

А.Г. Карпетов, Д.В. Федоров, (С)

Извлечение из готовящейся к публикации 5 тома Серии комментариев к гражданскому законодательству #Глосса

Эстоппель.

Одним из часто упоминаемых российскими судами случаев применения принципа добросовестности и злоупотребления права является эстоппель (estoppel – в традиции общего права) или запрет противоречивого поведения (venire contra factum proprium – в традиции континентального права). Эстоппель и его функциональные эквиваленты известны многим зарубежным правовым порядкам. В частности, он применяется судами Англии и США (в которых признается множество различных видов эстоппеля, в отношении каждого из которых судебная практика вырабатывает свои специфические правила), известен и относительно интенсивно применяется в Германии, Греции, Нидерландах, Испании, Португалии, Японии и многих других странах. Континентально-европейские правовые порядки обычно выводят запрет противоречивого поведения из признаваемого в этих правовых порядках общего принципа добросовестности.

Также эстоппель закреплен и в ряде международных актов унификации частного права (см. ст. 1.8 Принципов УНИДРУА и ст. I.-1:103 Модельных правил европейского частного права). Согласно ст.1.8 Принципов УНИДРУА «сторона не может поступать несовместимо с определенным пониманием, которое возникло по зависящим от нее причинам у другой стороны и имея в виду которое эта другая сторона, разумно на него полагаясь, совершила действие в ущерб себе». Согласно же п.2 ст. I.-1:103 «поведением, противоречащим добросовестности и честной деловой практике, является, в частности, поведение, не соответствующее предшествующим заявлениям или поведению стороны, при условии, что другая сторона, действуя себе в ущерб, разумно положила на них». которое эта другая сторона, разумно на него полагаясь, совершила действие в ущерб себе».

В России доктрина эстоппель получила распространение сначала через судебную практику, а впоследствии укрепилась и в законодательстве в виде разрозненных норм. Причем в России прижилось не распространенное в ряде континентально-европейских стран латинское понятие venire contra factum proprium, а термин, используемый для обозначения той же доктрины в странах общего права и международном праве, - эстоппель (estoppel).

Введение эстоппеля в гражданское законодательство предлагалось проектом Концепции совершенствования общих положений ГК РФ,¹ на основании которого готовилась недавняя реформа общих положений ГК. В виде общей нормы эстоппель в ГК не появился, но его отдельные менее или более спорные проявления в рамках данной реформы были в текст ГК внедрены в рамках ряда специальных норм (п.5 ст.166, п.3 ст.432, п.5 ст.450.1 ГК и др.).

Само по себе противоречивое поведение не является неправомерным и не должно влечь применения ст.10 ГК. Такая реакция обоснована лишь в определенных случаях, когда такая противоречивость в контексте конкретных обстоятельств подрывает разумное доверие другой стороны и влечет явную несправедливость.

Под эстоппелем обычно понимается запрет вести себя в противоречии со своим предшествующим поведением (заявлениями, утверждениями, обещаниями, фактическим поведением и даже бездействием) в тех случаях, когда такое поведение не связывает эту сторону и не принуждает к последовательности в силу сделочного или иной формально-правового эффекта, но предшествующее поведение сформировало у другой стороны доверие и разумные ожидания и , их подрыв в результате непоследовательности приведет к явной несправедливости.

Самая типичная форма непоследовательности, о которой как правило речь идет в контексте эстоппеля, состоит в том, что лицо, имеющее некое право, своим поведением создает у другого лица ощущение, что оно этим правом пользоваться не будет, а впоследствии вопреки своему прежнему

¹ Рекомендован Президиумом Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 2 от 11 марта 2009 г.)

поведению пытается воспользоваться своей формальной правовой позицией. При наличии ряда условий суд на основании правила эстоппель может отказать в защите такого права по п.1 ст.10 ГК, усмотрев злоупотребление правом. Но в принципе эстоппель может применяться и в ряде иных похожих ситуаций, где налицо непоследовательность, подрыв возникшего доверия и разумных ожиданий и явная несправедливость такого результата.

В странах, где такая доктрина активно не применяется (Италия, Австрия), суды нередко приходят к тем же решениям через институт сделки, смягчая требования к необходимой степени конкретности поведения для квалификации его в качестве волеизъявления (например, допуская признание в качестве конклюдентной сделки отказа от права или изменения договора такого поведения, которое в иных странах волеизъявлением не признали бы и доверие защищали бы посредством принципа эстоппель).

(а) Обязательные условия для применения эстоппеля

Для применения эстоппеля необходимо наличие, как минимум, трех обязательных условий, которые можно признать *conditio sine qua non* эстоппеля.

Первым неотъемлемым условием применения эстоппеля является то, что возникновение доверия у другой стороны должно быть вменимо лицу, которому противопоставляется эстоппель. То есть доверие добросовестной стороны должно стать результатом предшествующего поведения недобросовестной стороны, способным сформировать такое доверие (например, каких-либо заявлений, обещаний, некоего фактического поведения, формирующего у другой стороны некие обоснованные ожидания, в том числе в ряде случаев и бездействия).

Но здесь следует учесть самый важный нюанс. Можно ли сформировать доверие в отношении некой правовой реальности, не зная, что твоё поведение такое доверие формирует или также заблуждаясь в отношении правовой реальности? Безусловно. Но должно ли блокироваться осуществление права, если управомоченное лицо ранее создавало у партнера своим поведением ощущение, что правом пользоваться не будет, но делало это не специально, так как само не знало и не должно было знать о наличии у него такого права? Как представляется, для применения эстоппеля требуется знание или неосторожное незнание о правовой реальности и возможном формировании доверия у другого лица. Если лицо не знало о своем праве и не должно было о нем знать, но впоследствии узнало о нем и решило его осуществить, тут вряд ли можно говорить о недобросовестном противоречивом поведении. Второе обязательное условие для применения эстоппеля – это возникновение обоснованного доверия у добросовестной стороны. У последней должны сложиться определенные ожидания в отношении дальнейшего поведения другого лица. Фактор обоснованности доверия предполагает, что сторона имела хоть какие-то разумные основания для того, чтобы полагаться на поведение контрагента. Последнее означает, что у разумного лица на месте этой стороны в таких же обстоятельствах и с учетом известной этой стороне информации могли бы сформироваться ожидания в отношении последовательности дальнейшего поведения лица, которому противопоставляется эстоппель. Если поведение контрагента хотя и могло вызвать определенные ожидания у стороны, но при этом он говорит, что никаких ожиданий у другой стороны возникнуть не должно и его поведение не может расцениваться таким образом, то доверие, возникшее вопреки прямым заявлениям, не может получать защиты.

При этом оправданность доверия как необходимое условие для применения эстоппеля вовсе не предполагает, что такое доверие должно строиться на безусловных фактах: защита может предоставляться и в менее очевидных случаях. Например, если речь идет об ошибке в праве, то доверившемуся лицу, казалось бы, всегда можно поставить в вину то, что тот сам недостаточным образом изучил регулирование. Однако этот тезис не исключает возможности применения эстоппеля, при котором может учитываться целый комплекс факторов, включая более близкое положение к правовой информации у другой стороны.

Третьим условием для применения эстоппеля является явная несправедливость подрыва доверия. Как уже отмечалось, само по себе противоречивое поведение не запрещено. Запрет противоречивого поведения не призван наказать противоречиво действующее лицо. Право блокируется из-за явной несправедливости, которая в конкретных ситуациях может возникать в результате противоречивого поведения.

Как считается, действительным объектом защиты выступает доверие полагающейся на предшествующее поведение стороны, которое в большинстве случаев (хотя, как мы далее покажем, не во всех) объективируется через адаптацию собственного поведения, которая в связи с последующим противоречивым поведением причиняет положившейся стороне ущерб или влечет для нее серьезные негативные последствия.

(б) Факторы, указывающие на несправедливость подрыва доверия

Какие же обстоятельства суду следует учесть при определении наличия или отсутствия явной несправедливости, вызывающей к применению ст.10 ГК в целях опрокидывания формального права непоследовательно действующего лица? Здесь требуется учитывать целый ряд обстоятельств, некоторые из которых могут свидетельствовать в пользу обоснованности применения эстоппеля, другие – наоборот.

Во-первых, это фактор обоснованности возникшего доверия. Хотя минимальная обоснованности доверия уже была указана среди неотъемлемых условий для применения эстоппеля, от степени выражения оправданности доверия зависит общий вывод о (не)справедливости подрыва доверия. Чем более оправданным кажется доверие стороны, тем более несправедливым представляется нарушение ее ожиданий.

Эстоппель защищает добросовестную сторону, поэтому он находит свое применение тогда, когда доверие лица, вызванное поведением другой стороны, хотя и противоречит формальной правовой или фактической действительности, но может быть признано разумным, оправданным. Установление обоснованности возникновения доверия прежде всего предполагает выяснение того, знала ли доверившаяся сторона о том, что ее ожидания не соответствуют правовой или фактической действительности (например, знала ли сторона договора о том, что были нарушены обязательные требования к форме сделки, или что содержание договора носит противозаконный характер).

Ошибка доверившегося лица в действительном положении дел может основываться на заблуждении в праве или в факте. Заблуждение в праве подразумевает, что доверившееся лицо ошибалась в текущем правовом регулировании. Максима о том, что каждый должен знать закон, зачастую не подтверждается практикой. Вопрос состоит в том, можно ли переложить негативные последствия незнания закона с доверившейся стороны на лицо, которому противопоставляется эстоппель. Представляется, что такие ситуации возможны, в частности, когда другая сторона является профессионалом в сфере, в которой заключается нарушающий закон договор (например, банк или страховая компания), или является составителем потребительского договора, в котором содержится противозаконное условие. Шире это можно представить как возложение негативных последствий на сторону, которая находится ближе к информации о правовом регулировании, чем доверившийся контрагент.

Заблуждение в праве может быть оправдано не только тем, что доверившееся лицо полагается на профессионализм контрагента, но и тем, что контрагент не просто промолчал, но и сам вызвал такую ошибку в праве. Особенно очевидно это в случае, когда сторона договора обманывает контрагента (например, убеждая ее в том, что договор законен).

Ошибка в праве можно считать также более извинительной в ситуации, когда судебная практика по соответствующему вопросу имеет противоречивый характер.

По сравнению с ошибкой в праве, доверие, основанное на спровоцированной недобросовестной стороной ошибке в факте, можно считать более извинительным. Особенно это справедливо в ситуации, когда на месте доверившегося лица такую ошибку бы не выявил средний разумный участник оборота. Например, ошибку можно считать извинительной, если физическое лицо обманывает коммерсанта, убеждая того, что оно также осуществляет предпринимательскую деятельность и может быть стороной договора, который по закону может заключаться только между коммерсантами.

Общим правилом является то, что большей защиты заслуживает лицо, которое не знало о действительном положении дел, то есть доверие которого основывается на ошибке в праве или в факте. Тем не менее, даже если доверившееся лицо понимает, что его ожидания противоречат правовой или фактической действительности, его доверие в ряде ситуаций можно посчитать оправданным. Такие случаи требуют скрупулезного анализа остальных нижеуказанных факторов,

которые бы могли оправдать лицо, полагающееся на противоречащее правовой действительности поведение. Здесь суд должен учитывать, сознательно ли лицо пренебрегло, например, требованиями к форме сделке, намеренно ли оно пошло на заключение противозаконного договора или же делало какие-то выводы из поведения контрагента, хотя это поведение среднее разумное лицо и не посчитало бы сделкой, порождающей для контрагента правовую связанность.

Иначе говоря, фактор обоснованности доверия может быть выражен менее или более ярко. Чем более обосновано возникновение доверия, тем больше оснований для применения эстоппеля, и наоборот.

Во-вторых, это фактор адаптации поведения добросовестной стороны, положившейся на последовательность поведения недобросовестной стороны, и соответственно возможное возникновение ущерба или иных невыгод в случае изменения позиции последней или принятие на себя положившейся стороной такого ущерба или невыгод, которые не были бы ею приняты, если бы недобросовестная сторона своим поведением не сформировала соответствующее доверие. Иначе говоря, невыгоды могут возникнуть либо после изменения позиции непоследовательной стороной, либо еще до изменения, но они должны находиться в каузальной связи с возникновением доверия, которое можно вменить поведению непоследовательной стороны. Например, если положившееся на некоторые заявления или обещания партнера лицо понесло некоторые расходы, которые имеют смысл только в случае последовательности поведения партнера, непоследовательность в виде изменения партнером своей позиции делает эти расходы тщетными. Или, если положившаяся сторона приняла на себя тот или иной риск, который она бы не принимала бы, не сформировав недобросовестная сторона у нее некоторое доверие, фактор адаптации поведения и принятия невыгод налицо. Например, если арендодатель обещал взимать пониженную арендную плату на период стихийного бедствия или войны, резко снизивших доходы арендатора, дабы удержать того от правомерного одностороннего отказа от договора, но это соглашение не было надлежащим образом оформлено (в виде единого подписанного сторонами документа об изменении условий договора, чего требовал закон и сам договор), но фактически в течение всего этого времени уплачивалась и арендодателем принималась пониженная плата, а затем после отпадения этих обстоятельств арендодатель вспоминает о том, что соглашение не было оформлено надлежащим образом и требует погасить разницу, открывается возможность обсуждения принципа эстоппель (если нет оснований признать соглашение об изменении договора заключенным).

Чем ярче выражен ущерб, который возникнет в случае изменения позиции управомоченного лица, тем больше оснований для применения эстоппеля, и наоборот. Именно фактор адаптации поведения в большинстве случаев эстоппеля побуждает нас считать результат противоречивого поведения несправедливым. Указанный фактор должен быть предметом оценки со стороны суда в том случае, если доверившееся лицо, полагаясь на предшествующее поведение другой стороны, адаптировало свое поведение таким образом, что противоречащие предшествующему поведению действия этой стороны приведут к ущербу доверившегося лица.

Оправданность применения эстоппеля снижается в том случае, если справедливый результат может быть достигнут через применение иных институтов, направленных на возмещение ущерба (например, преддоговорной ответственности, неосновательного обогащения, реституции).

В-третьих, это степень упречности поведения недобросовестной стороны. Как уже выше было отмечено, для применения эстоппеля необходимо, чтобы возникшее доверие было сформировано неким поведением или заявлениями недобросовестной стороны (то есть вменимо последней). Но само это формирующее доверие поведение может быть более или менее упречным (например, в ситуации умышленного обмана фактор упречности выражен очень ярко), а также сама попытка изменить позицию может быть в меньшей или в большей степени упречной. Например, здесь может быть учтена мотивация поведения непоследовательной стороны. Так, несправедливость результата может проявляться в том, что недобросовестная сторона пользуется доверием другой стороны, извлекая выгоды, а когда выгоды заканчиваются, или в целом изменились обстоятельства, решает сослаться на формальную правовую позицию.

Чем выше степень упречности у противоречиво действующего лица, тем вероятнее применение эстоппеля, и наоборот.

В-четвертых, подлежат учету цели формальных элементов права, которые неминуемо подрываются за счет применения эстоппеля. Это в первую очередь цели нормы, которые нарушаются при применении эстоппеля, а также автономия воли противоречиво действующего лица, которая игнорируется навязыванием такому лицу правовых последствий в ситуации, когда оно свою сделочную волю явно не выражал.

Так, например, при применении эстоппеля с целью недопущения констатации ничтожности договора нормы, обуславливающие ничтожность, фактически не применяются судом. Это значит, что цели, которые преследовал законодатель при установлении этих норм, оказываются не достигнуты. В связи с этим при применении эстоппеля к ничтожным сделкам критически важно сравнивать несправедливость противоречивого поведения в рамках конкретного дела и важность целей нормы, которые мы в погоне за справедливостью не применяем. Если цель нормы направлена на защиту одной из сторон договора, то суд, применяя эстоппель, может оценивать интересы непосредственно лишь сторон спора. Здесь он решает, что важнее: интересы стороны, защищаемые законодательной нормой, или же потребность защиты добросовестной стороны, страдающей в результате недобросовестного поведения контрагента. Однако, когда цель нормы направлена на защиту публичных интересов или третьих лиц, то есть тех, кто в недобросовестном поведении участия не принимал, то это обычно является весомым обстоятельством против применения эстоппеля.

Когда эстоппель применяется не в связи с пороком сделки, а в связи с поведением, которое по уровню конкретности и определенности не достигает того уровня, который позволяет говорить о сделке, то суд должен понимать, что, запрещая противоречивое поведение, он возлагает на сторону фактически сделочные последствия, связывая ее предшествующим поведением, в отсутствие истинного волеизъявления. То есть нарушает автономию воли. Например, при эстоппеле в отношении незаключенного договора, где последующее поведение сторон не устраняет неопределенность в содержании существенного условия, суд может реконструировать это условие, навязывая тем самым сторонам права и обязанности, на которые они свою волю не выражали. Нарушение правовой автономии может быть выражено менее или более интенсивно, и это обстоятельство должно учитываться при определении уместности применения эстоппеля.

