

Анализ причин отмен судебных актов в кассационной инстанции за второе полугодие 2011 года

1. По материалам гражданской коллегии

1.1. Из Правил оказания услуг связи по передаче данных и договора не следует, что ответчик вправе не оплачивать оказанные ему услуги после направления письма о приостановлении оказания услуг. Вывод суда в этой части нельзя признать состоятельным

Открытое акционерное общество междугородной и международной электрической связи «Ростелеком» (далее - ОАО) обратилось в Арбитражный суд Томской области к обществу с ограниченной ответственностью «Т» (далее – ООО) с иском о взыскании 57246,01 руб. задолженности за оказанные по договору услуги.

Как следует из материалов дела, между ООО (заказчиком) и ОАО (исполнителем) заключен договор об оказании услуги «Предоставление выделенного доступа в Интернет на основе сети передачи данных ОАО «Ростелеком», по условиям которого исполнитель обязался обеспечивать заказчику круглосуточное постоянное соединение его хоста (или маршрутизатора) с портом узла сети ОАО с получением доступа к ресурсам всемирной сети Интернет, а заказчик – принимать и оплачивать оказанные услуги.

Истец, ссылаясь на наличие у ООО задолженности по оплате оказанных услуг за период с 01.10.2010 по 31.10.2010, ОАО обратился в арбитражный суд с настоящим иском.

Решением Арбитражного суда Томской области от 12.05.2011 по делу № А67-1034/2011, оставленным без изменения постановлением Седьмого арбитражного апелляционного суда от 25.07.2011, иск удовлетворен частично. С ООО в пользу ОАО взыскано 20 990,20 руб. основного долга за период с 01.10.2010 по 11.10.2010, исходя из доказанности факта оказания истцом услуг в этот период на указанную сумму.

В обоснование отказа в удовлетворении требований в остальной части суд указал на наличие заявления ООО о приостановлении оказания услуг по договору с 12.10.2010, полученного исполнителем, а также на отсутствие в деле доказательств фактического пользования ООО услугами, предоставленными истцом в период с 12.10.2010 по 31.10.2010. При этом суд первой инстанции исходил из следующего.

В соответствии с пунктом 53 Правил оказания услуг связи по передаче данных, утв. Постановлением Правительства РФ от 23.01.2006 № 32 (далее – Правила), по

письменному заявлению абонента оператор связи обязан без расторжения договора приостановить оказание абоненту услуг связи по передаче данных. В этой связи, на основании заявления ООО от 11.10.2010 г. ОАО было обязано приостановить оказание услуг по предоставлению доступа к сети Интернет и начислять плату за период с 12.10.2010 г. согласно тарифу, специально установленному для случаев приостановления оказания услуг. При этом истцом, в нарушение вышеуказанных норм, приостановление оказания соответствующих услуг не произведено, плата за период с 12.10.2010 г. по 31.10.2010 г. начислена в размере, установленном договором.

Подпунктом «б» пункта 33 Правил установлено, что абонент вправе отказаться от оплаты не предусмотренных договором услуг связи по передаче данных, предоставленных ему без его согласия. Поскольку услуги по предоставлению доступа к сети Интернет оказывались исполнителем после 11.10.2010 г. без согласия ООО, ответчик вправе не оплачивать оказанные ОАО в период с 12.10.2010 г. по 31.10.2010 г. услуги.

Кроме того, суд первой инстанции указал на непредставление истцом в материалы дела надлежащих доказательств фактического пользования ООО услугами, предоставляемыми истцом в названный период.

Не согласившись с принятыми судебными актами, ОАО обратилось с кассационной жалобой.

Постановлением ФАС ЗСО от 27.10.2011 судебные акты по делу отменены в части отказа в иске, дело в этой части передано на новое рассмотрение в связи со следующим.

В соответствии со статьями 779, 781 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги. Заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг.

Частью 1 статьи 44 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» предусмотрено, что на территории Российской Федерации услуги связи оказываются операторами связи пользователям услугами связи на основании договора, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи.

Согласно пункту 53 Правил оператор связи по письменному заявлению абонента обязан без расторжения договора приостановить оказание абоненту услуг связи по передаче данных. При этом с абонента взимается плата за весь период, указанный в заявлении, в соответствии с установленным для таких случаев тарифом.

Судом установлено, что 11.10.2010 ООО обратилось в ОАО с заявлением о приостановлении услуг связи по договору с 12.10.2010. Указанное заявление получено ОАО 11.10.2010. Соответствующий тариф (пункт 53 Правил) сторонами предусмотрен не был.

Из Правил оказания услуг связи по передаче данных и договора не следует, что ответчик вправе не оплачивать оказанные ему услуги после направления письма о приостановлении оказания услуг. Вывод суда в этой части нельзя признать состоятельным.

Истец ссылается на то, что с 12.10.2010 и до 01.11.2010 ООО пользовалось услугами истца по приему-передаче данных. В силу статьи 781 ГК РФ оплате заказчиком подлежат оказанные ему услуги.

