

00

НА ЭТОЙ НЕДЕЛЕ (6 ОКТЯБРЯ)
НАЧНУТ ДЕЙСТВОВАТЬ
ИЗМЕНЕНИЯ, ВНЕСЕННЫЕ
ПОСТАНОВЛЕНИЕМ

00

НА ЭТОЙ НЕДЕЛЕ (6 ОКТЯБРЯ)
НАЧНУТ ДЕЙСТВОВАТЬ
ИЗМЕНЕНИЯ, ВНЕСЕННЫЕ
ПОСТАНОВЛЕНИЕМ

00

НА ЭТОЙ НЕДЕЛЕ (6 ОКТЯБРЯ)
НАЧНУТ ДЕЙСТВОВАТЬ
ИЗМЕНЕНИЯ, ВНЕСЕННЫЕ
ПОСТАНОВЛЕНИЕМ

ПРИЕМ
И РАЗМЕЩЕНИЕ
РЕКЛАМЫ В ГАЗЕТЕ
adv@eg-online.ru,
(499) 152-68-65

ЭЖЮРИСТ

РОССИЙСКАЯ ПРАВОВАЯ ГАЗЕТА | издается с 1998 года | № 39 (1040) | октябрь 2018 года

www.gazeta-yurist.ru

*Зов книть
рачност иругией
удежном.
Аловаши
всегається с и рас
исперовают вать
конты испечив к
конты испечив к*

НОРМА ПРАВА
>??

*Зов книть
рачност иругией
удежном.
Аловаши
всегається с и рас
исперовают вать
конты испечив к
конты испечив к*

НОРМА ПРАВА
>??

*Зов книть
рачност иругией
удежном.
Аловаши
всегається с и рас
исперовают вать*

*Субординация
аффилированных
кредиторов
при банкротстве:
актуальный
вызов времени*



Андрей ЕГОРОВ

В мире есть две модели понижения в очередности при банкротстве требований кредитора, связанного с должником корпоративными отношениями: жесткая и мягкая. Жесткая модель, которой придерживается с 2008 г. Германия, гласит: во всех случаях, когда участник должника или его аффилированное лицо стали кредитором должника, эти требования уступают в очередности требованиям независимых кредиторов (их называют внешними кредиторами).

Мягкая модель, на которую ориентировано законодательство Австрии или США, до принятия решения о понижении в очередности (субординации) требует разобраться с тем, в каких условиях предоставлялось кредитование должнику. Если кредит предоставлен в условиях, когда у должника имелись финансовые трудности, то это повод для субординации требований кредитора. Мораль примерно такова: если ты участник, то, действуя в интересах своей компании, ты должен предоставить ей корпоративное финансирование, то есть наделять ее собственным капиталом. Если же, напротив, ты предоставляешь ей заемный (чужой) капитал, то впоследствии ты не вправе рассчитывать на равное положение с иными независимыми кредиторами. Таким образом, субординация в мягкой модели — это плата за непроявление лояльного отношения к своей компании.

Еще один вариант субординации по мягкой модели возможен тогда, когда участник злоупотребляет корпоративной формой в ущерб иным кредиторам.

По спору из строительного подряда назначена экспертиза: как оспорить неудобное заключение экспертов?

Экспертное заключение приобретает все большее значение при разрешении строительных споров. Высшие судебные инстанции неоднократно обращали внимание судов на то, что разрешение вопросов об объемах, стоимости и качестве строительных работ требует специальных знаний. Но что делать стороне, если выводы такого заключения не в ее пользу? Об аргументах, которые помогут стороне обосновать, почему суд не может принять экспертное заключение в качестве доказательства по делу, читайте в материале.

Поначалу Президиум ВАС РФ (см. постановление от 09.03.2011 № 13765/10 по делу № А63-17407/2009) указывал, что требование одной из сторон договора подряда о назначении судебной экспертизы не создает обязанности суда ее назначить. Несколько позднее постановлением от 27.07.2011 № 2918/11 по делу № А75-11750/2009 Президиум ВАС РФ разъяснил, что ч. 1 ст. 82 АПК РФ предусмотрено на-

значение экспертизы для разъяснения вопросов, требующих специальных знаний, возникающих при рассмотрении любого дела, не исключая также те, по которым разрешаются споры о взыскании денежных средств. В этом споре, вытекающем из договора строительного подряда, о распределении расходов на устранение аварии, возникшей при выполнении работ, Президиум ВАС РФ указал, что для определения причин возникновения аварии необходимо использование специальных познаний в иных сферах, нежели юриспруденция.