В качестве общего правила можно указать следующее: эстоппель в отношении ничтожных сделок наиболее вероятен в случае, когда обуславливающая ничтожность норма направлена на защиту интересов сторон, а эстоппель в других случаях наиболее вероятен тогда, когда запрет противоречивого поведения наименее ощутимо вторгается в волю недобросовестной стороны.

Приведенный перечень факторов, подлежащих учету при определении несправедливости противоречивого поведения, не является исчерпывающим. Суд должен учитывать все конкретные обстоятельства, которые могут говорить в пользу или против квалификации поведения как недобросовестного. Открытый характер указанного перечня факторов предопределен каучуковым характером принципа добросовестности и понятия справедливости. Вместе с тем выделение конкретных подлежащих учету факторов позволяет в некоторой степени ограничить усмотрение суда.

В целом приведенные «факторы несправедливости» образуют подвижную систему элементов, где сила одних может компенсировать слабость других элементов. Отсутствие одних факторов и маркеров несправедливости может компенсироваться яркой экспрессией других. Естественно, многие суды не рассуждают в соответствии с подобным алгоритмом, руководствуясь сугубо своей политико-правовой интуицией, но задача науки состоит в том, чтобы по возможности структурировать логику такого рассуждения, подсветить релевантные факторы и отсеять иррелевантные, дабы обеспечить большую правовую определенность и предсказуемость разрешения споров.

(в) Спорный вопрос о роли фактора адаптации поведения и ущерба

Как мы видим, обязательными условиями, без которых применение эстоппеля невозможно, является наличие оправданного доверия у добросовестного лица, вменяемость другой стороне возникновения такого доверия и явная несправедливость подрыва доверия, а фактор адаптации поведения и возникновения ущерба в результате подрыва доверия выше указан не как непреложное условие для применения эстоппеля, а как один из факторов, свидетельствующих в пользу несправедливости подрыва доверия. В ряде ситуаций этот фактор может и отсутствовать. Но следует признать, что вопрос о том, является ли адаптация поведения и ущерб строго обязательным

условием или одним из возможных факторов, указывающих на наличие оснований для применения эстоппеля, спорен (как в России, так и в зарубежном праве).

Как уже указывалось выше, доктрина и суды в иностранных правопорядках часто указывают, что эстоппелем не защищается просто абстрактное доверие, а предотвращается тот ущерб, который понесет добросовестная сторона в связи с таким доверием, если допустить изменение позиции стороны недобросовестной.

Согласно распространенному воззрению, несправедливость нарушения доверия налицо лишь тогда, когда непоследовательность, подрывающая доверие, влечет за собой материальный или нематериальный ущерб для добросовестной стороны. На этот фактор прямо указывают ст. 1.8 Принципов УНИДРУА и ст. I-1:103 Модельных правил европейского частного права, когда определяют запрет противоречивого поведения через указание на то, что такая противоречивость причиняет вред доверившейся стороне (*detrimental reliance*). Как мы видим, оба документа используют не только критерий «подрыва доверия», но и критерий «ущерба», одного лишь расстройств возникших ожиданий («подрыва доверия без ущерба») недостаточно.

В решениях российских судов нечасто акцентируется внимание на том, что другая сторона не просто доверилась, но и понесет в связи с противоречивым поведением дополнительные потери материального или нематериального характера (то есть адаптировало свое поведение согласно доверию таким образом, что последующий подрыв сформировавшегося доверия причинит ущерб или вызовет иные серьезные негативные последствия и тем самым спровоцирует несправедливость). Как мы далее увидим, в большинстве случаев суды считают достаточным одного лишь фактора подрыва доверия. Вместе с тем, например, немецкие суды нередко исходят из презумпции наличия такого ущерба, если в подобных рассматриваемой ситуации наличие ущерба, действительно, характерно. Из презумпции наличия ущерба можно исходить тогда, когда временной разрыв между возникновением доверия и его подрывом носит длительный характер. Вероятно, что за это время доверившееся лицо уже успело адаптировать свое поведение согласно доверию. При этом в доктрине признается, что если недобросовестная сторона обманула контрагента относительно отсутствия требований к форме сделки, то интенсивность такого фактора как вменяемость доверия здесь настолько высока и поведение недобросовестной стороны настолько упорно, что ущерб можно и не устанавливать. Однако стоит отметить, что есть примеры того, как в том числе и высшие суды иностранных правопорядков отказывали в применении эстоппеля по причине отсутствия адаптации поведения и ущерба доверившейся стороны, которые бы противоречили справедливости.

Так все же какой позиции логично придерживаться? Как представляется, выискивать какой-то конкретный ущерб, действительно, нужно не всегда. Корректнее говорить о том, что неотъемлемым условием применения принципа эстоппель является явная несправедливость подрыва доверия. Чаще всего эта явная несправедливость будет, действительно, связана с тем, что полагавшаяся сторона понесла конкретные расходы, которые превратятся в ущерб в случае изменения позиции недобросовестной стороны, упустила некую выгоду или понесет иной убыток в связи с изменением позиции недобросовестного лица. Редко, но могут быть и ситуации, когда явная несправедливость будет вытекать из иных обстоятельств. Иногда подрыв одной лишь спровоцированной твоим поведением разумной веры другого лица в последовательность твоего поведения будет недобросовестным. Прежде всего это справедливо для тех случаев, когда имеет место обман недобросовестной стороны или поведение недобросовестной стороны характеризуется злым умыслом.

(г) Субсидиарность эстоппеля

Эстоппель является субсидиарным средством по отношению к другим институтам, которые также могут привести к справедливому результату и защитить доверие. Это прежде всего институт сделки. Сделка (соглашение о заключении, расторжении или изменении договора, односторонний отказ от какого-то права и т.п.) выражает волю и формирует доверие, а защита формальных правовых последствий сделки такое доверие защищает. Соответственно, если предшествующее поведение может быть квалифицировано как действительная сделка, то необходимость в обращении к эстоппелю отсутствует. Эстоппель в отличие от сделки в качестве необходимого условия требует анализа справедливости непоследовательного поведения в форме учета конкретных обстоятельств,

указывающих на несправедливость, возникающую в связи с непоследовательностью. Эстоппель вытекает не из идеи автономии воли, а из принципа доброй совести и поэтому предполагает доказывание большего числа обстоятельств и более требователен к их оценке судом. При наличии же сделки суд формально постулирует неправомочность противоречивого поведения, так как такое поведение не соответствует выраженной в правовой форме воле, и здесь обращение к ст.10 ГК возможно в некоторых случаях как раз для обратного, для того, чтобы получить свободу поступать вопреки сделке.

Сложность проблемы разграничения сделки и эстоппеля иллюстрируется тем, что в тех правовых порядках (Австрия, Италия), где эстоппель широко не применяется, суды нередко достигают тех же решений посредством обращения к институту сделки, совершенной в конклюдентной форме. При такой интерпретации предшествующее поведение, которое в контексте эстоппеля должно обуславливать доверие другой стороны, квалифицируется как сделочное конклюдентное волеизъявление. В этом случае требования к тому, чтобы другая сторона положила на предшествующее поведение и учет системы факторов несправедливости являются избыточным: правовой результат в виде связанности наступает в силу автономии воли, а не принципа добросовестности.

И действительно, там, где есть основания предшествующее поведение квалифицировать как сделку (отказ от права, соглашение об изменении договора и т.п.), эстоппель и обращение к ст.10 ГК просто лишние. Сделка согласно ст.158 ГК по общему правилу может совершаться не только в форме устного или письменного волеизъявления, но и в форме конклюдентных действий, из которых воля на совершение сделки со всей очевидностью усматривается.

На практике суд может использовать эстоппель в качестве факультативной аргументации (то есть обосновывать свой вывод со ссылкой на сделку, но также указать и на то, что даже если мы сделку здесь не обнаруживаем, решение может быть обосновано принципом эстоппель). Но в этом случае необходимо указать на обстоятельства, которые обуславливают возможность обосновать результат не только через сделку, но и через эстоппель, то есть анализ всех факторов (оправданность доверия, адаптация и т. д.).

По большому же счету, как представляется, эстоппель приобретает значимость тогда, когда предшествующее поведение в силу тех или иных причин (например, при пороке формы или отсутствии достаточной степени конкретности поведения) сделкой быть признано не может, но чувство справедливости требует защитить доверие и разумные ожидания. О каких ситуациях идет речь?

Это прежде всего те случаи, когда поведение одного лица очевидно свидетельствует о его воле, но обнаружить в таком поведении конклюдентно выраженное сделочное волеизъявление в силу закона невозможно. В частности, речь идет о ситуациях, когда закон требует соблюдения той или иной формы такой сделки, и она не соблюдена или когда позитивное право в принципе не предусматривает для конкретного лица возможность совершения соответствующей сделки со связывающим для себя эффектом. Последующее поведение в виде, например, исполнения договора с пороком формы или противозаконного договора не могут быть расценены как конклюдентное подтверждение ничтожной сделки, по крайней мере пока порок не устранен. Исцеление ничтожной сделки законодатель по общему правилу не ставит в зависимость от воли одной из сторон.

Если нет оснований видеть в предшествующем поведении сделку и объяснять связанность сделочным правовым эффектом, по общему правилу эффект связанности и ограничения прав не наступает. Но если в конкретных обстоятельствах появляются основания говорить о возникновении обоснованного доверия и несправедливом подрыве такого доверия, суд может применить субсидиарный механизм – запрет на злоупотребление правом в форме правила эстоппель. Да, нередко это доверие может быть не совсем правомерным, так как лицо должно знать право и понимать, что без соответствующего правового оформления сделки оснований на что-то рассчитывать не должно быть. Но иногда проявлять здесь формализм не вполне уместно, суды смягчаются и при наличии критерия сформировавшегося доверия, подрыв которого приводит к несправедливости, защищают доверие. В подобных ситуациях нередко откровенное жульничество сталкивается с неосторожной доверчивостью, и суды иногда предпочитают защитить неосторожного.

Могут ли это быть также и те случаи, когда та или иная сделка, совершенная в активно-конклюдентной форме, могла бы теоретически создать защищаемое правом доверие (то есть закон здесь сделку не исключает), активное поведение соответствующего лица не настолько бесспорно отражает его волю на совершение сделки, чтобы можно было говорить о сделке, но при этом мы защитим доверие за счет принципа эстоппель?

Этот вопрос достаточно спорен. Здесь мы оказываемся в области очень тонкого разграничения. Дело в том, что эстоппель защищает только разумно сформировавшее доверие. Может ли быть такая ситуация, когда поведение одного лица не настолько очевидно свидетельствует о его воле, чтобы можно было говорить о конклюдентно совершенной сделке, но при этом того же поведения достаточно для того, чтобы у другого лица возникла *разумная* уверенность в дальнейшем поведении? Ведь если поведение соответствующей стороны не позволяет разумным третьим лицам определить волю, то это не конклюдентно совершенная сделка, но тогда возникает очевидный вопрос о том, на каком основании у другой стороны возникло какое-то разумное ожидание в отношении будущего поведения первой стороны, и насколько обосновано вторая сторона в таких условиях адаптировала свое поведение в расчете на эти ожидания, не прояснив волю первой стороны. Вопрос, безусловно, требует дополнительной проработки на конкретных примерах из судебной практики. Но нельзя исключить того, что могут быть такие ситуации, когда сделочная природа поведения не очевидна настолько, чтобы можно было говорить о конклюдентно совершенной сделке, но при этом обвинить другую сторону в совсем необоснованном формировании доверия нельзя. В каких-то пограничных ситуациях подобного рода при наличии явной несправедливости подрыва такого доверия, суд может применить эстоппель.

Например, можно ли говорить о наличии оправданного доверия в ситуации, когда в договоре аренды была применена валютная оговорка, арендодатель каждый месяц выставял счета с пересчетом на рубли по курсу на момент выставления счетов, в то время как согласно п. 2 ст. 317 ГК РФ подлежащая уплате в рублях сумма определяется на момент платежа. Арендатор на фоне тренда на падения курса иностранной валюты, в которой выражена цена договора, все это время оплачивал такие счета, перечисляя рублевую сумму в них указанную и тем самым все время немного переплачивая по сравнению с тем, что он должен был платить согласно ст.317 ГК, а спустя 2 года, когда курс иностранной валюты стал расти, арендодатель меняет свою тактику и начинает в счетах указывать на необходимость платить по курсу на момент платежа (то есть в строгом соответствии с правилами ст.317 ГК), а, когда арендатор возражает и предлагает придерживаться сформировавшейся в их отношениях практике, арендодатель обращается в суд. Арендодатель длительное время сам вызывает доверие у арендатора, когда выставяет счета с уже осуществленным пересчетом по курсу на момент выставления счетов, а потом не возражает о поступлении платежей, размер которых противоречит общему правилу ст.317 ГК. Наличие волеизъявления сторон на изменение договора в отношении соответствующих месяцев, за которые счета с фиксированным курсом пересчета выставялись и оплачивались, достаточно очевидно, особенно в контексте неоднократности таких действий (счет по сути выступает в качестве оферты на применение иного порядка определения курса, а его оплата – конклюдентным акцептом). Но не вполне очевидно, можно ли такую сформировавшуюся практику считать конклюдентным соглашением об изменении диспозитивно установленного в ст.317 ГК порядка определения курса на будущее, то есть до конца действия договора. Воля арендодателя явно касалась только соответствующих месяцев, и некоторые могут заявить, что он не связан такой волей на будущее и чисто формально может в отношении последующих месяцев «вдруг» вспомнить о законодательном правиле и начать выставяет счета в строгом соответствии с общим диспозитивным правилом. Если мы приходим к выводу, что подобное поведение сторон не может являться достаточно однозначно свидетельствующим о воле изменить договор на будущее, возможна ли здесь защита доверия арендатора посредством эстоппеля? Арендатор может заявить, что это в высшей мере несправедливо, когда арендодатель предлагает использовать одну форму определения курса пересчета и провоцирует арендатора, рассчитывающего на симметричность рисков и допускающего, что в какие-то иные периоды курсовая разница сложится в его пользу, принять такую практику (в тот период рубля себе в ущерб), а когда общая курсовая динамика меняется в сторону,

благоприятствующую арендатору, и арендодатель соответственно перестает выигрывать от этой практики, он вдруг вспоминает о формальном положении вещей и начинает настаивать на внесении платы по курсу на момент платежа. Вопрос остается спорным. Ведь если мы приходим к выводу о том, что разумное лицо на месте арендатора не восприняло бы практику выставления за ряд последовательных месяцев счетов с фиксированным курсом в качестве волеизъявления на изменение порядка оплаты на весь период действия договора, то нет и фактора разумности доверия, которое необходимо для применения эстоппеля. В данном конкретном случае кажется справедливым применить эстоппель и защитить арендатора, но вопрос о том, можно ли из этого делать общий вывод по интересующему нас вопросу, требует дополнительного осмысления.

С учетом субсидиарного характера эстоппеля по отношению к сделке многие случаи, которые судебная практика или наука сейчас обозначает как эстоппель, могут быть объяснены через конклюдентную сделку. Поэтому возникают сомнения, что все случаи абз. 4 п. 2 ст. 166, п. 2 ст. 431.1, п. 3 ст. 432 и п. 5 ст. 450.1 ГК РФ можно объяснить через эстоппель.

В то же время нельзя не заметить, что судам иногда комфортнее сослаться на эстоппель и ст.10 ГК, чем на конклюдентную сделку. Тут, видимо, налицо две причины. Во-первых, для многих судов сделка необоснованно, но прочно ассоциируется с письменным оформлением, и им в силу сложившегося шаблона сложно увидеть сделку в конклюдентном поведении. Во-вторых, очень часто конкурентом эстоппеля будет сделка отказа от права, а этот вид сделки долгое время и во многом до сих пор находится в российском праве под неоправданным подозрением. Развитие такой практики применения эстоппеля вместо конструкции конклюдентной сделки не представляет собой нечто невозможное (как уже отмечалось, в ряде стран наблюдается именно такая ситуация), но побочным последствием оказывается то, что учет комплекса факторов несправедливости фактически исключается. Укореняется практика использования эстоппеля, выводящегося из п.1 ст.10 ГК, на основании одних факторов непоследовательности и разумности доверия без анализа комплекса факторов несправедливости (наличие адаптации поведения и ущерба, степень упречности поведения непоследовательного лица, учет степени значимости формальных элементов права и др.). Когда эти факторы игнорируются в ситуациях, где мыслимо увидеть конклюдентную сделку, большой беды нет, но возникновение у юристов и судов ощущения, что эстоппель карает саму непоследовательность, начинает распространяться на иные ситуации, где ни о какой вопиющей несправедливости говорить не приходится, что может потенциально превратить доктрину эстоппель в фактор серьезной дестабилизации прав.

