Экспертиза фиктивности или преднамеренности банкротства. Шесть спорных вопросов

Если кредитор сомневается в добросовестности должника при банкротстве, он вправе просить суд назначить экспертизу. Какие позиции стоит учесть, чтобы суд удовлетворил такое ходатайство, — в статье.

Николай Покрышкин,
партнер адвокатского бюро «Кульков, Колотилов и партнеры»

Мария Шабалина,
юрист адвокатского бюро «Кульков, Колотилов и партнеры»

Кредиторы часто не удовлетворены заключениями арбитражных управляющих о наличии признаков фиктивного или преднамеренного банкротства: либо анализ является поверхностным из-за недостатка доказательств/квалификации управляющего, либо заключение целенаправленно «выгораживает» отдельные сделки, контрагентов и бенефициаров или вовсе отсутствует ввиду бездействия управляющего. В такой ситуации эффективным решением является механизм ч. 2 ст. 34 Закона о банкротстве: назначение судом экспертизы с привлечением независимого эксперта, номинированного сторонами или самим судом. Рассмотрим подходы судов к ключевым вопросам о назначении такой экспертизы.

Является ли назначение экспертизы безусловной обязанностью суда

Право кредитора ходатайствовать о назначении экспертизы по п. 2 ст. 34 Закона о банкротстве является безусловным. Кредитор может использовать его в любой момент и на любой стадии банкротства. Но само по себе наличие безусловного права не означает, что суд обязан удовлетворить такое ходатайство (определение ВС от 30.05.2018 по делу № А41-19666/2015).

КС указывал, что «вопрос о назначении экспертизы отнесен на усмотрение арбитражного суда и разрешается в зависимости от необходимости разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний»[1].

Отсутствие мотивировки ходатайства об экспертизе само по себе является основанием для отказа в его удовлетворении[2].

Если суд отклонил ходатайство, то при заявлении в дальнейшем аналогичной просьбы кредитор должен пояснить суду, какие новые доказательства он получил с момента прошлого отказа. В деле № А40-181577/2016 суд отказал в повторном ходатайстве о проведении экспертизы, поскольку кредитор не обосновал, какие именно новые доказательства о деятельности должника он получил за полтора года, прошедшие с момента рассмотрения аналогичного ходатайства, и почему их появление делает целесообразным проведение экспертизы[3].

Что почитать

В. Чугунов
Экспертиза в арбитражном процессе. Как убедить суд ее назначить
АП. 2018. № 10

① определение КС от 29.09.2016 № 1974-О

② постановления ФАС Дальневосточного округа от 30.05.2012 по делу № А73-3888/2011, 1ААС от 08.04.2013 по делу № А43-11924/2012

③ определение АС г. Москвы от 28.02.2020 по делу № А40-181577/2016

Как влияет наличие или отсутствие заключения управляющего на возможность назначения экспертизы

Наиболее адекватный подход к этому вопросу выразил в одном из дел Арбитражный суд Московского округа: поскольку заключение управляющего носит исключительно рекомендательный характер и содержащиеся в нем сведения не обязательны для кредитора, отсутствие заключения управляющего никак не влияет

Дополнительные цели экспертизы по части 2 статьи 34 Закона о банкротстве

Кроме основной цели экспертизы — выявить признаки преднамеренного/фиктивного банкротства — кредиторы преследуют следующие цели.

1. Получить от арбитражного управляющего собранные им документы о деятельности общества, которые он не раскрывал кредиторам, но будет обязан передать эксперту (последний может приобщить их к материалам обособленного спора вместе со своим заключением).

2. Истребовать дополнительные доказательства от контрагентов и контролирующих должника лиц, иных субъектов (по ходатайству кредиторов в рамках обособленного спора о назначении экспертизы).

3. Затянуть рассмотрение параллельных обособленных споров (например, об оспаривании сделок, взыскании убытков или привлечении к субсидиарной ответственности) до результатов экспертизы.

4. Использовать результаты экспертизы в иных обособленных спорах, в том числе в части вопроса о моменте объективного банкротства должника, который по умолчанию не входит в объем исследования, но иногда ставится судом или исследуется экспертом для ответа на основные вопросы (постановления 17ААС от 24.06.2019 по делу № А60-43300/2014, от 07.06.2018 по делу № А50-23876/2014).

