных законодательными актами, для юридических лиц, осуществляющих определенные виды деятельности, может быть исключена или ограничена возможность заниматься другой деятельностью.

Так, согласно пункту 1 ст. 8 Закона РК от 31 августа 1995 г. № 2444 «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан», банкам запрещается осуществление операций и сделок в качестве предпринимательской деятельности, не относящихся к банковской деятельности либо не предусмотренных пунктом 9 настоящей статьи и пунктом 12 статьи 30 настоящего Закона.

*Так, Международным арбитражем «IUS» (Республика Казахстан – Российская Федерация) был рассмотрен спор между банком и товариществом с ограниченной ответственностью о взыскании сумм на возмещение затрат банка по содержанию имущества, переданного им товариществу в безвозмездное пользование, и по встречному иску ТОО о признании договора недействительным. В своем решении арбитр указал, что в материалах дела имеются представленные банком копии 473 счетов, из них 70 счетов – с требованиями по оплате арендных платежей на общую сумму 6 048 095 тенге.*

*В этой связи со ссылкой на указанную норму Закона «О банках и банковской деятельности» в удовлетворении исковых требований банка в размере этой суммы было отказано.*

Аналогичные ограничения установлены рядом иных законодательных актов. Так, согласно пункту 1 ст. 10 Закона РК от 19 октября 2000 г. № 85-II «Об охранной деятельности», частная охранный организация не вправе осуществлять иную предпринимательскую деятельность, за исключением работ по монтажу, наладке и техническому обслуживанию средств охранной сигнализации при условии соблюдения уведомительного порядка. Пунктом 3 ст. 11 Закона РК от 18 декабря 2000 г. № 126-II «О страховой деятельности» страховой (перестраховочной) организации запрещено осуществление сделок и проведение операций в качестве предпринимательской деятельности, не предусмотренных пунктами 1 и 2 настоящей статьи.

В случае с признанием недействительной сделки, совершенной органом юридического лица с нарушением уставной компетенции, ситуация сложнее.

Действительно, в вопросе об органах юридического лица крайне важной представляется проблема разграничения их компетенции, поскольку, во-первых, юридическое лицо, по общему правилу, несет ответственность перед третьими лицами по обязательствам, принятым органом юридического лица с превышением его полномочий, установленных учредитель-

ными документами (п. 4 ст. 44 ГК РК), а во-вторых, нарушение органом своей компетенции в некоторых случаях способно привести к признанию заключенной им сделки недействительной. Напомним, что ГК КазССР 1963 г. регулировал подобную ситуацию следующим образом: недействительна сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с установленными целями его деятельности.

Таким образом, по ГК 1963 г. такие сделки являлись безусловно недействительными (ничтожными). В настоящее же время, в соответствии с пунктом 11 ст. 159 ГК РК, эти сделки являются оспоримыми.

Любопытны различия по этому вопросу, существующие в Гражданских кодексах Казахстана и России. Так, ст. 174 Гражданского Кодекса Российской Федерации в соответствующей части говорит о полномочиях органа юридического лица, ограниченных его учредительными документами по сравнению с тем, как они определены в законе либо как они могут считаться очевидными из обстановки, в которой совершается сделка. Рассматривая эту ситуацию, Г.И. Стрельникова указывает, что учредители юридического лица вправе ограничить в уставе круг полномочий своего органа по сравнению с тем, как они определены в законе (например, установив, что сделки по распоряжению недвижимым имуществом директор вправе совершать только с согласия общего собрания участников). В подобных случаях третьи лица, вступающие в сделку, могут и не знать о таком ограничении полномочий органа, поскольку об их возможном круге они осведомлены из закона /6/.

Удачно называя такое положение «неочевидным ограничением полномочий», А.М. Эрделевский и О.Н. Рыкова считают, что закон, охраняя интересы добросовестных контрагентов, допускает признание таких сделок недействительными только в случае недобросовестности контрагента, который знал или заведомо должен был знать об указанных ограничениях, и только по иску лица, в интересах которого установлены ограничения» /7/.

Возможность ограничения полномочий нижестоящих органов вышестоящим предусматривается и казахстанским законодательством. Так, например, в соответствии с пунктом 3 ст. 15 Закона РК от 5 октября 1995 г. № 2486 «О производственном кооперативе», учредительными документами кооператива к исключительной компетенции общего собрания может быть также отнесено решение иных вопросов. Аналогичные нормы содержатся в Законе РК от 02 мая 1995 г. № 2255 «О хозяйственных товариществах», Законах РК от 22 апреля 1998 г. № 220-I «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» и от 13 мая 2003 г. № 415-II «Об акционерных обществах».

Однако следует различать диспозиции соответствующих норм Кодексов России и Казахстана. Если российский Кодекс говорит о сделках, заключенных при «неочевидном ограничении полномочий» органа юри-

дического лица, то казахстанский Кодекс такого положения не содержит. И потому спорной выглядит позиция Ю.Г. Басина, отмечающего, что «ответственность юридического лица за действия его органа, превысившего полномочия, установлена только для случаев, когда границы компетенции органа определены учредительными документами или решениями общего собрания. На те же случаи, когда полномочия органа определены непосредственно законодательством, правило механически распространяться не должно, так как речь будет идти о сделках, нарушающих требования законодательства» /8/.

Такой комментарий вполне соответствует положениям ст. 174 ГК Российской Федерации, однако не может быть применен к положениям ГК РК. Действительность же заключается в том, что пункт 11 ст. 159 казахстанского Кодекса в отличие от ГК России не различает компетенцию органа юридического лица, определенную законодательством, и его компетенцию, установленную учредительными документами. Поэтому пункт 11 ст. 159 ГК РК и другие пункты этой статьи представляют собой отдельные случаи недействительности сделок и выступают по отношению к статье 158 казахстанского Кодекса как специальные основания к общему. Соответственно, пункт 11 ст. 159 ГК РК должен применяться во всех случаях, когда орган вышел за пределы своей компетенции, определенной как уставом, так и законодательством.

Ниже мы приведем несколько примеров из казахстанской судебной практики по данной категории дел.

1. *Из постановления № к-818 от 13 сентября 2010 г. кассационной судебной коллегии Карагандинского областного суда.*

*Из материалов дела следует, что гражданин Ш. являлся одним из соучредителей и директором негосударственного учреждения «Частная клиника «С». Согласно уставу этого юридического лица, директор распоряжается его имуществом и средствами на основании протокола собрания учредителей с их согласия.*

*При этом гражданин Ш. являлся также учредителем ТОО «В», которое заключило договор аренды томографа с негосударственным учреждением «Частная клиника «С».*

*Судами было установлено, что другие учредители частной клиники «С» своего согласия на заключение договора аренды не давали. Тем самым его директор вышел за пределы своих полномочий, определенных уставом негосударственного учреждения «С».*

*Судебная коллегия указала, что вторая сторона в этой сделке знала об имеющихся нарушениях, и поэтому оставила без изменения акты нижестоящих судебных инстанций о признании договора аренды томографа недействительным по пункту 11 ст. 159 ГК РК.*

2. *В постановлении суда апелляционной инстанции г. Астана № 2а-2522-10 от 12 марта 2010 г. по иску акционерного общества «А» и*

ряда его акционеров к акционерному обществу «А-Н» о признании недействительным одного из пунктов дополнительного соглашения к договору строительного подряда указывается.

Уставом АО «А» к исключительной компетенции общего собрания акционеров общества отнесены, в том числе, следующие вопросы: утверждение решений о заключении обществом крупных сделок и сделок, в совершении которых обществом имеется заинтересованность, принятие решения об увеличении обязательств общества на сумму, составляющую 25 и более процентов размера его собственного капитала.

Оспариваемым пунктом дополнительного соглашения акционерным обществом по решению совета директоров приняты обязательства по выплате штрафа в твёрдой сумме 68 784 719 тенге, тогда как размер собственного капитала, согласно бухгалтерскому балансу АО «А», в этот период составлял 44 000 000 тенге.

Суд пришёл к правильному выводу, что со стороны АО «А» нарушена уставная компетенция органов юридического лица, поскольку принятие решения об увеличении обязательств общества на сумму, составляющую 25 и более процентов размера его собственного капитала, относится к исключительной компетенции общего собрания акционеров, а принятое с одобрения совета директоров новое обязательство о выплате штрафа в сумме 68 784 719 тенге превышает в 1,5 раза размер собственного капитала общества.

3. В решении Специализированного межрайонного экономического суда г. Астана по делу № 02-4207-12 от 05 июля 2012 г. по иску индивидуального предпринимателя Ш. к акционерному обществу «Международная Товарная Биржа «К» указывается.

В соответствии с подп. 18) п. 9.2 ст. 9 Устава АО «Международная Товарная Биржа «К» к исключительной компетенции совета директоров относится принятие решения о заключении крупных сделок и сделок, в совершении которых Обществом имеется заинтересованность.

Из протокола № 22 внеочередного заседания совета директоров АО «Международная Товарная Биржа «К» от 20.07.2011 г. следует, что на заключение президентом АО «Международная Товарная Биржа «К» крупных сделок и сделок, превышающих 250 000 тенге, требуется одобрение и разрешение совета директоров.

Из представленных суду документов следует, что между индивидуальным предпринимателем Ш. и АО «Международная Товарная Биржа «К» заключен договор об оказании услуг на сумму 3 500 000 тенге, по условиям которого ИП выполняет, а АО обязуется принять и оплатить услуги по разработке и внедрению торговой платформы для контрактных торгов. Однако указанная сделка не соответствует требова-



ниям законодательства, поскольку совершена исполнительным органом юридического лица в противоречии с целями деятельности и учредительными документами, с нарушением уставной компетенции. Оспариваемая сделка носит инвестиционный и стратегический характер, может повлиять на дальнейшую финансово-хозяйственную деятельность Общества, так как торговая платформа является основным инструментом для проведения контрактных торгов. Следовательно, в совершении названной сделки у АО «Международная Товарная Биржа «К» имелась заинтересованность, однако процедуру согласования эта сделка не проходила, совет директоров согласия на ее совершение не выражал. Индивидуальный предприниматель Ш. при заключении спорного договора была обязана ознакомиться с Законом РК «Об акционерных обществах» и Уставом АО «Международная Товарная Биржа «К», которыми оговаривается компетенция исполнительного органа акционерного общества. При изложенных обстоятельствах договор об оказании услуг подлежит признанию недействительным.

И, наконец, еще один вопрос, возникающий при анализе этой нормы – о ее практической значимости. Следует учитывать, что, во-первых, законодательные акты о коммерческих юридических лицах не только определяют компетенцию высшего органа юридического лица, но и требуют указывать ее в уставе. Таковы требования пункта 1 ст. 6 Закона о производственном кооперативе, пункта 2 ст. 17 Закона о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью, пункта 2 ст. 13 Закона об акционерных обществах, возводя соответствующие положения устава в разряд существенных. Во-вторых, устав юридического лица – это документ, содержание которого, в отличие от учредительного договора, не является коммерческой тайной. Все заинтересованные лица вправе ознакомиться с уставом юридического лица.

Таким образом, с одной стороны, законодательство обязывает указывать в уставе компетенцию органов юридического лица, с другой – предоставляет право всем заинтересованным лицам знакомиться с его содержанием.

Говоря иными словами, контрагент юридического лица, орган которого заключает сделку с превышением своих полномочий, если и не знает о таком нарушении, то в любом случае должен знать об этом, поскольку само законодательство создает для этого соответствующие условия, стимулирует контрагента интересоваться компетенцией органа. Не случайно, в одном из Постановлений Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации указывалось, что «другая сторона в сделке должна была ознакомиться с текстом устава общества, чтобы выяснить, имеются ли у председателя правления закрытого акционерного общества полномочия на заключение договора залога недвижимого имущества» /9/.

Как видим, здесь мотивация такая же, как и в приведенном нами выше решении СМЭС г. Астана по делу № 02-4207-12 от 05 июля 2012 г.

Представляется, что такой же позиции придерживается и казахстанский законодатель. Так, Законом РК от 25 марта 2011 г. № 421-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства» из пункта 11 ст. 159 ГК после слова «или» исключено слово «заведомо».

Тем самым законодатель дополнительно стимулирует контрагента интересоваться компетенцией органа юридического лица, с которым он вступает в гражданские правоотношения.

Ситуация осложняется тем, что корпоративное законодательство в целом ряде случаев содержит положения, которые сконструированы диспозитивно. То есть они дают возможность участникам корпорации урегулировать в учредительных документах те или иные вопросы иначе, чем это предусмотрено законодательством. Например, таких норм, а также норм, содержащих отсылки к учредительным документам, в Законе о ТОО мы насчитали более семидесяти /10/.

Однако по этому вопросу есть и иная точка зрения. Так, В.В. Витрянский, например, отмечает: «Нельзя не заметить, что при таком подходе анализ действительного волеизъявления сторон и их действий по заключению договора подменяется сугубо формальной констатацией обязанности сторон, вступающих в договорные отношения, тщательно изучить учредительные документы друг друга <...>. Вместо реализации задачи обеспечения стабильности договорных отношений путем всемерного усложнения процесса оспаривания совершенной сделки мы получаем дополнительное средство защиты недобросовестных участников имущественного оборота, которые, не исполнив обязательства, могут добиться практически автоматического признания договора <...> недействительной сделкой» /11/.

С этими рассуждениями едва ли можно согласиться. Гражданское законодательство не ставит и не может ставить целью обеспечение стабильности договорных отношений за счет усложнения всеми возможными средствами процесса оспаривания совершенной сделки. Эта задача должна достигаться и достигается другими средствами. Более того, гражданское право имеет другую цель – защиты интересов стороны, права которой нарушены. В нашем случае при признании недействительной сделки, совершенной с превышением компетенции органа юридического лица, могут страдать интересы контрагента этого юридического лица. Однако в случае непризнания такой сделки недействительной могут страдать интересы участников (акционеров, членов) юридического лица, орган которого вышел за пределы своей компетенции.

Здесь закон стоит перед дилеммой: чьи интересы должны подлежать приоритетной защите – контрагента юридического лица или его участников (акционеров, членов)?

Представляется, что вопрос должен решаться, все же, в пользу участников. При этом следует использовать так называемую «теорию наименьшего зла». Так, когда орган юридического лица совершает какую-либо сделку с превышением своей компетенции, причиняя при этом ущерб юридическому лицу, участникам может быть поставлен в вину неудачный выбор своего нижестоящего (чаще всего – исполнительного) органа. С другой стороны, контрагент, заключая сделку с юридическим лицом, имеет возможность ознакомиться с компетенцией соответствующего органа юридического лица, но не делает этого. Кто же из них более виноват? Мы считаем – контрагент. В большинстве случаев участники юридического лица отстранены от реального управления юридическим лицом, причем наиболее это заметно в корпорациях с большим числом участников. Такие участники, как правило, не знакомы с содержанием и условиями заключаемых исполнительным органом договоров. Это делает их положение крайне уязвимым и зависимым от политики исполнительного органа, недобросовестные действия которого способны опосредованно привести к имущественным потерям участников. Контрагент же юридического лица имеет в полной мере защищаемую законом возможность убедиться в наличии у органа юридического лица права заключать подобные сделки.

Поэтому, считаем, что именно контрагент должен нести риск неблагоприятных последствий, связанных с последующим признанием недействительной сделки, совершенной органом юридического лица с превышением полномочий.

В заключении отметим, что мы с осторожностью подходим к оценке некоторых принятых за последние годы законодательных актов, направленных на «кардинальное улучшение условий для предпринимательской деятельности в Республике Казахстан» /12/.

Так, согласно части второй ст. 6, части третьей ст. 6-1 Закона РК от 17 апреля 1995 г. № 2198 «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств», уставы (положения) юридических лиц, относящихся к субъектам среднего и крупного предпринимательства, их филиалов и представительств, за исключением уставов (положений) акционерных обществ, их филиалов и представительств, при государственной регистрации не представляются. Уставы (положения) юридических лиц, относящихся к субъектам малого предпринимательства, их филиалов и представительств в процессе государственной регистрации не представляются.

Более того, в случае внесения в учредительные документы изменений и дополнений, не требующих перерегистрации, не требуется извещать об этом регистрирующий орган.

Думается, что данные новеллы, привнесенные Законом РК от 24 декабря 2012 г. № 60-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств», способны порождать на практике спорные ситуации с установлением действительного правового статуса конкретного юридического лица. Ранее действовавший порядок государственной регистрации предполагал определенную стабильность в этом вопросе, устанавливал публичность устава (возможность для заинтересованных лиц истребовать его от регистрирующего органа, установление порядка внесения в него изменений и дополнений и т.д.).

Ведь практика и раньше сталкивалась с проблемой определения даты, с которой изменение устава считается произведенным. Этот вопрос крайне важен именно с практической стороны, особенно в случае, когда принятое высшим органом юридического лица решение касается взаимоотношений с третьими лицами (например, при изменении компетенции его органов). Внесенные же изменения в законодательство о государственной регистрации юридических лиц лишь актуализировали данный вопрос.

#### **Ссылки:**

1. Климкин С.И. Реализация правоспособности юридического лица через его органы // *Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов*. – М.: Статут, 2001; С.И. Климкин. *Юридические лица по законодательству Республики Казахстан. Общие положения. Учебное пособие* – Алматы: Баспа, 2001. С. 42–48.

2. См.: *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий (постатейный)*. В 2-х кн. 3-е изд., испр. и доп., с использованием судебной практики / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2007. Кн. 1. С. 536; *Гражданское право. Том 1. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс)* / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2013. С. 664.

Здесь же отметим, что Законом РК от 27 февраля 2017 г. № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» в пункте 11 статьи 159 ГК слова «законодательными актами» дополнены словами «Республики Казахстан».

3. Частью первой пункта 5 ст. 41 ГК РК установлено, что в уставе юридического лица, помимо прочего, определяется компетенция его органов. При этом под «уставной» следует понимать как компетенцию органов, напрямую вытекающую из законодательных требований, так и включающую иные вопросы по желанию участников (акционеров, членов) юридического лица.

4. *Комментарий к Гражданскому кодексу Казахской ССР* / Под ред. Ю.Г. Басина, Р.С. Тазутдинова. – Алма-Ата: Казахстан, 1990. С. 89.

5. Отметим, что в казахстанской учебной юридической литературе с завидным упорством ошибочно утверждается о наличии специальной правоспособности у всех юридических лиц (Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Изд-во КазГЮА, 2000. С. 117-118; Гражданское право. Том 1. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2013. С. 172-173).

6. Гражданское право. Учебник для вузов. Часть первая / Под ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, В.А. Плетнева. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1998. С. 230.

7. Гражданское право. Часть первая: Учебник / Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. – М.: Юристъ, 1997. С. 184.

8. Басин Ю.Г. Юридические лица по Гражданскому кодексу Республики Казахстан: Понятие и общая характеристика. Учебное пособие. Изд. 2-е, испр. и доп. – Алматы: ВШП «Әділет», 2000. С. 17.

9. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 7. С. 44.

10. См.: Климкин С.И. Товарищество с ограниченной ответственностью: Комментарий к Закону Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года. 2-е изд. Исп. и доп. – Алматы: Юрист, 2016.

11. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1997. С. 659.

12. Слова в кавычках взяты из названия Закона РК от 29 декабря 2014 г. № 269-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам кардинального улучшения условий для предпринимательской деятельности в Республике Казахстан».

## **АНАЛИЗ ВОЗМОЖНОСТИ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ОТДЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ АНГЛО-САКСОНСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ В ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

**Опубликовано:**

*Гражданское право и предпринимательство:  
Материалы Международной научно-практической конференции  
(Алматы, 31 мая – 1 июня 2012 г.) /  
Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2012*

Собственно, «имплементация» началась уже с самого названия моего выступления, – имплементация англоязычных слов и терминов в наш отечественный лексикон. Сразу оговорюсь, что тема была придумана не мной, а жизненными реалиями.

В переводе с английского implement означает «орудие», «инструмент», «принадлежность». Толкуя же расширительно варианты перевода, и с учетом соответствующего контекста, под имплементацией следует понимать

применение используемых в англо-саксонской системе права инструментариев, ситуационных расшифровок и даже способов толкования и понимания его отдельных институтов.

Не могу сказать, что казахстанское законодательство чужается инородных для нашей правовой системы *implements*. Скорее, наоборот. Так, например, в Законе РК от 2 июля 2003 г. № 461-III «О рынке ценных бумаг» используются такие термины, как «андеррайтер», «листинг», «инсайдер», «кастодиан», «левередж», «клиринг», «хеджирование» и другие, а также производные от них слова и словосочетания. Закон РК от 18 декабря 2000 г. № 126-III «О страховой деятельности» использует термины «аджастер», «ассистанс», «сюрвейер» и др. Казахстанские банки открывают для своих клиентов *escrow*-счета.

В Гражданском кодексе (Общая часть), как бы в противовес традиционной латыни, появились «опционы», «свопы», «форварды», «фьючерсы».

В Особенной части Кодекса англоязычными видами договоров являются лизинг, факторинг, франчайзинг. Из англо-саксонской системы права было заимствовано доверительное управление имуществом (у «них» это «траст»).

И таких примеров более чем достаточно.

Данное обстоятельство нельзя расценивать как исключительно негативное. Мир меняется, правовые системы сближаются, происходит заимствование, взаимопроникновение, диффузия. Другое дело, имплементация должна происходить обдуманно, с учетом традиций нашей, континентальной правовой системы.

Нередко же введение в юридический оборот *implements* из англо-саксонской системы права напоминает детскую игру «Что означает это слово?»: не знаешь – я выиграл.

Но умное лицо – еще не признак ума. Все глупости на Земле делаются именно с этим выражением лица.<sup>1</sup>

Даже Уголовный кодекс не устоял против «англоязычия»: Законом РК от 11 января 2011 г. № 385-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам противодействия неправомерному захвату бизнеса и собственности (рейдерству)» он дополнен статьей 226-1 «Рейдерство».

Под этот состав преступления подпадает незаконное приобретение права собственности на долю участия в юридическом лице, а равно имущества и ценных бумаг юридического лица или установление контроля над юридическим лицом в результате:

- умышленного искажения результатов голосования,
- воспрепятствования свободной реализации права при принятии решения высшим органом путем внесения в протоколы собрания, заседания,

<sup>1</sup> Из х/ф «Тот самый Мюнхгаузен» (М. Захаров, Г. Горин, 1979).

в выписки из них заведомо недостоверных сведений о количестве голосовавших, кворуме или результатах голосования,

– составления заведомо недостоверного подсчета голосов или учета бюллетеней для голосования,

– блокирования или ограничения фактического доступа акционера, участника, члена органа управления или члена исполнительного органа к голосованию,

– несообщения сведений о проведении собрания, заседания,

– сообщения недостоверных сведений о времени и месте проведения собрания, заседания,

– голосования от имени акционера, участника или члена органа управления по заведомо подложной доверенности,

– нарушения, ограничения или ущемления права преимущественной покупки ценных бумаг, а также умышленное создание препятствий при реализации права преимущественной покупки ценных бумаг,

– и иные незаконные способы, повлекшие существенное нарушение прав и законных интересов физических и (или) юридических лиц, государства.

Не являясь специалистом в области уголовного права, вижу и понимаю, что *а)* под данный состав преступления подпадает крайне расширенный перечень действий (бездействий), и *б)* этот перечень носит неисключительный характер («иные незаконные способы»).

Однако статьей 3 УК установлено, что единственным основанием уголовной ответственности является совершение преступления, то есть деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного настоящим Кодексом. Иными словами, действие (бездействие), прямо не поименованное Особенной частью УК, не признается преступлением.

Какая-либо аналогия в уголовном праве недопустима (ст. 9 УК РК).

В последнее время юристами иностранных юридических фирм активно обсуждается с нашими отечественными коллегами вопрос о правовой природе и силе так называемых соглашений акционеров. Я проиллюстрирую ситуацию на примере, поставив ряд вопросов и предложив свое видение ответов на них.

Так, будет ли вписываться в казахстанское законодательство, скажем, договоренность между несколькими акционерами о порядке голосования на предстоящем общем собрании? Каких последствий следует ожидать акционеру, проголосовавшему в нарушение предварительной договоренности? Могут ли иные участники такого акционерного соглашения требовать от нарушителя возмещения причиненных им убытков (естественно, при доказанности их наличия) как универсальной меры гражданско-правовой ответственности за неисполнение обязательства? Возможна ли в таком случае последующая постановка вопроса о признании недействительными результатов голосования на общем собрании?

Мы полагаем, что такого рода соглашения в рамках действующего законодательства РК не подлежат юридическому обеспечению и защите. Они сродни римским «натуральным» обязательствам, так сказать «джентльменские» или, применительно к казахстанской действительности, – «джигитовские» соглашения.

Поэтому акционер, проголосовавший не в соответствие с такого рода договоренностью, не может быть привлечен к юридической ответственности. Это, в свою очередь, означает, что итоги голосования на общем собрании акционеров оспорены быть не могут.

## **АНАЛИЗ ОТДЕЛЬНЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ ФАКТОВ В КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЯХ НА ПРИМЕРЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ТОО**

*Опубликовано:*

*Юридические факты как основания возникновения,  
изменения и прекращения гражданских правоотношений*

*/Материалы МНПК в рамках ежегодных цивилистических чтений  
/Алматы, 21-22 мая 2015 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы:*

*Daup-Kiman, 2016*

Использованные нормативные правовые акты Республики Казахстан: Гражданский кодекс РК (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. (далее – ГК);

Закон РК от 22 апреля 1998 г. № 220-І «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (далее – Закон);

Нормативное постановление Верховного Суда РК № 2 от 10 июля 2008 г. «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (далее – постановление ВС).

В статье проведен анализ юридических фактов, имеющих место:

– при принятии решений единственным учредителем (участником) ТОО;

– при образовании уставного капитала ТОО;

– при реализации права преимущественной покупки доли в уставном капитале ТОО.

**1.** Законодательство РК о ТОО содержит ряд положений об особенностях создания и деятельности ТОО с единственным участником.

Согласно части второй п. 2 ст. 77 ГК, п. 1 ст. 10 Закона, товарищество с ограниченной ответственностью не может иметь в качестве единственного участника другое хозяйственное товарищество, состоящее из одного лица.



В казахстанской юридической литературе предпринимались попытки объяснить запрет на единоличное участие в ТОО другой «компании одного лица». Так, по мнению В.А. Жакенова, это «имеет целью предотвратить исключение ответственности его учредителя, которое могло бы противоречить положению п. 3 статьи 44 ГК» /1/.

На наш взгляд, указанный запрет легко обойти, заключив учредительный договор со вторым, номинальным учредителем, имеющим долю в уставном капитале, например, в размере 0,001%.

Более того, на практике возникают ситуации, когда совершение правомерных действий приводит к нарушению данного запрета. Так, ТОО-2 было создано ТОО-1, которое, в свою очередь, было учреждено двумя физическими лицами. Впоследствии один из участников ТОО-1 продал свою долю в уставном капитале второму участнику. В результате этой сделки в ТОО-1 остался один участник, и при этом ТОО-1 является единственным участником ТОО-2.

Проблема заключается в том, что регистрирующие органы могут отслеживать изменения состава участников лишь в ТОО-1, поскольку данное обстоятельство требует, согласно п. 6 ст. 42 ГК РК, перерегистрации товарищества (за исключением товариществ, заключивших с профессиональным регистратором договор на ведение реестра участников). Однако ситуация с составом участников ТОО-2 органам юстиции неподконтрольна.

Таким образом, в результате перерегистрации ТОО-1 автоматически возникает ситуация, не допускаемая ГК. Но при этом законодательство не содержит каких-либо санкций при ее возникновении, поэтому норма оказывается бездействующей.

Другая практическая ситуация связана с одной из казахстанских национальных компаний. Акционерным обществом (АО-2 – дочерняя компания), сто процентов акций которого принадлежат другому акционерному обществу (АО-1 – материнская компания) было создано товарищество с ограниченной ответственностью. В связи с принятием действующего Закона об акционерных обществах материнской компанией было принято решение о преобразовании АО-2 как не отвечающего требованиям нового закона об АО в товарищество с ограниченной ответственностью. Решение было принято с соблюдением всех требований законодательства, и, соответственно, была произведена его государственная перерегистрация. В результате возникла ситуация, не допускаемая частью второй п. 2 ст. 77 ГК и п. 1 ст. 10 Закона.

На основании изложенного, с учетом того, что комментируемая норма не способна сколько-нибудь действительно защитить интересы кредиторов, а также порождает сложноразрешимые ситуации, она требует исключения из ГК и Закона.

Также имеются особенности в управлении товариществом, имеющим одного участника. Пунктом 2 ст. 10 Закона установлено, что в таком товариществе решения, относящиеся к компетенции общего собрания, принимаются единственным участником единолично и оформляются письменно. При этом положения статей 44-50 Закона о порядке созыва, проведения общего собрания участников, порядке принятия им решений, а также об основаниях и процедуре обжалования принятых общим собранием решений не применяются.

Представляется, что такой подход законодателя может создать впечатление о разных принципах управления товариществом с одним участником и товариществом, в котором два и более участника. Однако следует иметь в виду, что в первом случае модель управления ТОО не становится схожей с моделью управления государственным предприятием, когда уполномоченный государственный орган противопоставлен самому государственному предприятию, и его решения, которые являются обязательными для предприятия, не являются решениями самого государственного предприятия.

Управление ТОО, имеющее одного участника, основывается на иных принципах. Конечно, и ТОО, и его единственный участник являются самостоятельными субъектами гражданских прав. Однако в случае, когда единственным участником товарищества принимаются решения, предусмотренные ст. 43 Закона, он выполняет функции высшего органа товарищества. Поэтому принятые им решения следует рассматривать как решения самого товарищества. Соответственно, все последствия таких решений возлагаются не на участника, их принявшего, а на ТОО, и в случае оспаривания принятых единственным участником решений ответчиком по таким искам будет выступать само товарищество.

Согласно части первой п. 1 ст. 16 Закона, учреждение товарищества с ограниченной ответственностью с единственным участником производится на основе единолично принятого им решения.

Решение единственного учредителя о создании ТОО следует рассматривать как одностороннюю сделку, каковой считается сделка, для совершения которой, в соответствии с законодательством или соглашением сторон, необходимо и достаточно выражения воли одной стороны (п. 2 ст. 148 ГК).

В этой связи представляется излишним наличие части второй п. 1 ст. 16 Закона об отсутствии необходимости составления учредительного договора, поскольку договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей (п. 1 ст. 378 ГК).

Закон не содержит каких-либо положений о форме такого решения. Однако с учетом того, что создание ТОО подразумевает последующее осуществление предпринимательской деятельности, решение о создании товарищества подпадает под требование подпункта 1) п. 1 ст. 152 ГК о

необходимости его оформления в письменной форме. Более того, оформление такого решения в письменной форме соответствует обычным требованиям к ведению делопроизводства.

При этом его нотариальное удостоверение законодательством не предусмотрено.

Также законодательство не требует предоставления в регистрирующий орган решения единственного учредителя о создании товарищества.

2. 29 декабря 2014 г. Президентом страны подписан Закон № 269-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам кардинального улучшения условий для предпринимательской деятельности в Республике Казахстан». Закон в большей части введен в действие с 01 января 2015 г.

Всего данным Законом внесены изменения и дополнения в 119 законодательных актов Республики Казахстан, и, без сомнения, они станут предметом пристального анализа специалистов в соответствующих отраслях права.

При этом особый интерес представляют вопросы, затрагивающие наиболее популярную форму ведения предпринимательской деятельности в Казахстане – товарищество с ограниченной ответственностью. И в этой связи главное, чего коснулся новый Закон – требований к минимальному размеру уставного капитала. Отныне для ТОО, являющегося субъектом малого предпринимательства, он определяется нулевым уровнем (п. 2 ст. 23 Закона).

Данное обстоятельство ставит как перед практическими работниками, так и исследователями корпоративного права ряд вопросов.

В чем теперь заключается смысл понятия «доля участника в уставном капитале товарищества»? Это вопрос правового характера. Теперь – чисто математического. Как исчислить долю от нуля?!

На самом деле понятие «доля в уставном капитале» имеет огромное значение. И пусть минимальный размер будет хоть 1 тенге, но уставный капитал как таковой должен быть. Ведь из-за того, каким образом он распределен среди участников, зависит решение целого ряда вопросов: определение количества голосов в общем собрании (по общему правилу), возможность отнесения участника к категории «крупный» и наделение его дополнительными правами, расчет размера причитающегося участнику части чистого дохода товарищества, размера части имущества, оставшегося после ликвидации товарищества и так далее. Всего же в Законе мы насчитали около 250 положений, так или иначе касающихся понятий «уставный капитал», «доля в уставном капитале», «вклад в уставный капитал», «доля в имуществе» и иных, связанных с ними вопросов.

При этом ТОО – это бизнес, пусть в нашем случае малый, но этот «малый» бизнес затрагивает интересы до 100 работников и предполага-

ет средний годовой доход почти в 600 млн. тенге (п. 5 ст. 6 Закона РК от 31 января 2006 г. № 124-III «О частном предпринимательстве»)<sup>1</sup>.

Мы убеждены, что установление нулевого уровня уставного капитала – это принципиальная ошибка разработчиков, которые обязаны были сделать и дальнейшие шаги по реформированию правового положения ТОО. Но этого сделано не было, да и вряд ли могло быть сделано, поскольку указанные вопросы упираются именно в «долю в уставном капитале».

Похоже, что разработчики, да и сама власть, своим необузданным влечением к «кардинальному улучшению условий для предпринимательской деятельности в Республике Казахстан» создали еще одну правовую неопределенность для малого предпринимательства.

3. Алгоритм реализации права преимущественной покупки доли (ее части) в уставном капитале ТОО в свете части первой п. 8 постановления ВС заключается в следующем:

а) участник, желающий возмездно уступить свою долю в уставном капитале, сначала должен предложить ее другим участникам с указанием условий возможной сделки;

б) если другие участники и само ТОО отказались от приобретения доли (ее части) на предложенных условиях, участник вправе уступить ее третьим лицам на этих условиях;

в) если участник не произвел отчуждение доли третьим лицам, то в случае изменения условий отчуждения он обязан вновь предложить другим участникам или ТОО приобрести долю;

г) только после отказа других участников и ТОО от покупки доли на новых условиях участник может вновь предложить ее третьим лицам.

Возникает вопрос: если третьи лица вновь откажутся от приобретения доли, обязан ли участник в третий (четвертый и т.д.) раз предлагать другим участникам и ТОО долю к выкупу на новых условиях?

Но такая неопределенность может продолжаться сколько угодно период времени. Ведь при этом участнику следует вновь соблюдать всю процедуру предложения доли, предусмотренную Законом, в том числе ожидая окончания очередного месячного срока, предусмотренного для отказа другими участниками товарищества от приобретения доли (п. 5 ст. 31 Закона).

Мы считаем, что данный механизм реализации доли (ее части) в уставном капитале представляет собой не способ реализации права преимущественного приобретения доли другими участниками в традиционно понимаемом смысле, но направленный на реализацию так называемого права первого отказа.

Истинная же сущность права преимущественной покупки заложена в содержании ст. 216 ГК: при продаже доли в праве долевой собственностью

---

<sup>1</sup> В настоящее время: ст. 24 Кодекса РК от 29 октября 2015 г. № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан».

сти постороннему лицу остальные участники имеют преимущественное право покупки продаваемой доли по цене, за которую она продается, и на прочих равных условиях. Продавец доли обязан известить в письменной форме остальных участников о намерении продать свою долю постороннему лицу с указанием цены и других условий, на которых продает ее.

Мы сознательно не приводим буквальный текст статьи 216 ГК, как и не предлагаем использовать аналогию закона (ведь здесь идет речь об общей долевой собственности). Важен сам принцип реализации права преимущественной покупки: продавец сначала оговаривает с третьим лицом – потенциальным приобретателем условия договора об отчуждении доли, который по своей правовой природе является сделкой, заключенной под отлагательным условием (п. 1 ст. 150 ГК). Соответственно, права и обязанности сторон, связанные с отчуждением доли, возникнут у них лишь в случае отказа других участников от приобретения доли на условиях (а не только по цене, как об этом говорится в ст. 31 Закона), согласованных с третьим лицом.

Однако практика сталкивается и с иными проблемами толкования положений законодательства о преимущественной покупке доли в уставном капитале. Вопрос ставится категорично: вправе ли участник при реализации права преимущественной покупки доли приобрести ее не во всем объеме, предложенном продавцом, а лишь в части?

Предположим, что товарищество создано тремя учредителями (участниками). При этом доля в уставном капитале первого участника составляет 50%, второго – 20%, третьего – 30%. Второй участник решил продать свою долю и предложил ее к выкупу другим участникам.

Согласно пункту 1 ст. 31 Закона, участники товарищества пользуются преимущественным перед третьими лицами правом покупки доли участника или ее части при ее продаже кем-либо из участников, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. Таким правом может воспользоваться каждый участник. Если участников, желающих воспользоваться правом преимущественной покупки, несколько, и учредительными документами или иным соглашением участников товарищества не предусмотрено иное, преимущественное право покупки доли (ее части) осуществляется участниками пропорционально размерам их долей в уставном капитале.

Представляется, что до настоящего момента логика законодателя была понятна и вполне объяснима. Им преследовалась цель взаимной и адекватной защиты интересов как продавца доли, так и иных участников товарищества. Однако дальнейший анализ законодательных установлений рушит эти оптимистические настроения.

Пункт 2 ст. 31 Закона устанавливает процедуру предложения доли (ее части) к продаже: участник, желающий продать свою долю или ее часть,

обязан письменно известить о своем намерении исполнительный орган товарищества с указанием предполагаемой цены продажи. В свою очередь (п. 3 ст. 31 Закона) исполнительный орган в течение семи дней извещает об этом всех участников товарищества. Наконец, участник, желающий реализовать право преимущественной покупки, должен в семидневный срок уведомить об этом исполнительный орган, указав при этом, что намерен приобрести предлагаемую к продаже долю полностью или в определенной части.

Таким образом, нетрудно заметить, что предложенный механизм отчуждения доли принципиально отличается от традиционной схемы заключения договора, где принято выделять его стадии: оферта – акцепт, или новая оферта – акцепт. В случае же продажи доли в уставном капитале ТОО продавец доли не вступает в непосредственные отношения с потенциальным покупателем (покупателями) доли. Более того, участники сделки лишены возможности обсуждать условия предстоящей сделки, и продавец остается связанным «навсегда» изначально сделанным предложением о цене доли.

Однако наиболее серьезная проблема связана с размером приобретаемой доли. Как указывалось выше, покупатель (покупатели) имеет право приобрести не всю предложенную долю, а лишь ее часть. Очевидно, что данное обстоятельство способно серьезно нарушать интересы продавца.

Дело в том, что инвестиции в уставный капитал могут преследовать разные цели: от желания лишь получать часть чистого дохода от деятельности товарищества (я их называю пассивными инвестициями) до реального участия в деятельности товарищества (активные инвестиции). Понятно, что для достижения последней цели участник должен обладать значительной долей в уставном капитале.

Возвращаясь к нашему примеру, отметим, что Участнику-1 достаточно приобрести самый минимальный процент в уставном капитале для того, чтобы получить простое большинство голосов (50% + один голос), позволяющее, по общему правилу, определять принимаемые высшим органом товарищества, пусть и не принципиальные, но важные решения (образование исполнительного органа и наблюдательного совета и досрочное прекращение полномочий их членов, утверждение отчетов и заключений ревизионной комиссии (ревизора), утверждение годовой финансовой отчетности и распределение чистого дохода, решение об участии товарищества в других юридических лицах, назначение ликвидационной комиссии и утверждение ликвидационных балансов и др.).

Возможно моделирование и иных ситуаций, когда, например, совокупная величина поступивших от участников предложений не превышает размера предлагаемой доли. В этом случае оставшаяся (невыкупленная) часть доли может быть отчуждена третьему лицу. Хотя вполне вероятно, что этот «обрубок» доли так и не найдет своего покупателя.

Подводя итог, отметим, что предложенный механизм реализации права преимущественной покупки доли (ее части) в уставном капитале ТОО способен, предоставляя соответствующие права другим участникам, нарушать интересы участника-продавца. К сожалению, это обстоятельство противоречит принципу римского права: «qui jure suo utitur, naeminem laedit» – кто пользуется правом, никому не причиняет вреда.

**Ссылки:**

1. *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий (постатейный). В 2 кн. 3-е изд., испр. и доп., с использованием судебной практики / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2007. Кн. 1. С. 306.*

## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ЦИФРЫ-2

**Опубликовано:**

*Zakon.kz, 29 октября 2018 г.*

Наш материал на эту тему был впервые опубликован на [Zakon.kz](http://Zakon.kz) почти четыре с половиной года назад. За прошедшие 1626 дней некоторые цифры изменились, поэтому их следует обновить.

Итак, сколько раз доводилось слышать от юристов фразу: «Я с цифрами не дружу».

Попытаюсь убедить вас в том, что юристу дружить с цифрами не только важно и полезно, но порой даже занимательно. Вот лишь несколько тому примеров.

**Рассчитайте размер неустойки (особенно, в виде пеней), «не дружа» с цифрами!**

Какие цифры, по общему правилу, необходимы для расчета пеней?

1. Цифровой коэффициент расчета.

Обычно его размер устанавливается в договорах следующим образом: «Должник уплачивает кредитору пенью в размере ...» (например, 0,1%);

2. Цифровая величина, к которой привязывается коэффициент расчета (варианты:

- i) сумма долга;
- ii) цена всего договора;
- iii) стоимость поставленной некачественной продукции и т.д.)

3. Период просрочки.

Это было одним из самых интересных занятий в то время, когда я был молодым практикующим юристом: сидеть с календарем (нередко – с двумя), держа в руках карандаш и двигая им по прошедшим датам, вслух, чтобы не сбиться, произносить: «тридцать два, тридцать три, тридцать четыре...».

Теперь попробуем рассчитать неустойку на примере. Для этого потребуются следующие исходные данные, взятые наобум:

- сумма долга – 500 000 тенге;
- размер пеней – 0,1% от суммы долга за каждый день;
- период просрочки – 40 дней.

$$\text{Размер неустойки: } \frac{500\,000 \text{ тенге} \times 0,1\% \times 40 \text{ дней}}{100\%} = 20\,000 \text{ тенге.}$$

Наверное, почти каждый человек старается облегчить себе жизнь, в том числе юристы, которые «не дружат с цифрами». Так, например, чтобы особо не утруждать себя расчетами пеней, ленивые юристы могут использовать в договорах не цифровые коэффициенты и величины расчетов, а твердую сумму. В этом случае условие договора о пени будет выглядеть, например, так: «Должник уплачивает кредитору пению в размере ...» (например, 1000 тенге в день).

Приведу более яркий пример упрощения жизни: «Должник уплачивает кредитору пению в размере ... за каждый день просрочки, но не более ...» (например, 10% от суммы долга).

В арбитражной практике имел место случай, когда в исковом заявлении было указано примерно следующее: «Просрочка составила более 160 дней. Однако поскольку в договоре максимальный размер неустойки ограничен 5% от суммы долга, то к взысканию подлежит (*столько-то*) тенге».

Ради интереса я с календарями за два года и карандашом в руках решил проверить расчеты истца. К своему удовольствию я обнаружил ошибку. Оказалось, что просрочка составила не «более 160 дней», а лишь 73 дня. Где же крылась ошибка юриста, подготовившего исковое заявление? Он начал отсчет пеней со дня нарушения сроков поставки, тогда как договором было предусмотрено, что обязанность платить неустойку начинается со дня заявления заинтересованной стороной претензии об ее уплате.

Жаль, но мое желание указать этому юристу на ошибочность его расчетов не было реализовано: и в случае, если бы период просрочки составлял «более 160 дней», и в случае с 73 днями, размер неустойки неизменно был не более 5% от суммы долга!

Однако мне известны и случаи усложнения юристами своей жизни. Встречаются такие условия договора: «Должник уплачивает кредитору пению в размере (от суммы долга) 0,1% за каждый день просрочки в течение первого месяца просрочки, 0,2% за каждый день просрочки в течение второго месяца просрочки, 0,3% за каждый день просрочки в течение третьего и последующих месяцев просрочки» и т.д.

Нередко на практике вызывает затруднение исчисление размера законной неустойки с использованием ст. 353 ГК РК.



Вновь попробуем сделать это на примере. Для этого потребуются следующие исходные данные, взятые, как и раньше, наобум (кроме одного значения, угадайте, какого?):

– сумма долга – 500 000 тенге;

– период просрочки – 40 дней;

– ставка рефинансирования, установленная НБ РК – 9,25% годовых.

Размер неустойки: 
$$\frac{500\,000 \text{ тенге} \times 9,25\% \times 40 \text{ дней}}{100\% \times 365 \text{ дней}} = 5\,068,49 \text{ тенге.}$$

## **Сколько в Республике Казахстан действующих Гражданских кодексов?**

В Республике Казахстан два гражданских кодекса:

Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. № 268-ХІІІ;

Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 01 июля 1999 г. № 409-І.

Это два самостоятельных законодательных акта, принятые в разное время, разными высшими представительными органами страны и имеющие разные регистрационные номера.

Тот факт, что в них сквозная нумерация статей (Особенная часть начинается со ст. 406), не может рассматриваться в качестве сколько-нибудь веского доказательства единства Гражданского кодекса.

Но главное – в другом. Сам законодатель индивидуализирует Общую и Особенную части Гражданского кодекса. Посмотрите на любой закон, вносящий в них изменения и дополнения: сначала указывается Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) от 27 декабря 1994 г., затем – Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 01 июля 1999 г.

Таким образом, такого нормативного правового акта, как «Гражданский кодекс Республики Казахстан» не существует. Поэтому когда мы говорим или пишем «Гражданский кодекс Республики Казахстан», «ГК РК», то делаем это условно, лишь для упрощения изложения и восприятия.

### **Когда был принят и введен в действие ГК РК (Особенная часть)?**

Не все знают, что он был принят казахстанским Парламентом еще 4 февраля 1998 г. Однако 2 марта 1998 г. в Конституционный Совет Республики Казахстан поступило обращение Президента страны о рассмотрении на предмет соответствия Конституции Республики Гражданского кодекса (Особенная часть).

В своем Постановлении от 27 марта 1998 г. № 1/2 «Об обращении Президента Республики Казахстан «О соответствии Конституции Республики представленного на подпись Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть), принятого Парламентом Республики Казахстан 4 фев-

раля 1998 года», Конституционный Совет указал, что в целом ГК (Особенная часть) соответствует нормам Конституции. Вместе с тем, Конституционный Совет посчитал не соответствующими Конституции два положения Кодекса в разделе «Международное частное право».

Это, во-первых, пункт 3 ст. 1085, по которому «применение нормы иностранного права не может быть ограничено лишь на том основании, что данная норма имеет публично-правовой характер». Конституционный Совет указал, что из этой нормы следует, что на территории Республики Казахстан возможно безусловное применение норм публичного права иностранного государства; тем самым допускается возможное ущемление суверенитета республики в публично-правовых отношениях.

Во-вторых, признано не соответствующим Конституции содержание статьи 1094 Кодекса, по которой «Правительством Республики Казахстан могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении прав граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав граждан и юридических лиц Республики Казахстан». Конституционный Совет указал, что эта норма противоречит конституционному принципу разделения властей, иными словами, принятие указанных решений не входит в компетенцию Правительства страны.

Понятно, что на корректировку указанных в Постановлении несоответствующих Конституции положений потребовалось минимум времени. Однако принятие Кодекса (Особенной части) затянулось до 1 июля 1999 г.

На этом «проблемы» у Кодекса не закончились. Согласно пункту 1 Закона РК от 1 июля 1999 г. «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть)», он введен в действие с 1 июля 1999 г., то есть со дня его принятия.

Мы помним психологическую атмосферу, царившую в июле 1999 г. в судах республики. Ведь судьи, согласно названному Закону, были обязаны применять к правоотношениям, возникшим с указанной даты, уже не ГК КазССР 1963 г. и ОГЗ 1991 г., а новый Гражданский кодекс (Особенная часть). Но они, в чем и заключалась пикантность ситуации, не могли этого сделать физически, поскольку ГК (Особенную часть) в своем критически подавляющем большинстве просто «в глаза не видели»!

В связи со сложившейся обстановкой (к слову, аналогичное положение возникло и с Гражданским процессуальным кодексом РК) 16 июля 1999 г. Пленум Верховного Суда Республики Казахстан был вынужден принять Постановление «О применении Гражданского кодекса (Особенная часть) и Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан», в котором указал, что, согласно пункту 4 статьи 4 Конституции Республики Казахстан, применение названных законов возможно только после полного официального опубликования их текстов.

Очевидно, что названное постановление Пленума носило половинчатый характер. По сути, Пленум ограничился лишь констатацией факта на-

рушения норм Конституции. Но не этого ожидали от него судьи, нотариусы и иные правоприменители (нельзя не отметить, что Пленум почему-то адресовал свое Постановление только судам (см.: «разъяснить судам...»). Это может создать ошибочное предположение, что оно касается только их, но не, например, нотариусов, прокуроров и просто участников гражданского оборота). Пленум не ответил на вопрос, с какого же конкретного дня Гражданский кодекс подлежит применению. Имели место случаи, когда суды в своих решениях сами определяли день вступления в силу ГК (Особенная часть), например, так: поскольку Пленум указал, что законодательные акты вступают в силу после официального опубликования, ГК (Особенная часть) подлежит применению к правоотношениям, возникшим с 28 июля 1999 года (публикация Кодекса в «Казахстанской правде» была закончена 27 июля 1999 г.).<sup>1</sup>

Считаем, что такое толкование постановления Пленума является неверным. Согласно подпункту 1) п. 1 ст. 36 Закона РК от 24 марта 1998 г. «О нормативных правовых актах» (действовал на тот момент), законы вводятся в действие по истечении десяти календарных дней после их первого официального опубликования, если в самих актах или актах о введении их в действие не указаны иные сроки.

На оговорку «если в самих актах...» в настоящем случае обращать внимание не следует, поскольку, как мы отмечали выше, введение в действие ГК (Особенная часть) со дня его принятия не соответствует Конституции. Поэтому в этой части положение Закона «О введении в действие...» с 1 июля 1999 г. применению не подлежит. Таким образом, следует использовать общее правило о введении в действие законов Республики Казахстан – по истечении 10 календарных дней после их первого официального опубликования.

Таким образом, Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) введен в действие с 7 августа 1999 г.

### **Каково количественное соотношение императивных и диспозитивных норм в ГК?**

Принято считать, что с точки зрения метода правового регулирования отличием гражданского права от уголовного или административного являются принципы диспозитивности, свободы договора, равенства сторон и т.п. При этом их содержание нередко расшифровывается так: разрешено все, что не запрещено. Такой подход зачастую получает и политическую окраску, когда разговор заходит об отличиях демократического общества со свободной рыночной экономикой от общества, построенного на нача-

---

<sup>1</sup> К сожалению, такую же ошибку допускают и современные авторы (см.: Мороз С.П. Реформирование гражданского законодательства Республики Казахстан с учетом имплементации положений английского права / Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 57 / Под ред. А.Г. Диденко, С.П. Мороз. – Алматы, 2019).

лах ее административного, планового управления. Вот мнение Ю.Г. Басина на этот счет: «Участники гражданских правоотношений вправе делать все, что они пожелают, кроме того, что запрещено законом. Подобный принцип прямо противоположен тем основным началам, на которых был построен прежний Гражданский кодекс Казахской ССР и которые сводились к тому, что делать можно только то, что разрешено законом» /1/.

Действительно, считается, что одним из основных принципов гражданско-правового регулирования является диспозитивность. Так, М.К. Сулейменов отмечает, что «императивных норм в гражданском законодательстве немного. Подавляющее большинство составляют диспозитивные нормы» /2/.

Поставим под сомнение категоричность данного утверждения, обратившись к цифрам, приведенным в книге «Договорное право» М.И. Брагинского и В.В. Витрянского: «В первой и во второй частях нового ГК в составе норм, регулирующих отдельные виды договоров, оказалось около 1600 императивных и только около 200 диспозитивных» /3/.

Вышесказанное имеет прямое отношение и к казахстанскому Гражданскому кодексу, поскольку оба разрабатывались на основе Модельного гражданского кодекса стран СНГ.

Таким образом, казалось бы, самая демократичная подотрасль гражданского права – договорное право, где в полной мере должен «работать» принцип свободы договора, почти на 90% состоит из императивных норм. Что же говорить о регулировании сроков в гражданском праве, представительства, внедоговорных обязательств, патентного и наследственного права!

### **Сколько организационно-правовых форм некоммерческих организаций предусмотрено законодательством РК?**

Это сложный вопрос. С коммерческими юридическими лицами проще. Согласно пункту 2 ст. 34 ГК, юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, может быть создано только в форме государственного предприятия, хозяйственного товарищества, акционерного общества, производственного кооператива.

Частью первой п. 3 ст. 34 ГК установлено, что некоммерческие организации могут быть созданы в форме учреждения, общественного объединения, акционерного общества, потребительского кооператива, фонда, религиозного объединения и в иной форме, предусмотренной законодательными актами.

Таким образом, в отличие от закрытого Гражданским кодексом перечня организационно-правовых форм коммерческих организаций, перечень форм некоммерческих юридических лиц приоткрыт: «и в иной форме, предусмотренной законодательными актами».

Не дает твердого и окончательного ответа на поставленный вопрос и Закон РК от 16 января 2001 г. № 142-III «О некоммерческих организациях».

В нем указаны как традиционные формы (учреждение, общественное объединение, фонд, потребительский кооператив, религиозное объединение, объединение индивидуальных предпринимателей и (или) юридических лиц в форме ассоциации (союза), некоммерческое акционерное общество), так и иные формы некоммерческих юридических лиц: автономные организации образования, автономный кластерный фонд, нотариальные палаты, коллегии адвокатов, адвокатские конторы, Национальная палата предпринимателей Республики Казахстан, Палата судебных экспертов Республики Казахстан, Республиканская палата частных судебных исполнителей, Арбитражная палата Казахстана, профессиональные аудиторские организации, кооперативы собственников квартир.

В конце этого перечня вновь сделана лукавая оговорка «и другие некоммерческие организации».

Какие же еще существуют организационно-правовые формы некоммерческих организаций?

Вот что нам удалось обнаружить:

жилищный кооператив, жилищно-строительный кооператив, кооператив собственников помещений (Закон РК от 16 апреля 1997 г. «О жилищных отношениях»);

детская деревня (Закон РК от 13 декабря 2000 г. «О детских деревнях семейного типа и домах юности»);

аккредитованная профессиональная организация бухгалтеров (Закон РК от 28 февраля 2007 г. «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности»);

Республиканское объединение профсоюзов (Закон РК от 27 июня 2014 г. «О профессиональных союзах»);

палата оценщиков (Закон РК от 10 января 2018 г. «Об оценочной деятельности в Республике Казахстан»).

Однако уверен, что есть ещё<sup>1</sup>.

**Каким количеством законодательных актов были внесены изменения и дополнения в Общую и Особенную части ГК с дат их принятия?**

По состоянию на 28 октября 2018 г. в ГК РК (Общую и Особенную части) поправки были внесены 171 законодательным актом (Конституционным Законом, законами и указами Президента, имеющими силу законов). При этом в Общую часть ГК – 125, Особенную часть – 96.

Такая нестыковка объясняется тем, что 50 законодательными актами изменения и дополнения вносились одновременно и в Общую, и в Особенную части ГК.

Также примечательно, что в ряде случаев в один день в Кодекс вносились поправки более чем одним законодательным актом, а дважды – даже тремя.

---

<sup>1</sup> Например, палата юридических консультантов (Закон РК от 5 июля 2018 г. № 176-VI «Об адвокатской деятельности и юридической помощи»).

Так, 12 января 2007 г. были приняты Законы РК:

№ 222-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам лицензирования»,

№ 224-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам национальных реестров идентификационных номеров»,

№ 225-III «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая и Особенная части)».

21 января 2012 г. были приняты Законы РК:

№ 537-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам интеллектуальной собственности»,

№ 538-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам развития фондового рынка в Республике Казахстан»,

№ 539-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам проектного финансирования».

### **Какие статьи ГК самые нестабильные?**

Самой нестабильной является статья 50 «Порядок ликвидации юридического лица». Всего с даты принятия ГК в нее вносились поправки семнадцатью законодательными актами. На втором месте – статья 830 «Тайна страхования» – пятнадцатью, на третьем – статья 49 «Основания ликвидации юридического лица» – четырнадцатью законодательными актами.

### **Сколько статей в ГК РК (Общей и Особенной частях)?**

Казалось бы, все просто: открой Оглавление и увидишь – 1124. Но это не так.

Вот два наводящих вопроса и ответы к ним:

Какая по нумерации статья Кодекса следует, например, за статьей 22?  
Ответ: статья 22-1.

Какая по нумерации статья Кодекса следует, например, за статьей 85?  
Ответ: статья 87.

Это означает, что в ГК есть добавленные, «вставленные» уже во время его действия статьи. Но при этом ряд статей из него, наоборот, исключен. Однако конечная по нумерации цифра «1124» сохранена.

Вот перечень добавленных статей: №№ 22-1, 128-1, 128-2, 128-3, 128-4, 128-5, 128-6, 139-1, 157-1, 193-1, 338-1, 338-2, 338-3, 338-4, 521-1, 594-1, 594-2, 594-3, 594-4, 594-5, 594-6, 594-7, 751-1, 738-1, 738-2, 809-1, 825-1, 826-1, 826-2, 826-3, 845-1, 897-1, 1072-1, 1072-2, 1072-3, 1072-4.

А вот перечень исключенных статей: №№ 86, 89, 90, 135, 137, 138, 140, 533, 810, 811, 812, 1065, 1066.

Особое положение у ст. 54-1 ГК: Законом РК от 10 января 2006 г. № 115-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые законода-

тельные акты Республики Казахстан по вопросам банкротства» Кодекс ею был дополнен, а Законом РК от 07 марта 2014 г. № 177-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам реабилитации и банкротства, налогообложения» из него исключена. Поэтому влияния на подсчет она не оказывает.

Таким образом, по состоянию на 28 октября 2018 г. всего в ГК РК (Общей и Особенной частях) 1147 (Одна тысяча сто сорок семь) статей.

### **Общий вывод: дружите с цифрами, коллеги!**

#### **Ссылки:**

1. Басин Ю.Г. *Избранные труды по гражданскому праву.* – Алматы: АЮ-ВШП «Әділет», НИИЧП КазГЮУ, 2003. С.13.