Далее разберем ряд конкретных типовых ситуаций, когда эстоппель применяется или мог бы применяться, и на конкретных примерах определим соотношение этой доктрины и понятия сделки

(д) Эстоппель и признание договора заключенным

Если между сторонами нет оформленного на бумаге или в устной форме договора, но поведение сторон достаточно ясно свидетельствует об их воле на заключение договора, договор следует признавать заключенным в результате конклюдентного поведения. Как справедливо указано в п.1 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 года №49 «договор считается заключенным и в том случае, когда из поведения сторон явствует их воля на заключение договора (пункт 2 статьи 158, пункт 3 статьи 432 ГК РФ)». Соответственно, защита ожиданий каждой из сторон в такой ситуации осуществляется не через эстоппель, а посредством признания договора заключенным. Сложность возникает только тогда, когда закон требовал оформления договора на письме под угрозой ничтожности. В такой ситуации конклюдентная форма не допускается, но в ряде ситуаций справедливость может восстановить эстоппель на основании п.5 ст.166 ГК (подробнее см. пп. «е» ниже)

Иногда возникает ситуация, когда договор исполнялся несмотря на то, что по определенным существенным условиям стороны не пришли к соглашению. Здесь п. 3 ст. 432 ГК РФ, а ранее судебная практика (Постановление Президиума ВАС РФ №13970/10, п.7 Информационного письма Президиума ВАС №165) предлагает применять эстоппель. Это подтверждено и п.6 Постановления Пленума ВС РФ №49 от 25.12.2018. Однако в таких случаях необходимо четко проводить границу между ситуацией, когда стороны последующим сделочным волеизъявлением (в том числе конклюдентным поведением) восполнили ранее не согласованное существенное условие, и ситуацией, когда

существенное условие осталось неопределенным. Только в последней ситуации в ряде случаев можно говорить об эстоппеле.

Например, когда в оформленном договоре нет конкретизации предмета договора (например, наименования и количества товара или типа и объема подлежащих выполнению работ), но впоследствии товар некого типа и количества отгружается и принимается без возражений покупателем, или работы выполняются и принимаются заказчиком окончательным актом, выражающим согласие заказчика с тем, что и как было сделано по договору, без каких-либо возражений, договор заключен, и никто не может его отрицать. Здесь согласование существенного условия происходит по факту поставки и выполнения работ в соответствующем акте или накладной (постановления Президиума ВАС РФ №15300/08 и 7876/05). Никакой эстоппель для защиты доверия здесь не требуется.

Но, даже если в соответствующем акте не указано содержание отсутствующего существенного условия, однако из поведения следует воля на согласование такого условия, то следует говорить о конклюдентном согласовании. Так, если работы по договору подряда были выполнены и приняты до согласования сторонами срока выполнения работ, являющегося существенным условием договора строительного подряда в силу закона, то договор является заключенным не в силу принципа эстоппель, а в силу того, что стороны конклюдентными действиями согласовали существенный для договора подряда срок выполнения работ по факту приемки. Поиск доверия и «факторов несправедливости» (например, основанной на доверии адаптации поведения) здесь не нужны. Поэтому ссылки на добросовестность в вышеуказанной практике ВАС РФ для отклонения позиции заказчика, который приняв работы, затем отказывается платить, ссылаясь на незаключенность договора, не нужны, достаточно ссылки на конклюдентное согласование срока путем выполнения и принятия работ без возражений.

Также не следует говорить об эстоппеле тогда, когда стороны исполняли договор до достижения соглашения по условию, которое по выраженному в ходе переговоров заявлению одной из сторон должно было быть согласовано: если обе стороны приступают в этом случае к исполнению без согласования данного условия, то они конклюдентным образом выражают свою волю на то, чтобы исключить несогласованное условие из разряда существенных. Прекрасным подтверждением этой позиции является п.2 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 года, согласно которому в случае отсутствия согласия по условию, в отношении которого было одной из сторон ранее заявлено о необходимости его согласования, договор не считается заключенным до тех пор, пока стороны не согласуют названное условие, но если сторона, предложившая это условие для согласования, впоследствии откажется от своего предложения, «или такой отказ не будет следовать из поведения указанной стороны», договор можно признать заключенным и при отсутствии согласия по такому условию. Иначе говоря, никакой эстоппель и здесь не нужен.

Очевидно, что ни эстоппель, ни какая-то иная концепция не позволят прийти к выводу о заключенности договора, если ни изначально, ни впоследствии конклюдентным образом не согласован предмет договора в части характеризующего данный договорный тип исполнения (например, наименование и количество подлежащего поставке товара). Даже если заказчик передал подрядчику аванс и материалы, а подрядчик принял их и вышел на стройплощадку, невозможно признать договор подряда заключенным, если ни прямо, ни конклюдентно стороны не согласовали, что конкретно должно быть построено. Если, например, подрядчик почему-то решил на свой риск начать строить какой-то сарай, а заказчик возражает, заявляя, что он имел в виду заказать совсем иное, признать договор заключенным вряд ли возможно, несмотря на то, что каждая из сторон ранее начала совершать действия, как будто бы свидетельствующие о наличии между ними договора.

Но в вышеуказанном примере место для эстоппеля в рамках п. 3 ст. 432 ГК РФ остается тогда, когда стороны не согласовали предмет договора, подрядчик приступил к выполнению работ на земле заказчика, тот долгое время наблюдал за ходом выполнения работ и никаких возражений не представлял, а затем, когда работы были окончены и заказчику было предложено их принять, тот вдруг отказывается и заявляет о несогласовании предмета договора. Формально в силу ст.158 и ст.438 ГК бездействие и молчание конклюдентным и свидетельствующим о воле на совершение сделки волеизъявлением (в том числе акцептом) быть не может, но в заданных обстоятельствах

несмотря на то, что согласия по предмету договора нет, справедливо защитить подрядчика. Требование согласования предмета договора направлено на защиту самих сторон, а не публичных интересов или интересов третьих лиц, непоследовательное поведение заказчика вопиюще недобросовестно, фактор ущерба налицо (инвестиции подрядчика в выполнение работ, которые пойдут прахом при признании договора незаключенным), и эти обстоятельства перевешивают то, что доверие подрядчика было не вполне юридически обоснованным и осторожный подрядчик на его месте не начал бы работы, не оформив соглашение в отношении предмета договора. Однако в этом примере суд должен придавать особое значение автономии воли противоречиво действующего лица. Заказчику в отсутствие выражения им своей воли навязывается результат работ, то есть самой сути договора подряда, а не просто второстепенного договорного условия. На аргумент о существенности нарушения автономии воли эстоппелем здесь можно возразить, что заказчик, хотя и не выражал свою волю, но наблюдал за ходом работ, то есть он был осведомлен о том, какой результат его ожидает.

Также эстоппель по п.3 ст.432 ГК может быть применен и тогда, когда последующее поведение сторон по исполнению договора не позволяет установить волю на восполнение условия, которое не характеризует предмет договора, но является существенным в силу прямого указания в законе. Например, если стороны исполняли договор подряда, но еще до завершения работ заказчик указал на отсутствие согласования срока, то он может столкнуться с возражением о запрете противоречивого поведения. В этом случае восполнение существенного в силу закона условия может отдаваться на усмотрение суда. Тот факт, что закон допускает в ряде случаев делегацию судам компетенции по определению условий, не характеризующих предмет договора, а являющихся существенными в силу прямого указания в законе, можно обнаружить в контексте предварительного договора, где стороны предварительного договора могут ограничиться указанием предмета основного договора, а определение иных существенных в силу закона условий оставить на усмотрение суда, по сути делегировав разрешение своих разногласий по таким условиям суду (п. 1, п. 5 ст. 429 ГК РФ). Здесь вторжение в автономию волю не имеет критического характера, так как не связано непосредственно с предметом договора, характеризующим договорный тип.

(е) Эстоппель и конвалидация ничтожной сделки

Иногда суды ссылаются на эстоппель в тех случаях, когда нарушено требование закона о письменной форме сделки, но сторона, отрицающая факт заключения договора, впоследствии совершала действия, свидетельствующие о его исполнении или иным образом признавала факт наличия договора (см. Определение СКГД ВС РФ 5-КГ17-94). В тех случаях, когда письменная форма сделки установлена законом без прямого указания на ничтожность сделки, совершенной в нарушение этого требования, такое применение эстоппеля избыточно, так как подобная ситуация разрешается на основании правил ст.162 ГК. Последующее поведение соответствующей стороны может стать допустимым доказательством более раннего факта совершения сделки в устной форме. Ведь согласно п.1 ст.162 ГК по общему правилу несоблюдение письменной формы влечет не ничтожность сделки, а запрет ссылаться на свидетелей. Если есть иные допустимые доказательства того, что договор был заключен (например, какая-то переписка сторон или доказательства фактического исполнения договора сторонами), эти доказательства позволяют суду прийти к выводу о заключенности договора без обращения к ст.10 ГК. Эстоппель просто не нужен.

Но иногда закон требует соблюдения письменной формы сделки под страхом ничтожности. В таком случае конклюдентное поведение, из которого следует воля лиц считать себя связанными, само по себе не позволяет обосновать действительность договора. Но что если это поведение не оспаривается или подтверждено любыми иными доказательствами кроме свидетельских показаний, и объективно внушило другой стороне уверенность в том, что партнер считает себя связанным?

Если договор в силу тех или иных причин ничтожен, его невозможно реанимировать посредством совершения той или иной сделки, в том числе в форме одобрения. Но тем не менее в ряде случаев в суде пытается ссылаться на его ничтожность сторона, которая ранее исполняла такой договор и создавала у другой стороны ощущение, что договор действителен. И ответ правовой системы на некоторые случаи такого поведения состоит в применении эстоппеля.

В России с 1 сентября 2013 года действует п.5 ст.166 ГК, который позволяет суду заблокировать недобросовестную ссылку на ничтожность договора той стороны, которая ранее своим

поведением признавала факт совершения сделки. Эта норма вызывает множество возражений, о которых уже писалось в рамках другого тома Серии #Глосса, но нельзя не признать, что в ряде ситуаций ее применение может позволить обосновать справедливое решение. И одним из немногих случаев, когда эта норма может применяться обоснованно, и является случай ничтожности договора по причине нарушения письменной формы, установленной под угрозой ничтожности.

Доверие контрагента факту заключения договора вопреки требованию письменной формы может быть неосторожным, так как каждый презюмируется знающим законодательные требования к форме сделки, и тогда защита этого доверия не вполне обоснована. Но иногда степень упречности поведения доверившегося лица невысокая, и это позволяет суду защитить это доверие и наказать недобросовестную сторону, пытающуюся отрицать действительность договора. И здесь эстоппель может теоретически стать основанием для такой защиты.

Так, согласно устоявшейся судебной практике лицо не может ссылаться на то, что оно не подписывало кредитный или иной договор, в отношении которого законом установлена письменная форма под страхом ничтожности, и что ввиду этого договор недействителен по причине порока формы, если оно совершало действия по исполнению этого договора (например, получило кредит от банка и приступило к возвращению суммы кредита согласно приложенному к спорному договору графику платежей). Обычно порок формы состоял здесь в том, что на договоре была поставлена подпись, которую впоследствии экспертиза не смогла атрибутировать соответствующей стороне или ее представителю. При заключении договора доверившаяся сторона, как правило, не может с абсолютной надежностью определить верность подписи, так что ее доверие нельзя поставить ей в упрек, и справедливость требует защиты возникшего доверия и игнорирования формальной правовой позиции непоследовательной стороны, которая в суде отрицает подлинность подписи, но ранее, после заключения спорного договора его исполняла (Постановление Президиума ВАС РФ от 13.12.2011 № 10473/11, определения СКГД ВС РФ N 38-КГ17-9 и № 5-КГ17-210). Для этой группы дел характерна высокая степень выраженности такого фактора как оправданность доверия: доверие кредитора здесь основывается на ошибке в факте, которая имеет извинительный характер. Ущерб для кредитора состоит в том, что при применении конструкций реституции или неосновательного обогащения он теряет возможность рассчитывать на договорные проценты и, возможно, обеспечение обязательства заемщика. Степень вменимости возникновения доверия заемщику также высока: тот, понимая, что кредитор заблуждается относительно подписавшего договор лица, распоряжается полученной суммой займа и иногда даже частично ее возвращает, укрепляя веру кредитора факту наличия договора. Также заемщик извлекает за счет своего противоречивого поведения выгоду: пользуется суммой займа, но при этом затем отказывается уплачивать договорные проценты. Наконец, нарушение формы сделки в части подписи является не очень существенным, так как последующее поведение заемщика свидетельствует о его согласии с условиями.

Впрочем, здесь следует сделать два замечания.

Во-первых, если закон требовал соблюдения письменной формы сделки, но не требовал оформления единого документа, подписанного обеими сторонами договора (например, кредитный договор), сам факт совершения конклюдентных действий, если они оформляются соответствующими письменными документами, может быть рассмотрен как письменная форма волеизъявления (например, платежное поручение по уплате частичного платежа по договору). В такой ситуации эстоппель будет лишним аргументом, так как письменная форма соблюдена.

Во-вторых, в контексте ситуаций, когда закон требовал соблюдения письменной формы в виде единого документа, подписанного обеими сторонами (например, аренда недвижимости), либо когда подтверждение сделки не задокументировано, следует отметить, что обсуждение этой ситуации в контексте эстоппеля по п.5 ст.166 ГК уместно в тех случаях, когда наличие на договоре неподлинной подписи рассматривается как порок формы сделки и влечет ничтожность, а не как повод для признания договора незаключенным в контексте ст.432-433 ГК. Если идти по последнему пути, здесь уместнее говорить об эстоппеле в контексте п.3 ст.432 ГК. Обсуждение этой ситуации в контексте ничтожности в данном комментарии обусловлено тем, что российские суды устойчиво в описанном случае с неподлинной подписью на письменном документе говорят о ничтожности, что представляется сомнительным. Как представляется, обсуждать нарушение обязательной

письменной формы корректно в тех случаях, когда сама воля лиц на вступление в сделку налицо; когда же нет доказательств выраженного в виде подписания документа согласия по содержащимся в документе существенным условиям, уместно говорить о незаключенности договора (раз уж наше право последовательно незаключенность и ничтожность разделяет). Соответственно, в таких случаях применения эстоппеля может быть уместным, но ссылаться суду корректнее на п.3 ст.432 ГК, а не п.5 ст.166 ГК.

Другой пример применения эстоппеля в контексте п.5 ст.166 ГК: представим, что между сторонами заключен договор аренды недвижимости, срок его истекает и арендодатель высылает арендатору проект договора на новый пятилетний срок, арендатор отвечает своим согласием, остается в помещении и начинает платить по новым ставкам, указанным в проекте договора, но подписанный экземпляр договора не возвращает, обещая вернуть его «на днях». Эта ситуация сохраняется несколько месяцев, после чего арендатор вдруг решает выехать из помещения и перестает платить арендную плату, заявляя, что новый договор ничтожен, так как ст.651 ГК требует под угрозой ничтожности оформление договора аренды недвижимости в письменной форме в виде единого документа, подписанного сторонами. Такого документа нет, и, соответственно, несмотря на наличие его прямого (в виде письма) и конклюдентного (в виде оплаты арендной платы по новым ставкам и продолжения пользования помещением по истечении прежнего договора) согласия, с формальной точки зрения новый договор ничтожен. Но справедливо ли такое непоследовательное и безусловно недобросовестное поведение арендатора? Очевидно, что нет. Фактор доверия налицо: арендодатель не стал искать нового арендатора и позволил прежнему занимать помещение. При этом фактор упречности поведения доверившегося арендодателя ярко не выражен, так как он ожидал возвращения экземпляра договора и поверил арендатору на слово. Соответственно, есть условия для применения эстоппеля по п.5 ст.166 ГК. Более того, даже если арендодатель на каком-то этапе забыл о неполучении экземпляра договора, эстоппель может его и в таких условиях защитить. Его неосторожность в отношении такого непринципиального вопроса вряд ли выражена настолько ярко, чтобы заблокировать защиту его доверия и поощрить явную недобросовестность арендатора.