Согласно пункту 2 статьи 54 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» основанием для осуществления расчетов за услуги связи являются показания оборудования связи, учитывающего объем оказанных услуг оператором связи, а также условия заключенного с пользователем услугами связи договора об оказании услуг связи. Пунктом 44 Правил предусмотрено, что основанием для выставления счета абоненту или списания средств с лицевого счета за предоставленные телематические услуги связи являются данные, полученные с помощью оборудования, используемого оператором связи для учета объема оказанных им телематических услуг связи.

Согласно Постановлению Правительства РФ от 31.12.2004 № 896 «Об утверждении перечня средств связи, подлежащих обязательной сертификации» оборудование, используемое оператором связи для учета оказанных услуг, и автоматизированные системы расчетов подлежат обязательной сертификации.

Согласно материалам дела, ОАО осуществляет учет объема предоставляемых услуг связи автоматизированно на основании сведений сертифицированного оборудования - автоматизированной системы расчетов «PETER-SERVICE ИТС» (версия ПО 6) (сертификат соответствия № ОС-1-СТ-0202 со сроком действия с 21.11.2008 до 21.11.2011) в составе согласно приложению, на основании показаний которой осуществляются расчеты с пользователями за оказанные услуги связи.

В подтверждение факта оказания услуг ответчику истец представил детализацию соединений ООО за период с 01.10.2010 по 31.10.2010, выполненную с использованием автоматизированной системы расчетов.

Суд первой инстанции не принял представленную истцом детализацию соединений в качестве доказательства фактического пользования ответчиком услугами доступа к сети Интернет, поскольку в детализации указан IP-адрес маршрутизатора оператора, то есть

истца, и в этой связи на ее основании невозможно установить, что услуги передачи данных оказывались для IP-адреса оборудования ответчика; указанная в детализации зона оказания услуг – 99 не соответствует установленной в приложении к приказу ОАО зоне подключения для г. Томска – 81.

Вместе с тем, суд не дал оценку доводам истца, приведенным в обоснование данных, указанных в детализации соединений. Согласно этим доводам, учитывая схему присоединения сети передачи данных ООО к сети передачи данных ОАО для предоставления услуг по пропуску Интернет-трафика, соответствующий трафик шел через IP-адрес 87.226.223.86 – адрес ответчика.

При этом факт оказания услуг доступа к сети Интернет за период с 01.10.2010 по 11.10.2010 признан ответчиком. Между тем, указанные в детализации IP-адрес маршрутизатора и зона оказания услуг за периоды с 01.10.2010 по 11.10.2010 и с 12.10.2010 по 31.10.2010 совпадают.

Как отметил ФАС ЗСО в своем постановлении, доказательства того, что в период с 12.10.2010 по 31.10.2010 услуги оказывались по иному IP-адресу маршрутизатора и зоне оказания услуг, в материалы дела не представлены; ответчик существенных возражений против доводов истца не приводил.

По мнению суда кассационной инстанции, при таких условиях, отказывая в иске, суд не выяснил все обстоятельства дела, поэтому в этой части судебные акты подлежат отмене с передачей дела на новое рассмотрение. ФАС ЗСО указал, что при новом рассмотрении дела суду следует дать оценку доводам истца о том, что в сети, выделенной ООО, использовалось два IP-адреса. Соответствующий трафик мог проходить только через IP-адрес ответчика и в спорный период он пользовался услугами истца.

1.2. Заявление о привлечении контролирующего должника лиц к ответственности по основаниям, предусмотренным Законом о банкротстве, рассматривается в деле о банкротстве должника. Такое заявление, принятое арбитражным судом в рамках самостоятельного дела, подлежит оставлению без рассмотрения по п. 4 ч. 1 ст. 148 АПК РФ

Федеральная налоговая служба в лице Инспекции Федеральной налоговой службы Российской Федерации по Томскому району Томской области (далее – ФНС России, уполномоченный орган) обратилась с иском к М. о взыскании убытков, понесенных в ходе банкротства общества с ограниченной ответственностью «Томскнефтепереработка» (далее – ООО «Т», должник) по выплате вознаграждения арбитражному управляющему К.

и компенсации ему судебных расходов на проведение процедуры банкротства в сумме 284 044 рублей 83 копеек.

По мнению заявителя, по вине руководителя ООО «Т» - гражданина М. бюджету Российской Федерации причинены убытки, поскольку М. в нарушение статей 9, 10 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве) не обратился в арбитражный суд с заявлением о признании ООО «Т» банкротом. В результате бездействия руководителя должника уполномоченному органу нанесен реальный ущерб в размере 284 044,83 руб.

Следуя материалам дела, определением Арбитражного суда Томской области от 03.11.2005 по делу № А67-13888/05 по заявлению уполномоченного органа в отношении ООО «Т» введена процедура наблюдения, временным управляющим утвержден К.

Решением суда от 10.04.2006 должник признан несостоятельным (банкротом), в отношении него открыто конкурсное производство, конкурсным управляющим утвержден К.

Определением суда от 23.10.2007 конкурсное производство в отношении ООО «Т» завершено, производство по делу о признании его несостоятельным (банкротом) прекращено, с ФНС России в пользу К. взысканы расходы по делу о банкротстве ООО «Т» в сумме 284 044,83 руб.

09.11.2007 в Едином государственном реестре юридических лиц (далее – ЕГРЮЛ) произведена запись о ликвидации ООО «Т» по определению суда о завершении конкурсного производства.