2. *Гражданское право. Том. 1. Учебник / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин.* – Алматы: КазГЮА, 2000. С. 680; *то же: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий. Книга 2. 2-е изд. / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин.* – Алматы: Жеті Жарғы, 2003. С. 401.

3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Общие положения.* – М.: Статут, 1997. С. 71.

## **ЗАКОН ПОЗВОЛЯЕТ АКИМАТАМ ВЫИГРАТЬ ЛЮБОЙ ТЕНДЕР**

*Вадим Борейко, Глеб Гарипов*

**Опубликовано:**

*Ratel.kz, 6 марта 2018 г.*

Как толкование всего одной нормы Закона о госзакупках цементирует торжество государственного капитализма в Казахстане.

### **Дочки-матери вышли на тендер.**

Наконец разрешилась судьба многострадального запроса редакции Ratel.kz в госорганы. Напомним его суть.

С начала этого года постоянной темой нашего портала стала «разморозка» проекта горнолыжного курорта «Кокжайлау» в предгорьях Заилийского Алатау. В частности, осенью 2017-го был проведен тендер на разработку технико-экономического обоснования (ТЭО) строительства. Заказчиком и организатором конкурса выступило коммунальное государственное учреждение (КГУ) «Управление туризма и внешних связей города Алматы». В итоге подряд почти на 200 млн. тенге достался ТОО «Almaty Mountain Resorts», с которым КГУ заключило договор госзакупок. Мы выяснили, что управление туризма является учредителем этого ТОО.

Заглянули в Закон «О государственных закупках». В пункте 3 статьи 6 «Ограничения, связанные с участием в государственных закупках» говорится: «Заказчик, в интересах которого осуществляются государственные

закупки, не имеет права участвовать в таких закупках в качестве потенциального поставщика».

Казалось бы, исходя из простой логики, описанная ситуация налицо: являясь акиматовской структурой, управление туризма проводит конкурс, в котором в качестве потенциального поставщика участвует его «дочка». Собственно, она и была учреждена для того, чтобы в интересах «мамы» осуществлять госзакупки. И не просто принимает участие, а побеждает.

Не уповая только на здравый смысл, мы обратились за комментарием к учредителю антикоррупционного общественного фонда «Транспаренси Казахстан», члену Комиссии по правам человека при Президенте РК, адвокату Виталию ВОРОНОВУ.

– С вашими выводами я абсолютно согласен: это профанация тендера и нарушение законодательства о госзакупках, – поддержал нашу точку зрения юрист. – Можно уже сейчас задавать эти вопросы Алику Шпекбаеву, председателю Агентства по делам госслужбы, в структуре которого находится Нацбюро по противодействию коррупции. Так что ему и карты в руки... Такие «тендеры» с «дочками» и госзакупки с их участием – однозначно коррупционные схемы, запрещенные и Законом «О государственных госзакупках», и Законом «О противодействии коррупции»...

Мы последовали совету Виталия Воронова и 8 января направили официальный запрос не только Алику ШПЕКБАЕВУ, но также Генеральному Прокурору Кайрату КОЖАМЖАРОВУ и прокурору города Алматы Габиту МИРАЗОВУ: объясните, дескать, как результаты тендера соотносятся с законом, и расскажите, что намерены предпринять.

Вскоре от них последовала реакция: ваш запрос переправлен в комитет по внутреннему государственному аудиту Министерства финансов РК, который и даст вам ответ по существу.

Дальше была тишина. Довольно томительная. За время нашего ожидания успели даже снять алматинского прокурора. (Не из-за редакционного запроса, конечно.) Но просто мы умеем ждать, как никто другой.

По прошествии месяца в адрес силовых структур полетели «напоминалки»: а где ответ по существу?

Но вот, наконец, 22 февраля редакция получила ответ из Департамента внутреннего государственного аудита по городу Алматы. Он был подписан и.о. руководителя Б. БУГЕМБАЕВЫМ. И стал настоящим откровением.

Однако, прежде чем поделиться им с читателем, расскажем, как на наши умозаключения по законности тендера отреагировали заказчик конкурса и поставщик.

**Не было бы счастья, да толкование закона помогло.**

Когда на «круглом столе» по Кокжайлау 21 февраля один из нас обронил шутовскую реплику в адрес начальника управления туризма Ерлана ЖАЙЛАУБАЯ: «Вы же сами с собой договор по ТЭО заключали», – он поддержал общий непринужденный смех.



Наиль НУРОВ, директор ТОО «Almaty Mountain Resorts», в своем интервью от 18 февраля сказал: «Наше ТОО абсолютно законно участвовало и победило в объявленном тендере. Так как на тендер мы вышли как временное объединение юридических лиц в консорциуме с известной проектировочной компанией ТОО «ГеоДата Плюс», ограничения, установленные п. 3 ст. 6 Закона РК «О государственных закупках», нас не коснулись».

На возражение, что в конкурсной документации ни слова нет ни о консорциуме, ни о «ГеоДата Плюс» директор этой проектной организации Людмила КУЗНЕЦОВА посетовала на портал госзакупок: по ее словам, это он включил в итоговый протокол только ТОО «Almaty Mountain Resorts», а не весь консорциум. Хотя должен был.

Действительно, статья 2 закона о госзакупках позволяет временному объединению юридических лиц (консорциуму) выступать потенциальным поставщиком.

Обратите внимание: гг. Кузнецова и Нуров настаивают на законности результатов тендера потому, что ТОО «Almaty Mountain Resorts» участвовало в конкурсе не в одиночку, а в объединении с частной структурой. А этот консорциум как бы размывал «квазигосударственность» поставщика и его аффилированность с заказчиком.

Однако никто из них – ни Жайлаубай, ни Нуров, ни Кузнецова – не оспорил трактовку Ratel.kz о юридической неоднозначности выигрыша «дочкой» тендера, который проводила ее «мама». Словно их самих смущала эта неприкрытая аффилированность.

Так вот, все они напрасно беспокоились. Как выясняется, закон разрешает акиматовским ТОО-шкам выходить на тендеры «без ансамбля», в своем единственном числе, и выигрывать любые подряды.

Цитируем последние абзацы ответа на запрос, в которых заключена вся его суть:

«... установлено, что указанные юридические лица являются между собой аффилированными (так в тексте. – авт.), поскольку КГУ «Управление туризма и внешних связей города Алматы» в отношении ТОО «Almaty Mountain Resorts» (Алматы Маунтэйн Резортс) выступает учредителем.

В этой связи, учитывая, что в рамках проведенных государственных закупок КГУ выступало в качестве заказчика, а не потенциального поставщика, в рассматриваемом случае ограничения для участия ТОО в электронном конкурсе в законодательстве о государственных закупках не предусмотрены.

На основании вышеизложенного доводы, указанные в вашем обращении, не подтвердились».

### **Как пишется слово «аффилированность»?**

Мы ознакомили известного казахстанского юриста, кандидата юридических наук, профессора Каспийского университета Сергея КЛИМКИНА

с документами тендера и ответом на официальный запрос редакции и попросили прокомментировать такое толкование закона, а также его возможные последствия.

– В этом ответе всё правильно, на мой взгляд, – сказал Сергей Иванович. – Если толковать пункт 3 статьи 6 закона о госзакупках буквально, запрягается заказчику быть потенциальным поставщиком услуг. А что может наводить на размышления в данном случае – это аффилированность заказчика и поставщика.

– *Кстати, мы заметили, что не только в ответе, но и в тексте закона, опубликованного на множестве сайтов, слово «аффилированность» написано с ошибкой: «аффилиИрованность».*

– Наверное, слишком категорично говорить, что у нас это слово пишется с ошибкой. Если мы возьмем все законы, где оно используется, то увидим, что такой термин у нас уже принят с двумя «и». Хотя в российском варианте – с одной. Но разве можно говорить, что термин «ТОО» – ошибка? Ведь во всем мире мы найдем «ООО», «общество» – в России, в Кыргызстане. Только в Казахстане – товарищество. Так что «аффилированность» – не ошибка и не опечатка, это умышленно сделано.<sup>1</sup>

– *Очень интересная точка зрения. Однако мы позволим себе соблюдать общепринятую норму русского языка. Давайте не будем углубляться в сферу граммарици, а вернемся к обсуждаемой теме. В ответе признается аффилированность заказчика и поставщика. Но в ст. 6 п. 1 пп. 1 закона о госзакупках предусмотрены ограничения для потенциального поставщика: он не может участвовать в тендерах, если среди представителей заказчика есть его близкие родственники. Получается, аффилированность физических лиц предосудительна, а юридических – государственной и квазигосударственной структур – нет?*

– Если мы «пляшем» вокруг положения пункта 3 статьи 6, на который вы сослались в своем запросе и получили ответ, то как раз там я нарушений не наблюдаю. То есть, здесь нет примитивной схемы, когда фигура заказчика буквально совпадает с фигурой потенциального исполнителя. Это разные юридические лица.

– *Правильно ли мы понимаем? Если бы управление туризма выступало одновременно и заказчиком, и поставщиком – это было бы незаконно. Но когда управление, будучи заказчиком, учреждает ТОО, и уже оно выступает поставщиком – то это нормально. Так?*

– Таково толкование, к сожалению.

### **Нарушает ли буква закона его дух?**

– *Однако в нашей предварительной беседе Вы согласились и с доводами Виталия Воронова. Очевидно, он имел в виду дух закона, а Вы сейчас*

---

<sup>1</sup> Примечательно, что в Законе РК от 10 января 2018 г. № 133-VI «Об оценочной деятельности в Республике Казахстан» это слово пишется с одной «и».

говорите о его букве. Между тем, «дух закона» в нашем случае не есть что-то абстрактное и расплывчатое. Конкретика этого «духа» изложена в статье 4 закона, которая называется «Принципы осуществления государственных закупок». Среди этих принципов – оптимальное и эффективное расходование государственных денег; равные возможности для поставщиков; добросовестная конкуренция; открытость и прозрачность процесса госзакупок; недопущение коррупционных проявлений и т.д. На наш взгляд, такое толкование Департаментом аудита нормы закона нарушает практически все его принципы.

Давайте поговорим о возможных последствиях. И построим нашу дальнейшую беседу следующим образом. Мы будем излагать свои версии в обывательском понимании, а Вы их – юридически корректировать.

– Хорошо.

– Берем первый принцип – эффективное расходование государственных средств. Существует республиканский бюджет и городской. Этими деньгами фактически распоряжаются акиматы. Следующая ступень – КГУ (коммунальные государственные учреждения), которые входят в структуру акимата, курируются заместителями акима и проводят конкурсы госзакупок. Это организации на праве ведения хозяйственной деятельности без права получения прибыли. Затем в цепочку распределения госсредств внедряется еще одно посредническое звено – квазигосударственные ТОО, у которых в уставе записано, что их цель – извлечение прибыли. Что происходит дальше? ТОО, учрежденное акиматовским управлением, получает государственный подряд. Но, поскольку в его штатном расписании наверняка нет необходимых специалистов, нанимает субподрядчиков. И затем распределение государственных средств уже уходит из сферы госзакупок. Согласны?

– Да.

### **Из света в тень перелетая.**

– И здесь ставится под сомнение принцип открытости и прозрачности. Существующий процесс госзакупок, какой бы это ни был «кривой» и «хромой» спектакль, с подставными фирмами, имитирующими конкуренцию, – он, по крайней мере, открыт для публики. Эту «постанову» можно посмотреть на портале [www.goszakup.kz](http://www.goszakup.kz). Но распределение субподрядов – уже другая, не транспарентная сфера, а закрытая зона коммерческой тайны, где непонятно, по каким критериям подрядчик их раздает. Скорее всего, они субъективны. И тогда мы должны полагаться только на добрую волю подрядчика – квазигосударственного ТОО, что всё будет чисто, чинно, благородно. А если нет? Как можно гарантировать «недопущение коррупционных проявлений» в темной зоне передачи госзаказов в субподряд?

И как в таком случае говорить о принципах равных возможностей и добросовестной конкуренции? Ведь получит госзаказ и будет «в шокола-

де» не тот субподрядчик, кто технологичен и инновационен, а кто наиболее «социально близок» к акимату.

*Вот такие последствия видятся после толкования нормы закона.*

– Толковать можно как угодно. И домысливать можно что угодно. Для меня как юриста эти рассуждения имели бы практическое значение, если бы результаты данного конкретного конкурса были поставлены под сомнение каким-либо потенциальным участником конкурса, которого к нему не допустили и «отфутболили».

– Кроме «*Almaty Mountain Resorts*», на участие в тот конкурс действительно подали заявки еще два ТОО. Но они были заведомыми «мальчиками для битья», поскольку не соответствовали квалификационным требованиям и требованиям, предъявляемым к конкурсной документации. Их заявки отклонили, конкурс признали несостоявшимся, и госзакупку осуществили «из одного источника» – у «дочки» заказчика.

– Но ведь у вас нет информации, что была еще какая-то серьезная компания, которая могла принять участие в тендере?

– Не было. Потому что главным претендентом на победу считалось ТОО, которое учреждено заказчиком – организатором тендера.

– А разве мы можем говорить о нарушениях, если соревноваться-то некому?

### **Всё под контролем.**

– Сергей Иванович, мы уже не говорим о нарушениях. Вы сказали, что буква закона соблюдена. ОК, признаем это. Но речь идет о последствиях этого буквального толкования для экономики. Ни для кого не секрет, что большая ее часть сосредоточена в руках государства – через ФНБ «Самрук-Казына», управляющие холдинги и нацкомпании: кстати, все они не подпадают под действие Закона о госзакупках. И государственные деньги там расходуются «в темную» от общества. Но получается, даже те средства, что остаются «на свету», контролируются акиматами – вплоть до того, кому и сколько дать. Потому что трактовка нормы закона, о которой идет речь, дает возможность «дочкам» акиматовских управлений выиграть любой тендер.

– Тогда мы говорим о чем? О том, что закон нехороший?

– В декабре прошлого года были приняты поправки в Закон о госзакупках. Возможность, о которой мы говорим, была оставлена. На Ваш взгляд, лазейку не заметили или это было сделано намеренно?

– То, что есть аффилированность (юридических лиц. – авт.) глупо отрицать. Но аффилированность – это не всегда плохо. И то, что закупки проводятся из одного источника – некая вынужденная мера.

– И всё же, вы согласны с нашими доводами о нарушении духа Закона о госзакупках?

– Что далеко ходить – в микрорайоне «Таугуль», где я живу, неожиданно поставили знак «Поворот налево запрещен». И уже пару недель все водители, в том числе моя жена, платят штраф на ровном месте. Здесь есть дух закона? Нет. Вернее, он есть, но дурно пахнущий. Просто, видимо, акимат запретил поворот с Дежнева (ныне Сулейменова) на Фестивальную (ныне Токтабаева), если ехать с Орбиты. И гаишники здесь «пачками пасутся».

### **Сомнения перед первой брачной ночью.**

– *В последние годы акиматы, как пни опятами, обросли ТОО-шками. Как вы оцениваете эту тенденцию – как усиление роли государства в экономике?*

– Перед нашей встречей я еще раз посмотрел Предпринимательский кодекс: там, наоборот, сказано, что государство должно принимать меры для уменьшения своего участия в экономике. Это меня прямо резануло на фоне того, что происходит в реальности. Так что ваш вопрос к месту.

– *Массированное проникновение государства в экономику приводит не к ее воспроизводству, а, главным образом, к дележу государственных средств. Но сами они не бесконечны: достаточно сказать, что в доходной части бюджета поступления от налогов и трансферты из Нацфонда (которые можно рассматривать как допинг) сопоставимы. Какой государство менеджер, мы знаем, и его повсеместное присутствие в бизнесе скверно сказывается на свободной конкуренции. Вы видите в этом опасный тренд?*

– Наверное, я могу только так комментировать: законно это или незаконно. Да, законно. Законодательство позволяет государству опосредованно участвовать в экономике через госпредприятия, через контрольные пакеты в акционерных обществах и ТОО.

– *Значит, правая рука позволяет широкое участие государства в экономике, а левая пишет о необходимости его снижения. Нет ли в этом парадокса?*

– Есть. Недавно были заблокированы зарубежные счета Казахстана на огромные суммы. У мировых участников могло сложиться такое же впечатление, как и у Вас, что одна рука поощряет бизнес, а другая его жестко регулирует. Конечно, это нехорошо. Но ничего не поделаешь. Какие-то элементы от социалистического управления экономикой у нас остались.

Это же не вчера появилось. В 1993 году я из малого бизнеса перешел в корпорацию КРАМДС (в начале 90-х под контролем этой национальной акционерной компании находилась вся эффективная часть казахстанской экономики. – авт.) и стал личным консультантом ее руководителя Виктора ТЁ. Тогда поняли, что приватизация ни к чему хорошему не приведет, и началась реприватизация: стали создаваться первые казахстанские холдинги. А сейчас мы имеем вторую, если не третью «волну КРАМДСа» образца

1993 года. С одной стороны, это вроде бы рыночный метод – корпоративное управление экономикой. А с другой – всё равно создается впечатление, что государство само управляет. Однако с юридической точки зрения это не так: управление осуществляется не напрямую, а через контрольное участие в уставных капиталах и контрольные пакеты акций.

Но получается, как в еврейском анекдоте:

«Невеста перед свадьбой приходит к раввину.

– Ребе, я к вам за советом. Сегодня первая брачная ночь. Как мне себя суженым вести: позволить ему снять с меня платье или раздеться самой?

– Какая разница, дочь моя? Результат-то всё равно будет один».

## ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

### СИСТЕМА ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

*Опубликовано:*

*Zakon.kz, 19 ноября 2018 г.*

16 ноября 2018 г. в Институте законодательства Республики Казахстан прошло расширенное заседание Научно-методического совета на тему «Законодательство о юридических лицах Республики Казахстан: результаты правового мониторинга и некоторые вопросы совершенствования» (модератор: директор Института законодательства Республики Казахстан Р.К. Сарпеков).

С докладами выступили А.Г. Казбаева («Мониторинг законодательства о юридических лицах: теория и практика применения»), С.И. Климкин («Концептуальные проблемы правового положения ТОО»), С.К. Идрышева («О системном подходе к совершенствованию законодательства о юридических лицах»), Ханс-Йоахим Шрамм («Результаты сравнительно-правового анализа отдельных аспектов законодательства Республики Казахстан о юридических лицах и корпоративных отношениях»), Е.В. Нестерова («О направлениях совершенствования корпоративного законодательства Республики Казахстан»), М.А. Естемиров («Заңды тұлғаның корпоративтік және корпоративтік емес ұйымдар деп жіктелуін отандық азаматтық заңнамаға ендіру мүмкіндіктері»).

После докладов участниками заседания состоялось обсуждение обозначенной темы.

При этом важными и показательными являются представленные Министерством юстиции РК статистические данные из сводного отчета по электронному регистру юридических лиц, филиалов и представительств.

Для удобства мы представляем читателям эту информацию в виде таблицы.

Так, по состоянию на 05 ноября 2018 г. включены в электронный регистр и действуют на территории РК:

Вид, форма ЮЛ	число	% ≈
Всего, из них:	440 544	100
коммерческие	384 734	87,33
некоммерческие	55 810	12,67
Коммерческие ЮЛ, из них:	384 734	100
полные товарищества	878	0,23
командитные товарищества	66	0,02
товарищества с ограниченной ответственностью	367 540	95,53
товарищества с дополнительной ответственностью	258	0,07
акционерные общества (в т.ч. с участием государства)	1 642 (88)	0,43 (0,02)
государственные предприятия (в т.ч. числе казенные) /1/	6 645 (5 112)	1,73 (1,33)
производственные кооперативы	7 705	2
Некоммерческие ЮЛ, из них:	55 810	100
государственные учреждения	20 994	37,62
учреждения	3 525	6,32
акционерные общества	663	1,19
объединения ЮЛ и (или) ИП	1 591	2,85
фонды	6 697	12
общественные объединения	11 217	20,1
религиозные объединения	966	1,73
потребительские кооперативы	4 804	8,61
жилищно-строительные кооперативы	576	1,03
кооперативы собственников квартир	2 574	4,61
иные	2 203	3,95

Представляем краткий комментарий к этим цифрам, а также делаем некоторые выводы.

1. Товарищества с ограниченной ответственностью являются самой популярной организационно-правовой формой коммерческих юридических лиц.

В общем количестве зарегистрированных юридических лиц доля ТОО составляет 83,43%.

Если же из общего числа коммерческих юридических лиц исключить государственные предприятия и акционерные общества с участием государства, то есть оставить частное предпринимательство с образованием юридического лица в «чистом виде», то доля ТОО составит более 97,23%.

2. В разное время нами также проводились такого рода мониторинги /2/.

При сохранении общей картины, с 1997 г. по республике наблюдается очевидное увеличение роста числа ТОО за счет других форм негосударственных коммерческих юридических лиц.

3. Тот факт, что в настоящее время акционерных обществ всего в два раза больше, чем полных товариществ, не свидетельствует о популярности полных товариществ. Это говорит о непопулярности акционерных обществ, которая вызвана, в том числе, предъявляемыми к ним дополнительными требованиями (отнесение их к организациям публичного интереса, обязанность ежегодно публиковать в средствах массовой информации финансовую отчетность, контроль и надзор со стороны уполномоченного органа и т.д.).

4. К этому же следует добавить ужесточение требований к минимальному размеру уставного капитала акционерных обществ. Так, Законом РК от 13 мая 2003 г. он был поднят до 50 000 МРП, тогда как прежним акционерным законодательством минимальный размер уставного капитала был установлен для закрытых АО в 100 МРП и 5 000 МРП – для открытых АО.

В этой связи многие АО были преобразованы в товарищества с ограниченной ответственностью.

5. Также отметим, что в Перечне национальных управляющих холдингов, национальных холдингов, национальных компаний, утвержденном постановлением Правительства Республики Казахстан от 6 апреля 2011 г. № 376 по состоянию на 03 сентября 2018 г. значится 39 наименований.

При этом все указанные субъекты квазигосударственного сектора созданы исключительно в форме акционерного общества («Холдинг «Кәсіпкор» как некоммерческое АО).

6. Законами РК «О банках и банковской деятельности», «О страховой деятельности», «Об инвестиционных фондах», «Об использовании воздушного пространства Республики Казахстан и деятельности авиации» закреплена возможность осуществления соответствующих видов деятельности лишь с использованием формы АО. По состоянию на 01 октября 2018 г. в РК действует 28 банков второго уровня /3/ и 29 страховых (перестраховочных) организаций /4/.

7. Возвращаясь к полным товариществам, отметим, что по результатам нашего исследования, проведенного в 1996 г., полные товарищества в тот



период представляли для предпринимателей значительный интерес (например, по г. Алматы доля полных товариществ составляла около 8% от всех юридических лиц).

Это обстоятельство объясняется тем, что первая редакция Указа Президента РК, и.с.з., от 02 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах» требовала от учредителей (участников) ТОО формировать уставный капитал (тогда – уставный фонд) в размере не менее 1 000 МЗП (позже – МРП). Это составляло 6000-7000 долларов США, и было несопоставимо с минимальным размером уставного капитала полного товарищества (в сорок раз меньше).

Однако, начиная с 1997 г., эти требования становились все более либеральными (100 МРП – 100 тенге – нулевой уровень), и товарищества с ограниченной ответственностью заняли доминирующее положение в системе негосударственных коммерческих юридических лиц.

8. В настоящее время обсуждается вопрос об исключении использования организационно-правовых форм государственного предприятия на праве хозяйственного ведения и казенного предприятия /5/.

Право оперативного управления предполагается сохранить лишь для учреждений.

9. Под «иными» некоммерческими организациями понимаются автономные организации образования, автономный кластерный фонд, нотариальные палаты, коллегии адвокатов, адвокатские конторы, Национальная палата предпринимателей Республики Казахстан, Палата судебных экспертов Республики Казахстан, Республиканская палата частных судебных исполнителей, Арбитражная палата Казахстана, профессиональные аудиторские организации, кооперативы собственников квартир, палата оценщиков, аккредитованная профессиональная организация бухгалтеров, Республиканское объединение профсоюзов, детская деревня, палата юридических консультантов.

Этот перечень открыт.

#### **Ссылки:**

1. Выступая на форуме по защите бизнеса, председатель президиума Национальной палаты предпринимателей Казахстана «Атамекен» Тимур Кулибаев отметил, что «несмотря на проводимую политику, направленную на сокращение доли государства, наблюдается рост создания новых госпредприятий. Под каждые свои нужды госорганы создают новые предприятия и госкомпании, при этом зачастую вопросы конкуренции остаются без внимания. В итоге с 2000 года количество госпредприятий увеличилось с 23 723 до 26 612» (<https://pravo.zakon.kz/4946187-kulibaev-predlozhit-vdvoe-sokratit.html>).

Очевидно, что озвученная им цифра не соответствует сведениям, содержащимся в Регистре юридических лиц, филиалов и представительств.

2. См.: *Выбытие участника из хозяйственного товарищества*. – Алматы: ӘділетПресс, Высшая школа права «Әділет», 1996; *Хозяйственные товарищества по законодательству Республики Казахстан*. – Алматы: Жеті Жарғы, 2002; *Государственная регистрация юридических лиц в ВКО, Регистрация юридических лиц в Алматы / Юридические лица (сборник статей)*. – Алматы: НОРМА-К, 2004.

3. <https://nationalbank.kz/?switch=russian&pl=3009>

4. <http://www.nationalbank.kz/?switch=russian&pl=3018>

5. <https://www.zakon.kz/4945271-kontseptsiya-vospriyatiya-pravovogo.html>

## **КОММЕНТАРИЙ К ЗАКОНУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОТ 12 ЯНВАРЯ 2007 Г. «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН (ОБЩАЯ И ОСОБЕННАЯ ЧАСТИ)»**

*Опубликовано:*

*Предприниматель и право, 2007, № 9*

12 января 2007 г. принят Закон РК «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая и Особенная части)», который был опубликован в газете «Казахстанская правда» 3 февраля 2007 г.

Согласно пункту 2 Закона, он введен в действие со дня его официального опубликования.

Поскольку мы самым тесным образом имеем отношение к его разработке, предлагаем читателю краткий комментарий к отдельным положениям Закона, касающихся юридических лиц.

**1. Пункт 4 статьи 34 ГК дополнен словами «(статья 110 настоящего Кодекса)». Также изменилось название и частично содержание самой статьи 110 ГК.**

Теперь статья 110 ГК называется «Объединение индивидуальных предпринимателей и (или) юридических лиц в форме ассоциации (союза)». Часть первая пункта 1 этой статьи изложена в следующей редакции:

«1. Индивидуальные предприниматели и (или) юридические лица в целях координации их предпринимательской деятельности, а также представления и защиты общих интересов могут создавать ассоциации (союзы)».

Таким образом, членами ассоциаций (союзов) отныне могут быть не только юридические лица (как коммерческие, так и некоммерческие), но и индивидуальные предприниматели, причем в любом сочетании.

Пункт 4 статьи 34 ГК теперь выглядит следующим образом: «Юридические лица могут создавать объединения (статья 110 настоящего Кодекса)».

Сделано это для того, чтобы устранить расширительное толкование термина «объединение». Дело в том, что Кодекс использует его в различных случаях: «общественное объединение» (ст. 106), «религиозное объединение» (ст. 109), консорциум как временный добровольный равноправный союз (объединение) юридических лиц (ст. 233) и т.д.

Таким образом, в свете действующей редакции пункта 4 ст. 34 ГК термин «объединение» подлежит ограничительному толкованию, и под ним следует понимать лишь объединение юридических лиц и индивидуальных предпринимателей в форме ассоциации (союза) как некоммерческой организации, создаваемой в целях координации их предпринимательской и иной деятельности, а также представления и защиты общих имущественных интересов.

**2. В пункте 5 статьи 34 ГК слова «каждом из видов» заменены словами «каждой из форм».**

Ранее законодатель допускал смешение понятий «вид» и «форма» юридического лица. Дело в том, что термин «вид» используется для деления юридических лиц на коммерческие и некоммерческие (ст. 34 ГК), а понятие «форма» означает указание на организационно-правовую форму юридического лица. При этом указание на организационно-правовую форму должно обязательно содержаться в наименовании юридического лица.

Данная поправка внесена для упорядочения использования данных терминов.

В настоящее время система специальных законодательных актов Республики Казахстан об отдельных организационно-правовых формах юридических лиц выглядит следующим образом (с учетом их изменений и дополнений со дня принятия):

А) Коммерческие организации:

- Закон РК от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах»;
- Закон РК от 19 июня 1995 г. «О государственном предприятии»;
- Закон РК от 5 октября 1995 г. «О производственном кооперативе»;
- Закон РК от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью»;
- Закон РК от 13 мая 2003 г. «Об акционерных обществах». Следует также учитывать законодательство РК о рынке ценных бумаг, об отдельных видах деятельности, осуществление которых возможно лишь с использованием этой формы юридического лица (банковской, страховой и т.д.), акты правительства в области регулирования акционерных обществ с участием государства, акты уполномоченного органа по надзору и контролю за финансовым рынком и т.д.

Б) Некоммерческие организации:

- Закон РК от 15 января 1992 г. «О свободе вероисповедания и религиозных организациях»;
- Закон РК от 9 апреля 1993 г. «О профессиональных союзах»;
- Закон РК от 31 мая 1996 г. «Об общественных объединениях»;
- Закон РК от 16 апреля 1997 г. «О жилищных отношениях»;
- Закон РК от 14 июля 1997 г. «О нотариате»;
- Закон РК от 5 декабря 1997 г. «Об адвокатской деятельности»;
- Закон РК от 20 ноября 1998 г. «Об аудиторской деятельности»;
- Закон РК от 21 июля 1999 г. «О сельской потребительской кооперации в Республике Казахстан»;
- Закон РК от 25 декабря 2000 г. «О сельскохозяйственных товариществах и их ассоциациях»;
- Закон РК от 16 января 2001 г. «О некоммерческих организациях»;
- Закон РК от 15 мая 2001 г. «О потребительском кооперативе»;
- Закон РК от 15 июля 2002 г. «О политических партиях»;
- Закон РК от 8 апреля 2003 г. «О сельском потребительском кооперативе водопользователей» и ряд других законодательных актов.

### **3. Статья 36 дополнена пунктом 5 следующего содержания:**

«5. Права учредителей (участников) на имущество созданных ими юридических лиц иных организационно-правовых форм определяются законодательными актами Республики Казахстан».

Поскольку статья 36 ГК регламентирует этот вопрос лишь в отношении хозяйственных товариществ, акционерных обществ, кооперативов, государственных предприятий, учреждений, общественных и религиозных объединений, а также фондов, его регламентация в отношении иных форм юридических лиц должна предусматриваться в законодательных актах об этих формах.

### **4. В пункте 4 статьи 41 исключены слова «хозяйственное ведение».**

Буквально со дня опубликования ГК РК (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. и на страницах печати, и в выступлениях на конференциях нами критиковался пункт 4 названной статьи, который устанавливал, что в учредительном договоре стороны (учредители) обязуются создать юридическое лицо, определяют порядок совместной деятельности по его созданию, условия передачи в его собственность (хозяйственное ведение, оперативное управление) своего имущества и участия в его деятельности.

Дело в том, что учредительный договор, как и любой другой договор, представляет собой соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей (п. 1 ст. 378 ГК РК).

С другой стороны, право хозяйственного ведения – это вещное право государственного предприятия, получившего имущество от государства

как собственника и осуществляющего в пределах, установленных настоящим Кодексом и иными законодательными актами, права владения, пользования и распоряжения этим имуществом.

Таким образом, лишь один субъект гражданских прав и обязанностей может обладать имуществом на праве хозяйственного ведения – государственное предприятие на праве хозяйственного ведения. Однако, в соответствии с пунктом 2 ст. 102 ГК, имущество государственного предприятия является неделимым и не может быть распределено по вкладам (долям, паям), в том числе между работниками предприятия. Согласно пункту 1 ст. 103 ГК, учредительным документом предприятия, основанного на праве хозяйственного ведения, является его устав, утверждаемый учредителем.

Отсюда вывод, который, наконец-то, получил свое логичное законодательное оформление: учредительный договор никогда не может содержать условия передачи учредителем своего имущества в хозяйственное ведение юридического лица.

#### **5. В части второй пункта 4-1 статьи 41 ГК исключены слова «должностными лицами или работниками».**

Приведем данную норму в редакции, действовавшей до внесения в нее комментируемых поправок: «Решение единственного учредителя – юридического лица принимается его органами, должностными лицами или работниками, обладающими правом на принятие таких решений в соответствии с законодательством Республики Казахстан и уставом данного юридического лица».

Данное положение входило в явное противоречие с пунктом 1 ст. 37 ГК: «Юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы, действующие в соответствии с законодательными актами и учредительными документами».

Таким образом, ни должностные лица, ни уж тем более работники организации не компетентны в самостоятельном принятии решения о создании другого юридического лица – дочерней организации. Это прерогатива органов юридического лица. Конечно, возможен вариант, когда должностные лица или работники организации уполномочены на то доверенностью, выданной компетентным органом этой организации. Однако доверенностью признается письменное уполномочие одного лица (доверителя) для представительства от его имени, выдаваемое им другому лицу (поверенному) (п. 1 ст. 167 ГК). Иначе говоря, имея полномочия на принятие решения о создании юридического лица, указанные лица реализуют не свою волю, а волю соответствующих компетентных органов организации.

#### **6. В подпункте 4) пункта 2 статьи 49 исключены слова «отсутствия кредиторов у юридического лица».**

В статью 49 ГК уже вносилось значительное количество поправок: Законами РК № 68-1 от 21 января 1997 г.; № 134-1 от 19 июня 1997 г.; № 211-1

от 2 марта 1998 г.; № 128-П от 18 декабря 2000 г.; № 276-П от 24 декабря 2001 г.

Вносились поправки в комментируемый подпункт и с целью решения проблемы так называемых «отсутствующих юридических лиц».

Сам факт отсутствия кредиторов у юридического лица не может являться основанием для принудительной ликвидации организации, потому что это вполне реальная ситуация. Предположим, что созданная организация только начинает налаживать деловые контакты, подыскивая контрагентов, или занимается таким бизнесом, при котором заключаемые договоры исполняются при самом совершении, не пользуется кредитами, не допускает задержек с выплатой зарплаты, налогов и т.д., поэтому указанное основание было исключено.

#### **7. Поправки внесены в пункт 1 статья 51 ГК, устанавливающий очередность удовлетворения требований кредиторов при ликвидации юридического лица.**

Отныне требования по уплате удержанных из заработной платы и (или) иного дохода алиментов удовлетворяются не во вторую, а в первую очередь. Редакционной правке подвергся подпункт 4) названного пункта. Теперь он выглядит так:

«4) в четвертую очередь – погашается задолженность по налогам и другим обязательным платежам в бюджет».

Таким образом, слова «и внебюджетные фонды» исключены.

Здесь же отметим, что в целях унификации внесены поправки в пункт 4 ст. 21 ГК, устанавливающий порядок удовлетворения требований кредиторов индивидуального предпринимателя при его банкротстве.

Пожалуй, упущением комментируемого Закона является то, что в текст пункта 1 ст. 51 ГК не была внесена оговорка «если иное не установлено законодательными актами», поскольку в отношении отдельных организаций специальными законодательными актами установлен иной порядок удовлетворения требований кредиторов (банки, страховые компании и др.).

#### **8. Исключена часть вторая пункта 1 статьи 58 ГК следующего содержания:**

«Хозяйственное товарищество может быть создано одним лицом, которое становится его единственным участником». **Часть первая пункта 3 ст. 58 Кодекса изложена в следующей редакции:** «Хозяйственное товарищество, кроме полного и командитного товарищества, может быть создано одним лицом, которое становится его единственным участником». **Часть вторая п. 1 ст. 60 изложена в следующей редакции:** «В хозяйственных товариществах, кроме полного и командитного товарищества, учрежденных одним лицом, полномочия общего собрания принадлежат его единственному участнику».

Эти поправки устранили неоднозначность в понимании вопроса о минимальном числе участников полного товарищества, которая возникла «благодаря» Закону РК от 2 марта 1998 г., которым из пункта 3 ст. 58 Кодекса была исключена часть вторая следующего содержания: «В полном товариществе должно быть не менее двух участников».

Данное обстоятельство позволило некоторым авторам утверждать о возможности создания и существования полного товарищества с одним участником. Такой подход мы наблюдаем даже в официальном Комментарии к Гражданскому Кодексу РК (Общая часть) под ред. Ю.Г. Басина и М.К. Сулейменова.

Отныне такое ошибочное понимание правового положения полного товарищества не имеет под собой даже законодательного обеспечения.

Здесь же отметим, что и в отношении товариществ с ограниченной и дополнительной ответственностью существует ограничение на их существование с одним участником. Речь идет о части второй п. 2 ст. 77 ГК: «Товарищество с ограниченной ответственностью не может иметь в качестве единственного участника другое хозяйственное товарищество, состоящее из одного лица».

**9. Из части первой пункта 1 ст. 60 Кодекса слова «(собрание представителей)» исключены. Аналогичному исключению слов «(собранию представителей)» и «(собрания представителей)» оказался подвержен пункт 2 ст. 60 Кодекса.**

Данное обстоятельство объясняется тем, что такого органа как «собрание представителей» законодательство о хозяйственных товариществах не предусматривает. Речь может идти лишь о работе в высшем органе товарищества представителей его участников. Однако – это не какой-либо самостоятельный орган товарищества, это – обычное общее собрание участников, в работе которого принимают участие представители участников товарищества, действующие на основании доверенностей.

**10. Незначительной редакционной правке подвергся подпункт 2) п. 2 ст. 79 Кодекса, в котором слова «образование исполнительного органа товарищества и досрочное прекращение его полномочий» заменены более корректными словами «избрание (назначение) членов (члена) исполнительного органа и досрочное прекращение их (его) обязанностей».**

При этом, касательно данной нормы, мы остаемся на той же позиции, которая нами ранее неоднократно высказывалась, что передача самого товарищества в доверительное управление невозможна на том основании, что товарищество является субъектом, но не объектом гражданских прав. Передать в доверительное управление возможно отдельное имущество товарищества или доли в уставном капитале, но не само товарищество.

Поэтому указанная норма требует дальнейшего совершенствования.

## **11. Пункт 11 ст. 159 ГК после слов «юридического лица» дополнен словами «или его учредителя (участника)».**

Данная поправка устранила нелепость ситуации, возникшей, опять же, «благодаря» Закону от 2 марта 1998 г., когда участники юридического лица оказались лишены права требовать признания недействительной сделки, заключенной юридическим лицом в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными настоящим Кодексом, иными законодательными актами или учредительными документами, либо с нарушением уставной компетенции его органа. В редакции Закона от 2 марта правом на оспаривание такой сделки обладал лишь собственник имущества юридического лица. Однако категория «собственник имущества юридического лица» приемлема лишь в отношении учреждений и государственных предприятий. Данное обстоятельство лишало участников возможности требовать признания соответствующих сделок недействительными.

Теперь данная проблема снята в отношении иных форм юридических лиц.

## **12. Не все предложенные нами поправки нашли свою поддержку в процессе обсуждения в рамках Рабочей группы или в Министерстве юстиции.**

Так, нами предлагалась новая редакция пункта 3 ст. 44 ГК: «Если банкротство юридического лица вызвано умышленными действиями его учредителя (участника) или собственника его имущества, то при недостаточности средств у юридического лица, учредитель (участник) или соответственно собственник его имущества несет перед кредиторами субсидиарную ответственность».

Таким образом, предлагалось «привязать» возможность привлечения участников к дополнительной ответственности по долгам юридического лица к их умышленным действиям по доведению организации до банкротства.

Второе: предлагалось дополнить статью 41 ГК пунктом 8 следующего содержания: «8. В случае изменения законодательных актов об отдельных организационно-правовых формах юридических лиц эти юридические лица обязаны в течение (как предложение – *С.К.*) двух месяцев внести соответствующие изменения в свои учредительные документы. До внесения изменений учредительные документы в прежней редакции действуют, поскольку это не противоречит императивным нормам законодательных актов».

Думается, что такой подход решил бы проблему соотношения положений учредительных документов юридических лиц, созданных по «старому» законодательству, с нормами вновь принятых нормативных правовых актов.

Однако, как представляется, принятие соответствующих поправок – лишь вопрос времени.



**КОММЕНТАРИЙ**  
**К НОРМАТИВНОМУ ПОСТАНОВЛЕНИЮ ВЕРХОВНОГО СУДА**  
**РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН № 2 ОТ 10 ИЮЛЯ 2008 Г.**  
**«О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ПРИМЕНЕНИЯ**  
**ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ТОВАРИЩЕСТВАХ С ОГРАНИЧЕННОЙ**  
**И ДОПОЛНИТЕЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ»**

*Опубликовано:*  
*ЮРИСТ, 2009, № 7;*  
*Предприниматель и право, 2009, № 13*

1. Товарищество с ограниченной ответственностью (далее также – ТОО, товарищество) является наиболее популярной формой не только хозяйственных товариществ, но и юридических лиц вообще из всех предусмотренных законодательными актами Республики Казахстан их организационно-правовых форм.

Однако, несмотря на очевидную значимость организаций этой формы, в особенности, с точки зрения развития малого и среднего бизнеса, вопросы создания, деятельности, прекращения товариществ, а также проблемы, связанные с определением прав и обязанностей его участников, регламентированы в законодательстве недостаточно четко, а в ряде случаев – противоречиво. Данное обстоятельство порождает серьезные споры между участниками товариществ, причем нередко по иску супруга (-и) участника или его (ее) наследника (-ов). И, как следствие – вынесение различными судами и их инстанциями неоднозначных, порой взаимоисключающих решений, что свидетельствует об отсутствии единой позиции судов по схожим спорным ситуациям.

В этой связи принятие пленарным заседанием Верховного Суда (далее – ВС) указанного нормативного постановления (далее – постановление) является определенным шагом вперед *в целях единообразного применения законодательства, регулирующего отношения между участниками товарищества с ограниченной и дополнительной ответственностью и разрешения споров, связанных с долями участников* (опубликовано: «Казахстанская правда», 8 августа 2008 г.).

2. Пункт 1 постановления определяет, что *законодательство, регулирующее деятельность товариществ с ограниченной и дополнительной ответственностью, права и обязанности их участников, основывается на Конституции Республики Казахстан и состоит из Гражданского кодекса Республики Казахстан, Закона Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» от 22 апреля 1998 года и других нормативных правовых актов* (далее указанный Закон будет сокращенно именоваться «Закон о ТОО» или «Закон 1998 г.»).

Представляется, что «другие нормативные правовые акты» с определенной долей условности следует подразделить на две группы: а) применяемые ко всем или ко многим организационно-правовым формам юридических лиц и б) применяемые в особенности к ТОО.

Первая группа НПА представлена законодательством о государственной регистрации и перерегистрации юридических лиц, банкротстве, лицензировании, инвестициях, налоговом, трудовом, процессуальным законодательством и т.д.

Ко второй группе следует отнести Закон РК от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах», который, несмотря на исключение из Раздела II специальных норм о товариществах с ограниченной, дополнительной ответственностью и акционерных обществах в связи с принятием отдельных Законов РК об этих формах юридических лиц, содержит Раздел I, посвященный общим положениям о хозяйственных товариществах.

Как специальный НПА необходимо рассматривать Закон РК от 28 марта 2003 г. № 400-II «О кредитных товариществах», п. 1 ст. 3 которого устанавливает, что кредитные товарищества создаются в форме товариществ с ограниченной ответственностью на основании учредительного договора и действуют в соответствии со своим уставом. Согласно п. 4 ст. 3 этого Закона, кредитное товарищество является коммерческой организацией, осуществляющей отдельные виды банковских и иных операций на основании лицензии, выдаваемой уполномоченным органом.

К этой же группе относится Закон РК № 304-I от 20 ноября 1998 г. «Об аудиторской деятельности», согласно п. 1 ст. 9 которого аудиторская организация создается в организационно-правовой форме товарищества с ограниченной ответственностью.

Постановлением Правительства Республики Казахстан от 16 сентября 2008 г. № 852 «Об утверждении типовых уставов юридических лиц, являющихся субъектами малого, среднего и крупного предпринимательства» утверждены типовые уставы товариществ с ограниченной и дополнительной ответственностью.

3. Пункт 2 постановления посвящен вопросам, связанным с исполнением участниками товарищества своих обязанностей по внесению вкладов в уставный капитал и последствиям их неисполнения (ненадлежащего исполнения).

Следует отметить, что ВС в своем постановлении, по сути, не взял на себя смелости дать какие-либо конкретные указания (разъяснения) нижестоящим судам, ограничившись лишь ссылками на нормы закона о ТОО. Поэтому при таком явно нерешительном подходе Верховному Суду не удалось устранить очевидные недоработки и ошибки, которые были допущены разработчиками Закона 1998 г.

Так, в соответствии с частью четвертой п. 2 постановления, *в случае невыполнения участником товарищества обязанности по внесению доли в установленный срок, товарищество должно внести не внесенную участником часть доли за счет собственного капитала*. Это положение корреспондируется с частью первой п. 3 ст. 24 Закона о ТОО.

Убеждены: данное положение с точки зрения сущности гражданско-правового обязательства лишено всякого смысла, – во-первых, и, во-вторых, – грешит пороками юридической техники. Рассмотрим оба момента.

А) Согласно ст. 268 ГК РК, в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.д. либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. Поскольку подпункт 2) п. 1 ст. 12 Закона о ТОО возлагает на участника обязанность по внесению вклада в уставный капитал товарищества, он (участник) в данном правоотношении выступает в качестве должника (обязанного лица), а товарищество – в качестве кредитора (управомоченного лица). Это подтверждается положениями Закона о ТОО и постановления об обязанности участника, не внесшего в срок свою долю, возместить товариществу убытки, причиненные невнесением доли, а также уплатить неустойку в соответствии со ст. 353 ГК, если иное не предусмотрено учредительным договором или уставом товарищества.

В случае же, когда на само товарищество, т.е. кредитора, возлагается обязанность по внесению вклада в свой же уставный капитал за ненадлежаще исполняющего свои обязанности участника, т.е. должника, законодатель и вслед за ним ВС порождают ситуацию, предусмотренную ст. 371 ГК РК «Прекращение обязательства совпадением должника и кредитора в одном лице».

Б) Как и в п. 3 ст. 24 Закона 1998 г., так и в постановлении используется термин «доля».

Это неверно. Следует четко различать понятия «вклад в уставный капитал» и «доля в уставном капитале» товарищества: в уставный капитал вносятся вклады, соотношение размеров которых, по общему правилу, определяет размеры долей участников в уставном капитале ТОО. Сам ВС констатирует данный постулат в п. 3 своего постановления: *соотношение вклада каждого участника к общей сумме уставного капитала, если иное не предусмотрено учредительным договором, является его долей (в части целого или в процентах) в уставном капитале*.

4. Неясен смысл положения, содержащегося в части третьей п. 3 постановления: *учитывая, что доля участника в уставном капитале ТОО представляет собой совокупность его прав и обязанностей в отношении*

*с товариществом и его долей в имуществе ТОО, ее назначение заключается в том, чтобы:...*

Пункт 2 ст. 18 Закона РК № 213 от 24 марта 1998 г. «О нормативных правовых актах» требует, чтобы текст нормативного правового акта излагался с соблюдением норм литературного языка и юридической терминологии.

Очевидно, что доля участника в уставном капитале товарищества никоим образом не может представлять собой совокупность его прав и обязанностей, поскольку, согласно теории права, совокупность прав и обязанностей сторон составляет содержание договора.

На самом же деле доля в уставном капитале – это условное понятие, представляющее собой процентное (как правило) соотношение взносов участников по отношению ко всему размеру уставного капитала товарищества (п. 6 ст. 23 Закона о ТОО). Доли всех участников в уставном капитале товарищества пропорциональны их вкладам в уставный капитал, если иное не установлено учредительными документами (п. 1 ст. 28 Закона о ТОО).

Также представляется некорректным выражение «доля в имуществе ТОО», которое «перекочевало» в постановление из Закона о ТОО и может создать впечатление о наличии у участников вещных прав на имущество товарищества. Согласно же п. 2 ст. 36 ГК РК, участники товарищества с ограниченной ответственностью в отношении его имущества сохраняют обязательственные права.

5. Верховный Суд указал, что *сам факт невнесения участником вклада в уставный капитал не является основанием для исключения учредителя из числа участников в судебном порядке. Участник ТОО, не внесший свой вклад в уставный капитал, может утратить право на долю на основании решения общего собрания участников товарищества только после того, как его доля была внесена товариществом в уставный капитал за счет собственного капитала, распределена между другими участниками или приобретена третьими лицами, либо ТОО осуществило уменьшение уставного капитала* (п. 4 постановления).

Однако при этом в постановлении ничего не говорится о процедуре принятия общим собранием соответствующего решения.

Следуя логике ВС, поскольку до принятия соответствующего решения общим собранием не внесший свой вклад учредитель не может быть исключен из товарищества, значит, он обладает всеми правами участника. То есть он имеет, в том числе, право голоса в высшем органе и право на получение части чистого дохода.

Предположим, что в учредительных документах доля такого участника была указана в значительном размере, например, не менее 50% уставного капитала. Очевидно, что ни одно из предложенных в постановлении реше-

ний общее собрание принять не сможет, если участник, не внесший свой вклад в уставный капитал, будет голосовать «против».

Противоречивость позиции ВС еще более усиливается цитированием п. 1 ст. 29 Закона о ТОО: *доля участника в имуществе товарищества с ограниченной ответственностью может быть отчуждена или заложена до полной оплаты вклада лишь в той части, в которой вклад уже оплачен.*

В этой связи считаем, что участник, не полностью внесший вклад в уставный капитал, может пользоваться правами участника (а значит и его доля в уставном капитале должна определяться) лишь в объеме, соответствующем действительно внесенному вкладу.

6. Верховный Суд не смог разрешить и другую ситуацию, порождающую как на практике, так и в научной среде серьезные споры, связанные с определением момента перехода прав и обязанностей участника к приобретателю доли в уставном капитале, и наоборот, их утратой отчуждателем доли.

В постановлении лишь указывается, что *приобретение доли в порядке, установленном Законом, означает вступление приобретателя доли в число участников товарищества (пункт 2 статьи 28 Закона). Право распоряжения участника своей долей возникает с момента внесения изменений в учредительные документы и их регистрации в территориальном органе Министерства юстиции Республики Казахстан.*

Убеждены, что ВС должен был дать однозначный ответ для разрешения обозначенной проблемы со ссылкой на подпункт 3) части первой и часть вторую п. 6 ст. 42 ГК:

«б. Юридическое лицо подлежит перерегистрации в случаях:

3) изменения состава участников в хозяйственных товариществах (за исключением хозяйственных товариществ, в которых ведение реестра участников хозяйственного товарищества осуществляется профессиональным участником рынка ценных бумаг, имеющим лицензию на осуществление деятельности по ведению системы реестров держателей ценных бумаг).

Изменения, внесенные в учредительные документы по указанным основаниям без перерегистрации юридического лица, являются недействительными».

Согласно части четвертой п. 9 ст. 58 ГК, права на доли участия в уставном капитале хозяйственного товарищества, ведение реестра участников которого осуществляется профессиональным участником рынка ценных бумаг, имеющим лицензию на осуществление деятельности по ведению системы реестров держателей ценных бумаг, возникают с момента регистрации этих прав в реестре участников хозяйственного товарищества.

Думается, данные положения ГК наглядно демонстрируют ошибочность суждений отдельных казахстанских цивилистов о переходе права на долю в уставном капитале ТОО в момент заключения между отчуждателем и приобретателем договора об отчуждении доли.

7. Верховному Суду не удалось, как представляется, дать верное толкование содержанию права преимущественной покупки доли. Проанализируем алгоритм его реализации в свете постановления ВС (часть первая п. 8), учитывая, конечно, то обстоятельство, что нормы самого Закона о ТОО далеко не безгрешны:

а) участник, желающий возмездно уступить свою долю в уставном капитале, сначала должен предложить ее другим участникам с указанием условий возможной сделки;

б) если другие участники и само ТОО отказались от приобретения доли (ее части) на предложенных условиях, участник вправе уступить ее третьим лицам;

в) если участник не произвел отчуждение доли третьим лицам, то в случае изменения условий отчуждения он обязан вновь предложить другим участникам или ТОО приобрести долю;

г) только после отказа других участников и ТОО от покупки доли на новых условиях участник может вновь предложить ее третьим лицам.

Возникает вопрос: если третьи лица вновь откажутся от приобретения доли, обязан ли участник в третий (четвертый и т.д.) раз предлагать другим участникам и ТОО долю к выкупу на новых условиях? Но такая неопределенность может продолжаться сколько угодно период времени. Ведь при этом участнику следует соблюдать всю процедуру предложения доли, предусмотренную Законом о ТОО, в том числе ожидая окончания очередного месячного срока, предусмотренного для отказа другими участниками товарищества от приобретения доли (п. 5 ст. 31 Закона 1998 г.).

Мы убеждены, что данный механизм реализации доли (ее части) в уставном капитале представляет собой не способ реализации права преимущественного приобретения доли другими участниками в традиционно понимаемом смысле, но направленный на реализацию так называемого права первого отказа.

Истинная же сущность права преимущественной покупки заложена в содержании ст. 216 ГК: при продаже доли в праве долевой собственности постороннему лицу остальные участники имеют преимущественное право покупки продаваемой доли по цене, за которую она продается, и на прочих равных условиях. Продавец доли обязан известить в письменной форме остальных участников о намерении продать свою долю постороннему лицу с указанием цены и других условий, на которых продает ее.

Мы сознательно не приводим текст статьи 216 ГК буквально, как и не предлагаем использовать аналогию закона (ведь здесь идет речь об общей

долевой собственности). Важен сам принцип реализации права преимущественной покупки: продавец сначала оговаривает с третьим лицом – потенциальным приобретателем условия договора об отчуждении доли, который по своей правовой природе является сделкой, заключенной под отлагательным условием (п. 1 ст. 150 ГК). Соответственно, права и обязанности сторон, связанные с отчуждением доли, возникнут у них лишь в случае отказа других участников от приобретения доли на условиях (а не только по цене, как об этом говорится в ст. 31 Закона о ТОО!), согласованных с третьим лицом.

8. Часть четвертая п. 8 постановления посвящена вопросу, когда доля участника должна быть выкуплена самим товариществом. При этом ВС сослался на пункт 3 ст. 80 ГК о возложении на ТОО обязанности *по выплате участнику ее действительной стоимости либо о выдаче ему в натуре имущества, соответствующего такой стоимости.*

*Если долю выбывающего участника приобретает само ТОО, то цена доли определяется соглашением сторон, а при недостижении соглашения – судом (пункт 2 статьи 32 Закона).*

Данное положение вызывает три вопроса:

а) Что представляет из себя «действительная» стоимость доли и какова методика ее определения?

Практика работы аудиторских и оценочных компаний позволяет говорить об использовании таких способов оценки долей в уставных капиталах, как номинальный, балансовый, рыночный.

Номинальная стоимость доли соответствует вкладу участника в уставный капитал.

Балансовая стоимость определяется исходя из стоимости имущества товарищества (определяемой как разница между активами и пассивами согласно балансу) с учетом размера доли участника в уставном капитале.

Рыночная стоимость доли определяется посредством изучения предложений от потенциальных покупателей доли.

б) Если Закон о ТОО и постановление ВС предполагают определение стоимости доли соглашением сторон, какой тогда смысл в установлении «действительной стоимости», поскольку соглашением сторон в силу принципа свободы договора может быть определена любая, ни от чего объективно не зависящая, цена (п. 1 ст. 385 ГК)?

в) Наконец, допущение возможности определения цены доли судом (то есть при возникновении между сторонами соответствующего спора) при отсутствии четко установленной методики оценки способно порождать нарушения имущественных прав как участника – отчуждателя доли, так и товарищества – ее приобретателя, а также коррупционные правонарушения.

8-1. Сделанный нами в подпункте в) п. 8 настоящего комментария вывод напрямую затрагивает и вопрос, связанный с принудительным выкупом доли участника (-ов) (ст. 82 ГК), точнее, с судебным определением цены выкупаемой доли.

Актуальность данного вопроса резко возрастает в случае принудительного выкупа доли, принадлежащей иностранному инвестору. В таком случае спор рискует быть переданным на рассмотрение в международный арбитраж по рассмотрению инвестиционных споров.

9. Также заслуживают анализа положения постановления ВС в части распоряжения одним из супругов долей в уставном капитале ТОО.

В части второй п. 16 постановления указано, что *распоряжение супругами имуществом, находящимся в совместной собственности, осуществляется по их согласию, которое предполагается независимо от того, кем из них совершена сделка по распоряжению имуществом, поэтому письменное или нотариально удостоверенное согласие супруги (супруга) участника ТОО на распоряжение долей в имуществе товарищества не требуется, за исключением передачи долей участия в ТОО под выплату ренты, которая в соответствии со ст. 518 ГК подлежит обязательному нотариальному удостоверению.*

Считаем, что сделанный ВС вывод об отсутствии необходимости в даче супругом (супругой) согласия на распоряжение долей в уставном капитале, выраженного в простой или квалифицированной письменной форме, не требуется, является ошибочным.

Предложим свои рассуждения по этому вопросу.

а) Согласно п. 5 ст. 15 Закона 1998 г., учредительный договор товарищества подлежит нотариальному удостоверению. Пункт 4 ст. 16 Закона о ТОО устанавливает, что если товарищество с ограниченной ответственностью с единственным участником вследствие раздела вклада или увеличения уставного капитала пополняется новыми участниками, то они обязаны подписать учредительный договор по правилам, предусмотренным статьей 15 настоящего Закона;

б) Отчуждение доли (ее части) в уставном капитале влечет изменение состава участников товарищества или соотношения долей его участников. Согласно подпунктам 2), 6) п. 2 ст. 14 Закона о ТОО, указание перечня учредителей товарищества, а также их долей в имуществе товарищества является существенным условием учредительного договора (п. 1 ст. 393 ГК). Следовательно, изменение названных условий влечет внесение соответствующих изменений в учредительный договор;

в) В соответствии с п. 1 ст. 402 ГК, соглашение об изменении или прекращении договора совершается в той же форме, что и договор, если из законодательства, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное.

Таким образом, договор об отчуждении доли (ее части) также требует нотариального удостоверения.



