

ПРОТОКОЛ № 2
заседания секции арбитражного процессуального законодательства
Научно-консультативного совета
при Третьем арбитражном апелляционном суде

Красноярск, проспект Мира, 9

01 декабря 2011 года
(14:00 – 16:40)

Присутствовали:

Члены секции арбитражного процессуального законодательства
Научно-консультативного совета
при Третьем арбитражном апелляционном суде:

Руководство Совета

Шошин Павел Витальевич	председатель Третьего арбитражного апелляционного суда	председатель Совета, руководитель секции арбитражного процессуального законодательства Совета
Борисов Григорий Николаевич	заместитель председателя Третьего арбитражного апелляционного суда	заместитель председателя Совета

Члены Совета

Ахметова Светлана Васильевна	заместитель председателя Арбитражного суда Красноярского края
Григорьева Марина Анатольевна	кандидат юридических наук, председатель четвертого судебного состава Арбитражного суда Красноярского края
Гурова Тамара Сергеевна	и.о. председателя второго судебного состава Третьего арбитражного апелляционного суда
Касьянова Лариса Анатольевна	заместитель председателя Арбитражного суда Красноярского края
Конкина Ирина Ивановна	председатель Арбитражного суда Республики Хакасия
Морозова Наталья Александровна	кандидат юридических наук, судья Арбитражного суда Красноярского края
Ражков Роман Алексеевич	судья Арбитражного суда Красноярского края
Севастьянова Екатерина Всеволодовна	председатель первого судебного состава Третьего арбитражного апелляционного суда
Сурков Дмитрий Леонидович	доктор юридических наук, профессор, председатель Арбитражного суда Красноярского края
Тарбагаева Елена Борисовна	кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса Юридического института Сибирского федерального университета
Цыганкова Ирина Николаевна	заместитель председателя Арбитражного суда Красноярского края
Шайхутдинов Евгений Маратович	кандидат юридических наук. Судья Арбитражного суда Красноярского края

административных и иных публичных правоотношений, арбитражный суд истребует доказательства от этих органов по своей инициативе.

Вправе ли суд апелляционной инстанции истребовать доказательства по своей инициативе, если они не представлены указанными органами или должностными лицами и суд первой инстанции не истребовал их по данной категории споров? Либо это может быть учтено лишь при признании уважительными причин непредставления доказательств в суд первой инстанции, если лицо, участвующее в деле, заявляет ходатайство о принятии дополнительных доказательств в суде апелляционной инстанции в соответствии с требованиями статьи 268 АПК РФ?

3. Возможно ли применение части 4 статьи 137 АПК РФ, предусматривающей завершение предварительного судебного заседания и открытие судебного заседания в суде первой инстанции, при условии извещения лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания и незаявлении ими возражений относительно рассмотрения дела в их отсутствие с соблюдением пунктов 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ?

Рассмотрение 1-го вопроса:

Слушали:

Шошина П.В. с докладом по вопросу, возникшему при проведении анализа практики Третьего арбитражного апелляционного суда применения положений АПК РФ о принятии дополнительных доказательств судом апелляционной инстанции, о критериях разграничения применения части 1 статьи 262 (абзац 2 части 2 статьи 268) и абзаца 1 части 2, части 3 статьи 268 АПК РФ, если лицо, участвующее в деле, ссылается на то, что с отзывом предоставлены документы, подтверждающие возражения относительно апелляционной жалобы, но данные документы являются новыми (дополнительными) доказательствами, ранее не приобщенными к материалам дела судом первой инстанции.

Докладчик предложил определиться, есть ли противоречие в том, что с одной стороны, согласно статье 262 АПК РФ лицо, участвующее в деле, направляет отзыв с приложением документов, а с другой – в статье 268 АПК РФ речь идет о новых доказательствах. При этом указал на наличие двух подходов.

Первый подход. Если представлены дополнительные доказательства, то применению подлежат правила об установлении уважительности причин непредставления доказательств в суд первой инстанции с учетом положений статьи 64 АПК РФ о том, что может быть рассмотрено в качестве доказательства. Поэтому выясняется характер доказательств, приложенных к отзыву: если новые – уважительность причин их непредставления.