5. Использовать ознакомление с заключением эксперта как стартовую точку отсчета осведомленности кредитора о конкретных сделках и фактах для целей обоснования более позднего начала течения срока исковой давности, чем дата введения конкурса.

на право кредитора ходатайствовать о проведении экспертизы для выявления признаков преднамеренного или фиктивного банкротства[4].

④ постановление АС Московского округа от 20.02.2020 по делу № А40-86229/2018

Действительно, бездействие управляющего по подготовке заключения вряд ли можно рассматривать как легитимное препятствие для назначения экспертизы по инициативе кредиторов. Но такой подход все же встречается в практике.

Пример из практики. ВАС указал: «Учитывая то обстоятельство, что к моменту подачи ходатайства временным управляющим не исполнена обязанность по анализу финансового состояния должника, суды сделали вывод об отсутствии в данном случае достаточных оснований для удовлетворения указанного ходатайства [об экспертизе]»[5].

⑤ определение ВАС от 11.10.2013 по делу № А55-1148/2013

Эффективным способом преодолеть такой подход может стать направление требований кредиторов в адрес управляющего или принятие на собрании кредиторов решений об обязании управляющего подготовить анализ в конкретный срок. В случае неисполнения управляющим этих требований и решений будет затруднительно ссылаться на отсутствие заключения управляющего как причину отказа в назначении экспертизы.

Нужно ли для назначения экспертизы оспорить заключение управляющего

Встречаются противоположные позиции судов по этому вопросу. Более правильным представляется подход, согласно которому необходимость в таком предварительном оспаривании отсутствует[6]. Это особенно очевидно в случаях, когда заявивший об экспертизе кредитор получил свой статус после истечения срока на оспаривание или необходимость проведения экспертизы обоснована новыми доказательствами, которыми не обладал управляющий при подготовке заключения.

⑥ постановления 17ААС от 01.07.2016 по делу № А71-10734/2015, 7ААС от 17.03.2015 по делу № А45-8320/2014

Примеры из практики.

1. АС Московского округа указал, что сведения в заключении управляющего «каких-либо последствий для конкурсных кредиторов не влекут и не могут нарушить права и законные интересы кредиторов». Также суд подчеркнул, что в случае несогласия кредитора с данными управляющего первый вправе обратиться с ходатайством по ст. 34 Закона о банкротстве[7].

⑦ постановление АС Московского округа от 20.02.2020 по делу № А40-86229/2018

2. Суд указал, что «Закон о банкротстве не связывает возможность реализации лицами, участвующими в деле, своих прав

на заявление ходатайства о назначении экспертизы с целью установления признаков банкротства с отсутствием или наличием соответствующего заключения как временного, так и конкурсного управляющих, сделанного по итогам анализа финансового состояния должника». В итоге суд удовлетворил ходатайство об экспертизе, несмотря на наличие как неоспоренного заключения временного управляющего, так и заключения конкурсного управляющего[8].

3. Суд отметил, что в силу неоднородности правовой природы заключения арбитражного управляющего и экспертного заключения по ст. 34 Закона о банкротстве наличие не оспоренного кредиторами анализа никак не предрешает возможность назначения экспертизы[9].

Тем не менее наличие в материалах дела неоспоренного заключения управляющего может стать основанием для отказа в удовлетворении ходатайства об экспертизе, поскольку корректность такого заключения презюмируется[10].

Примеры из практики.

1. Суд указал, что «положения Закона презюмируют компетентность арбитражного управляющего при проведении процедур банкротства, а также добросовестность», и подчеркнул факт недоказанности нарушения управляющим требований Закона о банкротстве[11].

2. Кредитор не оспаривал действия временного управляющего по составлению анализа финансового состояния должника, что стало для суда основанием для отказа в экспертизе[12].

Аналогично решается вопрос при наличии судебного акта, которым суд отказал кредитору в признании действий управляющего не соответствующими закону и (или) признал анализ управляющего надлежащим[13].

Можно ли ссылаться на недостатки неоспоренного заключения при назначении экспертизы

Это возможно, если удастся доказать, что ошибки и неточности заключения являются грубыми и затрагивают права кредиторов.