ФНС России произвела выплату К. в размере 284 044,83 руб.

В соответствии со статьей 10 Закона о банкротстве руководитель должника обязан возместить причиненные убытки в указанной сумме.

Решением Арбитражного суда Томской области от 17.06.2011 по делу № А67-1560/2011, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции от 26.08.2011, в удовлетворении исковых требований отказано.

Отказывая в удовлетворении исковых требований, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу, что истец в нарушение статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) не представил доказательств наличия совокупности условий, указанных в пункте 2 статьи 10 Закона о банкротстве, необходимых для привлечения М. к субсидиарной ответственности. Кроме того суды указали, что расходы по делу о банкротстве, понесенные уполномоченным органом в силу пунктов 3, 4 статьи 59 Закона о банкротстве, не являются обязательствами должника в понимании пункта 2 статьи 10 названного Закона.

Постановлением ФАС ЗСО от 23.11.2011 решение суда первой инстанции и постановление апелляционной инстанции по делу отменены, иск оставлен без рассмотрения в связи со следующим.

С исковым заявлением о взыскании убытков с руководителя должника уполномоченный орган обратился в арбитражный суд 17.03.2011, то есть более чем через три года после исключения ООО «Т» из ЕГРЮЛ. Исковое заявление принято к производству арбитражного суда определением от 21.03.2011.

Судопроизводство в арбитражных судах осуществляется в соответствии с федеральными законами, действующими во время разрешения спора и рассмотрения дела, совершения отдельного процессуального действия или исполнения судебного акта (часть 4 статьи 3 АПК РФ).

Федеральным законом от 28.04.2009 № 73-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон № 73-ФЗ) статья 10 Закона о банкротстве дополнена пунктом 6, согласно которому заявление о привлечении контролирующих должника лиц к ответственности по основаниям, предусмотренным настоящим Законом, рассматривается арбитражным судом в деле о банкротстве должника.

Указанное заявление может быть подано в ходе конкурсного производства арбитражным управляющим по своей инициативе либо по решению собрания кредиторов или комитета кредиторов.

Как разъяснено в информационном письме Президиума ВАС РФ от 27.04.2010 № 137 «О некоторых вопросах, связанных с переходными положениями Федерального закона от 28.04.2009 № 73-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», Закон № 73-ФЗ вступил в силу с 05.06.2009.

Предусмотренные Законом о банкротстве в редакции Закона № 73-ФЗ процессуальные нормы о порядке привлечения к субсидиарной ответственности (пункты 6 – 8 статьи 10) подлежат применению судами после вступления в силу Закона № 73-ФЗ независимо от даты, когда имели место упомянутые в статье 10 Закона о банкротстве в редакции Закона № 73-ФЗ обстоятельства или было возбуждено производство по делу о банкротстве.

Настоящее дело возбуждено 21.03.2011.

В этой связи судом подлежали применению процессуальные нормы о порядке привлечения к субсидиарной ответственности, предусмотренные пунктом 6 статьи 10 Закона о банкротстве в редакции Закона № 73-ФЗ, следовательно, исковое заявление не подлежало рассмотрению вне рамок дела о банкротстве.

В соответствии с подпунктом 4 пункта 1 статьи 148 АПК РФ арбитражный суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если после его принятия к производству установит, что заявлено требование, которое в соответствии с Федеральным законом должно быть рассмотрено в деле о банкротстве.

При таких обстоятельствах является правомерным вывод суда кассационной инстанции об оставлении иска без рассмотрения в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 148 АПК РФ.

Постановление кассационной инстанции соответствует судебной практике¹.

1.3. Причины возникновения недостатков, объем работ, необходимый для устранения недостатков а также их стоимость должны быть определены экспертным путем, поскольку для этого требуются специальные познания; выводы судов должны соответствовать имеющимся в деле доказательствам

Открытое акционерное общество «Особая экономическая зона технико-внедренческого типа «Томск» (далее – ОАО, истец) обратилось в Арбитражный суд Томской области с иском к закрытому акционерному обществу «Форвард Инвест» (правопреемник ЗАО «Монтена Инвест») (далее – ЗАО, ответчик) о взыскании 1 991 745,92 руб., в том числе: 1 959 154,38 руб. в качестве возмещения расходов (реального ущерба), связанных с оплатой работы третьего лица в связи с неисполнением ЗАО «Монтена Инвест» своих гарантийных обязательств по договору строительного подряда от 06.06.2007 и 32 591,54 руб. в возмещение судебных расходов по оплате государственной пошлины.

Определением суда к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, на стороне истца привлечено общество с ограниченной ответственностью «Энергика» (далее – ООО).

Как следует из материалов дела, между ОАО (заказчик) и ЗАО «Монтена Инвест» (подрядчик) заключен договор строительного подряда от 06.06.2007 (в редакции дополнительных соглашений к нему), по условиям которого подрядчик обязался

¹ До разъяснений, данных Президиумом ВАС РФ в информационном письме от 27.04.2010 № 137 «О некоторых вопросах, связанных с переходными положениями Федерального закона от 28.04.2009 № 73-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», существовала практика рассмотрения аналогичных требований по существу вне рамок дела о банкротстве должника, чьим руководителем являлся ответчик. Так, решением от 18.03.2010 по делу № А67-10351/2009, оставленным без изменений судами апелляционной и кассационной инстанций, в удовлетворении требований уполномоченного органа отказано, определением ВАС РФ № 650/11 от 07.02.2011 отказано в передаче дела для пересмотра в порядке надзора.