Куда более спорными являются случаи, когда эстоппель по п. 5 ст. 166 ГК применяется к противозаконным сделкам. Суды и в таких случаях иногда применяют эстоппель и игнорируют имеющиеся в сделке содержательные пороки. Например, согласно практике ВАС РФ и ВС РФ страховщик не может ссылаться на ничтожность договора страхования ответственности перевозчика как противозаконного в силу п. 1 ст. 932 ГК РФ. Ссылка на ничтожность такого договора игнорируется, если страховщик принимал исполнение по договору, а вспоминает про ничтожность только тогда, когда наступил страховой случай и к нему страхователь предъявил требование о выплате страхового возмещения (Определение КЭС ВС РФ от 20.07.2015 № 307-ЭС15-1642, Постановление Президиума ВАС РФ №1649/13). Факторы ущерба, вменимости возникновения доверия страховщику и извлечение им выгод за счет противоречивого поведения выражены абсолютно ясно и говорят в пользу применения эстоппеля. Ущерб состоит в неполучении страховой суммы; реституция страховой премии – явно несоразмерное утешение. Страховщик, являясь профессионалом в соответствующей сфере (на что указала и СКЭС ВС РФ), прекрасно понимал противозаконность договора и своим статусом вызывал доверие у контрагента. Наконец, несправедливое получение выгод страховщика состоит в том, что он получает страховые суммы от множества страхователей, а единицам, которые получили право на страховое возмещение, отказывает, вспоминая про ничтожность. В то же время в этих делах встает вопрос о наличии такого неотъемлемого условия применения эстоппеля как оправданность доверия страхователя. Тот, будучи профессиональным коммерсантом, скорее всего, понимает противозаконность заключаемого им договора, однако полагается на то, что страховая компания, дорожа своей репутацией, исполнит договор при наступлении страхового случая. Также против тезиса о несправедливости противоречивого поведения и соответственно против применения эстоппеля может свидетельствовать такой фактор как учет целей нормы, которая запрещает заключать договор страхования ответственности перевозчика. Такой запрет может быть обусловлен целями защиты устойчивости страховых компаний, а также предотвращения т.н. «морального риска» со стороны страхователей (которые, в теории, будут нарушать договоры с третьими лицами, не опасаясь последствий). Эти цели имеют отношение к публичному интересу (устойчивость страховых

компаний в интересах множества страхователей). То есть, если не касаться вопроса о политико-правовой оправданности такого запрета (а эта оправданность вызывает большие вопросы), фактор целей нормы говорит здесь против эстоппеля.

Еще более сомнительным являются определения СКГД ВС РФ (Определение от 18.07.2017 N 18-КГ17-83 и Определение от 08.08.2017 N 80-КГ17-5) в делах, где потребителю в споре с банком после его действий, подтверждающих договор, был противопоставлен п. 5 ст. 166 ГК РФ при его попытке сослаться на ничтожность сделки, объектами которой выступали финансовые инструменты, предназначенные для квалифицированных инвесторов, которыми потребители фактически не являлись (кредитные ноты). При этом банк был прекрасно осведомлен о том, что контрагент является неквалифицированным инвестором. В этих делах ярко выражены такой фактор как крайне низкая оправданность доверия банка, который как профессионал в соответствующей сфере предлагал потребителям заведомо недоступный для них финансовый инструмент. Кроме того, ярко выделяется и фактор цели нормы, которая как раз и рассчитана на то, чтобы лица, не имеющие достаточного опыта в финансовой сфере, не заключали сделки в отношении сложных финансовых инструментов. Эксплуатация неопытности потребителя со стороны банка перевешивает возможные аргументы о том, что потребитель должен был осознавать эти риски.

В связи с приведенными делами возникает следующий вопрос. Допустимо ли в принципе применение эстоппеля в отношении ничтожных сделок, где обе стороны знают о ничтожности? Положительный ответ на этот вопрос приводит к тому, что стороны получают возможность обойти норму, обуславливающую ничтожность, сославшись на действия, которые бы подтверждали их намерение исполнять эту сделку. Видимо, ответ может варьироваться от значимости конкретной нормы и нашего ответа на вопрос о возможности судов осуществлять правотворчество.

Например, потенциально эстоппель может быть применен в ситуации, когда перевод долга состоялся без согласия кредитора, однако тот впоследствии своим поведением, зная о ничтожности перевода, совершенного без его предварительного согласия, выразил последующее согласие с переводом (в том числе в форме подачи иска о взыскании долга к новому должнику или в иной конклюдентной форме). Согласно п. 2 ст. 391 ГК РФ перевод долга без согласия кредитора является ничтожным. Вместе с тем предусмотренное законодателем последствие в виде ничтожности не совсем адекватно тому факту, что затрагиваются права исключительно стороны договора, которая может сама решить, нарушены ее права или нет. Однако альтернатива в виде оспоримости давала бы неудовлетворительный результат на практике, при котором на кредитора возлагалось бы бремя оспаривания сделки, которая, по общему правилу, не отвечает его интересам. Здесь можно было бы использовать конструкцию подвешенной недействительности, известную некоторым иностранным правовым порядкам, при которой сделка до получения соответствующего одобрения не вступает в силу, так как не накоплен необходимый фактический состав, а лицо, имеющее право на одобрение сделки, своим одобрением вводит сделку в силу. Однако эта конструкция отечественному праву пока неизвестна, и этот пробел можно восполнить через эстоппель, хотя это и не совсем свойственная для него функция. То, что эстоппель здесь субоптимален, выражается в отсутствии необходимости применять систему факторов. Так, отсутствие ущерба или знание обеих сторон о ничтожности не должно быть аргументом в пользу кредитора, если он своим поведением впоследствии одобрил сделку. Достаточно того, что кредитор знал о совершенном переводе и рассматривал нового должника как действительного.

Как бы то ни было, общим правилом должен быть запрет на применение эстоппеля в ситуациях, когда обе стороны сделки пошли на заключение незаконного договора осознанно.

В этом плане практика применения принципа эстоппель к ситуациям нарушения договором страхования запрета на страхование договорной ответственности вызывает сомнения не только в связи с тем, что данный запрет явно установлен в целях защиты устойчивости страховых компаний и предотвращения проблемы морального риска (пусть эти соображения явно ошибочны и не оправдывали установление такого запрета), а потому, что доверие страхователя к действительности договора трудно обосновать. Ведь страхователь в указанных спорах был не потребителем, который, действительно, мог довериться страховой компании и не знать о наличии такого запрета (и тогда применение эстоппеля было бы более уместным), а была коммерческой организацией и вполне

должен был знать о незаконности заключаемого договора. Соответственно, его доверие действительности сделки необосновано. Применение принципа эстоппель к этой ситуации фактически легализовало запрещенный рынок страхования договорной ответственности. В данном конкретном случае это к серьезным проблемам не приведет, так как сам запрет вряд ли обоснован с точки зрения политики права. Но к чему мы придем, если таким же образом стороны начнут цинично обходить и вполне обоснованные законодательные запреты? Сторонам достаточно будет приступить к исполнению такого незаконного договора, чтобы никто из них впоследствии не смог сослаться на ничтожность.

Как представляется, когда сторона, своим поведением подтверждавшая ничтожную сделку, сталкивается со стороной, которая вполне осознавала ничтожность сделки по причине порока в ее содержании, по общему правилу говорить об эстоппеле некорректно. Как представляется, отступления от этого общего правила должны допускаться в самых исключительных случаях.

Справедливости ради стоит отметить, что в иностранных правовых системах суды через эстоппель тоже иногда фактически дезавуируют законодательные нормы, которые с учетом современных представлений о справедливости (или, по крайней мере, представлений суда) не выдерживают критики. Например, во многих правовых системах суды признавали недобросовестной ссылку на исковую давность, если ранее должник пообещал кредитору на исковую давность не сослаться. При этом эстоппель применялся несмотря на то, что закон прямо запрещал соглашение относительно исковой давности.

Однако если речь идет о ничтожности ввиду порока формы сделки, то представляется, что даже знание сторон о ничтожности не является непреодолимым препятствием для применения п. 5 ст. 166 ГК РФ, если стороны исполняли сделку. Ключевое отличие от договоров с противозаконным содержанием здесь состоит в том, что через последующее исполнение договора с пороком формы большинство целей формы (удержание от принятия поспешных решений, отделение переговоров от заключения договора, идентификация сторон и т. д.) постепенно восполняются, достигаясь постфактум. Здесь в ряде случаев вполне можно говорить о возникновении обоснованного доверия, которое право может защищать посредством эстоппеля.

Другой тип ситуаций, где иногда наблюдается применение эстоппеля по п.5 ст.166 ГК, это ситуация, когда норма, обуславливающая ничтожность, не рассчитана на защиту стороны, ссылающейся на ничтожность, а защищает интересы контрагента, который решает апеллировать к действительности сделки, и при этом интересы третьих лиц и публичные интересы не ущемляются. В такой ситуации вряд ли необходим эстоппель. Дело в том, что и без всякого подтверждения сделки ссылка на ничтожность договора не той стороны, чьи интересы защищает санкция ничтожности, а другой стороны представляет собой злоупотребление правом. При этом здесь все еще можно сослаться на п.5 ст.166 ГК, ведь последний закрепляет правило, которое шире по охвату, чем эстоппель (на что, кстати, не все обращают внимание). Данное правило предписывает игнорировать ничтожность в тех случаях, когда ссылающаяся на ничтожность сторона ведет себя недобросовестно, а далее упоминание поведения, подтверждающего существование сделки, указано лишь как пример недобросовестности. Соответственно, законодатель допускает и иные примеры, когда ссылка на ничтожность должна блокироваться в силу недобросовестности. И одна из таких возможных ситуаций, это ситуация, когда лицо пытается использовать норму, нарушаемую сделкой, в противоречии с ее значением. Альтернативный путь – телеологическое толкование нормы и применение конструкции относительной ничтожности, при которой для одной стороны сделка будет считаться ничтожной, а для другой она будет иметь силу. Однако данная альтернатива в виде концепции относительной ничтожности не соответствует традициям российского права и представляется многим избыточно сложной.

Примером ситуации, где эстоппель не нужен, но заблокировать констатацию ничтожности сделки суд может в связи с использованием ссылки на ничтожность не той стороны, чьи интересы санкция ничтожности защищает, является практика ВС РФ, согласно которой в силу ст.10 ГК заемщик не может сослаться на недействительность договора займа ввиду нарушения законодательного запрета кредитным кооперативам предоставлять займы лицам, не являющимся членами кредитного кооператива (пайщиками), если сам недобросовестный заемщик выдавал себя за члена кооператива,

получил сумму займа и приступил к погашению долга перед тем, как вспомнить про то, что такой договор противоречит закону (Определение КГД ВС РФ от 02.06.2015 № 66-КГ15-5). Здесь ссылка на эстоппель видится необязательной, так как запрет кредитного кооператива выдавать займы лицам, не являющимися пайщиками, едва ли рассчитан на защиту последних. Если кооператив посчитал более выгодным не ссылаться на ничтожность и требовать реституции, а потребовать погашения займа с начислением договорных процентов, попытка заемщика возразить, сославшись на свой же собственный обман, должна пресекаться, и здесь непринципиально приступал ли он ранее к погашению займа или совершал ли какие-то дополнительные действия, укреплявшие веру кооператива в действительность договора. От признания договора действительным, учитывая добросовестность кооператива, иные интересы не пострадают.

Как мы видим, применение эстоппеля по п.5 ст.166 ГК должно осуществляться крайне осторожно и в целом допускаться лишь в самых исключительных случаях. Здесь, впрочем, следует отметить, что сама модель применения эстоппеля к ситуации ничтожного договора требует серьезной проработки. Сама норма п.5 ст.166 ГК крайне неудачна, так как говорит о том, что заявление недобросовестного лица о недействительности не имеет правового значения. С учетом того, что ничтожность применяется *ex officio*, возражение о ничтожности в принципе правового значения не имеет, а лишь помогает суду обнаружить соответствующий порок. Если суд его обнаружил без помощи сторон, он все равно должен признать договор ничтожным. Поэтому корректнее говорить о том, что суд при наличии вышеописанных условий просто игнорирует ничтожность и выносит решение исходя из фикции действительности договора. По сути, речь идет о своеобразной скрытой конвалидации ничтожного договора, осуществляемого не в традиционной форме рассмотрения отдельного иска о конвалидации (как например, в силу ст.165 ГК при нарушении требования нотариальной формы сделки), а в рамках рассмотрения обычного договорного спора. Этот аспект может быть важен, так как если мы говорим о конвалидации, то правовой эффект сделки может затронуть и третьих лиц. Например, представим, что эстоппель применяется судом для вывода из-под ничтожности договора, предполагающего распоряжение индивидуально-определенным имуществом и переход его в собственность. Если в ходе рассмотрения спора между сторонами суд применил п.5 ст.166 ГК, проигнорировал ничтожность договора и взыскал, например, долг с покупателя недвижимости, будем ли мы считать, что право собственности действительно перешло, и покупатель имеет распорядительную власть продать вещь третьим лицам или заложить? Видимо, ответ должен быть утвердительным.

(ж) Эстоппель и признание договора измененным конклюдентным соглашением

Если стороны договора ведут себя вопреки согласованным условиям и это поведение достаточно ясно указывает на то, что они имеют волю на изменение условий договора, нет необходимости применять эстоппель. Следует говорить, что стороны изменили договор своим конклюдентным поведением.

Именно через конклюдентное соглашение об изменении условий договора, а не через применение эстоппеля можно объяснить ситуации, когда лицо утрачивает право на оспаривание общей подсудности дела арбитражному суду, если обе стороны вступили в процесс и ответчик сразу не заявил о наличии соглашения о наличии договора с указанием на иную подсудность. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 23.04.2012 № 1649/13 в такой ситуации, когда сторона вступило в процесс, не заявляя сразу о неподсудности, а затем вдруг вспомнила об этом, Президиум ВАС РФ указал, что действия ответчика свидетельствуют о признании им компетенции арбитражного суда посредством конклюдентных действий, и при этом также сослался на эстоппель. Как представляется, ссылка на эстоппель здесь явно избыточна.

Другой пример: если стороны при обосновании своих требований и возражений (например, в исковом заявлении и отзыве на него) синхронно ссылаются на одно и то же применимое право, суд вправе констатировать существование подразумеваемого соглашения о применимом праве (п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 09.07.2019 № 24). Если в самом договоре было указано на иное применимое право, следует говорить о том, что стороны своим конклюдентным поведением изменили условие о применимом праве. Ссылка на эстоппель для защиты доверия здесь не нужна.

Но могут быть и куда более спорные ситуации, где теоретически может открыться пространство для применения эстоппеля. Например, что если подрядчик выставил заказчику после выполнения работ счет на сумму, меньшую, чем указанная в договоре цена? Можно ли в этом поведении усмотреть сделочное волеизъявление – оферту на понижение цены? А в оплате такого счета усмотреть конклюдентный акцепт такой оферты? Как представляется, такой вывод был бы ошибочен. Подрядчик вполне мог иметь в виду предоставить заказчику отсрочку в части остальной части цены или просто допустить математическую ошибку. Тут нет оснований говорить ни о конклюдентном изменении цены, ни об эстоппеле. Но далее допустим, что подрядчик несколько лет добровольно выставлял заказчику, имеющему право произвольно отказаться от договора, после сдачи очередного этапа работ счета с применением не предусмотренных договором понижающих коэффициентов, заказчик их оплачивал, а впоследствии подрядчик пытается взыскать недополученную часть цены. Можно ли говорить о том, что стороны своим конклюдентным поведением пришли к соглашению о понижении цены?

Та же ситуация возникает и тогда, когда арендодатель по договору, допускающему право арендатора на немотивированный отказ от договора, много месяцев выставлял счета с указанием арендной платы, которая была ниже договорной, а впоследствии требует от арендатора доплаты.

В таких ситуациях устойчивое поведение сторон может создавать ощущение, что речь идет не об ошибке, а о том, что подрядчик (арендодатель) пошел на уступку по части цены ради того, чтобы простимулировать контрагента остаться в договоре и не пользоваться своим правом на немотивированный отказ от договора, то есть о какой-то договоренности, пусть и не оформленной на бумаге, возможно подразумеваемой.

О какой договоренности может идти речь? Прощение долга является не вполне типичным для гражданского (в особенности коммерческого) оборота действием, которое в силу того, что лицо лишается своего полноценного имущественного права, требует однозначной конкретности и недвусмысленности волеизъявления. Так что вряд ли систематическое выставление счетов на сумму меньшую, чем указано в договоре, само по себе (без учета дополнительных обстоятельств) может рассматриваться как волеизъявление на прощение части долга. Представляется, что в отсутствие дополнительных обстоятельств (переписки, просьбы арендатора о снижении цены договора) увидеть волю и на изменение договора в действиях сторон в подобной ситуации достаточно сложно.

И здесь встает вопрос: можно ли тогда говорить об эстоппеле, возникновении разумного доверия, заслуживающего защиты, и отказать во взыскании ценовой разницы как минимум за периоды выставления таких счетов, если устойчивость практики выставления счетов на меньшую сумму сочетается с тем, что заказчик (арендатор) имел право на произвольный отказ от договора и не пользовался им? В этом случае при применении эстоппеля в описанных выше ситуациях суд будет принимать во внимание не только конкретность поведения, но и ущерб для арендатора и заказчика, а также выгоды контрагента. Например, заказчик мог продолжать исполнять договор подряда только в связи с благородным жестом подрядчика, то есть руководствовался своего рода «джентельменским соглашением». Эта проблема пока не имеет однозначного решения.