Второй подход. Доказательства принимаются по существу, поскольку лицо, участвующее в деле, представляет их с отзывом, а потом оцениваются (влияют ли они на установление обстоятельств по делу или не влияют).

Выступили:

Ерохова М.А. обозначила замечание общего характера относительно всех вопросов, вынесенных для обсуждения на данное заседание Совета: судьи первой и апелляционной инстанции в сложном положении (когда принимать новые доказательства, а когда не принимать?) и заметила, что постепенно меняется идеология.

С 1992 года действовала одна модель – при рассмотрении дела в суде первой инстанции можно представить доказательства вплоть до принятия решения (до удаления суда в совещательную комнату). Апелляция при этом в более строгих рамках, но правила достаточно скудные. А кассация может указать на неполное выяснение обстоятельств (сторона приложила доказательства к кассационной жалобе). То есть модель, ориентированная на то, чтобы принимать любые доказательства.

Но последние 3-5 лет от данной модели наметился серьезный отход. В ВАС РФ культивируется идеология, согласно которой принятие доказательств возможно только на стадии подготовки дела к судебному разбирательству в суде первой инстанции, в апелляции – только при установлении уважительной причины непредставления в суде первой инстанции, а кассация вообще не занимается данным вопросом и оценкой, все ли доказательства представлены.

Но на настоящий момент традиция и текст АПК РФ все-таки ориентированы на то, что нужно принимать все (тенденция, отражающая вторую модель, имеется, но оснований для такого подхода еще нет в законе).

Далее Ерохова М.А. и Шошин П.В. в беседе выяснили вопрос, что ФАС Восточно-Сибирского округа, в частности, поступает в зависимости от ситуации (отправляет на новое рассмотрение, указав на неполное выяснение обстоятельств, или поддерживает позицию апелляционного суда вне зависимости от того, принял он новые доказательства или не принял).

Второй из указанных вариантов обусловлен принятием постановления Пленума ВАС РФ № 36 о рассмотрении дел в суде апелляционной инстанции, согласно пункту 26 которого постановление апелляционного суда не может быть отменено только на том основании, что приняты новые доказательства.

Шошин П.В. обратил внимание, что в рамках поставленного на обсуждение вопроса с учетом статьи 64 АПК РФ необходимо выяснить, что подразумевается под документами, которые рассматриваются по существу.

Архипова Ю.В. согласилась с Ероховой М.А. относительно смены модели, отметив, что указанная тенденция радует.

Доказательственная база должна формироваться только в суде первой инстанции. При этом проявление принципа состязательности состоит, в том числе, в установлении обязанности по направлению отзыва на иск, апелляционную и кассационную жалобы. Поэтому сторона должна приложить к состязательным документам документы, которые подтверждают доводы, и они, по сути, могут быть новыми, но поскольку (в случае с апелляционным обжалованием) сама апелляционная жалоба связана с процессом в первой инстанции, то доводы, указанные в жалобе, не могут носить характер нового, неисследованного, а документы к отзыву на жалобу могут быть новыми по форме, но не в сущностном смысле, потому что обстоятельства, подтвержденные ими, должны быть приведены исключительно в опровержение доводов жалобы. Следовательно, в таком случае их нужно принимать и рассматривать, иначе непонятно, на каком основании суд будет оценивать позицию противоположной стороны.

В апелляционной инстанции подготовка в усеченном виде, но тоже есть. Необходимо установить доказательственную информацию, не выходя за предмет спора, и исходя из предмета спора определить, является ли информация новой по сути или нет.

Шайхутдинов Е.М. обратил внимание, что даже из УПК РФ исчезла норма о цели суда, состоящей в достижении (установлении) объективной истины, и склоняясь ко второму подходу, отметил следующее.

И в теории и в практике отмечается, что с учетом принципа состязательности решение может не соответствовать критерию объективной истины, поскольку судом сделан вывод с учетом баланса заявленных требований и возражений и представленных сторонами доказательств.