В настоящее время сложилась устойчивая судебная практика о невозможности рассмотрения таких исковых требований вне рамок дела о банкротстве: определения Арбитражного суда Томской области об оставлении искового заявления без рассмотрения от 01.07.2011 по делам №№ А67-1559/2011, А67-2006/2011 оставлены без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций.

выполнить в установленный срок работы по строительству Объекта - Центр инноваций и технологий (I очередь) (участок № 1 в районе Академгородка), передать введенный в эксплуатацию объект заказчику, а заказчик обязался принять объект и оплатить результат выполненных работ.

Стороны дополнительным соглашением к договору от 23.06.2008 № 6 включили в перечень работ, подлежащих выполнению подрядчиком, строительство трансформаторной подстанции (Приложение № 2 к дополнительному соглашению № 6) (далее – ТП) требования к которой обозначены в рабочем проекте.

Подрядчик выполнил свои договорные обязательства по строительству трансформаторной подстанции, результат работ был принят заказчиком по акту приемки законченного строительством объекта (Форма КС-11) от 26.12.2008 № 1, разрешение на ввод объекта в эксплуатацию выдано 27.12.2008.

В период гарантийного срока, 09.09.2009 заказчик направил подрядчику рекламационный акт от 08.09.2009 по договору, в котором перечислены недостатки строительно-монтажных работ на ТП и установлен срок для их устранения – 14.09.2009.

Сопроводительное письмо и рекламационный акт вручены представителю подрядчика 09.09.2009.

Подрядчик письмом от 14.09.2009 № 34 не принял рекламационный акт, указав на необходимость в течение 5 -7 дней проанализировать названные в нем замечания с привлечением субподрядной организации, после чего назначить сроки выполнения при определении обоснованных замечаний.

Поскольку подрядчик отказался принять рекламационный акт, заказчик самостоятельно провел экспертизу и для устранения выявленных недостатков на ТП заключил договоры подряда с третьим лицом по делу – ООО. Работы третьим лицом были выполнены на общую сумму 1 959 154,38 руб.

Заказчик 05.04.2010 направил подрядчику претензию с требованием уплатить ему указанную сумму в качестве компенсации расходов, связанных с оплатой третьему лицу, впоследствии обратился в суд с настоящим иском.

Решением Арбитражного суда Томской области от 28.03.2011, оставленным без изменения постановлением Седьмого арбитражного апелляционного суда от 23.06.2011, в удовлетворении исковых требований отказано.

При этом суд первой инстанции пришел к выводу, что у истца не имелось законных оснований для привлечения третьих лиц на устранение недостатков, материалами дела не подтверждается наличие недостатков работ, указанных истцом, и не доказано, что для устранения названных им недостатков требовалось выполнение работ в том объеме,

который отражен в актах о приемке выполненных работ. Суд также не принял в качестве доказательств наличия недостатков экспертное заключение, представленное истцом в обоснование иска.

Апелляционный суд поддержал выводы суда первой инстанции и указал, что судебная экспертиза, проведенная в рамках настоящего дела, не подтверждает однозначно того, что ТП вышла из строя только вследствие недостатков при выполнении ответчиком строительно-монтажных работ.

Истец обратился с кассационной жалобой на указанные судебные акты. По его мнению, выводы судов о необоснованности заявленных исковых требований не соответствуют имеющимся в деле доказательствам. Факт причинения вреда, его размер, противоправность поведения ответчика и причинно-следственная связь доказаны истцом.

Кроме этого, судами нарушены и нормы процессуального права: заключение судебного эксперта Вульфсона В.В. получено с нарушением статьи 64 АПК РФ; резолютивная часть решения, объявленная в судебном заседании 23.03.2011, отличается от резолютивной части полного текста решения, изготовленного 28.03.2011 в части взыскания с истца в доход федерального бюджета 525,95 руб. государственной пошлины; судом первой инстанции необоснованно возложены судебные расходы по проведению судебной экспертизы на истца.

ООО в отзыве на кассационную жалобу указало, что свои обязательства выполнило в полном объеме, претензии по качеству отсутствуют, недостатки могли возникнуть в результате проведения пуско-наладочных работ ненадлежащего качества либо из-за использования оборудования ненадлежащего качества.

Постановлением суда кассационной инстанции от 31.08.2011 по делу № А67-3978/2010 вышеуказанные судебные акты отменены, дело направлено на новое рассмотрение.

Отменяя судебные акты по данному делу, ФАС ЗСО счел, что судебные акты вынесены с нарушением норм процессуального законодательства, а выводы судов не соответствуют имеющимся в деле доказательствам.