В постановлении от 10.06.2014 № 716/14 по делу № А40-143607/12 Президиум ВАС РФ отметил, что необоснованное отклонение судом ходатайства о проведении судебной экспертизы свидетельствует о нарушении положений ч. 1 ст. 82 АПК РФ и лишает сторону возможности реализации принадлежащих ей процессуальных прав и обязанностей по доказыванию своих требований и возражений.

окончание материала

>??

окончание материала

>03

начало
материала
>01

По спору из строительного подряда назначена экспертиза: как оспорить неугодное заключение экспертов?



Дарья НЮХАЛКИНА,
адвокат
АБ «Эксиора»

Поначалу Президиум ВАС РФ (см. постановление от 09.03.2011 № 13765/10 по делу № А63-17407/2009) указывал, что требование одной из сторон договора подряда о назначении судебной экспертизы не создает обязанности суда ее назначить.

Несколько позднее постановлением от 27.07.2011 № 2918/11 по делу № А75-11750/2009 Президиум ВАС РФ разъяснил, что ч. 1 ст. 82 АПК РФ предусмотрено назначение экспертизы для разъяснения вопросов, требующих специальных знаний, возникающих при рассмотрении любого дела, не исключая также те, по которым разрешаются споры о взыскании денежных средств. В этом споре, вытекающем из договора строительного подряда, о распределении расходов на устранение аварии, возникшей при выполнении работ, Президиум ВАС РФ указал, что для определения причин возникновения аварии необходимо использование специальных познаний в иных сферах, нежели юриспруденция.

В постановлении от 10.06.2014 № 716/14 по делу № А40-143607/12 Президиум ВАС РФ отметил, что необоснованное отклонение судом ходатайства о проведении судебной экспертизы свидетельствует о нарушении положений ч. 1 ст. 82 АПК РФ и лишает сторону возможности реализации принадлежащих ей процессуальных прав и обязанностей по доказыванию своих требований и возражений.

Таким образом, практически в любом споре, вытекающем из договора строительного подряда, имеются основания для назначения судебной экспертизы. В то же время для одной из сторон спора подготовленное экспертами заключение явно будет неугодным.

В соответствии с действующим процессуальным за-

конодательством экспертное заключение не имеет заранее установленной силы (ст. 71 АПК РФ) и не является более весомым доказательством, нежели иные доказательства по делу. Однако, как показывает практика, в большинстве случаев суды принимают экспертное заключение именно в качестве итогового, финального доказательства, установившего все фактические обстоятельства точно и достоверно.

Стороне, не согласной с результатами экспертизы, следует предпринять незамедлительные и активные действия, чтобы оспорить судебное экспертное заключение.

Само по себе несогласие стороны спора с результатом экспертизы не влечет признания заключения эксперта недопустимым доказательством по делу (см., например, постановление АС Волго-Вятского округа от 09.06.2018 № Ф01-2207/2018 по делу № А82-14367/2016). Это значит, что не согласной с экспертным заключением стороне следует не просто описать свое несогласие в процессуальном документе, но указать суду и на обстоятельство материального характера, и на процессуальные нарушения, допущенные в ходе проведения экспертизы, и воспользоваться одной из возможностей опровержения экспертизы, предоставленной действующим законодательством:

- вызовом экспертов в судебное заседание для дачи пояснений по делу (абз. 2 ч. 3 ст. 86 АПК РФ);
- назначением дополнительной или повторной экспертизы (ч. 1, 2 ст. 87 АПК РФ);
- представлением суду внесудебного экспертного заключения.

ВЫЗОВ ЭКСПЕРТА В СУДЕБНОЕ ЗАСЕДАНИЕ

Согласно абзацу 2 ч. 3 ст. 86 АПК РФ по ходатайству

лица, участвующего в деле, или по инициативе арбитражного суда эксперт может быть вызван в судебное заседание. В случае, если суд удовлетворил ходатайство о вызове эксперта в судебное заседание, его явка является обязательной (п. 15 постановления Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе», далее — Постановление № 23).

Для вызова эксперта в судебное заседание стороне, не удовлетворенной результатами экспертизы, необходимо подготовить мотивированное и обоснованное ходатайство.