В ряде ситуаций эстоппель может дополнять сделку. Речь идет о тех ситуациях, когда в силу закона или договора соглашение об изменении договора должно быть оформлено в некой строгой форме (например, в письменном виде под угрозой ничтожности), в такой форме соглашение не оформлено, но стороны исполняли договор в новой редакции. Если речь идет о нарушении обязательной нотариальной формы соглашения об изменении нотариально удостоверенного договора (п.3 ст.163 ГК, п.1 ст.452 ГК), суд может конвалитировать такую сделку на основании соответствующего иска исполнившей договор в измененной редакции по п.1 ст.165 ГК. В остальных случаях в конкретных обстоятельствах может сработать эстоппель. Восстановить справедливость, признав действительным соглашение об изменении нельзя, так как оно ничтожно, но при определенных условиях открываются основания для применения правила п.5 ст.166 ГК (подробнее см. выше).

Все вышесказанное применимо и к тем случаям, когда поведение обеих сторон указывает на согласие на то, чтобы не изменить, а расторгнуть договор вовсе.

(3) Эстоппель и дезавуирование ранее состоявшегося расторжения договора

Нередко в судебной практике встречаются ситуации, когда расторгается договор аренды (обычно в результате отказа арендодателя в связи с нарушениями арендатора), однако стороны впоследствии фактически продолжают арендные отношения: арендатор продолжает пользоваться вещью, исправно уплачивать арендную плату, а арендодатель не спешит с форсированием требования об освобождении бывшего объекта аренды. Такая ситуация может длиться много месяцев и даже не один год. При этом особый интерес представляют ситуации, когда стороны не подписывают каких-либо дополнительных соглашений, которые бы прямо свидетельствовали о том, что между ними вновь возник договор аренды. Большинство судов не усматривают в таком многомесячном фактическом пользовании после расторжения договора аренды конклюдентное заключение нового договора. Отчасти это объясняется через п. 1 ст. 652 ГК РФ, требующего под угрозой ничтожности заключение договора аренды недвижимого имущества в письменной форме путем составления одного документа, а отчасти через ст. 622 ГК РФ, которая говорит о том, что после прекращения договора аренды арендатор в любом случае должен уплачивать арендную плату до фактического возврата вещи (из ст. 622 ГК РФ делается вывод, что пассивность арендодателя и принятие им арендной платы не может свидетельствовать о его воле заключить договор аренды). Такой подход в целом соответствует немецкой судебной практике, которая также придерживается осторожного подхода в такого рода случаях. Одним из весомых аргументов является то, что если бы суды настаивали на скорейшем проявлении активности арендодателя в возвращении собственной вещи, то это бы повлекло ухудшение положения арендатора, которым арендодатели любезно предоставляют негласные отсрочки.

Однако в ряде случаев, когда после расторжения договора фактическое его продолжение носит особо длительный характер, можно помыслить применение эстоппеля. В пользу этого говорит также то, что если арендодатель отказался от договора в связи с нарушением арендатора, а после не спешит с требованием об освобождении имущества, то арендатор может посчитать инцидент исчерпанным и положиться на то, что договорные правоотношения сохраняются на весь оставшийся срок договора. Односторонняя сделка по дезавуированию ранее совершенной односторонней сделки отказа от договора немыслима догматически, да и пассивность арендодателя не может рассматриваться как конклюдентное волеизъявление на ее совершение или конклюдентный акцепт некой конклюдентной оферты арендатора перезаключить договор на новый срок. В тех случаях когда принцип автономии воли и сделочный фактор не позволяет защитить доверие арендатора, теоретически мыслимо применение эстоппеля, если налицо общие условия для применения данной доктрины. Если же фактическое пользование имуществом сопровождается дополнительными индикаторами намерения сторон продолжать договорные отношения (переговоры об изменении платы, согласование порядка пользования или перепланировки и т.д.), то в большинстве случаев в поведении сторон можно увидеть конклюдентное волеизъявление на заключение нового договора, а влекущий его ничтожность в силу ст.651 ГК порок формы может в конкретных обстоятельствах исправляться за счет применения эстоппеля по п.5 ст.166 ГК.

Фактическое продолжение договорных отношений после расторжения договора встречается не только в делах об арендных отношениях. В судебной практике анализировалось дезавуирование ранее состоявшегося расторжения договоров подряда и поставки. Однако для этих случаев характерно то, что после расторжения договора стороны активно проявляют свое намерение сохранить договор, согласуя новые поставки или обсуждая выполнение работ. В таком поведении суды обычно справедливо видят волю сторон продолжать договорные отношения, хотя и нередко привлекают эстоппель в качестве факультативной аргументации. Действительная проблема соотношения эстоппеля и продолжения договорных отношений все-таки имеет место в делах об арендных отношениях, так как здесь поведение арендодателя обычно ограничивается его бездействием по скорейшему форсированию требования о возврате арендуемой вещи. В такой пассивности усмотреть сделку, в отличие от случаев подряда или поставки, невозможно.

(u) Эстоппель и отказ от права или его осуществления

Согласно закону кредитор может простить должнику долг (ст.415 ГК), сторона договора может отказаться от осуществления договорного права (п.6 ст.450.1 ГК), собственник может отказаться от права собственности (ст.236 ГК).

Отказ от права или его осуществления – это сделка. Соответственно, для наступления соответствующего правового эффекта требуется либо письменное или (с оговорками, следующими из общих правил о форме сделок) устное волеизъявление. Но возможна и активно конклюдентная форма совершения такой сделки (ст.158 ГК), то есть отказ от права, совершаемый в форме тех или иных действий, очевидно свидетельствующих о воле на отказ от права или его осуществление. Это, например, прямо указано в ст.236 ГК применительно к отказу от права собственности. Нередко письменного документа, содержащего волеизъявление на отказ от права, нет, но имеются доказательства совершения активных действий, из которых воля на отказ явным образом следует. В такой ситуации можно либо говорить о конклюдентной форме отказа от права (или его осуществления), либо о допустимых доказательствах ранее выраженного устного волеизъявления об отказе. Соответственно, в таких ситуациях нет нужды прибегать к ст.10 ГК и эстоппелю.

В этом плане следует оценить норму п.5 ст.450.1 ГК, которая гласит, что «в случаях, если при наличии оснований для отказа от договора (исполнения договора) сторона, имеющая право на такой отказ, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, последующий отказ по тем же основаниям не допускается». Если не забывать про то, что отказ от осуществления договорных прав возможен (п.6 ст.450.1 ГК), а также то, что сделочное волеизъявление в силу ст.158 ГК может быть конклюдентным, то следует сделать следующий вывод: подтверждение договора тем или иным прямым или конклюдентным образом (например, в форме исполнения договора) после того, как управомоченная на отказ сторона узнала или должна была узнать о наличии оснований для отказа от договора (если само фактическое основание для отказа не носит длящийся характер), является скорее конклюдентным отказом от права на расторжение. Иначе говоря, здесь нет оснований видеть применение принципа эстоппель и ст.10 ГК.

То же касается и положения абз.4 п.2 ст.166 ГК про подтверждение оспоримой сделки. Логичнее здесь видеть не применение принципа эстоппель, а сделочное волеизъявление подтверждения оспоримой сделки, которое равнозначно прямо выраженному и конклюдентному отказу от осуществления права на оспаривание сделки по обнаруженному основанию.

Но иногда суды начинают применять эстоппель в ситуации, когда волеизъявления на отказ от права (его осуществления) нет в силу того, что закон такой отказ просто не допускает, но суды усматривают непоследовательное поведение и необходимость защиты доверия.

Например, эстоппель может стать выходом из категоричного текста п. 6 ст. 450.1 ГК РФ, который допускает отказ от осуществления договорных прав только в тех случаях, когда отказавшейся стороной является коммерсант. Здесь формальный отказ от осуществления договорного права невозможен, но при наличии необходимых для применения эстоппеля дополнительных факторов (то есть при явной несправедливости подрыва доверия) суд может защитить доверие к последовательности поведения за счет ст.10 ГК.

Другой пример: ВАС РФ и ВС РФ считают, что мировое соглашение направлено на полное прекращение конфликта между сторонами, и поэтому невключение в него условий о судьбе каких-либо дополнительных требований, вытекающих из того же правового основания, что и заявленное в суде основное требование, по поводу которого заключено мировое соглашение, влечет за собой потерю истцом права на предъявление таких дополнительных требований. Отказа от права здесь нет, и суды обращаются к правилу эстоппель и считают необходимым при заявлении таких новых требований при наличии ранее утвержденного мирового соглашения в удовлетворении таких требований отказать не посредством обращения к институту отказа от права и прощения долга, а путем ссылки на эстоппель (Постановление Президиума ВАС РФ от 22.03.2011 № 13903/10, Определение СКЭС ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 305-ЭС15-9906). Есть определенные сомнения в том, что здесь речь идет об эстоппеле. Анализ факторов, которые бы указывали на явную несправедливость, в этих актах высших судов не приводится. По сути, суд толкует волеизъявление кредитора, выраженное в мировом соглашении и касающееся судьбы основного требования (например, предоставление отсрочки), как подразумеваемый отказ от дополнительных требований, которые не были заявлены в первом иске (например, проценты). Насколько этот вывод обоснован, вопрос спорный.

Эстоппель может применяться также и тогда, когда сторона вела себя пассивно и не предпринимала активных действий, которые могли бы недвусмысленно свидетельствовать об отказе от права или его осуществления. Пункт 3 ст. 158 ГК РФ прямо указывает, что волеизъявление в форме молчания и бездействия, если иное не предусмотрено ранее заключенным договором или законом, не может иметь природу сделочного волеизъявления. О том же по сути говорит и ст. 438 ГК, а также п. 7 ст. 450.1 ГК. Соответственно, по общему правилу неосуществление права не означает отказ от него или его осуществления. Но в ряде ситуаций такое бездействие дает другой стороне основания верить в то, что управомоченная сторона потеряла интерес к осуществлению права, и подрыв такого доверия явно несправедлив. В такой ситуации восстановить справедливость можно за счет применения принципа эстоппель при наличии соответствующих общих условий его применения.

Когда речь идет о праве требования, непредъявление требования должнику само по себе, не сопровождаясь некими активными действиями, которые могли бы создать у должника веру в прощение долга, не должно влечь блокирование права в силу эстоппеля, так как интересы должника достаточно эффективно защищает короткая трехлетняя исковая давность. В некоторых странах, где исковая давность намного больше, суды начинали применять в этом отношении эстоппель, но в российских реалиях в этом нет необходимости.

То же касается и блокирования возможности осуществить свое право требования во внесудебном порядке (например, осуществить безакцептное списание или зачет). Например, если покупатель акций в течение нескольких лет не реализует право на «безакцептное» списание акций с лицевого счета продавца на основании заранее подписанного им и переданного покупателю передаточного распоряжения, то он не может впоследствии вдруг вспомнить о своем праве и попытаться осуществить его (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 12913/12). В принципе, в рамках действующего законодательства спор должен быть разрешен на основании п. 3 ст. 199 ГК, согласно которому по прошествии исковой давности блокируется возможность в одностороннем внесудебном порядке осуществить заданное право. В период вынесения указанного постановления данная норма еще не действовала, так что возможно суд выбрал разумное обоснование. Но в свете нынешнего законодательства исковой давности вполне достаточно.

Несколько иная ситуация имеет место в отношении вторичных и преобразовательных прав (например, прав на отказ от договора или его судебное расторжение в ответ на состоявшееся нарушение). Закон или договор нередко не устанавливают никаких сроков осуществления таких прав, исковая давность здесь неприменима (например, применительно к внесудебному отказу от договора) или представляется избыточной по своей продолжительности (например, в отношении расторжения нарушенного договора по суду), но при этом возникающая правовая неопределенность в отношении перспектив реализации такого права не может сохраняться слишком долго. Поэтому такое право по логике должно пресекаться по истечении разумного срока. С точки зрения п. 7 ст. 450.1 ГК наличие в законе или договоре указания на срок реализации права является необходимым условием для пресечения права, но часто никакой подобный срок не установлен и соответственно с формальной точки зрения право не пресекается. Но здесь для обоснования такого пресечения вопреки этим формальным препятствиям в ответ на неосуществление вторичного права в течение разумного срока может применяться п. 1 ст. 10 ГК и принцип эстоппель, если, конечно, налицо общие условия для применения эстоппеля (прежде всего фактор доверия и несправедливости его подрыва).

Так, согласно практике ВАС РФ арендодатель утрачивает право на расторжение договора аренды из-за имевших место просрочек в оплате в случае нереализации этого права в разумный срок после получения просроченных платежей (п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73). Другой пример: если, например, заемщик нарушил условие использования кредита, банк узнал об этом, но не воспользовался сразу своим правом заявить о досрочном возврате кредита, а впоследствии пытается воспользоваться этим правом по указанному основанию через два года, такое поведение явно недобросовестно. Предшествующая информированная пассивность вселила в заемщика веру в то, что банк не рассматривает то нарушение как достаточное основание для акселерации долга, затягивание с реализацией права на акселерацию и подрыв таких ожиданий крайне несправедлив. Этот результат может достигаться сейчас за счет обращения к п. 1 ст. 10 ГК.

Можно привести и пример из области вещного права. Для отказа от права собственности в силу ст.236 ГК требуется прямое или конклюдентное волеизъявление в виде тех или иных действий. Если кто-то, будучи собственником недвижимости, не проявляет к ней интереса, не использует, не платит коммунальные платежи и налоги, это само по себе еще не свидетельствует об отказе от права собственности и возникновении у третьих лиц, знающих о собственнике, права оккупировать данную недвижимость. Но иногда в ситуации, когда один из сособственников квартиры много лет не проявляет интереса в осуществлении прав собственности, не оформляет свое право собственности и не участвует в несении расходов, суды использовали ссылку на институт конклюдентного отказа от права собственности, хотя поведение такого сособственника и ограничивалось бездействием (см., например, Определение КГД ВС РФ от 31.07.2018 № 81-КГ18-15). Суды использовали ссылку на отказ от права собственности, так как иначе им пришлось бы признать пользование чужой собственностью недобросовестным, что препятствует применению правил о приобретательной давности (ст.234 ГК). Как представляется, в ряде случаев более предпочтительным в этой ситуации является использование принципа добросовестности и эстоппеля вместо противоречащей ст.158 ГК фикции сделки. Если собственник знал, что некто пользуется его собственностью и несет все связанные с этим издержки, но проявляет полное безразличие и годами против этого не возражает, теоретически можно обсуждать применение эстоппеля. При этом вопрос о принципиальной допустимости уточнения норм о приобретательной давности за счет эстоппеля требует дополнительного исследования.

Также можно уточнить, что возможность квалификации того или иного поведения управомоченного лица в качестве сделки конклюдентного отказа от права (от его осуществления) или основания для блокирования права в результате эстоппеля зависит, в том числе, от природы права, о котором идет речь. Если утрачивается право требования, то эффект аналогичен прощению долга. Здесь требуется высокая степень конкретности волеизъявления кредитора, отказ от права должен быть либо прямо выражен, либо носить конклюдентный характер, а утрату имущественного права в силу эстоппеля вряд ли можно признать нормальным явлением. Если речь идет о вещном праве, то отказ от него, тем более, должен быть выражен настолько четко, чтобы не осталось никаких сомнений в намерении собственника. Но когда речь идет лишь о секундарном праве которое само по себе не обеспечивает доступ к какому-либо имущественному благу, а лишь создает возможность изменить текущие правоотношения, то степень конкретности поведения может быть относительно ниже, и открываются некоторые основания, как минимум, в ряде случаев для применения эстоппеля.

(к) Эстоппель и заявления (соглашения) о фактах

Пока крайне неразработанным в российском праве является вопрос о возможности применения эстоппеля к тем ситуациям, где одно лицо делает какое-то утверждение о тех или иных фактах прошлого или настоящего, другая сторона полагается на это утверждение и адаптирует свое поведение, а затем утверждавшее лицо начинает отрицать данный факт. Нередко здесь можно говорить об обмане и деликтной ответственности (ст.179, ст.434.1 ГК) или предоставлении недостоверных заверений и ответственности по правилам ст.431.2 ГК. Но нельзя ли допустить, что помимо взыскания убытков особым механизмом защиты прав обманутой стороны будет блокировка самой возможности обманувшей стороны впоследствии в отношениях между сторонами данный факт отрицать? В ряде стран такое проявление эстоппеля признается (например, *estoppel by representation of fact* в английском праве, *equitable estoppel* в праве многих штатов США).