Согласно статье 15 ГК РФ лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере. Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб). При этом ответственность, предусмотренная названными нормами, наступает при совокупности

условий, включающей наличие вреда, противоправность поведения причинителя вреда и его вину, подтвержденность размера причиненного вреда, а также причинно-следственную связь между противоправными действиями и наступившими неблагоприятными последствиями.

Пунктом 1 статьи 722 ГК РФ установлено, что в случае, когда для результата работы предусмотрен гарантийный срок, результат работы должен в течение всего гарантийного срока соответствовать условиям договора о качестве. Согласно п. 1 ст. 723 ГК РФ в случаях, когда работа выполнена с отступлениями от договора подряда, ухудшившими результат работы, заказчик вправе требовать возмещения своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика устранять их предусмотрено в договоре подряда.

Пунктом 5 статьи 720 ГК РФ установлено, что при возникновении между заказчиком и подрядчиком спора по поводу недостатков выполненной работы или их причин по требованию любой из сторон должна быть назначена экспертиза.

Согласно ч. 1 ст. 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

Абзацем 4 пункта 9.4 договора от 06.06.2007 согласовано, что если в течение гарантийного периода выявится, что отдельные части работ имеют дефекты или недостатки, которые являются следствием ненадлежащего выполнения подрядчиком принятых на себя обязательств, то заказчик составляет рекламационный акт, где фиксируются дата обнаружения дефекта и предполагаемая дата его устранения.

Согласно пункту 9.5 договора, в случае если подрядчик откажется от подписания рекламационного акта, окончательным документом по фиксации обнаруженного дефекта и его характера является акт экспертизы, проводимой в порядке, установленном пунктом 12.2 договора. В случае если подрядчик в течение срока, указанного в рекламационном акте, не устранит дефекты и недоделки, указанные в рекламационном акте, то заказчик вправе без ущемления своих прав по гарантии устранить дефекты и недоделки силами третьих лиц за счет подрядчика (пункт 9.7 договора).

Поскольку ответчик рекламационный акт не принял, не устранил недостатки работ, истец в соответствии с договором провел экспертизу и в порядке пункта 9.7 договора привлек третье лицо - ООО, который устранил недостатки.

Суд первой инстанции счел, что в данной ситуации у истца отсутствовало право поручить устранение указанных в рекламационном акте недостатков третьему лицу, так как, оценивая в совокупности и во взаимосвязи условия, содержащиеся в подпункте 7.7.4,

пунктах 9.4, 9.7 договора, сделал вывод, что названное право заказчика возникает, если подрядчик добровольно не устраняет выявленные недостатки работ, за которые он отвечает.

Вместе с тем, из письма от 14.09.2009 № 34 усматривается, что оно составлено в ответ на два рекламационных акта: по спорному договору и договору от 24.03.2008. При этом ответчик в письме указывает причины не принятия только рекламационного акта от 08.09.2009 к договору от 24.03.2008 - частично на необходимость предоставления времени для определения причин возникновения выявленных недостатков. В отношении замечаний по спорному рекламационному акту ответчик причин не указал.

ФАС ЗСО указал, что суд первой инстанции, делая вывод о том, что срок, указанный в рекламационном акте, не является разумным, не дал оценки поведению ответчика, который, получив 09.09.2009 рекламационный акт, ответ на него дает только 14.09.2007, то есть в срок, указанный в акте для устранения недоделок, и указывает на предоставление дополнительного времени, хотя таких действий договором не предусмотрено.

ФАС ЗСО также указал, что, в материалах дела отсутствуют доказательства того, что ответчик предпринимал действия (в том числе и в период проведения экспертизы) по проверке обоснованности рекламационного акта (отсутствуют результаты проведенного анализа, возражения против необходимости исполнения гарантийных обязательств в результате аварий на ТП-1). Несмотря на это, суд первой инстанции необоснованно сослался только на то, что истец не представил доказательств обеспечения ответчику такой возможности, нарушив, по мнению суда, правила статьи 65 АПК РФ об обязанности доказывания обстоятельств, на которые ссылаются стороны как на обоснование своих требований и возражений.

Таким образом, вывод суда первой инстанции об отсутствии у истца права на привлечение третьих лиц на устранение недостатков в порядке пункта 9.7 договора сделан без учета и оценки всех фактических обстоятельств дела и не основан на имеющихся в деле доказательствах.

Кроме того, в соответствии с частью 1 статьи 82 АПК РФ для разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний, арбитражный суд назначает экспертизу по ходатайству лица, участвующего в деле, или с согласия лиц, участвующих в деле. Таким образом, судебная экспертиза назначается судом в случаях, когда вопросы права нельзя разрешить без оценки фактов, для установления которых требуются специальные познания.

В своем постановлении ФАС ЗСО отмечает, что относясь критически к результатам экспертизы ООО «ТЭПЦ «Регион-70» от 18.09.2009, проведенной по поручению истца в

порядке пункта 12.2 договора, суд первой инстанции в нарушение статьи 71 АПК РФ не дал оценки судебной экспертизе № 101 А/2010, проведенной Вульфсоном В.В. в рамках настоящего дела.

Давая оценку постановлению Седьмого арбитражного апелляционного суда, ФАС ЗСО указал следующее.