Данное обстоятельство подтверждается п. 28 Инструкции по государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств, утвержденной Приказом Министра юстиции Республики Казахстан от 12 апреля 2007 г. № 112: Для перерегистрации хозяйственных товариществ по основанию изменения состава участников (за исключением хозяйственных товариществ, в которых ведение реестра участников хозяйственного товарищества осуществляется профессиональным участником рынка ценных бумаг, имеющим лицензию на осуществление деятельности по ведению системы реестров держателей ценных бумаг) представляется засвидетельственный в нотариальном порядке документ, подтверждающий отчуждение (уступку) или переход права выбывающего участника на долю в имуществе (уставном капитале) в соответствии с законодательством Республики Казахстан и учредительными документами;

г) Наконец, в соответствии с частью второй п. 3 ст. 220 ГК, при совершении сделок, требующих нотариального удостоверения или государственной регистрации, согласие других участников совместной собственности на совершение сделки должно быть подтверждено в нотариальном порядке.

На основании вышеизложенного мы приходим к выводу о необходимости дачи супругом (супругой) участника ТОО нотариально удостоверенного согласия на отчуждение доли в уставном капитале товарищества. Несоблюдение этого требования влечет недействительность сделки (п. 1 ст. 154 ГК).

## **ВОПРОСЫ ПРАВА ПРЕИМУЩЕСТВЕННОЙ ПОКУПКИ ДОЛИ В УСТАВНОМ КАПИТАЛЕ ТОО**

*Опубликовано:*

*ЮРИСТ, 2009, № 12;*

*Предприниматель и право, 2009, № 22*

1. Категория «преимущественное право» используется казахстанским законодателем в целом ряде случаев. Так, например, пунктом 1 ст. 216 ГК РК установлено, что при продаже доли в праве долевой собственности постороннему лицу остальные участники долевой собственности имеют преимущественное право покупки продаваемой доли по цене, за которую она продается, и на прочих равных условиях, кроме случая продажи с публичных торгов. Согласно части первой пункта 1 ст. 299 Кодекса, залогом признается такой способ обеспечения исполнения обязательства, в силу которого кредитор (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения

должником обеспеченного залогом обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодатель), за изъятиями, установленными настоящим Кодексом. Пункт 1 ст. 557 ГК определяет, что наниматель, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, имеет, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором, по истечении срока договора на прочих равных условиях преимущественное перед другими лицами право на заключение договора имущественного найма на новый срок. Преимущественное право отдельных наследников на имущество, входящее в наследство, предусматривается статьей 1078 Кодекса.

Более того, в научной литературе ведутся споры о соотношении понятий «право преимущественной покупки» и «приоритетное право государства» применительно к приобретению государством права недропользования (его части) и (или) участия (пакета акций) в юридическом лице, обладающим правом недропользования /1/.

В рамках же настоящей статьи мы остановимся лишь на тех аспектах преимущественного права, которые непосредственно связаны с корпоративными отношениями. Речь пойдет о праве преимущественной покупки доли в уставном капитале товарищества с ограниченной ответственностью.

2. Что касается общей оценки права преимущественной покупки доли в уставном капитале ТОО, то она уже являлась предметом нашего анализа на страницах журнала /2/.

Мы отмечали, что Верховному Суду не удалось, как представляется, дать верное толкование содержанию права преимущественной покупки доли в уставном капитале товарищества.

Проанализируем алгоритм его реализации в свете постановления Верховного Суда (часть первая п. 8 постановления), учитывая, конечно, то обстоятельство, что нормы самого Закона РК от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» также далеко небезгрешны:

а) участник, желающий возмездно уступить свою долю в уставном капитале, сначала должен предложить ее другим участникам с указанием условий возможной сделки;

б) если другие участники и само ТОО отказались от приобретения доли (ее части) на предложенных условиях, участник вправе уступить ее третьим лицам;

в) если участник не произвел отчуждение доли третьим лицам, то в случае изменения условий отчуждения он обязан вновь предложить другим участникам или ТОО приобрести долю;

г) только после отказа других участников и ТОО от покупки доли на новых условиях участник может вновь предложить ее третьим лицам.

Возникает вопрос: если третьи лица вновь откажутся от приобретения доли, обязан ли участник в третий (четвертый и т.д.) раз предлагать другим участникам и ТОО долю к выкупу на новых условиях? Но такая неопределенность может продолжаться сколько угодно период времени. Ведь при этом участнику следует вновь соблюдать всю процедуру предложения доли, предусмотренную Законом о ТОО, в том числе ожидая окончания очередного месячного срока, предусмотренного для отказа другими участниками товарищества от приобретения доли (п. 5 ст. 31 Закона 1998 г.).

Мы убеждены, что данный механизм реализации доли (ее части) в уставном капитале представляет собой не способ реализации права преимущественного приобретения доли другими участниками в традиционно понимаемом смысле, но направленный на реализацию так называемого права первого отказа.

Истинная же сущность права преимущественной покупки заложена в содержании статьи 216 ГК: при продаже доли в праве долевой собственности постороннему лицу остальные участники имеют преимущественное право покупки продаваемой доли по цене, за которую она продается, и на прочих равных условиях. Продавец доли обязан известить в письменной форме остальных участников о намерении продать свою долю постороннему лицу с указанием цены и других условий, на которых продает ее.

Мы сознательно не приводим текст статьи 216 ГК буквально, как и не предлагаем использовать аналогию закона (ведь здесь идет речь об общей долевой собственности). Важен сам принцип реализации права преимущественной покупки: продавец сначала оговаривает с третьим лицом – потенциальным приобретателем условия договора об отчуждении доли, который по своей правовой природе является сделкой, заключенной под отлагательным условием (п. 1 ст. 150 ГК). Соответственно, права и обязанности сторон, связанные с отчуждением доли, возникнут у них лишь в случае отказа других участников от приобретения доли на условиях (а не только по цене, как об этом говорится в ст. 31 Закона о ТОО!), согласованных с третьим лицом.

3. Однако практика сталкивается и с иными проблемами толкования положений законодательства о преимущественной покупке доли в уставном капитале. Вопрос ставится категорично: вправе ли участник при реализации права преимущественной покупки доли приобрести ее не во всем объеме, предложенном продавцом, а лишь в части?

Предположим, что товарищество создано тремя учредителями (участниками). При этом доля в уставном капитале первого участника составляет 50%, второго – 20%, третьего – 30%. Второй участник решил продать свою долю и предложил ее к выкупу другим участникам.

Согласно пункту 1 ст. 31 Закона о ТОО, участники товарищества пользуются преимущественным перед третьими лицами правом покупки доли

участника или ее части при ее продаже кем-либо из участников, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. Таким правом может воспользоваться каждый участник. Если участников, желающих воспользоваться правом преимущественной покупки, несколько, и учредительными документами или иным соглашением участников товарищества не предусмотрено иное, преимущественное право покупки доли (ее части) осуществляется участниками пропорционально размерам их долей в уставном капитале.

Представляется, что до настоящего момента логика законодателя была понятна и вполне объяснима. Им преследовалась цель взаимной и адекватной защиты интересов как продавца доли, так и иных участников товарищества. Однако дальнейший анализ законодательных установлений рушит эти оптимистические настроения.

Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает процедуру предложения доли (ее части) к продаже: участник, желающий продать свою долю или ее часть, обязан письменно известить о своем намерении исполнительный орган товарищества с указанием предполагаемой цены продажи. В свою очередь (п. 3) исполнительный орган в течение семи дней извещает об этом всех участников товарищества. Наконец, участник, желающий реализовать право преимущественной покупки, должен в семидневный срок уведомить об этом исполнительный орган, указав при этом, что намерен приобрести предлагаемую к продаже долю полностью или в определенной части.

Таким образом, нетрудно заметить, что предложенный механизм отчуждения доли принципиально отличается от традиционной схемы заключения договора, где принято выделять его стадии: оферта – акцепт или новая оферта – акцепт. В случае же продажи доли в уставном капитале ТОО продавец доли не вступает в непосредственные отношения с потенциальным покупателем (покупателями) доли. Более того, участники сделки лишены возможности обсуждать условия предстоящей сделки, и продавец остается связанным «навсегда» изначально сделанным предложением о цене доли.

Однако наиболее серьезная проблема связана с размером приобретаемой доли. Как указывалось выше, покупатель (покупатели) имеет право приобрести не всю предложенную долю, а лишь ее часть. Очевидно, что данное обстоятельство способно серьезно нарушать интересы продавца. Дело в том, что инвестиции в уставный капитал могут преследовать разные цели: от желания лишь получать часть чистого дохода от деятельности товарищества (я бы их назвал пассивными инвестициями) до реального участия в деятельности товарищества (активные инвестиции). Понятно, что для достижения последней цели участник должен обладать значительной долей в уставном капитале.

Возвращаясь к нашему примеру, отметим, что Участнику-1 достаточно приобрести самый минимальный процент в уставном капитале для того, чтобы получить простое большинство голосов (50% + 1), позволяющее, по общему правилу, определять принимаемые высшим органом товарищества пусть и не принципиальные, но важные решения (образование исполнительного органа и наблюдательного совета и досрочное прекращение полномочий их членов, утверждение отчетов и заключений ревизионной комиссии (ревизора), утверждение годовой финансовой отчетности и распределение чистого дохода, решение об участии товарищества в других юридических лицах, назначение ликвидационной комиссии и утверждение ликвидационных балансов и др.).

Возможно моделирование и иных ситуаций, когда, например, совокупная величина поступивших от участников предложений не превышает размера предлагаемой доли. В этом случае оставшаяся (невыкупленная) часть доли может быть отчуждена третьему лицу. Хотя вполне вероятно, что этот «обрубок» доли так и не найдет своего покупателя.

Подводя итог, отметим, что по нашему твердому убеждению предложенный механизм реализации права преимущественной покупки доли (ее части) в уставном капитале ТОО способен, предоставляя соответствующие права другим участникам, нарушать интересы участника-продавца. К сожалению, это обстоятельство противоречит принципу римского права: «*qui jure suo utitur, naeminem laedit*» – кто пользуется правом, никому не причиняет вреда.

4. И еще один момент. Пунктом 2 ст. 29 Закона о ТОО установлено, что участник товарищества с ограниченной ответственностью вправе продать или иным способом уступить свою долю в имуществе товарищества или ее часть одному или нескольким участникам данного товарищества по своему выбору. Согласия товарищества или других участников на совершение этих сделок не требуется.

Как видим, данная статья в полной мере соответствует принципу свободы договора: праву вступать либо не вступать в договор, праву выбора контрагента, а также свободе определения условий договора. Но как эта статья соотносится с содержанием ст. 31 Закона, неясно. Ясно другое – разработчики Закона и законодатель и в этом случае продемонстрировали свое непонимание правовой природы ТОО.

Как представляется, выход один, о чем нам уже неоднократно приходилось говорить и писать: механизм реализации права преимущественной покупки доли в уставном капитале ТОО должен концептуально соответствовать механизму продажи доли в праве общей долевой собственности (ст. 216 ГК РК).

5. Практика также сталкивается с толкованием п. 1 ст. 30 Закона о ТОО: «Отчуждение участником товарищества с ограниченной ответственно-

стью своей доли (ее части) третьим лицам или залог доли (части доли) в обеспечение обязательства участника перед третьим лицом допускается, если иное не предусмотрено учредительными документами».

Возникает вопрос: вправе ли участник закладывать свою долю в обеспечение не только своего обязательства, но и обязательства третьего лица?

В одной из своих работ А.Г. Диденко отмечает, что «бесспорным правомочием обладателя права на долю является правомочие распоряжения, которое ничем не отличается от соответствующего собственнического правомочия. Это такая же юридически обеспеченная возможность определять юридическую судьбу имущества, как и у собственника вещи» /3/. Следует согласиться с таким подходом. Действительно, согласно части четвертой п. 2 ст. 188 ГК, право распоряжения представляет собой юридически обеспеченную возможность определять юридическую судьбу имущества. Пункт 3 данной статьи устанавливает, что собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, в том числе... отдавать имущество в залог. Часть первая п. 3 ст. 303 ГК говорит о том, что при залоге прав предметом залога являются имущественные права, которые могут быть отчуждены, в частности... право на долю в имуществе хозяйственного товарищества. Наконец, в соответствии с п. 1 ст. 305 Кодекса, залогодателем может быть как сам должник, так и третье лицо.

На основании изложенного мы приходим к выводу о том, что принадлежащая участнику ТОО доля в уставном капитале может быть предметом залога не только в обеспечение обязательства самого участника, но и третьего лица.

Вопрос же о возможном нарушении прав других участников при обращении взыскания на долю в уставном капитале решается просто: преимущественное право покупки отчуждаемой доли осуществляется при любом способе продажи доли, в том числе на торгах (п. 8 ст. 31 Закона о ТОО).

6. Еще одна проблема связана с применением ст. 1114 Кодекса, точнее, с соотношением пунктов 1 и 2 этой статьи. Так, согласно пункту 1 анализируемой статьи, к договору о создании юридического лица с иностранным участием применяется право страны, где учреждается или учреждено юридическое лицо. Пункт 2 устанавливает, что отношения, регулируемые настоящей статьей, включают в себя отношения по созданию и прекращению юридического лица, передачи доли участия в нем и другие отношения между участниками юридического лица, связанные с их взаимными правами и обязанностями (в том числе определяемыми последующими соглашениями).

Могут ли участники ТОО, созданного в Казахстане, один из которых – нерезидент, в своем договоре об отчуждении доли предусмотреть приме-

нение иностранного права, которое, например, не предусматривает для других участников права преимущественной покупки?

Думаем, что данный вопрос находит свой ответ в пункте 2 анализируемой статьи: участники товарищества не вправе своим соглашением допустить применение иностранного права.

**Ссылки:**

1. *Подробнее об этом см.: Сулейменов М.К. Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды).* – Алматы, 2006. С. 301-304.

2. *См.: Климкин С.И. Комментарий к нормативному постановлению Верховного Суда Республики Казахстан № 2 от 10 июля 2008 г. «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» // ЮРИСТ, № 7, 2009 г.*

3. *Диденко А.Г. Понятие правомочий обладателя доли в ТОО. Определение принадлежности правомочий / Гражданское законодательство: Статьи. Комментарий. Практика. Вып. 27.* – Алматы: ЮРИСТ, 2007. С. 61.

## **И ЗА ДЕРЖАВУ ОБИДНО, И ЗА ТОО, ИЛИ ЧЕМУ НЕ УЧИТ ИСТОРИЯ**

*Опубликовано:  
ЮРИСТ, 2010, № 3*

«Ну, что, скинемся «на троих» по 34 тенге?» – спросил у своих товарищей один из них. «Я столько не вытяну, у меня только 32», – ответил второй. «Ничего страшного, все равно ты будешь крупным участником!» – приободрил его третий.

Вероятно, именно так сейчас будут вестись в Казахстане переговоры о создании товариществ с ограниченной ответственностью...

20 января текущего года принят Закон РК № 239-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам упрощения государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств». Этим Законом внесены изменения и дополнения в следующие законодательные акты РК:

- Гражданский кодекс (Общая часть) от 27 декабря 1994 г.;
- Закон от 17 апреля 1995 г. «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств»;
- Закон от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах»;
- Закон от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью»;

– Закон от 23 января 2001 г. «О местном государственном управлении и самоуправлении»;

– Закон от 18 марта 2002 г. «Об органах юстиции».

В свете проблемы, вынесенной в заголовок, нас более всего интересуют поправки, внесенные в Закон «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью». Собственно, они связаны с двумя моментами:

- а) представляемыми для государственной регистрации документами;
- б) уставным капиталом ТОО.

По первой позиции отметим, что отныне учредительный договор и устав товарищества, являющегося субъектом малого предпринимательства, не требуют нотариального удостоверения, следовательно, для действительности этих документов достаточно их совершения в простой письменной форме. Также не требует нотариального удостоверения подлинность подписей учредителей товарищества, создаваемого на основании Типового устава субъекта малого предпринимательства.

Позиция «б)» более примечательна, а сама история развития отечественного законодательства о минимальном размере уставного капитала ТОО требует к себе заостренного внимания.

Итак, Указом Президента РК, и.с.з., от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах» этот минимум был установлен в 1 000 МРП (на тот период – около 7 тыс. долларов США). Однако с начала 1997 г. в печати и иных СМИ начали появляться материалы, свидетельствующие о намерении государства более либерально подойти к этому вопросу.

Нами в апреле того же года был подготовлен материал «Упрощение регистрации малого предпринимательства: слишком хорошо – тоже плохо», однако популярная в то время «Юридическая газета» отказала в его публикации. Пользуясь случаем, и с уважением к журналу «ЮРИСТ», предлагаем его читателю в сокращении:

«Передо мной – два газетных материала. Первый опубликован 11 апреля 1997 г. в «Деловой неделе», второй – на следующий день в «Казахстанской правде». Оба они в той или иной мере являются комментариями к программе действий Правительства по реализации Указа Президента «О мерах по усилению государственной поддержки и активизации развития малого бизнеса» от 6 марта 1997 г. В роли комментаторов выступили зам. министра экономики и торговли Н. Радостовец и зам. министра юстиции В. Борисов.

Как следует из рассказа В.М. Борисова, предлагается значительно уменьшить минимальные размеры уставных фондов хозяйственных товариществ: ...у товарищества с ограниченной ответственностью – до 100 МРП (то есть в десять раз).

Причин принятия такого решения, очевидно, несколько. Собственно, и ранее активно высказывались мнения о том, что размер уставного фон-



да по Указу «О хозяйственных товариществах» у ТОО слишком велик и не под силу мелким бизнесменам. Однако из уст заместителя министра юстиции прозвучала и другая причина. Учитывая явную неординарность этой версии, приведем ее полностью: «...представители Министерства экономики, Конгресса предпринимателей и Казахстанского центра поддержки и развития предпринимательства, основываясь на своих наблюдениях, утверждают, что уставный фонд не является какой-либо гарантией для кредиторов, поскольку денежные средства и имущество, внесенные в уставный фонд, будут постоянно находиться в обороте». Далее по тексту следует не менее примечательный вывод: истребование регистрирующими органами документа, подтверждающего внесение учредителями части уставного фонда, носило формальный характер, поскольку вклады, вложенные на временный депозит к моменту регистрации, на следующий день можно было без труда вернуть обратно.

Конечно же, описанная наблюдательность этих господ вызывает всяческое уважение. Но, с другой стороны, нельзя не обратить внимания на практику решения этого вопроса в экономически развитых странах. Например, во Франции уставный фонд общества с ограниченной ответственностью должен быть не менее 50 000 франков, в Германии – 50 000 марок. Вопрос о платежеспособности наших бизнесменов сразу отбросим в сторону: «Мерседесы» у нас стоят дороже, а по их числу на дорогах мы можем смело соревноваться с европейскими столицами. Но проблема даже не в этом. Утверждение, что уставный фонд не является какой-либо гарантией для кредиторов, просто-напросто некорректно. Гарантийная функция уставного фонда не может быть объективно рассмотрена и оценена не в совокупности с другими механизмами защиты интересов кредиторов. Так, например, Указ «О хозяйственных товариществах» предусматривает, что если по окончании второго и каждого последующего финансового года стоимость чистых активов товарищества станет меньше заявленного уставного фонда, оно обязано зарегистрировать уменьшение последнего. В соответствии с Гражданским кодексом, кредиторы вправе требовать признания недействительным любого действия должника, если докажут, что оно совершено с целью уклониться от ответственности. Еще большие гарантии кредиторам предоставлены Законом «О банкротстве»: учредители (участники) несостоятельного должника несут субсидиарную ответственность перед его кредиторами за преднамеренное приведение должника к неплатежеспособности и т.д. Таким образом, участники товарищества не могут безнаказанно «забрать» свои взносы в уставный фонд, если при этом нарушаются интересы кредиторов. Действующее законодательство защищает интересы лиц, вступивших в отношения с субъектом предпринимательства, нужно просто знать это законодательство и смело применять его на практике.

Из рассказа заместителя министра юстиции следует еще один грустный вывод: поскольку законодательство в части защиты кредиторов все равно недействительно, зачем нужны требования к такому большому уставному фонду?

Резонно было бы продолжить предложенную логику: а зачем тогда вообще нужно формировать уставный фонд? Давайте вернемся к практике 1991–1992 годов, начнем вновь создавать страховые общества с уставным фондом в 200 тенге, давать миллионные кредиты товариществам с уставным фондом в 20 тенге и т.д.!

По нашему мнению, в действующем законодательстве, устанавливающим исключительный перечень коммерческих юридических лиц и определяющем их правовое положение, достаточно четко прослеживается трезвая логика: хочешь заняться нерискованным бизнесом – регистрируйся в качестве индивидуального предпринимателя или с партнерами создавай полное товарищество. Если же процент риска высок – учреждай ТОО, ТДО или АО, но за дарованное тебе законом ограничение возможной ответственности заплати взносом в уставный фонд! Предлагаемый же проект уменьшения ответственности участников по долгам созданного ими товарищества полностью выхолащивает эту идею.

Мы не случайно сделали этот экскурс в историю. Она повторяется, но теперь уже окончательно доведена до абсурда. Согласно новой редакции п. 2 ст. 23 Закона «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», минимальный размер уставного капитала товарищества, являющегося субъектом малого предпринимательства, не может быть менее ста тенге. Один мой знакомый опытный предприниматель просил посоветовать, что ему отвечать на уже звучащие вопросы иностранных партнеров «как с вами можно вести серьезный бизнес, если вы вложили в него меньше семидесяти центов?».

Приходит на память народное изречение о ретивом исполнителе, способным разбить себе лоб в процессе выполнения данного ему поручения.

Но на другие обстоятельства почему-то не обращают внимания апологеты развития и поддержки малого бизнеса в Казахстане. Так, согласно новой редакции ст. 9 Закона «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств», государственная регистрация юридических лиц, являющихся субъектами малого предпринимательства, должна быть произведена не позднее одного рабочего дня, следующего за днем подачи заявления с приложением необходимых документов. Ликвидация же (естественно, речь идет о добровольной ликвидации) потребует, в лучшем случае, около трех месяцев.

Еще вопрос. Подпункты 10), 11) части второй ст. 16 этого Закона для регистрации ликвидации юридического лица требуют предоставления в регистрирующий орган справок об отсутствии налоговой задолженности

и задолженности по таможенным платежам. Однако погашение задолженности по налогам и другим обязательным платежам в бюджет отнесено п. 1 ст. 51 Гражданского кодекса лишь к четвертой очереди. Налицо противоречие между разноуровневыми нормативными правовыми актами. Более того, указанные положения Закона не соответствуют п. 1 ст. 6 Конституции, согласно которому в Республике Казахстан признаются и равным образом защищаются государственная и частная собственность.

В заключение отметим, что меры, направленные на упрощение государственной регистрации субъектов предпринимательства, напоминают рыбацкую снасть с привлекательной наживкой: попасться на нее легко, освободиться же куда сложнее.

## **ИСПОЛНИТЕЛЬНЫЙ ОРГАН ТОВАРИЩЕСТВА С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ (СРОК ПОЛНОМОЧИЙ И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ)**

*Опубликовано:*

*Юрист, 2010, № 9;*

*Делопроизводство в Казахстане, 2011, № 1;*

*Справочник кадровика. Казахстан, 2011, № 1*

Вообще, органам юридического лица в широком смысле посвящена статья 37 ГК РК:

«1. Юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы, действующие в соответствии с законодательными актами и учредительными документами.

2. Виды, порядок назначения или избрания органов юридического лица и их полномочия определяются законодательством и учредительными документами».

В свое время нам уже доводилось критиковать эту статью /1/. Так, Законом РК от 2 марта 1998 г. в нее были внесены изменения. Во-первых, в текст первого пункта было включено слово «только». Во-вторых, из статьи была исключена норма, по которой предусматривалась возможность приобретения прав и исполнения обязанностей через участников юридического лица и его представителей.

Нет смысла доказывать, что приобретение прав и принятие обязанностей через участников юридического лица, с одной стороны, и его представителей, с другой стороны, – принципиально разные вещи. Действующее законодательство Казахстана, действительно, не предусматривает первой из указанных возможностей, но представительство – традиционный институт гражданского права. Указание же на то, что юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности

только через свои органы, и исключение из этой статьи положения о приобретении юридическим лицом прав и принятии им обязанностей через представителей, приводит к выводу о невозможности представительства в отношении юридического лица. Естественно, авторы соответствующих поправок в ГК были далеки от желания столь резко сузить рамки института представительства, однако категоричность их подхода довольно показательна. Неслучайно Ю.Г. Басин был вынужден отмечать, что «исключение из комментируемой статьи пункта о возможности для юридического лица приобретать гражданские права и принимать на себя гражданские обязанности через своих участников и представителей не означает, что юридическое лицо не вправе делать это. В этом случае действуют общие положения о представительстве» /2/.

Ответа на вопрос, чем вызвано включение в текст статьи слова «только», и как это слово сочетается с приведенным выше комментарием, автор, к сожалению, не дает.

Между тем сделки, в том числе договоры – это лишь одно из оснований возникновения гражданских прав и обязанностей, предусмотренных статьей 7 ГК РК. Следовательно, права и обязанности у юридического лица могут возникать и по иным допускаемым законом основаниям. Так, если третьим лицам причинен вред при исполнении работниками юридического лица трудовых (служебных, должностных) обязанностей, ответственность по возмещению вреда возлагается на само юридическое лицо (ст. 921 ГК РК). Очевидно, что в этом случае органы юридического лица не имеют никакого отношения к возникновению у последнего соответствующих обязанностей.

Все это дает основания усомниться в обоснованности пункта 1 ст. 37 ГК РК. Считаю, что законодателю не следовало прибегать к столь жесткому подходу к этому вопросу, установив, например, что Кодексом и иными законодательными актами могут быть предусмотрены иные основания и порядок приобретения гражданских прав и возникновения гражданских обязанностей у юридического лица.

Самые общие положения об органах товарищества с ограниченной ответственностью содержатся в статьях 60 и 79 Кодекса, которые, в свою очередь, отсылают к специальным законодательным актам и учредительным документам. Таким законодательным актом является Закон РК от 22.04.1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (Закон о ТОО).

В рамках настоящего материала мы хотели бы остановиться лишь на двух вопросах, связанных с исполнительным органом ТОО: о соотношении норм Закона о ТОО и трудового законодательства и об ответственности исполнительного органа.

Проблемы с разрешением этих вопросов начали возникать, собственно говоря, с самого начала становления и развития национального законо-

дательства о юридических лицах, основанных на корпоративном принципе. Речь идет, в первую очередь, о Законе Казахской ССР № 690-ХІІ от 21 июня 1991 г. «О хозяйственных товариществах и акционерных обществах» (позднее – «и компаниях»), принятом через год после союзного Положения «Об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью» от 19 июня 1990 г.

Пункт 4 ст. 58 Закона о хозяйственных товариществах устанавливал, что должностные лица товарищества с ограниченной ответственностью, к которым, согласно пункту 1 этой статьи, относились председатель правления (совета), генеральный директор, члены дирекции и директор, а также председатель и члены ревизионной комиссии, отвечают за причиненный ими товариществу вред в полном объеме по нормам гражданского законодательства Казахской ССР и Союза ССР. Они не вправе ссылаться на ограничения материальной ответственности рабочих и служащих, установленные трудовым законодательством Казахской ССР и СССР.

Как видим, по вопросу об ответственности должностных лиц товарищества имел место приоритет корпоративного законодательства над трудовым. Хотя судебная практика демонстрировала и обратные примеры. Так, автору в 1993 г. довелось участвовать (и проиграть) в споре о восстановлении на работе президента одного акционерного общества. Суд, удовлетворяя требования истца, указал, что КЗоТ Казахской ССР не предусматривает такого основания для увольнения, как решение общего собрания акционеров (участников).

Действовавший до введения в действие ГК РК (Общая часть) Закон Казахской ССР от 13 февраля 1991 г. «О предприятиях», распространявшийся на все организационно-правовые формы коммерческих организаций, также содержал нормы об исполнительных органах предприятия. Согласно пункту 4 ст. 14 Закона, контракт (договор, соглашение) с руководителем предприятия заключается его собственником либо уполномоченным им органом (лицом). В контракте определяются права, обязанности и ответственность руководителя предприятия, условия его материального обеспечения, срок контракта и освобождения от занимаемой должности с учетом гарантий, предусмотренных действующим законодательством. Частью второй п. 6 этой статьи устанавливалось, что руководитель предприятия может быть освобожден от занимаемой должности до истечения срока контракта по основаниям, предусмотренным в контракте или в действующем законодательстве.

Таким образом, этот закон, как представляется, все же отдавал приоритет трудовому законодательству.

Указ Президента РК, и.с.з., от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах» (позднее – Закон) не содержал на этот счет каких-либо норм. Более того, в нем, по сути, вообще отсутствовали положения об испол-

нительном органе товарищества с ограниченной ответственностью. В качестве общего правила следовало рассматривать лишь указание на то, что компетенция органов управления хозяйственного товарищества, порядок их избрания (назначения), а также порядок принятия ими решений определялись этим Указом, законодательными актами и учредительными документами.

Принятый 22 апреля 1998 г. Закон «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» вновь заставил вернуться к этому вопросу. Так, в соответствии с пунктом 3 ст. 52 Закона, члены исполнительного органа товарищества с ограниченной ответственностью могут быть привлечены к ответственности по требованию любого из участников товарищества по возмещению убытков, причиненных ими товариществу. Каких-либо ограничений размера ответственности, установленных трудовым законодательством, в Законе не содержится.

В этой связи обратим внимание на мнение, высказанное комментаторами Закона о ТОО: «Однако в отличие, например, от акционерного общества директор здесь не руководит обществом под свою личную ответственность. Он лишь должен в рамках закона, устава и договора, заключенного с ним, выполнять указания участников, принятые на общем собрании» /3/.

С такой позицией вряд ли можно согласиться. В настоящее время практически не существует каких-либо принципиальных различий между акционерными обществами и товариществами с ограниченной ответственностью. Особенно ярко это проявилось в связи с ликвидацией ограничений максимального числа участников ТОО. Так, например, число участников одного из крупнейших казахстанских предприятий нефтегазового сектора – АНПЗ, преобразованного из акционерного общества в ТОО, составляет более четырех тысяч.

Однако современная практика столкнулась с другой проблемой, также стоящей на стыке корпоративного и трудового права. Речь идет о пункте 3 ст. 51 Закона о ТОО: члены исполнительного органа избираются общим собранием на установленный срок, но не более пяти лет.

В этой связи возникают вопросы:

– правомочен ли исполнительный орган ТОО осуществлять текущую финансово-хозяйственную деятельность и административно-оперативное управление товариществом по истечении срока действия его полномочий, установленных Законом о ТОО, в случае, если участниками товарищества не были предприняты действия по продлению срока его полномочий, как и по назначению другого директора?

– являются ли правомерными действия директора по подписанию документов по финансово-хозяйственной деятельности товарищества при вышеуказанных обстоятельствах?

Ниже мы представляем свое видение решения данных вопросов.

Согласно статье 37 ГК РК, юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы, действующие в соответствии с законодательными актами и учредительными документами.

К компетенции исполнительного органа товарищества с ограниченной ответственностью относятся все вопросы обеспечения деятельности товарищества, не относящиеся к компетенции общего собрания или наблюдательных органов, определенные настоящим законом, уставом товарищества или правилами и иными документами, принятыми общим собранием (п. 1 ст. 52 Закона о ТОО).

В подпункте 2) п. 2 ст. 79 ГК РК сказано, что избрание членов исполнительного органа ТОО и досрочное прекращение их полномочий, а также принятие решения о передаче товарищества или его имущества в доверительное управление и определение условий такой передачи относится к исключительной компетенции общего собрания участников ТОО. В соответствии с пунктом 3 ст. 51 Закона о ТОО, члены исполнительного органа избираются общим собранием на установленный срок, но не более пяти лет.

При этом статья 248 Трудового кодекса Республики Казахстан от 15 мая 2007 г. № 251-III устанавливает, что трудовые отношения с руководителем исполнительного органа юридического лица осуществляются в соответствии с Трудовым кодексом, другими законами Республики Казахстан, учредительными документами и трудовым договором. Согласно пункту 2 ст. 29 ТК, трудовой договор на работу в должности руководителя исполнительного органа работодателя – юридического лица заключается на срок, установленный учредительными документами работодателя или соглашением сторон.

В одном конкретном случае установленный Законом о ТОО пятилетний срок истек, однако директор продолжал исполнять свои обязанности. Более того, участники товарищества не заявляли каких-либо требований о прекращении его полномочий. В результате, на наш взгляд, возникла правовая неопределенность во взаимоотношениях между директором и товариществом (его участниками в лице общего собрания).

Считаем, что в такой ситуации следует применять подпункт 4) п. 2 ст. 49 ГК РК, устанавливающий, что отсутствие должностных лиц, без которых юридическое лицо не может функционировать в течение одного года, может явиться основанием для принудительной ликвидации юридического лица.

Однако товарищество и после окончания пятилетнего срока исполнения директором своих обязанностей функционировало в обычном режиме (заключало договоры, вело производственно-хозяйственную деятель-

ность, распоряжалось деньгами, сдавало финансовую отчетность и т.д.). Таким образом, необходимо признать, что действия директора полностью соответствовали требованиям пункта 2 ст. 51 Закона о ТОО о необходимости исполнения своих обязанностей членом исполнительного органа в интересах товарищества добросовестно и разумно.

И вновь обратимся к трудовому законодательству. Согласно пункту 5 ст. 53 ТК, если по истечении срока трудового договора трудовые отношения фактически продолжают, и ни одна из сторон не потребовала их прекращения, то действие договора считается продолженным на неопределенный срок. При этом необходимо учитывать, что по своей иерархии, согласно ст. 4 Закона РК от 24.03.1998 г. № 213 «О нормативных правовых актах», Трудовой кодекс РК расположен выше Закона о ТОО. Следовательно, в случае коллизии их норм, согласно пункту 1 ст. 6 Закона об НПА, необходимо применять положения Трудового кодекса.

На основании изложенного считаем, что исполнительный орган товарищества в лице директора вправе осуществлять текущую финансово-хозяйственную деятельность и административно-оперативное управление товариществом, а также совершать действия по подписанию документов в рамках финансово-хозяйственной деятельности товарищества и по истечении срока действия его полномочий, установленных Законом о ТОО и учредительными документами товарищества. Соответственно, совершенные им действия будут являться правомерными как направленные на обеспечение соблюдения и защиты интересов товарищества и его участников.

В заключение отметим, что установление в Законе о ТОО нормы о максимальном сроке полномочий директора, по нашему мнению, вообще не является обоснованным. Считаем, что этот вопрос относится к категории частноправовых и не должен иметь каких-либо законодательных ограничений. Тем более в ситуации, когда товарищество создано узким кругом учредителей, состоящих в лично-доверительных отношениях, и уж тем более одним учредителем /4/.

#### **Ссылки:**

1. Климкин С.И. *Юридические лица по законодательству Республики Казахстан. Общие положения.* – Алматы: Баспа, 2001. С. 41.

2. *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий (постатейный).* В 2-х кн. 3-е изд., с использованием судебной практики / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2007. Кн. 1. С. 187.

3. Нам Г.М., Нам И.Г. *Комментарий к Закону Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью».* – Алматы: Норма-К, 2006. С. 127.

4. *Этот вопрос уже был предметом наших исследований в 2002 г. (см.: Климкин С.И. Хозяйственные товарищества по законодательству Республики Казахстан. Учебно-практическое пособие.* – Алматы: Жеті Жарғы, 2002. С. 55).



## КОРПОРАЦИИ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО В КАЗАХСТАНЕ: ЧТО ВКЛЮЧАЮТ В СЕБЯ ЭТИ ПОНЯТИЯ

*Опубликовано:*  
*ЮРИСТ, 2011, № 7.*

### *Постановка вопроса.*

В апреле этого года в издательстве «Бастау» вышла в свет работа известного не только в Казахстане, но и далеко за его пределами ученого-цивилиста, доктора юридических наук, профессора Ф.С. Карагусова «Основы корпоративного права и корпоративное законодательство Республики Казахстан. Издание второе, дополненное».

Написание комплексной работы такой направленности, выполненной в Казахстане, является значительным событием в национальной науке. Тем более с учетом того обстоятельства, что число корпоративных споров в республике неуклонно растет.

В рамках же настоящего материала мы хотели высказать ряд суждений по вопросам, вынесенным в его заголовок.

В указанной работе позиция Ф.С. Карагусова сформулирована предельно ясно: «...Корпорациями в контексте их регулирования нормами собственного корпоративного права целесообразно признавать только акционерные общества... Само же корпоративное законодательство должно регулировать именно вопросы создания и деятельности акционерных обществ, требуя использование данной корпоративной формы только при ведении крупного предпринимательства и оставляя за своими пределами регулирование различных форм хозяйственных товариществ, включая товарищества (общества) с ограниченной ответственностью» /1, 27-28/.

Таким образом, автор проводит жесткий «водораздел» между правовыми положениями акционерных обществ и товариществ с ограниченной ответственностью по казахстанскому законодательству.

Считаем, что такая позиция является излишне категоричной и допускает смешение более широкого по своему объему предмета корпоративного права с предметом права акционерного.

### *История вопроса.*

Собственно, корпоративные отношения (в зависимости от того, какой в них вкладывать смысл) являются предметом наших исследований с 1992 г. /2/. На тот момент в своем активе республика имела лишь один развернутый национальный законодательный акт в этой области – Закон Казахской ССР от 21 июня 1991 г. «О хозяйственных товариществах и акционерных обществах» № 690-ХІІ.

Его непродуманность и крайняя противоречивость в вопросе определения правовых положений хозяйственных товариществ и акционерных обществ проявлялась, например, хотя бы в том, что он, имея соответству-

ющее название, пунктом 1 ст. 2 относил акционерные общества к разновидности хозяйственных товариществ.

Еще большая неопределенность возникла, когда 12 апреля 1993 г. был принят Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Закон Казахской ССР «О хозяйственных товариществах и акционерных обществах», в названии которого после слова «обществах» появилось слово «компаниях».

Однако проблема с разграничением этих форм коммерческих организаций ослабла с принятием 27 декабря 1994 г. Гражданского кодекса (Общая часть) и изданием Президентом Республики Казахстан Указа, и.с.з., от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах». Акционерные общества были безусловно отнесены к видам хозяйственных товариществ.

Но в 1998 г. ситуация вновь принципиально изменилась. Одновременно с принятием Закона «Об акционерных обществах», Законом Республики Казахстан от 10 июля 1998 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам акционерных обществ» они были выведены из состава хозяйственных товариществ и по настоящее время представляют собой самостоятельную организационно-правовую форму юридического лица.

Следует отметить, что в литературе того периода такой подход законодателя получил неоднозначную оценку. Так, И.У. Жанайдаров указывал, что «хозяйственные товарищества и акционерные общества имеют гораздо больше общего в своей правовой природе, чем различного. Подавляющая часть норм общей части законодательства о хозяйственных товариществах органично соответствует правовому режиму акционерного общества. Поэтому выведение акционерного общества из-под понятия «хозяйственное товарищество» является нелогичным, неразумным и недальновидным копированием не лучшей части зарубежного законодательства» /3, 131-132/.

А вот мнение, высказанное Л.А. Сахиповой: «...Мы считаем абсолютно правильным выведение акционерного общества из состава хозяйственных товариществ и предоставление ему возможности образовать самостоятельную организационно-правовую форму юридического лица, которая выпускает акции в целях привлечения средств для осуществления своей деятельности» /4, 49/. Одобрительная позиция была занята и Ф.К. Шакировым, указывавшим, что определение акционерного общества, используемое в Законе об АО, является достаточным для его характеристики и выделения из перечня коммерческих юридических лиц, а также для определения его места в законодательстве Республики Казахстан /5, 12/.

Мы соглашались с обеими позициями, но при одном неслучайном условии: следовало четко разграничивать правовое положение закрытого и открытого акционерных обществ. Поэтому мы поддерживали позицию И.У. Жанайдарова, если речь шла о закрытых обществах, и были солидарны с обратным подходом – в части открытых обществ. Такой взгляд

объяснялся следующим образом: мы считали, что закрытое акционерное общество резко, даже принципиально отличается от его открытого варианта, и представляет собой, по сути, лишь искусственно модифицированную версию товарищества с ограниченной ответственностью. Полагали, что закрытое общество вряд ли вообще имеет право на существование как противоречащее самой идее акционерного общества, где имена, состав акционеров не имеют никакого значения (принцип анонимности), а значит и не должно подлежать перерегистрации при изменении состава акционеров /6, 4-5/.

В этой связи мы полностью поддерживаем идею разработчиков Закона «Об акционерных обществах», принятого Парламентом Республики Казахстан 13 мая 2003 г., отказавшегося от деления акционерных обществ на закрытые и открытые.

### *Современное состояние вопроса.*

Ф.С. Карагусов, соглашаясь с вышеуказанными доводами, ссылается на нашу работу 2002 г. Однако с тех пор ситуация в казахстанском корпоративном законодательстве кардинально изменилась.

Так, важное событие произошло 16 мая 2003 г. с принятием Закона РК № 416-ІІ, которым были внесены серьезные поправки в Гражданский кодекс РК (Общая часть) и Закон «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью»:

– был изменен подпункт 3) п. 6 ст. 42 Кодекса, посвященный одному из оснований перерегистрации юридического лица. Вот какой стала его редакция: «3) изменения состава участников в хозяйственных товариществах (за исключением хозяйственных товариществ с числом участников сто и более)»;

– в новой редакции был представлен п. 9 ст. 58 ГК: «В случае преобразования акционерного общества с числом акционеров сто и более в хозяйственное товарищество учредительный договор не заключается. Документом, подтверждающим право на долю в уставном капитале хозяйственного товарищества, преобразованного из акционерного общества с числом участников сто и более, является выписка из реестра участников хозяйственного товарищества. Порядок формирования, ведения и хранения реестра участников хозяйственного товарищества устанавливается законодательными актами Республики Казахстан»;

– было исключено положение об ограничении численности участников ТОО (п. 2 ст. 77 Кодекса) /7/.

Еще одна «революция» в законодательстве о хозяйственных товариществах – Закон РК от 8 июля 2005 г. № 72-ІІІ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам рынка ценных бумаг и акционерных обществ».

Им установлены следующие особенности создания и деятельности товарищества с ограниченной ответственностью, которое заключило до-

говор на ведение реестра его участников с профессиональным регистратором, имеющим соответствующую лицензию. Основные из этих особенностей следующие:

- действие учредительного договора прекращается со дня формирования реестра участников товарищества;

- документом, подтверждающим право на долю в уставном капитале, является выписка из реестра участников товарищества, который ведется профессиональным участником рынка ценных бумаг (регистратором) по договору с товариществом;

- в случае преобразования акционерного общества в товарищество с ограниченной ответственностью, ведение реестра участников которого будет осуществляться регистратором, учредительный договор не заключается;

- прием нового участника в такое товарищество оформляется путем внесения записи в реестр участников товарищества.

Все вышесказанное дает основания говорить о коренном изменении подходов законодателя к пониманию самой сущности товарищества с ограниченной ответственностью. Если ранее оно понималось как «объединение лиц и капиталов», то в связи с поправками в законодательство от 16 мая 2003 г. и 8 июля 2005 г. понимание ТОО как объединения лиц, по нашему мнению, оказалось лишены смысла, поскольку были устранены ограничения максимального числа его участников, а также требования к государственной перерегистрации товарищества в случае изменения состава его участников, если это товарищество заключило договор на ведение реестра его участников с профессиональным регистратором.

Таким образом, считаем, что правовое положение товариществ с ограниченной ответственностью как самой популярной формы ведения предпринимательской деятельности в Республике Казахстан максимально приблизилось к правовому положению акционерных обществ.

Нередко доводится читать и слышать, что принципиальная особенность акционерных обществ заключается в том, что они выпускают акции, а товарищества – нет.

Но, во-первых, никакой «эмиссии» акций на самом деле не происходит, это лишь фикция, заключающаяся в некой мистической регистрации «перспекта эмиссии». Это игра с использованием многочисленных заграничных слов, в которую, с одной стороны, с удовольствием играют некоторые участники рынка ценных бумаг – Национальный Банк (после упразднения АФН), центральный депозитарий, реестродержатели и т.п.), и вынуждены играть иные участники, созданные, согласно требованиям законодательства, в форме акционерных обществ (банки, страховые компании, авиакомпания и т.д.) – с другой.

Во-вторых, практика переоформления прав участников на доли в уставных капиталах товариществ, заключивших договоры на ведение реестров

участников товариществ с реестродержателями, совпадает с переоформлением прав на акции. Но на законодательном уровне сама процедура переоформления прав участников товариществ, заключивших такие договоры, не урегулирована.

Наконец, в-третьих, не определен правовой статус (режим) самой доли участника в уставном капитале товарищества в случае заключения товариществом договора с реестродержателем. Однако если механизмы переоформления прав на доли в уставных капиталах названных товариществ и акций совпадают, то почему последние относятся к категории ценных бумаг, а первые – нет? Ведь они такие же бездокументарные носители соответствующих прав в виде совокупности электронных записей (вот где «непаханое поле» для исследований специалистами в области рынка ценных бумаг!).

Таким образом, в настоящее время отсутствуют сколько-нибудь значимо отграничивающие признаки этих двух организационно-правовых форм юридических лиц (мы оставляем без внимания их непринципиальные отличия: минимальный размер уставного капитала, особенности управления, право преимущественной покупки, контроль и надзор со стороны уполномоченного органа и т.д.).

Но тогда, если акционерное общество, по мнению Ф.С. Карагусова, – это корпорация, почему товарищество ею не является?

Также любопытен подход автора к пониманию самих акционерных обществ: «...говоря об акционерных обществах, имеем в виду только такие организации, которые выпускают акции и размещают их среди неограниченного круга лиц путем публичного предложения» /1, 28-29/.

Что же для автора первично, а что вторично: форма или содержание? Как следует из приведенного суждения – содержание. То есть, если организация выпускает акции и размещает их среди неограниченного круга лиц путем публичного предложения, то это акционерное общество.

Мы не думаем, что Ф.С. Карагусов хотел сказать именно так, скорее, здесь имеет место не вполне четко сформулированная мысль. Иначе придется поставить под сомнение законность создания и функционирования, например, казахстанских национальных компаний, Фонда национального благосостояния «Самрук-Казына» и т.д.

Пользуясь случаем, также отметим, что правовое положение акционерных обществ, имеющих одного акционера, действительно, особое. Так, если в «обычных» акционерных обществах их высшими органами являются общие собрания акционеров, то в обществах с единственным акционером такой орган отсутствует, и решения по наиболее важным вопросам принимаются его единственным акционером. Это положение схоже с государственным управлением государственными предприятиями, где фигуры государственного предприятия и его учредителя в лице уполномоченного

государственного органа не совпадают. Однако для управления акционерным обществом такая схема неприемлема. Решения должны приниматься органом самого акционерного общества.

Также не вполне объяснима категоричность утверждения Ф.С. Карагузова о том, что «форма акционерного общества <...> используется для ведения крупного предпринимательства» /1, 21/. Нам известны казахстанские товарищества с ограниченной ответственностью, число работников которых составляет по несколько тысяч человек, а стоимость их чистых активов измеряется миллиардами тенге. То есть организационно-правовая форма ТОО используется для осуществления крупного предпринимательства с таким же успехом, как и АО.

### **Общий вывод о понятии корпорации.**

Товарищества с ограниченной ответственностью являются равноправными с акционерными обществами субъектами корпоративного права.

### **Ссылки:**

1. Карагузов Ф.С. Основы корпоративного права и корпоративное законодательство Республики Казахстан. Издание второе, дополненное. – Алматы: Бастау, 2011.

2. Наш первый материал на эту тему: «Товарищества с ограниченной ответственностью: когда экономика под вопросом, лучше поменьше отвечать» // АБВ, 6 ноября 1992 г.

3. Гражданское право. Том 1. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: КазГЮА, 2000.

4. Сахипова Л.А. Проблемы правового регулирования деятельности акционерных обществ / В кн.: Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика. Выпуск 8 / Под общей ред. А.Г. Диденко. – Алматы: ВШП «Әділет», 1999.

5. Шакиров Ф.К. Актуальные проблемы защиты прав акционеров по законодательству Республики Казахстан. Автореф... к.ю.н. – Алматы, 2001.

6. Климкин С.И. Хозяйственные товарищества по законодательству Республики Казахстан. Учебно-практическое пособие. – Алматы: Жеті Жарғы, 2002.

7. Наш анализ этого Закона см., пожалуйста: ЮРИСТ, 2003, № 9.

## **ПЕРЕРЕГИСТРАЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ**

**Опубликовано:**

*Бухгалтер и право, 2012, № 4;*

*Справочник кадровика. Казахстан, 2012, № 9*

По роду своей деятельности бухгалтерия и кадровые службы предприятий, учреждений и иных организаций так или иначе сталкиваются с вопросами перерегистрации юридических лиц. Такие ситуации могут воз-

никать, например, при смене собственника, изменении наименования или реорганизации предприятия, когда, скажем, товарищество с ограниченной ответственностью преобразовывается в акционерное общество или наоборот. В этой связи считаем целесообразным ознакомить читателей с основными гражданско-правовыми аспектами перерегистрации юридических лиц.

Регистрации и перерегистрации юридических лиц посвящена статья 42 Гражданского кодекса Республики Казахстан. Однако эта статья, по сути, лишена прямого действия. Отчасти на это указано в пункте 1: порядок государственной регистрации определяется законодательством.

Основным же законодательным актом, регулирующим данный вопрос, является Закон РК от 17 апреля 1995 г. № 2198 «О государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств».

Этот Закон является крайне нестабильным нормативным правовым актом, и со дня его издания в форме Указа Президента РК, имеющего силу закона, в него вносились изменения и дополнения более чем тридцатью указами Президента, имеющими силу закона, и законами Республики Казахстан.

Во исполнение и в целях конкретизации положений данного Закона приказом Министра юстиции от 12 апреля 2007 г. № 112 утверждена Инструкция по государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств.

От регистрации, то есть от создания юридического лица, его перерегистрация тем и отличается, что не имеет конститутивного значения ни для возникновения организации, ни для ее прекращения. Задача перерегистрации состоит в соответствующем государственном учете и включении в объем сведений об этой организации новой, наиболее важной информации, которая может быть запрошена или затребована заинтересованными лицами и органами, то есть изменений, внесенных в правовой статус уже существующего юридического лица.

Итак, в соответствии с пунктом 6 статьи 42 ГК юридическое лицо подлежит перерегистрации в случаях:

- уменьшения размера уставного капитала;
- изменения наименования;
- изменения состава участников в хозяйственных товариществах, за исключением хозяйственных товариществ, в которых ведение реестра участников хозяйственного товарищества осуществляется профессиональным регистратором.

Названный перечень является закрытым. Это означает, что законодатель не требует прохождения перерегистрации при изменении иных положений учредительных документов.

Рассмотрим эти основания подробнее.

### **Уменьшение уставного капитала.**

В первой редакции Гражданский кодекс Казахстана требовал перерегистрации вообще в связи с изменением размера уставного капитала, то есть и при его увеличении. Но так как при увеличении уставного капитала юридического лица возникновения рисков каких-либо нарушений (умалений) имущественных прав и интересов его контрагентов не происходит, казахстанский законодатель посчитал возможным в таком случае не требовать от юридических лиц прохождения процедуры перерегистрации.

При этом следует отметить, что в связи с введением в действие Закона РК от 20 января 2010 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам упрощения государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств» требования к минимальному размеру уставного капитала товариществ с ограниченной ответственностью, являющихся субъектами малого предпринимательства, стали более чем либеральные – не менее 100 тенге.

В этой связи говорить о том, что сейчас уставный капитал этой самой популярной формы ведения бизнеса в Казахстане выполняет перед кредиторами ТОО какую-либо гарантийную (обеспечительную) функцию, нет никаких оснований. Один мой знакомый – опытный предприниматель просил посоветовать, что ему отвечать на вопросы иностранных партнеров: «Как с вами можно вести серьезный бизнес, если вы вложили в него меньше семидесяти центов?!».

Приходит на память народное изречение о ретивом исполнителе, способном разбить себе лоб в процессе выполнения данного ему поручения.

Но на другие обстоятельства почему-то не обращают внимания апологеты развития и поддержки малого бизнеса в Казахстане. Согласно новой редакции ст. 9 Закона о государственной регистрации, государственная регистрация юридических лиц, являющихся субъектами малого предпринимательства, должна быть произведена не позднее одного рабочего дня, следующего за днем подачи заявления с приложением необходимых документов. Регистрация же ликвидации (речь идет о добровольной ликвидации) потребует, в лучшем случае, около трех месяцев.

Еще вопрос. Подпункты 10), 11) части второй статьи 16 этого закона для регистрации ликвидации юридического лица требуют предоставления в регистрирующий орган справок об отсутствии налоговой задолженности и задолженности по таможенным платежам. Однако погашение задолженности по налогам и другим обязательным платежам в бюджет отнесено пунктом 1 статьи 51 Гражданского кодекса лишь к четвертой очереди. Налицо противоречие между разноуровневыми нормативными правовыми актами.



Более того, указанные положения закона не соответствуют пункту 1 статьи 6 Конституции, согласно которому в Республике Казахстан признаются и равным образом защищаются государственная и частная собственность.

Таким образом, меры, направленные на упрощение государственной регистрации субъектов предпринимательства, напоминают рыбацкую снасть с привлекательной наживкой: попасться на нее легко, освободиться же куда сложнее.

**Изменение наименования** – следующее основание перерегистрации юридического лица.

Законом РК от 25 марта 2011 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам совершенствования гражданского законодательства» в пункт 2 статьи 38 ГК введено новое положение, согласно которому наименование юридического лица не должно полностью или в существенной части дублировать наименование юридических лиц, зарегистрированных в Республике Казахстан.

Как представляется, данная новелла имела целью разрешить более чем сложный вопрос о недопустимости использования фирменного наименования, похожего на фирменное наименование уже зарегистрированного юридического лица настолько, что это может привести к отождествлению соответствующих юридических лиц, а также введению в заблуждение относительно выпускаемых ими товаров или оказываемых услуг.

Однако помимо и так существующей проблемы, связанной с оценочностью данного положения, указанная новелла породила еще одну. Что означает выражение «или в существенной части»?

В этой связи крайне важно учитывать тот момент, что наименование юридического лица, а для коммерческих организаций – фирменное наименование, состоит как минимум из двух частей: указания на организационно-правовую форму и собственно названия (например, товарищество с ограниченной ответственностью «Береке»). И рассуждать о том, какая из этих частей существенней, то есть необходимее другой – безосновательно и бессмысленно. То есть, если буквально толковать эту норму, все последующие после первых зарегистрированных ТОО, АО и т.д. являются созданными с нарушением законодательства, так как в их фирменном наименовании использованы слова «товарищество с ограниченной ответственностью», «акционерное общество» и т.д.

Поэтому, на наш взгляд, речь должна идти не о наименовании юридического лица в целом, а лишь о его названии, то есть «фирме», «бренде».

#### **Изменение состава участников хозяйственного товарищества.**

В казахстанской юридической литературе вопрос о моменте перехода прав на долю в уставном капитале хозяйственного товарищества вызывает серьезные споры.

Так, существует мнение, что правоустанавливающим фактом в данном случае является договор отчуждения доли; перерегистрация же товарищества имеет значение правоформирующего юридического факта.

Однако смысл государственной перерегистрации хозяйственного товарищества при изменении состава его участников состоит, по нашему убеждению, как раз, в том, что она призвана зафиксировать факты утраты и приобретения прав на долю (ее часть) в уставном капитале, то есть «новую расстановку сил» среди участников товарищества.

Об этом буквально говорит часть 2 пункта 6 статьи 41 Кодекса: изменения, внесенные в учредительные документы по указанным основаниям без перерегистрации юридического лица, являются недействительными.

Не умаляя роли и значения договора об уступке доли, считаем возможным высказать еще один аргумент в защиту своей позиции. Как отмечалось выше, государственная перерегистрация юридического лица требуется, помимо анализируемого случая, при уменьшении уставного капитала и изменении наименования организации.

Решение по данным вопросам принимается посредством голосования на общем собрании участников товарищества. Но законодатель не проводит каких-либо различий между этими тремя основаниями перерегистрации, поместив их в одну, первую часть пункта 6 статьи 42 ГК, то есть определяет их как однопорядковые. Иными словами, принятие соответствующего решения (об уменьшении уставного капитала или изменении наименования) полномочным органом и заключение договора между отчуждателем доли и ее приобретателем оцениваются законодателем, с точки зрения их правовой природы и роли, как равные по своей значимости юридические факты, получающие юридическое признание лишь после государственной перерегистрации.

Очевидно, что лишь одного факта принятия решения общим собранием товарищества об изменении фирменного наименования недостаточно для того, чтобы эта организация получила юридическую возможность вступать в правоотношения с третьими лицами, используя «свое новое» наименование. Нет, это право возникает лишь после перерегистрации юридического лица.

Аналогичная ситуация имеет место и в случае уменьшения уставного капитала. Согласно пунктам 5, 6, 7 статьи 27 Закона «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», уменьшение уставного капитала регистрируется органом, осуществившим регистрацию товарищества. Если в регистрирующий орган поступили копии требований его кредиторов, уменьшение уставного капитала регистрируется при условии представления товариществом доказательств исполнения этих требований либо отсутствия у заявивших их кредиторов возражений против регистрации уменьшения уставного капитала товарищества. Если в тече-

ние шести месяцев со дня принятия общим собранием решения об уменьшении уставного капитала не будет подано заявление о перерегистрации, уменьшение уставного капитала считается несостоявшимся.

Таким образом, без наличия факта государственной перерегистрации соответствующее решение общего собрания участников не порождает никаких юридических последствий.

Здесь же выскажем суждение о том, что перерегистрация хозяйственного товарищества в связи с изменением состава его участников носит не только частноправовой характер, но затрагивает и публично-правовые отношения. Так, не должно вызывать возражений то обстоятельство, что государство заинтересовано во взимании сборов за перерегистрацию юридических лиц, в наличии достоверной информации об участниках товарищества с целью возможного привлечения их к ответственности, и не только гражданско-правовой, и т.д.