В ходатайстве о вызове эксперта в судебное заседание возможно и желательно обозначить конкретные детали исследовательской или итоговой части заключения, если в них будут обнаружены противоречия, нелогичность, технические ошибки, опечатки и иные детали, которые могут вызвать сомнения у лиц, участвующих в деле, и у суда и требуют пояснений эксперта. Доводы ходатайства должны быть существенными, чтобы суд удовлетворил такое ходатайство.

К судебному заседанию или в самом ходатайстве о вызове эксперта необходимо сформулировать четкие вопросы в определенной последовательности. При подготовке вопросов, возможно, понадобится привлечь специалистов, компетентных в теме проведенного исследования. В зависимости от обстоятельств дела и особенностей проведенного исследования эксперту могут быть заданы вопросы:

- относящиеся к профессиональной компетенции эксперта: например, об использованных экспертом в процессе исследования нормативных актах, сводах правил, государственных стандартах, в случае, если имеются

основания полагать, что к рассмотренным правоотношениям и выполненным работам должны применяться иные акты и стандарты;

- относящиеся к фактическим обстоятельствам (материалам дела), использованным экспертом для исследования: например, почему эксперт не исследовал исполнительную или рабочую документацию, устанавливая обстоятельства, которые не могут быть с достоверностью установлены путем исследования актов по формам КС-2, КС-3 (к примеру, факт выполнения скрытых работ);

- относящиеся к обоснованности или достоверности выводов: например, указать на непроведение экспертами непосредственного визуального и/или инструментального обследования объекта, которые могли бы подтвердить выводы эксперта об объемах работ (выводы экспертов, сделанные без осмотра и обследования объекта признаются необоснованными: см. постановление АС Московского округа от 31.07.2017 № Ф05-3679/2016 по делу № А40-14721/14).

Таким образом, при наличии в экспертном заключении противоречий, ошибок, опечаток, логических неточностей и т.д., прежде чем ходатайствовать о назначении повторной или дополнительной экспертизы, стоит просить суд вызвать в судебное заседание экспертов, подготовивших неугодное заключение. При этом стоит помнить, что сторона, которой выгодны выводы экспертов, может противодействовать вопросам к экспертам, и быть готовым к подобному развитию ситуации.

НАЗНАЧЕНИЕ ДОПОЛНИТЕЛЬНОЙ ИЛИ ПОВТОРНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

В соответствии со ст. 71 АПК РФ заключение эксперта не имеет

для суда заранее установленной силы и подлежит оценке наряду с другими доказательствами. Неясность, неполнота или противоречивость экспертного заключения может служить основанием для назначения по делу дополнительной или повторной экспертизы.

Дополнительная экспертиза в соответствии с ч. 1 ст. 87 АПК РФ назначается при недостаточной ясности или полноте заключения эксперта, а также при возникновении вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств дела. Ее проведение может быть поручено как тому же, так и другому эксперту.

Сомнения в обоснованности заключения эксперта или наличие в выводах эксперта противоречий согласно ч. 2 ст. 87 АПК РФ являются основанием для назначения по делу повторной экспертизы. Повторная экспертиза проводится по тем же вопросам, что и первоначальная, но поручается другому эксперту (или комиссии экспертов).

Дополнительная экспертиза — это исследование, назначаемое при недостаточной ясности или полноте заключения эксперта, проведение которой поручается тому же или другому эксперту. Основанием назначения дополнительной экспертизы является выявление недостатков и пробелов в заключении основной экспертизы, которые были установлены при проведении судом и лицами, участвующими в деле, оценки заключения эксперта.

ФАКТИЧЕСКИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, КОТОРЫЕ МОГУТ ПОМОЧЬ ОСПОРИТЬ НЕУГОДНОЕ ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Какие обстоятельства являются основанием для оспаривания экспертного заключения?

ВЫВОДОВ, СДЕЛАННЫХ ПО РЕЗУЛЬТАТАМ ПРОВЕДЕНИЯ ПЕРВОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ, НЕДОСТАТОЧНО ДЛЯ УСТАНОВЛЕНИЯ ФАКТИЧЕСКИХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ ПО ДЕЛУ.

Если выводы экспертизы носят предположительный, вероятностный характер, суд первой инстанции вправе не принять такое экспертное заключение в качестве допустимого и надлежащего доказательства (см. постановление АС Центрального округа от 14.06.2017 № Ф10-1966/2017 по делу № А48-5885/2014).