Таким образом, безусловное право стороны представлять доказательства по делу ограничено в апелляционной инстанции. Цель законодателя – правовая определенность (постоянно упоминается КС РФ), устойчивость решения суда первой инстанции (правоотношение определено). Право подателя апелляционной жалобы по представлению доказательств ограничено. Лицо же, представляющее возражения на жалобу, не заинтересовано в нарушении устойчивости решения суда первой инстанции (правовой определенности), а законодатель при этом указывает еще и на необходимость приложить к отзыву документы (о других доказательствах речь не идет).

Поэтому в статье 268 АПК РФ (абзац 2 части 2) говорится о том, что апелляционный суд принимает документы (нет необходимости оценивать – новые ими подтверждается обстоятельства или нет), т.к. лицо имеет право представить документы с отзывом.

Сохраняется терминологическая неясность в отношении оценки доказательств, которая осуществляется и на этапе принятия и на этапе рассмотрения по существу. Оценка доказательств – оценка, в том числе, и относимости, а относимость – критерий возможности принятия.

Шошин П.В. предположил: если к отзыву приложены новые доказательства – принимаем по существу и говорим, что не влияют на установленные ранее обстоятельства?

Шайхутдинов Е.М. предложил считать, что абзац 2 части 2 статьи 268 АПК РФ – это специальная норма, которая уточняет общее положение абзаца 1 части 2 статьи 268 АПК РФ.

Документы, представленные в обоснование возражений на доводы апелляционной жалобы, принимаются апелляционным судом и рассматриваются по существу. Обстоятельства, подтверждаемые данными документами, новыми быть не могут (это не те обстоятельства, которые влияют на устойчивость решения).

Шошин П.В. уточнил, что бывают ситуации когда приложенные к отзыву документы, которые лицо представляет в обоснование возражений на доводы жалобы, подтверждают обстоятельства, которые первая инстанция не устанавливала.

Сурков Д.Л. предложил не ограничиваться двумя подходами, поскольку все может зависеть от конкретных обстоятельств.

Касьянова Л.А. согласилась с Шайхутдиновым Е.М. и Архиповой Ю.В. и отметила, что те или иные обстоятельства могли и не исследоваться. Например, лицо не являлось в процесс при рассмотрении в суде первой инстанции дела по иску о признании сделки недействительной, а в апелляции заявляет, что сделка расторгнута. Поэтому те документы, которые представляет лицо в обоснование возражений на такой довод апелляционной жалобы, необходимо принимать и рассматривать по существу.

Вопрос соотношения понятий в данных нормах (документ – доказательство) – вопрос юридической техники. Имеются в виду письменные доказательства с целью оставить без изменения обжалуемый акт. А вопрос, оценивать или не оценивать доказательства на стадии принятия, решается при соблюдении процессуальной формы принятия – заявление ходатайства.

Шошин П.В. обратил внимание, что исходя из норм АПК РФ если документы приложены к отзыву, то о ходатайстве речь не идет.

Касьянова Л.А. указала, что в таком случае неизбежен вариант представления документов, что называется, «до кучи» и изложила третий подход к решению поставленного вопроса, который заключается в следующем.

Если документы представлены в обоснование возражений на доводы жалобы, то апелляционный суд их принимает без установления каких-либо обстоятельств предварительно. Если нет связи с возражениями на доводы жалобы – то необходимо устанавливать уважительность причин непредставления данных доказательств в суд первой инстанции (это и отражено в пункте 26 постановления Пленума № 36).

Логика ФАС Восточно-Сибирского округа в постановлении от 06.05.2011 по делу № А33-5440/2010 в том, что новое доказательство (документ) составлено позднее, поэтому уважительность налицо, и суд апелляционной инстанции должен был оценивать с позиции уважительности непредставления.

Шошин П.В. заметил, что здесь не может быть уважительности – доказательство датировано позднее обжалуемого акта, а кассационный суд указал как раз на несоблюдение требований статьи 268 АПК РФ в части, регулирующей представление документов с отзывом.

Пенюшов Е.С. подтвердил, что в суде кассационной инстанции неоднократно сталкивались с проблемой, связанной с упоминанием в статье 268 АПК РФ термина «документ», а не «доказательство» (представление указанных понятий с помощью кругов Эйлера показывает, что не каждый документ – доказательство и наоборот).

Документ становится доказательством по делу с момента начала судебного познания, т.е., например, с момента начала апелляционного производства по делу, а на стадии принятия жалобы к производству мы не можем сказать, это новое доказательство или это просто документ.