Поэтому присутствие в Кодексе РК от 30 января 2001 г. «Об административных правонарушениях» статьи 357-4 «Нарушение законодательства о государственной регистрации юридических лиц, филиалов, представительств», предусматривающей наложение штрафа на субъекта крупного предпринимательства в размере 40 МРП, иных юридических лиц – в размере 20 МРП, дает основания рассматривать факт непрохождения требуемой перерегистрации как противоправное деяние.

## **ЗАКОН РК ОТ 24 ДЕКАБРЯ 2012 Г.: НОВЕЛЛЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ О ТОВАРИЩЕСТВАХ С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ**

*Опубликовано:*

*ЮРИСТ, 2013, № 8;*

*Вестник федерального бюджетного учреждения*

*«Государственная регистрационная палата*

*при Министерстве юстиции Российской Федерации», 2013, № 6*

24 декабря 2012 г. принят Закон РК № 60-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств». Всего этим законом внесены поправки в пятьдесят три законодательных акта.

При этом многие из них не имеют сколько-нибудь серьезного юридического значения, и связаны, лишь с изменением используемой терминологии. Например, слова «Государственный реестр юридических лиц» заменены словами «Национальный реестр бизнес-идентификационных

номеров», или слова «свидетельство о государственной регистрации» – словами «справка о государственной регистрации».

Конечно, значительные, причем путаные изменения внесены в законодательство о государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств. Но на этом вопросе мы останавливаться не будем. Это отдельная тема.

Мы же рассмотрим лишь некоторые изменения и дополнения, внесенные в законодательные акты, непосредственно регулирующие правовое положение товариществ с ограниченной ответственностью, и дадим им краткий комментарий.

Речь идет о ГК РК и Законе РК «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью». Кстати, последнему 22 апреля исполнилось 15 лет.

1. Из ГК исключен пункт 5 ст. 58 следующего содержания: *«Учредительные документы хозяйственного товарищества (устав и учредительный договор), за исключением хозяйственного товарищества, являющегося субъектом малого предпринимательства, подлежат нотариальному удостоверению».*

Отметим, что снятие законодательного требования о нотариальном удостоверении учредительных документов хозяйственных товариществ, являющихся субъектами малого предпринимательства, произошло с введением в действие Закона РК от 20 января 2010 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам упрощения государственной регистрации юридических лиц и учетной регистрации филиалов и представительств».

Теперь же учредительные документы любого хозяйственного товарищества могут быть составлены в простой письменной форме. Однако следует иметь в виду, что учредители хозяйственного товарищества вправе по своему усмотрению нотариально удостоверить учредительные документы.

При этом почему-то в Законе о ТОО остался «нетронутым» пункт 5 ст. 15, согласно которому учредительный договор подлежит нотариальному удостоверению, за исключением учредительного договора товарищества с ограниченной ответственностью, являющегося субъектом малого предпринимательства.

Произошло ли это по небрежности или в этом есть какой-то смысл? Думаем, что все же имело место первое обстоятельство.

Вообще, надо сказать об удивительной небрежности законодателя. Так, например, несмотря на то, что всего со времени принятия Закона о ТОО в него были внесены изменения и дополнения двадцатью законами, до сих пор в нем остался пункт 6 ст. 67, в котором сделаны ссылки на статью 9, которая устанавливала максимальное число участников ТОО. Однако эта статья была исключена из Закона еще 16 мая 2003 г.!

2. Пункт 2 ст. 59 ГК дополнен частью третьей следующего содержания: *«В случае, когда стороной договора отчуждения (уступки) права выбывающего участника на долю в имуществе (уставном капитале) товарищества или ее части является физическое лицо, то подлинность подписи физического лица подлежит нотариальному засвидетельствованию».*

А вот здесь становится интересно. Наверняка многим известен наш спор с А.Г. Диденко и Е.В. Нестеровой, которые утверждали, что в случае, если такая доля (ее часть) была приобретена во время нахождения в браке, согласия супруги (супруга) на ее отчуждение не требуется. Позже эта позиция нашла свое отражение в нормативном постановлении Верховного Суда РК № 2 от 10 июля 2008 г. При этом делались ссылки на часть первую п. 3 ст. 220 ГК РК, и совсем не обращалось внимания на часть вторую этого пункта. Об этом мы писали в журнале «ЮРИСТ» /1/.

Теперь придется обращать внимание. Вот каково ее содержание: *«При совершении сделок, требующих нотариального удостоверения или государственной регистрации, согласие других участников совместной собственности на совершение сделки должно быть подтверждено в нотариальном порядке».*

Любопытно при этом, каким нормативным правовым актом будут руководствоваться суды при разрешении споров, когда одним из супругов будет оспариваться действительность заключения сделки по отчуждению доли (ее части) без его нотариально удостоверенного согласия? Нормативным постановлением ВС или ГК? Закон о НПА ответа на этот вопрос не дает.

3. Часть вторая п. 2 ст. 59 ГК изложена в следующей редакции:

*«Участник хозяйственного товарищества имеет право закладывать и (или) продавать свою долю или ее часть в имуществе (уставном капитале) товарищества, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Казахстан или учредительными документами».*

Здесь имеет место, скорее, техническая корректировка правовой нормы. Однако, во-первых, и ранее союз «и» давал участнику право выбора: как продать долю, так и заложить ее. Во-вторых, право на отчуждение части доли предусматривалось Законом о ТОО.

4. Значительным изменениям подверглась статья 17 Закона о ТОО:

а) исключена часть вторая п. 1 следующего содержания:

*«При государственной регистрации товарищества его устав рассматривается в качестве учредительного документа»;*

б) исключены пункты 4 и 5 следующего содержания:

*«4. Устав товарищества подлежит нотариальному удостоверению, за исключением устава товарищества с ограниченной ответственностью, являющегося субъектом малого предпринимательства.»*

5. Экземпляры устава товарищества, а также всех документов о его последующих изменениях, нотариально удостоверенные в случаях, предусмотренных законами Республики Казахстан, хранятся в органе, осуществившем государственную регистрацию товарищества.

*Все заинтересованные лица вправе ознакомиться с уставом товарищества».*

Здесь обратим внимание на три момента:

а) исключение требования о нотариальном удостоверении устава товарищества корреспондируется с поправками, внесенными в ст. 58 ГК РК;

б) исключение нормы о хранении экземпляров устава, а также всех документов о его последующих изменениях в регистрирующем органе корреспондируется с поправками, внесенными в ст. 19 Закона о ТОО (об этом ниже);

в) исключение из Закона о ТОО нормы о возможности ознакомления с уставом товарищества любыми заинтересованными лицами не лишает их такого права, поскольку оно закреплено пунктом 7 ст. 41 ГК РК следующего содержания: *«Все заинтересованные лица вправе ознакомиться с уставом юридического лица».*

Поскольку данная норма расположена в подпараграфе «Юридические лица. Общие положения», то она распространяется на юридические лица всех организационно-правовых форм.

5. Из Закона о ТОО исключены пункты 2 и 3 ст. 18 следующего содержания:

*«2. Товарищество обязано в течение месяца известить об изменении устава орган, осуществивший государственную регистрацию товарищества. По истечении этого срока любое заинтересованное лицо вправе требовать в судебном порядке внесения в государственный регистр юридических лиц изменений, соответствующих изменениям устава.*

*3. В отношениях с третьими лицами товарищество и его участники вправе ссылаться на изменения устава товарищества по истечении пятнадцати дней с момента получения органом, осуществившим государственную регистрацию товарищества, извещения, предусмотренного пунктом 2 настоящей статьи, либо с момента внесения изменений в государственный регистр юридических лиц на основании решения суда. Однако третьи лица вправе действовать с учетом этих изменений и до наступления указанных обстоятельств и сроков».*

Это вызвано тем, что комментируемым законом из Кодекса исключена часть третья п. 6 ст. 42 следующего содержания: *«В случае внесения других изменений и дополнений в учредительные документы юридическое лицо извещает об этом регистрирующий орган в месячный срок».*

6. Из Закона о ТОО исключены подпункт 2) п. 4 и подпункт 2) п. 4-1 ст. 19, которыми предусматривалось, что при регистрации ТОО в реги-

стрирующий орган, помимо иных документов, должен быть представлен устав товарищества.

Таким образом, его представления в регистрирующий орган отныне не требуется.

7. Из Закона о ТОО исключено такое основание для отказа в государственной регистрации ТОО, как несоответствие содержания устава товарищества требованиям законодательных актов.

И в этой связи всё вышеописанное нами обретает логическое завершение:

а) для государственной регистрации ТОО представления в регистрирующий орган устава не требуется;

б) в случае внесения в учредительные документы ТОО каких-либо изменений об этом не требуется извещать регистрирующий орган;

в) в обязанности регистрирующего органа не входит хранение учредительных документов зарегистрированных товариществ;

г) в функции регистрирующего органа не входит проверка устава на его соответствие законодательству.

Выводы:

Нам представляется, что данные новеллы, привнесенные Законом РК от 24 декабря 2012 г. № 60-V, будут порождать на практике спорные ситуации с определением действительного правового статуса конкретного ТОО. Ранее действовавший порядок государственной регистрации предполагал определенную стабильность в этом вопросе, устанавливал публичность устава (возможность для заинтересованных лиц истребовать его от регистрирующего органа, публичность при внесении в него изменений и дополнений и т.д.).

Ситуация осложняется тем, что комментируемый Закон содержит целый ряд положений, связанных с правовым статусом ТОО, которые сконструированы диспозитивно. То есть они дают возможность участникам товарищества урегулировать в учредительных документах те или иные вопросы иначе, чем это предусмотрено Законом. Таких норм, содержащих отсылки к учредительным документам, в Законе мы насчитали более семидесяти.

Более того, думаем, что эти нововведения могут негативно повлиять на стабильность делового оборота в целом.

Так, например, пункт 11 ст. 159 ГК предусматривает такое основание для признания сделки недействительной, как нарушение органом юридического лица своей компетенции. Речь идет, в том числе, о выходе органом юридического лица за пределы своих полномочий. Однако это возможно, если будет доказано, что другая сторона в сделке знала или должна была знать о таких нарушениях.

В этом вопросе следует иметь в виду следующее. Ограничения компетенции органа юридического лица (как правило, это исполнительный орган) могут быть как очевидными, так и неочевидными.

В первом случае речь идет об ограничениях, установленных законодательством. В этом отношении с акционерными обществами проблем меньше. Там есть понятия «крупная сделка», «сделка с заинтересованностью», где в силу закона подключается совет директоров. В Законе же о ТОО таких понятий нет.

На практике нередки случаи, когда полномочия исполнительного органа ограничиваются уставом. Например, в него включаются такие положения, как «директор вправе заключить сделку на сумму, превышающую <...> тенге, лишь с предварительного одобрения общим собранием участников». Возможны различные варианты, смысл остается тем же.

Такое ограничение компетенции является неочевидным. Поэтому с точки зрения нормального делового подхода, прежде чем вступить в договорные отношения, целесообразно ознакомиться с уставом контрагента.

Однако в нынешней ситуации, когда устав утратил признак публичности, что может помешать недобросовестным участникам ТОО применительно к той или иной ситуации вносить в него изменения «задним числом» с целью увода своего товарищества от ответственности?

Поэтому, подводя общий итог, отметим, что мы негативно относимся к поправкам, внесенным в законодательство комментируемым Законом, и прогнозируем возникновение в ближайшее время большого числа споров с участием субъектов предпринимательских отношений.

**Ссылки:**

1. Климкин С.И. Комментарий к нормативному постановлению Верховного Суда Республики Казахстан № 2 от 10 июля 2008 г. «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» // ЮРИСТ, 2009, № 7.

## **ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННЫХ КООПЕРАТИВОВ**

**Опубликовано:**

*Zakon.kz*, 6 ноября 2017 г.

Правовое положение сельскохозяйственного кооператива определяется Законом РК от 29 октября 2015 г. № 372-V «О сельскохозяйственных кооперативах». При этом его статус довольно противоречив.

Так, пунктом 5 ст. 96 ГК РК установлено, что правовое положение сельскохозяйственного кооператива, образуемого в форме производствен-



ного кооператива, а также правовое положение, права и обязанности его членов определяются настоящим Кодексом и иными законами Республики Казахстан, за исключением случаев, предусмотренных Законом Республики Казахстан «О сельскохозяйственных кооперативах».

Однако пунктом 2 ст. 2-1 Закона РК от 05 октября 1995 г. «О производственном кооперативе» установлено, что действие настоящего Закона не распространяется на отношения по регулированию правового положения сельскохозяйственного кооператива, образуемого в форме производственного кооператива, а также правового положения, прав и обязанностей его членов, которые определяются Законом Республики Казахстан «О сельскохозяйственных кооперативах».

Таким образом, с одной стороны, законодательство устанавливает, что сельскохозяйственный кооператив создается и действует в форме производственного кооператива. С другой – не допускает применение к сельскохозяйственным кооперативам норм Закона о производственном кооперативе.

Еще большую сумятицу в этот вопрос вносит пункт 4 ст. 5 Закона о сельскохозяйственных кооперативах, согласно которому фирменное наименование сельскохозяйственного кооператива должно включать в себя его название с указанием слов «сельскохозяйственный производственный кооператив» или аббревиатуры «СПК».

Другая проблема связана с введением в действие Закона о сельскохозяйственных кооперативах.

Так, со дня введения его в действие с 1 января 2016 г. утратили силу следующие Законы РК:

– от 21 июля 1999 г. «О сельской потребительской кооперации в Республике Казахстан»;

– от 25 декабря 2000 г. «О сельскохозяйственных товариществах и их ассоциациях (союзах)»;

– от 8 апреля 2003 г. «О сельском потребительском кооперативе водопользователей».

Также установлено, что сельские потребительские кооперативы, сельские потребительские кооперативы водопользователей, сельскохозяйственные товарищества обязаны пройти процедуру реорганизации или ликвидации в соответствии с законодательством Республики Казахстан. При невыполнении указанных требований по истечении одного года с момента вступления в силу настоящего Закона указанные кооперативы подлежат ликвидации по решению суда.

При этом в Законе не указано, в какой форме должна быть произведена реорганизация. Вероятно, разработчики этого Закона и законодатель оставили этот вопрос на домысливание членам (участникам) и руководителям указанных юридических лиц, а также регистрирующим органам.

Однако очевидно, что в какой бы форме такая реорганизация не предполагалась, она не может быть осуществлена с сохранением или появлением (последнее – при реорганизации в форме разделения, выделения или слияния) юридических лиц названных организационно-правовых форм.

Иными словами, в связи с отменой названных Законов сельские потребительские кооперативы, сельскохозяйственные товарищества и сельские потребительские кооперативы водопользователей были исключены из перечня организационно-правовых форм юридических лиц.

Остается преобразование. Но в юридическое лицо какой организационно-правовой формы? Здесь мне видятся лишь два варианта: в «просто потребительский кооператив» или сельскохозяйственный кооператив (но не в религиозное объединение, политическую партию, автономную организацию образования, кооператив собственников квартир или нотариальную палату же?). Но оба варианта также порочны.

Возможность преобразования в «просто потребительский кооператив» не противоречит законодательству, но показывает ущербность самой системы некоммерческих организаций.

Напомним, что в отличие от закрытого Гражданским кодексом перечня коммерческих организаций, перечень форм некоммерческих организаций является «приоткрытым» для иных законодательных актов (ст. 34 ГК РК). Закон от 16 января 2001 г. № 142-ІІ «О некоммерческих организациях» также его «закрывает» не стал.

Данное обстоятельство вызывает заслуженные нарекания не только со стороны цивилистов, но теоретиков права, поскольку дает возможность для придумывания и принятия отдельных законов специально для конкретных юридических лиц (например, «Назарбаев Университет», «Национальная палата предпринимателей Республики Казахстан»).

Еще сложнее вопрос с возможностью преобразования сельских потребительских кооперативов, сельских потребительских кооперативов водопользователей и сельскохозяйственных товариществ в сельскохозяйственные кооперативы.

Ответ, казалось бы, «на поверхности»: поскольку законы об указанных формах юридических лиц поставлены на отмену в связи с принятием Закона о сельскохозяйственных кооперативах, то в юридическое лицо этой организационно-правовой формы им и надлежит преобразоваться.

Но не все так просто, поскольку мы упираемся в вопрос о самой возможности преобразования некоммерческих юридических лиц в коммерческие. Сторонники идеи возможности такого преобразования обычно выдвигают тезис: в гражданском праве, в отличие от административного и уголовного, действует принцип «разрешено всё, что не запрещено». И поскольку прямого запрета на преобразование некоммерческой организации

в коммерческую гражданское законодательство не содержит, значит такое преобразование возможно.

Однако, на наш взгляд, указанный подход к основам законодательного регулирования правоотношений ущербен. Ведь помимо метода прямого запрета (императива) и принципа собственно свободы гражданских правоотношений (на примере регулирования договоров) существуют и менее категоричные способы регулирования, например, через предписание. Так, частью первой п. 1 ст. 19 Закона «О некоммерческих организациях» установлено, что некоммерческая организация может быть создана путем ее образования, а также в результате реорганизации существующей некоммерческой организации.

Однако ни один из Законов Республики Казахстан, непосредственно посвященных организационно-правовым формам коммерческих организаций (а их немного: от 1 марта 2011 г. № 413-IV «О государственном имуществе», от 2 мая 1995 г. № 2255 «О хозяйственных товариществах», от 22 апреля 1998 г. № 220-I «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», от 13 мая 2003 г. № 415-II «Об акционерных обществах» и от 5 октября 1995 г. № 2486 «О производственном кооперативе»), не допускает возможности создания коммерческой организации путем преобразования в нее некоммерческой организации.

Иначе говоря, такого дозволения нет.

Подводя итог настоящему краткому исследованию правового положения сельскохозяйственных кооперативов, отметим, что разработчики данного Закона не вполне деликатно нарушили целостность системы организационно-правовых форм коммерческих юридических лиц, которой справедливо гордятся ее создатели – авторы Гражданского кодекса Республики Казахстан.

## **ТОВАРИЩЕСТВО С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ: ЧЕМ ДАЛЬШЕ, ТЕМ МЕНЬШЕ И ХУЖЕ (ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ АКЦИОНЕРНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ТОО)**

*Опубликовано:*

*Zakon.kz, 28 февраля 2018 г.;*

*Zanger, 2018, № 4*

1. Представляется, что я выбрал оригинальное название для статьи. Нужно только пояснить, куда «дальше» и почему из-за этого становится «меньше» и «хуже».

«Дальше» – это о развитии нашего корпоративного законодательства. При этом развитие (диалектика) не обязательно влечет его улучшение.

«Меньше» – о том, что с его развитием продолжается стирание границ между правовыми положениями товариществ с ограниченной ответственностью и акционерными обществами. В результате этого от ТОО (каким оно должно быть в нашем понимании) остается все меньше и меньше.

В 2011 году мы в очередной раз обращались к этому вопросу /1/.

С тех пор в Закон РК «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» был внесен ряд изменений и дополнений (всего же со дня его принятия он изменялся 28 Законами). Некоторые из них напрямую направлены на дальнейшее сближение ТОО и АО.

2. Благодаря Закону РК от 28 декабря 2011 г. № 524-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам регулирования банковской деятельности и финансовых организаций в части минимизации рисков» в Законе о ТОО появилось понятие «аффилированное лицо».

Этот термин используется в целом ряде законодательных актов, например, в Законах «Об акционерных обществах», «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан», «О страховой деятельности», «О государственных закупках», «О пенсионном обеспечении в Республике Казахстан» и др.

В этой связи Ю.Г. Басин в свое время даже предлагал ввести это понятие в Гражданский кодекс для его однозначного использования в иных актах законодательства.

Закон об АО содержит нормы о сделках, совершаемых обществом, непосредственно связанных с аффилированными лицами (ст. 66 «Особенности совершения сделок с участием аффилированных лиц», ст. 71 «Заинтересованность в совершении обществом сделки»). В соответствии с подпунктом 19) п. 2 ст. 53 этого Закона, принятие решения о заключении крупных сделок и сделок, в совершении которых обществом имеется заинтересованность, отнесено к компетенции совета директоров общества.

В Закон же о ТОО этот термин был включен в целях применения в отношении ТОО требований банковского законодательства о нормативных значениях и методике расчетов пруденциальных нормативов для банков второго уровня. При этом на тот момент Закон о ТОО не содержал положений, подобных имеющимся в Законе об АО, поэтому введение в него понятия «аффилированные лица» не затрагивало каких-либо внутрикорпоративных отношений в товариществе.

3. Поправки были внесены Законом РК от 29 марта 2016 г. № 479-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам сокращения разрешительных документов и упрощения разрешительных процедур». Отметим, что проект этого закона вызывал серьезные и обоснованные нарекания со стороны Национальной палаты предпринимателей РК «Атамекен».

Так, статья 29 Закона о ТОО дополнена пунктом 2-1, который заслуживает того, чтобы остановиться на нем подробнее.

Согласно части первой пункта 2-1 ст. 29 Закона о ТОО, лицо, самостоятельно или совместно со своими аффилированными лицами имеющее намерение приобрести в совокупности пятьдесят и более процентов долей участия в уставном капитале товарищества, направляет извещение всем участникам товарищества о своем намерении.

Какова правовая природа такого «извещения», и следует ли его рассматривать в качестве оферты, или это предложение делать оферты?

В соответствии с пунктом 1 ст. 395 ГК РК, офертой признается предложение о заключении договора, сделанное одному или нескольким конкретным лицам, если оно достаточно определено и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя связанным в случае его принятия (акцепта). Предложение считается достаточно определенным, если в нем указаны существенные условия договора или порядок их определения.

Оставим за пределами настоящего анализа редакционную небрежность конструкции данной нормы и «корявость» самой дефиниции оферты (попытка раскрыть оценочное понятие «достаточно определено» через категоричное «существенные условия», что влечет утрату свойства оценочности этого понятия) и рассмотрим вопрос по существу.

Требования к содержанию такого извещения (что делает эти условия существенными) раскрываются в части второй пункта 2-1 ст. 29 Закона о ТОО:

- оно должно содержать информацию о лице и его аффилированных лицах, которые имеют намерение приобрести в совокупности пятьдесят и более процентов долей участия в уставном капитале,
- о предлагаемой цене приобретения долей.

Возникает вопрос: чем вызвана необходимость указывать в этом извещении информацию о его отправителе и аффилированных с ним лицах (кстати, может возникнуть вопрос о порядке определения такой аффилированности в конкретной ситуации), и что эта информация должна в себя включать?

Еще вопрос: Можно ли считать офертой предложение, не содержащее четкого указания на предмет предполагаемой сделки? Ведь если считать, что предметом предполагаемой сделки является «пятьдесят и более процентов долей участия в уставном капитале товарищества», то очевидно, что обладателем такой доли может быть только одно лицо (либо два лица, если их доли составляют по 50%, и в таком случае в товариществе их всего двое). Это, в свою очередь, означает, что такое предложение не может быть результативно адресовано «всем участникам товарищества».

К чему тогда в обращении такой коллективизм? Зачем Закон требует

обращаться к участникам, которые априори не могут положительно отреагировать на это предложение в связи с объективным отсутствием у них предмета возможной сделки?

В результате этих рассуждений получается, что предмет предполагаемой сделки как ее существенное условие может считаться определенным только в случае направления извещения конкретному участнику, обладающему пятьюдесятью и более процентами долей участия в уставном капитале товарищества (либо конкретным двум участникам, если их доли в уставном капитале по 50%). В отношении иных участников это извещение не обладает юридической силой.

Третий вопрос вытекает из части третьей пункта 2-1 ст. 29 Закона о ТОО: «При этом предлагаемая цена должна быть не ниже цены, которая была в извещении о намерении приобретения».

О какой цене идет речь? О предлагаемой цене приобретения долей, указанной в извещении, или о цене, по которой участники готовы реализовать свои доли? Конструкция этой нормы такова, что напрашивается второй вариант ответа. Но в таком случае слова «при этом» уж совсем не к месту.

Содержание части четвертой пункта 2-1 ст. 29 Закона о ТОО («Срок ответа на извещение о намерении участниками товарищества должен быть не менее тридцати дней») вызывает ощущение, что в этом предложении что-то не договорено. Однако желания додумывать-домысливать за разработчиков у нас нет.

4. Но отсутствие желания что-либо додумывать за разработчиков совсем не означает, что этого делать не нужно. Нужно, хотя бы потому, что этого требует название настоящей публикации.

Обратимся к статье 25 Закона об АО, которая, очевидно, и послужила образцом для копирования и переноса в Закон о ТОО.

Однако применительно к акционерным обществам смысл и цель такого уведомления понятны: это и защита интересов миноритарных акционеров, и обеспечение прозрачности процедуры скупки акций и их принадлежности. Правлением Национального Банка РК 13 февраля 2012 г. даже принято Постановление № 29 «О порядке направления уведомления о намерении приобретения на вторичном рынке ценных бумаг тридцати или более процентов голосующих акций общества либо иного количества голосующих акций, в результате приобретения которого лицу самостоятельно или совместно с его аффилированными лицами будет принадлежать тридцать или более процентов голосующих акций общества».

Определены и последствия нарушения этой процедуры.

В случае же с ТОО мы видим лишь бездумно и небрежно вырванный из Закона об АО «кусочек» текста.

5. Пункт 2 ст. 43 Закона о ТОО дополнен подпунктом 13), и теперь к исключительной компетенции общего собрания участников отнесено при-

нятие решений об одобрении заключения товариществом с ограниченной ответственностью сделки или совокупности взаимосвязанных между собой сделок, в результате которой (которых) товариществом отчуждается (может быть отчуждено) имущество, стоимость которого составляет пятьдесят один и более процентов от общего размера балансовой стоимости активов товарищества с ограниченной ответственностью.

Здесь же отметим, что этим Законом (от 29 марта 2016 г. № 479-V) внесены поправки в Закон об АО, в том числе пункт 1 статьи 36 дополнен подпунктом 17-1) следующего содержания (в редакции Закона РК от 27.02.17 г. № 49-VI):

«17-1) принятие решения о заключении обществом крупной сделки, в результате которой (которых) обществом отчуждается (может быть отчуждено) имущество, стоимость которого составляет пятьдесят и более процентов от общего размера балансовой стоимости активов акционерного общества на дату принятия решения о сделке, в результате которой (которых) отчуждается (может быть отчуждено) пятьдесят и более процентов».

Прокомментировать данную норму мы предложим специалистам в области акционерного права, хотя пороки юридической техники видны и без сколько-нибудь серьезного анализа.

Нам же важен тот факт, что концепции внесенных в этой части поправок в Закон о ТОО и Закон об АО аналогичны.

Однако разработчики, по нашему мнению, не учли того факта, что организационно-правовая форма акционерного общества в значительной степени призвана обслуживать более-менее крупный бизнес в отличие от товариществ с ограниченной ответственностью, чье предназначение с оговоркой «в основном» – малое предпринимательство. Неслучайно, начиная с 1997 года, законодательством планомерно снижались требования к минимальному размеру уставного капитала ТОО и доведены до «нулевого уровня».

В этой связи 51% (кстати, почему не «более пятидесяти»?) от общего размера балансовой стоимости активов товарищества может в абсолютном выражении составлять крайне незначительную величину, особенно на этапе становления и развития товарищества. Отнесение же к исключительной компетенции общего собрания участников принятия решения об одобрении заключения товариществом сделок (или их совокупности) на указанную величину потребует каждый раз созыва общего собрания участников.

Особо отметим, что в соответствии с частью второй пункта 3 ст. 43 Закона о ТОО, общее собрание вправе, если иное не установлено уставом товарищества, делегировать полномочия, не относящиеся к его исключительной компетенции, исполнительному органу или наблюдательному совету товарищества.

Это означает, что решение вопросов, отнесенных к исключительной компетенции общего собрания, нижестоящим органам товарищества делегировано быть не может.

Возможные последствия превышения нижестоящими органами своей компетенции предусмотрены пунктом 11 ст. 159 ГК РК.

6. Что же осталось от товарищества с ограниченной ответственностью, принципиально отличающего его от акционерного общества, в результате этих имплементаций?

Нам видятся лишь три позиции:

– необходимость перерегистрации ТОО в случае изменения состава участников, за исключением товариществ, заключивших договор на ведение реестра участников с регистратором (пункт 6 ст. 42 ГК РК);

– наличие у участников права преимущественной покупки при продаже доли (ее части) третьим лицам (ст. 80 ГК РК, ст. 31 Закона о ТОО);

– возможность обращения взыскания на долю в уставном капитале по личным обязательствам участника ТОО (ст. 83 ГК РК, ст. 37 Закона о ТОО).

#### **Ссылки:**

1. См.: Климкин С.И. *Корпорации и корпоративное право в Казахстане: что включают в себя эти понятия* // ЮРИСТ, 2011, № 7; также: Климкин С.И. *Товарищество с ограниченной ответственностью: Комментарий к Закону Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года. 2-е изд.* – Алматы: ЮРИСТ, 2016.

## **КОММЕНТАРИЙ К НОРМАТИВНОМУ ПОСТАНОВЛЕНИЮ ВЕРХОВНОГО СУДА РК ОТ 29 ИЮНЯ 2018 Г. № 11 «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В НОРМАТИВНОЕ ПОСТАНОВЛЕНИЕ ВЕРХОВНОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОТ 10 ИЮЛЯ 2008 ГОДА № 2 «О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ТОВАРИЩЕСТВАХ С ОГРАНИЧЕННОЙ И ДОПОЛНИТЕЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ»**

**Опубликовано:**

*Zakon.kz,*

*30 июля 2018 г., 6 августа 2018 г.,*

*20 августа 2018 г., 9 августа 2018 г.*

#### **Введение.**

Настоящим мы начинаем серию публикаций, посвященных комментированию нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 29 июня 2018 года № 11 «О внесении изменений и дополнений



в нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (далее также – нормативное постановление, постановление).

Несмотря на то, что указанное постановление было принято 29 июня 2018 г., в «Казахстанской правде» оно было опубликовано лишь 23 июля 2018 г. Анонс же этого и других нормативных постановлений ВС РК был сделан zakon.kz. сразу же, т.е. 29 июня 2018 г. (см. материал «Участники заседания Верховного Суда проголосовали за нормативные постановления»).

При этом ссылка на его проект уже делалась нами в материале «Право на арбитражную защиту» (zakon.kz, 12 апреля 2018 г.), в котором нами уважительно оценивалось положение, содержащееся в проекте, закрепляющее, в том числе, арбитражное рассмотрение корпоративных споров.

Это уже третьи по счету консолидированные поправки в нормативное постановление ВС РК от 10 июля 2008 г. № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (изменения и дополнения вносились нормативными постановлениями ВС РК от 25.06.10 г. № 3 и от 31.03.17 г. № 2).

### **Новое в принудительном выкупе у участника доли в уставном капитале ТОО.**

1. Принудительному выкупу у участника доли в уставном капитале ТОО в постановлении уделено самое серьезное внимание. Данное обстоятельство уже подвигло некоторых моих коллег на заявления, что речь идет о поощрении в Казахстане рейдерства.

Мы же предлагаем не торопиться с такого рода выводами и не спеша проанализировать данный вопрос.

А он, действительно, крайне важен с практической стороны и интересен с точки зрения его детального правового осмысления.

2. Сама постановка вопроса о принудительном выкупе доли в уставном капитале ТОО – далеко не новелла в отечественном законодательстве, и он был нами рассмотрен еще в брошюре «Выбытие участника из хозяйственного товарищества» (Алматы: Высшая школа права «Әділет», ӘділетПресс, 1996).

Что же касается его нормативного регулирования, то в первом нормативном правовом акте, посвященном правовому положению этой организационно-правовой формы юридического лица, – Положении «Об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью», утвержденном Постановлением Совета Министров СССР № 590 от 19 июня 1990 г., предусматривалось, что участник общества, систематически не выполняющий или ненадлежащим образом исполняющий обязанности либо препятствующий своими действиями достижению целей

общества, может быть исключен из общества на основе единогласно принятого решения собрания участников общества. При этом участник (его представитель) в голосовании не участвует (п. 81 Положения).

3. Закон Казахской ССР от 21 июня 1991 г. «О хозяйственных товариществах и акционерных обществах» возможности исключения участника ТОО не предусматривал.

4. Соответствующая возможность была допущена ГК РК (Общая часть) от 27 декабря 1994 г., и в первоначальной редакции Кодекса была оформлена следующим образом: *«Статья 82. Исключение участника из товарищества с ограниченной ответственностью.»*

*Исключение участника из товарищества с ограниченной ответственностью производится в судебном порядке на основании заявления органа товарищества».*

Такой подход разработчиков и законодателя позволил нам в статье «Может ли наемный работник «уволить» своего хозяина?» (Экспресс К., 16 марта 1995 г.) утверждать: «Следовательно, директор, который является исполнительным органом, вправе требовать по суду исключения участника. Может ли наемный труженик (а только так нужно рассматривать фигуру директора) вообще поднимать вопрос об отставке своего «хозяина»? Думается, что такой важный нормативный акт просто не имеет «морального права» содержать в себе столь юридически некорректные нормы».

5. Отметим, что пунктом 11 Постановления Верховного Совета РК «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (общая часть)» от 27 декабря 1994 г. Кабинету Министров РК поручалось до 1 октября 1995 г. разработать и представить в установленном порядке, в том числе, проект закона о хозяйственных товариществах.

В первоначальной редакции Указ Президента РК, и.с.з., от 02 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах» решал этот вопрос более корректно, чем ГК:

*«Статья 46. Исключение участника из товарищества с ограниченной ответственностью.»*

1. *Исключение участника из товарищества с ограниченной ответственностью производится по заявлению органа товарищества в судебном порядке на основании решения общего собрания участников, принятого единогласно. При этом исключаемый участник в голосовании не участвует.*

2. *Исключение участника из товарищества с ограниченной ответственностью допускается только в случае, указанном в пункте 7 статьи 11 настоящего Указа.*

3. *Исключение участника из товарищества с ограниченной ответственностью производится в порядке, предусмотренном статьей 19 настоящего Указа».*

В свою очередь, пункт 7 ст. 11 Указа предусматривал, что при невыполнении участником товарищества своих обязанностей, предусмотренных настоящим Указом, другими законодательными актами и учредительными документами, вызвавшем причинение вреда товариществу или его участникам, другие участники вправе требовать от такого участника возмещения вреда, а при причинении существенного вреда его исключения из товарищества в судебном порядке.

Пунктом 1 ст. 19 Указа устанавливалось, что участники товарищества вправе требовать в судебном порядке исключения одного или нескольких участников из товарищества по единогласному решению остающихся участников и при наличии к тому уважительных причин, в частности, грубого нарушения им (ими) своих обязанностей или обнаружившейся неспособности к разумному ведению дел.

6. Критикуя в указанной работе 1996 г. «Выбытие участника из хозяйственного товарищества» использование термина «исключение», мы отмечали, что товарищество – не комсомол и не профсоюз. И если исключение из общественного объединения, то есть лишение членства, не порождает никаких имущественных обязательств у этой организации, то исключение участника из товарищества налагает на последнее обязанность выплаты стоимости части имущества пропорционально размеру вклада этого участника в уставный фонд, а также часть прибыли, полученной товариществом в этом же году. Здесь, все же, нужно иметь в виду, что из стоимости части имущества, выплачиваемой в этом случае участнику, могут быть взысканы все убытки, причиненные им товариществу, а в случае их превышения над стоимостью части имущества, недостающая часть убытков взыскивается из иного имущества участника. Таким образом, при исключении участника товарищество, если говорить языком гражданского права, принудительно выкупает его долю. И в этом заключается коренное отличие исключения участника из товарищества от исключения члена из общественного объединения. Так чем же объяснить использование одного и того же термина к ситуациям, порождающим различные правовые последствия? В этой связи думается, что вместо термина «исключение» должно использоваться иное, более приемлемое выражение, например, «принудительный выкуп доли участника» (С. 17 указ. соч.).

7. Законом РК от 02 марта 1998 г. № 211-1 статья 82 ГК РК (Общая часть) была изложена в действующей редакции: *«При нарушении участником товарищества с ограниченной ответственностью своих обязанностей перед товариществом, установленных законодательными актами или учредительными документами, товарищество в соответствии с решением общего собрания вправе по суду требовать принудительного выкупа доли такого участника по цене, определенной соглашением товарищества с участником. При недостижении соглашения цена принудительно выкупаемой доли устанавливается судом».*

8. Действующая редакция Закона РК от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» регулирует данный вопрос так: *«Статья 34. Принудительный выкуп доли у участника товарищества с ограниченной ответственностью».*

1. При причинении участником товарищества с ограниченной ответственностью вреда товариществу или его участникам, они вправе требовать от причинителя возмещения вреда.

2. При причинении существенного вреда товарищество с ограниченной ответственностью, помимо требования о возмещении вреда и постановки вопроса о принудительном выкупе товариществом доли виновного участника, причинившего вред, вправе также требовать выбытия его из числа участников.

3. Принудительный выкуп доли производится в судебном порядке.

Принудительный выкуп доли у участника товарищества с ограниченной ответственностью осуществляется по рыночной цене, определенной независимым оценщиком, отвечающим требованиям, установленным уполномоченным органом, осуществляющим государственное регулирование в области оценочной деятельности на основании международных стандартов.

9. Таким образом, в настоящее время вопрос о принудительном выкупе у участника доли в уставном капитале ТОО регулируется двумя указанными нормативными правовыми актами, причем по-разному.

В этой связи Верховный Суд РК в комментируемом нормативном постановлении, по нашему мнению, принял целесообразное (я долго подбирал прилагательное) решение при истолковании этих положений:

– он не стал противопоставлять их, оценивая юридические силы этих НПА;

– признал указанные обстоятельства равносильными и самостоятельными для наступления соответствующих последствий.

Таким образом, их два:

при причинении участником существенного вреда товариществу или его участникам (пункты 2, 3 статьи 34, подпункт 9) пункта 2 статьи 43 Закона о ТОО);

при нарушении участником своих обязанностей перед товариществом, установленных законодательными актами или учредительными документами (статья 82 ГК).

Но при этом, говоря о втором основании на примере неучастия в работе общих собраний, Верховный Суд, все равно, возвращается к причинению таким нарушением существенного вреда товариществу или иным негативным последствиям для него.

10. Процедурная сторона принудительного выкупа доли осталась неизменной. Это означает, что даже на повторном общем собрании участников

ТОО не может быть принято решение о принудительном выкупе доли (долей) у участника (участников), обладающего (обладающих в совокупности) более 50% голосов, при его (их) отсутствии на собрании.

11. К сожалению, по ряду позиций вопросы остались. Часть из них изложена в нашем Комментарии к Закону РК «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (Алматы: ЮРИСТ, 2-е изд., 2016 г.). Но появились и другие, например:

– правоведам следует порассуждать над законностью возложения учредительными документами товарищества на участника обязанности участия в управлении делами товарищества (пункт 2 статьи 12 Закона о ТОО), тогда как подпунктом 1) п. 1 ст. 11 Закона о ТОО участие в управлении делами товарищества в порядке, предусмотренном настоящим Законом и уставом товарищества, отнесено к правам участника ТОО;

– представляется не вполне логичным следующее положение ГК и постановления: «...по цене, определенной соглашением товарищества с участником». Как может быть определена цена в соглашении, если нет самого соглашения о выкупе? С другой стороны, если стороны договорились о цене, значит достигнуто само соглашение (при отсутствии разногласий по иным существенным условиям). Но в таком случае это не принудительный выкуп, а добровольная продажа доли;

– создана очевидная проблема при системном толковании двух следующих предложений, содержащихся в пункте 5 обновленной редакции нормативного постановления ВС РК от 10 июля 2008 г. № 2:

*«Участник товарищества, чья доля выкупается в принудительном порядке, вправе оспорить такое решение общего собрания только по основаниям нарушения процедуры созыва и порядка проведения общего собрания. Доводы участника товарищества о несогласии с основаниями выкупа доли подлежат оценке при рассмотрении иска товарищества о принудительном выкупе доли».*

Возникают вопросы:

1) Первое предложение означает, что доводы не согласного по существу с решением ОСУ участника не могут быть положены в основу решения суда (арбитража). Оно может быть оспорено, т.е. его результаты признаны недействительными только по формальным основаниям (п. 13 настоящего Постановления).

2) Как же быть со вторым предложением? Ведь заявление таким участником доводов о несогласии с решением ОСУ по существу и предполагает оспаривание такого решения (например, недоказанность наличия факта нарушения обязанностей или размера убытков и их существенности).

В этой связи в первом из приведенных предложений слово «только» подлежит исключению. Логика будет восстановлена;

– не удалось избежать и технических огрехов. Так, в последнем абзаце (пишу так, чтобы читатель не утруждал себя подсчетами) указанного пункта 5 использованы слова «(по аналогии с пунктом 3 статьи 34 Закона)». О какой же аналогии может идти речь, если непосредственным объектом толкования является сама эта норма Закона о ТОО?

### **Новое в преимущественном праве покупки доли в уставном капитале ТОО.**

1. Собственно, ничего принципиально нового в вопросе о преимущественном праве покупки доли в ТОО комментируемое нормативное постановление не привнесло. За исключением очевидного «ляпа», но об этом – в конце материала.

Таким образом, остаются актуальными наши прежние публикации по этому вопросу (см.: Комментарий к нормативному постановлению Верховного Суда Республики Казахстан № 2 от 10 июля 2008 г. «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» // ЮРИСТ, 2009, № 7; Вопросы права преимущественной покупки доли в уставном капитале ТОО // ЮРИСТ, 2009, № 12; «Подводные камни» права преимущественной покупки доли в уставном капитале ТОО // Предприниматель и право, 2009, № 22; Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Казахстан. Статья 80 // ЮРИСТ, 2012, № 4; Товарищество с ограниченной ответственностью: Комментарий к Закону Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года. 2-е издание. – Алматы: ЮРИСТ, 2016).

2. Представляется, что Верховному Суду РК вновь не удалось верно истолковать содержание права преимущественной покупки доли в уставном капитале товарищества.

Проанализируем алгоритм его реализации в свете обновленного нормативного постановления от 10 июля 2008 г. № 2 (абзац первый пункта 8 постановления), учитывая то обстоятельство, что нормы самого Закона о ТОО далеки от совершенства, и Верховный Суд связан его положениями:

а) участник, желающий возмездно уступить свою долю в уставном капитале, сначала должен предложить ее другим участникам и самому ТОО с указанием условий возможной сделки;

б) если другие участники и само ТОО отказались от приобретения доли (ее части) на предложенных условиях, участник вправе уступить ее третьим лицам;

в) если участник не произвел отчуждение доли третьим лицам, то в случае изменения условий отчуждения он обязан вновь предложить другим участникам и ТОО приобрести долю;

г) только после отказа других участников и ТОО от покупки доли на новых условиях участник может вновь предложить ее третьим лицам.

3. Возникает вопрос: если третьи лица вновь откажутся от приобретения доли, обязан ли участник в третий (четвертый и т.д.) раз предлагать другим участникам и ТОО долю к выкупу на новых условиях? Конечно, обязан. Но такая неопределенность может существовать сколько угодно период времени. Ведь при этом участнику следует вновь соблюдать всю процедуру предложения доли, предусмотренную Законом о ТОО, в том числе ожидать окончания очередного месячного срока, предусмотренного для отказа другими участниками товарищества от приобретения доли (п. 5 ст. 31 Закона о ТОО).

4. Считаем, что данный механизм отчуждения доли (ее части) в уставном капитале представляет собой не способ реализации права преимущественного приобретения доли другими участниками в традиционно понимаемом смысле, но направленный на реализацию так называемого права первого отказа.

Истинная же сущность права преимущественной покупки заложена в ст. 216 ГК РК: при продаже доли в праве долевой собственности постороннему лицу остальные участники имеют преимущественное право покупки продаваемой доли по цене, за которую она продается, и на прочих равных условиях. Продавец доли обязан известить в письменной форме остальных участников о намерении продать свою долю постороннему лицу с указанием цены и других условий, на которых продает ее.

Мы сознательно не приводим текст статьи 216 ГК РК буквально, как и не предлагаем использовать аналогию закона (ведь здесь идет речь об общей долевой собственности). Важен сам принцип реализации права преимущественной покупки: продавец сначала оговаривает с третьим лицом-потенциальным приобретателем условия договора об отчуждении доли, который по своей правовой природе является сделкой, заключенной под отлагательным условием (п. 1 ст. 150 ГК РК). Соответственно, права и обязанности сторон, связанные с отчуждением доли, возникнут у них лишь в случае отказа других участников от приобретения доли на условиях (а не только по цене, как об этом говорится в ст. 31 Закона о ТОО), согласованных с третьим лицом.

5. Практика сталкивается и с иными проблемами толкования положений законодательства о преимущественной покупке доли в уставном капитале ТОО. Например, вправе ли участник при реализации своего права преимущественной покупки доли приобрести ее не во всем объеме, предложенном продавцом, а лишь в части?

Предположим, что товарищество создано тремя учредителями (участниками). При этом доля в уставном капитале первого участника составляет 50%, второго – 20%, третьего – 30%. Второй участник решил продать свою долю и предложил ее к выкупу другим участникам.

Согласно пункту 1 ст. 31 Закона о ТОО, участники товарищества пользуются преимущественным перед третьими лицами правом покупки доли

участника или ее части при ее продаже кем-либо из участников, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. Таким правом может воспользоваться каждый участник. Если участников, желающих воспользоваться правом преимущественной покупки, несколько, и учредительными документами или иным соглашением участников товарищества не предусмотрено иное, преимущественное право покупки доли (ее части) осуществляется участниками пропорционально размерам их долей в уставном капитале.

Представляется, что до настоящего момента логика законодателя была понятна и вполне объяснима. Им преследовалась цель взаимной и адекватной защиты интересов как продавца доли, так и иных участников товарищества. Однако дальнейший анализ законодательных установлений рушит эти оптимистические настроения.

6. Пункт 2 статьи 31 Закона о ТОО устанавливает процедуру предложения доли (ее части) к продаже: участник, желающий продать свою долю или ее часть, обязан письменно известить о своем намерении исполнительный орган товарищества с указанием предполагаемой цены продажи. В свою очередь (п. 3 ст. 31 Закона о ТОО) исполнительный орган в течение семи дней извещает об этом всех участников товарищества. Участник, желающий реализовать право преимущественной покупки, должен в семидневный срок уведомить об этом исполнительный орган, указав при этом, что намерен приобрести предлагаемую к продаже долю полностью или в определенной части.

7. Нетрудно заметить, что предложенный механизм отчуждения доли принципиально отличается от традиционной схемы заключения договора, где принято выделять его стадии: «оферта – акцепт» или «новая оферта – акцепт». В случае же продажи доли в уставном капитале ТОО продавец доли не вступает в непосредственные отношения с потенциальным покупателем (покупателями) доли. Более того, участники этого правоотношения лишены возможности обсуждать условия предстоящей сделки, и продавец остается связанным изначально сделанным предложением о цене доли.

8. Как указывалось выше, покупатель (покупатели) имеет право приобрести не всю предложенную долю, а лишь ее часть. Дело в том, что инвестиции в уставный капитал могут преследовать разные цели: от желания лишь получать часть чистого дохода от деятельности товарищества (я бы их назвал пассивными инвестициями) до реального участия в деятельности товарищества (активные инвестиции). Понятно, что для достижения последней цели участник должен обладать значительной долей в уставном капитале.

Возвращаясь к нашему примеру, отметим, что Участнику-1 достаточно дополнительно приобрести самый минимальный процент в уставном ка-



питале для того, чтобы получить простое большинство голосов (50% + 1), позволяющее, по общему правилу, определять принимаемые высшим органом товарищества пусть и не принципиальные, но важные решения (образование исполнительного органа и наблюдательного совета и досрочное прекращение полномочий их членов, утверждение отчетов и заключений ревизионной комиссии (ревизора), утверждение годовой финансовой отчетности и распределение чистого дохода, решение об участии товарищества в других юридических лицах, назначение ликвидационной комиссии и утверждение ликвидационных балансов и др.).

9. Возможно моделирование и иных ситуаций, когда, например, совокупная величина поступивших от участников предложений не достигнет размера предлагаемой к выкупу доли. В этом случае оставшаяся (невкупленная) часть доли может быть отчуждена третьим лицам. Хотя, вполне вероятно, что такой «обрубок» доли так и не найдет своего покупателя, а участник-продавец, утратив интерес к этому бизнесу, превратится в «отсутствующего».

10. Таким образом, предложенный механизм реализации права преимущественной покупки доли (ее части) в уставном капитале ТОО, предоставляя соответствующие права другим участникам, способен нарушать интересы участника-продавца. К сожалению, это обстоятельство противоречит принципу римского права: «*qui jure suo utitur, naeminem laedit*» – кто пользуется правом, никому не причиняет вреда.

Думается, что выход следующий: механизм реализации права преимущественной покупки доли в уставном капитале ТОО должен концептуально соответствовать механизму продажи доли в праве общей долевой собственности (ст. 216 ГК РК).

11. В заключении – о «ляпе».

Первоначальная редакция абзаца второго пункта 8 нормативного постановления от 10 июля 2008 г. № 2 выглядела так:

«При продаже доли (ее части) с нарушением преимущественного права покупки любой участник ТОО вправе в течение трех месяцев со дня продажи требовать в судебном порядке перевода на него прав и обязанностей покупателя (пункт 2 статьи 80 ГК)».

Нормативным постановлением ВС от 29 июня 2018 г. № 11 этот абзац изложен в следующей редакции:

«При продаже доли (ее части) с нарушением преимущественного права покупки любой участник товарищества вправе в течение трех месяцев со дня, когда он узнал или должен был узнать о ее продаже, требовать в судебном порядке перевода на него прав и обязанностей покупателя (пункт 2 статьи 80, пункт 1 статьи 180 ГК). Предъявленный по такому основанию иск о признании сделки недействительной удовлетворению не подлежит».

При этом бывшее четвертое предложение абзаца первого пункта 8 постановления от 10 июля 2008 г. № 2, ставшее теперь пятым, осталось нетронутым.

В результате таких поправок спровоцировано очевидное противоречие: – пятым предложением абзаца первого пункта 8 обновленного постановления от 10 июля 2008 г. № 2 предусматривается, что несоблюдение порядка реализации преимущественного права приобретения доли может повлечь признание сделки недействительной по иску заинтересованного лица;

– вторым предложением абзаца второго пункта 8 обновленного постановления от 10 июля 2008 г. № 2 устанавливается, что предъявленный по такому основанию иск о признании сделки недействительной удовлетворению не подлежит.

Оценить возникшую ситуацию возможно словами хозяина неуклюжей собачки из популярного видеоролика: «Это фиаско, ...».

**Новеллы в регулировании общего собрания участников товарищества с ограниченной ответственностью.**

1. Частью второй пункта 14-1 обновленной редакции нормативного постановления ВС РК от 10 июля 2008 г. № 2 предусматривается, что при наличии спора между участниками по вопросам, отнесенным к исключительной компетенции общего собрания, когда участники не могут принять решение ввиду отсутствия простого либо квалифицированного большинства голосов или единогласия, суд вправе по требованию участника рассмотреть только вопрос о законности принятого общим собранием решения.

В размещенной 29 июня 2018 г. на [Zakon.kz](http://Zakon.kz) статье «Участники заседания Верховного Суда проголосовали за нормативные постановления» указывается, что судья Верховного Суда Асан Ескендиоров отметил, что <...> в НП регламентированы полномочия судов при рассмотрении исков об оспаривании решений общих собраний товарищества, когда его участники владеют равным размером долей (по 50%) и не могут принять решение в силу отсутствия большинства голосов.

2. Вероятно, указанным способом ВС РК предпринял попытку как-то разрешить часто возникающую на практике ситуацию, когда два равногласных участника ТОО не могут прийти к согласию.

Ему (Верховному Суду РК) это сделать не удалось, поскольку порочность приведенного положения постановления очевидна: каким образом суд может рассмотреть вопрос о «законности принятого общим собранием решения», если решение не было принято?

3. Но проблема заключается даже не в том, что каждый из двух участников, в свое время «по-джигитовски» создавших ТОО, решил, что теперь «табачок врозь».

Она – в другом: при голосовании в ОСУ подсчет следует вести не «по головам», а по принадлежащим участникам голосам.

Так, в приведенном А. Ескендировым примере приводится критический случай – один участник (50%) *versus* другого участника (50%).

Однако необходимо учитывать и другие возможные ситуации, когда в ТОО не два участника, а десять, сто, тысяча..., и их доли в уставном капитале составляют 3,987640%, 7,7013254588% и т.п. И решение общим собранием не принимается, поскольку «за» проголосовали участники, в совокупности не обладающие требуемым количеством голосов.

4. Будет ли в таких случаях работать анализируемая норма? И, вообще, насколько обоснованно в этих ситуациях говорить о споре? И кто тогда будет являться его сторонами?..

Нет, так ставить вопросы бесосновательно, поскольку спора нет как такового. Просто решение не принято.

5. Более того, по нашему мнению, следует на законодательном уровне в принципе отказаться от понятия «единогласие» применительно к ТОО.

Товарищество с ограниченной ответственностью, как и акционерное общество, отличается, например, от производственного кооператива, тем, что каждый член производственного кооператива имеет один голос независимо от величины пая (п. 11 ст. 15 Закона РК от 5 октября 1995 г. № 2486 «О производственном кооперативе»).

Поэтому при голосовании в общем собрании производственного кооператива используется именно «подушевой» подсчет. Вот примеры из Закона о производственном кооперативе: общее собрание считается правомочным, если на нем присутствует более половины членов кооператива или их доверенных лиц (п. 9 ст. 15); решение общего собрания считается принятым, если за него проголосовало более половины присутствующих на собрании членов кооператива или их доверенных лиц; решение по вопросам, предусмотренным подпунктами 1, 6, 7 и 9 пункта 2 настоящей статьи, считается принятым, если за него проголосовало не менее двух третей всех членов кооператива (п. 12 ст. 15).

6. При таком подходе термин «единогласие» несет в себе вполне определенную смысловую нагрузку: реорганизация кооператива в форме преобразования его в хозяйственное товарищество производится на основании единогласно принятого решения (часть третья п. 12 ст. 15); уставом кооператива могут быть определены вопросы, решения по которым принимаются квалифицированным большинством голосов или единогласно (п. 13 ст. 15). То есть всеми членами.

7. Конечно, при этом мы учитываем пункт 5 ст. 42 Закона о ТОО: каждый участник товарищества с ограниченной ответственностью при голосовании на общем собрании имеет число голосов, соответствующее его доле в уставном капитале товарищества, за исключением случаев, когда

иной порядок определения голосов предусмотрен частью первой пункта 7 статьи 47 настоящего Закона или уставом товарищества.

Но это («или уставом товарищества») – исключение из общего правила, использование которого также приводит к неразрешимым ситуациям.

8. Официальному толкованию также подвергся вопрос о распределении чистого дохода ТОО.

Он (данный вопрос) уже являлся предметом наших исследований (см.: Вопросы толкования некоторых положений законодательства о хозяйственных товариществах // ЮРИСТ, 2004, № 5; Товарищество с ограниченной ответственностью: Комментарий к Закону Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года. 2-е издание. – Алматы: ЮРИСТ, 2016).

Верховный Суд указал, что если решение о распределении чистого дохода между участниками общим собранием не принималось, то взыскание части чистого дохода по иску участника судом не производится.

Закончить же эту правильную мысль следовало примерно так (дополнив пункт 15-1 нормативного постановления ВС РК от 10 июля 2008 г. № 2 частями третьей, четвертой и пятой:

«Согласно части первой пункта 1 статьи 40 Закона, распределение между участниками товарищества с ограниченной ответственностью чистого дохода, полученного товариществом по результатам его деятельности за год, производится в соответствии с решением очередного общего собрания участников товарищества, посвященного утверждению результатов деятельности товарищества за соответствующий год.

В этой связи товарищество с ограниченной ответственностью не вправе производить промежуточное (например, по итогам квартала, полугода) распределение чистого дохода.

Общее собрание участников товарищества с ограниченной ответственностью не вправе принимать решение о распределении нераспределенного чистого дохода товарищества по итогам предыдущих отчетных периодов».

9. Далее попытаемся разобраться в магии чисел, используемых при регламентации порядка созыва общего собрания участников.

Этот порядок, бессистемно регулируемый Законом о ТОО, в целом, сводится к следующему: орган или лицо (лица), созывающие общее собрание участников ТОО, обязаны не позднее чем за тридцать дней до дня открытия собрания письменно известить участников о его проведении (часть первая п. 1, п. 1-1 ст. 46 Закона о ТОО).

Что означает «не позднее»? Это означает, что участники должны быть извещены о проведении ОСУ за шестьдесят, пятьдесят, сорок, тридцать дней. Но никак не менее чем за последнее из указанных количество дней. То есть между назначенной датой проведения общего собрания и датой извещения участников должно быть не менее тридцати дней. В противном

случае решение общего собрания может быть признано недействительным (пункт 11 нормативного постановления ВС РК от 10 июля 2008 г. № 2).

10. А дальше начинается игра слов и чисел.

Согласно части первой п. 5 ст. 47 Закона о ТОО, в случае отсутствия кворума общее собрание участников товарищества с ограниченной ответственностью созывается повторно не позднее сорока пяти дней со дня первого созыва.

В данном случае слова «не позднее» означают «в течение». И если повторное общее собрание участников будет назначено, например, на сорок шестой, пятьдесят восьмой или шестьдесят второй день, принятые на нем решения могут быть признаны недействительными.

Но следующая норма Закона о ТОО перечеркивает это правило: при повторном созыве общего собрания должны быть соблюдены правила, установленные статьей 46 настоящего Закона. То есть, при повторном созыве общего собрания орган или лицо (лица), созывающие общее собрание участников ТОО, обязаны, опять же, не позднее чем за тридцать дней до дня открытия собрания письменно известить участников о его проведении.

Круг замкнулся. Выхода нет.

11. На эту цифровую чехарду и «повелся» Верховный Суд РК в части первой п. 13-1 обновленного нормативного постановления от 10 июля 2008 г. № 2: «В случае отсутствия кворума общее собрание участников товарищества созывается повторно в срок не позднее сорока пяти дней со дня первого созыва и не позднее, чем за тридцать дней до дня его открытия с соблюдением правил, установленных статьей 46 Закона (пункт 5 статьи 47 Закона)».

### **Другие новеллы в законодательстве о ТОО.**

1. Верховный Суд РК в своем нормативном постановлении заслуженно обратил внимание на целый ряд других вопросов, требовавших официальной интерпретации в силу неоднозначности их регулирования Законом о ТОО.