Например, заключение экспертов, вынесенное по итогам первоначально назначенной экспертизы, содержало только лишь предположения о причинах разрушений, а не конкретные ответы на вопросы о причинах такого разрушения. Судом была назначена повторная экспертиза по делу и вынесенное по ее итогам заключение содержало уже конкретный список причин разрушений (см. постановление АС Северо-Западного округа

от 09.09.2015 № Ф07-3778/2015 по делу № А56-23134/2012).

Если экспертное заключение содержит вероятностные выводы, а суду требуются выводы точные, он приходит к обоснованному выводу о необходимости назначения повторной экспертизы (см. постановление АС Северо-Западного округа от 10.03.2017 № Ф07-8899/2016 по делу № А66-13627/2013).

В качестве примеров недостаточных выводов экспертов для установления фактических обстоятельств можно указать следующие (см. постановление АС Дальневосточного округа от 17.01.2018 № Ф03-5380/2017 по делу № А04-8432/2016):

- не определены объем и стоимость невыполненных или выполненных некачественно работ;
- отсутствует расчетная и исследовательская часть, позволяющая оценить обоснованность и правомерность выводов эксперта;

- локально сметный расчет на устранение недостатков оформлен в устаревших или недействительных ценах;
- выводы эксперта носят общий и неконкретный характер.

Иными словами, встретив в неугодном экспертном заключении слова «предположительно, вероятно» в отношении обстоятельств, которые должны быть установлены экспертами в качестве фактов, можно ходатайствовать о проведении повторной экспертизы.

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ СОДЕРЖИТ ПРОТИВОРЕЧИВЫЕ ВЫВОДЫ, А У СУДА ИМЕЮТСЯ СОМНЕНИЯ В ПРАВИЛЬНОСТИ И ОБОСНОВАННОСТИ ВЫВОДОВ ЭКСПЕРТОВ.

Повторная экспертиза может быть назначена при наличии сомнений у суда либо у лиц, участвующих в деле, ходатайствующих суду о назначении экспертизы, в правильности и обоснованности первоначального заключения (заключения первичной экспертизы). В этом случае проведение экспертизы поручается другому эксперту или другой комиссии.

При этом под правильностью экспертного заключения следует понимать его достоверность, а под обоснованностью — мотивированность выводов экспертов как лиц, обладающих специальными познаниями.

В Определении от 24.12.2014 № 310-ЭС14-2757 по делу № А68-11371/2012 Экономическая коллегия Верховного суда указала, что неустраненные (в том числе путем вызова эксперта в судебное заседание) сомнения в выводах, содержащихся в экспертном заключении, относительно объемов, стоимости и качества выполненных работ в зависимости от рода таких сомнений являются основанием для назначения по делу дополнительной либо повторной экспертизы.

Можно просить суд о назначении по делу повторной экспертизы, указывая на ненадлежащий характер экспертного заключения, выразившийся в противоречивости выводов эксперта (см.

постановление АС Поволжского округа от 10.11.2015 № Ф06-2533/2015 по делу № А55-18203/2014).

Таким образом, возможно ходатайствовать о назначении по делу дополнительной или повторной экспертизы, если выводы эксперта противоречивы и позволяют усомниться в их правильности.

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ НАРУШЕНИЯ, ИЗ-ЗА КОТОРЫХ ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ МОЖЕТ БЫТЬ ПРИЗНАНО СУДОМ НЕДОПУСТИМЫМ ДОКАЗАТЕЛЬСТВОМ

Какие нарушения недопустимы при подготовке экспертного заключения?

ЭКСПЕРТИЗУ ПРОВОДИЛ НЕ ТОТ ЭКСПЕРТ, КОТОРОМУ ОНА ПОРУЧАЛАСЬ.

Согласно пункту 2 Постановления № 23 в определении суда о назначении экспертизы указываются фамилия, имя и отчество эксперта, которому поручено проведение экспертизы. Согласно тому же пункту указанного Постановления замена экспертов или привлечение к делу других экспертов также находится в компетенции суда, рассматривающего дело.

Таким образом, в случае, если экспертное заключение подписано иным составом лиц/экспертом, нежели тем, которому проведение экспертизы поручалось определением арбитражного суда, сторона, не согласная с заключением, вправе оспорить такое заключение или вынесенные на его основе судебные акты. При этом стоит указать на нарушение указанного п. 2 Постановления № 23, а также, что экспертное заключение проведено не теми лицами, которым было поручено, и данные лица не были предупреждены судом об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ (см. постановления АС Поволжского округа от 31.01.2018 № Ф06-28597/2017 по делу № А12-5968/2017, АС Северо-Западного округа от 19.07.2016 № Ф07-4517/2016, Ф07-4519/2016 по делу № А56-20721/2013).