> Наличие ошибок в заключении управляющего не является достаточным основанием для назначения экспертизы

(8) определение АС Кемеровской области от 02.11.2017 по делу № А27-20472/2015

(9) постановление 17ААС от 14.12.2016 по делу № А60-56055/2014

(10) определение ВС от 30.05.2018 по делу № А41-19666/2015;
постановления 3ААС от 14.07.2016 по делу № А74-7048/2015,
9ААС от 28.07.2017 по делу № А40-251504/15,
от 18.04.2017 по делу № А40-48489/16

(11) постановление 9ААС от 08.09.2016 по делу № А40-3086/2015

(12) постановление 9ААС от 19.02.2018 по делу № А40-66677/15

(13) определения ВАС от 15.07.2013 по делу № А50-21492/2009,
от 21.10.2013 по делу № А40-769/12

То есть они лишают кредиторов возможности защищать свои права в рамках соответствующих обособленных споров — например, о недействительности сделок или о привлечении к субсидиарной ответственности — либо ограничивают такую возможность.

Причинами неточностей заключения могут стать:

— отсутствие у управляющего специальных знаний для надлежащего выполнения анализа, наличие которых презюмируется[14];
— особенности нормативного регулирования процедуры проведения анализа управляющим, вызванные устаревшим регулированием, которое допускает неучет управляющим специфики деятельности должника и его имущества;
— сложность установления рыночной стоимости сделок, если данные об аналогичных сделках или предметах сделок отсутствуют в открытом доступе.

Само по себе наличие неточностей или ошибок в анализе управляющего не является достаточным основанием для назначения экспертизы. Они должны быть грубыми и прямо влиять на непроверяемость или недостоверность соответствующего анализа[15].

Примеры из практики.

1. Суд назначил экспертизу, поскольку в заключении управляющего содержался ряд грубых ошибок. В частности:

— анализ содержал показатели и формулы, не соответствующие требованиям Закона о банкротстве;
— анализ являлся неполным, поскольку управляющий проигнорировал ряд коэффициентов, необходимых для определения возможности восстановления платежеспособности должника, и не отразил в анализе большинство сведений, подлежащих включению в анализ;
— вывод об отсутствии признаков преднамеренного банкротства сделан в отсутствие поэтапного анализа, предписанного нормативными актами;
— вывод об отсутствии признаков фиктивного банкротства не соответствует выводу управляющего о возможности удовлетворения требований кредиторов без существенного осложнения или прекращения производственной деятельности[16].

2. Суд удовлетворил ходатайство кредитора о проведении экспертизы ввиду неполноты подготовленного управляющим анализа финансового состояния должника. Суд установил, что «второй

(14) постановление 9ААС от 08.09.2016 по делу № А40-3086/2015

(15) постановления АС Московского округа от 05.02.2018 по делу № А40-181658/2016, 18ААС от 27.02.2017 по делу № А76-1522/2015, АС Северо-Западного округа от 21.03.2017 по делу № А56-10272/2015

(16) постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 29.11.2010 по делу № А81-4026/2009

этап выявления признаков преднамеренного банкротства фактически временным управляющим не проведен. Какие-либо сделки, проанализированные временным управляющим, не указаны. Причины существенного снижения коэффициентов также не указаны»[17].

3. Суд указал, что одним из оснований назначения судебной экспертизы стало грубое нарушение управляющим порядка подготовки анализа, в подтверждение которого кредитор представил внесудебное экспертное заключение[18].

(17) определение АС Кемеровской области от 02.08.2016 по делу № А27-18417/2013

(18) постановление 7ААС от 09.09.2015 по делу № А45-26456/2014

Может ли неполнота анализа управляющего являться основанием для назначения экспертизы

Проведение анализа управляющим на основании неполных документов должника может выступать самостоятельным основанием для назначения судом экспертизы с целью выявления признаков преднамеренного и фиктивного банкротства.

Например, апелляция оставила в силе определение о назначении судебной экспертизы ввиду того, что управляющим «неполно проведен анализ финансового положения должника, не представлены и не использованы для подготовки анализа ежеквартальные инвентаризации, материалы аудиторских проверок и т. д.»[19].

Порядок проведения проверки наличия признаков фиктивного и преднамеренного банкротства определен Временными правилами проверки арбитражным управляющим наличия признаков фиктивного и преднамеренного банкротства[20]. В п. 2 этих правил представлен перечень документов, которые должны быть положены в основу анализа управляющего.