2. Так, нормативное постановление ВС от 10 июля 2008 г. № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» дополнено пунктом 1-1, которым определен круг субъектов корпоративных споров с участием товарищества с ограниченной ответственностью.

Среди прочих названы «лица, вступившие в число участников товарищества, вследствие приобретения доли, в порядке, установленном Законом (статья 22 и пункт 2 статьи 28 Закона)».

Данное указание является излишним, поскольку эти «лица» в силу приобретения ими права на долю в уставном капитале ТОО по различным основаниям (вступление в порядке принятия нового участника, приоб-

ретенение доли по договору, в порядке наследования или реорганизации и т.д.) стали участниками товарищества. Поэтому выделять их как-то особо необходимости нет. А вот «бывших участников», наоборот, следовало бы выделить отдельно.

Также имеются претензии к пунктуации в указанной норме.

3. Принципиально изменен пункт 6 нормативного постановления ВС от 10 июля 2008 г. № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», в котором речь идет об определении момента перехода прав и обязанностей участника ТОО при приобретении доли в уставном капитале.

Этот вопрос имеет давнюю историю и неоднократно являлся предметом нашего анализа (см., например: Выбытие участника из хозяйственного товарищества. – Алматы: Высшая школа права «Әділет», «Әділет-Пресс», 1996; Еще раз к вопросу об отчуждении доли в уставном капитале хозяйственного товарищества // ЮРИСТ, 2004, № 3; Комментарий к нормативному постановлению Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 г. № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» // ЮРИСТ, 2009, № 7; то же: Предприниматель и право, 2009, № 13; Товарищество с ограниченной ответственностью: Комментарий к Закону Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года. 2-е издание. – Алматы: ЮРИСТ, 2016).

В первоначальной редакции пункт 6 нормативного постановления ВС от 10 июля 2008 г. № 2 выглядел так: «Приобретение доли в порядке, установленном Законом, означает вступление приобретателя доли в число участников товарищества (пункт 2 статьи 28 Закона). Право распоряжения участника своей долей возникает с момента внесения изменений в учредительные документы и их регистрации в территориальном органе Министерства юстиции Республики Казахстан».

Из этого следовало, что право распоряжения долей в уставном капитале ТОО возникало у приобретателя с момента, указанного в постановлении, а иные права (очевидно, право голоса в ОСУ, на получение части чистого дохода, на часть имущества, оставшегося после ликвидации ТОО и др.) – ранее.

Но такой подход буквально противоречил пункту 2 ст. 28 Закона о ТОО: утрата права на долю по любым основаниям влечет выбытие участника из товарищества с ограниченной ответственностью. Приобретение доли в порядке, установленном настоящим Законом, означает вступление приобретателя доли в число участников товарищества.

И если лицо приобрело статус участника, то одновременно приобрело и всю совокупность прав, включая право на распоряжение своей долей в уставном капитале. Каких-либо изъятий в этой связи Закон о ТОО не

содержит. Иначе получалось, что приобретатель доли до перерегистрации товарищества был лишь «немного (или «чуть-чуть») участником».

Теперь же, в обновленной редакции, пункт 6 нормативного постановления ВС от 10 июля 2008 г. № 2 решает этот вопрос в соответствии с Законом о ТОО, а также пунктом 6 ст. 42 ГК РК: прием нового участника и изменения в составе участников без внесения записи в реестр участников товарищества, ведение которого осуществляется регистратором, либо, соответственно, перерегистрации юридического лица, являются недействительными. В этой связи право приобретателя на долю переходит к нему с момента перерегистрации товарищества либо внесения записи в реестр участников товарищества.

4. Казахстанская практика сталкивалась с проблемой, стоящей на стыке корпоративного и трудового права (см. наши публикации в этой связи: О соотношении корпоративного и трудового законодательства (на примере ТОО) / Предмет, метод и система гражданского права: Материалы МНПК, Алматы, 13-14 мая 2010 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: НИИЧП КазГЮУ, ГПЦ, 2010; Исполнительный орган товарищества с ограниченной ответственностью (срок полномочий и ответственность) // ЮРИСТ, 2010, № 9; Превысил ли руководитель свои полномочия? // Делопроизводство в Казахстане, 2011, № 1; Директор ТОО, которого не уволили // Справочник кадровика. Казахстан, 2011, № 1).

Речь идет о пункте 3 ст. 51 Закона о ТОО: члены исполнительного органа избираются общим собранием товарищества на установленный срок, но не более пяти лет.

В этой связи возникали вопросы о правомочности исполнительного органа ТОО осуществлять текущую финансово-хозяйственную деятельность и административно-оперативное управление товариществом по истечении срока действия его полномочий, установленных учредительными документами товарищества, в случае, если участниками товарищества не предприняты действия по продлению срока его полномочий, как и по назначению другого директора; являются ли правомерными действия директора по подписанию документов по финансово-хозяйственной деятельности товарищества при вышеуказанных обстоятельствах и т.п.?

До принятия и введения в действие комментируемого постановления наши рассуждения, помимо ссылок на трудовое законодательство, строились с учетом статьи 37 ГК РК, согласно которой юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя обязанности только через свои органы, действующие в соответствии с законодательными актами и учредительными документами.

К компетенции исполнительного органа товарищества с ограниченной ответственностью относятся все вопросы обеспечения деятельности товарищества, не относящиеся к компетенции общего собрания или наблю-

дательных органов, определенные Законом о ТОО, уставом товарищества или правилами и иными документами, принятыми общим собранием (п. 1 ст. 52 Закона о ТОО).

Также необходимо учитывать, что, согласно подпункту 3) п. 2 ст. 49 ГК РК, отсутствие, в том числе, должностных лиц, без которых юридическое лицо не может функционировать в течение одного года, может явиться основанием для принудительной ликвидации юридического лица.

Комментируемое нормативное постановление теперь однозначно решает этот вопрос в пользу трудового законодательства: полномочия единоличного или коллегиального исполнительного органа товарищества по истечении срока, на который они были избраны (назначены), продлеваются на срок до принятия общим собранием участников соответствующего решения, если ни одна из сторон не позднее последнего рабочего дня до истечения срока действия трудового договора не уведомила о прекращении трудовых отношений (пункт 4 статьи 30 Трудового кодекса Республики Казахстан).

Здесь же отметим, что, по нашему мнению, установление в Законе о ТОО максимального срока полномочий членов исполнительного органа, как и наблюдательного совета и ревизионной комиссии (ревизора), вообще не является обоснованным. Считаем, что этот вопрос относится к категории частноправовых и не должен иметь каких-либо законодательных ограничений. Тем более в ситуации, когда товарищество создано узким кругом учредителей, состоящих в лично-доверительных отношениях (и уж тем более одним учредителем).

5. Принципиальные изменения коснулись вопроса о необходимости получения согласия супруга (супруги) на распоряжение долей в уставном капитале ТОО, находящейся в совместной собственности супругов. При этом пункт 16 нормативного постановления ВС от 10 июля 2008 г. № 2 подвергся правке уже третий раз (до комментируемого постановления изменения в него вносились нормативными постановлениями ВС РК от 25 июня 2010 г. № 3, от 31 марта 2017 г. № 2).

До последних поправок этот вопрос регулировался следующим образом: распоряжение супругами имуществом, находящимся в совместной собственности, осуществляется по их согласию, которое предполагается независимо от того, кем из них совершена сделка по распоряжению имуществом, поэтому письменное или нотариально удостоверенное согласие супруги (супруга) участника ТОО на распоряжение долей в имуществе товарищества не требуется.

Данное положение как противоречащее, в том числе, части второй п. 3 ст. 220 ГК РК нами неоднократно подвергалось критике (см. наши материалы: Комментарий к нормативному постановлению Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 г. № 2 «О некоторых вопросах



применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» // ЮРИСТ, 2009, № 7; то же: Предприниматель и право, 2009, № 13).

В обновленной редакции нормативного постановления этот вопрос решается так: «Распоряжение долей или ее частью в уставном капитале товарищества, находящейся в совместной собственности супругов, может осуществляться участником по нотариально удостоверенному согласию супруги (супруга) участника товарищества в соответствии с пунктом 3 статьи 34 КоБС. Супруг, нотариально удостоверенное согласие которого на совершение указанной сделки не было получено, вправе требовать признания сделки недействительной в судебном порядке в течение трех лет со дня, когда он узнал или должен был узнать о совершении данной сделки в случае, предусмотренном пунктом 2 статьи 34 КоБС».

6. На такой, казалось бы, мажорной ноте хотелось закончить обзор постановления. Но нет, Верховный Суд и здесь допустил небрежность, сославшись на пункт 2 статьи 34 КоБС.

В данном случае ссылаться следует на часть вторую п. 3 ст. 34 Кодекса РК «О браке (супружестве) и семье».

7. Подводя общий итог нашему четырехэтапному анализу нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 29 июня 2018 г. № 11 «О внесении изменений и дополнений в нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», мы не станем прибегать к традиционной преподавательской практике выставления оценки.

Отправим дополнительно готовиться...

## ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

### О ТОЛКОВАНИИ СТАТЬИ 413 ГК РК

*Опубликовано:*

*Гражданское законодательство Республики Казахстан.  
Выпуск 10 / Под общ. ред. А.Г. Диденко. – Алматы: Баспа, 2001;  
Предприниматель и право, 2001, № 13*

Положения ГК РК об обязанности продавца передать покупателю товар без обременений являются традиционными: они имело место и в ГК Казахской ССР 1963 г., и Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.

Причем между редакциями соответствующих норм в ГК КазССР и Основах, на первый взгляд, отсутствовали какие-либо отличия. Сравним диспозиции: «при заключении договора продавец обязан предупредить покупателя о всех правах третьих лиц на продаваемую вещь (о праве залога, пожизненного пользования, правах нанимателя и т.п.)» (ст. 231 ГК КазССР) и «продавец обязан передать покупателю продаваемое имущество свободным от любых прав третьих лиц на это имущество, о которых продавец не мог не знать при исполнении договора, если только покупатель не согласился принять это имущество, обремененное правами третьих лиц» (ст. 78 Основ). За нарушение продавцом этой обязанности покупателю предоставлялось право требовать либо соразмерного уменьшения покупной цены, либо расторжения договора и возмещения убытков.

Отличия проявлялись в толковании названных норм различными авторами. Например, А.И. Беспалова отмечала, что право собственности или оперативного управления может быть обременено правами нанимателя, залогодержателя, отказополучателя при наследовании /1/. А.Г. Диденко, комментируя указанное положение ГК КазССР, указывал, что важной обязанностью продавца является передача покупателю права собственности на продаваемую вещь без каких-либо обременений этого права. Приведенный перечень носит примерный характер /2/.

А вот как разъяснялся смысл соответствующей нормы Основ... А.Е. Шерстобитовым: «В некоторых случаях продавец вещи может не знать о правах третьих лиц на нее, например, когда добросовестный приобретатель купил вещь, которая была украдена у собственника или законного владельца» /3/.

ГК РК (Особенная часть) 1999 г. также содержит специальную статью, посвященную этому вопросу. Даже на первый взгляд она отлична от соответствующих статей прежних законодательных актов. Хотя бы только по объему. Однако одним объемом отличия не ограничиваются.

Часть первая пункта 1 статьи 413 ГК РК является, действительно, традиционной: продавец обязан передать покупателю товар свободным от любых прав третьих лиц, за исключением случая, когда покупатель согласился принять товар, обремененный правами третьих лиц.

Поэтому несколько неожиданным выглядит толкование этой нормы Е.Б. Осиповым: «Если в ранее действовавшем гражданском законодательстве продавец был обязан при заключении договора только предупредить покупателя о всех правах третьих лиц на продаваемую вещь, то в комментируемой главе прямо и императивно предусмотрено требование к предмету купли-продажи в момент его передачи продавцом покупателю, в соответствии с которым предметом купли-продажи может быть *только* (выделено нами – С.К.) товар, свободный от прав третьих лиц...» /4/.

Тем самым, автор, по сути, не допускает самой возможности заключения договора в отношении обремененного правами третьих лиц товара.

Однако, признавая излишнюю категоричность такого подхода, Е.Б. Осипов ниже отмечает, что «только при согласии покупателя ему может быть передан товар, обремененный правами третьих лиц...» /5/.

Вот это его утверждение соответствует действительности. Хотя мы вообще не видим в этом вопросе каких-либо «подводных камней», которые могли бы подтолкнуть автора к его первому высказыванию, поскольку в самом Кодексе сделана оговорка: за исключением случая, когда покупатель согласился принять товар с обременениями.

Гораздо больший интерес представляет другая оговорка, следующая за санкцией (часть вторая п. 1 ст. 413 ГК РК), являющая собой, действительно, новеллу в казахстанском законодательстве: если не будет доказано, что покупатель знал или должен был знать о правах третьих лиц на этот товар. Это означает, что продавец наделяется правом доказывать, что покупатель если и не знал, то хотя бы должен был знать о наличии обременений на проданное имущество. И если ему удастся это доказать, он не может быть обвинен в неинформировании покупателя о наличии у проданной вещи обременений, а покупатель будет лишен права требовать уменьшения цены или расторжения договора.

Можно, конечно, спорить с обоснованностью данной новеллы и с тем, соответствует ли она идее защиты прав покупателя – как правило, слабой стороны в договоре. Нас интересует другой вопрос – насколько указанное положение состыковывается с первой частью этого же пункта.

Нам представляется, что между этими двумя положениями существует определенная несогласованность. Обратим внимание, что часть первая пункта 1 ст. 413 ГК РК содержит лишь одно исключение из общего правила: когда покупатель согласился принять вещь с обременениями. Понятно, что для того, чтобы дать такое согласие, покупатель должен быть извещен продавцом о наличии прав третьих лиц.

Вторая часть, по сути, устанавливает еще одно основание для отклонения возможных в последующем претензий к продавцу со стороны покупателя.

Таким образом, первая часть является не такой уж исключительной, как это может показаться на самом деле, и требует редакционных корректировок.

Не менее примечательным является и пункт 2 статьи 413 Кодекса: правила, предусмотренные пунктом 1 настоящей статьи, соответственно применяются и в том случае, когда в отношении товара к моменту его передачи покупателю имелись притязания третьих лиц, о которых продавцу было известно, если эти притязания впоследствии признаны в установленном порядке правомерными /6/.

В российской юридической литературе это положение толкуется следующим образом: например, когда третьим лицом предъявлен виндикационный иск, о чем продавцу было известно /7/. Причем, согласно статье 414 ГК РК, при изъятии товара у покупателя третьим лицом по основаниям, возникшим до исполнения договора, продавец обязан возместить покупателю понесенные им убытки, если не докажет, что покупатель знал или должен был знать о наличии этих оснований.

Эти утверждения ставят ряд вопросов, требующих своего разрешения. Далее мы попытаемся проанализировать ситуации, которые могут, как нам представляется, возникнуть, если указанную норму толковать именно таким образом.

Предположим, что продавец знал о наличии вещных прав третьих лиц на продаваемое имущество, а покупатель, соответственно, не знал и не должен был знать об этом. Впоследствии требования третьего лица были признаны судом правомерными, и вещь была изъята у покупателя. Пункт 2 статьи 413 ГК дает в таком случае право покупателю либо требовать уменьшения покупной цены, либо расторжения договора и возмещения убытков.

Согласитесь, возникла бы просто анекдотичная ситуация, если бы покупатель воспользовался первым правомочием, дарованным ему Кодексом! Сложнее со вторым правомочием. Ведь, признавая за покупателем право требовать расторжения договора, Кодекс тем самым узаконивает неправомерное поведение продавца. Продавец, даже ведя себя добросовестно, то есть не зная и не будучи должным знать на момент передачи вещи о том, что требования третьего лица впоследствии будут удовлетворены, распоряжается имуществом, ему не принадлежавшим. Но можно ли признавать такую сделку действительной? Мы думаем – нельзя. А раз так, то и вопрос о возможности расторжения договора купли-продажи требует категоричного решения: защита нарушенных продавцом интересов покупателя должна осуществляться через признание такого договора недействительным. Предоставляя же покупателю право требовать расторжения такого договора, законодатель тем самым признает его действительность.

По смыслу пункта 2 статьи 413 ГК РК, покупатель лишается соответствующих правомочий, если будет установлено, что продавец не знал о наличии притязаний со стороны третьих лиц. С другой стороны, согласно пункту 1 статьи 414 Кодекса, продавец лишь в одном случае освобождается от ответственности перед покупателем – при доказанности факта неправомерного поведения со стороны покупателя.

Как же решить ситуацию, если и продавец, и покупатель вели себя добросовестно, то есть не знали о наличии притязаний со стороны третьего лица? Используя пункт 2 статьи 413 ГК, мы обязаны возложить имущественные потери, возникшие в связи с изъятием третьим лицом вещи, на

покупателя. Согласно же пункту 1 статьи 414 Кодекса, неблагоприятные последствия в такой ситуации относятся на продавца.

Таким образом, мы видим, что попытка применить к статье 413 ГК ситуацию с виндикационным иском ведет к теоретическому и практическому тупику. Поэтому, думаем, что вряд ли правы те авторы, которые идут по этому пути.

И, наоборот, видится примечательным толкование этого вопроса В.В. Витрянским, поместившим совершенно идентичные материалы без каких-либо дополнений в двух серьезных научно-учебных изданиях /8/, который упоминает лишь случаи, когда продаваемое имущество обременено залогом, арендой и сервитутом. Причем ни одна теоретическая проблема в этой связи им не поднимается /9/.

Это наводит на мысль о наличии у В.В. Витрянского некоторой осторожности в толковании соответствующих новелл Кодекса. Но факт остается фактом: автор ни слова не говорит о возможной виндикации в свете ст. 460 ГК РФ.

Таким образом, очевидно, что предложенные в юридической литературе толкования ст. 413 ГК РК и комментарии к ней являются, по крайней мере, спорными. Мы, все же, считаем, что к термину «обременения» следует подходить, так сказать, с традиционной точки зрения, понимая под ними (обременениями) аренду, ссуду, залог, сервитут и т.д., но никак не право собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления.

#### **Ссылки:**

1. *Гражданское право Казахской ССР. Учебное пособие. Часть II / Под ред. Ю.Г. Басина. – Алма-Ата: Мектеп, 1980. С. 7.*

2. *Комментарий к Гражданскому кодексу Казахской ССР / Под ред. Ю.Г. Басина, Р.С. Тазутдинова. – Алма-Ата: Казахстан, 1990. С. 290.*

3. *Гражданское право. В 2-х томах. Том 2. Учебник / Под ред. Е.А. Суханова. – М.: БЕК, 1994. С. 72.*

4. *Предприниматель и право, 1999, № 17.*

5. *Там же.*

6. *Тесты статей 413 ГК РК и 460 ГК РФ практически идентичны.*

7. *См., напр.: Учебник. Гражданское право. Часть 2. Обязательственное право / Под ред. В.В. Залесского. – М.: МТК «Восточный экспресс», 1998. С. 42.; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд. 3-е, испр. и доп. с использ. судебно-арбитражной практики / Отв. ред. О.Н. Садигов. – М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 1998. С. 14 и др.*

8. *См.: Гражданское право: В 2-х т. Том II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 1999; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000.*

9. См.: соответственно, С. 214-215, С. 26–27 указанных работ.

Между тем, именно В.В. Витрянский в свое время поднимал вопрос о возможности истребования вещи у приобретателя, обосновывая это тем, что поскольку лицо на отчуждение вещи не было управомочено, эта сделка является недействительной, а потому эта вещь может быть истребована у того, кто ее приобрел (Витрянский В.В. Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота: Автореф. дис. ... д.ю.н. – М., 1996. С. 9, 22-23).

## ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТОВАРНО-БИРЖЕВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

*Опубликовано:*

*Вестник Института законодательства Республики Казахстан,  
2010, № 2*

Глава 25 ГК РК «Купля-продажа» состоит из шести параграфов:

- § 1. Общие положения о купле-продаже;
- § 2. Розничная купля-продажа;
- § 3. Поставка;
- § 4. Контрактация;
- § 5. Энергоснабжение;
- § 6. Продажа предприятия.

При этом пункт 2 ст. 406 Кодекса устанавливает, что к купле-продаже ценных бумаг и валютных ценностей применяются положения специальных законодательных актов. Таковыми актами, соответственно, являются Законы РК от 2 июля 2003 г. «О рынке ценных бумаг» и от 13 июня 2005 г. «О валютном регулировании и валютном контроле».

Согласно пункту 3 этой статьи, в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом или иными законодательными актами, особенности купли-продажи отдельных видов товаров определяются законодательными и иными нормативными правовыми актами.

Таким образом, правовое регулирование сделок, заключаемых на товарных биржах, подпадает под действие данной нормы. При этом сам Кодекс посвятил биржевым сделкам лишь одну статью. В соответствии с пунктом 1 ст. 156 ГК, биржевые сделки – это сделки, предметом которых является имущество, допущенное к обращению на бирже, и которые заключаются на бирже участниками проводимых ею торгов в соответствии с законодательством Республики Казахстан о соответствующих биржах (товарных, фондовых и других) и правилами биржевой торговли.

Как видим, и пункт 3 ст. 406 ГК, и пункт 1 ст. 156 Кодекса отсылают к иным актам законодательства. На настоящий момент основными актами,

регулирующими деятельность товарных бирж, а, следовательно, и договор купли-продажи на товарных биржах, являются Закон РК от 4 мая 2009 г. «О товарных биржах» и Типовые правила биржевой торговли, утвержденные постановлением Правительства РК № 2042 от 8 декабря 2009 г.

С.П. Мороз, со ссылкой на работу Г.П. Черникова «Фондовая биржа: международный опыт. – М.: Международные отношения, 1991», отмечает, что биржи возникли в эпоху первоначального накопления капитала. Первые биржи были товарными – в XV в. большую известность получили ярмарки и товарные биржи Венеции, Генуи, Флоренции и других торговых городов Италии. В XVI веке к ним добавились крупные товарные биржи Нидерландов, Франции, Англии /1/.

«Советский период развития характеризуется активной антибиржевой политикой. Развитию советских бирж 20-х годов мешала государственная политика, которая провозгласила, что торгово-посреднические функции биржи должны постепенно отмирать, а значение советских бирж – это активное воздействие на товарооборот путем установления государственных ограничений на цены, обязательные для всех членов биржи. Все шире распространялось мнение, что биржа всего лишь учетный статистический орган и торгово-механический аппарат, содействующий упорядочению торговли. И к 1930 г. биржи были окончательно ликвидированы» /2/.

Развитие национального законодательства о товарных биржах началось с принятием пакета первых экономических законов суверенного, независимого Казахстана. В рамках рассматриваемого вопроса таковым являлся Закон Казахской ССР от 13 июня 1991 г. № 664-ХІІ «О товарных биржах».

Этот Закон, как и большинство законов того времени, был лаконичным и состоял всего из 13 статей. Товарные биржи рассматривались как важнейшее звено рыночной инфраструктуры, и под ними понимались коммерческие предприятия, создающие условия для оптовой торговли товарами по свободным ценам в виде публичных торгов на условиях постоянства определенного места и правил проведения биржевых торгов. Биржи могли создаваться в форме акционерных обществ.

Биржи подразделялись по степени участия в торгах на закрытые, на которых могли торговать только члены биржи, брокеры, дилеры, маклеры, принятые в члены биржи в соответствии с ее уставом, и открытые, которые допускали к участию в биржевых торгах посетителей. Под брокером понималось лицо, осуществлявшее посреднические услуги при совершении сделок купли-продажи как на бирже, так и вне ее от имени члена или клиента биржи, за их счет. Дилером являлось лицо, осуществляющее посредничество на товарном рынке за свой счет. Наконец, маклер определялся как биржевой посредник, осуществлявший по поручению и за счет клиентов выявление спроса и предложения, а также работу по согласованию условий сделки, ее оформлению и регистрации от лица биржи.

Следует отметить, что появление этих новых для нашего законодательства терминов вызывало в то время на практике определенные сложности и, к сожалению, порождало спорные биржевые обыкновения. Согласно словарю О.С. Ахмановой и Е.А.М. Уилсон, «брокер» – маклер, комиссионер /3/, то есть сторона в договоре комиссии, совершающая сделки от своего имени за счет другой стороны – комитента. В результате некоторые биржевые арбитражи рассматривали споры с привлечением брокеров и налагали на них имущественные взыскания даже в тех случаях, когда нарушение биржевых контрактов происходило по вине клиентов, то есть тех, от имени которых этих контракты и заключались.

Как отмечалось, в торгах на открытых товарных биржах участвовали посетители, то есть продавцы и покупатели, не являющиеся членами биржи и желающие самостоятельно совершать сделки купли-продажи. По уровню специализации товарные биржи подразделялись на универсальные, принимающие к биржевым торгам различные виды товаров, и специализированные, обслуживающие обращение определенного вида товара.

Допускалось проведение биржевых операций как с реально существующим товаром, так и с продукцией, намечаемой изготовителем к производству. Органы управления включали в себя биржевой совет, общее собрание членов биржи, ревизионную и арбитражную комиссии. Могли быть созданы и другие органы управления. Компетенция органов определялась уставами товарных бирж.

«Воздавая должное смелости первопроходцев, – замечает М.К. Сулейменов, – нужно вместе с этим признать, что первые республиканские законы о биржах (речь идет также о Законе Казахской ССР от 11 июня 1991 г. «Об обращении ценных бумаг и фондовой бирже в Казахской ССР» – С.К.) оказались весьма несовершенными» /4/.

Тем не менее, их принятие послужило мощным толчком к развитию биржевой торговли, которая в известной степени смогла погасить негативные последствия разрыва прежних экономических связей между предприятиями. Например, только в г. Усть-Каменогорске было зарегистрировано тринадцать (!) товарных и товарно-сырьевых бирж. Однако «впоследствии, когда такие связи были налажены, необходимость в биржах отпала. И все они тихо умерли» /5/.

И все же значение Закона 1991 г. трудно переоценить. И с точки зрения формирования свободных рыночных отношений, и с точки зрения накопления первоначального, а для некоторых предпринимателей – значительного, капитала, ведь брокерское вознаграждение в тот период составляло 5–7% от суммы сделки.

Закон действовал почти три года, и ему на смену пришел Указ Президента РК от 20 марта 1994 г. «О товарных биржах», который, конечно, уже не смог сыграть той роли, что его предшественник. Однако новые подходы



к регулированию биржевых отношений, предложенные им, безусловно, заслуживают внимания.

Прежде всего, было указано «считать, что биржа – это субъект, не ставящий себе целью получение прибыли для выплачивания дохода своим членам. Доходы биржи используются для компенсации ее затрат, технического и социального развития».

Данное положение давало основание ожидать утрату всякого интереса к развитию биржевой деятельности со стороны частного капитала и возможное повышение активности государства в этой области экономики. Подтверждением последнего являлась, как следовало из Указа, необходимость создания специализированного государственного органа по биржам, в компетенцию которого входили следующие вопросы: выдача биржевых лицензий, ведение государственного реестра, изучение деятельности бирж и развития биржевой торговли, разработка методических рекомендаций по подготовке биржевых документов, организация рассмотрения жалоб участников биржевой торговли на злоупотребления и нарушения законодательства о биржевой торговле, применение к бирже или участникам биржевых торгов соответствующих санкций в случае нарушения ими законодательства, несвоевременного исполнения его предписаний, назначение государственного инспектора на биржу, организация по согласованию с органами финансового контроля аудиторских проверок деятельности бирж и участников биржевых торгов, предъявление требований о предоставлении соответствующей документации.

Изменились подходы к пониманию брокерской и дилерской деятельности. Отныне под брокерской деятельностью понималось совершение биржевых сделок от имени клиента и за его счет, от имени клиента и за свой счет или от своего имени и за счет клиента. Дилерская деятельность предполагала совершение биржевых сделок от своего имени и за свой счет с целью последующей перепродажи на бирже.

Указом определялось, что в ходе биржевых торгов участники биржи могли совершать сделки, связанные:

- со взаимной передачей прав и обязанностей в отношении реального товара;
- со взаимной передачей прав и обязанностей в отношении реального товара с отсроченным сроком его поставки (форвардные сделки);
- со взаимной передачей прав и обязанностей в отношении стандартных контрактов на будущую поставку биржевого товара (фьючерсные сделки);
- с уступкой прав на будущую передачу прав и обязанностей в отношении биржевого товара или контракта на поставку биржевого товара (опционные сделки);

– с биржевым товаром или контрактом, установленным в правилах биржевой торговли.

Указом устанавливалось, что сделки, совершенные на бирже, но не зарегистрированные и не оформленные в установленном порядке, считаются недействительными (п. 5 Указа). Вряд ли эта норма юридически безгрешна. Кем эти сделки «считаются» недействительными? Очевидно, что стороны, экономя деньги на уплате биржевого сбора, будут считать совсем иначе. Таким образом, только сама биржа заинтересована в недействительности таких сделок. Однако «считать» сделку недействительной и признать ее таковой – не одно и то же. Законодательство содержит перечень оснований, по которым сделка может быть признана недействительной или ее ничтожность может быть подтверждена судом, и только принятие судебного решения влечет за собой процедуру восстановления сторон в первоначальное положение. Иными словами, продавец обязан вернуть покупателю полученные деньги, а покупатель – приобретенный у продавца товар. Естественно, что в условиях оптовой торговли установление такой возможности ни к чему хорошему привести не может. Ко всему прочему, представлялась очевидной практическая сложность доказывания того обстоятельства, что спорная сделка была совершена именно на бирже. Например, будет ли считаться заключенным на бирже договор, подписанный по окончании торгов, либо договор, предметом которого является товар, не заявленный к продаже или покупке, но подписанный в биржевом зале?

И еще один вопрос, который возникал при анализе этого нормативного правового акта. В соответствии с пунктом 16 Указа, органами управления биржи являются общее собрание членов биржи и биржевой совет. Органом контроля – ревизионная комиссия. Общее собрание членов биржи является высшим органом управления и обеспечивает соблюдение всех прав и обязанностей биржи и ее членов. Функции и полномочия органов управления и контроля биржи, порядок принятия ими решений определяются нормативными документами биржи (п. 16 Указа).

Таким органом, высший орган управления биржи представлял собой собрание юридических и физических лиц, в том числе иностранных, которые приобрели брокерские места на бирже (часть первая п. 13 Указа). Ситуация, аналогичная той, как если бы мне предоставили возможность участвовать в управлении торговым домом лишь на том основании, что я в нем каждый день покупаю пачку сигарет /6/. Вероятно, разработчики Указа забыли, что биржа – это, прежде всего, юридическое лицо, созданное в одной из организационно-правовых форм, и ее высшим органом должно являться общее собрание учредителей (участников).

7 апреля 1995 г. Президентом РК издается Указ, и.с.з., «О товарных биржах» № 2170.

Этим нормативным правовым актом бирже вновь было дано новое определение: товарной биржей является юридическое лицо, основанное на любых формах собственности, осуществляющее организационную и регулирующую деятельность по оптовой торговле биржевыми товарами путем регулярного проведения публичных торгов в определенном месте и в определенное время по установленным правилам биржевой торговли (п. 1 ст. 1 Указа). Биржа – это субъект, доходы от услуг которого используются для компенсации его затрат, информационно-технического и социального развития биржи и биржевой инфраструктуры (п. 2 указанной статьи).

Как видим, несмотря на то, что к тому времени Гражданский кодекс РК (Общая часть) уже был введен в действие, новый биржевой Указ по непонятным причинам, определяя статус товарной биржи, сделал упор на формы собственности, а не организационно-правовую форму. Ее следовало указывать в уставе (ст. 13 Указа). Данное обстоятельство свидетельствует о том, что он готовился в отрыве от подготовки проектов законодательных актов об отдельных формах юридических лиц. Вероятно, в рабочей группе по его подготовке также отсутствовали соответствующие специалисты. Примечательно, что и научная мысль того периода допускала определенные вольности в этом отношении. Так, например, М.С. Уакпаев предлагал признавать «организационно-правовой формой биржи саму биржу» /7/.

Пунктом 2 ст. 2 Указа однозначно устанавливалась специальная правосубъектность бирж. Также запрещалось иным юридическим лицам использовать в своем наименовании слова «товарная биржа» в любых сочетаниях. Регламентация видов биржевых сделок, а также самих бирж осталась без изменений.

Согласно статье 10 Указа, биржа считалась созданной и приобретала статус юридического лица со дня регистрации ее учредительных документов. Данное положение было ошибочным, поскольку государственной регистрации подлежит само юридическое лицо, а не его учредительные документы.

Также вызывала возражения, причем по двум основаниям, статья 12 Указа, которой устанавливалось, что биржа учреждается юридическими и физическими лицами, которым законодательно не запрещено осуществлять предпринимательскую деятельность на территории Республики Казахстан.

Во-первых, сами учредители не занимаются предпринимательской деятельностью, связанной с функционированием биржи. В соответствии с пунктом 1 ст. 10 ГК РК, предпринимательство – это инициативная деятельность граждан и юридических лиц, независимо от формы собственности, направленная на получение чистого дохода (в первой редакции

Кодекса – «прибыли или личного дохода» – С.К.) путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги), основанная на частной собственности (частное предпринимательство) либо на праве хозяйственного ведения государственного предприятия (государственное предпринимательство). Предпринимательская деятельность осуществляется от имени, за риск и под имущественную ответственность предпринимателя.

Таким образом, субъектом биржевой деятельности являлись не учредители биржи, а сама биржа как юридическое лицо. Основная же обязанность учредителей заключалась, согласно пункту 2 ст. 14 Указа, в оплате не менее 70% объявленного уставного фонда, размер которого определялся в учредительных документах.

Во-вторых, как уже отмечалось, доходы биржи направлялись на компенсацию затрат, информационно-техническое и социальное развитие биржи и ее инфраструктуры. Иными словами, деятельность товарных бирж по своей сути являлась некоммерческой (непредпринимательской).

Общее собрание учредителей являлось высшим органом биржи. Органами также являлись биржевой совет и ревизионная комиссия. Функции и полномочия органов, порядок принятия ими решений определялись учредительными документами биржи.

Указ действовал более четырнадцати с половиной лет, и за это время в него были внесены поправки, причем незначительные, лишь тремя законами (в 1997 г., 2003 г. и 2004 г.) /8/. На наш взгляд, данное обстоятельство, на фоне перманентности совершенствования казахстанского законодательства второго этапа его развития /9/, свидетельствует о том, что и этот нормативный правовой акт оказался совершенно не востребованным практикой.

Действительно, как указывал Комитет по регулированию торговой деятельности Министерства индустрии и торговли РК, в 2006 г. в Казахстане действовало 11 товарных бирж, на которых было заключено 1852 сделки с биржевым оборотом 28 млрд. тенге, или 230 млн. долл. США. По сравнению с 2005 г. количество товарных бирж в республике сократилось в три раза, а число совершенных сделок – в семь раз. В январе-июне 2007 г. в республике действовало уже девять товарных бирж, на которых было заключено 595 сделок с оборотом в 4,8 млрд. тенге, или 39 млн. долл. США /10/.

4 мая 2009 г. принят Закон РК «О товарных биржах» № 155-IV ЗРК и введен в действие по истечении шести месяцев со дня опубликования /11/. В его развитие 8 декабря 2009 г. постановлением Правительства РК № 2042 утверждены Типовые правила биржевой торговли.

В соответствии с частью первой п. 1 ст. 6 Закона, товарной биржей является юридическое лицо, созданное в организационно-правовой форме акционерного общества, осуществляющее организационное и техниче-

ское обеспечение торгов путем их непосредственного проведения с использованием торговой системы товарной биржи. В части формирования уставного капитала и утверждения устава товарной биржи закон делает отсылки к законодательству об акционерных обществах. Деятельность товарных бирж подлежит лицензированию /12/.

Наименование товарной биржи должно содержать слова «товарная биржа», а ее правосубъектность является специальной, то есть биржа не вправе осуществлять иные, не связанные с биржевой торговлей, функции.

Биржевой сделкой признается сделка, предметом которой является имущество, допущенное к обращению на бирже, и которая заключается на бирже участниками проводимых ею торгов в соответствии с законодательством Республики Казахстан о товарных биржах и правилами биржевой торговли. Сделки, совершенные на товарной бирже, но не соответствующие этим требованиям, не являются биржевыми. Более того, согласно пункту 3 ст. 15 Закона, сделки с товарами, включенными в перечень биржевых товаров, допущенных к торгам, совершенные вне товарных бирж, признаются недействительными по иску заинтересованных лиц, уполномоченного органа либо прокурора.

Закон по-новому подошел к классификации биржевых сделок. На товарной бирже совершаются:

- 1) сделки со взаимной передачей прав и обязанностей в отношении спот-товара /13/, включая сделки, взаимосвязанные с международными деловыми операциями;
- 2) фьючерсные сделки /14/;
- 3) опционные сделки /15/;
- 4) сделки с взаимной передачей прав и обязанностей в отношении складских документов.

В соответствии с пунктом 76 Типовых правил биржевой торговли, совершенная биржевая сделка является основанием для заключения и регистрации договора. Участники биржевой торговли, которые совершили биржевую сделку, оформляют три экземпляра договора, соответствующих существу совершенной биржевой сделки, по рекомендуемой бирже форме, если иное не установлено правилами биржи, и регистрируют их на бирже. Регистрацию осуществляет биржевой маклер. Договор, дополнительное соглашение, соглашение о расторжении договора (биржевой сделки) считаются заключенными с момента их регистрации на бирже.

Для решения споров, связанных с заключением биржевых сделок, товарная биржа создает в течение тридцати календарных дней после государственной регистрации постоянно действующий биржевой арбитраж, который в своей деятельности руководствуется законодательством РК о третейских судах.

Членами товарной биржи, то есть лицами, имеющими право участвовать в биржевых торгах, являются брокеры и (или) дилеры. Членом биржи должно быть не менее трех. Брокерская и дилерская деятельность также подлежат лицензированию.

Биржевой брокер – это юридическое лицо, осуществляющее свою деятельность на товарной бирже, создаваемое в форме акционерного общества или товарищества с ограниченной ответственностью и совершающее сделки с биржевым товаром по поручению, за счет и в интересах клиента.

Биржевой дилер – юридическое лицо, осуществляющее свою деятельность на товарной бирже, создаваемое в форме акционерного общества или товарищества с ограниченной ответственностью и совершающее сделки с биржевым товаром в своих интересах и за свой счет, а также по поручению клиента.

Совершение биржевых сделок осуществляется брокером в соответствии с приказом клиента, а дилером – как в соответствии с приказом клиента, так и в своих интересах и за свой счет /16/.

Типовыми правилами биржевой торговли установлены следующие режимы проведения торгов:

1) режим классической торговли, когда биржевые торги проводятся без предварительной оплаты по обязательствам за сделку;

2) режим двойного встречного аукциона – форма проведения биржевого торга, в котором конкурируют и продавцы, и покупатели, а цена устанавливается на уровне равновесия спроса и предложения, когда число продавцов по этой цене равно числу покупателей;

3) режим стандартного аукциона, когда биржевые торги проводятся без использования торговой системы товарной биржи путем проведения голосовых торгов.

Следует отметить, что законодательство о товарных биржах корреспондируется с некоторыми другими законодательными актами. Так, например, согласно статье 30 Закона РК от 12 апреля 2004 г. № 544-ІІ «О регулировании торговой деятельности», биржевая торговля осуществляется в соответствии с законодательством Республики Казахстан о товарных биржах. Статья 12 Закона РК № 303-ІІІ-ЗРК «О государственных закупках» называет в качестве одного из способов осуществления государственных закупок закупки через товарные биржи. Пунктом 1 ст. 36 этого Закона установлено, что государственные закупки через товарные биржи осуществляются в соответствии с законодательством Республики Казахстан о товарных биржах.

В этой связи можно прогнозировать некоторое оживление биржевой торговой деятельности в Казахстане. По мнению специалистов Комитета по регулированию торговой деятельности Министерства индустрии

и торговли РК, Закон будет дополнительным импульсом в развитии конкурентоспособного предпринимательства в сфере биржевой торговли и определенным образом будет способствовать переходу на новые, более современные формы организации торговли /17/.

**Ссылки:**

1. Мороз С.П. *Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник.* – Алматы: Бастау, 2009. С. 145.

2. Уакпаев М.С. *Правовое регулирование деятельности товарных бирж в Республике Казахстан. Автореф... к.ю.н.* – Алматы, 1998. С. 7-8.

3. *Англо-русский словарь / Под ред. О.С. Ахмановой и Е.А.М. Уилсон.* – М.: Русский язык, 1986. С. 79.

4. Сулейменов М.К. *Становление и развитие гражданского законодательства Республики Казахстан.* – Алматы, 2006. С. 69.

5. Там же. С. 71.

6. Подробнее см. наш материал «Имею ли я право управлять магазином, если по утрам покупаю в нем пачку сигарет» // *Экспресс К.*, 13 мая 1994 г.; то же: Климкин С.И. *Развитие законодательства Казахстана о предпринимательстве (сборник статей).* – Алматы: Баспа, 1998. С. 26-30.

7. Уакпаев М.С. *Указ. соч.* С. 6.

8. Так, Законом РК от 2 июня 1997 г. № 115 изменена редакция пункта 1 ст. 29 Указа о ведении биржей бухгалтерского учета и составлении финансовой отчетности в соответствии с законодательством. Законом РК от 10 июля 2003 г. № 483 изменена редакция ст. 20 об определении лицензиара клирингового центра (палаты) (ранее – Национальный банк РК). Законом РК от 20 декабря 2004 г. Указ переименован в Закон, слова «Кабинет министров» заменены словами «Правительство» в соответствующих надеждах, а также косметически изменены статьи 14, 17, 23, 24, 25, 26, касающиеся указания на лицензиара и государственного регулятора товарных бирж (ранее – республиканская комиссия по товарным биржам).

9. По классификации, предложенной М.К. Сулейменовым, – этап резкого ускорения экономической и правовой реформы (см.: Сулейменов М.К. *Указ. соч.* С. 16).

10. *Развитие товарных бирж в Республике Казахстан // Малый и средний бизнес Казахстана, 2007, № 4.* С. 53.

11. Закон был опубликован в «Казахстанской правде» 7 мая 2009 г. Таким образом, он введен в действие с 8 ноября 2009 г.

Примечательный факт: компанией KPMG (ТОО «KPMG Audit») и ТОО «KPMG TAX Advisory») определена иная дата – 7 октября 2009 г. (см.: *Предприниматель и право, 2009, № 17*). Очевидно, что здесь допущены сразу две ошибки: математическая и формально-юридическая. Во-первых, 5 (май-месяц по порядку) + 6 = 11 (ноябрь-месяц по порядку). Во-вторых, согласно ст. 173 ГК РК, течение срока, определяемого периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты или наступления события, которыми определено его начало.

12. Лицензиаром выступает Министерство индустрии и торговли Республики Казахстан (уполномоченный орган).

13. *Спот-товар* – товар, находящийся на складе, с немедленной поставкой или с поставкой его в будущем.

14. *Фьючерсная сделка* – биржевая сделка с уплатой залога, расчеты по которому проводятся через клиринговый центр, совершаемый со срочным контрактом на товарной бирже, с принятием участниками торгов на себя обязательств поставить (принять) определенное количество биржевого товара в определенный период в будущем по цене, установленной в момент заключения сделки.

При этом под клирингом понимается проведение зачета взаимных требований и обязательств между участниками биржевых торгов по сделкам, совершаемым на товарной бирже.

15. *Оptionная сделка* – биржевая сделка, объектом которой является опционный контракт.

16. Под *приказом* понимается документ, представляемый клиентом брокеру и (или) дилеру с указанием осуществления определенного действия на товарной бирже в отношении конкретных биржевых товаров.

17. Развитие товарных бирж в Республике Казахстан // *Малый и средний бизнес Казахстана*, 2007, № 4. С. 53.

## **ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРА ИМУЩЕСТВЕННОГО НАЙМА (АРЕНДЫ)**

**Опубликовано:**

*Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика.*

*Вып. 16 / Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы: ЮРИСТ, 2003;*

*Предприниматель и право, 2003, № 14*

В настоящем материале мы ставим целью провести анализ соответствующих норм Кодекса (глава 29), критику действующей редакции ГК по тем или иным позициям и выработку рекомендаций по его совершенствованию.

В этой связи ниже рассматриваются следующие вопросы:

- о понятии и характеристике договора имущественного найма;
- о форме и сроке договора имущественного найма;
- о регулировании отдельных видов имущественного найма.

При этом делается сравнительный анализ ГК РК с действующим ГК России, ГК Казахской ССР 1963 г. и Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. /1/.

**Понятие и характеристика договора имущественного найма (аренды).**

Легальное определение договора имущественного найма (аренды) содержится в пункте 1 ст. 540 ГК РК: по договору имущественного найма (аренды) наймодаделец обязуется предоставить нанимателю имущество за плату во временное владение и пользование.



Предложенная Кодексом дефиниция отличается не только от российского аналога, но и от определения, содержавшегося в ГК КазССР. Так, ГК РФ вслед за ОГЗ допускает передачу имущества не только во временное владение и пользование, но и лишь во временное пользование. Для сравнения: ГК КазССР предусматривал передачу имущества лишь во временное пользование (ст. 256).

Считаем, что подход российского законодателя к определению понятия этого договора является более верным, поскольку возможность передачи имущества лишь во временное пользование (без передачи права владения) не только соответствует сущности договора имущественного найма, но и допускается самим ГК РК. Так, § 5 анализируемой главы Кодекса посвящен аренде транспортных средств с экипажем. Поскольку члены экипажа сохраняют с арендодателем трудовые отношения (п. 3 ст. 588 ГК), то, согласно ст. 362 ГК, следует признать, что арендуемое транспортное средство остается во владении арендодателя. Арендатор же приобретает лишь право пользования им. Поэтому Кодекс однозначно указал, что экипаж подчиняется только тем распоряжениям арендатора, которые касаются коммерческой эксплуатации транспортного средства, но не связаны с его управлением и технической эксплуатацией.

Также отметим, что Кодекс, определяя договор имущественного найма, как представляется, и в целом оказался непоследовательным. Так, пункт 3 ст. 540 ГК устанавливает, что к договорам имущественного найма относятся договоры лизинга, проката, а также иные виды договоров, связанные с передачей имущества за плату во временное *пользование*, то есть без передачи права владения.

Из определения вытекает, что этот договор по своей характеристике является возмездным, консенсуальным и взаимным (двусторонним). Причем, в отличие от многих других поименованных договоров, аренда, в принципе, не может быть безвозмездной, поскольку в таком случае речь следует вести уже о другом договоре – безвозмездного пользования имуществом (ссуде).

Последнее обстоятельство влечет два важных практических вывода:

а) если в договоре имущественного найма не указана его цена, в силу принципа презумпции возмездности договоров (п. 3 ст. 384 ГК), размер арендной платы определяется по правилам ст. 385 ГК, и в этой связи представляется излишним наличие в Кодексе пункта 1 ст. 546;

б) указание на безвозмездность является существенным условием договора ссуды.

Заметим также, что законодатель не избежал и откровенных редакционных «ляпов» при регулировании имущественных отношений в договоре аренды. Так, согласно подпункту 3) части второй п. 1 ст. 548 ГК, при обнаружении недостатков сданного в наем имущества наниматель вправе

потребовать от наймодателя удержать сумму понесенных им расходов по устранению данных недостатков из платы за пользование имуществом.

Очевидно, что в этом случае допускается смешение прав нанимателя и наймодателя. Но это, скорее, редакционная ошибка, также подлежащая законодательной правке.

### **Форма и срок договора имущественного найма (аренды).**

Этому вопросу посвящена статья 544 ГК РК, которая является показательной хотя бы по той причине, что в различных, как официальных, так и постофициальных (в зависимости от издательства) публикациях пункт 1 этой статьи изложен в разных редакциях.

Итак, статья допускает заключение договора как в устной, так и письменной форме. Письменная форма требуется, если одной из сторон является юридическое лицо, а также если срок договора превышает один год (в иной редакции – если договор заключен на срок не более одного года). Между физическими лицами на срок до одного года договор может быть заключен в устной форме.

Как видим, конструкция статьи в первой редакции оставляет вне правового регулирования вопрос о форме договора имущественного найма, заключенного между гражданами ровно на один год. Во второй же редакции налицо явное противоречие между первым и третьим пунктами.<sup>1</sup>

Следующий вопрос в этой же связи – о соотношении норм Общей и Особенной частей ГК. Статья 152 ГК обязывает совершать в письменной форме сделки на сумму свыше 100 месячных расчетных показателей, за исключением сделок, исполняемых при самом их совершении. Без сомнений, между гражданами может быть заключен договор имущественного найма на срок до одного года, по которому плата превысит 100 МРП. В какой форме должен быть совершен этот договор?

Ответ осложняется конструкциями приведенных статей (статьи 152, 544 ГК), поскольку ни одна из них не содержит оговорки «если иное не предусмотрено настоящим Кодексом и (или) иными законодательными актами». Думается, что этот вопрос может быть решен посредством совершенствования гражданского законодательства.

Нормы о сроках договора аренды, на наш взгляд, также далеки от совершенства как с формальной, так и содержательной стороны. Какой тайный смысл сокрыт в пункте 1 («договор имущественного найма заключается на срок, определенный договором») и части первой п. 2 ст. 545 Кодекса («если договор имущественного найма заключен без указания срока, он считается заключенным на неопределенный срок»)? Изменились бы подходы к этому вопросу, если указанных норм не было? Ответ очевиден.

---

<sup>1</sup> Данное противоречие было устранено Законом РК от 25 марта 2011 г. № 421-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства».

Однако особого анализа и оценки требует статья 557 ГК. Смысл ее сводится к тому, что наниматель при условии надлежащего исполнения своих обязанностей имеет преимущественное право перед другими лицами на пролонгацию договора на равных с ними условиях. Санкцией за нарушение этого правила является возможность перевода на истца (то есть прежнего нанимателя) прав и обязанностей нового нанимателя и возмещения убытков, либо только возмещения убытков наймодателем.

Мы критически оцениваем эту норму. И не только потому, что она, как представляется, просто «механически» перекочевала из законодательства об аренде «перестроечного» периода, но и потому, что напрямую нарушает принцип свободы договора. Нельзя при этом не учитывать и межличностные отношения между сторонами договора. Так, например, если первую половину дня автомобиль находится во владении и пользовании арендатора, а вторую – арендодателя, то для последнего, представляется, личность арендатора может иметь важное значение (присутствующий в автомобиле запах, оставляемые предметы личного характера и т.д.).

С учетом вышеизложенного считаем, что данная норма должна быть из ГК исключена.

### **Регулирование отдельных видов имущественного найма (аренды).**

#### **Лизинг.**

Согласно пункту 1 ст. 565 ГК, по договору лизинга лизингодатель обязуется приобрести в собственность указанное лизингополучателем имущество у продавца и предоставить лизингополучателю это имущество во временное владение и пользование для предпринимательских целей за плату.<sup>1</sup>

Договор лизинга относится к так называемым «новым», урегулированным Гражданским кодексом, договорам, хотя ранее и упоминался в казахстанском законодательстве /2/. Однако его правовая регламентация является крайне запутанной; при этом особые проблемы были привнесены Законом РК от 5 июля 2000 г. «О финансовом лизинге».

Вероятно, именно поэтому в цивилистической литературе суждения о природе лизинга носят противоречивый характер. Так, например, М.К. Сулейменов считает, что «договор лизинга могут заключить три стороны – но в нем будут два договора – лизинга и купли-продажи с продавцом, в котором оговариваются условия поставки оборудования лизингополучателю» /3/. По мнению Р.А. Маметовой, «договор лизинга – комплексный договор, включающий в себя несколько различных договоров» /4/. «При заключении договора лизинга с участием продавца, в таком договоре как едином документе, происходит механическое объединение двух сделок –

---

<sup>1</sup> Законом РК от 5 октября 2018 г. № 184-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам обеспечения единства измерений и стандартизации» слова «для предпринимательских целей» исключены.

купли-продажи и лизинга, что не позволяет признать договор лизинга трехсторонней сделкой» – такова позиция А.Е. Дуйсеновой /5/. В.В. Витрянский отмечает, что «в качестве обязанного лица по договору лизинга, наряду с арендодателем и арендатором, выступает также продавец имущества, являющийся его собственником, не участвующий в договоре лизинга в качестве его стороны» /6/.

В настоящей статье мы не будем рассматривать суждения различных авторов о правовой природе договора лизинга, но лишь тезисно выскажем свою позицию по принципиальным моментам:

– договор лизинга как разновидность договора аренды является двусторонней сделкой; продавец же не может рассматриваться в качестве стороны этого договора;

– следует четко различать понятия «договор лизинга» и «лизинговая операция»; при этом лизинговая операция направлена на исполнение двух договоров: купли-продажи и имущественного найма;

– заключению договора купли-продажи предшествует заключение договора лизинга, в силу которого у лизингодателя возникает обязанность заключить договор с продавцом;

– договор купли-продажи в лизинговой операции следует рассматривать как договор в пользу третьего лица (ст. 391 ГК РК).

**Аренде предприятия, а также зданий и сооружений** ГК уделил незначительный объем нормативного материала (соответственно, §§ 3, 4 главы 29). Тем не менее, все же, считаем возможным высказать некоторые соображения в этой связи:

– представляется методологически неверным расположение параграфа об аренде предприятия перед параграфом, посвященным аренде зданий и сооружений, поскольку, как это следует из пункта 2 ст. 581 ГК, правила § 4 являются общими по отношению к правилам § 3;

– наличие пункта 2 ст. 581 ГК представляется лишним, поскольку параграф, посвященный аренде зданий и сооружений, не содержит норм (за исключением ст. 583), которые могли бы subsidiarily применяться к правилам об аренде предприятия;

– видится спорной установленная Кодексом сама возможность передачи в аренду права на использование фирменного наименования /7/.

### **Аренда транспортных средств.**

Кодекс Российской Федерации содержит положения, посвященные как аренде транспортного средства с предоставлением услуг по его управлению и технической эксплуатации, так и без предоставления таковых. Их принципиальное отличие заключается в решении вопроса о владении транспортным средством и, как следствие – об ответственности за причиненный транспортным средством вред третьим лицам.

В ГК Казахстана, наоборот, содержится лишь один параграф, посвященный аренде транспортного средства с экипажем. При этом аренда транспортного средства без предоставления услуг по управлению и техни-

ческой эксплуатации подчиняется общим положениям Кодекса об аренде (часть вторая ст. 594)<sup>1</sup>.

Вероятно, именно такой подход привел казахстанского законодателя к ошибке, допущенной им при решении вопроса об ответственности за вред, причиненный транспортным средством. Речь идет о статье 593 ГК: ответственность за вред, причиненный третьим лицам арендованным транспортным средством, его механизмами, устройствами, оборудовани-ем и т.п., несет арендатор в соответствии с правилами статьи 931 настоящего Кодекса.

Но названная статья в качестве ответчика называет владельца транспортного средства, а им при аренде с экипажем остается арендодатель.

Не должна менять этого положения и та ситуация, когда бы вред был причинен, например, в результате выполнения экипажем распоряжений арендатора, касающихся коммерческой эксплуатации транспортного средства (п. 3 ст. 588 ГК РК). Перед третьими лицами ответственным должен оставаться арендодатель как владелец, имея при этом право регрессного требования к арендатору при наличии доказательств вины последнего.

### **Прокат.**

Согласно пункту 1 ст. 595 ГК, по договору проката наймода-тель, осуществляющий сдачу движимого имущества внаем в качестве постоянной предпринимательской деятельности, обязуется предоставить нанимателю имущество за плату во временное владение и пользование. Имущество, предоставленное по договору проката, используется для потребительских целей, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из суще-ства обязательства.

В Гражданском кодексе Казахской ССР 1963 г. не уделялось этой раз-новидности договора имущественного найма такого внимания, как это сделано в ГК РК (Особенная часть). Собственно, в прежнем Кодексе на этот счет существовала лишь одна статья – 271 «Типовые договоры иму-щественного найма» следующего содержания: «Типовые договоры по отдельным видам бытового проката утверждаются Советом Министров Казахской ССР. Отступления от условий Типовых договоров, ограничива-ющие права пользователей, недействительны».

Б.В. Покровский отмечал в этой связи, что «основным типовым дого-вором бытового проката, утвержденным Советом Министров Казахской ССР, является Типовой договор проката музыкальных инструментов и бы-товой техники длительного пользования (СДЗ. Т 12. С. 404). Утвержден и типовой договор на прокат легкового автомобиля. Однако в настоящее

---

<sup>1</sup> Законом РК от 25 марта 2011 г. № 421-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенство-вания гражданского законодательства» Гражданский кодекс РК (Особенная часть) до-полнен статьями 594-1, 594-2, 594-3, 594-4, 594-5, 594-6 и 594-7, посвященными регу-лированию договора аренды транспортных средств без экипажа.

время на практике в Казахской ССР проката легковых автомобилей нет по экономическим причинам и неразвитости сервисного обслуживания» /8/.

Действующий ГК по многим позициям иначе подошел к правовому регулированию этой разновидности имущественного найма, благодаря, в том числе, и иным подходам к понятию договора, в целом.

В этой связи необходимо отметить следующие особенности проката:

- публичность;
- законодательное ограничение максимального срока действия в один год;
- нераспространение на него правил о преимущественном праве нанимателя на возобновление договора;
- наличие у нанимателя диспозитивного права на расторжение договора в любое время и возврат наймодателем соответствующей части полученного вознаграждения;
- возложение дополнительных обязанностей на наймодателя, в том числе на проведение как капитального, так и текущего ремонта;
- императивное ограничение прав нанимателя на распоряжение имуществом.

Как видим, особенности проката как разновидности имущественного найма носят принципиальный характер. В этой связи его четкое отграничение от «обычной» аренды крайне необходимо.

Мы считаем, что этот вопрос в Гражданском кодексе не решен. Это способно порождать на практике серьезные споры между сторонами договора.

Причины возможных разногласий вытекают из самого правоотношения. Как мы отмечали выше, прокат, согласно ГК, имеет принципиальные особенности, выражающиеся, в том числе, в наличии ряда императивных норм, вытекающих из существа публичного договора.

В соответствии с пунктами 1, 2 ст. 387 Кодекса, сторонами публичного договора выступают коммерческая организация /9/ и потребитель. Это означает, что исполнение публичного договора коммерческой организацией направлено на удовлетворение личных, домашних, семейных и иных, не связанных с предпринимательской деятельностью, потребностей другой стороны – потребителя. «В данном случае на первый план выступает все та же цель защиты слабой стороны» /10/.