Апелляционный суд при повторном рассмотрении дела в нарушение статьи 268 АПК РФ не рассмотрел по существу доводы апелляционной жалобы в части соблюдения судом первой инстанции порядка назначения судебной экспертизы, неправомерно указав на не обжалование определения о приостановлении производства по делу в связи с назначением экспертизы. В то же время апелляционный суд указал, что в заключении судебного эксперта № 101 А/2010 содержатся выводы относительно причин выхода из строя ТП, а также указано, что причиной выхода из строя ТП-1 являются недостатки строительно-монтажных работ, а точнее пусконаладочных работ АВР-04кВ. Вместе с тем, эксперт указал на наличие причинно-следственной связи между нарушениями в эксплуатации ТП и выходом ее из строя.

То есть фактически суд признал результаты экспертизы противоречивыми, однако при этом в нарушение статьи 82, 87 АПК РФ не была назначена и проведена повторная (дополнительная) экспертиза по инициативе суда, для проведения которой не требуется ходатайств лиц, участвующих в деле.

Судами сделан вывод о недоказанности размера причиненных убытков со ссылкой на то, что истец не представил доказательств, что для устранения недостатков, указанных в рекламационном акте, требовалось выполнение работ в том объеме, который отражен в актах о приемке выполненных работ, подписанных между истцом и ООО.

Вместе с тем, причины выхода из строя ТП, объем работ, необходимый для устранения недостатков, а также их стоимость должны быть определены экспертным путем, поскольку для этого требуются специальные познания.

Из материалов дела следует, что ни один из экспертов, в рамках проведенных экспертиз, не сделал вывод о невозможности проведения экспертизы по причине выполнения работ на спорном объекте ООО и самим истцом в период после аварий. Соответственно данный вопрос можно решить путем постановки его эксперту с последующей оценкой имеющихся в деле доказательств.

Кроме того, в постановлении ФАС ЗСО указано на следующее: резолютивная часть решения суда первой инстанции, объявленная в судебном заседании 23.03.2011 (аудиозапись), отличается от текста резолютивной части решения, изготовленного на бумажном носителе, в части распределения государственной пошлины.

Как следует из положений ст. 155 АПК РФ, аудиозапись является основным средством фиксирования сведений о ходе судебного заседания, а также средством обеспечения открытости судебного разбирательства. В соответствии со ст. 169 АПК РФ, определяющей правила изложения судебного акта, исправления в решении должны быть оговорены и удостоверены подписями всех судей в совещательной комнате до объявления решения. На основании ч. 3 ст. 179 АПК РФ арбитражный суд, принявший решение, по заявлению лица, участвующего в деле, или по своей инициативе вправе исправить допущенные в решении опiski, опечатки без изменения его содержания. Допустив несоответствие оглашенной части резолютивной части судебного заседания письменному тексту резолютивной части судебного акта, суд нарушил вышеуказанные положения процессуального закона. Суд апелляционной инстанции неправоммерно их не устранил.

Отменяя судебные акты по данному делу, ФАС ЗСО указал, что при новом рассмотрении дела суду необходимо рассмотреть вопрос о возможности проведения повторной (дополнительной) экспертизы, поставив перед экспертом вопросы о наличии причин выхода из строя ТП и определении объема восстановительных работ, их стоимость, а также возможность ответить на поставленные вопросы с учетом проведенных на объекте работ, дать надлежащую правовую оценку всем обстоятельствам дела и доводам сторон в совокупности, правильно применить нормы материального и процессуального права и принять решение в соответствии с установленными обстоятельствами и действующим законодательством².

2. По материалам административной коллегии

2.1. Денежные средства, перечисленные налогоплательщиком через "проблемный" банк в счет уплаты налога на добавленную стоимость, в бюджет фактически не поступили и не могут быть признаны излишне уплаченными или уплаченными дважды. На законодательном уровне порядок уменьшения числящейся за налогоплательщиком недоимки при фактическом непоступлении сумм налогов в бюджет не регламентирован

Открытое акционерное общество (далее – общество, налогоплательщик, заявитель) обратилось в суд с заявлением к Инспекции Федеральной налоговой службы по г. Томску (далее - инспекция, налоговый орган) о признании недействительным решения о привлечении к налоговой ответственности за совершение налогового правонарушения.

² Президиумом ВАС РФ 28.07.2011 принято постановление № 3024/11, согласно которому дело об обязанности устранить недостатки работ, выполненных по договору строительного подряда, направлено на новое рассмотрение, так как ответчик ссылался на пункт договора о назначении экспертизы при возникновении спора по поводу недостатков работы, при этом судами трех инстанций при удовлетворении иска данные обстоятельства неправоммерно не были исследованы и не были установлены причины отслоения покрытия.

Инспекцией проведена камеральная проверка уточненной налоговой декларации по налогу на добавленную стоимость за декабрь 2007 года, представленной обществом 14.10.2008, принято решение о привлечении общества к налоговой ответственности за совершение налогового правонарушения, предусмотренного пунктом 1 статьи 122 Налогового кодекса Российской Федерации (НК РФ), в виде штрафа за неуплату суммы налога на добавленную стоимость за декабрь 2007 года в результате занижения налоговой базы.

Решением Управления Федеральной налоговой службы по Томской области решение инспекции оставлено без изменения.