Как представляется, в ряде ситуаций такое применение эстоппеля вполне возможно, если налицо очевидная противоречивость поведения, возникновение разумного доверия у другого лица и несправедливость подрыва этого доверия недобросовестным лицом, решившим вдруг отрицать то, что сам ранее утверждал.

Представим, что страхователь по истечении срока договора страхования заключает со страховой компанией новый договор и заявляет, что по предыдущему договору страховых случаев не наступало, но на следующий день сообщает о наступлении страхового случая по прежнему договору за день до его окончания. Формально срок для предъявления уведомления о наступлении страхового случая мог не истечь, но попытка предъявить требование о выплате страхового возмещения после того, как сам страхователь заявлял об отсутствии страхового случая

(недобросовестное непоследовательное поведение) и тем самым добился скидки в размере страховой премии при заключении нового договора (факторы доверия и адаптации поведения), может и должна пресекаться за счет правила эстоппель и п.1 ст.10 ГК. Вряд ли в заявлении страхователя об отсутствии страховых случаев страховщик мог увидеть волеизъявление на прощение долга по уплате страхового возмещения. Это справедливо хотя бы потому, что страховщик не знал о наличии у него такого долга. Поэтому эстоппель здесь остается единственным средством для обоснования позитивного интереса страховщика.

Выше в пп. «е» приводился пример с займом, выданном кооперативом лицу, которое выдавало себя за его члена. Игнорирование судом данного порока может быть объяснено также и ссылкой на эстоппель в силу утверждения о факте.

Другой пример: потребитель своим заявлением или поведением убеждает коммерсанта в том, что он также является коммерсантом, а впоследствии пытается сослаться на законодательство о защите прав потребителей. Такое поведение выглядит противоречивым и потребителю может быть противопоставлен эстоппель. Оправдание такому решению можно, отчасти, найти в п. 4 ст. 23 ГК РФ, который запрещает гражданам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, ссылаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не является предпринимателем. Когда физическое лицо прямо заявляет о том, что оно является индивидуальным предпринимателем, степень его недобросовестности еще выше, чем в ситуации, когда об этом говорит лишь его поведение. Похожая ситуация может возникнуть и в случаях, если лицо выдает себя за квалифицированного инвестора, контрагент тем самым вводится в заблуждение, а впоследствии обманщик пытается сослаться на отсутствие у себя такого статуса. В заявлении о наличии статуса предпринимателя или квалифицированного инвестора едва ли можно увидеть сделку, однако связанность таким заявлением представляется справедливой.

Еще один пример: компания, не будучи уверена в том, что наименование ее продукции, которую она планирует запустить в производство, не нарушает товарный знак некоего правообладателя, запрашивает мнение последнего. Тот отвечает, что не находит здесь достаточного сходства и не считает, что такое наименование продукции будет использованием его товарного знака. Компания, получив такой ответ, осуществляет инвестиции и выпускает продукцию, а затем сталкивается иском обладателя товарного знака. В принципе текст ответа на запрос не свидетельствует о согласии на использование товарного знака и возникновении лицензионных правоотношений, но попытка обладателя товарного знака впоследствии наказать компанию за нарушение, об отсутствии которого он сам ранее писал в ответ на соответствующий запрос, представляется недобросовестным противоречивым поведением и может блокироваться со ссылкой на эстоппель.

Как представляется, если реципиент неких заверений или утверждений точно знал о недостоверности информации, ни о каком заслуживающем защите доверии говорить не приходится. Также есть сомнения в том, что право отрицать в суде подтвержденное им обстоятельство может блокироваться в тех случаях, когда речь идет о ситуации, когда утверждавшая сторона сама не знала и не должна была знать об истинном положении вещей. Но несколько иная ситуация может сложиться в тех случаях, когда одна сторона сообщила неправду, имея все основания знать правду, а другая сторона добросовестно полагалась на полученную информацию и адаптировала свое поведение настолько, что последующее отрицание соответствующего обстоятельства первой стороной будет явно несправедливым. Как представляется, здесь принцип эстоппель вполне может применяться.

В подобных ситуациях можно говорить о процессуальном эффекте эстоппеля в виде запрета ссылок на несоответствие заявленного факта реальности. Похожий вопрос возникает в ситуации, когда обе стороны в некоем соглашении, расписке, накладной или акте признают определенные факты (наличие или отсутствие дефектов в поставленном товаре, объем выполненных работ или количество переданного товара, факт передачи наличных денег, факт раскрытия той или иной информации до заключения договора и т.п.). Такие положения, в которых стороны совместно признают определенные обстоятельства, нередко включаются в договоры (в основном эти положения касаются каких-то обстоятельств, имевших место до заключения договора). Но еще чаще стороны уже после заключения договора оформляют взаимное соглашение по фактам, касающихся

исполнения договора, в виде того или иного акта, расписки и т.п. Природа таких соглашений в российском праве пока плохо изучена.

Подобные соглашения в ряде случаев можно рассматривать как сделки. Если они выражают волю лиц на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав или обязанностей, то последствия таких сделочных волеизъявлений стороны и суды должны признавать. Но чтобы считаться сделкой, здесь требуется выявление направленности волеизъявлений сторон на такие материально-правовые последствия. При необнаружении судом такой направленности воли на соответствующие материально-правовые последствия остается признать такие соглашения в качестве носящих не сделочный, а сугубо доказательственный характер. Последнее будет означать, что данное соглашение может быть представлено в суд в качестве доказательства в отношении спорного факта. Но другая сторона может представить контр-доказательства и суд в ряде случаев, оценивая все представленные доказательства по внутреннему убеждению комплексно и применяя соответствующий стандарт доказывания, может как признать зафиксированный в соглашении факт в качестве доказанного, так и прийти к обратному выводу. В обоих случаях при оспаривании одной из сторон того факта, который признан в соглашении, нет оснований применять эстоппель. В первом случае отрицание факта невозможно, но не потому, что это будет противоречивое поведение и злоупотребление правом, а потому, что сработал материально-правовой эффект, во втором же случае оспаривание возможно, так как соглашение имеет сугубо доказательственное значение, но для опровержения потребуются серьезные доказательства.

Например, если у должника имелся долг на 1 млн рублей, а затем он с кредитором подписывают соглашение, в котором стороны признают, что размер задолженности *понижается* до 600 тыс. рублей, при отсутствии признаков погашения разницы между указанными величинами есть основания придать этому соглашению сделочное значение частичного прощения долга. Если после этого кредитор начнет требовать от должника погашения 400 тысяч, есть основания отказать ему в иске в этой части. Для этого не нужен будет эстоппель и ст.10 ГК, достаточно сделочной квалификации данного соглашения как прощения долга.

Если же в описанной выше ситуации в соглашении речь идет не о понижении размера долга, а просто имеет место подписанный между сторонами акт сверки, в котором фиксируется меньший размер долга, чем то следует из содержания правоотношения, здесь сложно увидеть волеизъявление кредитора на прощение долга, так как последнее должно быть недвусмысленно выражено. Возможно, допущена просто арифметическая ошибка или бухгалтерия упустила тот или иной первичный документ, или должник не учел скрытый дефект в поставленном ему товаре, который давал ему право на снижение цены. Соответственно, о прощении долга говорить нельзя, и такой акт должен иметь лишь доказательственное значение. Если кредитор решил потребовать уплаты разницы, он возможно и действует противоречиво, но отказать ему со ссылкой на прощение долга вряд ли возможно. Но можно ли здесь применить эстоппель? Как представляется, эстоппель применять в целях блокирования такого иска также неправильно, так как ни о каком разумном доверии должника речь не идет, ведь тот точно знал истинный размер долга. Иначе говоря, такой акт будет просто очень убедительным доказательством того, что спорное обстоятельство имело место, но это доказательство может оцениваться наравне с другими и в ряде ситуаций суд, оценивая все доказательства в комплексе по внутреннему убеждению с применением релевантного стандарта доказывания, может прийти к иному выводу в отношении фактов спора. Соответственно, каждая из сторон может в суде доказывать то, что указанное в соглашении обстоятельство не соответствовало действительности и представлять доказательства, опровергающие признанный факт. Для этого не требуется признавать такое соглашение недействительным. В подтверждение такого подхода можно привести Определение СКЭС ВС РФ от 21.01.2019 № 305-ЭС15-15877(11), в котором корректирующие акты в отношении объемов потребленной энергии признаны Судом имеющими лишь доказательственное значение и не признаны сделками.

В пользу такого же чисто доказательственного подхода в отношении соглашений по фактам, не соответствующим признакам гражданско-правовой сделки с материально-правовыми эффектами, говорит и системное толкование закона. В силу п.2 ст.70 АПК стороны спора могут как в судебном заседании, так и вне его заключить соглашение по фактам спора, и признанные сторонами в

результате достигнутого между ними соглашения обстоятельства принимаются арбитражным судом в качестве фактов, не требующих дальнейшего доказывания; для этого требуется, чтобы стороны подали суду письменные заявления, а суд занес факт заключения такого соглашения в протокол судебного заседания. В п.14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 N 99 Суд разъяснил, вправе ли сторона после подписания соглашения о признании обстоятельств отказаться от признания этих обстоятельств. Он указал, что из закона не следует, что стороны или одна из сторон лишены возможности в судебном заседании, в котором исследуются доказательства по делу, сообщить суду о том, что соглашение о признании обстоятельств является ошибочным. Это сообщение, а также ранее подписанное сторонами соглашение о признании обстоятельств, по мнению ВАС РФ, оцениваются судом наряду с другими доказательствами. Иначе говоря, даже достигнутое в ходе судебного процесса соглашение о фактах имеет, по мнению ВАС РФ, сугубо доказательственное значение. Было бы странно, чтобы соглашение по фактам, заключенное вообще до суда, имело более сильное, формальное значение, жестко блокируя право каждой из сторон отрицать признанный в соглашении факт.

Но есть и обратный пример в судебной практике: в Определении СКЭС Верховного Суда РФ от 25.10.2018 N 310-ЭС17-15675 акт, в котором подтвержден факт полной оплаты работ (несмотря на ее отсутствие), признан сделкой, и подрядчику было отказано в праве в суде ссылаться на реальное положение вещей и отсутствие оплаты не в результате оценки доказательств, а в силу принципа свободы договора. Как представляется, фиксация в акте выполненных работ факта наличия оплаты в ситуации, когда этот факт не соответствовал действительности, быть признана сделкой прощения долга не может: воля сторон явно направлена не на прощение долга, а на ложную констатацию факта. А если так, то такому соглашению следовало придать лишь доказательственное, а не сделочное значение.

Могут быть и достаточно спорные ситуации, когда сделочный или доказательственный варианты квалификации разграничить непросто. Например, речь идет о подписании сторонами соглашения о размере убытков кредитора. Если по факту убытки больше, можно было бы говорить о прощении долга. Такое прощение законно, если нет оснований для применения запрета на дарение между коммерсантами (ст.575 ГК). Если соответствующий запрет применим, сделочное волеизъявление не имеет силы, и соответствующее соглашение будет иметь сугубо доказательственный эффект. Но что если убытки в реальности меньше? Российская судебная практика пока не признает абстрактное признание долга в ситуации его отсутствия, но такое признание может быть оценено как соглашение о консенсуальном дарении суммы, составляющей разницу между реальным и признанным долгом. Если фиксируется такая квалификация, речь идет опять же о сделке. Но такое соглашение может быть заблокировано между коммерсантами при наличии признаков дарения (ст.575 ГК), и тогда противопоставить должнику, решившему в суде оспаривать размер заявленного кредитором иска об убытках, несмотря на свое более раннее согласие с их размером, сделочный эффект такого признания с догматической точки зрения затруднительно. Соответственно, напрашивается сугубо доказательственный эффект: данное соглашение будет являться весомым доказательством размера убытков, достаточным для выполнения бремени доказывания, но должник будет не лишен возможности оспаривать этот размер, представляя те или иные доказательства (например, заключение эксперта). Как мы видим, и здесь ни о каком эстоппеле речь не идет, и мы выбираем между сделочным и сугубо доказательственными эффектами.

Но в ряде случаев в подобных ситуациях, когда стороны в соглашении признают те или иные факты, можно обнаружить основания для применения эстоппеля в целях блокирования попытки отрицать соответствующие признанные ранее в соглашении факты.

Здесь, в частности, мыслимы две ситуации.

Первая: если констатированные в соглашении факты исходят от одной из сторон, и данная сторона умышленно или по неосторожности лжет, а другая сторона полагается на данные обстоятельства, есть основания применять эстоппель, когда доверившаяся сторона адаптировала свое поведение и последующая попытка обманувшей стороны недобросовестно отрицать в суде зафиксированные в соглашении факты приведет к явной несправедливости. Здесь применимы те

выводы, которые были сделаны выше в отношении эстоппеля в силу утверждения о факте. По сути оформление неких утверждений в соглашении ничего принципиально не меняет.

Вторая: если стороны в соглашении признают факт, в отношении которого имеется неопределенность и каждая сторона имеет определенные основания верить в свою версию и настаивать на ней (нет признаков обмана), но они приходят к общему пониманию фактического состояния дел, то соглашение по фактам может иметь каузу устранения спора посредством нахождения компромисса и взаимопонимания. В такой ситуации не всегда можно обнаружить сделку в ее классическом гражданско-правовом значении (то есть волеизъявление, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей), так как воля направлена на констатацию фактов и порождает ожидания в отношении того, что в дальнейшем в суде эти факты оспариваться не будут. Но и придание такому соглашению сугубо доказательственного значения также может быть в ряде случаев не вполне справедливым. Ведь сугубо доказательственный эффект будет означать, что сторона, подписавшая такое соглашение, впоследствии в суде может оспаривать данный факт и приводить соответствующие доказательства, опровергающие признанный факт, с теми или иными шансами на успех. Если другая сторона в ответ на соответствующее признание фактических обстоятельств пошла на какие-либо уступки материально-правового характера (то есть имеется некое встречное предоставление), подобное противоречивое поведение первой стороны может породить очевидную несправедливость. И в таких ситуациях теоретически исправить ситуацию может эстоппель, блокирующий попытку первой стороны отрицать признанные факты в суде. То же и в тех случаях, когда одна из сторон положила на соответствующее согласованное сторонами фактическое состояние дел настолько, что отрицание этого состояния в суде приведет к явной несправедливости в виде ущерба. В английском праве в такого рода случаях применяется доктрина эстоппеля в силу соглашения (*estoppel by convention*).

Например, представим, что у сторон договора подряда после выполнения части работ возникает конфликт, основанный на претензиях заказчика в отношении темпов выполнения работ и объема уже выполненных работ и встречных претензиях подрядчика в отношении качества представленной ему заказчиком технической документации, и стороны после переговоров достигают соглашения об урегулировании спора и досрочном расторжении договора без права сторон требовать друг от друга возмещения убытков, в котором признают, что работы к моменту расторжения выполнены на 70%, а неотработанный аванс, превышающий 70% цены договора, подлежит возврату. Впоследствии, после оформления расторжения и получения согласованной суммы неотработанного аванса заказчик требует вернуть более значительную часть уплаченного аванса, заявляя, что работы выполнены не на 70%, а лишь на 60%. Как представляется, если не будут приведены доказательства того, что заказчик, соглашаясь на признание выполненными 70% работ, действовал под влиянием обмана, следует блокировать его попытки противоречить своим отраженным в соглашении предыдущим заявлениям в отношении объема выполненных работ, как минимум, тогда, когда есть основания предполагать, что подрядчик не пошел бы на расторжение договора или был бы готов согласиться на расторжение на иных условиях при отсутствии согласия заказчика с тем, что работы выполнены на 70%. Поведение заказчика, который в начале изобразил согласие со спорным фактом, дабы добиться согласия подрядчика с досрочным расторжением договора без выплаты подрядчику убытков по ст.717 ГК, а затем в суде отзывает свое согласие и пытается доказать иное, недобросовестно и должно блокироваться, независимо от того, каков в реальности объем выполненных работ.

Другой пример: пострадавший в результате аварии предъявляет предполагаемому виновнику аварии свои претензии о возмещении материального ущерба, после проведения переговоров стороны договариваются о том, что предполагаемый причинитель вреда признает те или иные факты, сопровождавшие аварию. Впоследствии в суде при взыскании с него вреда он отрицает соответствующие признанные факты. Как представляется, в такой ситуации соглашение об обстоятельствах аварии должно носить сугубо доказательственное значение: наличие подобного соглашения достаточно, чтобы бремя доказывания спорных фактов истца считалось выполненным, но ответчик не лишен права опровергать признанные им ранее факты, представляя те или иные доказательства (например, записи видеорегистратора). В то же время представим, что в описанной

ситуации в соглашении признание предполагаемым причинителем вреда обстоятельств аварии было увязано с согласием пострадавшего с ограничением предела ответственности причинителя лишь определенной суммой (на случай, если суд признает данные обстоятельства указывающими на вину и убытки будут доказаны). В такой ситуации налицо встречное предоставление. По сути мы имеем сделку, опосредующую взаимные уступки. Тот факт, что уступка со стороны причинителя вреда состояла в признании тех или иных фактов и не может рассматриваться как обычная гражданско-правовая сделка (так как не направлена на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей), не должен являться основанием для легализации очевидно недобросовестной попытки причинителя вреда, добившегося уступки сугубо материально-правового значения (ограничения ответственности), впоследствии ссылаться на сугубо доказательственную природу своей собственной уступки и пытаться доказывать иные обстоятельства аварии.