И здесь, как представляется, мы имеем дело с внутренним противоречием норм, регулирующих договор проката, поскольку имущество, предоставленное по договору проката, используется для потребительских целей, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа обязательства (часть вторая п. 1 ст. 595 ГК).

Таким образом, последняя оговорка допускает использование переданного имущества в предпринимательской деятельности /11/. Как верно отмечает В.С. Ем, «вследствие этого правомерен и вывод о том, что помимо

граждан, составляющих основной контингент арендаторов по договору проката, в этом качестве также могут выступать юридические лица и индивидуальные предприниматели» /12/.

Любопытно суждение Г.А. Жайлина на этот счет: «Вследствие этого традиционно потребительский договор модифицируется, сохраняя базовые особенности договора проката, но исключая применение законодательства о защите прав потребителей. При этом хочется отметить, что в целом, деление имущества на «потребительское и непотребительское» является условным... Более того, это деление в принципе не относится к предмету договора, а к соответствующим правам и обязанностям сторон по передаче имущества в прокат» /13/. При этом сам автор в сносках отмечает, что, скорее всего, данное мнение будет спорным.

Считаем, что возможность использования предмета проката в предпринимательской деятельности ломает, рушит сам принцип публичного договора, поскольку существо такого обязательства уже не позволяет использовать схему «сильная сторона – слабая сторона». Однако сам ГК, наоборот, заставляет это делать (на примере норм о невозможности отказа от заключения договора со стороны наймодателя, о праве нанимателя на расторжение договора в любое время и на возврат наймодателем соответствующей части полученного вознаграждения, о возложении дополнительных, причем очень серьезных обязанностей на наймодателя, в том числе по безвозмездному устранению недостатков вещи на месте либо ее замены на другое аналогичное имущество надлежащего состояния и т.п.), ставя, тем самым, одного предпринимателя (нанимателя) в более выгодное положение перед другим (наймодателем).

В этой связи думаем, что законодателю следует исключить из ГК положение о возможности использования предмета проката в предпринимательских целях, сделав такое ограничение квалифицирующим признаком этой разновидности договора имущественного найма и тем самым устранить внутренние противоречия § 6 главы 29 ГК РК.

### **Ссылки:**

1. Отметим, что аренде, помимо ОГЗ 1991 г., в свое время был посвящен и ряд специальных актов законодательства, например, Указ Президиума Верховного Совета СССР от 7 апреля 1989 г. «Об аренде и арендных отношениях», Основы законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде от 23 ноября 1989 г., Закон СССР от 6 марта 1990 г. «О собственности в СССР», Законы Казахской ССР от 22 февраля 1990 г. «Об аренде», от 15 декабря 1990 г. «О собственности в Казахской ССР».

2. См., напр.: Указ Президента РК, и.с.з., от 24 апреля 1995 г. «О налогах и других обязательных платежах в бюджет».

3. Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики. Том 1. Материалы международной научно-практической конференции, посвященной 5-летию НИИЧП КазГЮА / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: КазГЮА, 2000. С. 13.

4. Там же. Том 2. С. 97.
5. Дуйсенова А.Е. Договор лизинга по законодательству Республики Казахстан: Автореф. дисс... к.ю.н. – Алматы, 2006. С. 9.
6. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. С. 582.
7. Подробнее об этом см.: Климкин С.И. Юридическое лицо как объект гражданских прав // Актуальные проблемы современного гражданского права. Выпуск 2. Том 1. Материалы ежегодной республиканской научно-теоретической конференции аспирантов и соискателей / Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы: КазГЮУ, 2002. С. 87-90; то же: Климкин С.И. Юридические лица (сборник статей). – Алматы: НОРМА-К, 2004. С. 43-47.
8. Комментарий к Гражданскому кодексу Казахской ССР / Под ред. Ю.Г. Басина, Р.С. Тазутдинова. – Алма-Ата: Казахстан, 1990. С. 352.
9. Нами и ранее высказывались суждения о некорректности законодателя, упоминающего в этой связи лишь коммерческую организацию. Считаем, что речь должна идти о родовом понятии «предприниматель», включающем в себя и индивидуального предпринимателя как сильной стороны в публичном договоре.
10. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1997. С. 198.
11. По этому вопросу ошибку допускает В.В. Витрянский, отмечающий, что полученное по договору проката имущество может использоваться арендатором лишь для потребительских целей (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. – М.: Статут, 2000. С. 499), хотя конструкция части второй п. 1 ст. 626 ГК РФ полностью совпадает с соответствующей нормой казахстанского Кодекса.
12. Гражданское право: В 2 т. Том 2. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 1999. С. 386.
13. Жайлин Г.А. Гражданское право Республики Казахстан. Часть Особенная. Том 1. – Алматы: Данекер, 2001. С. 214-215.

## АРЕНДА ТРАНСПОРТНЫХ СРЕДСТВ

**Опубликовано:**

Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика.  
Вып. 48: Улгі: Аренда. Земельные споры  
/ Под ред. К.А. Мами, Д.С. Амирова, А.Г. Диденко. –  
Алматы: Раритет, 2016

### **Понятие транспорта и транспортного средства. Транспортное законодательство Республики Казахстан.**

Прежде чем перейти к рассмотрению положений § 5 Главы 29 ГК РК, необходимо определить, что подпадает под понятия «транспорт» и «транспортное средство».



Подпунктом 6) ст. 1 Закона РК от 21 сентября 1994 г. № 156-ХІІІ «О транспорте в Республике Казахстан» (далее – Закон о транспорте) установлено, что транспорт Республики Казахстан – это зарегистрированный на территории Республики Казахстан железнодорожный, автомобильный, морской, внутренний водный, воздушный, городской рельсовый, а также находящийся на территории Республики Казахстан магистральный трубопроводный транспорт.

Соответственно, помимо указанного Закона, правовое регулирование отдельных видов транспорта осуществляется следующими Законами РК:

– от 08 декабря 2001 г. № 266-ІІ «О железнодорожном транспорте» (далее – Закон о железнодорожном транспорте);

– от 04 июля 2003 г. № 476-ІІ «Об автомобильном транспорте» (далее – Закон об автомобильном транспорте);

– от 17 января 2002 г. № 284-ІІ «О торговом мореплавании» (далее – Закон о торговом мореплавании);

– от 06 июля 2004 г. № 574-ІІ «О внутреннем водном транспорте» (далее – Закон о внутреннем водном транспорте);

– от 15 июля 2010 г. № 339-ІV «Об использовании воздушного пространства Республики Казахстан и деятельности авиации» (далее – Закон об использовании воздушного пространства).

Законодательный акт о городском рельсовом транспорте в Казахстане не принят.

Что касается магистрального трубопроводного транспорта, то под ним, согласно подпункту 5) ст. 1 Закона РК от 22 июня 2012 г. № 20-V «О магистральном трубопроводе», понимается единый производственно-технологический комплекс, состоящий из линейной части и объектов, обеспечивающих безопасную транспортировку продукции, соответствующий требованиям технических регламентов и национальных стандартов.

Таким образом, поскольку магистральный трубопровод не является в буквальном смысле транспортным средством, а само его отнесение к транспорту довольно условно, указанный Закон в настоящем материале не используется и не анализируется.

Указанными законодательными актами определены следующие виды транспортных средств (основные понятия):

**Законом о транспорте:**

городской рельсовый транспорт – вид транспорта (метрополитен, трамвай, легкорельсовый, монорельсовый транспорт), предназначенный для перевозки пассажиров по рельсам в границах города и пригородной зоне;

легкорельсовый транспорт – вид городского рельсового транспорта, осуществляющего регулярные социально значимые перевозки пассажиров и багажа по отдельно выделенным путям и характеризующегося меньшими, чем у метрополитена и железной дороги, габаритами, грузоподъемностью и скоростью сообщения;

метрополитен – вид городского рельсового транспорта, осуществляющего регулярные социально значимые перевозки пассажиров и багажа по путям, изолированным (отделенным, не имеющим одноуровневых пересечений) от линий иных видов транспорта и прохода пешеходов к ним.

#### **Законом о железнодорожном транспорте:**

вагон – несамоходное прицепное транспортное средство, предназначенное для перевозки по железнодорожным путям;

поезд – сформированный и сцепленный состав вагонов с одним или несколькими действующими тяговыми транспортными средствами (локомотивами или моторвагонными подвижными составами), имеющий установленные сигналы, локомотивы без вагонов, моторные вагоны и специальный самоходный подвижной состав, следующие по определенному Национальным оператором инфраструктуры маршруту;

подвижной состав – тяговые транспортные средства (локомотивы), вагоны, самоходные и иные транспортные средства, предназначенные для перевозки по железнодорожным путям пассажиров, багажа, грузов, грузо-багажа и почтовых отправлений,

специальный подвижной состав – самоходные и несамоходные железнодорожные транспортные средства, предназначенные для производства работ по содержанию, обслуживанию, восстановлению и ремонту магистральной железнодорожной сети и подъездных путей.

#### **Законом об автомобильном транспорте:**

автомобильное транспортное средство – единица подвижного состава автомобильного транспорта, включающего автобусы, микроавтобусы, легковые и грузовые автомобили, троллейбусы, автомобильные прицепы, полуприцепы к седельным тягачам, а также специализированные автомобили (предназначенные для перевозки определенных видов грузов) и специальные автомобили (предназначенные для выполнения различных преимущественно нетранспортных работ);

автобус – автомобильное транспортное средство, предназначенное для перевозки пассажиров и багажа, имеющее более восьми мест для сидения, исключая место водителя;

легковой автомобиль – автотранспортное средство, предназначенное для автомобильной перевозки пассажиров и багажа и имеющее не более восьми мест для сидения, исключая место водителя;

микроавтобус – автобус особо малого класса, имеющий не более шестнадцати мест для сидения, исключая место водителя, предусмотренных заводом-изготовителем;

такси – легковой автомобиль, предназначенный для автомобильной перевозки пассажиров и багажа, оборудованный в соответствии с Правилами перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом.

### **Законом о торговом мореплавании:**

судно – самоходное или несамоходное плавучее сооружение, включая неводоизмещающее судно и гидросамолет, используемые в целях торгового мореплавания;

грузовое судно – судно, не являющееся пассажирским, предназначенное для перевозки грузов;

пассажирское судно – судно, предназначенное для перевозки и перевозящее более двенадцати пассажиров;

маломерное судно – судно длиной не более двадцати метров с допустимым количеством людей на борту не более двенадцати человек, кроме судов, построенных или оборудованных для рыболовства, перевозки грузов, буксировки, проведения поиска, разведки и добычи полезных ископаемых, строительных, путевых, гидротехнических и других подобных работ, лоцманской и ледокольной проводки, а также осуществления мероприятий по защите водных объектов от загрязнения и засорения;

буксирное судно – судно, предназначенное для буксировки и кантовки других судов и плавучих сооружений;

нефтеналивное судно – грузовое судно, построенное или приспособленное для перевозки и хранения нефти и нефтепродуктов;

плавучая буровая установка – судно (плавучее сооружение), предназначенное для выполнения буровых работ по разведке и (или) добыче подземных ресурсов морского дна.

### **Законом о внутреннем водном транспорте:**

судно – судно внутреннего водного плавания, самоходное или несамоходное плавучее сооружение, используемое в целях судоходства, в том числе судно плавания «река – море», паром, судно технического флота (дноуглубительный и дноочистительный снаряды, плавучий кран и другие технические сооружения подобного рода), находящиеся под техническим наблюдением Регистра судоходства;

пассажирское судно – судно, предназначенное для перевозки более двенадцати пассажиров;

судно плавания «река-море» – судно, которое по своим техническим характеристикам пригодно и в установленном порядке допущено к эксплуатации в целях судоходства по морским и внутренним водным путям;

маломерное судно – судно длиной не более двадцати метров с допустимым количеством людей на борту не более двенадцати человек, кроме судов, построенных или оборудованных для рыболовства, перевозки грузов, буксировки, проведения поиска, разведки и добычи полезных ископаемых, строительных, путевых, гидротехнических и других подобных работ, лоцманской и ледокольной проводки, а также осуществления мероприятий по защите водных объектов от загрязнения и засорения.

дебаркадер – плавучий причал, предназначенный для швартовки и обслуживания пассажирских или грузовых судов.

### **Законом об использовании воздушного пространства:**

воздушное судно – аппарат, поддерживаемый в атмосфере за счет его взаимодействия с воздухом, исключая взаимодействие с воздухом, отраженным от земной (водной) поверхности;

вертолет – воздушное судно тяжелее воздуха, которое поддерживается в полете в основном за счет реакции воздуха с одним или несколькими несущими винтами, вращаемыми силовой установкой вокруг осей, находящихся примерно в вертикальном положении;

самолет – воздушное судно тяжелее воздуха, приводимое в движение силовой установкой, подъемная сила которого в полете создается в основном за счет аэродинамических реакций на поверхностях, остающихся неподвижными в данных условиях полета.

### **Общие положения о регулировании аренды транспортных средств с экипажем в ГК РК.**

Параграф 5 Главы 29 ГК изложен по состоянию на 9 апреля 2016 г.

Со дня принятия ГК РК (Особенная часть) в этот параграф вносились изменения и дополнения лишь один раз – Законом РК от 25 марта 2011 г. № 421-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства».

До внесения изменений и дополнений комментируемый параграф включал в себя десять статей, посвященных только аренде транспортного средства с экипажем.

Лишь частью второй ст. 594 ГК предусматривалось, что аренда транспортного средства без предоставления услуг по управлению и технической эксплуатации (аренда транспортных средств без экипажа) подчиняется общим положениям настоящего Кодекса о договоре имущественного найма.

Из этого следует вывод о том, что целью внесения изменений и дополнений указанным Законом в комментируемый параграф являлось установление особенностей аренды транспортного средства с экипажем и без экипажа.

Следует признать, что эта попытка в полной мере не удалась.

Ниже мы проводим анализ некоторых статей ГК, посвященных аренде транспортных средств с экипажем.

Согласно пункту 1 ст. 585 ГК РК, по договору аренды (фрагтования на время) транспортного средства с предоставлением услуг по управлению и технической эксплуатации (договор аренды транспортного средства с экипажем) арендодатель обязан предоставить арендатору транспортное средство за плату во временное владение и пользование и оказывать своими силами услуги по управлению им и по его технической эксплуатации.

Таким образом, статья 585 ГК использует и другое название этого договора: фрахтование на время. Представляется, что данное обстоятельство способно порождать коллизию в применении к соответствующим правоотношениям положений комментируемых норм ГК и транспортного законодательства.

Так, в соответствии с частью первой ст. 691 ГК, по договору фрахтования (чартера) одна сторона (фрахтовщик) обязуется предоставить другой стороне (фрахтователю) за плату всю или часть вместимости одного или нескольких транспортных средств на один или несколько рейсов для перевозки пассажиров, багажа и грузов.

При этом, согласно подпункту 53-1) ст. 1 Закона РК об использовании воздушного пространства, договор фрахтования (чартера) – договор перевозки (фрахта), по которому арендодатель (фрахтовщик) обязан предоставить арендатору (фрахтователю) всю вместимость или часть вместимости одного воздушного судна (или нескольких судов) за плату во временное владение и пользование на один или несколько рейсов для перевозки пассажиров, багажа, груза, почтовых отправок или других целей и оказывать своими силами услуги по управлению им и по его технической эксплуатации.

Таким образом, Закон об использовании воздушного пространства допустил смешение двух видов договоров: аренды и перевозки. В этой связи думаем, что судебная практика должна проводить четкое разграничение в применении законодательства об этих видах договоров, исходя из существа возникших отношений: в отношениях между арендодателем и арендатором в части аренды транспортного средства (его части) применению подлежат нормы об аренде, в отношениях же, касающихся самой перевозки – нормы транспортного законодательства.

Более продуманным в этом вопросе является Закон РК о торговом мореплавании, в котором используются термины «бербоут-чартер» и «тайм-чартер». При этом, в соответствии с подпунктами 4) и 47) ст. 1 указанного Закона, под бербоут-чартером понимается вид договора фрахтования, по которому фрахтовщик обязуется за обусловленную плату (фрахт) предоставить фрахтователю во владение и пользование на определенный срок судно или несколько судов, не снаряженные и не укомплектованные экипажем для перевозки пассажиров, багажа и грузов и иных целей торгового мореплавания. Тайм-чартер – договор фрахтования судна на время, по которому фрахтовщик обязуется за обусловленную плату (фрахт) предоставить фрахтователю судно и услуги членов экипажа судна в пользование на определенный срок для перевозки пассажиров, багажа и грузов и иных целей торгового мореплавания.

Как видим, определяя два вида аренды морского транспортного средства, этот закон не использует термин «перевозка».

В Законе РК о внутреннем водном транспорте используется термин «аренда судна» (с экипажем или без экипажа).

Законами РК о железнодорожном транспорте и об автомобильном транспорте аренда этих видов транспорта особо не регулируется.

Нами в свое время уже критиковалось само понятие договора аренды, содержащееся в пункте 1 ст. 540 ГК РК /1/. Отмечалось, что существующая в Кодексе дефиниция отличается не только от своего российского аналога, но и от определения, содержавшегося в ГК КазССР 1963 г. Так, ГК РФ вслед за Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. допускает передачу имущества не только во временное владение и пользование, но и лишь во временное пользование. ГК КазССР предусматривал передачу имущества лишь во временное пользование.

Считаем, что подход российского законодателя к определению понятия этого договора является более верным, поскольку возможность передачи имущества лишь во временное пользование (без перехода к арендатору права владения) не только соответствует сущности договора имущественного найма, но и допускается самим ГК РК.

Наиболее ярко данное обстоятельство проявляется в положениях анализируемого параграфа 5 Главы 29 Кодекса об аренде транспортного средства с экипажем.

Поскольку члены экипажа сохраняют с арендодателем трудовые отношения (п. 3 ст. 588 ГК), то, согласно ст. 362 ГК, следует признать, что арендуемое транспортное средство остается во владении арендодателя. Арендатор же приобретает лишь право пользования им. Поэтому в ГК однозначно указано, что экипаж подчиняется только тем распоряжениям арендатора, которые касаются коммерческой эксплуатации транспортного средства, но не связаны с его управлением и технической эксплуатацией.

При этом отметим, что Кодекс, определяя договор имущественного найма, и в целом оказался непоследовательным.

Так, пункт 3 ст. 540 ГК устанавливает, что к договорам имущественного найма также относятся договоры лизинга, проката, а также иные виды договоров, связанные с передачей имущества за плату во временное пользование.

### **Понятие экипажа.**

В ГК РК понятие экипажа не содержится.

Пунктом 1 ст. 56 Закона об использовании воздушного пространства установлено, что экипажем воздушного судна являются лица авиационного персонала, которым в порядке, установленном уполномоченным органом в сфере гражданской авиации или уполномоченным органом в сфере государственной авиации, поручено исполнение определенных обязанностей по управлению и обслуживанию воздушного судна по выполнению

полетов. Экипаж гражданского воздушного судна состоит из летного экипажа и экипажа, кроме летного, включая кабинный экипаж.

Статьей 22 Закона о торговом мореплавании предусмотрено, что в состав экипажа судна входят капитан судна, другие лица командного состава судна и судовая команда. К командному составу судна относятся помощники капитана судна, механики, электромеханики, радиоспециалисты и врачи. Уполномоченным органом к командному составу судна могут быть отнесены также другие специалисты. Судовая команда состоит из лиц, не относящихся к командному составу судна.

Статьей 33 Закона о внутреннем водном транспорте установлено, что экипаж судна состоит из лиц командного состава судна, судовой команды, а на пассажирских судах – также из персонала, обслуживающего пассажиров судна. К командному составу судна относятся капитан судна, командир дноуглубительного или дноочистительного снаряда, их помощники, механики и электромеханики, помощники механиков и электромехаников, радиоспециалисты и врачи. Судовая команда состоит из работающих на судне лиц, не относящихся к командному составу судна и персоналу, обслуживающему пассажиров судна.

При этом, согласно статьям 141, 142 Трудового кодекса РК 23 ноября 2015 г. № 414-V, труд работников, относящихся к авиационному персоналу гражданской и экспериментальной авиации, непосредственно связанному с безопасностью полетов, регулируется настоящим Кодексом с особенностями, предусмотренными Законом Республики Казахстан «Об использовании воздушного пространства Республики Казахстан и деятельности авиации» и иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан, устанавливающими особые нормы продолжительности режима рабочего времени и времени отдыха, с учетом международных стандартов и нормативов в области гражданской авиации. Труд работников, относящихся к членам экипажей морских судов (плавательный состав), регулируется настоящим Кодексом с особенностями, предусмотренными Законом Республики Казахстан «О торговом мореплавании» и иными нормативными актами Республики Казахстан, устанавливающими особенности регулирования труда, оплаты труда, рабочего времени и времени отдыха членов экипажей морских судов (плавательный состав).

### **Обязанности арендодателя в договоре аренды транспортного средства с экипажем.**

При аренде транспортного средства с экипажем в обязанности арендодателя входят:

– предоставить арендатору транспортное средство за плату во временное владение и пользование (хотя, как было установлено выше, при таком виде аренды право владения транспортным средством к арендатору не переходит);

– оказывать своими силами услуги по управлению им и по его технической эксплуатации /2/;

– в течение всего срока действия договора поддерживать надлежащее состояние транспортного средства, включая осуществление текущего и капитального ремонта и предоставление необходимых принадлежностей;

– нести расходы по оплате услуг и содержанию членов экипажа, если иное не предусмотрено договором;

– нести расходы по оплате топлива и других расходуемых в процессе эксплуатации материалов, по оплате сборов и другие расходы, возникающие в связи с коммерческой эксплуатацией транспортного судна, если это предусмотрено договором;

– страховать транспортное средство и/или осуществлять обязательное страхование ответственности за причинение ущерба, если иное не предусмотрено договором;

– выполнять иные обязанности, предусмотренные договором.

В соответствии с пунктом 1 ст. 594-1 ГК РК, **по договору аренды транспортного средства без экипажа** арендодатель предоставляет арендатору транспортное средство за плату во временное владение и в пользование без оказания услуг по управлению им и его технической эксплуатации.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что ГК использует термин «предоставляет». Это не вполне верно, поскольку по своей правовой природе договор аренды является консенсуальным в отличие, например, от договоров дарения, займа, факторинга, которые, по общему правилу, являются реальными договорами.

Консенсуальность договора аренды означает, что он считается заключенным, когда между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным его условиям (часть первая п. 1 ст. 393 ГК РК).

В этой связи правильнее говорить не о «передаче», а об «обязанности передать» транспортное средство.

Как и при аренде транспортного средства с экипажем, так и без такового, ГК требует оформления договора в письменной форме независимо от его срока. Таким образом, по отношению к статье 544 ГК РК, указанные требования к форме договора являются специальными и соответствуют подпункту 3) п. 1 ст. 152 ГК РК.

Поскольку к арендатору в полной мере переходит право владения, ГК говорит в основном об обязанностях арендатора.

К таковым относятся:

– в течение всего срока действия договора поддерживать надлежащее состояние транспортного средства, включая осуществление текущего и капитального ремонта в случае, если иное не предусмотрено договором:



– если иное не предусмотрено договором, нести расходы на содержание транспортного средства, его страхование, включая страхование своей ответственности, а также расходы, возникающие в связи с его эксплуатацией.

### **Договоры об использовании транспортного средства. Ответственность за вред, причиненный арендованным транспортным средством.**

В обоих случаях (при аренде транспортного средства с экипажем и без экипажа) ГК РК допускает возможность заключения арендатором договоров с третьими лицами об использовании транспортного средства.

Однако условия заключения таких договоров различаются.

Так, согласно ст. 591 ГК, при аренде транспортного средства с экипажем арендатор обладает правом без согласия арендодателя заключать с третьими лицами договоры перевозки и иные договоры, связанные с использованием транспортного средства, если они не противоречат целям его использования, указанным в договоре аренды и назначению транспортного средства.

При аренде же транспортного средства без экипажа арендатор вправе заключать с третьими лицами договоры субаренды в случае, если это право не ограничено договором аренды (ст. 594-5 ГК РК).

Особого внимания заслуживает вопрос об ответственности за вред, причиненный арендованным транспортным средством.

Ему посвящены две статьи Кодекса – при аренде с экипажем (ст. 593) и без экипажа (ст. 595-6), причем обе статьи текстуально полностью совпадают.

Итак, в обоих случаях ответственность за вред, причиненный арендованным транспортным средством третьим лицам, возлагается на арендатора по правилам статьи 931 ГК РК.

Согласно части второй п. 1 ст. 931 ГК РК, обязанность возмещения вреда возлагается на юридическое лицо или гражданина, которые владеют источником повышенной опасности на праве собственности, праве хозяйственного ведения либо на другом законном основании (договоре имущественного найма, доверенности на право управления транспортным средством, в силу распоряжения компетентного органа о передаче источника и т.п.).

Представляется, что ключевым в этой традиционной юридической конструкции является слово «владеют».

В соответствии с частью второй п. 2 ст. 188 ГК РК, право владения представляет собой юридически обеспеченную возможность осуществлять фактическое обладание имуществом.

И в этой связи обоснованность возложения ответственности по возмещению вреда, причиненного транспортным средством третьим лицам, на

арендатора при аренде транспортного средства без экипажа сомнений не вызывает.

При аренде транспортного средства с экипажем ситуация иная. Как указывалось выше, при таком виде аренды техническое управление транспортным средством осуществляется экипажем, предоставленным арендодателем. Согласно пункту 3 ст. 588 ГК РК, члены экипажа сохраняют трудовые отношения с арендодателем. Они подчиняются распоряжениям арендодателя, относящимся к управлению и технической эксплуатации, и распоряжениям арендатора, касающимся коммерческой эксплуатации транспортного средства.

В соответствии с пунктом 1 ст. 921 ГК РК, юридическое лицо или гражданин возмещает вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей.

Таким образом, нам видится ошибочным положение ГК о возложении ответственности за причинение вреда транспортным средством третьим лицам при аренде транспортного средства с экипажем также на арендатора.

Заслуживает внимание подход к этому вопросу в ГК Российской Федерации. Так, согласно статье 640 ГК РФ, ответственность за вред, причиненный третьим лицам арендованным транспортным средством с экипажем, его механизмами, устройствами, оборудованием, несет арендодатель в соответствии с правилами, предусмотренными главой 59 настоящего Кодекса. Он вправе предъявить к арендатору регрессное требование о возмещении сумм, выплаченных третьим лицам, если докажет, что вред возник по вине арендатора.

Каков выход из этой ситуации? Думается, что до внесения необходимых поправок к ГК РК, судам при возникновении таких ситуаций следует руководствоваться исключительно статьей 931 Гражданского кодекса от ответственности владельца транспортного средства, и возлагать ее на арендодателя.

#### **Ссылки:**

1. Климкин С.И. *Правовое регулирование договора имущественного найма (аренды) в ГК РК / Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 16 / Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы: ЮРИСТ, 2003. С. 26-27.*

2. *ГК РК использует два термина, не давая при этом их расшифровки: «техническая эксплуатация» и «коммерческая эксплуатация».*

*Представляется, что под технической эксплуатацией следует понимать использование транспортного средства с учетом его предназначения и поддержание в исправном техническом состоянии. Коммерческая эксплуатация – это использование транспортного средства в целях извлечения дохода, не связанное с его технической эксплуатацией.*

## РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРА ЗАЙМА ГРАЖДАНСКИМ КОДЕКСОМ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН. ОСОБЕННОСТИ ОНЛАЙН-ЗАЙМА

*Опубликовано:*

*Zakon.kz, 2 мая 2018 г.*

27 апреля 2018 г. в Алматинском городском суде состоялся «круглый стол» (модератор – Председатель Алматинского городского суда г-н Абдиканов Н.А.) с участием судей г. Алматы различных уровней, представителей ряда арбитражей и арбитров, профессорско-преподавательского состава, ассоциации «ФинТех», организаций по предоставлению онлайн-займов и других заинтересованных лиц.

Тема «круглого стола»: «Правовые вопросы и практические проблемы исполнения договоров займа, заключенных компаниями, не имеющими статус микрофинансовых организаций».

В этой связи считаем возможным высказать свои суждения по обозначенному вопросу, вкратце уже озвученные нами в выступлении на этом мероприятии.

Начнем с того, что первые поправки в ГК РК были связаны именно с банковской деятельностью. 31 августа 1995 г. вместе с Указом Президента РК, и.с.з., № 2444 «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» Президентом РК был издан Указ, и.с.з., № 2447 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты».

Этим Указом статья 3 ГК РК (Общая часть) была дополнена новым пунктом 3 следующего содержания: «Отношения, связанные с созданием, деятельностью, реорганизацией, банкротством и ликвидацией банков, отчетностью и аудиторской проверкой деятельности банков, лицензированием отдельных видов банковских операций, регулируются настоящим кодексом в части, не противоречащей действующему банковскому законодательству».

Данное обстоятельство вызвало крайне негативную реакцию со стороны казахстанских цивилистов, а известному юристу Виталию Воронову даже дало повод опубликовать статью «Гражданский кодекс умер в четверг» (при этом мы полагаемся лишь на свою память).

Законом РК от 2 марта 1998 г. № 211-І «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) и в постановление Верховного Совета Республики Казахстан «О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть)» пункт 3 ст. 3 ГК был изложен в следующей редакции:

«3. Отношения, связанные с созданием, реорганизацией, банкротством и ликвидацией банков, контролем за банковской деятельностью и ее ауди-

торской проверкой, лицензированием отдельных видов банковских операций, регулируются настоящим Кодексом в части, не противоречащей законодательным актам, регулиующим банковскую деятельность.

Отношения между банками и их клиентами, а также отношения между клиентами через банки регулируются гражданским законодательством в порядке, установленном пунктом 2 настоящей статьи».

В последующем часть первая пункта 3 ст. 3 ГК правилась Законами РК от 15 января 2001 г. № 141-II «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам хлебоприемных предприятий» и от 11 июля 2009 г. № 185-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования законодательства Республики Казахстан о платежах и переводах денег, бухгалтерском учете и финансовой отчетности финансовых организаций, банковской деятельности и деятельности Национального Банка Республики Казахстан».

При этом отметим, что уполномоченным министерством делались определенные «движения» в соответствующем направлении в связи с Законом РК от 21 июля 2007 г. № 298-III «О развитии хлопковой отрасли» с целью придания особого правового статуса хлопкоперерабатывающим предприятиям по аналогии с хлебоприемными предприятиями. Но эти намерения воплощены в ГК не были.

Что же касается части второй п. 3 ст. 3 ГК РК, то со дня ее введения в Гражданский кодекс она ни разу не подвергалась изменениям и действует в первоначальной редакции: «Отношения между банками и их клиентами, а также отношения между клиентами через банки регулируются гражданским законодательством в порядке, установленном пунктом 2 настоящей статьи».

Таким образом, в Законе РК № 211-I от 2 марта 1998 г. был воплощен разумный компромисс, позволивший отграничить предмет правового регулирования банковского законодательства от предмета гражданского законодательства. При этом, согласно пункту 1 ст. 4 Закона РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан», банковское законодательство Республики Казахстан основывается на Конституции РК, состоит из настоящего Закона и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан. Частью первой ст. 4 Закона РК «О Национальном Банке Республики Казахстан» установлено, что Национальный Банк Казахстана на основании и во исполнение законов Республики Казахстан по вопросам, отнесенным к его компетенции, издает нормативные правовые акты, обязательные для исполнения всеми финансовыми организациями, потребителями финансовых услуг, другими физическими и юридическими лицами на территории Республики Казахстан.

В соответствии с подпунктом 19) статьи 8 Закона РК «О Национальном Банке Республики Казахстан», им осуществляется регулирование, контроль и надзор финансового рынка и финансовых организаций, а также иных лиц в соответствии с настоящим Законом и иными законами Республики Казахстан.

Немного особняком от банков и организаций, осуществляющих отдельные виды банковских операций, расположились микрофинансовые организации и кредитные товарищества, деятельность которых регулируется отдельными законами.

Стоят особняком, но все равно рядом. Именно рядом, поскольку в соответствии с пунктом 2 ст. 718 ГК РК (Особенная часть) защита прав заемщиков банков, организаций, осуществляющих отдельные виды банковских операций, микрофинансовых организаций и кредитных товариществ обеспечивается путем установления предельного размера годовой эффективной ставки вознаграждения, включающей вознаграждение, все виды комиссий и иные платежи, взимаемые заимодателем в связи с выдачей и обслуживанием займа, и рассчитываемой в порядке, определенном законодательством Республики Казахстан. Предельный размер годовой эффективной ставки вознаграждения определяется нормативным правовым актом Национального Банка Республики Казахстан.

Постановлением Правления Национального Банка РК от 24 декабря 2012 г. № 377 «Об утверждении предельного размера годовой эффективной ставки вознаграждения» этот размер установлен в 56%.

Отсюда следует важный вывод: займы, выдаваемые лицами, не являющимися банками, организациями, осуществляющими отдельные виды банковской деятельности, микрофинансовыми организациями или кредитными товариществами, не подпадают под действие п. 2 ст. 718 ГК РК, а значит и Постановления Правления Национального банка РК от 24 декабря 2012 г. № 377.

Таким образом, деятельность этих лиц в части выдачи займов и их отношения с заемщиками регулируются гражданским законодательством, включая положения главы 36 ГК РК, и основываются на общих гражданско-правовых принципах, в том числе принципе свободы договора, включая свободу определения его условий (п. 2 ст. 2, часть первая п. 1 ст. 382 ГК РК (Общая часть)).

Поэтому законными и обоснованными являются выносимые апелляционной судебной коллегией по гражданским делам Алматинского городского суда постановления, которыми изменяются (отменяются в части) решения нижестоящих судов по таким основаниям, как:

– на такие правоотношения не распространяется запрет для граждан и юридических лиц на привлечение денег в виде займа от граждан в качестве предпринимательской деятельности (п. 3 ст. 715 ГК РК), поскольку в указанной норме речь идет не о выдаче займов, а об их получении;

– иные лица, не перечисленные в подпункте 8) п. 2 ст. 30 Закона РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан», вправе заключать договоры займа в рамках гражданского законодательства без получения лицензии уполномоченного органа;

– Закон РК «О государственном регулировании и надзоре финансового рынка и финансовых организаций» не регулирует правоотношения между гражданами, а также юридическими лицами, не являющимися финансовыми организациями, в том числе по вопросу заключения между ними договоров займа денег;

– в силу п. 1 ст. 718 ГК РК, если иное не предусмотрено законодательными актами РК или договором, за пользование предметом займа заемщик выплачивает вознаграждение займодателю в размерах, определенных договором;

– к таким договорам не подлежит применению установленный Национальным Банком РК предельный размер годовой эффективной ставки вознаграждения.

При этом очевидным представляется тот факт, что такого рода отношения в силу своих особенностей, а также их динамичного развития требуют специального урегулирования, в том числе Гражданским кодексом (в части определения особенностей онлайн-займа), постановлением Правления Национального Банка (в части установления предельной годовой эффективной ставки вознаграждения), с последующей регламентацией локальными актами саморегулируемой организации в области предоставления онлайн-займов.

Однако, не ставя под сомнение законность заключенных ранее договоров онлайн-займа, мы разделяем озабоченность судей отдельными условиями этих договоров. Речь идет о размерах вознаграждения и неустойки.

Так, судя по тем договорам, которые имеются в нашем распоряжении, размер вознаграждения за пользование предметом займа установлен в 2% в день от суммы займа. В годовом исчислении это составляет 730%. Кстати, ознакомление с судебными решениями выявило в ряде случаев отсутствие «дружбы» судей с цифрами (см. на [Zakon.kz](http://Zakon.kz) наш материал «Гражданское право и цифры»).

В этой связи на «круглом столе» из уст судей прозвучали слова о кабальности таких договоров. Хотелось бы отметить, что в данных случаях использование выражений «долговая кабала», «долговое рабство», «выбивание долгов коллекторами» и т.п. является нежелательным, поскольку это не правовые категории, и спорные ситуации подлежат разрешению не «по понятиям», в том числе о добре и зле.

С точки же зрения законодательства для признания сделки кабальной (п. 9 ст. 159 ГК РК) суду необходимо установить наличие трех условий:

– лицо было вынуждено заключить сделку вследствие стечения тяжелых обстоятельств;

– условия сделки были крайне невыгодны;

– другая сторона в сделке этим воспользовалась.

Названные условия являются традиционными (ст. 53 ГК Казахской ССР) и подробно проанализированы в юридической литературе. Поэтому важно лишь подчеркнуть, что судом должно быть установлено одновременное наличие всех трех условий. При этом очевидно, что с учетом оценочности указанных обстоятельств в таких ситуациях резко возрастает роль так называемого судебного усмотрения.

Еще одно основание для критики судьями таких договоров – размеры неустойки за неисполнение (ненадлежащее исполнение) заемщиком обязательств по возврату предмета займа.

Так, например, в одном случае (дело № 2а-1302/2017) при сумме займа в 20 000 тенге неустойка, слагаемая из штрафа 5000 тенге и пеней в размере 3% суммы долга в день, составила 58 700 тенге; в другом (дело № 2а-1306-2017) – при сумме займа 7 000 тенге неустойка равнялась 22 300 тенге. Еще в одном случае (дело № 2а-288/2018) соотношение размеров основного долга и неустойки было таково: 30 000 тенге и 86 000 тенге. Во всех указанных случаях просрочка составляла 90 дней.

Апелляционная коллегия по гражданским делам Алматинского городского суда, отменяя решения судов первой инстанции об отказе во взыскании неустоек, уменьшила заявленные истцами их размеры и взыскала, соответственно 7 000 тенге и 2 230 тенге. В третьем случае апелляционная жалоба без каких-либо обоснований (!) была оставлена без удовлетворения.

Уменьшая размеры подлежащих взысканию неустоек, коллегия применяла ст. 297 ГК РК.

В этой связи судам (арбитражам) необходимо обращать внимание на следующие моменты:

1. Неустойка должна быть чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора.

Во-первых, «чрезмерность» является оценочным понятием, и от субъективной оценки судом (арбитражем) размера этой «чрезмерности» зависит и размер уменьшения неустойки. Во-вторых, истец-заемщик прямо заинтересован в предоставлении суду (арбитражу) обоснования убытков, возникших у него вследствие неисполнения (ненадлежащего исполнения) ответчиком-заемщиком обязательства по возврату предмета займа.

2. Суд (арбитраж) должен учитывать степень выполнения должником своих обязательств.

Это означает, что одного лишь факта «чрезмерности» неустойки не достаточно для автоматического уменьшения ее размера. Должник-заемщик

обязан доказать, какие меры им были предприняты для надлежащего исполнения своих обязательств.

3. Суд (арбитраж) также должен иметь в виду заслуживающие внимания интересы должника и кредитора.

В данном случае следует учитывать и иные, не обязательно связанные с взыскиваемой неустойкой, обстоятельства.

4. Законом РК от 27 февраля 2017 г. № 49-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского, банковского законодательства и улучшения условий для предпринимательской деятельности» редакция ст. 297 ГК РК изменена, и теперь для уменьшения судом (арбитражем) размера неустойки необходимо заявление должником соответствующего требования.

Поправка, на наш взгляд, более чем существенная, поскольку при отсутствии соответствующего требования должника она не дает суду (арбитражу) права по своему усмотрению уменьшить размер неустойки даже при наличии всех перечисленных условий, исходя из критериев справедливости и разумности (п. 5 ст. 6 ГПК РК), оценивая доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на беспристрастном, всестороннем и полном рассмотрении имеющихся в деле доказательств в их совокупности, руководствуясь при этом законом и совестью (п. 1 ст. 16 ГПК РК), с соблюдением принципа справедливости, означающей, что арбитры и арбитражи при разрешении переданных им споров и стороны арбитражного разбирательства должны действовать добросовестно, соблюдая установленные требования, нравственные принципы общества и правила деловой этики (подпункт 5) ст. 5 Закона РК «Об арбитраже»).

Актуальность вопроса усиливается тем, что по такой категории споров надлежаще извещенные должники-заемщики-физические лица не всегда участвуют в судебных процессах, и дела рассматриваются в порядке заочного производства.

В этой связи представляется возможным (и даже целесообразным) в целях защиты интересов заемщиков, – с одной стороны, и «усмирения аппетитов» залогодателей – с другой, применение пункта 4 ст. 8 ГК РК в виду необходимости разумного и справедливого осуществления прав, принадлежащих участникам гражданских правоотношений.

Таким образом, эта норма-принцип, обычно используемая в судебных (арбитражных) решениях лишь «вдогонку», для усиления применяемых к конкретному спорному договору положений Особенной части ГК и создания общего благовоного правового фона, будет иметь прямое действие.



## **НОВОЕ В РЕГУЛИРОВАНИИ ДОГОВОРА ЗАЙМА, ИЛИ МОЖЕТ ЛИ СЕРИК ВЗЯТЬ ВЗАЙМЫ У БЕРИКА?**

*Опубликовано:*

*Zakon.kz; 22 августа 2018 г.*

Настоящий материал посвящен анализу поправок, внесенных, в том числе, в Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1 июля 1999 г. (далее также – ГК) Законом РК от 2 июля 2018 г. № 168-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам валютного регулирования и валютного контроля, риск-ориентированного надзора за деятельностью финансовых организаций, защиты прав потребителей финансовых услуг и совершенствования деятельности Национального Банка Республики Казахстан».

Речь пойдет о дополнении ГК статьей 725-1 «Особенности договора займа, заключаемого с заемщиком – физическим лицом».

Отмечу, что этот вопрос уже рассматривался на *Zakon.kz* в статье «В ограничениях «быстрых займов» физлицам сыграл социальный фактор». Ее автор, мой коллега Д.К. Абжанов, имея непосредственное отношение к банковской сфере, со свойственной ему деликатностью представил позитивный комментарий к данной новелле.

Я же, являясь лицом неаффилированным, изложу свою позицию по обозначенному вопросу под критическим углом зрения.

При этом некоторые наши рассуждения в этой связи уже были опубликованы на *Zakon.kz*. в материале «Регулирование договора займа Гражданским кодексом РК. Особенности онлайн-займа» (см. «Аналитику» за 2 мая 2018 г.) и предварительно частично озвучены на «Круглом столе» на тему «Правовые вопросы и практические проблемы исполнения договоров займа, заключенных компаниями, не имеющими статус микрофинансовых», организованном Алматинским городским судом 27 апреля 2018 г.

Тогда, то есть до внесения поправок от 2 июля 2018 г., нами был сделан вывод: займы, выдаваемые лицами, не являющимися банками, организациями, осуществляющими отдельные виды банковской деятельности, микрофинансовыми организациями или кредитными товариществами, не подпадают под действие п. 2 ст. 718 ГК РК, а значит и Постановления Правления Национального банка РК от 24 декабря 2012 г. № 377. Таким образом, деятельность этих лиц в части выдачи займов и их отношения с заемщиками регулируются гражданским законодательством, включая положения главы 36 ГК РК, и основываются на общих гражданско-правовых принципах, в том числе принципе свободы договора, включая свободу определения его условий (п. 2 ст. 2, часть первая п. 1 ст. 382 ГК РК (Общая часть)).

Продиктовано это было тем обстоятельством, что в имевшемся в нашем распоряжении в начале марта т.г. соответствующем проекте закона, подготовленном Национальным Банком РК, эта статья ГК называлась «Особенности договора займа, заключаемого между лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность по предоставлению займов, и физическим лицом».

Субъектный состав такой разновидности займа определялся в проекте следующим образом:

«По договору займа в качестве заимодателя выступает юридическое лицо или физическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность по предоставлению займов, предметом которых являются деньги или вещи, определенные родовыми признаками, в том числе с отсрочкой и рассрочкой платежа;

по договору займа в качестве заемщика выступает физическое лицо, не являющееся индивидуальным предпринимателем».

Таким образом, цель введения в ГК РК этой статьи изначально заключалась в специальном законодательном регулировании займов, выдаваемых предпринимателями (как юридическими, так и физическими лицами), не являющимися банками, организациями, осуществляющими отдельные виды банковской деятельности, микрофинансовыми организациями или кредитными товариществами.

При этом нами рекомендовалось присвоить ей порядковый номер «728-1», поскольку представлялось (и представляется сейчас) более логичным её размещение после статьи, посвященной особенностям договора банковского займа и договора о предоставлении микрокредита. Даже с редакционной точки зрения элегантнее располагать подряд статьи, начинающиеся с одного и того же слова «Особенности».

Также в целях индивидуализации целесообразно было бы дать название такому займу и, соответственно, самой статье ГК, например, «Особенности договора онлайн-займа», что соответствовало бы уже сложившейся практике его применения.

Однако по неизвестным нам причинам название статьи в принятом Законе отличается не только от нашего варианта, но и варианта разработчиков.

И что же в результате вышло?

Согласно пункту 5 ст. 725-1 ГК, требования настоящей статьи не распространяются на договоры займа, заимодателями по которым выступают лица, указанные в пункте 2 статьи 718 настоящего Кодекса.

Таким образом, четко обозначен статус заимодателя: эта статья не применяется к договорам, в которых заимодателями выступают банки, организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций, микрофинансовые организации и кредитные товарищества.

Отсюда вывод «от противного»: эта статья применяется к договорам, в которых заимодателями выступают не банки, не организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций, не микрофинансовые организации и не кредитные товарищества.

То есть те самые «серики-берики» и всякие «ао-шки и тоо-шки».

В соответствии с подпунктом 1) части первой пункта 1 статьи 725-1 ГК, одна из особенностей такого договора кроется в его предмете: это деньги или вещи, определенные родовыми признаками, в том числе предоставленные с отсрочкой и рассрочкой платежа.

Однако указание на такой же предмет (деньги или вещи, определенные родовыми признаками) мы находим в легальном родовом определении самого договора займа (п. 1 ст. 715 ГК).

Это означает, что по своему предмету данный вид договора займа особенностей не имеет.

Согласно подпункту 2) части первой пункта 1 статьи 725-1 ГК, в качестве заемщика выступает физическое лицо, не являющееся индивидуальным предпринимателем.

Здесь идея, в целом, понятна. Изложена она не вполне корректно. Думаю, разработчикам следовало бы воспользоваться конструкцией, использованной в ГК, например, для разграничения таких разновидностей договора купли-продажи, как розничная купля-продажа и поставка, то есть по целям использования предмета договора (соответственно, статьи 445 и 458 ГК).

В соответствии с подпунктом 3) части первой пункта 1 статьи 725-1 ГК, заем выдается в национальной валюте Республики Казахстан.

При этом необходимо учитывать положения ст. 282 ГК РК (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. и Закона РК от 13 июня 2005 г. № 57-III «О валютном регулировании и валютном контроле».

Подпунктом 4) части первой пункта 1 ст. 725-1 ГК установлено, что договор займа в обязательном порядке должен содержать годовую эффективную ставку вознаграждения, рассчитанную в соответствии с правилами, предусмотренными пунктом 3 настоящей статьи.

По этому положению у нас ряд возражений.

Во-первых, эта отсылочная норма отправляет к другой, но уже бланкетной, норме: в соответствии с пунктом 3 ст. 725-1 ГК, правила расчета годовой эффективной ставки вознаграждения по договору займа определяются нормативным правовым актом Национального Банка Республики Казахстан.

Вряд ли разработчикам стоило «огород городить», когда всю мысль путем её архивации можно было сжать до одного предложения.

Во-вторых. Согласно пункту 2 ст. 725-1 ГК, договор займа, заключаемый с заемщиком – физическим лицом, не соответствующий требованиям пункта 1 настоящей статьи, является ничтожным.

Это означает, что любая сделка по предоставлению на время денег или вещей, определенных родовыми признаками (например, десяти литров бензина или килограмма картофеля – при возврате их стоимости деньгами), в которой заемщиком выступает физическое лицо-непредприниматель, под страхом ее ничтожности должна содержать указание на эту самую таинственную *«годовую эффективную ставку вознаграждения, правила расчета которой определяются нормативным правовым актом Национального Банка Республики Казахстан»*. К слову, мы располагаем проектом этого документа, объемом в две с половиной страницы и содержащим непростые формулы.

Вполне допускаю, что после прочтения фразы, выделенной нами курсивом, профессиональным юристам стало весело, а нашим обычным гражданам – страшно.

Содержание оставшихся подпунктов 5), 6), 7), 8), 9) части первой пункта 1 ст. 725-1 ГК еще раз говорит о том, что эта статья изначально предназначалась для регулирования займов, выдаваемых предпринимателями (как юридическими, так и физическими лицами), не являющимися банками, организациями, осуществляющими отдельные виды банковской деятельности, микрофинансовыми организациями или кредитными товариществами.

А в результате – «и смех, и грех».

## ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРА ХРАНЕНИЯ

*Опубликовано:  
ЮРИСТ, 2003, № 3*

Ниже нами рассматриваются следующие вопросы:

- о характеристике договора хранения;
- о предмете хранения;
- о форме договора хранения;
- об ответственности хранителя;
- о регулировании отдельных видов хранения по ГК РК;
- о видах хранения, непосредственно не урегулированных ГК РК.

При этом приводится сравнительный анализ действующего ГК России, а также ГК Казахской ССР 1963 г.

### **Характеристика договора хранения.**

В соответствии с пунктами 1, 2 ст. 768 ГК РК, по договору хранения одна сторона (хранитель) обязуется хранить вещь, переданную ей другой стороной (поклажедателем), и возвратить эту вещь в сохранности. Договор хранения признается заключенным с момента передачи вещи на хранение.

Из приведенного определения следует, что договор хранения является реальным договором. Это означает, что для возникновения прав и обязанностей по нему недостаточно лишь соглашения сторон, но необходимо также выполнение фактических действий по передаче имущества. Такой же подход законодателя присутствовал и в ГК КазССР 1963 г.

Однако статья 769 Кодекса допускает возможность заключения между сторонами и консенсуального договора хранения: хранитель, осуществляющий хранение в качестве предпринимательской деятельности, может взять на себя обязательство принимать на хранение вещи поклажедателя.

Таким образом, статья 769 ГК меняет привычный подход к характеристике договора хранения, но при этом формально вступает в противоречие с предыдущей статьей. Поэтому думаем, что статья 768 Кодекса в соответствующих частях должна быть дополнена оговоркой «если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или договором».

Здесь же заметим, что российский Кодекс оба рассматриваемых положения (реальный и консенсуальный договоры хранения) объединил в одну статью (ст. 886 ГК РФ), что также может рассматриваться казахстанским законодателем в качестве варианта выхода из существующего ныне противоречия.

В этой же связи следует обратить внимание и еще на два момента. Во-первых, пункт 2 ст. 769 ГК РК устанавливает, что хранитель, обязавшийся принять вещь на хранение, не вправе требовать передачи ему этой вещи. То есть, речь идет о некой усеченной консенсуальности этого договора. Во-вторых, этим же пунктом установлено, что поклажедатель, не передавший вещь на хранение в предусмотренный договором срок, несет ответственность перед хранителем за убытки, причиненные в связи с несостоявшимся хранением, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором.

Обоснованность оговорки «если иное не предусмотрено договором» вызывает сомнения. Гражданский кодекс РК (Общая часть) содержит, по крайней мере, две нормы, в которые, как нам представляется, не вполне вписывается упомянутая оговорка. Так, в соответствии с пунктом 3 ст. 359 ГК, заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства недействительно. Согласно пункту 2 ст. 350 ГК, принятое до нарушения обязательства соглашение сторон об освобождении должника от возмещения убытков, вызванных нарушением, недействительно, однако стороны по взаимному соглашению могут предусмотреть (как будто они могут это сделать без взаимного согласия! – прим. наше – С.К.) взыскание только реального ущерба в имуществе.

По общему правилу, хранение предполагается возмездным: соглашением сторон или законодательными актами может быть обусловлена безвоз-

безвозмездность хранения (п. 2 ст. 774 ГК). Поэтому представляется ошибочным утверждение Г.А. Жайлина о том, что «договор хранения по общему правилу безвозмездный договор, это следует из его приведенного определения. В тех случаях, когда из законодательства, обычаев делового оборота следует возмездность договора, стороны соглашением между собой могут обусловить безвозмездное хранение» /1/.

Как отмечает Е.И. Каминская, обращает на себя внимание значительная «коммерциализация» положений о хранении в новом ГК. Такая приближенность к потребностям экономического развития не только выразилась в выделении особой группы норм о хранении на товарных складах, но и пронизала общие положения, применимые ко всем видам хранения /2/.

Вопрос о возмездности или безвозмездности договора налагает свой отпечаток на поведение хранителя. Согласно пункту 2 ст. 775 Кодекса, если хранение осуществляется безвозмездно, хранитель обязан заботиться о принятой на хранение вещи как о своей вещи. Эта норма на практике сталкивается с проблемой толкования: что тем самым хотел сказать законодатель? Какой из хранителей (возмездный или безвозмездный) должен «более ответственно» подходить к исполнению своих обязанностей?

Считаем, что «более ответственным» следует признавать возмездного хранителя, поскольку безвозмездному хранителю позволено хранить принятые вещи так же, как и свои, даже если к безопасности своих вещей он относится не вполне осторожно и разумно /3/. Подтверждается данное утверждение и установлением повышенной ответственности хранителя-предпринимателя (профессионального хранителя).

### **Предмет хранения.**

В вопросе о предмете хранения существует также несколько проблем. Так, в соответствии с пунктом 3 ст. 768 ГК, на охрану недвижимого имущества действие настоящей главы не распространяется. Как отмечает Е.Б. Осипов, «по общему правилу, действие главы о хранении не распространяется на охрану недвижимой вещи, то есть глава 39 предусматривает правовое регулирование хранения движимых вещей...» /4/.

Представляется, что цитируемый автор в своем комментарии, в том числе благодаря некорректности законодателя, делает не вполне верный вывод. Вопрос заключается в соотношении понятий «охрана» и «хранение». Согласно пункту 1 ст. 1 Закона от 19 октября 2000 г. «Об охранной деятельности», под охранной деятельностью понимается осуществление физическими (индивидуальными предпринимателями) и юридическими лицами деятельности по оказанию услуг по защите жизни, здоровья и имущества физических лиц, а также имущества юридических лиц от противоправных посягательств (охранные услуги).

Как справедливо отмечается в литературе, «договор хранения отличается от широко распространенного договора принятия на охрану имущества,

в т.ч. органами милиции. В последнем случае владение вещью не передается, а содержание договора определяется нормами о возмездном оказании услуг или подряда» /5/. «Договор хранения весьма близок к договору на осуществление сторожевой охраны, в связи с чем иногда на практике их ошибочно отождествляют. Отношения, которые при этом возникают между собственником имущества и охранной организацией, регулируются не правилами о хранении, а нормами о возмездном оказании услуг...» /6/.

Следующий вопрос связан с хранением вещей, определенных родовыми признаками. Такие вещи Кодекс называет обезличенными, а само хранение в литературе именуют еще иррегулярным. Регулирование хранения обезличенных вещей не является новеллой: ГК 1963 г. также содержал соответствующую статью на этот счет. Так, согласно ст. 430 ГК КазССР, если вещи, сданные на хранение, определены в договоре только родовыми признаками, то при отсутствии иного соглашения эти вещи переходят в собственность или оперативное управление хранителя, и он обязан вернуть сдавшему на хранение равное или обусловленное сторонами количество вещей того же рода и качества. «Поскольку собственником в этих случаях становится хранитель (элеватор, овощехранилище и т.п.), то риск случайной гибели по таким договорам несет хранитель имущества», – так в юридической литературе комментировалось это положение /7/.

По Кодексу же 1999 г. обезличенные вещи не переходят в собственность (иное вещное право) хранителя. Это означает, что риски их случайной гибели или порчи несет поклажедатель как собственник. В этой связи возникает резонный вопрос: для чего тогда вообще следует особо выделять иррегулярное хранение? Как верно отмечает Е.Б. Осипов, давая ответ на поставленный вопрос, при смешении сданных на хранение с обезличиванием вещей различных поклажедателей право собственности каждого из них трансформируется в право общей долевой собственности /8/.

Проиллюстрируем этот важный вывод на примере. Предположим, что овощехранилище приняло на хранение от первого поклажедателя 5 тонн картофеля, от второго – 2 тонны, от третьего – 3 тонны. При этом картофель каждого поклажедателя не был индивидуализирован, обособлен. В результате действия непреодолимой силы погибло 5 тонн картофеля. Риски случайной гибели будут распределены между поклажедателями пропорционально. То есть первый из них имеет право на получение 2,5 тонн, второй – 1 тонны, третий – 1,5 тонны сохранившегося картофеля. Думается, что соответствующее положение должно было найти свое отражение в Кодексе.

Второй пункт статьи 771 ГК РК вызывает у нас серьезные сомнения в его необходимости. Смысл этой нормы в следующем: если это предусмотрено законодательными актами или договором, обезличенные вещи должны быть обособлены друг от друга.

Однако если определенные родовыми признаками вещи обособляются, они уже перестают быть обезличенными. Они индивидуализируются. Это означает, что поклажедателю принадлежит (автор признает неэстетичность выражения) именно эта куча картофеля. Поэтому считаем, что содержание пункта второго не соответствует самому названию статьи.

### **Форма договора хранения.**

Статья 772 ГК, по нашему мнению, является крайне неудачной, а ее нелогичность – показательной.

Согласно пункту 1 анализируемой статьи, устная форма допускается лишь в случае краткосрочного хранения в камерах хранения и гардеробах вокзалов, аэропортов, учреждений, предприятий, театров и т.д. с выдачей хранителем номеров, жетонов и других легитимационных знаков /9/. Но уже третий пункт этой статьи допускает устную форму при хранении в виде так называемой бытовой услуги.

В этой связи возникают два вопроса. Во-первых, почему пункт 1 сформулирован императивно-ограничительно, если из него той же статьей допускаются исключения? Причем не только при бытовом, но и при чрезвычайном хранении (пункт 5 ст. 772 ГК РК). Во-вторых, что такое «хранение в виде бытовой услуги»? Отсутствие в Кодексе (как и в официальном комментарии к нему) толкования этого понятия грозит возникновением на практике сложных ситуаций.