Не согласившись с решением инспекции, общество оспорило его в судебном порядке.

Решением от 14.03.2011 Арбитражного суда Томской области по делу № А67-2886/09 заявленные требования удовлетворены.

Постановлением от 08.06.2011 Седьмого арбитражного апелляционного суда решение суда оставлено без изменения.

Суд кассационной инстанции судебные акты отменил и принял новое решение об отказе в удовлетворении заявленных требований, основываясь на следующем.

Пунктом 4 статьи 81 НК РФ установлено, что если уточненная налоговая декларация представляется в налоговый орган после истечения срока подачи налоговой декларации и срока уплаты налога, то налогоплательщик освобождается от ответственности, в том числе в случае представления уточненной налоговой декларации до момента, когда налогоплательщик узнал об обнаружении налоговым органом неотражения или неполноты отражения сведений в налоговой декларации, а также ошибок, приводящих к занижению подлежащей уплате суммы налога, либо о назначении выездной налоговой проверки по данному налогу за данный период, при условии, что до представления уточненной налоговой декларации он уплатил недостающую сумму налога и соответствующие ей пени.

В соответствии с пунктом 42 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.02.2001 N 5 "О некоторых вопросах применения части первой Налогового Кодекса Российской Федерации" при применении статьи 122 НК РФ судам необходимо иметь в виду, что "неуплата или неполная уплата сумм налога" означает возникновение у налогоплательщика задолженности перед соответствующим бюджетом (внебюджетным фондом) по уплате конкретного налога в результате совершения указанных в данной статье деяний (действий или бездействия).

В связи с этим, если в предыдущем периоде у налогоплательщика имеется переплата определенного налога, которая перекрывает или равна сумме того же налога, заниженной в последующем периоде и подлежащей уплате в тот же бюджет (внебюджетный фонд), и указанная переплата не была ранее зачтена в счет иных задолженностей по данному налогу, состав правонарушения, предусмотренный статьей 122 НК РФ, отсутствует, поскольку занижение суммы налога не привело к возникновению задолженности перед бюджетом (внебюджетным фондом) в части уплаты конкретного налога.

Если же у налогоплательщика имеется переплата налога в более поздние периоды по сравнению с тем периодом, когда возникла задолженность, налогоплательщик может быть освобожден от ответственности, предусмотренной статьей 122 НК РФ, только при соблюдении им условий, определенных пунктом 4 статьи 81 НК РФ.

Из положений статьи 122 НК РФ, пункта 42 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.02.2001 N 5 следует, что при установлении обоснованности привлечения налогоплательщика к налоговой ответственности на основе уточненной налоговой декларации, необходимо проверить фактическое возникновение задолженности перед бюджетом на установленный законом срок уплаты налога за проверяемый налоговый период, а также на дату представления уточненной декларации в целях возможного зачета дополнительно исчисленной суммы налога и соответствующих пеней. При наличии же переплаты на дату представления уточненной налоговой декларации последней должно быть достаточно для полного погашения дополнительно исчисленной налогоплательщиком к уплате суммы налога, а также пеней. При таких обстоятельствах условия для освобождения от налоговой ответственности об уплате недостающей суммы налога и пеней, предусмотренные пунктом 4 статьи 81 НК РФ, могут считаться соблюденными.

Как следует из материалов дела, решением Арбитражного суда Томской области от 02.12.2003 по делу N А67-8836/03 признаны недействительными решение и требование об уплате налога. Денежные средства в сумме 3 182 908,73 руб. (налог на добавленную стоимость за сентябрь - октябрь 1998 года), не поступили из "проблемного" банка в бюджет, но решением Арбитражного суда Томской области от 02.12.2003 по делу N А67-8836/03 обязанность общества по уплате в бюджет налога на добавленную стоимость на указанную сумму признана исполненной.

Принимая во внимание указанное решение, а также акт сверки по налогу на добавленную стоимость от 08.09.2009, суды пришли к выводу, что у налогоплательщика имеется переплата в размере 3 300 000 рублей, образовавшаяся в результате признания Арбитражным судом Томской области по делу N А67-8836/03 обязанности

налогоплательщика по уплате налога на добавленную стоимость за сентябрь, октябрь 1998 года исполненной; следовательно, у инспекции отсутствовали основания для принятия оспариваемого решения.

Вместе с тем, как указал суд кассационной инстанции, на законодательном уровне порядок уменьшения числящейся за налогоплательщиком недоимки при фактическом непоступлении сумм налогов в бюджет не регламентирован.

Сумма налога, указанная как "денежные средства, списанные с расчетных счетов налогоплательщика, но не зачисленные на счета по учету доходов бюджета на конец сверяемого периода", хотя и отражается в карточке лицевого счета налогоплательщика по налогу на добавленную стоимость на первое число каждого календарного года как переплата - фактически таковой не является.

Таким образом, в рассматриваемом случае, денежные средства, перечисленные налогоплательщиком через "проблемный" банк в счет уплаты налога на добавленную стоимость, в бюджет фактически не поступили и не могут быть признаны излишне уплаченными или уплаченными дважды.