В судебной практике не раз поднимался вопрос о том, соответствует ли нормативным требованиям анализ управляющего, не учитывающий часть из приведенного перечня документов, а также является данный перечень документов обязательным или же носит рекомендательный характер.

(19) постановление 15ААС от 26.03.2015 по делу № А01-1882/2013

(20) утв. постановлением Правительства от 27.12.2004 № 855

Примеры из практики.

1. Суд указал, что перечень носит рекомендательный характер, поскольку является открытым. Это прямо следует из подп. «н» п. 2 («иные учетные документы, нормативные правовые акты, регулирующие деятельность должника»). Заявитель ошибочно расценивает этот перечень как подлежащий буквальному применению, в то время как управляющий должен использовать документы, перечисленные в п. 2 правил, лишь при наличии таковых[21].

(21) постановление АС Северо-Западного округа от 21.03.2017 по делу № А56-10272/2015

Что почитать

А. Кремнева

Банкротство должника фиктивно. Как это повлияет на процесс

АП. 2019. № 6

2. Суд отказал в ходатайстве кредитора о назначении экспертизы, поскольку неучет управляющим части документов, входящих в перечень Временных правил, не является основанием для признания анализа управляющего не соответствующим требованиям закона и нарушающим права кредиторов[22].

Таким образом, довод о неполном учете арбитражным управляющим всех необходимых документов должника при анализе его финансового состояния не является безусловной гарантией назначения судом экспертизы. Но этот довод можно усилить обоснованием, что такой неучет привел к конкретным ошибочным выводам управляющего, затрагивающим интересы кредиторов.

Допустимо ли обосновывать ходатайство об экспертизе ссылкой на возможность сбора новых доказательств

Кредиторы могут использовать назначение экспертизы именно для сбора доказательств, но эта цель является побочной и не предусмотрена законом как достаточное основание для назначения экспертизы.

Примеры из практики.

1. В одном из дел суд прямо указал, что «экспертиза не может служить кредитору средством получения информации о ходе конкурсного производства и документации должника»[23].

2. Аналогично суд отказал в ходатайстве кредитора в деле № А40-181577/2016. В этом деле кредитор прямо указал цель использовать собранные в ходе экспертизы доказательства для привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности[24].

Таким образом, достижение побочных целей экспертизы может быть фактическим мотивом кредиторов при заявлении соответствующего ходатайства, но не должно использоваться как его мотивировка ●

(22) определение АС г. Москвы от 20.11.2017 по делу № А40-66677/15

(23) постановление 9ААС от 21.04.2016 по делу № А40-64650/14

(24) определение АС г. Москвы от 28.02.2020 по делу № А40-181577/2016

ЛУЧШИЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ ДЕПАРТАМЕНТЫ

2020

XV ЕЖЕГОДНАЯ ПРЕМИЯ ЖУРНАЛА «КОРПОРАТИВНЫЙ ЮРИСТ»

Вам есть чем похвастаться.
Особенно в этом году

ЗАЯВИТЕ О ПОДВИГАХ НА **KORPURIST.RU**

КОРПОРАТИВНЫЙ ЮРИСТ
ОРГАНИЗАТОР ПРЕМИИ

ГЕНЕРАЛЬНЫЙ ПАРТНЕР

ГАРДИУМ
ПАРТНЕР ПРЕМИИ

Реклама

№ 8/2020 АРБИТРАЖНАЯ ПРАКТИКА для юристов

ЖУРНАЛ ИЗДАЕТ «ГАРАНТ» Право

АРБИТРАЖНАЯ практика для юристов

№ 8

АВГУСТ 2020

ЭЛЕКТРОННАЯ ВЕРСИЯ: e.arbitr-praktika.ru

> **Страх судов взыскивать большие суммы судебной неустойки постепенно проходит**
>
> Владислав Ганкала
> → 90

14 Новые правила апелляции в арбитражных судах: что разъяснил Верховный суд

58 Пленум ВС о прекращении обязательств. Какие позиции учесть бизнесу

102 Опасный прецедент: внештатного юриста привлекают к субсидиарке на 23 миллиона

САЙТ ЖУРНАЛА: arbitr-praktika.ru