Но вернемся к вопросу о нелогичности всей конструкции ст. 772 ГК. Согласно пункту 5, сдача вещей на хранение при чрезвычайных обстоятельствах (пожаре, наводнении и других) при отсутствии письменной формы договора может доказываться свидетельскими показаниями вне зависимости от стоимости сданной на хранение вещи. Аналогичная норма (часть третья ст. 421) содержалась в ГК КазССР, правда, без грамматической ошибки (перед словом «вне» запятая не нужна). Присутствует такая норма и в ГК России (часть третья п. 1 ст. 887). Но ее наличие в ГК КазССР и российском Кодексе вполне объяснимо. Так, часть первая ст. 421 ГК КазССР устанавливала, что договор хранения, в котором хотя бы одной стороной является гражданин, при стоимости сдаваемого имущества свыше ста рублей должен быть заключен в письменной форме, за исключением краткосрочного хранения. Согласно части первой п. 1 ст. 887 ГК РФ, договор хранения должен быть заключен в письменной форме в случаях, указанных в ст. 161 настоящего Кодекса. При этом для договора хранения между гражданами соблюдение письменной формы требуется, если стоимость передаваемой на хранение вещи превышает не менее чем в десять раз установленный законом минимальный размер оплаты труда.

Таким образом, стоимость сдаваемой на хранение вещи по ГК КазССР и ГК России влияла (влияет) на форму договора. Но по ГК РК, как мы уже отмечали, этот показатель не имеет никакого значения. Почему же тогда



пункт 5 ст. 772 ГК РК содержит оговорку «вне зависимости от стоимости сданной на хранение вещи»?

### **Ответственность хранителя.**

Если ГК КазССР 1963 г. предусматривал лишь одно основание для освобождения профессионального хранителя от ответственности перед поклажедателем за утрату, недостачу или повреждение переданного на хранение имущества – непреодолимую силу, то ГК РК 1999 г. говорит еще и о свойствах самой вещи, умысле или грубой неосторожности поклажедателя как об освобождающих от ответственности хранителя основаниях.

Представляется, что оговорка Кодекса о свойствах самой вещи требует редакционной правки, а до внесения изменений в ГК – ограничительно-го толкования. Сравним: «либо из-за свойств вещи, о которых хранитель, принимая ее на хранение, не знал и не должен был знать» (часть вторая п. 1 ст. 901 ГК России).

Кодекс Российской Федерации, в отличие от казахстанского, содержит специальную ст. 894 «Хранение вещей с опасными свойствами». В российской литературе соответствующие положения комментируются следующим образом: хранитель при заключении договора должен быть поставлен в известность об опасных свойствах вещи. В противном случае негативные последствия несет поклажедатель. Если хранителю известны опасные свойства вещей, он обязан обеспечить необходимые меры для сохранности имущества. В противном случае он должен возместить причиненные убытки, если не докажет, что несмотря на соблюдение им всех мер предосторожности, вещи проявили свои опасные свойства /10/.

Считаем, что ГК Казахстана также нуждается в такой норме, тем более что она вошла бы в соответствие со статьей 782 ГК РК: поклажедатель обязан возместить хранителю убытки, вызванные свойствами вещи, если хранитель, принимая вещь на хранение, не знал и не должен был знать об этих свойствах.

### **Регулирование отдельных видов хранения по ГК РК.**

ГК 1999 г. намного подробнее, по сравнению с Кодексом 1963 г., регламентирует отдельные виды хранения, посвятив им два отдельных параграфа (при этом самостоятельный параграф – хранению на товарном складе). Мы же рассмотрим лишь некоторые, проблемные вопросы.

**Особенности хранения ценностей в банках** (ст. 786 ГК) более детально урегулированы банковским законодательством. Однако же проблема соотношения пунктов 3 и 6 этой статьи не может быть оставлена нами без внимания. Как видим, на первый из указанных пунктов статьи распространяются правила о договоре хранения, на второй – имущественного найма. В чем же заключается разница? Сам Кодекс выявить ее, как представляется, не позволяет. Это сделать помогает банковская практика: «Существует такой вид хранения ценностей в банке, при котором одним

из существенных условий является возможность помещения и изъятия ценностей клиентом вне чьего-либо контроля, в том числе и банка (п. 6 ст. 786 ГК). В этих случаях <... > применяются правила об имущественном найме с определенными особенностями, заключающимися в обязанности банка в охране сейфа, в который помещены ценности, от доступа к нему всех третьих лиц» /11/.

Соглашаясь с таким комментарием Е.Б. Осипова, нельзя не заметить и некоторой противоречивости его последующих суждений. Так, например, отмечая, что «наем банковского сейфа (ячейки сейфа, отдельного помещения банковского хранилища), безусловно, относится к разновидности хранения ценностей в банке, в котором особенно ярко проявляется правовая природа обязательства хранения как совокупности обязательств по найму помещения для помещения поклажи и обязательства личного найма на охрану поклажи» /12/, автор, как представляется, входит в несоответствие с содержанием комментируемой нормы, предусматривающей, повторимся, что установленные настоящей статьей правила хранения ценностей в банковском сейфе не распространяются на случаи, когда банк предоставляет свой сейф (ячейку сейфа, отдельное помещение для хранения) другому лицу в пользование на условиях имущественного найма.

При рассмотрении **хранения в камерах хранения транспортных организаций** (ст. 787 ГК) крайне важными представляются проблемы, связанные с автоматическими камерами хранения (АКХ). Так, принципиального разрешения требует вопрос о возможности распространения на работу последних положений ГК о хранении вообще. Думается, неискушенный читатель ответит однозначно утвердительно. И сделает это, по крайней мере, по двум основаниям. Во-первых, такой ответ логично вытекает из самого понятия «автоматические камеры хранения». Во-вторых, Кодекс (ст. 787 ГК), по сути, прямо распространяет свои нормы о договоре хранения на АКХ. Так, пункт 2 указанной статьи устанавливает, что в подтверждение приема вещи на хранение в камеры хранения (кроме автоматических) поклажедателю выдается квитанция или номерной жетон.

Между тем, характер и существо правоотношений между лицом, сдающим вещи (как правило, багаж), и владельцем АКХ требует более глубокого анализа. Как отмечает М.Г. Масевич, «такие отношения ближе к договору имущественного найма (аренды), поскольку организация (наймодатель) не принимает от гражданина вещь на хранение, а лишь предоставляет место (ячейку автоматической камеры хранения)» /13/. Иная позиция высказана А.П. Сергеевым: «На наш взгляд, толкование ст. 923 ГК (Российской Федерации – С.К.) позволяет склониться к тому, что законодатель охватил ею и деятельность, связанную с эксплуатацией автоматических камер хранения» /14/.

Мы не можем согласиться с последним суждением, поскольку оно основывается лишь на том, что ГК России, как и Кодекс Казахстана, охватывает соответствующей статьей деятельность АКХ. К несчастью, мы имеем уже более чем достаточное число примеров, подтверждающих, что иногда положения ГК входят в явные, очевидные противоречия с элементарной юридической логикой, а нередко – и здравым смыслом.

Ситуация с АКХ – тому пример. Советская судебная практика исходила из того, что в основе функционирования автоматических камер хранения лежит не договор хранения, а договор имущественного найма. Об этом помнит и А.П. Сергеев: «Известно, что судебная практика прежних лет исходила из того, что между владельцем автоматической камеры хранения и клиентом возникают чисто арендные отношения, в силу чего владелец камеры отвечал за причиненные клиенту убытки лишь при доказанности факта неисправности автоматической камеры хранения» /15/.

Мы считаем, что само существо возникающего при этом обязательства не должно давать оснований говорить о заключении договора хранения. В противном случае, учитывая повышенную ответственность владельца АКХ как профессионального хранителя, а также возможные в этой связи недобросовестные действия потенциальных «поклажедателей», владельцы АКХ находились бы в явно юридически незащищенном и экономически ущербном положении.

В этой связи думаем, что статья 787 ГК РК должна быть дополнена пунктом 5, по содержанию аналогичным пункту 6 ст. 786 Кодекса.

Регулирование Кодексом **хранения в гардеробах и гостиницах** (статьи 788, 789 ГК РК), в целом, вопросов не вызывает. Однако некоторые нормы, все же, на себя внимание обращают. Таков, например, пункт 4 ст. 788 Кодекса: хранитель *вправе* (выделено нами – *С.К.*) выдать вещь из гардероба и тогда, когда поклажедатель утерял жетон, но факт сдачи им вещи в гардероб или принадлежности ее поклажедателю не вызывает сомнений у хранителя или доказан поклажедателем.

Представляется, что это положение противоречит природе договора хранения, по которому хранитель *обязан* (выделено нами – *С.К.*) возвратить вещь поклажедателю. В рассматриваемом случае между сторонами нет спора о факте сдачи вещи на хранение, как и о ее тождестве. Однако Кодекс не обязывает хранителя возвратить вещь, а лишь наделяет его таким правом. Иными словами, (при буквальном толковании этой нормы) хранитель вправе отказать поклажедателю в возврате вещи. Не является ли это положение ярким примером противоречия здравому смыслу?

Согласно пункту 2 ст. 789 ГК РК, гостиница отвечает за утрату денег, иных валютных ценностей и ценных бумаг только при условии, если они были приняты на хранение. Сравним: гостиницы, дома отдыха, санатории, общежития и тому подобные организации несут ответственность перед

проживающими в них лицами за утрату или повреждение их имущества, находящегося в отведенных им помещениях, хотя бы это имущество, кроме денег, ценных бумаг и драгоценностей, не было особо сдано на хранение этим организациям (ст. 427 ГК КазССР).

Таким образом, Кодекс 1963 г. требовал сдачи названных вещей на особое хранение (то есть в специальные камеры хранения при гостиницах и т.п.) соответствующим организациям. Конечно, историческое толкование нормы Кодекса 1999 г. должно приводить именно к такому выводу, однако было бы разумнее прямо закрепить соответствующее положение в ГК.

Кодекс 1999 г. ввел в правовой лексикон понятие **«товарный склад»**: товарным складом признается коммерческая организация, осуществляющая хранение товаров и оказывающая связанные с хранением услуги в качестве предпринимательской деятельности (ст. 791 ГК).

Такой подход ставит, по крайней мере, три вопроса:

– во-первых, если товарный склад – это коммерческая организация, то следовало бы внести соответствующие поправки в пункт 2 ст. 34 ГК. Наш юмор, думается, понятен, так же, как и очевидна некорректность законодателя, допустившего смешение понятий «форма юридического лица» и «вид деятельности организации»;

– во-вторых, Кодекс называет товарный склад коммерческой организацией. Но «с учетом того, что и некоммерческие организации вправе осуществлять в установленном порядке предпринимательскую деятельность по хранению товаров, необходимо признать, что нормы о товарном складе распространяются в этих случаях и на них» /16/. Для сравнения заметим, что в соответствующей норме российского Кодекса (часть вторая п. 1 ст. 907 ГК РФ) слово «коммерческая» отсутствует;

– в-третьих, товарный склад определяется как организация, то есть юридическое лицо. Это неверно в принципе. Мы уже отмечали, что оказание услуг по хранению следует рассматривать как вид деятельности. Но товарный склад представляет собой отдельное помещение, территорию в виде овоще-, зерно-, хлопкохранилища, промышленного холодильника, контейнеров и т.п., при этом не являясь юридическим лицом. Другой вопрос, что владельцем его может быть организация, как, впрочем, и физическое лицо. Хотя, следует отметить, что в некоторых случаях законодательство наделяет товарный склад статусом юридического лица. Так, в соответствии с пунктом 1 ст. 13 Закона РК от 19 января 2001 г. «О зерне», хлебоприемные предприятия признаются товарным складом общего пользования. Согласно подпункту 30) ст. 1 указанного Закона, хлебоприемное предприятие является юридическим лицом, имеющим на праве собственности зернохранилище (элеватор, хлебоприемный пункт), на котором осуществляется на правах исключительного вида деятельности хранение зерна.

С учетом вышеизложенного считаем, что легальное определение товарного склада требует соответствующей ревизии.

### **Виды хранения, непосредственно не урегулированные главой 39 ГК РК.**

В заключение отметим, что упомянутой главой Кодекса регламентируются лишь некоторые случаи хранения; при этом отдельные нормативные правовые акты РК также содержат нормы о хранении. Мы назовем лишь некоторые, не проводя при этом их анализа.

Например, согласно статье 70 Закона РК от 8 декабря 2001 г. «О железнодорожном транспорте», в случае, когда пассажир, получатель не получили багаж, грузобагаж по причинам, не зависящим от перевозчика, перевозчик обязан хранить его на станции назначения в течение тридцати дней со дня прибытия, а багаж и грузобагаж, следующий под таможенным контролем, – в течение пятнадцати дней. По истечении указанных сроков перевозчик передает багаж и грузобагаж в распоряжение уполномоченных государственных органов (налоговых, таможенных и иных). С этого момента пассажир, отправитель, получатель вправе обратиться к ним по вопросу возмещения стоимости или получения багажа, грузобагажа.

Этим же Законом регламентируются вопросы хранения груза при уклонении грузополучателя от его получения, а также его последующей реализации (пункты 1, 2 ст. 53 Закона РК «О железнодорожном транспорте»).

Статьей 54 Закона РК от 6 июля 2004 г. «О внутреннем водном транспорте» предусмотрено, что в случае, когда пассажир не получил багаж по причинам, не зависящим от перевозчика, перевозчик обязан хранить его в порту прибытия в течение трех месяцев со дня прибытия. По истечении этого срока невостребованный багаж может быть реализован. Предъявитель багажной квитанции в течение срока исковой давности (6 месяцев) вправе получить вырученную сумму за вычетом затрат, понесенных перевозчиком при хранении невостребованного багажа и его реализации.

Статьей 28 Закона РК от 4 июля 2003 г. «Об автомобильном транспорте» установлено, что в случае, когда пассажир или лицо, уполномоченное на получение багажа, не получили багаж по причинам, не зависящим от перевозчика, перевозчик обязан хранить его на автовокзале или автостанции пункта назначения или отправления до признания судом багажа бесхозным, если иное не предусмотрено договором. При признании судом багажа бесхозным новый его владелец возмещает перевозчику расходы на его хранение, погрузочно-разгрузочные операции и транспортировку, необходимые для обеспечения сохранности багажа.

Закон РК от 17 января 2002 г. «О торговом мореплавании» также содержит ряд норм о хранении.

Согласно пунктам 1, 2 ст. 312 ГК РК, залогодатель или залогодержатель, в зависимости от того, у кого из них находится заложенное имуще-

ство, обязаны, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором, принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности заложенного имущества. Залогодержатель и залогодатель вправе проверять по документам и фактически наличие, размер, состояние и условия хранения заложенного имущества, находящегося у другой стороны.

В соответствии со ст. 412 ГК, когда право собственности, право хозяйственного ведения или оперативного управления переходит к покупателю ранее передачи товара, продавец обязан до передачи сохранять товар, не допуская его ухудшения.

Пунктом 2 ст. 876 ГК установлено, что комиссионер не имеет права на возмещение расходов по хранению находящегося у него имущества комитента, если в законодательных актах или договоре не установлено иное.

Таким образом, договор хранения получил свою регламентацию не только в названной главе ГК РК, но упоминается и в других его главах. Соответствующие положения также содержатся в иных законодательных актах.

#### **Ссылки:**

1. Жайлин Г.А. *Гражданское право Республики Казахстан. Часть Особенная. Том 2.* – Алматы: Данекер, 2001. С. 277.
2. Учебник. *Гражданское право. Ч. 2. Обязательственное право / Под ред. В.В. Залесского.* – М.: МТК «Восточный экспресс», 1998. С. 443.
3. Для сравнения отметим, что законодательство Российской империи решало вопрос об ответственности хранителя иным образом. Так, Д.И. Мейер отмечал, что «законодательство признает справедливым смысл, выражающийся пословицей «своя рубашка – ближе к телу». Таким образом, если предпринимателю предстоит выбор пожертвовать своим имуществом или чужим, отданным ему на хранение, он может безопасно пожертвовать чужим имуществом для сбережения своего» (Мейер Д.И. *Русское гражданское право (В 2-х ч. Часть 2). По испр. и доп. 8-му изд., 1902.* – М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. С. 279).
4. *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин.* – Алматы: Жеті Жарғы, 2000. С. 378.
5. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд. 3-е, испр. и доп., с исполз. судебной-арбитражной практики / Отв. ред. О.Н. Садигов.* – М.: КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1998. С. 480.
6. *Гражданское право. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого.* – М.: ПРОСПЕКТ, 1997. С. 606.
7. *Комментарий к Гражданскому кодексу Казахской ССР / Под ред. Ю.Г. Басина, Р.С. Тазутдинова.* – Алма-Ата: Казахстан, 1990. С. 482.
8. *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин.* С. 382.

9. Здесь же отметим полное смешение законодателем понятий, связанных с формами юридических лиц и видами их деятельности (учреждения и предприятия – с одной стороны, вокзалы, театры, музеи, столовые, – с другой).

10. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / Отв. ред. О.Н. Садилов. С. 488.

11. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. С. 397.

12. Там же. С. 397-398.

13. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / Отв. ред. О.Н. Садилов. С. 506.

14. Гражданское право. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1997. С. 628.

15. Там же.

16. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. С. 402.

## ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРА ФРАНЧАЙЗИНГА В ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ РК

**Опубликовано:**

*Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика.*

*Вып. 21 / Под общ. ред. А.Г. Диденко. – Алматы: ЮРИСТ, 2005;*

*ЮРИСТ, 2005, № 5*

Как и иные «новые» поименованные в ГК договоры, договор комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) является с недавнего времени предметом активных исследований в юридической и экономической литературе. За последние годы были подготовлены специальные издания, методические и прочие указания, раскрывающие для предпринимателей сущность франчайзинга. Однако нужно отметить, что эти исследования проводятся, в основном, с использованием зарубежных источников, а также практики применения франчайзинга в экономически развитых странах, с устоявшимися, уже опробованными временем, принципами и способами осуществления предпринимательской деятельности.

Примечательно, что в ГК Российской Федерации данный договор поименован иначе, – как договор коммерческой концессии, и данное обстоятельство вызывает серьезную критику со стороны российских исследователей. Так, например, Л.О. Красавчикова, анализируя его место в системе договоров концессионного типа, предлагает для устранения сложившегося противоречия между «концессионными соглашениями» и договором коммерческой концессии переименовать главу 54 ГК РФ «Коммерческая концессия» в «Комплексную предпринимательскую лицензию» с возмож-

ным использованием аналога «Франчайзинг», как это сделано в гражданских кодексах ряда стран СНГ, включая Казахстан /1/.

В рамках же настоящего материала мы проанализируем лишь некоторые положения законодательства Казахстана о франчайзинге на предмет соответствующих правовых норм. В этой связи будут рассмотрены следующие вопросы:

- о предмете договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга);
- о содержании договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга);
- о прекращении договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга).

#### **Предмет договора франчайзинга.**

Согласно пункту 1 ст. 896 ГК РК, по договору комплексной предпринимательской лицензии одна сторона (комплексный лицензиар) обязуется предоставить другой стороне (комплексному лицензиату) за вознаграждение комплекс исключительных прав (лицензионный комплекс), включающий, в частности, право использования фирменного наименования лицензиара и охраняемой коммерческой информации, а также других объектов исключительных прав (товарного знака, знака обслуживания, патента и т.п.), предусмотренных договором, для использования в предпринимательской деятельности лицензиата. Пункт 2 ст. 896 ГК называет в качестве предмета этого договора также деловую репутацию и коммерческий опыт лицензиара.

Поскольку, как видим, этот договор посвящен передаче исключительных прав, его правовое регулирование подпадает под действие и иных, кроме ГК РК, нормативных правовых актов. Речь идет, например, о Законе РК от 26 июля 1999 г. «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», Патентном законе РК от 16 июля 1999 г., актах корпоративного законодательства и т.д. Более того, действует специальный Закон РК от 24 июня 2002 г. «О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)».

И если, в целом, указанные положения о предмете этого договора замечаний не вызывают, то возможность передачи в пользование лицензиату фирменного наименования лицензиара требует, по нашему мнению, более глубокого и критического анализа.

Итак, статья 38 ГК РК устанавливает, что юридическое лицо имеет свое наименование, позволяющее отличить его от других юридических лиц. Наименование юридического лица включает в себя его название и указание на организационно-правовую форму. Наименование коммерческой организации является ее фирменным наименованием.



Возможность передачи права на использование фирменного наименования допускается и другими нормами Кодекса (например, статьями 125, 573, 1023 ГК). Но, тем не менее, сама предоставляемая законодательством возможность такой передачи нами оценивается критически.

Примечательны высказываемые в юридической литературе суждения по этому вопросу. Так, Г.Е. Авилов отмечает, что «сама идея франчайзинга основана на своеобразной подмене субъекта, когда пользователь выступает в обороте фактически под чужим именем, используя фирменное наименование и товарные знаки правообладателя» /2/. И.У. Жанайдаров, говоря о положительных сторонах договора франчайзинга, указывает: «Но есть и потенциально негативные моменты. Лицензиат выступает в гражданском обороте под чужим именем и с чужими знаками индивидуализации» /3/. Однако в другой работе он пишет уже обратное: «Комплексный лицензиат осуществляет свою предпринимательскую деятельность от своего имени. Это значит, что комплексный лицензиат даже при совершении сделок, связанных с франчайзинговой деятельностью, выступает от своего имени и должен указывать, что он действует в качестве лицензиата, если это с очевидностью не вытекает из самой обстановки совершения сделок. Комплексный лицензиат вправе использовать фирменное наименование комплексного лицензиара только в целях информирования потребителя (реклама, вывеска, использование рядом с товарным знаком лицензиара и т.п.) в порядке и способом, установленными договором комплексной предпринимательской лицензии» /4/.

Цитируемый автор демонстрирует и иные любопытные суждения. Так, он считает, что «для изменения фирменного наименования, право использования которого является предметом договора комплексной предпринимательской лицензии, требуется согласие лицензиата» /5/. С такой позицией согласиться нельзя. Использование своего фирменного наименования – исключительное право юридического лица. Из этого следует, что изменение фирменного наименования – это право юридического лица в лице его компетентного органа, реализация которого не требует согласия лицензиата.

Гибче, с оговорками, анализирует эту ситуацию Т.Е. Каудыров: «В определении данного договора в ст. 896 ГК РК среди комплекса исключительных прав, передаваемых лицензиаром лицензиату по данному договору, фирменное наименование лицензиара названо в первую очередь. Это и понятно, если учесть, что комплексного лицензиата из всех многочисленных прав по договору франчайзинга интересует прежде всего право выступать в гражданском обороте после заключения договора под именем лицензиара. И здесь мы вновь обратимся к вопросу о значении обязательных и дополнительных условий фирменного наименования, так как лицензиат

выступает не под полным фирменным наименованием лицензиара, а только используя самую значимую, оригинальную его часть» /6/.

Нам, все же, представляется, что следует четко различать понятия «наименование» («фирменное наименование») и «название» юридического лица. Первый термин шире; он включает в себя:

– указание на организационно-правовую форму юридического лица (это требование не только ГК, но и всех законодательных актов об отдельных формах юридических лиц);

– собственно название юридического лица;

– дополнительную информацию, либо требуемую законодательством, либо определяемую учредителями, участниками, но не противоречащую законодательству.

И в этой связи нами оценивается как абсурдная, ситуация, при которой законодатель предоставляет лицензиару возможность передачи лицензиату права на использование своего фирменного наименования в полном объеме, включая указание на организационно-правовую форму лицензиара, для его использования лицензиатом в самостоятельной предпринимательской деятельности.

Такой подход, по нашему мнению, не только способен вводить в очевидное заблуждение потребителей товаров (работ, услуг), реализуемых лицензиатом, но и входит в элементарное противоречие с самим понятием юридического лица, предусмотренным статьей 33 ГК. Речь идет о приобретении и осуществлении юридическим лицом имущественных и личных неимущественных прав и обязанностей от своего имени. Считаем, что юридическое лицо в силу своей сущности (как, впрочем, и физическое лицо) объективно не может вступать в гражданско-правовые отношения не от своего имени (институт представительства в данном случае не может рассматриваться как исключение, поскольку по сделке, совершенной представителем, права и обязанности возникают у представляемого (пункт 2 ст. 163 ГК)).

Поэтому предметом договора франчайзинга может являться не фирменное наименование юридического лица-правообладателя в целом, а его коммерческое обозначение, ставшее так называемым «брендом» /7/, – известное, уже «раскрученное» слово или словосочетание, которое может составлять название лицензиара или являться его частью.

### **Содержание договора франчайзинга.**

Статья 899 Кодекса, посвященная обязанностям лицензиата, сконструирована диспозитивно. Сама она предусматривает пять его обязанностей, что несколько уже, чем установлено соответствующей статьей российского Кодекса (ст. 1032 ГК РФ). Так, в ГК РК не предусмотрена обязанность лицензиата оказывать покупателям (заказчикам) все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая)

товар (работу, услугу) непосредственно у лицензиара. Робко эту ситуацию попытался исправить вышеупомянутый Закон РК от 24 июня 2002 г. «О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)».

Так, пункт 2 ст. 17 этого Закона предусматривает, что по соглашению сторон комплексный лицензиат обязан обеспечивать соответствие качества производимых им товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ и услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно лицензиаром.

Примечательно, что эта норма Закона, как и статья 899 ГК, также является диспозитивной. Нам представляется, что с такой «всеобъемлющей» диспозитивностью явно не корреспондируется статья 901 Кодекса, императивно устанавливающая субсидиарную ответственность лицензиара по предъявляемым к лицензиату требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) лицензиатом по договору франчайзинга.

С учетом вышесказанного считаем, что статья 899 ГК РК должна быть расширена посредством включения и иных обязанностей лицензиата по аналогии с российским Кодексом /8/. Более того, убеждены, что эти обязанности требуют императивной регламентации.

В литературе справедливо отмечается, что при осуществлении своей деятельности лицензиат не вправе вводить потребителя в заблуждение и обязан информировать его о том, что торговля товаром или иная деятельность осуществляется им по договору франчайзинга /9/. Поэтому нельзя допускать возможности освобождения его от этой обязанности договором с лицензиаром, что в настоящее время позволяет подпункт 5) ст. 899 Кодекса. При этом указанный подпункт входит в противоречие с пунктом 2 ст. 1023 ГК, который императивно обязывает предусматривать в лицензионном договоре (а франчайзинг относится к договорам этой группы) меры, исключающие введение потребителя в заблуждение.

### **Прекращение договора франчайзинга.**

Прекращению договора комплексной предпринимательской лицензии в ГК РК посвящено несколько статей. Вызывает возражение одновременное наличие статей 905 и 906 (соответственно, «Сохранение договора в силе при изменении фирменного наименования» и «Сохранение договора в силе при изменении одного или нескольких исключительных прав, переданных в пользование»). За исключением указанных в названии статей словосочетаний «фирменное наименование» и «одно или несколько исключительных прав» их содержание текстуально полностью совпадает и влечет одинаковые правовые последствия. При этом законодатель не учел того, что, согласно пункту 1 ст. 1020 ГК, использование фирменного наименования также является исключительным правом юридического лица. Таким образом, статья 905 Кодекса полностью поглощается статьей 906 ГК и оказывается лишней.

И это не единственный случай наличия в главе 45 ГК РК ненужных статей. Так, статья 897 Кодекса устанавливает, что договор комплексной предпринимательской лицензии должен быть заключен в письменной форме, но эта норма поглощается подпунктом 1) п. 1 ст. 152 ГК. Примечательно, что кодексы других стран СНГ, например, России, Кыргызстана также требуют письменной формы этого договора, но под страхом его недействительности.

Также вызывает интерес анализ конструкции пункта 2 ст. 908 Кодекса, согласно которому сторона вправе отказаться от бессрочного договора комплексной предпринимательской лицензии, известив об этом другую сторону за шесть месяцев, если договором не предусмотрен более продолжительный срок извещения.

М.И. Брагинский выделяет три группы норм договорного права в зависимости от их характера: императивные, диспозитивные и факультативные, указывая при этом, что «обычным атрибутом диспозитивной нормы служит формула «если в договоре не предусмотрено иное» /10/. Как отмечает М.К. Сулейменов, «императивных норм в гражданском законодательстве немного. Подавляющее большинство составляют диспозитивные нормы» /11/. Однако М.И. Брагинский придерживается иного мнения: «в первой и во второй частях нового ГК в составе норм, регулирующих отдельные виды договоров, оказалось около 1600 императивных и только около 200 диспозитивных» /12/.

Подход же к построению пункта 2 ст. 908 ГК РК, по нашему мнению, является особым, не подпадающим полностью ни под одну из названных конструкций. С одной стороны, эта норма не является в чистом виде императивной, поскольку допускает изменение договором установленного законодательством шестимесячного срока в сторону его увеличения, с другой – оснований называть ее диспозитивной в полной мере также нет. Часть вторая п. 1 ст. 382 ГК устанавливает, что в случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая в соответствии с законодательством действует, если соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней.

Комментируя соответствующую норму российского Кодекса (часть вторая п. 4 ст. 421 ГК РФ), В.В. Витрянский, как представляется, совершенно верно использует в этом случае слово «вообще»: «Стороны своим соглашением могут установить условие, отличное от предусмотренного в указанной норме, либо вообще исключить ее применение» /13/.

Но, как следует из смысла анализируемой нормы ГК РК, стороны договора не могут своим соглашением исключить ее применение, как и установить более короткий срок для соответствующего извещения, то есть изменить его. Если, все же, договором это положение исключено или в нем

установлен более короткий срок для уведомления об отказе от договора, в силу недействительности этих договорных условий будет действовать предусмотренный Кодексом шестимесячный срок.

С учетом вышесказанного мы склоняемся к тому, что эта норма представляет собой особый вид императивной нормы, не представляющей сторонам возможности исключить ее применение или установить более короткий срок. И такой подход законодателя мы считаем вряд ли обоснованным. Не говоря уже о возможном наступлении экономической нецелесообразности сохранения для одной из сторон франчайзинговых отношений, представляется недопустимым само вмешательство государства (путем такого законодательного урегулирования) в частноправовые отношения между сторонами, проявляющееся в невозможности установления договором менее продолжительного срока для отказа от него.

Также представляется некорректно сформулированным положение, по которому в случае смерти лицензиара-гражданина его права и обязанности по договору переходят к наследнику при условии, что последний зарегистрирован или в течение шести месяцев со дня открытия наследства регистрируется в качестве предпринимателя (часть первая п. 2 ст. 909 Кодекса). Во-первых, часть первая п. 4 ст. 19 ГК, а также пункт 2 ст. 27 Закона РК от 30 января 2006 г. «О частном предпринимательстве» предусматривают, что обязательной государственной регистрации подлежат индивидуальные предприниматели, которые отвечают одному из следующих условий:

- используют труд наемных работников на постоянной основе;
- имеют от предпринимательской деятельности совокупный годовой доход в размере, превышающем необлагаемый налогом размер.<sup>1</sup>

Таким образом, установленное главой 46 ГК требование об обязательной государственной регистрации наследника лицензиара под страхом недействительности договора франчайзинга не соответствует основным началам законодательства РК о предпринимательстве. Поэтому в целях совершенствования законодательства часть вторую п. 1 ст. 909 Кодекса после слова «зарегистрируется» следует дополнить словами «в требуемых законодательными актами случаях».

Здесь же укажем на неурегулированную Кодексом ситуацию, когда после смерти лицензиара окажется несколько наследников. Необходима ли в таком случае государственная регистрация всех наследников при недостижении ими соглашения о разделе наследственной массы и переходе прав и обязанностей по договору франчайзинга лишь к одному из наследников, тем более если кто-то из наследников не является в полной мере дееспособным?

---

<sup>1</sup> В настоящее время: ст. 35 Кодекса РК «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» от 29.10.2015 г. № 375-V.

Во-вторых, остается без ответа вопрос, какова судьба договора в случае смерти лицензиата. К сожалению, Кодекс не дает возможности уловить даже какой-либо идеи законодателя в этом направлении. Считаем, что поскольку замена лицензиата может повлечь для лицензиара негативные последствия, договор в этом случае подлежит прекращению, что, однако, не лишает сторон возможности заключить между собой новое соглашение.

Грешит пороками законодательной техники и часть вторая п. 2 ст. 909 ГК. Представляется, что привязка слов «управление лицензионным комплексом» к деятельности лицензиара (его наследника) является ошибочной, поскольку полномочия, связанные с использованием этого комплекса, принадлежат лицензиату. Считаем, что в данном случае ГК России вновь оказался «на высоте», использовав вместо критикуемых нами слов слова «осуществление прав и исполнение обязанностей».

Подводя общий итог, отметим, что, в конечном счете, предлагаемые изменения в регулировании данного договора будут способствовать унификации законодательств постсоветских государств в столь важной для развития предпринимательства сфере, как франчайзинговые отношения.

#### **Ссылки:**

1. Красавчикова Л.О. *Коммерческая концессия в системе гражданско-правовых договоров концессионного типа / Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 14 / Под ред. А.Г. Диденко. – Астана: Институт законодательства Республики Казахстан, 2002. С. 82-90.*
2. Учебник. *Гражданское право. Часть 2. Обязательственное право / Под ред. В.В. Залесского. – М.: Восточный экспресс, 1998. С. 570.*
3. *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2000. С. 501; то же: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий. Изд. 2-е / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2003. С. 545.*
4. *Гражданское право. Том II. Учебник для вузов (академический курс) / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: НИИ ЧП КазГЮУ, 2002. С. 596.*
5. *Там же. С. 616-617.*
6. Каудыров Т.Е. *Гражданско-правовая охрана объектов промышленной собственности: Монография. – Алматы: Жеті Жарғы, 2001. С. 253.*
7. *От англ. brand – в т.ч. фабричная марка; сорт, качество / Аракин А.Д., Выгодская З.С., Ильина Н.П. Англо-русский словарь. 14-е изд., стереотип. – М.: Русс. яз., 1997. С. 72.*
8. *Статья 871 ГК Кыргызской Республики за некоторыми исключениями редакционного свойства по содержанию соответствует ст. 1032 ГК России.*
9. *См., напр., Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд. 3-е / Отв. ред. О.Н. Садигов. – М.: КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1998. С. 623; Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. С. 511.*

10. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1997. С. 70.

11. Гражданское право. Том 1. Учебник / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: КазГЮА, 2000. С. 680; то же: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий. Книга 2. 2-е изд. / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2003. С. 401.

12. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ раб. С. 71.

13. Комментарий части первой ГК РФ. – М.: Хозяйство и право, фирма СПАРК / Под общ. ред. В.Д. Карповича, 1995. С. 389.

## ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ УЧРЕДИТЕЛЬНОГО ДОГОВОРА

*Опубликовано:*

*Вестник КазНУ, 2003, № 1 (26)*

Вопросы, связанные с учредительным договором, уже не раз являлись предметом нашего рассмотрения /1/, и мы искренне рады, что эта тема получила своё дальнейшее развитие в казахстанской цивилистике.

Сегодня же хотелось тезисно сделать некоторые выводы в этой связи без проведения сколько-нибудь их углубленного анализа.

1. Представляется, что по своей сущности учредительный договор не вполне вписывается в традиционную модель, по которой характеризуются все поименованные в ГК РК договоры. Мы имеем в виду характеристику «возмездный-безвозмездный».

В литературе высказываются суждения в пользу обеих позиций. На наш же взгляд, понятие возмездного или безвозмездного договора, предусмотренное статьей 384 ГК РК, не позволяет отнести учредительный договор ни к одной из этих групп, поскольку его стороны (участники) адресуют свои предоставления не друг другу, а третьему лицу, причем на первых этапах еще даже не существующему /2/.

2. Другой вопрос – о сроке действия учредительного договора. В основном, в цивилистической литературе преобладает позиция, по которой учредительный договор действует весь срок существования юридического лица. Такой подход, в целом, соответствует и положениям законодательства.

Между тем, с такой категоричностью не всегда можно согласиться даже в рамках действующего законодательства. Например, учредительный договор прекращается, если у юридического лица, учрежденного несколькими лицами, остаётся единственный участник. Согласно пункту 3 ст. 12 Закона РК от 10 июля 1998 г. «Об акционерных обществах», действие учредительного договора о создании открытого акционерного общества прекращается с момента государственной регистрации общества и выполне-

ния всеми его учредителями обязательств, установленных учредительным договором.

Наша позиция заключается в следующем: учредительный договор о создании любого юридического лица следует считать договором о совместной деятельности, направленной на создание юридического лица. С выполнением этой цели действие договора должно прекращаться.

3. На ежегодной международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы частного права» (организатор – НИИЧП КазГЮУ), проходившей 23-24 мая 2002 г. в КазГЮУ, нами была поднята тема о соотношении учредительных документов юридического лица и законодательства. Вопрос заключается в следующем: действуют ли положения учредительных документов юридического лица при их противоречии с вновь принятым законодательным актом об этой форме организации?

При обсуждении этой проблемы было высказано мнение о том, что, согласно пункту 2 ст. 383 ГК РК, если после заключения договора законодательством устанавливаются обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда законодательством установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. Иными словами, изменение корпоративного законодательства не влияет на существо договоренностей между участниками юридического лица, достигнутых ими при создании организации.

Думаем, что эта норма к анализируемой ситуации применена быть не может, поскольку итог исполнения учредительного договора (создание юридического лица) выходит за пределы чисто частногоправового результата. Создается новый субъект права, который вступает и в публично-правовые отношения, обладая при этом соответствующей правосубъектностью. Отстаивать обратное – это всё равно, что утверждать, что лица, вступившие в брак по КоБС КазССР от 6 августа 1969 г., должны при разводе руководствоваться тем же актом, а не новым Законом РК от 17 декабря 1998 г. «О браке и семье». Это всё равно, что утверждать, что рожденный ими ребенок, скажем, в 1980 г. всю свою жизнь будет руководствоваться действовавшим на тот момент законодательством, в том числе ГК КазССР 1963 г. /3/.

Для решения же этой проблемы считаем необходимым статью 41 ГК РК дополнить пунктом 8 следующего содержания: «В случае изменения законодательных актов об отдельных организационно-правовых формах юридических лиц эти организации обязаны в течение (как предложение – *С.К.*) двух месяцев внести соответствующие изменения в свои учредительные документы. До внесения изменений учредительные документы в прежней редакции действуют, поскольку это не противоречит императивным нормам законодательных актов».



4. Интересным представляется вопрос, с какого возраста лицо может являться стороной учредительного договора, то есть учредителем юридического лица. Казахское корпоративное законодательство его решение оставляет без внимания. Лишь Закон РК от 5 октября 1995 г. «О производственном кооперативе» в статье 8 устанавливает, что членом производственного кооператива может быть любое физическое лицо /4/, достигшее 16-летнего возраста, изъявившее желание быть членом кооператива и способное принимать личное трудовое участие в его деятельности. На вступление в кооператив несовершеннолетних граждан требуется согласие их родителей, усыновителей или попечителей.

Открытым же остается вопрос о возможности участия в учреждении несовершеннолетними хозяйственного товарищества или акционерного общества. На «круглом столе», заседание которого состоялось 20 декабря 2002 г. в КазГУ, высказывались суждения о том, что учредителями этих организаций могут быть только полностью дееспособные лица, а производственный кооператив как наиболее демократично урегулированная форма юридического лица являет собой исключение из общего правила.

Мы стоим на иной позиции, считая, что членство в производственном кооперативе с 16 лет, наоборот, являет собой исключение из общего правила, заключающегося в возможности участия в учреждении организаций и частично дееспособными лицами, то есть достигшими 14-летнего возраста.

Дело в том, что членство в производственном кооперативе, как известно, предполагает обязательное личное трудовое участие в его деятельности. Таким образом, член кооператива реализует не только свою гражданскую, но и трудовую дееспособность. Но учредители хозяйственных товариществ и акционерных обществ не обязаны участвовать своим трудом в деятельности этих организаций, им достаточно реализовать лишь свою гражданскую дееспособность.

5. Отдельными законодательными актами (Закон РК от 5 октября 1995 г. «О производственном кооперативе», Закон РК от 22 апреля 1998 г. «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу закона, от 2 мая 1995 г. «О хозяйственных товариществах» и др.) конкретизируются требования, предъявляемые к учредительным договорам различных организаций /5/.

#### **Ссылки:**

1. См., напр.: *Комментарий к статьям 41-42 ГК РК /Гражданский кодекс Республики Казахстан – толкование и комментирование. Общая часть. Выпуск 1 / Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы, 1996; Учредительные документы юридического лица // Предприниматель и право, 1997, № 10; Юридические лица по законодательству Республики Казахстан. Общие положения. – Алматы, 2001; Некоторые*

вопросы учредительных документов юридического лица по законодательству Республики Казахстан / Труды Московской государственной юридической академии. – Москва, 2002, № 8 и т.д.

2. Это наше утверждение дало некоторым авторам основание считать, что договор о создании юридического лица мы относим к договорам в пользу третьего лица (см., напр.: Мусаханова Н.Т. Положения учредительного договора о формировании уставного капитала акционерного общества // Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики. Том 1. Материалы Международной научно-практической конференции, посвященной 5-летию образования НИИЧП КазГЮА (в рамках ежегодных цивилистических чтений). – Алматы, КазГЮА, 2000. С. 120).

Однако автор указанной работы, вероятно, просто не обратил внимания на нашу оговорку «в определенном», то есть «в некотором смысле».

Корректней в этом отношении (в отношении цитирования) Касымханов А.М. (см. его раб.: Учредительный договор // Там же. С. 61).

3. Примечательными в этой связи выглядят высказывания М.К. Сулейменова: «Я сейчас очень жалею о том, что мы не включили семейные отношения в ГК...»; «Можно сказать, что из гражданско-правового договора вытекают трудовые, земельные, семейные отношения, хотя и эти отношения можно и следует рассматривать как гражданско-правовые» // Там же. С. 8.

4. Очевидно, что эта норма Закона требует ограничительного толкования, поскольку, например, недееспособные граждане не могут самостоятельно вступать в гражданско-правовые и трудовые отношения.

5. Об этом см., напр., наши работы: Производственный кооператив. Учебное пособие. – Алматы: Изд-во КазГЮА, 2000; Хозяйственные товарищества по законодательству Республики Казахстан. Учебно-практическое пособие. – Алматы: Жеті Жарғы, 2002.

## **ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ИЗ ДЕЙСТВИЙ В ЧУЖОМ ИНТЕРЕСЕ БЕЗ ПОРУЧЕНИЯ**

**Опубликовано:**

Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика.  
Вып. 18 / Под ред. А.Г. Диденко. – Алматы: ЮРИСТ, 2003;  
Внедоговорные обязательства: Материалы МНПК  
/ Отв. ред. М.К. Сулейменов. – Алматы, 2017

Обязательства из действий в чужом интересе без поручения нельзя отнести к группе «новых» обязательств в национальном законодательстве. Так, например, в Гражданском кодексе Казахской ССР 1963 г. присутствовали главы «Обязательства, возникающие из деятельности без поручения» (глава 43) и «Обязательства, возникающие вследствие спасания социалистического имущества» (глава 45). Этот вопрос регламентировался, хотя и

скудно, и Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.

ГК РК (Особенная часть) 1999 г. подошел иначе к конструированию главы, посвященной этому обязательству (глава 42), что, по нашему мнению, способно привести к неверному пониманию его сущности.

Так, традиционно, первая по порядку статья любой главы Кодекса посвящена объяснению сущности соответствующего феномена, например, статьи 12, 33, 58, 147, 177, 188, 268, 347, 378 ГК, статьи, раскрывающие понятия отдельных видов договоров и т.д.

Поэтому и пункт 1 ст. 855 ГК РК по следуемой логике должен рассматриваться как объясняющий сущность обязательства из действий в чужом интересе без поручения: «Действия без поручения, иного указания или заранее обещанного согласия заинтересованного лица в целях предотвращения вреда его личности или имуществу, исполнения его обязательства или в его иных непротивоправных интересах (действия в чужом интересе) должны совершаться, исходя из очевидной выгоды или пользы и действительных или вероятных намерений заинтересованного лица, с необходимой по обстоятельствам дела заботливостью и осмотрительностью».

На наш взгляд, конструкция приведенной нормы дает основания понимать под обязанной стороной (должником) лицо, которое действовало в чужих интересах без поручения, то есть гестора /1/. Иначе как объяснить присутствие в тексте словосочетания «должны совершаться»? Такой подход усиливается и пунктом 1 ст. 856 Кодекса, по которому на гестора возлагается обязанность при первой возможности сообщить о своих действиях заинтересованному лицу (доминусу) и выждать в течение разумного срока принятия последним соответствующего решения.

К пониманию гестора как должника подталкивает и статья 857 ГК, начинающаяся со слов «если лицо, в интересе которого предпринимаются действия без его поручения, одобрит эти действия...», которая как бы моделирует негативное для гестора развитие событий в случае неодобрения этих действий и подводит их под ситуацию, предусмотренную частью первой ст. 165 ГК. Речь идет о случае, когда «сделка, совершенная от имени другого лица, не уполномоченного на совершение сделки, или с превышением полномочия, создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности для представляемого лишь в случае последующего одобрения им этой сделки».

Таким образом, контекст приведенных положений наводит на мысль о том, что, в целом, современный казахстанский законодатель не одобряет, или, по крайней мере, не поощряет действий в чужом интересе без поручения /2/.

Но этот посыл является ошибочным. И прийти к такому заключению позволяет историческое толкование норм законодательства, посвященных

рассматриваемому вопросу. Итак, ГК КазССР регулировал эти вопросы следующим образом:

– лицо, действующее в интересах другого лица без его поручения в целях предотвращения угрожающего этому лицу имущественного или личного вреда, имеет право на возмещение понесенных при этом необходимых расходов (ст. 440 ГК КазССР);

– вред, понесенный гражданином при спасании социалистического имущества от угрожающей ему опасности, должен быть возмещен той организацией, имущество которой спасал потерпевший (часть первая ст. 466 ГК КазССР) /3/.

Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. этот вопрос регламентировался частью второй ст. 118, согласно которой если лицо без соответствующих полномочий предотвратило реальную угрозу ущерба имуществу других лиц в условиях, исключающих возможность предупреждения их о такой угрозе, оно вправе потребовать от этих лиц возмещения убытков, понесенных в связи с предотвращением ущерба. При этом размер убытков, подлежащих возмещению, не должен превышать размера предотвращенного ущерба.

Таким образом, смысл этого вида внедоговорного обязательства должен сводиться к тому, что именно гестор как лицо, действующее в чужом интересе без поручения, является кредитором, уполномоченным на получение возмещения необходимых расходов и иного реального ущерба, понесенного им при осуществлении действий в интересах доминуса.

Поэтому, по нашему мнению, в качестве дефиниции рассматриваемого обязательства должна использоваться статья 859 ГК РК. Само же его существо должно заключаться в следующем: обязательство из действий в чужом интересе без поручения возникает не в силу факта совершения лицом (гестором) каких-либо действий, а лишь при отказе лицом, в пользу которого они были совершены (доминусом), возместить гестору необходимые расходы и иной реальный ущерб. Поэтому как ошибочное нами расценивается следующее суждение: «Кроме того, одобрение заинтересованным лицом совершенных действий в его интересе влечет и возмещение убытков лицу, действующему в его интересе» /4/.

В этой же связи следует поставить под сомнение верность утверждения о том, что «лицо, прежде чем совершать действия в чужом интересе, должно проинформировать другую сторону о том, что оно действует от имени другого лица и в его интересе» /5/.

Другой вопрос – об условиях, при наличии которых гестор имеет право на получение названного возмещения в рамках этого обязательства. Таковыми являются следующие условия:

– действия должны осуществляться без поручения или заранее обещанного согласия заинтересованного лица;

– действия должны совершаться к очевидной выгоде или пользе, а также исходя из действительных или вероятных намерений доминуса (исключение составляет п. 2 ст. 858 ГК РК);

– отсутствие у гестора возможности испросить согласия доминуса на осуществление этих действий. Если же впоследствии действия одобрены, обязательство превращается в соответствующий договор (хранения, поручения, подряда и т.д.);

– осознание гестором направленности своих действий. Это условие ограничивает анализируемое обязательство от обязательства из неосновательного обогащения;

– действия должны осуществляться с необходимой по обстоятельствам дела заботливостью и осмотрительностью, поскольку при нарушении этого условия гестор может быть привлечен к ответственности по правилам об обязательствах из причинения вреда.

В случае, когда заинтересованное лицо не отказывается от выплаты соответствующего возмещения, отношения сторон становятся договорными, а обязательство из действий в чужом интересе без поручения не возникает. Буквальные подтверждения тому содержит сам ГК. Так, согласно статье 857 Кодекса, если лицо, в интересе которого предпринимаются действия без его поручения, одобрит эти действия, к отношениям сторон в дальнейшем применяются правила о договоре поручения или ином договоре, соответствующем характеру предпринятых действий, даже если одобрение было устным. В соответствии с пунктом 2 ст. 859 ГК, расходы и иные убытки лица, действовавшего в чужом интересе, понесенные им в связи с действиями, которые предприняты после одобрения от заинтересованного лица, возмещаются по правилам о договоре соответствующего вида. Как следует из содержания статьи 860 Кодекса, лицо, действия которого в чужом интересе привели к положительному для заинтересованного лица результату, имеет право на получение вознаграждения, если такое право предусмотрено, в том числе, договором. Таким образом, в указанных случаях речь идет уже о договорных отношениях сторон.

И, наоборот, как факт незаключения договора следует рассматривать ситуацию, регламентированную пунктом 1 ст. 858 ГК, по которому действия в чужом интересе, совершенные после того, как тому, кто их совершает, стало известно, что они не одобряются заинтересованным лицом, не влекут для последнего обязанностей ни в отношении совершившего эти действия, ни в отношении третьих лиц. Иными словами, в такой ситуации следует руководствоваться статьей 165 ГК РК.

Подводя общий итог, отметим, что нормативное регулирование комментируемого обязательства, все же, требует соответствующей ревизии с целью возврата к тому содержанию, которое было в него вложено ранее действовавшим законодательством.

### **Ссылки:**

1. Как отмечал И.Б. Новицкий, в римском праве было известно лишь ведение чужих дел (или вообще забота о чужом деле) – *negotiorum gestio*. Добавка «без поручения» возникла в более поздний период для подчеркивания аналогии с действиями поверенного в договоре поручения (Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. – М., 1972. С. 252).

2. Анализируемая глава Кодекса текстуально аналогична главе 50 ГК РФ.

3. Современному читателю, вероятно, наличие этих двух норм покажется странным. Вот как такое положение оценивалось в свое время: «Фактически, интересы лиц, совершающих однородные этически безупречные и благородные поступки, оказывались различно защищенными законом в зависимости от того, чье имущество спасалось» (Гражданское право. В 2-х томах. Том 2. Учебник / Под общ. ред. Е.А. Суханова. – М.: БЕК, 1994. С. 421).

4. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий. Изд. 2-е, испр. и доп., с использованием судебной практики / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2003. С. 499; то же: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Комментарий / Отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. – Алматы: Жеті Жарғы, 2000. С. 455.

5. Там же. С. 500; то же. С. 456.

## **АРБИТРАЖ**

### **ПРАВО НА АРБИТРАЖНУЮ ЗАЩИТУ**

**Опубликовано:**

*Zakon.kz*, 12 апреля 2018 г.

Просматривая № 3 (72) за 2016 г. журнала «Право и государство», заинтересовался статьей Акимбековой М.А. и Мороз С.П. «Вопросы признания и исполнения решений иностранных арбитражных и государственных судов по инвестиционным спорам в Республике Казахстан», в которой обнаружил суждение, показавшееся мне крайне примечательным.

Авторы пишут: «Главными преимуществами этих судов (арбитражей – примечание наше – С.К.) является доверие к ним населения и бизнеса в связи с тем, что каждая сторона вправе предложить в состав суда своего представителя из числа действующих судей данного суда, который может обстоятельно изложить составу суда все аргументы и позицию представляемой стороны» (с. 52 указ. журнала).

При этом в конце абзаца без каких-либо «кавычек» делается ссылка на статью М.С. Нарикбаева «Послание Президента Республики Казахстан 2012 года – программа дальнейшей модернизации государства» (Право и государство, № 1 (54), 2012 г.).

В этой связи остается неясным, кто является действительным автором приведенного суждения: М.А. Акимбекова и С.П. Мороз или покойный руководитель известного казахстанского вуза?

Что же касается существа данного тезиса, то ошибочность понимания значения и процедуры избрания состава арбитров сторонами договора (контракта) очевидна.

Так, подпунктами 3), 5) статьи 5 Закона РК «Об арбитраже» установлено, в том числе, что арбитражное разбирательство осуществляется с соблюдением принципов независимости, означающей, что арбитры и арбитражи при разрешении переданных им споров независимы, принимают решения в условиях, исключающих какое-либо воздействие на них, и справедливости, означающей, что арбитры и арбитражи при разрешении переданных им споров и стороны арбитражного разбирательства должны действовать добросовестно, соблюдая установленные требования, нравственные принципы общества и правила деловой этики.

Частью первой п. 1 ст. 13 Закона РК «Об арбитраже» предусматривается, что арбитром избирается (назначается) физическое лицо, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела, являющееся независимым от сторон.

В соответствии с подпунктом 2) п. 2 ст. 17 этого Закона, одним из оснований для отвода арбитра может быть то, что он или тесно связанное с ним лицо является руководителем юридического лица, его филиала или представительства, являющегося стороной спора, или иным образом представляет сторону или иное лицо, которое может ожидать значительной выгоды или ущерба в зависимости от результата рассмотрения спора.

Таким образом, арбитр, рассматривающий дело, не имеет права быть любым образом заинтересованным в его исходе под страхом отвода, лучше – самоотвода. Неаффилированность и компетентность – неполный перечень предъявляемых к арбитру требований.

Вероятно, и этим обстоятельством объясняется стремление добросовестных (порядочных) участников гражданских правоотношений включать в договоры арбитражную оговорку с указанием конкретного арбитража с тем, чтобы в случае спора рассчитывать на вынесение законного и справедливого (эти две категории дополняют друг друга) решения.

Тем не менее, даже при вынесении, казалось бы, законного и справедливого арбитражного решения существует опасность его отмены государственными судами.

Перечень оснований для отмены арбитражного решения предусмотрен статьей 52 Закона РК «Об арбитраже».

В рамках настоящей статьи представляет интерес подпункт 2) п. 2 указанной статьи, согласно которому арбитражное решение отменяется судом в случае определения, что спор, по которому вынесено арбитражное

решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан.

В соответствии с пунктами 8-10 ст. 8 Закона РК «Об арбитраже», арбитражу не подведомственны и он не вправе рассматривать споры, по которым затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц, лиц, признанных недееспособными или ограниченно дееспособными, о реабилитации и банкротстве, споры между субъектами естественных монополий и их потребителями, между государственными органами, субъектами квазигосударственного сектора, споры, возникающие из личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными, споры между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан – с одной стороны и государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству – с другой, при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества).

Однако судебной практике известны случаи, когда суды расширяли указанный перечень изъятий из подведомственности споров арбитражам. Так, судья апелляции судейской коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда, отменяя решение Международного суда «IUS» об обращении взыскания на заложенное имущество, указал в своем определении № 7599-17-00-2а/9721 от 18 января 2018 г., в том числе, следующее (редакция сохранена, поэтому текст помещен нами в «кавычки»):

*«Согласно пункта 3 статьи 26 Конституции – никто не может быть лишен своего имущества, иначе как по решению суда.*

*Согласно пункта 1 Постановления Конституционного Совета Республики Казахстан «Об официальном толковании пункта 3 статьи 26 Конституции Республики Казахстан» от 16 июня 2000 года – при уяснении и применении пункта 3 статьи 26 Конституции Республики Казахстан необходимо исходить из того, что лишение кого-либо имущества иначе как по решению суда может иметь место только в предусмотренных законом случаях.*

*Анализируя положения Конституции с учётом данными им толкованиям Конституционным Советом Республики Казахстан, суд полагает, что обращение взыскание на заложенное по договору займа недвижимое имущество должно осуществляться в соответствии с установленными законом нормами, регулирующими данный вид правоотношений.*

*<...> Согласно пункта 1 статьи 21 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» – реализация ипотеки в судебном порядке производится в соответствии с решением суда по иску залогодержателя.*



*Суд апелляции полагает, что указание в законе на возможность обращения взыскания на заложенное имущество в судебном порядке означает реализацию данного имущества только по решению суда. К судебной системе Республики Казахстан согласно статьям 75 и 76 Конституции не относятся арбитражные суды, и они не вправе выносить решения от имени Республики Казахстан, тем самым законом установлено ограничения правомочия арбитражей на разрешение вопроса по обращению взыскания на заложенное по договору займа недвижимое имущество.*

*<...> Таким образом, определение районного суда подлежит отмене, так как вопрос обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан».*

Как видим, судья, мотивируя свое определение, руководствовался принципом «если не разрешено, то запрещено». Однако такой подход идет в разрез с положениями, установленными в статье 8 Закона РК «Об арбитраже», в которой указаны категории не подведомственных арбитражу споров.

Статьей 9 ГК РК установлено, что защита гражданских прав осуществляется судом, арбитражем. При этом в ГК РК (Общая часть), помимо названной статьи, мы обнаружили лишь одно упоминание об арбитраже – в пункте 5 статьи 156 «Биржевые сделки», а в ГК РК (Особенная часть) арбитраж вообще не упоминается.

Думается, что с целью разъяснения вопроса о соотношении терминов «суд» и «арбитраж» в проекте нормативного постановления Верховного Суда РК «О внесении изменений и дополнений в нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 2 «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» содержится следующее положение: «В соответствии с частью первой статьи 27 ГПК корпоративные споры отнесены к подсудности специализированных межрайонных экономических судов и подлежат рассмотрению в порядке искового производства. При наличии арбитражного соглашения корпоративный спор может быть передан на рассмотрение арбитража в соответствии со статьей 8 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V «Об арбитраже».

И это при том, что в Законе РК «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» слова «суд», «судебный» в различных падежах применяются не менее 29 раз, а «арбитраж» или иные, производные от него, слова – ни разу.

Данное обстоятельство имеет лишь одно объяснение: термин «суд» используется как родовое понятие, «арбитраж» – как видовое. И всегда, когда речь в том или ином нормативном правовом акте идет о суде, име-

ется в виду и арбитраж, за изъятиями, предусмотренными ст. 8 Закона РК «Об арбитраже».

## НЕТИПИЧНЫЕ СПОРЫ В ПРАКТИКЕ КАЗАХСТАНСКИХ АРБИТРАЖНЫХ И ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ

*Опубликовано:*

*Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права:  
Сборник статей / Сост. и отв. ред. И.П. Грешиников.  
– М.: Статут, 2015.*

В настоящей статье под термином «арбитраж» также понимается «третейский суд» и, соответственно, все производные от них термины.