Поэтому право лица представлять любые документы закреплено, но если суд установит, что среди документов – новые доказательства, то применятся часть 2 статьи 268 АПК РФ в части выяснения уважительности причин непредставления доказательств в суде первой инстанции – в чистоте концепция неполной апелляции.

Вопрос о том, почему кассационный суд не отменяет апелляционное постановление, когда апелляционный суд принимает доказательства, проясняется в связи с наличием постановления Президиума ВАС РФ № 13858/10.

Сурков Д.Л. отметил, что данное постановление нельзя применять на все случаи, т.к. в данном деле ситуация наличия корпоративного конфликта (фальсификация документов).

Ерохова М.А. указала, что идея постановления Президиума ВАС РФ № 13858/10 (принимайте все, и если приняли, то нельзя отменять) не согласуется с новой идеологией.

Если апелляция приняла документы, а принимается все, потому что приложено к отзыву, то вопрос в том, положены ли доказательства в основу акта (фраза в пункте 26 постановления Пленума № 36 «если доказательства приняты апелляцией, то это не является основанием для отмены» предложена председателями апелляционных судов).

Шошин П.В. высказал позицию, что в развитие отмеченной смены идеологии кассация не может указывать на неполное установление обстоятельств по делу.

Ерохова М.А. согласилась, что кассация вообще не должна вмешиваться в вопрос факта, но этого пока нет в законе.

Подход, предложенный Архиповой Ю.В., всем понравился (если новый по форме документ, который подтверждает уже установленное, то можно принимать, если новый документ о новом обстоятельстве, то нет), но также не имеет основания в законе, к этому пока только хочется стремиться.

В развернувшейся полемике, в которой участвовали Шошин П.В., Ерохова М.А., Архипова Ю.В., Шайхутдинов Е.М., Касьянова Л.А., Ахметова С.В., Тарбагаева Е.Б., а также Магда О.В. (судья Третьего арбитражного апелляционного суда), стороны пришли к выводу о том, что в ситуации, когда имеется большое количество лиц, участвующих в деле (ответчиков и третьих лиц), решение поставленного вопроса приобретает особую актуальность и должно сводиться к следующему.

Принимая документы с отзывом, апелляционный суд оценивает, имеется ли связь именно с возражениями на доводы жалобы, вне зависимости от заявления представляющего документы лица (при этом если в документе со статусом отзыва имеется согласие с доводами жалобы, то правило абзаца 2 части 2 статьи 268 АПК РФ не применяется).

В частности, Архипова Ю.В. указала на то, что критерий разграничения для суда (новые или не новые представлены доказательства-документы) – это установление того обстоятельства, направлены ли возражения (отзыв) на подрыв оснований апелляционной жалобы.

Возражение возможно, в частности, в форме простого отрицания, квалифицированного отрицания, нового утверждения. Если отрицание направлено в опровержение довода жалобы, то можно принимать документы в обоснование этого отрицания и рассматривать по существу. Если налицо новые утверждения (не могло быть заявлено в суде первой инстанции) – тогда имеются сомнения, что доказательства могут быть рассмотрены судом апелляционной инстанции по существу.

Тарбагаева Е.Б. не согласилась с тем, что истина и правосудие далеки друг от друга, все-таки состязательность – гарантия правосудного решения, поэтому формально подходить к вопросу представления доказательств, обязанности доказывания не стоит. При этом стоит различать материалы и новые доказательства.

Когда подается отзыв (по доводам жалобы), то новые материалы, представленные с отзывом (которые должны быть рассмотрены по существу), изначально статуса доказательств не имеют.

Другой вопрос, когда лицо, которое не инициирует жалобу, тоже может заявить ходатайство о приобщении новых доказательств, которые не могли быть представлены в суде первой инстанции (как любое лицо, участвующее в деле). Тогда при наличии ходатайства нужно проверять относимость, допустимость и невозможность представления таких доказательств в суд первой инстанции (относиться также как к доказательствам, представленным любым другим лицом).