В подобных ситуациях можно говорить о процессуальном эффекте эстоппеля в силу соглашения по фактам спорам.

В итоге выбор между а) сделкой материально-правовой направленности, б) соглашением по фактам или признанием фактов с сугубо доказательственным эффектом и в) эстоппелем, блокирующим отрицание таких фактов в суде, зависит от толкования заявлений и целого ряда дополнительных обстоятельств. Если есть основания увидеть в соответствующем волеизъявлении сделку, воздействующую на материальное правоотношение (например, прощение долга), следует толковать соответствующее волеизъявление именно таким образом. Если о материально-правовом эффекте говорить не приходится, подобные заявления или соглашения, констатирующие фактические обстоятельства, должны по умолчанию восприниматься как носящие лишь доказательственное значение и не исключающие для сторон возможность в суде убедительными доказательствами опровергнуть то, что они ранее сами признавали. Но если будет налицо условие возникновения обоснованного доверия и факторы, свидетельствующие о явной несправедливости противоречивого поведения (в первую очередь возникновение у положившейся на признание фактов стороны ущерба) в отдельных случаях мыслимо применение эстоппеля с эффектом жесткого блокирования возможности апелляции к истинному состоянию фактических обстоятельств в суде.

Впрочем, следует признать, что все эти вопросы требуют более серьезного анализа и обсуждения.

(л) Эстоппель и представительство в силу обстановки

Эстоппель является субсидиарным средством и по отношению к представительству. Если представительство основано на законе или на выдаче доверенности, сходств с применением правила эстоппель практически нет. Но в ситуации применения доктрины полномочия в силу обстановки обнаруживается определенное сходство. Ведь в силу данной доктрины признается совершенной от имени представляемого сделка, которую совершило от его имени лицо, которое с формальной точки зрения не является представителем и совершать данную сделку не уполномочено, но а) сделка совершалась в обстоятельствах, когда сам контрагент имел разумные основания поверить в то, что он имеет дело с представителем, и б) это доверие было спровоцировано поведением самого представляемого (в том числе его бездействием). Например, если от имени покупателя заявки регулярно подписывал тот или иной сотрудник покупателя, и отгрузки, совершаемые в ответ на такие заявки, покупатель принимал и тем самым своим поведением создал для поставщика уверенность в том, что данный сотрудник уполномочен на оформление таких заявок, то впоследствии попытка покупателя отказаться принимать очередную заказанную этим же сотрудником отгрузку со ссылкой на отсутствие у данного сотрудника формальных полномочий будет блокироваться через правило о полномочиях в силу обстановки (п.1 ст.182 ГК). Но если бы такая норма в ГК отсутствовала, похожий результат мог бы быть достигнут за счет применения эстоппеля. В ряде стран (например, Англия) полномочия в силу эстоппеля (*authority by estoppel*) – это реально существующая доктрина.

Стоит заметить, что и в российской судебной практике имеются примеры, в которых суд обосновывает решение ссылкой одновременно и на эстоппель, и на полномочия в силу обстановки. Например, ВАС РФ указывал на утрату дочерним обществом права ссылаться на отсутствие у менеджера головной компании полномочий выступать от имени дочернего общества, если своим бездействием дочерняя компания дала третьим лицам основания полагаться на наличие у

соответствующего менеджера головной компании полномочий, (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № 1332/14). С учетом того, что в ГК полномочия в силу обстановки прямо указаны, ссылка на эстоппель, пожалуй, избыточна.

(м) Подтверждение оспоримых сделок и сделок, совершенным неуполномоченным лицом

В отечественной доктрине и судебной практике в качестве частного случая эстоппеля иногда называют абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК РФ, в соответствии с которым сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли. Естественно, право на оспаривание блокируется только тогда, когда на момент прямого или конклюдентного проявления воли на сохранение сделки лицо, управомоченное на оспаривание а) уже знало или должно было знать о пороке сделки и б) было свободно (например, в случае с таким пороком как совершение сделки под влиянием угроз соответствующее давление на волю сторон исчезло).

В некоторых иностранных правовых порядках (например, в Германии) подтверждение оспоримой сделки само считается сделкой, а не проявлением принципа добросовестности или эстоппеля. Подтверждение оспоримой сделки можно представить как сделку по отказу от права на оспаривание сделки. В пользу сделочной квалификации абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК РФ говорит уже его текст, который указывает, что из подтверждающего сделку поведения должна «явствовать воля». Если всерьез относиться к принципу субсидиарности эстоппеля, здесь нет оснований для его применения, а защита доверия обеспечивается признанием сделочной, формальной связанности лица, в силу закона управомоченного на оспаривание.

Сделочная квалификация подтверждения оспоримой сделки имеет преимущество в том, что здесь отсутствует необходимость в построении многофакторной системы, поиске доверия контрагента, ущерба для него и констатации несправедливости обратного результата. Достаточно лишь того, что в поведении управомоченного на оспаривание лица (например, пользовании переданной по оспоримой сделке вещью в период после того, как лицо узнает о праве на оспаривание сделки) среднее разумное лицо усмотрело бы волю отказаться от права оспаривать сделку. При сделочной квалификации мы пользуемся традиционными инструментами вроде толкования волеизъявления, а не отправляемся на поиски справедливости. Кроме того, решаются вопросы с тем, кто может подтверждать оспоримую сделку: это можно сделать лишь уполномоченное лицо.

Как представляется, природа подтверждения оспоримой сделки совпадает с природой одобрения сделки, совершенной неуполномоченным лицом (ст. 183 ГК РФ). Сделочная природа одобрения такой сделки обычно не ставится под сомнение.

В то же время в ряде случаев правило абз.4 п.2 ст.166 ГК может не сработать, а справедливость потребует заблокировать непоследовательное поведение. Представим, например, что сын активно помогал престарелому родителю найти покупателя на квартиру и заключить сделку по ее продаже, а после заключения сделки и последовавшей после этого смерти родителя, тот же сын, ставший наследником в отношении данной квартиры, не желая исполнять обязательство по этой сделке и передавать квартиру покупателю, подает иск об оспаривании этой сделки, ссылаясь на то, что родитель в момент совершения сделки в силу возраста и состояния здоровья не мог понимать значение своих действий или руководить ими (ст.177 ГК). Вряд ли в поведении сына в период подготовки договора в данном примере можно усмотреть некую сделку отказа от права на оспаривание на случай будущей смерти родителя, но его поведение укрепляло доверие покупателя в факт вменяемости продавца, и подрыв этого доверия последующей подачей иска об оспаривании договора явно недобросовестно и непоследовательно. Как минимум, если сам покупатель был в момент заключения договора субъективно добросовестным, и сын продавца мог понимать, что родитель не в состоянии адекватно оценить значение своих действий, иск может быть отклонен на основании правила эстоппель.

(н) Эстоппель в вещном праве

Эстоппель может применяться принципиально во всех сферах частного права. В частном праве он может применяться не только в обязательственном праве, но и, например, в праве интеллектуальной собственности или вещном праве.

Так, возможное практическое значение эстоппель может получить в спорах о самовольных постройках. Можно привести такой пример из практики: самовольная постройка (детская поликлиника) была осуществлена в отсутствие формального разрешения на строительство, но в условиях одобрительного поведения истца – администрации муниципального образования. В этом случае при условии отсутствия нарушения публичного интереса в иске о сносе самовольной постройки может быть, по мнению ВС РФ, отказано (Определение СКЭС ВС РФ от 10 марта 2016 г. № 308-ЭС15-15458).

Можно обсуждать применимость эстоппеля и в тех случаях, когда иск о сносе предъявляется субъективно добросовестному обладателю самовольной постройки, которая была возведена с теми или иными нарушениями задолго до ее приобретения ответчиком и все эти годы публичное образование, органы которого предъявили сейчас иск о сносе, и государство в целом своими действиями в период до неожиданной подачи иска о сносе укрепляли доверие ответчика тому, что данный объект вполне легален (например, регистрировало право собственности и цепочку переходов этого права, определяло кадастровую стоимость и взимало налоги, согласовывало перепланировки и реконструкцию и т.п.). Впрочем, здесь следует проявлять большую осторожность и учитывать множество различных факторов (в первую очередь исключается применение эстоппеля в ситуации, когда сохранение постройки создает угрозу жизни и здоровью граждан).

Наиболее очевидная ситуация, где эстоппель в такой ситуации мог бы применяться (строительство на земле с ограничениями использования, о которых застройщик не знал и не мог знать), сейчас после реформы ст.222 ГК в 2018 году прямо разрешается за счет новой редакции п.1 ст.222 ГК (такая постройка при субъективной добросовестности застройщик не признается самовольной). Но до этого здесь можно было бы обсуждать применение эстоппеля в ситуациях, когда застройщик не знал и не мог знать, что возводит здание на земельном участке, на котором в силу ограничений, не очерченных в ЕГРН и не очевидных в силу иных источников, нельзя возводить такое строение, а государство, которое эти ограничения и устанавливало, выдает разрешение на строительство и(или) осуществляет приемку строения в эксплуатацию, регистрирует право собственности, взимает налоги и иным образом укрепляет доверие субъективно добросовестного застройщика к легальности постройки, а затем вдруг обнаруживает скрытое нарушение (например, что участок относится к лесному фонду, где возможности строительства ограничены) и подает требование о сносе.

Другой пример, который мог бы быть актуальным и сейчас: дачный дом был построен в 1990-е годы с небольшим заходом за границу земельного участка соседа (но в пределах видимых границ участка застройщика, обозначенных забором, который в реальности проходил не в соответствии с кадастровыми границами участка). На протяжении многих лет сосед не высказывал по этому поводу никаких возражений и вообще видимо считал «реальной» границей своего участка ту, по которой проходит забор. В дальнейшем предположим, что спорный дом был продан субъективно добросовестному дачнику, который уж точно не знал и не мог знать о нарушении кадастровых границ участка соседа, осуществил реконструкцию дома и даже согласовывал те или иные аспекты этой реконструкции с соседом. Далее кульминация: сосед неожиданно подает иск о сносе со ссылкой на то, что построенный дом ответчик нарушает границу между участками. Ответчик готов платить за сервитут или аренду этого небольшого отрезка земли, но возражает против удовлетворения иска о сносе, ссылаясь на злоупотребление правом со стороны истца. Согласно § 912 ГГУ, если собственник земельного участка при возведении сооружения без умысла или грубой неосторожности с его стороны нарушил границу смежного участка своей постройкой, то сосед обязан смириться с таким нарушением, если он до возведения строения или сразу после этого не заявлял о своих возражениях. В качестве возмещения соседу подлежит уплате денежная компенсация.

Однако важно иметь в виду, что для применения в российском праве в подобной ситуации эстоппеля необходимо установление того, что сосед знал или не мог не знать о строительстве здания. Если постройка была возведена, но сосед (тоже дачник) понятия о ней не имел, так как проживал в этот период в другом месте, вряд ли ему справедливо вменить в вину формирование доверия своей пассивностью. В примере подобном вышеописанному вряд ли достаточным для констатации вменимости возникновения доверия будет то, что сосед длительное время не проверял свой земельный участок. Могут заявить, что, когда потерпевший собственник долго не проверяет свою

недвижимость, он нарушает обязанности по заботе о своих вещах, вытекающей из ст. 210 ГК РФ, и если бы он эту обязанность соблюдал и вовремя пресек строительство нарушителя, то тот бы не производил ставших бесполезными затрат. Такая логика может быть поставлена под сомнение: ее полное проведение привело бы к тому, что собственник должен был бы определенные промежутки времени дежурно проводить свои «владения» на случай, если вдруг кто-то собрался строить в нарушение границ его собственности. Вряд ли этот подход является справедливым, учитывая, что таких объектов недвижимости у лица может быть множество.

Другое дело, если сосед знал о строительстве и факте нарушения его границ, которые ему (в отличие от застройщика, полагавшегося на линию забора), были известны, но долгое время не возражал против строительства, например, считая кадастровые границы не существенными бумажными вопросами и рассматривая в качестве «настоящей» границы участков линию забора. В этом случае возможность применения эстоппеля и блокирования неожиданного иска о сносе по доброй совести обсуждаться однозначно может.

Более спорная ситуация возникает тогда, когда сосед знал о строительстве, не возражал против него, но сам находился в неведении в отношении точных координат границы между участками. Здесь вопрос менее очевиден, так как вменить формирование доверия в вину соседа сложно, если он не знал и не должен был знать о нарушении своего права, и поэтому не осознавал и не должен был осознавать, что своим пассивным или даже прямо одобрительным поведением легализует нарушение своего права.

В этом плане стоит отметить, что § 912 ГГУ не предполагает, что потерпевший собственник знал или должен был знать о факте нарушения, и поэтому не рассматривается как частный случай эстоппеля. Указанный параграф представляет собой законодательное ограничение права собственности и направлен на сохранение экономической ценности здания, построенного лицом, действующим неумышленно и без грубой неосторожности (то есть представляет собой некоторый общественный консенсус в отсутствие серьезной вины нарушителя).

Эстоппель актуален тогда, когда доверие нарушителя вменимо другой стороне в вину. Если сосед видел или, будь он осторожен, должен был видеть нарушение застройщика, полагающего свое строительство правомерным, и не упреждает его о нарушении, то его последующее негативное требование может быть квалифицировано как недобросовестное и противоречивое. В этом плане стоит отметить, что § 418 Австрийского гражданского уложения в отличие от немецкого § 912 ГГУ предполагает, что потерпевший собственник знал о происходящем нарушении своего права собственности. Похожее правило содержится и в ст. 674 Швейцарского гражданского уложения. В то же время подобные случаи можно было бы разрешать не через эстоппель, а через институт смешанной вины, как это делал в некоторых своих решениях Верховный суд ФРГ. Впрочем, институт смешанной вины также иногда рассматривается через призму эстоппеля.

Теоретическая применимость эстоппеля к спорам о сносе самовольных построек в иных ситуациях требует также серьезного обсуждения. Перспективной представляется дифференциация подхода к применению эстоппеля в спорах о сносе самовольной постройки в зависимости от характера нарушения (нарушение частного или публичного права) и выраженности нарушаемого самовольной постройкой интереса (интерес лица, который действовал противоречиво, публичные интересы или интересы третьих лиц и их интенсивность). В целом, как представляется, к некоторым редким случаям, когда налицо явное злоупотребление и несправедливость, эстоппель по такого рода спорам может применяться.

Следует также иметь в виду и альтернативный способ защиты разумного доверия застройщика – взыскание убытков с того лица, которое своими заявлениями или поведением сформировало доверие законности постройки. Например, если лицо по ошибке в нарушение Воздушного кодекса построило вблизи аэропорта автомойку, которая не могла располагаться на этой территории, полагаясь на заявления уполномоченных органов о правомерности таких действий, то оно, согласно позиции ВАС РФ, может потребовать возмещения убытков от этих органов в связи со сносом самовольной постройки (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 июля 2009 г. № 1034/09). Иначе говоря, здесь доверие может быть защищено через деликтное право, и привлечение эстоппеля здесь вряд ли уместно с учетом того, что речь идет о соображениях безопасности полетов.

Еще один возможный пример применения эстоппеля в вещном праве – блокирование виндикационного иска. Представим ситуацию, когда недвижимость выбыла из владения собственника без его воли, несколько раз перепродавалась, и в конце концов была предложена некому покупателю, который проверив цепочку сделок, решил запросить у изначального собственника, действительно, ли он ее продавал. Собственник в ответ на запрос отвечает, что с юридическими аспектами все в порядке, вещь отличная и советует ее приобрести, что покупатель и делает, а затем неожиданно сталкивается с виндикационным иском того же изначального собственника, который в иске утверждает, что квартира на самом деле была у него мошенническим образом похищена. При выбытии помимо воли субъективная добросовестность приобретателя формально не защищает (ст.302 ГК), но ссылка на выбытие помимо воли после того, как собственник подтверждал потенциальному покупателю обратное, представляет собой очевидную недобросовестность (эстоппель в силу утверждения о факте).