С 2006 г. нами в качестве единоличного арбитра, либо с нашим участием в качестве арбитра было рассмотрено более 80 дел. Как правило, это были обычные споры, вытекающие из договоров поставки, банковского займа, подряда, возмездного оказания услуг, аренды, безвозмездного пользования имуществом.

Однако встречались и такие судебные дела, которые представляются не вполне типичными в силу оригинальности либо заявленных исковых требований, либо установленных арбитражем обстоятельств, или же позиций самих арбитражей при вынесении ими того или иного решения или определения.

Мы приведем лишь некоторые примеры таких арбитражных дел, рассмотренных Международным третейским судом «IUS», Казахстанским Международным Арбитражем, а также арбитражем при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан.

Фабулы дел максимально упрощены. Их номера, составы арбитражей, а также наименования (имена) сторон не указываются.

### **Ненадлежащее представительство в арбитраже.**

Истец ТОО «I», ссылаясь на заключенный с ответчиком ТОО «Т» договор купли-продажи, заявил требование о взыскании суммы основного долга, неустойки за несвоевременную оплату товара, представительских расходов в размере 150 000 тенге, а также оплаченного третейского сбора.

В обоснование представительских расходов истцом были представлены копии договора об оказании юридических услуг и консультативной помощи, заключенного между ТОО «Юридическая компания «V» (исполнитель) и ТОО «I» (заказчик), а также платежного поручения об оплате услуг в размере 288 000 тенге.

Арбитражем установлено, что указанным договором заказчик поручает, а исполнитель принимает на себя обязанность в выполнении услуг, свя-

занных с юридической деятельностью, а именно представление интересов заказчика в СМЭС Алматинской области по исковому заявлению ТОО «I» к ТОО «Т» о взыскании суммы долга. При этом исковое заявление ТОО «I» к ответчику ТОО «Т» определением суда СМЭС Алматинской области оставлено без рассмотрения.

В деле также имелась доверенность, выданная г-ну Э. товариществом с ограниченной ответственностью «I» для представления интересов последнего, в том числе, в третейских и арбитражных судах.

В своем решении арбитраж указал, что поскольку данный спор рассматривается соответствующим арбитражем, а также что полномочия по указанной доверенности не соответствуют предмету спорного договора, и она выдана иному лицу-поверенному (г-ну Э.), арбитраж не находит причинно-следственной связи между произведенными ТОО «I» расходами по представительству в СМЭС и настоящим арбитражным разбирательством.

На основании изложенного в удовлетворении требования истца о взыскании с ответчика суммы за оплату представительских расходов в размере 150 000 тенге было отказано.

#### **Заключение договора.**

Рассматривая спор между АО «Ш» (истец) и ТОО «Б» (ответчик) о взыскании суммы задолженности, штрафа за несвоевременное исполнение обязательств по договору, а также оплаченных арбитражных сборов, состав арбитров установил следующее.

Между сторонами спора велись телефонные переговоры, а также производился обмен сообщениями по электронной почте на предмет заключения договора на поставку тостированного подсолнечного шрота. При этом, как явствует из представленных каждой стороной текстов договоров, им не удалось прийти к соглашению по ряду условий.

Так, в текстах договоров указаны различные условия поставки, в том числе общее количество товара, количество первой партии, цена за 1 метрическую тонну, максимальная стоимость договора, размер предоплаты, срок отгрузки оплаченной партии товара и срок ее поставки, размеры взаимных штрафов сторон.

При этом в деле отсутствует единый текст договора, обоюдно подписанный сторонами.

В соответствии с пунктом 1 ст. 393 ГК РК, договор считается заключенным, когда между сторонами в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным его условиям. Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые признаны существенными законодательством или необходимы для договоров данного вида, а также все те существенные условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

На основании изложенного состав арбитров пришел к выводу, что между сторонами не было достигнуто соглашение по всем существенным условиям. Таким образом, договор не считается заключенным, а требование о взыскании суммы задолженности в размере 2 500 000 тенге подлежит отклонению.

Состав арбитров также указал, что, согласно статье 294 ГК РК, соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме, независимо от формы основного обязательства. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке. Таким образом, требование истца о взыскании штрафа в размере 250 000 тенге не подлежит удовлетворению.

#### **Толкование договора.**

Между казахстанским аэропортом и украинской авиакомпанией был заключен договор, включавший обязательства аэропорта оказывать комплекс услуг, связанных с принятием воздушных судов, их обслуживанием, последующей отправкой и т.д.

В связи с тем, что авиакомпания не исполнила свои обязательства по оплате оказанных услуг, аэропорт обратился с иском в соответствующий арбитраж.

Исследуя представленный договор, состав арбитров пришел к следующему выводу. Согласно пункту 1 ст. 392 ГК РК, при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Согласно арбитражной оговорке, содержащейся в договоре, споры, связанные с заключением, интерпретацией и расторжением договора, рассматриваются Арбитражным судом при ТПП РК.

Таким образом, споры, связанные с ненадлежащим исполнением договора, арбитражной оговоркой не охватываются.

Поэтому, вынося определение об оставлении искового заявления без движения, состав арбитров, ссылаясь на регламент, указал, что предмет иска выходит за рамки арбитражного соглашения.

#### **Условная сделка.**

Между истцом ТОО «R» (покупатель) и ответчиком Компанией «K» (поставщик) был заключен контракт на поставку оборудования.

Арбитражем установлено, что истцом, в соответствии с условиями контракта, произведена предоплата в размере 110 000 евро, что составило 40% от общей суммы контракта. Таким образом, истец надлежаще исполнил свои обязательства, однако поставка не была осуществлена.

Дополнительным соглашением предусмотрено, что в случае задержки первоначального срока поставки оборудования покупатель выстав-

ляет пени, согласно условиям основного контракта, после фактической поставки оборудования в адрес покупателя. Размер пени будет определен после фактической поставки оборудования и закреплен отдельным дополнительным соглашением к основному договору.

Таким образом, указал арбитраж, стороны поставили возможность начисления пени и определение ее размера в зависимость от а) фактической поставки оборудования и б) заключения сторонами дополнительного соглашения, закрепляющего ее размер.

Согласно пункту 1 ст. 150 ГК РК, сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит.

Из материалов дела следует, что поставка оборудования произведена не была, соответственно, между сторонами дополнительное соглашение, закрепляющее размер пени, подписано не было.

При этом, однако, арбитраж посчитал необходимым применить часть первую п. 3 ст. 150 ГК РК, согласно которой, если наступлению условия недобросовестно воспрепятствовала сторона, которой наступление условия невыгодно, то условие признается наступившим.

Поскольку за неисполнение контракта ответственна Компания «К», а непоставка оборудования и неподписание дополнительного соглашения, закрепляющего размер пени, лишило истца возможности начислить неустойку, арбитраж счел отлагательное условие наступившим и взыскал с ответчика неустойку.

### **Конкуренция договорной и законной неустоек.**

По договору о реализации металлолома истец АО «Компания Г» просил взыскать с ответчика индивидуального предпринимателя Б. задолженность в размере 1 738 000 тенге, неустойку за несвоевременную оплату работ в размере 120 660 тенге и сумму третейского сбора.

В исковом заявлении АО «Компания Г» указало, что по договору не предусмотрено применение неустойки за просрочку, тем не менее, условиями договора предусмотрена ответственность, что за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора стороны несут ответственность в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан. Следовательно, в случае невыполнения своих обязательств в установленный договором срок истец вправе применить к основной сумме задолженности неустойку на неправомерное пользование чужими деньгами, предусмотренную статьей 353 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть).

К исковому заявлению прилагался расчет неустойки с применением действовавших в указанный период официальных ставок Национального Банка РК на общую сумму 120 660 тенге.

Однако арбитром было установлено, что согласно условиям договора, в случае просрочки платежа покупатель уплачивает продавцу пеню из расчета 1% от несвоевременно оплаченной суммы за каждый день.

Таким образом, сторонами была установлена договорная неустойка и определен ее размер.

На основании изложенного арбитр пришел к выводу, что истец, имея право на взыскание неустойки, предусмотренной договором, отказался от реализации этого права.

Пунктом 2 ст. 2 ГК РК предусмотрено, что граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права, а также отказываются, если иное не установлено законодательными актами, от прав своей волей и в своем интересе. Согласно пункту 1 ст. 8 ГК РК, граждане и юридические лица по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им гражданскими правами, в том числе правом на их защиту.

С другой стороны, пунктом 1 ст. 353 ГК РК установлено, что за неправомерное пользование чужими деньгами в результате неисполнения денежного обязательства либо просрочки в их уплате, либо их неосновательного получения или сбережения за счет другого лица подлежит уплате неустойка. Размер неустойки исчисляется, исходя из официальной ставки рефинансирования Национального Банка Республики Казахстан на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части. Эти правила применяются, если иной размер неустойки не установлен законодательными актами или договором.

Таким образом, указал арбитр, поскольку размер неустойки предусмотрен договором, она не может быть взыскана по правилам, установленным ст. 353 ГК РК.

В этой связи арбитр отказал истцу во взыскании неустойки.

### **Применение ст. 353 ГК РК при расчетах в иностранной валюте.**

Истец г-н Республики Казахстан А. (покупатель), ссылаясь на договор купли-продажи грузового автомобиля китайского производства, заключенный с ответчиком – внешнеторговой компанией (продавец), заявил требование о взыскании задолженности в размере 65 730 ¥, а также законной неустойки за неправомерное пользование чужими деньгами (ст. 353 ГК РК) в размере 17 948 ¥.

При этом для расчета размера неустойки истцом было представлено письмо Департамента исследований и статистики Национального Банка РК с указанием размеров официальных ставок рефинансирования Национального Банка РК за период пользования чужими деньгами.

Впоследствии истцом была представлена расписка, согласно которой вместо положенных 9% предоплаты в день заключения договора он передал директору внешнеторговой компании сумму в размере 10 000 долларов США.

В своем решении арбитр указал, что считает доказанным факт получения ответчиком от истца 10 000 долларов США в счет исполнения обязательств по поставке предмета договора, но при этом взятые на себя обязательства продавцом не выполнены. В этой связи исковые требования о взыскании суммы основного долга, составляющего 65 730 китайских юаней по курсу иностранных валют, установленному Национальным Банком РК, подлежат удовлетворению.

Что касается взыскания неустойки по официальной ставке рефинансирования, установленной Национальным Банком РК (ст. 353 ГК РК), то указанная статья ГК применению не подлежит, поскольку она может быть использована лишь в случае расчетов в национальной валюте – тенге.

При этом арбитр также отметил, что когда денежная задолженность должна быть возвращена в иностранной валюте, размер неустойки определяется по общепризнанным ставкам вознаграждения по депозитам в иностранной валюте. Так как валютой платежа являлись доллары США, арбитр использовал для расчета размера неустойки ставку вознаграждения по депозитам, принимаемым банком «HSBC Банк Казахстан».

Для определения размера неустойки использовались следующие исходные данные:

- срок пользования чужими деньгами – 1 159 дней;
- ставка вознаграждения – 2% годовых;
- сумма основного долга – 10 000 USD.

Таким образом, размер неустойки составляет \$ 635 USD, или ¥ 4 174.

### **Непреодолимая сила. Причинная связь.**

Между истцом ТОО «Т» (заказчик) и ответчиком ООО «П» (исполнитель) был заключен договор оказания услуг по обеспечению готовности к ликвидации разливов нефти и спасению людей. Обеспечение услуг по реагированию должно производиться посредством специализированного судна с соответствующим оборудованием и персоналом.

Из материалов, представленных ответчиком, следовало, что судно вышло из порта и направилось в пункт назначения с недельным опозданием. В качестве обоснования задержки ответчик ссылался на действия руководства порта, умышленно не разрешавшего выход их него.

Однако, выйдя из порта, судно не смогло прибыть в пункт назначения в связи со сложившейся за это время тяжелой ледовой обстановкой. В результате договор был расторгнут.

Не признавая исковые требования, ответчик в отзыве указал, что невозможность исполнения договора была вызвана обстоятельствами непреодолимой силы.

Составом арбитров было установлено, что обстоятельства, на которые ссылался ответчик, не находятся в прямой причинной следственной связи с фактом нарушения обязательств, предусмотренных договором. Более

того, согласно договору, сторона, ссылающаяся на такие обстоятельства, должна немедленно в письменном виде известить другую сторону о возникновении обстоятельств непреодолимой силы, а также о прекращении действий таких обстоятельств. Однако каких-либо подтверждающих документов в этой связи арбитражу представлено не было.

### **Перерасчет размера требований в связи с девальвацией тенге. Двойное вознаграждение.**

В июне 2014 г. Банк обратился в арбитраж с требованиями к ТОО «V» и г-ке Г. о взыскании суммы задолженности по кредиту, выданному в иностранной валюте в 2011 г. Исковые требования, как того требует законодательство, были выражены в тенге.

В решении о частичном удовлетворении исковых требований было указано следующее.

Арбитр, руководствуясь принципом справедливости (п. 4 ст. 8 ГК РК), считает, что поскольку суммы просроченного основного долга и просроченного вознаграждения образовались до проведения девальвации тенге, к расчету указанных сумм в тенге следует применять курс доллара США, действовавший на день, предшествующий дню девальвации.

На 11 февраля 2014 г. курс доллара США, установленный Национальным Банком РК, составлял 155,56 тенге.

Таким образом, требуемые к взысканию суммы просроченного основного долга и просроченного вознаграждения арбитром были соответственно пересчитаны в сторону их уменьшения.

В отношении требований о взыскании суммы срочного основного долга и неустойки, указал арбитр, следует применять курс, указанный в исковом заявлении на день его подачи – 184,50 тенге.

По другому делу Банк предъявил иски о взыскании с двух граждан срочного основного долга, просроченного основного долга, срочного вознаграждения, просроченного вознаграждения, вознаграждения на просроченный основной долг, а также штрафных санкций, включающих пеню за просроченное вознаграждение на просроченный основной долг.

Изучив обстоятельства дела, арбитр пришел к выводу о правомерности, в целом, исковых требований Банка.

При этом, однако, из общей суммы требований, заявленных к взысканию, подлежало исключению вознаграждение на просроченный основной долг. Арбитр исходил из того, что указанная сумма представляет собой повторную уплату вознаграждения по основному долгу, что не соответствует принципу справедливости (п. 4 ст. 8 ГК РК). Соответственно, также не подлежали взысканию пени за просроченное вознаграждение на просроченный основной долг.



Также арбитр учитывал, что со дня предъявления к ответчикам требования о погашении просроченной задолженности прошел значительный период времени (полтора года). В течение данного периода времени истец имел возможность заявить исковое требование о досрочном возврате банковского займа, что способствовало бы уменьшению размера ответственности ответчиков.

Согласно пункту 1 ст. 364 ГК РК, суд также уменьшает размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению.

В этой связи размер удовлетворенных требований истца был соответственно уменьшен.

## **ОТДЕЛЬНЫЕ СЛУЧАИ В ПРАКТИКЕ КАЗАХСТАНСКИХ АРБИТРАЖЕЙ**

*Опубликовано:*

*Zakon.kz, 10 июля 2017 г.*

### **Отсутствие арбитражной оговорки в основном договоре.**

Между банком и ТОО были заключены два договора банковского займа на суммы 146 163 000 тенге и 10 402 975 тенге.

В качестве обеспечения возврата заемных средств, помимо иных мер, банком были заключены договоры с пятью гарантами, каждый из которых содержал арбитражную оговорку.

В свою очередь, договорами банковского займа предусматривалось, что споры, касающиеся нарушения их условий, подлежат окончательному разрешению в судах Республики Казахстан.

В связи с неисполнением товариществом заемных обязательств банком были заявлены требования к гарантам о взыскании с них сумм долга по договорам банковского займа.

Анализируя вопрос о полномочиях (юрисдикции) арбитража по рассмотрению данного спора, арбитр исходил из того, что:

1. Согласно пункту 1 ст. 329 ГК РК, в силу гарантии гарант обязывается перед кредитором другого лица (должника) отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично солидарно с должником, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами.

2. Привлечение указанных гарантов к солидарной с основным должником ответственности возможно лишь при установлении факта неисполне-

ния или ненадлежащего исполнения обязательства основным должником и наличия оснований для такого привлечения.

Установление названных обстоятельств невозможно без рассмотрения и анализа правоотношений между банком и ТОО по договорам банковского займа, а значит и без привлечения ТОО к участию в деле.

Более того, согласно пункту 1 ст. 333 ГК РК, в случае, если к гаранту предъявлен иск, он обязан привлечь должника к участию в деле.

3. В соответствии с пунктом 1 ст. 334 ГК РК, в случае привлечения указанных гарантов к солидарной с основным должником ответственности и исполнения ими обязательства должника, к гарантам переходят все права кредитора по этому обязательству.

Однако привлечение товарищества – основного должника к участию в деле оказалось невозможным в виду отсутствия в договорах банковского займа соответствующей арбитражной оговорки, что, в свою очередь, означало отсутствие у арбитража полномочий по рассмотрению спора с участием этого ТОО.

На основании изложенного арбитр своим определением рекомендовал банку обратиться в соответствующий компетентный суд с иском к ТОО о взыскании с него задолженности по договорам банковского займа. Арбитражное разбирательство по делу было приостановлено до рассмотрения компетентным судом исковых требований банка к ТОО.

Позднее, в связи с вынесением СМЭС решения о взыскании с товарищества 176 948 882 тенге, по заявлению банка арбитражное производство было возобновлено, и исковые требования банка к гарантам были удовлетворены в полном объеме.

### **Недействительная банковская гарантия. Вина кредитора.**

В обеспечение договора поставщик (ответчик) обязался предоставить покупателю (истцу) безотзывную, безусловную, неуменьшаемую банковскую гарантию возврата авансового платежа, выпущенную банком с рейтингом Standart & Poors не ниже «B», на сумму, равную 100% авансу, срок действия которой истекает не ранее чем через тридцать банковских дней от даты окончания срока действия договора.

Оригинал банковской гарантии одного из российских банков был отправлен ответчиком в адрес истца в установленные договором сроки.

После отказа ответчика в удовлетворении претензии, истец обратился к банку с требованием о перечислении ему суммы гарантии в размере 9 604 296 российских рублей ввиду нарушения ответчиком обязательств по договору поставки.

Данное требование банком было отклонено. В своем ответе банк указал, что указанное гарантийное обязательство им не выдавалось. Также сообщалось, что это общество с ограниченной ответственностью (поставщик) вообще не является клиентом банка.

В этой связи арбитром было предложено ответчику представить пояснения, касающиеся утверждений истца о предоставлении фальсифицированной банковской гарантии.

В письменных объяснениях ответчик указал, что ему неизвестны обстоятельства составления и подписания данной банковской гарантии. Он исходил из наличия полномочий у лица, её подписавшего. Считает, что доводы и заявления истца являются несостоятельными. Утверждения истца являются не только ложными, но и недопустимыми без представления прямых доказательств. Использование подобных высказываний в отсутствие доказательств должно расцениваться в качестве недобросовестных и неразумных действий, направленных на умаление деловой репутации ответчика и причинение ему вреда. Оформление банковской гарантии на фирменном бланке, наличие всех необходимых реквизитов банка, подпись уполномоченного лица не позволили ответчику усомниться в действительности банковской гарантии, а равно в наличии соответствующих полномочий у лица, её подписавшего.

Однако при этом ответчиком не было представлено арбитру каких-либо документов, подтверждающих действительность указанной банковской гарантии (как-то: предшествующая выдаче гарантии переписка ответчика с банком; платежный документ, подтверждающий оплату ответчиком услуг банка по выдаче гарантии; договор ответчика с банком о выдаче гарантии и т.д.)

На основании изложенного арбитр пришел к выводу, что представленная ответчиком банковская гарантия является ненадлежащей.

Согласно условиям договора, в случае, если поставщик не предоставит банковскую гарантию в течение трех банковских дней со дня подписания договора, покупатель вправе в одностороннем порядке отказаться от договора и/или потребовать уплаты неустойки за несвоевременное предоставление банковской гарантии в размере 0,1% от её суммы за каждый день просрочки.

Таким образом, указанную неустойку следует исчислять со дня предоставления ненадлежащей банковской гарантии по день расторжения договора. Просрочка составила 137 дней, а её размер – 1 315 777 российских рублей.

Однако, по мнению арбитра, при получении указанной гарантии истец сам не проявил разумной осмотрительности. Так, учитывая ее размер, срок получения (всего три рабочих дня), отсутствие непосредственных контактов с гарантом, как и прежних контактов с поставщиком, подтверждающих его деловую репутацию, он имел возможность в течение достаточного для этого срока (более двух недель) затребовать от ответчика хотя бы минимальных подтверждений её действительности, но пренебрег ею.

Согласно пункту 1 ст. 364 ГК РК, если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника.

С учетом данного обстоятельства арбитр уменьшил размер удовлетворенных в этой части исковых требований на десять процентов.

#### **Представительские расходы.**

Между российским публичным акционерным обществом (истец) и казахстанским товариществом с ограниченной ответственностью (ответчик) было заключено агентское соглашение, по которому ответчик обязался от имени и за счет истца оказывать услуги по бронированию, оформлению и продаже пассажирских авиаперевозок на рейсы истца.

Вследствие ненадлежащего исполнения ответчиком своих обязательств истец предъявил к нему иск о взыскании суммы задолженности, неустойки, задолженности по претензиям (всего – 31 378 033 тенге), расходов по оплате арбитражного и регистрационного сборов, а также по оплате помощи представителей.

При этом указал, что для представления интересов в арбитраже он привлек юридическую фирму, и в этой связи его расходы составили 2 826 253 тенге.

Рассматривая данное требование, состав арбитров отметил, что договор на оказание юридических услуг носит рамочный характер и предусматривает оказание юридических услуг вообще, а не конкретно представление интересов истца в настоящем арбитражном разбирательстве.

Кроме того, составу арбитров была представлена лишь первая страница договора. Поэтому оценить его как документ, имеющий юридическое значение, состав арбитров не имел возможности. Платежное поручение о перечислении истцом на счет юридической фирмы 2 826 253 тенге также не вносит полной ясности в разрешаемый арбитражем вопрос о взыскании данных расходов, поскольку в нем указываются платежи за юридические услуги, но не конкретизируются, какие именно.

На этом основании в возмещении расходов на представителя истцу было отказано.

#### **Уменьшение размера неустойки.**

В исковом заявлении истец просил взыскать с ответчика основной долг за оказанные услуги элеватора в размере 690 656 тенге, неустойку в размере 596 206 тенге.

В прилагаемом расчете неустойки он исходил из того, что просрочка оплаты оказанных услуг составила период с 01 января 2014 г. по 31 октября 2016 г.

Данный расчет состав арбитров оценил критически по следующему основанию.

Согласно договору, в случае возникновения споров при исполнении настоящего договора или в связи с ним стороны обязуются решать их путем переговоров с соблюдением претензионного порядка. Срок рассмотрения претензии – 10 календарных дней от даты получения претензии. В случае отказа в удовлетворении претензии или неполучения ответа на претензию в десятидневный срок споры передаются на рассмотрение в арбитраж.

В письме ответчику от 15 января 2015 г. истец указал, что настоятельно требует погасить образовавшуюся задолженность в кратчайшие сроки. В противном случае он будет вынужден произвести начисление пени, а также взыскивать сумму задолженности посредством судебных разбирательств.

В своем решении состав арбитров указал, что, таким образом, право на подачу искового заявления у истца возникло с 26 января 2015 г.

В соответствии с пунктом 4 ст. 8 Гражданского кодекса РК, граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащим им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели – также правила деловой этики.

В этой связи состав арбитров счел, что увеличение размера неустойки до указанного истцом размера произошло по причине затягивания им процедуры подготовки и подачи в установленном порядке искового заявления в арбитраж практически до истечения срока исковой давности.

Пунктом 5 ст. 8 ГК РК установлено, что не допускаются действия граждан и юридических лиц, направленные на злоупотребление правом. В случаях несоблюдения требований, предусмотренных пунктами 3-5 настоящей статьи, суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права.

Более того, согласно статье 297 ГК РК, если подлежащая уплате неустойка (штраф, пеня) чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора, суд вправе уменьшить неустойку (штраф, пеню), учитывая степень выполнения обязательства должником и заслуживающие внимания интересы должника и кредитора.

На основании изложенного, для расчета размера подлежащей к взысканию неустойки состав арбитров определил время просрочки ответчика с 01 января 2014 г. по 26 января 2015 г. Размер взысканной неустойки составил 182 333 тенге.

#### **Экспертное заключение.**

Между ТОО «А-С» (ответчик, исполнитель) и Объединением юридических лиц «С-С-С-Б» (истец, заказчик) был заключен договор на изготовление книгопечатной продукции.

В процессе приемки готовой продукции между сторонами возник спор о ее качестве, в связи с чем истец для дачи заключения привлек специалистов Испытательной лаборатории строительной, промышленной, радио-

электронной и бытовой продукции Алматинского филиала АО «Национальный центр экспертизы и сертификации».

Однако состав арбитров к представленному заключению отнесся критически по следующим основаниям:

- заключение не содержит имен специалистов, его подготовивших, их подписи и порядок их назначения для дачи заключения. Подписано начальником и заведующим сектором указанной лаборатории, при этом уровень их компетентности и знаний в исследуемой области не указан;
- в заключении неверно указаны наименования заказчика заключения и исполнителя объекта исследования, название объекта исследования;
- заключение основано на визуальном осмотре книг с целью выявления характерных признаков внешних дефектов книг, с помощью увеличительных приборов и без них, без сравнения с сигнальным образцом, который заказчиком представлен не был.

Кроме того, состав арбитров поставил под сомнение компетенцию самой лаборатории в даче заключений по предмету спора (исследование книгопечатной продукции).

Так, на сайте лаборатории размещена информация о видах проводимым ею испытаний:

- климатические;
- электрические;
- физико-механические;
- гидравлические;
- пневматические;
- пожаробезопасность материалов, веществ, изделий и конструкций.
- токсикологические (имеется виварий для проведения испытаний на экспериментальных животных).

На этом основании состав арбитров исключил представленное этой лабораторией заключение из совокупности доказательств по делу и отказал в возложении на ответчика расходов на проведение экспертизы.

### **Правосубъектность банка.**

Между банком и ТОО был заключен договор, по которому банк передал, а ТОО приняло во временное безвозмездное пользование (ссуду) недвижимое и движимое имущество, информационные ресурсы (электронная почта и т.п.), согласно приложению к договору, а товарищество обязалось вернуть имущество в состоянии, в котором его получило, с учетом нормального износа.

В соответствии со статьей 609 ГК РК, ссудополучатель обязан поддерживать имущество, полученное в безвозмездное пользование, в исправном состоянии, включая осуществление текущего и капитального ремонта, и нести все расходы по его содержанию, если иное не предусмотрено договором.

ТОО приняло на себя обязательство своевременно осуществлять компенсацию банку расходов по содержанию имущества в порядке и на условиях, предусмотренных договором, производя оплату в течение пяти рабочих дней со дня получения счета.

В период действия договора сторонами было заключено дополнительное соглашение, в котором они определили, что задолженность товарищества по компенсации понесенных банком расходов составила 25 187 141 тенге.

Позднее, в виду неисполнения товариществом своих обязательств, банк заявил исковое требование о взыскании названной суммы.

Во встречном исковом заявлении ТОО просило арбитраж признать недействительным указанное дополнительное соглашение.

Удовлетворяя частично как исковое требование банка, так и встречный иск товарищества, арбитр указал, что, согласно пункту 1 ст. 8 Закона РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан», банкам запрещается осуществление операций и сделок в качестве предпринимательской деятельности, не относящихся к банковской деятельности либо не предусмотренных пунктом 9 настоящей статьи и пунктом 12 статьи 30 настоящего Закона.

При этом в материалах дела имелись представленные банком в арбитраж копии 473 счетов за указанный в исковом заявлении период, из них 70 счетов – с требованиями по оплате арендных платежей на сумму 6 048 095 тенге.

На основании изложенного арбитр взыскал с ТОО задолженность лишь по счетам на компенсацию расходов по содержанию переданного в безвозмездное владение и пользование имущества в размере 19 139 046 тенге.

## **ВИНА В НЕИСПОЛНЕНИИ (НЕНАДЛЕЖАЩЕМ ИСПОЛНЕНИИ) ДОГОВОРА**

*Опубликовано:  
Zakon.kz, 27 июня 2018 г.*

1. Между ТОО «А» (клиент, Казахстан) и ООО «ДС» (экспедитор, Беларусь) был заключен договор оказания транспортно-экспедиционных услуг, согласно которому ответчик, являясь экспедитором, взял обязательства осуществить перевозку и выполнить и/или организовать выполнение определенных договором услуг, связанных с перевозкой грузов в международном, междугороднем и внутреннем сообщении по заявке клиента-истца, а истец – оплатить стоимость транспортно-экспедиторских услуг в соответствии с условиями договора.

В рамках договора истец направил ответчику договор-заявку на перевозку трансформатора в комплекте, включая трансформаторное масло и траверсы для подъема сборного трансформатора, общим весом 165 384 кг. Согласно данной заявке, ответчик организовал перевозку груза из Финляндии в Казахстан посредством, в том числе, железнодорожного транспорта по маршруту: Казахстан, г. Экибастуз, ж/д станция Бозшаколь.

По прибытии на ж/д станцию трансформатор был перегружен с железнодорожной платформы на комбинированную автомобильную систему с прицепом. Не выехав за пределы железнодорожной станции, транспортное средство стало кренить на бок, и трансформатор весом 97 000 кг стал съезжать с автомобильной платформы. Крепежные цепи разорвались, не выдержав давления, и трансформатор съехал на землю. В результате падения он был значительно поврежден.

Истец указал, что конечному приобретателю поврежденный трансформатор не нужен, а расходы на его ремонт составят, практически, стоимость нового трансформатора. Требуется взыскать с ответчика убытки в размере 1 249 342,49 евро, расходы по уплате регистрационного и арбитражного сборов в общей сумме 41 705,84 евро, а также расходы, связанные с разрешением спора, в размере 5 038 509,81 тенге.

В свою очередь ответчик указал, что причины падения груза не установлены, невозможность восстановления трансформатора не доказана, истец не представил доказательства о наличии и размере убытков.

В дополнениях к отзыву ответчик, в том числе, указал, что он несет ответственность перед истцом только в случае вины, но повреждение трансформатора произошло не по его вине, поскольку:

- а) экспертиза доказывает, что все должные меры для соблюдения обязательств в отношении перевозки ответчиком были приняты:
- наличие ковриков противоскольжения при перевозке;
  - наличие разрешительных и иных документов на выполнение негабаритной перевозки и схемы крепления груза;
  - нарушений нормативных правовых актов Республики Казахстан при перевозке допущено не было;
  - рекомендации международных правил по надлежащему креплению груза были соблюдены;
  - трансформатор был закреплен надлежащим образом, и для указанных параметров не было необходимости в дополнительном креплении груза;
  - причины, вследствие которых произошло падение трансформатора, находись вне разумного контроля, и их нельзя было предвидеть на момент начала осуществления перевозки, поскольку произошло непрогнозируемое критическое уменьшение плеча опрокидывания;

б) согласно другой экспертизе, основными причинами, которые могли повлиять на потерю устойчивости транспортного средства при изменении траектории либо динамики его движения, могли послужить:



– влияние неблагоприятных погодных условий (в экспертизе указано, что погодные условия в день аварии, вероятно, не соответствовали форс-мажорным, хотя были неблагоприятными. Так, из ответа филиала РГП «Казгидромет» следовало, что максимальная скорость ветра в указанный период составляла 18 метров в секунду, шел снег. При такой скорости, по шкале Бофорта, ветер считается «очень крепким». При увеличении скорости только на 2 м/с ветер будет признан штормовым. <...> Вследствие возможного даже незначительного наклона и под воздействием внешних сил (центробежная сила и сила штормового ветра) комбинированная система оказалась в критическом положении);

– технические неисправности или скрытые конструктивные недостатки транспортного средства;

– рельеф местности на территории движения (возможная неровность поверхности перемещения, возможная деформация грунта поверхности перемещения);

– имело место проведение маневра разворота в условиях пересеченной местности.

При разрешении спора состав арбитров исходил из того, что часть первая п. 2 ст. 359 ГК РК устанавливает общее правило о безвиновной ответственности предпринимателя, коим в рассматриваемом случае является экспедитор. В свою очередь, часть вторая п. 2 ст. 359 ГК РК позволяет сторонам в договоре предусмотреть иные основания наступления ответственности или освобождения от нее. Другими словами, соглашением сторон могут быть предусмотрены исключения из общего правила о безвиновной ответственности лица при осуществлении им предпринимательской деятельности.

Спорным договором установлено, что экспедитор несет полную материальную ответственность в случае повреждения, порчи, недостачи, полной утраты грузов клиента, произошедшие по его вине или по вине третьих лиц, привлеченных для осуществления перевозки, с момента принятия груза экспедитором и до момента выдачи груза лицу, указанному в заявке.

В соответствии со вторым предложением п. 1 ст. 359 ГК РК, должник признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства. Данное положение корреспондируется с пунктом 2 ст. 705 ГК РК, ст. 17 Закона РК от 21 сентября 1994 г. № 156-ХІІІ «О транспорте», согласно которым перевозчик отвечает за утрату груза или багажа, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение (порча) груза или багажа произошли не по его вине.

С точки зрения общей теории права и теории гражданского права, в частности, указанные положения означают, что:

i) под виной в гражданском праве Республики Казахстан понимается принятие лицом всех зависящих от него мер для надлежащего исполнения обязательства;

ii) гражданское законодательство Республики Казахстан устанавливает презумпцию (предположение) вины;

iii) для освобождения от ответственности лицо, не исполнившее или ненадлежаще исполнившее свое обязательство, должно доказать свою невиновность.

Рассмотрев представленные экспертами доводы, состав арбитров пришел к выводу, что каждое из указанных в экспертизах обстоятельств находилось в зоне контроля ответчика.

Так, он имел возможность выбрать надлежащий трал, который не позволил бы сместиться центру тяжести системы, и тем самым избежать критического уменьшения плеча опрокидывания; контролировать величину центробежной силы, поскольку управлял ускорением системы при трогании с места и скоростью движения тягача; не приступать к перевозке до установления благоприятной для перевозки погоды и т.д.

Также ответчиком не представлено доказательств отсутствия скрытых конструктивных недостатков, технических неисправностей транспортного средства (комбинированной системы) на момент повреждения груза, состояния поверхности почвы, информации, с какой скоростью началось и происходило движение транспорта, и что ее величина не могла вызвать воздействия центробежных сил, достаточных для опрокидывания груза.

В этой связи состав арбитров пришел к общему выводу о недоказанности ответчиком отсутствия своей вины в опрокидывании комбинированной системы.

2. Между ТОО «Л» (заказчик) и ТОО «Ш-Қ» (подрядчик) был заключен договор генерального подряда на строительство завода на сумму 8 729 006 000 тенге.

Ввиду, по мнению истца ТОО «Л», неоднократных грубых нарушений, допущенных ответчиком ТОО «Ш-Қ» в ходе выполнения принятых на себя обязательств, ТОО «Л» в соответствии с условиями договора расторгло его в одностороннем внесудебном порядке. В таком случае подрядчик обязан, в том числе, вернуть заказчику полученную от него проектную документацию, а также задолженность (неосвоенные авансовые платежи) в размере 1 001 921 854,40 тенге.

В своих отзывах и встречном иске подрядчик указал, в том числе, следующее:

а) трещины в фундаментах нельзя считать существенными и неустраняемыми недостатками. Кроме того, истцом не было дано подрядчику разумного срока для их устранения, при этом ответчиком предпринимались

все меры для скорейшего устранения этого недостатка в рамках предусмотренной договором процедуры, однако истцом эта процедура была необоснованно затянута. И даже в этом случае наличие данного недостатка не отразилось на общем объеме и сроках выполняемых работ. И, наконец, главное – не доказана вина ответчика в возникновении этих трещин;

б) приведенная истцом как нарушение ситуация с устройством основания фундамента возникла не по вине ответчика, не была зафиксирована заказчиком и технадзором надлежащим образом, не является существенным и неустранимым недостатком. Более того, эта проблема была в разумный срок устранена ответчиком, а поэтому априори не могла служить причиной для расторжения договора;

в) приведенная истцом как нарушение абсолютно рабочая ситуация с гидроизоляцией на фундаментах возникла не по вине ответчика, более того, она не была зафиксирована надлежащим образом заказчиком и технадзором как нарушение, не является существенным и неустранимым недостатком. Более того, эта проблема была в разумный срок частично устранена ответчиком, однако из-за действий истца по расторжению договора ему не хватило на это времени, поэтому этот случай не мог служить причиной для расторжения договора;

г) приведенная истцом как нарушение ситуация с хранением металлических конструкций не была зафиксирована надлежащим образом заказчиком и технадзором как нарушение, не является существенным и неустранимым недостатком. Более того, эта проблема была бы в разумный срок устранена ответчиком вплоть до замены металлоконструкций за свой счет, однако из-за действий истца по расторжению договора этого сделано не было. Кроме того, входной контроль, хранение и складирование металлических конструкций нельзя отнести к некачественно выполненным работам и расценивать как дефекты строительства;

д) имевшие место в процессе строительства нарушения норм охраны труда и техники безопасности нельзя отнести к существенным нарушениям договора, равно как и к неустранимым в разумные сроки. Более того, истец не привел доказательств того, что эти нарушения повлекли для истца такой ущерб, что он в значительной степени лишился того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора;

е) несвоевременные взаиморасчеты с субподрядчиками, вменяемые ответчику как нарушение обязательств по договору, таковым не является. Более того, ссылку на это как на одно из оснований расторжения договора следует расценивать как нарушение самим заказчиком положений договора о независимости генподрядчика и вмешательство в его оперативно-хозяйственную деятельность;

ж) вменяемые истцом нарушения правил устройства электроустановок и организации строительства нельзя отнести к существенным нарушениям

ям договора, равно как и не устраненным в разумные сроки. Более того, истец не привел доказательств того, что эти нарушения повлекли для него такой ущерб, что он в значительной степени лишился того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора;

з) несоответствие толщины профлиста не было зафиксировано надлежащим образом заказчиком и технадзором как нарушение, более того, истцом это не вменяется в вину ответчику как причина для расторжения договора. Данное нарушение не является существенным и неустранимым недостатком, а уже тем более дефектом строительства, поскольку технологический цикл работ по устройству полов не был закончен, причем не по вине ответчика. Более того, эта проблема была бы в разумный срок устранена ответчиком, если бы истцом не был расторгнут договор.

Составом арбитров был проведен анализ указанных доводов ответчика, в результате которого сделаны, в том числе, следующие выводы.

Ответчик ТОО «Ш-К» считает, что допущенные им нарушения не являются неустранимыми и существенными, понимая под существенным такое нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

В этой связи состав арбитров отмечает, что термин «существенное нарушение» соответствующим образом толкуется в части второй п. 2 ст. 401 ГК РК в целях возможного обоснования заинтересованной стороной наличия основания для расторжения договора по ее требованию в судебном порядке.

В рассматриваемом же деле истцом договор расторгнут в одностороннем внесудебном порядке, то есть по правилам ст. 404 ГК РК (отказ от договора), в связи с чем доводы ТОО «Ш-К» не могут быть приняты.

Ответчик указывает, что ряд недостатков в выполненных работах был выявлен уже после расторжения истцом договора, в связи с чем они не могли послужить причиной для его расторжения.

Также критически оценивая данное утверждение, состав арбитров исходит из того, что выявленные результаты явились следствием некачественного выполнения работ именно в течение срока действия договора. При этом представляется очевидным, что в процессе выполнения определенных работ или сразу после их завершения выявить качество/некачество их выполнения не всегда возможно.

По мнению ТОО «Ш-К», представленные истцом протоколы рабочих совещаний не могут служить доказательствами, поскольку соответствующие ситуации не были заактивированы заказчиком и технадзором надлежащим образом как нарушения.

Однако состав арбитров отмечает, что отсутствие факта активирования либо фиксации иным образом какого-либо обстоятельства не означает, что его не было на самом деле.

Подписанные представителями обеих сторон протоколы рабочих совещаний, если они не оспорены, обладают такой же доказательственной силой, как и иные документы.

Ответчик в пояснениях (достовадах) указывает, что по ряду претензий со стороны истца недостатки уже были устранены на момент расторжения договора либо ответчику не были предоставлены разумные сроки для их устранения.

В этой связи состав арбитров исходит из того, что под надлежащим исполнением обязательства следует понимать исполнение его таким образом, чтобы в последующем не требовалось устранения каких-либо допущенных недостатков, то есть исполнение в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства (ст. 272 ГК РК).

Согласно условиям договора, подрядчик обязан соблюдать установленные заказчиком и законодательством РК требования в отношении охраны труда, техники безопасности и охраны окружающей среды и обеспечить соблюдение этих требований своими субподрядчиками.

В соответствии с пунктом 3 ст. 70 Закона РК «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан» (в редакции на день расторжения договора), на протяжении всего периода строительства (консервации) и срока службы (эксплуатации) объектов обязательно обеспечение собственниками (заказчиками, владельцами, нанимателями, арендаторами) следующих основных характеристик их качества:

- 1) безопасности при возведении и эксплуатации, включая ведение работ и содержание;
- 2) соответствия требованиям охраны труда;
- 3) устойчивости и надежности функционирования;
- 4) соответствия требованиям по охране окружающей среды.

ТОО «Ш-К» считает, что вменяемые ему нарушения правил устройства электроустановок и организации строительства нельзя отнести к существенным нарушениям договора, равно как и не устраненным в разумные сроки. Более того, истец не привел доказательств того, что эти нарушения повлекли для него такой ущерб, что он в значительной степени лишился того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора.

В этой связи состав арбитров отмечает, что названные указания давались заказчиком с целью не допустить возникновения не только существенного, но любого ущерба, причем не только у самого заказчика, но и лиц, работающих на площадке, и были направлены на устранение нарушений, охватываемых условиями договора.

Также ТОО «Ш-К» рассматривает как вмешательство в его оперативно-хозяйственную деятельность, помимо согласования субподрядчиков и поставщиков, требования ТОО «Л» о предоставлении всех коммерческих

предложений, мотивируя это «конкурсной основой подбора субподрядчиков». Таким же образом ответчик расценивает и вменение ему в вину несвоевременное осуществление взаиморасчетов с субподрядчиками.

Однако данные утверждения ТОО «Ш-Қ» не соответствуют положению договора, согласно которому генеральный подрядчик обязан в течение 14 календарных дней после подписания настоящего договора направить заказчику для согласования перечень субподрядчиков, которых генеральный подрядчик планирует привлечь для выполнения работ в рамках настоящего договора. Совместно с перечнем субподрядчиков генеральный подрядчик предоставляет заказчику все коммерческие и технические предложения, полученные от таких субподрядчиков для согласования с заказчиком возможности заключения субподрядных договоров с данными субподрядчиками.

Таким образом, данные действия заказчика ТОО «Л» осуществлялись в рамках полномочий, предусмотренных договором. Сопоставление статей 627 и 660 ГК РК позволяет определить основную особенность строительного подряда, состоящую в том, что заказчику предоставляются более широкие возможности контроля и надзора над подрядными работами.

ТОО «Ш-Қ» ссылается на отсутствие своей вины в ненадлежащем исполнении своих обязательств по договору либо ее недоказанность истцом.

Между тем, согласно пункту 1 ст. 359 ГК РК, должник отвечает за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение обязательства при наличии вины, если иное не предусмотрено законодательством или договором. Должник признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства.

Таким образом, в гражданском праве Республики Казахстан вина должника в неисполнении/ненадлежащем исполнении обязательства предполагается (презюмируется). Он может быть признан невиновным в случае, если докажет обратное, то есть что им были приняты все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства.

При этом, согласно пункту 1 статьи 33 Закона РК «Об арбитраже», каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на обоснование своих требований и возражений.

Соотношение указанных положений ГК РК и Закона РК «Об арбитраже» таково, что в рассматриваемом споре истец ТОО «Л» обязан доказать, что те основания, которые давали ему право на односторонний отказ от договора, действительно имели место.

С другой стороны, обязанностью ответчика ТОО «Ш-Қ» является доказывание того, что им были приняты все зависящие от него меры для того, чтобы указанные основания не наступили.

Более того, согласно части первой п. 2 ст. 359 ГК РК, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осу-

ществлении предпринимательской деятельности, несет имущественную ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы.

Таким образом, поскольку спорный договор был заключен между ТОО «Л» и ТОО «Ш-Қ» в рамках осуществления обеими сторонами предпринимательской деятельности, они освобождаются от ответственности лишь в указанном случае, то есть если надлежащее исполнение договорных обязанностей оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы.

В этой связи утверждения ТОО «Ш-Қ» об отсутствии его вины в ненадлежащем исполнении своих обязательств либо ее недоказанности истцом ТОО «Л» подлежат критической оценке.

## **ПРЕКРАЩЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА**

*Опубликовано:*

*Zakon.kz, 7 сентября 2018 г.*

Согласно пункту 2 ст. 49 Закона РК от 8 апреля 2016 г. № 488-V «Об арбитраже», арбитраж выносит определение о прекращении арбитражного разбирательства в случаях, если:

1) истец отказывается от своего требования и отказ принят арбитражем, если только ответчик не заявит возражения против прекращения арбитражного разбирательства в связи с наличием у него законного интереса в разрешении спора по существу;

2) переданный на рассмотрение в арбитраж спор не относится к его компетенции;

3) имеется вступившее в законную силу, принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение;

4) стороны пришли к соглашению о прекращении арбитражного разбирательства;

5) юридическое лицо, являющееся стороной арбитражного разбирательства, ликвидировано;

6) наступила смерть физического лица, являющегося стороной арбитражного разбирательства, либо оно объявлено умершим или признано безвестно отсутствующим.

1. В арбитраж обратилась компания «ИВС» (Российская Федерация) с исковым заявлением к ТОО «К» (Республика Казахстан) о признании недействительными дополнительных соглашений к ряду договоров.

В свою очередь, ответчик ТОО «К» в заявлении, а позже – в отзыве на исковое заявление указал, в том числе, что между ним и истцом было за-

ключено несколько договоров, каждый из которых содержал арбитражные оговорки с указанием на конкретный постоянно действующий арбитраж. Их буквальное содержание состоит в том, что в этом арбитраже могут рассматриваться только споры, связанные с исполнением договоров, но не споры, связанные с признанием их недействительными. Оспариваемыми истцом дополнительными соглашениями к договорам соответствующие пункты изложены в новой редакции, согласно которой в случае, если споры и разногласия не будут урегулированы путем переговоров между сторонами, они подлежат разрешению судом по месту нахождения покупателя в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан. Тем самым, действие ранее предусмотренных арбитражных оговорок, по мнению ответчика, было прекращено по соглашению сторон.

Изучив материалы дела, состав арбитров пришел к выводу, что арбитражные оговорки, предусмотренные договорами, не устанавливают полномочия арбитража на рассмотрение спора о признании недействительными дополнительных соглашений к этим договорам. Дополнительные соглашения к договорам являются оспоримыми сделками, и до момента вынесения судом (арбитражем) и вступления в силу решения о признании их недействительными они являются действительными и должны исполняться сторонами. При этом дополнительные соглашения предусматривают прекращение действия арбитражных оговорок, содержащихся в исходной редакции договоров и устанавливавших компетенцию арбитража по рассмотрению споров, связанных с исполнением договоров. Ими (дополнительными соглашениями) определен порядок рассмотрения любых споров в компетентном государственном суде по месту нахождения покупателя.

Более того, как следует из представленного ответчиком решения СМЭС Карагандинской области, истец оспаривал в данном судебном органе ряд других дополнительных соглашений, которые были заключены сторонами к этим же договорам.

Это обстоятельство свидетельствует о том, что истец признает компетенцию СМЭС Карагандинской области по рассмотрению споров о недействительности отдельных частей договоров.

При таких обстоятельствах обращение истца в арбитраж с исковыми требованиями о признании недействительными дополнительных соглашений к договорам представляется непоследовательным и необоснованным.

На основании изложенного состав арбитров признал отсутствие полномочий (юрисдикции) арбитража на рассмотрение указанного спора и прекратил производство по делу.

2. На основании поданного искового заявления арбитраж возбудил производство по иску Компании «A.ltd» (Federation of Saint Kitts and Nevis) к АО «КАФ» (Казахстан) и ТОО «Т» (Казахстан).



При этом ответчик АО «КАФ» в письмах неоднократно указывал, что является квазигосударственной финансовой организацией, и при отсутствии получения согласия уполномоченного государственного органа рассмотрение настоящего дела в арбитраже является преждевременным.

В целях уточнения, в том числе, данного вопроса определением единоличного арбитра производство по делу было приостановлено.

В своем письме Министерство юстиции РК в рамках своей компетенции сообщило арбитражу следующее.

Согласно пункту 10 ст. 8 Закона «Об арбитраже», арбитраж не вправе рассматривать споры между физическими и (или) юридическими лицами **Республики Казахстан** (выделено в письме – С.К.), с одной стороны, и государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, с другой, – при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества). В этой связи полагаем, что при заключении государственными органами, субъектами квазигосударственного сектора арбитражных соглашений с нерезидентами РК получение такого согласия не требуется.

Учитывая, в том числе, данный ответ Министерства юстиции РК (не является официальным), арбитр, при отсутствии основания для прекращения дела, возобновил арбитражное производство.

3. Согласно заключенному между ТОО «S.kz» (поставщик, Казахстан) и Компанией «NIM» (покупатель, Repubblica Italiana) контракту на поставку, споры по нему подлежат рассмотрению в арбитраже Казахстана с указанием конкретного постоянно действующего арбитража.

При этом установлено, что ни одна из сторон не имеет права передавать свои права по настоящему контракту третьей стороне без согласия на то сторон в письменном виде.

ТОО «S.kz» также заключило со страховой компанией (истец) договор страхования экспортных контрактов, по которому страховым случаем коммерческого характера является неисполнение иностранным контрагентом финансовых обязательств согласно заключенному контракту. В соответствии с договором страхования, к страховщику, осуществившему страховую выплату, переходит в пределах уплаченной суммы право требования, которое страхователь имеет к лицу, ответственному за убытки, возмещенные в результате страхования.

Компания «NIM», приняв от поставщика товар по контракту, свои обязательства по его оплате не выполнила, в связи с чем поставщик-страхователь обратился к страховой компании с заявлением о наступлении страхового случая и выплате страхового возмещения. Страховая компания осуществила указанную в договоре страхования страховую выплату.

После этого страховая компания заявила в арбитраж требование к Компании «NIM» о взыскании задолженности по контракту на поставку и возмещении расходов по уплате арбитражного сбора.

В определении о прекращении дела состав арбитров указал, что поскольку в контракте на поставку стороны установили запрет на передачу третьей стороне своих прав по нему без письменного согласия другой стороны, уступка поставщиком своего права требования, возникшего из контракта, любому третьему лицу, в том числе страховщику, недопустима. В этой связи рассмотрение спора между истцом-страховщиком и ответчиком Компанией «NIM» не входит в компетенцию (юрисдикцию) арбитража.

4. Между Банком и физическим лицом были заключены договоры банковского займа, исполнение которых обеспечивалось, в том числе, гарантиями третьего лица.

В установленные сроки заем возвращен не был, и Банк предъявил требование о возврате долга к гаранту.

В процессе обсуждения и выработки решения мнения арбитров разделились.

В результате было подготовлено два варианта решения: о взыскании долга с гаранта (подписан председателем состава арбитров с приложением его же особого мнения) и об отказе в удовлетворении требований (подписан двумя другими арбитрами без приложения особого мнения председателя состава арбитров).

Учитывая возникшую ситуацию, совет арбитража (его высший орган) внес изменения в регламент, согласно которым решение является вынесенным в окончательной форме, вступившим в законную силу с момента подписания его арбитрами и утверждения арбитражем. Свидетельством утверждения решения арбитражем является регистрация решения арбитражем. Также совет арбитража получил полномочия при необходимости своим определением прекратить производство по делу либо для дальнейшего рассмотрения спора назначить новый состав арбитража, либо поручить сторонам сформировать новый состав арбитража.

На этом основании совет арбитража вынес определение, в котором констатировал невозможность принятия двух решений по одному делу, отличающихся между собой мотивировочной частью и наличием в первом проекте решения и отсутствием во втором особого мнения. Этим определением полномочия состава арбитров были прекращены, и был сформирован новый состав арбитров.

В последующем новый состав арбитров вынес решение по делу, которое, однако, было отменено компетентными государственными судами (первой и апелляционной инстанциями).

Через полтора месяца Банк вновь подал исковое заявление в арбитраж. По возбужденному делу был назначен единоличный арбитр.

В определении о прекращении производства по делу единоличный арбитр указал, в том числе, следующее.

Согласно пункту 6 ст. 8 Закона РК «Об арбитраже», если стороны не договорились об ином, при передаче спора в постоянно действующий арбитраж его регламент рассматривается в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения.

Поскольку стороны не предусмотрели иное, и отсутствуют какие-либо другие соглашения, заключенные сторонами или с их участием, касающиеся порядка рассмотрения спора, регламент арбитража является неотъемлемой частью арбитражного соглашения.

Подаявая исковое заявление в арбитраж и соглашаясь участвовать в арбитражном процессе, истец и ответчики, соответственно, согласились с арбитражными процедурами и правилами, предусмотренными действующим на тот момент регламентом арбитража.

Данное обстоятельство напрямую следует из содержания подпункта 1) ст. 5 Закона РК «Об арбитраже», в соответствии с которым одним из принципов арбитражного разбирательства является принцип автономии воли сторон, означающей, что стороны по предварительному согласованию между собой имеют право самостоятельно решать вопросы порядка и условий осуществления арбитражного разбирательства по возникшему или могущему возникнуть спору.

В этой связи изменение или прекращение действия арбитражного соглашения возможно лишь самими сторонами, причем в том же порядке, в каком оно заключалось (п. 7 ст. 8 Закона РК «Об арбитраже», п. 1 ст. 401 ГК РК, п. 1 ст. 402 ГК РК).

Согласно пункту 1 ст. 21 Закона РК «Об арбитраже», постоянно действующий арбитраж осуществляет арбитражное разбирательство в соответствии со своим регламентом и арбитражным соглашением.

Это означает, что постоянно действующий арбитраж, как и состав арбитров (единоличный арбитр), в течение арбитражного разбирательства по конкретному спору являются связанными арбитражным соглашением сторон спора.

Иными словами, положения регламента арбитража, являющегося неотъемлемой частью арбитражного соглашения, применительно к конкретному возникшему спору могут быть изменены в течение всего арбитражного разбирательства, включая процедуру принятия по нему решения и вступления решения в силу, не иначе как по соглашению сторон спора.

Таким образом, поскольку стороны в процессе арбитражного разбирательства не договаривались об изменении арбитражного соглашения, к

процедуре и иным правилам арбитражного разбирательства по делу подлежат применению положения регламента арбитража в редакции на день подачи искового заявления.

В соответствии с частью первой п. 1 ст. 45 Закона РК «Об арбитраже», после исследования обстоятельств дела арбитраж большинством голосов арбитров, входящих в состав арбитража, принимает решение.

Согласно регламенту арбитража, если рассмотрение дела тремя арбитрами не привело к единогласному принятию решения, оно принимается большинством голосов. Арбитр, не согласный с решением большинства членов арбитража, вправе изложить свое особое мнение, которое прилагается к решению (часть третья п. 1 ст. 45 Закона «Об арбитраже»). В соответствии с пунктом 3 ст. 45 Закона РК «Об арбитраже», арбитражное решение считается принятым в месте арбитражного разбирательства и вступает в силу в день, когда оно подписано арбитром (арбитрами).

На основании изложенного единоличный арбитр пришел к выводу, что первоначально сформированным составом арбитров было вынесено решение по делу, которое вступило в законную силу и в установленном порядке отменено не было.

В этой связи единоличный арбитр, со ссылкой на подпункт 3) п. 2 ст. 49 Закона РК «Об арбитраже», вынес определение о прекращении арбитражного разбирательства, поскольку имеется вступившее в законную силу, принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям арбитражное решение.

**Климкин Сергей Иванович**

**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН:  
ЗИГЗАГИ НОРМОТВОРЧЕСТВА**

Редактор *М. Ахметова*  
Компьютерная верстка *Ж. Курмангалиевой*

ИБ № 944

Подписано в печать 9.01.2019. Формат 60x90<sup>1/16</sup>. Печать офсетная. Бумага офсетная. Гарнитура «Times New Roman». Уч.-изд. л. 15,3. Усл. печ. л. 15,75. Усл. кр.-отт. 16,4. Тираж 300 экз. Заказ № 1359.

ТОО «Жеті Жарғы». 050013, г. Алматы, пр. Абая, 10.  
Производственный отдел: 8 (727) 272-57-47;  
Отдел маркетинга: 8 (727) 272-22-82;  
e-mail: [marketing@zhetizhargy.kz](mailto:marketing@zhetizhargy.kz);  
[www.zhetizhargy.kz](http://www.zhetizhargy.kz)

Отпечатано с файлов заказчика ТОО «Курсив». 050023, г. Алматы, м-н Баганашыл, ул. Восточная, 2.



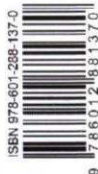
**КЛИМКИН**  
**Сергей Иванович**

Кандидат юридических наук,  
профессор Высшей школы права «Әділет»  
Каспийского университета.

Арбитр Казахстанского Международного Арбитража,  
Арбитражного центра Национальной палаты  
предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен».

Автор более 230 публикаций по вопросам  
гражданского, предпринимательского,  
корпоративного права, арбитража.

**Издание книги осуществлено  
при поддержке Юридической фирмы  
GRATA International**



**GRATA**  
INTERNATIONAL

GRATA International – международная юридическая фирма, основанная в 1992 году. Сегодня в распоряжении клиентов фирмы более 250 специалистов в 19 странах мира. GRATA International – глобальная команда представителей разных стран и национальностей, обладающая опытом консультирования практически по всем отраслям права.

GRATA International признана ведущими международными рейтингами: The Legal 500, Chambers Global, Chambers AsiaPacific, IFLR1000, Who's Who Legal, Asialaw Profiles.

[www.gratanet.com](http://www.gratanet.com)