Шошин П.В., подводя итог перед озвучиванием письменного заключения Сахновой Т.В. по вопросу, отметил, что мнение большинства состоит в том, что приложенные к отзыву документы суд апелляционной инстанции принимает в любом случае, если они представлены в обоснование возражений, что устанавливает суд на стадии подготовки дела.

Мнение Сахновой Т.В., высказанное в письменном заключении.

По существу в абзаце 1 части 1 статьи 262 и абзаце 2 части 2 статьи 268 АПК РФ речь идет о документах, в которых содержится юридическое обоснование возражения относительно апелляционной жалобы. Именно в таком смысле обоснование возражений относительно апелляционной жалобы рассматривается апелляционной инстанцией по существу (абзац 2 части 2 статьи 268 АПК РФ). Если в этих документах содержатся новые сведения (новые – по отношению к исследованным в суде первой инстанции – доказательства), то их следует рассматривать как дополнительные доказательства и применять правила абзаца 1 части 2 статьи 268 АПК РФ. Иными словами, следует различать: документы, содержащие обоснование возражения относительно апелляционной жалобы (доказательства относительно предмета жалобы), и документы-доказательства относительно предмета процесса в суде первой инстанции.

Рассмотрение 2-го вопроса:

Слушали:

Борисова Г.Н. с докладом по вопросу, в котором докладчик указал, что при проведении анализа практики Третьего арбитражного апелляционного суда применения положений АПК РФ о принятии дополнительных доказательств судом апелляционной инстанции выявлены случаи, когда суд апелляционной инстанции по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, по собственной инициативе истребовал доказательства.

В этой связи возник вопрос о том, должен ли суд апелляционной инстанции истребовать доказательства по своей инициативе, если они не представлены органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными органами, должностными лицами по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, а суд первой инстанции не истребовал их по данной категории споров.

Вопрос связан с применением части 5 статьи 66, части 6 статьи 200, частях 5 статьей 205, 210, 215 АПК РФ, которые предоставляют право суду первой инстанции по собственной инициативе истребовать доказательства у соответствующих органов и должностных лиц в случае их непредставления.

По данному вопросу выявлено два подхода.

Первый подход основывается на предусмотренных статьями 7 и 9 АПК РФ принципах равенства, равноправия и состязательности сторон в арбитражном процессе, согласно которым лица, участвующие в деле, должны предоставить доказательства тех требований и возражений, которые они заявляют, а арбитражный суд обеспечивает реализацию этого права.

В материалах к заседанию Совета имеется ссылка на судебные акты по первому подходу, которые не подтверждают данный подход непосредственно (речь в них идет лишь о праве суда первой инстанции истребовать доказательства по собственной инициативе по данной категории споров).

Следует учитывать, что статья 268 АПК РФ не предусматривает особенностей при принятии дополнительных доказательств по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений. В пункте 26 постановления Пленума ВАС РФ № 36 также не содержится каких-либо исключений в отношении данной категории споров. Поэтому порядок принятия дополнительных доказательств в суде апелляционной инстанции (применение положений статьи 268 АПК РФ) не изменяется от того, реализовал ли суд первой инстанции предусмотренные статьями 66, 200, 205, 210, 215 АПК РФ полномочия по истребованию доказательств по данной категории споров, т.е. суд апелляционной инстанции не вправе по собственной инициативе истребовать доказательства в данном случае.

Второй подход подтверждается практикой, в том числе, ФАС Восточно-Сибирского округа, и заключается в том, что суд апелляционной инстанции вправе истребовать дополнительные доказательства по своей инициативе, если они не представлены органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными органами, должностными лицами по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, а суд первой инстанции не истребовал их по данной категории споров.

Такое истребование возможно только в отношении тех обстоятельств, которые образуют предмет доказывания по данной категории споров (сформулирован непосредственно в части 4 статьи 200, частях 6 статей 205, 210, 215 АПК РФ). Поэтому если суд первой инстанции не включил в предмет доказывания какие-либо обстоятельства, которые подлежат доказыванию, то этот пробел должен устранить суд апелляционной инстанции, в том числе и путем истребования дополнительных доказательств у уполномоченных органов и должностных лиц (например, вопрос об извещении привлекаемого к административной ответственности лица, о давности привлечения к административной ответственности).