Заявляя требование о зачете недоимки в счет имеющейся переплаты, заявитель должен был представить (применительно к настоящему спору) доказательства повторной уплаты налога на добавленную стоимость за сентябрь - октябрь 1998 года, поскольку само по себе признание обязанности по уплате налога исполненной не порождает автоматического права налогоплательщика на возврат или зачет таких сумм (данная правовая позиция изложена в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.09.2008 N 6673/08).

Из материалов дела следует, что сумма налога на добавленную стоимость, подлежащая уплате на основании уточненной налоговой декларации за декабрь 2007 года, уплачена налогоплательщиком 20.10.2008, то есть после подачи уточненной налоговой декларации. В отношении суммы пеней было принято решение о зачете от 23.10.2008, то есть также после подачи уточненной налоговой декларации. Данное обстоятельство подтверждено представителем общества в судебном заседании кассационной инстанции.

Поскольку недостающая сумма налога и соответствующие ей пени налогоплательщиком были уплачены после представления уточненной налоговой декларации, вывод судов о наличии условий для освобождения от налоговой ответственности на основании пункта 4 статьи 81 НК РФ является неверным.

2.2. Суд не может прекратить производство по делу об оспаривании нормативного правового акта в случае, когда данный нормативный правовой акт

решением принявшего его органа государственной власти, органа местного самоуправления или должностного лица признан утратившим силу либо в случае, когда срок действия этого нормативного правового акта истек после подачи в суд соответствующего заявления, если в процессе судебного разбирательства будет установлено нарушение оспариваемым нормативным правовым актом прав и свобод заявителя, гарантированных Конституцией Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами

Л., Д., Г., Я. (далее - заявители) обратились в суд с заявлением об отмене приказа Региональной энергетической комиссии Томской области (правопреемником которой является Департамент тарифного регулирования и государственного заказа Томской области (далее по тексту Департамент) "О тарифах на тепловую энергию общества с ограниченной ответственностью "А" (далее - приказ).

Как установлено арбитражным судом, приказом Региональной энергетической комиссии Томской области (далее по тексту РЭК) установлены тарифы на тепловую энергию ООО "А" согласно приложению N 1 сроком действия с 01.01.2010 по 31.12.2010.

Считая, что приказ не соответствует действующему законодательству и нарушает права и законные интересы, заявители обратились в арбитражный суд с заявлением о признании его недействующим.

Решением от 26.11.2010 Арбитражного суда Томской области заявленные требования удовлетворены. Постановлением от 17.03.2011 Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа решение отменено и дело направлено на новое рассмотрение.

Определением от 30.05.2011 Арбитражного суда Томской области прекращено производство по делу (дело № А67-3636/2010).

Прекращая производство по делу, арбитражный суд исходил из того, что оспариваемый приказ утратил действие в связи с окончанием срока, Федеральный закон от 14.04.1995 N 41-ФЗ "О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации" утратил силу с 01.01.2011. Приказ не противоречит действующему законодательству. Заявителями не представлено доказательств нарушения их прав приказом.

Арбитражный суд кассационной инстанции определение отменил, направил дело на новое рассмотрение, основываясь на следующем.

В соответствии с частью 1 статьи 192 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействующим нормативного правового

акта, принятого государственным органом, органом местного самоуправления, иным органом, должностным лицом, если полагают, что оспариваемый нормативный правовой акт или отдельные его положения не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности или создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Арбитражным судом установлено, что приказ в момент обращения заявителей действовал и прекратил свое действие 31.12.2010.

Исходя из правовых позиций, определенных в определении Конституционного Суда Российской Федерации от 12.07.2006 N 182-О и Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19.01.2010 N 12939/09, суд не может прекратить производство по делу об оспаривании нормативного правового акта в случае, когда данный нормативный правовой акт решением принявшего его органа государственной власти, органа местного самоуправления или должностного лица признан утратившим силу либо в случае, когда срок действия этого нормативного правового акта истек после подачи в суд соответствующего заявления, если в процессе судебного разбирательства будет установлено нарушение оспариваемым нормативным правовым актом прав и свобод заявителя, гарантированных Конституцией Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами.³

В определении о прекращении производства по делу не содержится оценки оспариваемого нормативного акта на соответствие его действующему законодательству.

Таким образом, без оценки законности нормативного акта, вывод арбитражного суда о том, что не нарушаются права заявителей, является преждевременным.

Как указал суд кассационной инстанции, при новом рассмотрении арбитражному суду следует проверить соответствие оспариваемого приказа действующему законодательству и в зависимости от установленных обстоятельств выяснить нарушаются ли права заявителей.

³ Ранее по рассматриваемому вопросу Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации занимал другую позицию, которая была изложена в пункте 6 Информационного письма от 13.08.2004 N 80 "О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании нормативных правовых актов". Указанная правовая позиция была скорректирована в постановлениях Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 03.02.2009 N 13348/08 и от 19.01.2010 N 12939/09. В настоящее время в своей практике Высший Арбитражный Суд Российской Федерации придерживается приведенной в постановлении суда апелляционной инстанции точки зрения, например, в Постановлении Президиума от 13.09.2011 N 6254/11 по делу N А41-7165/10.

Отдел обобщения судебной практики
Арбитражного суда Томской области
07.03.2012 г.