Та же аргументация может быть применима и к иным ситуациям, когда собственник, из чьего владения вещь выбыла помимо воли, своим поведением укрепляет доверие приобретателя в отношении чистоты титула. Например, этот фактор может иметь значение по делам о виндикации имущества по иску публичного собственника, который долгое время формировал доверие к факту законности выбытия имущества из его владения за счет регистрации перехода права, определения кадастровой стоимости и взимания налогов, выдачи разрешения на строительство и т.п. В известном Постановлении КС РФ от 22.06.2017 N 16-П (т.н. «дело Дубовца») по поводу ситуации, когда публичное образование, подтверждавшее долгое время законность цепочки сделок по переоформлению права собственности на недвижимость при регистрации перехода прав, затем вспоминает, что имущество на самом деле принадлежит ему и перешло в его собственность свое время на правах выморочного, и пытается виндигировать его у добросовестных приобретателей, эта идея подрыва разумных ожиданий (наряду с некоторыми другими не менее важными аргументами) достаточно недвусмысленно звучит.

Также ссылка на эстоппель может звучать и тогда, когда вещь выбыла из владения собственника по воле и виндицируется им у лица, которое приобрело вещь от неуправомоченного отчуждателя безвозмездно или еще не расплатилось за вещь при приобретении (например, установлена рассрочка платежей): формально согласно ст.302 ГК собственник вправе виндигировать вещь у такого безвозмездного приобретателя, даже если вещь выбыла из владения собственника по его воле, но наличие фактора активного или пассивного поведения собственника, направленного на укрепление доверия к законности выбытия имущества, может скорректировать результат виндикационного спора с учетом правил п.1 ст.10 ГК и принципа эстоппель.

(о) Эстоппель в процессуальном праве и иных публичных областях права

Активно применяется эстоппель судами и в процессуальном праве. О не вполне корректном примере с его использованием для целей блокирования ссылок на наличие соглашения о подсудности при обоюдном вступлении сторон в спор в суде, в который иск подан по территориальной подсудности, уже упоминалось. Но есть и иные примеры: Определение СКЭС ВС РФ от 13 апреля 2016 г. № 306-ЭС15-14024 (утрата права возражать против подведомственности дела арбитражному суду, если лицо своевременно об этом не заявило); Определение СКЭС ВС от 24 февраля 2015 г. № 304-ЭС14-495 (утрата права оспаривать решение третейского суда по причине его аффилированности с оппонентом в случае, если об этом сторона не заявляла в ходе рассмотрения дела в третейском суде); Определение СКЭС ВС РФ от 9 октября 2014 г. № 303-ЭС14-31 (утрата права на возражение о ненадлежащем ответчике при рассмотрении спора «на новом круге», если такое возражение не было заявлено сразу же при первом рассмотрении дела). Вопрос о том, насколько в этих примерах и в процессуальном праве в целом уместно применение эстоппеля, заслуживает отдельного обсуждения.

Нередко процессуальный эстоппель применяется в ситуации, когда одно лицо в суде заявляет о каких-то фактах, либо признает или не оспаривает те или иные факты, на которые ссылается оппонент, а затем вдруг меняет свою позицию по фактам спора на противоположную во вред оппоненту. Уместность применения в этих случаях принципа эстоппель требует отдельного обсуждения, так как к частному праву это прямого отношения не имеет. Но в целом имеются

определенные сомнения. Суды здесь блокируют непоследовательность, не анализируя вопрос о том, успело ли сформироваться у другой стороны некое разумное доверие. Может показаться, что здесь суды реагируют на саму непоследовательность и противоречивость процессуального поведения. А это первый признак того, что речь идет не совсем об эстоппеле в его цивилистическом смысле, а о каком-то связывающем процессуальном соглашении, просто правильном понимании стандарта доказывания или некой специфической процессуальной доктрине (в конечном итоге, процессуальная недобросовестность отнюдь не должна дублировать все элементы близких материальных доктрин).

Разберем на примере. Истец предъявил требование о взыскании с ответчика долга за выполненные работы, а ответчик предъявил встречный иск о взыскании с подрядчика неустойки за ненадлежащее качество выполненных работ, а когда на первом слушании в суде прозвучал аргумент истца о том, что ответчик пропустил укороченный срок давности по данному встречному требованию о взыскании штрафа (п.1 ст.725 ГК), и ответчик понял, что прогадал, он вдруг прямо на заседании меняет свою позицию и просит отказать в иске со ссылкой на то, что никакие работы вообще не выполнялись. Очевидно, что поведение ответчика недобросовестно, но нужен ли эстоппель, чтобы обосновать защиту истца от такого поведения?

Во-первых, в ряде случаев блокирующий эффект может быть достигнут за счет импликации соглашения сторон по фактам спора или признания одной из сторон фактов, на которые ссылается оппонент. Согласно п.2-3 ст.70 АПК такое соглашение или признание должно быть прямо выраженным в письменном виде и отражено в протоколе судебного заседания. В данном конкретном примере, допустим, такое эксплицитное соглашение сторон отсутствует.

Во-вторых, даже если никакое соглашение по фактам не было оформлено, достаточно очевидно, что суд может принять первые заявления стороны по делу в качестве доказательств тех или иных фактов, которые должен доказать истец. И то, что эта сторона впоследствии пытается дезавуировать свои слова или письменные заявления, никак не лишает их доказательственной силы.

В-третьих, согласно п.3.1 ст.70 АПК «обстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование своих требований или возражений, считаются признанными другой стороной, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существования заявленных требований». Здесь вопрос куда интереснее. Прямого и надлежащим образом оформленного соглашения по фактам нет, и никакие заявления, которые могли бы расцениваться как доказательства, сторона не делает: она просто не оспаривает факты, на которые ссылается оппонент. Теоретически последнюю норму, которая кстати применяется арбитражными судами крайне осторожно, можно признать реализацией правила своеобразного процессуального эстоппеля. Но для того, чтобы эта норма понималась как аналог частнопроводного эстоппеля, необходим учет возникновения разумного доверия и явной несправедливости его подрыва.

Впрочем, все эти вопросы требуют анализа в рамках доктрины процессуального права, вторгаться в которую и предрешать выводы в рамках настоящего комментария нет никаких оснований. Заметим лишь, что в Германии, например, запрет на процессуальную непоследовательность в рамках процессуального права не рассматривают как частный случай цивилистической доктрины *venire contra factum proprium*.

В некоторых зарубежных правовых порядках эстоппель применяется и в отношении требований публично-правового характера, в частности, в сферах административного и налогового права. В российской судебной практике примеры использования эстоппеля по налоговым спорам (правда без упоминания данного термина) также встречаются (см., Определение СКЭС ВС РФ от 2 июля 2019 года № 310-ЭС19-1705). Но перспективы и условия применения эстоппеля в публичном праве требуют дополнительного исследования, как и общее применение доктрины злоупотребления правом в публичном праве.

(n) Эстоппель без доверия: возможно ли это?

Как было показано выше, доктрина эстоппель защищает доверие и разумные ожидания от непоследовательного и противоречивого поведения той стороны, которая ранее сама это доверие и ожидания спровоцировала.

Также отмечалось, что сама непоследовательность не карается, если она не подрывает доверие. Но иногда налицо явная непоследовательность и явная несправедливость, которая ее сопровождает, но о подрыве доверия говорить не приходится.

Как представляется, в таких случаях неверно применять эстоппель. Но доктрина злоупотребления правом не сводится к нему. Иногда непоследовательное поведение может быть признано злоупотреблением правом как таковое.

Так, интересный вопрос возникает в тех случаях, когда поведение лица достаточно недвусмысленно свидетельствует о конклюдентном сделочном волеизъявлении или таково, что оно, хотя и не являясь сделкой, может давать основания для возникновения доверия и защиты последнего посредством эстоппеля, но при этом лицо прямо декларирует свою волю, противоречащую тому впечатлению, которое данное поведение создает, и тем самым пытается заблокировать возникновение соответствующих ожиданий и доверия.

Представим, например, что договор купли-продажи автомобиля является оспоримым, и обладатель права на оспаривание пользуется автомобилем и совершает иные действия, свидетельствующие о подтверждении оспоримой сделки, но при этом регулярно предупреждает контрагента, чтобы тот «ни на что не полагался» и он вполне может оспорить договор в пределах срока давности.

Или вот такая иллюстрация: у арендодателя возникло право на отказ от договора аренды в связи с не носящим длящийся характер нарушением договора арендатором, но он не спешит с его реализацией и продолжает пускать арендатора в арендованное помещение в течение более двух лет, периодически заявляя арендатору, чтобы тот не расслаблялся и не формировал каких-то ожиданий по поводу неиспользования арендодателем созревшего права на отказ от договора в ответ на это состоявшееся нарушение в будущем.

Ну и напоследок такая, известная многим зарубежным учебникам, ситуация: автомобилист паркует автомобиль на платной парковке, видя условия парковки при въезде, но заявляет сотруднику парковки, что его действия не следует рассматривать как конклюдентный акцепт оферты и согласие на заключение соответствующего договора.

В описанных примерах слова расходятся с делом. Что имеет приоритет? Допустим, что, если бы не эти слова, имелись бы все основания говорить о конклюдентном совершении сделки или формировании условий для применения принципа эстоппель. Насколько принципиально меняют картину произнесенные слова? Как представляется, проявленная явно воля не может игнорироваться, но в некоторых вопиющих случаях, когда очевидно неразрешимое внутреннее противоречие между словами и делом, суд может констатировать злоупотребление правом и защитить доверие другой стороны в силу принципа *protestatio facto contraria non valet*, согласно которому заявлению, которое противоречит воле лица, недвусмысленно обнаружившейся фактически, может игнорироваться.

Принцип *protestatio facto contraria* ряд зарубежных авторов считают выражением запрета противоречивого поведения с той особенностью, что доверие здесь не нужно. В вышеуказанном примере с парковкой действия автомобилиста (размещение машины на платной парковке) явно противоречат словам (нежелание заключить договор). Спорно, должен ли здесь применяться институт неосновательного обогащения или же использоваться принцип *protestatio facto contraria*, по которому заявление служащему парковки не будет иметь значения. При *protestatio facto contraria* будет считаться, что владелец машины, несмотря на свои слова об обратном, заключил конклюдентным образом договор и заплатить за парковку – его договорная обязанность. Все же в подобных ситуациях применение принципа *protestatio facto contraria* кажется более логичным.

С учетом того, что для *protestatio facto contraria* доверие irrelevantно, разумнее будет видеть здесь не проявление эстоппеля, а особый случай применения ст. 10 ГК РФ.

(p) Диспозитивность

Неоднозначным является вопрос о возможности в договорном порядке исключить применение эстоппеля к отношениям сторон. Эстоппель является частным выражением принципа добросовестности, применение которого не зависит от воли сторон. Однако если придерживаться позиции, что неотъемлемым условием для применения эстоппеля является то, что другая сторона

имела разумные основания сформировать доверие, то договорное условие об исключении применения эстоппеля может препятствовать возникновению доверия. Такое условие при таком прочтении не является недопустимым договорным исключением принципа добросовестности, а лишь акцентирует внимание сторон на том, чтобы они не полагались на не являющееся сделочным волеизъявлением поведение друг друга или хотя бы уточняли у контрагента его точные намерения.

Но возможен и иной подход. Эстоппель как частный случай применения запрета на злоупотребление правом защищает все-таки обоснованное доверие, но там, где у другого лица слова расходятся с делом, далеко не всегда необоснованным будет возникновение у другой стороны доверия делам, а не словам. Об этом уже шла речь выше. Но там говорилось о словах, которые провозглашаются одновременно с противоречащим им поведением. Тем более доверие «делам» может быть обоснованным тогда, когда соответствующие противоречащие делам «слова» произносились намного ранее, в тексте договора. Эта интерпретация кажется уместной. Поэтому логично исходить из того, что наличие подобного условия в договоре должно снижать вероятность признания обоснованности формирования защищаемого правом доверия, но не исключать его вовсе. В вопиющих ситуациях, когда очевидно недобросовестное лицо пытается сослаться на такое условие договора, дабы обосновать свое откровенно противоречивое поведение, суд может применить п.1 ст.10 ГК. В конечном итоге, добросовестность и злоупотребление правом это доктрины, которые по своей сути предназначены для опрокидывания формальных аргументов.

(с) Последствия применения эстоппеля

Не до конца изученным, в том числе в иностранной доктрине, остается вопрос о последствиях применения эстоппеля. По общему правилу, запрет противоречивого поведения предполагает невозможность отказаться от своего предшествующего поведения или заявлений, то есть разрушить возникшее доверие другой стороны. Другая сторона при этом получает удовлетворение своего позитивного интереса – как если бы ее доверие соответствовало фактической и правовой действительности. Например, если лицо своим поведением подтверждает намерение исполнять недействительную ввиду порока формы сделку и вызывает соответствующее доверие у контрагента, то применение эстоппеля влечет за собой де-факто конвалидацию недействительной сделки. При этом доверившейся стороне не просто компенсируется ее негативный интерес в размере причиняемого противоречивым поведением ущерба, который может выражаться в приготовлениях к исполнению, отказу от заключения договора с иным лицом и т. д.: доверившаяся сторона получает удовлетворение позитивного интереса – она полагалась на действительность сделки и недействительная сделка фактически признается действительной.

Вместе с тем удовлетворение через эстоппель позитивного интереса доверившегося лица не является аксиоматичным. Если мы через эстоппель стремимся не допустить несправедливого подрыва доверия другой стороны, то недостаточно ли для достижения справедливого результата лишь компенсировать другой стороне тот дополнительный ущерб, который она понесла в связи с противоречивым поведением недобросовестного лица? Например, если стороны приступили к исполнению незаключенного договора и последующее исполнение не устраняет неясность в отношении существенного по закону условия, которое при этом не характеризует договорный тип, то возможной альтернативой признанию договора заключенным и конструированию предполагаемой воли судом может быть возмещение убытков по модели защиты негативного интереса лицом, которое ссылается на незаключенность (разумеется, при условии, что эстоппель здесь вообще применим).

При этом спорность последствий применения эстоппеля не ограничивается дихотомией позитивного и негативного интересов. При применении принципа добросовестности суд может присудить и иной результат, который приведет к достижению справедливости. Например, если констатируется ничтожность договора аренды, который исполнялся сторонами в течение долгого времени и который они считали действительным, то вместо признания договора действительным арендатору может быть дана отсрочка выселения (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 29.03.2012 N 13387/11).

В целом общим правилом для эстоппеля можно считать удовлетворение позитивного интереса доверившегося лица. Однако в ряде случаев и с учетом конкретных обстоятельств

справедливость может быть достигнута и через менее обременительные для недобросовестного лица последствия. Вопрос требует дальнейшей проработки.

Дополнительная литература:

- Короткова В.А. Эстоппель в гражданском праве // *Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 2. М.: Статут, 2018.*
- Комментарий к п. 5 статьи 166 ГК РФ // *Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. 2018 (автор Д.О. Тузов).*
- Саримсоков Ф.В. Подтверждение оспоримой сделки в зарубежном и российском гражданском праве // *Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации / Рук. авт. кол. и отв. ред. А.В. Егоров, А.А. Новицкая. Т. 1: Общая часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018.*
- Седова Ж. И., Зайцева Н. В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М., Статут. 2014.
- Федоров Д.В. Признание ссылки на ничтожность недобросовестной в зарубежном и российском праве // *Вестник гражданского права. 2018. № 6. С. 41-100.*
- Федоров Д.В. Проблемы квалификации и случаи применения п. 5 ст. 450.1 ГК РФ // *Закон. 2019. № 8. С. 63-74.*
- Ширвиндт А.М. Ссылка на ничтожность сделки как злоупотребление правом. Изобретение судов, закрепленное в законе // *Арбитражная практика. 2015. № 7. С. 24-41.*
- Ю.Н. Муллина. Эстоппель и другие формы воплощения запрета противоречивого поведения в частном праве: сравнительно-правовой анализ. / *Опыты цивилистического исследования: сборник статей. Выпуск 2. / Отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2018.*
- Ерохова М.А. Бремя доказывания возмездности и добросовестности приобретения чужого имущества. Об изменении подхода высшей судебной инстанции. // *Закон. №8. 2019. С.153-161*
- R. Zimmermann & S. Whittaker (Ed.) *Good faith in European contract law. Cambridge: 2000. P.258-291, 515-531*
- Wilken S., Ghaly K. *The Law of Waiver, Variation and Estoppel. 2012*
- F. Faust & W. Wiese. *Protecting Legitimate Expectations: the German Perspective. / La confiance légitime et l'estoppel. 2007*
- *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Edited by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann with A. Stier. 2012. P.650-654, 1562-1565, 1767-1769*
- Canaris C.-W. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. München, Beck, 1971.*
- Salzmann A. *Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung. C.H. Beck, 2015.*
- Singer R. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. München, Beck, 1993.*