Таким образом, если суд поручил провести экспертизу двум экспертам, а экспертное заключение подписано тремя, необходимо ходатайствовать о назначении повторной экспертизы и о признании первоначального экспертного заключения недопустимым доказательством.

НАРУШЕНИЕ ПРАВИЛ, УСТАНОВЛЕННЫХ ЗАКОНОМ ДЛЯ ПРОВЕДЕНИЯ ЭКСПЕРТИЗЫ.

В силу разъяснений, сформулированных в п. 2 Постановления № 23, при назначении экспертизы суд должен руководствоваться требованиями законодательства РФ о судебной-экспертной деятельности.

Например, в постановлении от 02.03.2010 № 14824/09 по делу № А75-7690/2007 Президиум ВАС РФ указал, что основанием

для назначения повторной экспертизы является ошибочное поручение проведения первоначальной экспертизы ненадлежащей экспертной организации (допустим, не имеющей соответствующей лицензии), вследствие чего поставленные перед экспертом вопросы остаются невыясненными и необходимость в экспертизе не отпадает.

Таким образом, если экспертная организация не имеет лицензии на осуществление определенного вида деятельности, подлежащего лицензированию, или, к примеру, допуска к государственной тайне при необходимости для непосредственного исследования объекта, необходимо ставить перед судом вопрос о назначении повторной экспертизы.

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ В МАТЕРИАЛЫ ДЕЛА ЭКСПЕРТНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ ВНЕСУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

Согласно позиции, сформулированной в Определении ВС РФ от 31.01.2017 № 305-КГ16-15981 по делу № А41-47572/2014, представленное в материалы дела заключение внесудебной экспертизы не является экспертным заключением по делу, однако является доказательством, допускаемым в качестве такового ст. 89 АПК РФ, поэтому подлежит оценке и учету судом при принятии решения наряду с иными имеющимися доказательствами.

При наличии в деле одновременно заключения эксперта и заключения, полученного по результатам проведения внесудебной экспертизы, суду необходимо оценить как заключение экспертов, так и внесудебное заключение по правилам ст. 71 АПК РФ. По результатам оценки указанных доказательств суду необходимо привести мотивы по существу данных заключений, по которым он принимает или отвергает каждое из этих доказательств.

Если заключение внесудебной экспертизы было положено в основу принятых по делу судебных актов, расходы стороны на проведение такой экспертизы согласно выводам, содержащимся в Определении ВС РФ от 31.08.2017 № 306-ЭС17-7311 по делу № А65-13141/2016, могут быть взысканы с другой стороны по правилам о взыскании убытков.

Таким образом, если судом отказано в вызове экспертов, назначении дополнительной и/или повторной экспертизы, еще не все потеряно — можно представить в материалы дела внесудебное экспертное заключение. Будучи доказательством, оно подлежит оценке судом наравне с экспертным заключением, назначенным судом, и в случае вынесения решения в пользу оппонента сможет быть использовано в вышестоящих судах в качестве обоснования своих доводов.

ПРИНЯТЬ К СВЕДЕНИЮ

Следует отметить, что в случае, если суд, назначив экспертизу, отверг подготовленное по ее итогам заключение и не назначил дополнительной или повторной экспертизы, данный факт является основанием для отмены состоявшегося по такому делу судебного акта. Так, спор вряд ли может быть разрешен по имеющимся в деле доказательствам, поскольку отклонение судом заключения экспертов не отменяет необходимости в использовании специальных знаний для разрешения тех вопросов, по которым экспертиза была назначена. Например, Определением от 03.03.2016 № 309-ЭС15-13936 по делу № А71-10520/2014 Верховный суд отменил судебные акты, принятые по делу, мотивировав это тем, что сомнения в экспертном заключении подлежат устранению посредством назначения дополнительной или повторной экспертизы, в связи с чем суд не может ограничиться непринятием в качестве надлежащего доказательства первоначального экспертного заключения. В этом же Определении Верховный суд указал, что суд, на который ч. 3 ст. 9 АПК РФ возложены обязанности по оказанию содействия в реализации прав участников процесса, должен был создать условия для достижения результата по назначенной им экспертизе, а также для всестороннего и полного исследования доказательств, установления фактических обстоятельств, правильного применения законов и иных нормативных правовых актов при рассмотрении дела.