В частности, если суд первой инстанции приходит к выводу о несоблюдении процедуры привлечения к ответственности, то не проверяет по существу обстоятельства, послужившие основанием привлечения к ответственности. Если при этом суд апелляционной инстанции не соглашается с выводом суда первой инстанции о нарушении процедуры, то в целях повторного рассмотрения дела вынужден проверять обстоятельства, послужившие основанием привлечения к ответственности, в условиях отсутствия в материалах дела соответствующих доказательств. Следовательно, апелляционный суд истребует доказательства у уполномоченных органов и должностных лиц в пределах предмета доказывания по данной категории споров.

Выступили:

Шошин П.В. заметил, что, таким образом, по данной категории споров речь может идти об исключении (не предусмотренном АПК РФ) из общего правила представления доказательств в суде апелляционной инстанции.

В частности, части 5 статей 205, 210 АПК РФ предусматривают, что в случае непредставления административным органом доказательств, *необходимых* для рассмотрения дела

и принятия решения, арбитражный суд может истребовать доказательства от указанного органа по своей инициативе. Кто в данном случае определяет необходимость? Суд апелляционной инстанции для себя? Либо какое-либо из участвующих лиц уже в суде первой инстанции заявляло о необходимости выяснения обстоятельства и истребования доказательства, а доказательство по какой-то причине представлено не было?

Вместе с тем, например, в проекте протокола заседания Научно-консультативного совета при ВАС РФ от 05.10.2011 отмечено, что особенностей применения, в частности, пункта 9 части 1 статьи 148 АПК РФ (оставление искового заявления без рассмотрения, если истец повторно не явился в судебное заседание, в том числе по вызову суда, и не заявил ходатайство о рассмотрении дела в его отсутствие или об отложении судебного разбирательства, а ответчик не требует рассмотрения дела по существу) по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, не предусмотрено.

То есть можно предположить, что логика, заключающаяся в недопущении исключений в применении общих положений при рассмотрении дел по указанной категории споров, должна прослеживаться и в вопросе представления доказательств в суде апелляционной инстанции (правила статьи 268 АПК РФ об обосновании невозможности представления доказательств в суде первой инстанции должны применяться по всем категориям споров).

Сурков Д.Л. и Ахметова С.В. заявили о том, что нужно говорить о позиции, которая не согласуется с предложенными подходами.

В данном случае нужно совместить два принципиальных момента: бремя доказывания по данной категории споров, которое возложено на соответствующий орган (должностное лицо), и право истребования доказательств, которое принадлежит суду.

Так, у суда апелляционной инстанции нет права применять нормы, регламентирующие порядок истребования доказательств в суде первой инстанции, но есть исключения, которые в качестве примера приведены при изложении второго подхода (суд первой инстанции недолжным образом определил круг обстоятельств, которые подлежат доказыванию, и не обеспечил представление надлежащих доказательств). Однако в таком случае, представляется, что истребование возможно, если суд апелляционной инстанции перешел к рассмотрению дела по правилам первой инстанции.

В любом случае суд не должен вставать на сторону более сильной стороны (орган) и, может, не истребуя, но принимая дополнительные доказательства, обеспечивать доказательственную базу в пользу публичного органа. При этом исключением может являться ситуация, когда обстоятельства вообще не выяснились из-за того, что суд первой инстанции пришел к выводу о нарушении процедуры.

Т.е. необходимо применять общее правило – недопустимость истребования доказательств по данной категории споров в суде апелляционной инстанции, который не должен подменять суд первой инстанции. В частности, недопустимо поощрять ситуацию, когда публичный орган не исполняет бремя доказывания в суде первой инстанции, предполагая возможность донести доказательства в апелляционный суд.

Шайхутдинов Е.М. в развитие позиции Суркова Д.Л. и Ахметовой С.В. обратил внимание, что АПК РФ содержит механизм, обеспечивающий баланс. Недовольный публичный орган, обратившийся с апелляционной жалобой на решение, принятое не в его пользу, может попытаться представить новые доказательства по правилам статьи 268 АПК РФ, а также ходатайствовать об истребовании доказательств в соответствии с данной статьей.

Универсальная ситуация в данном случае: именно публичный орган заявляет апелляционную жалобу, поэтому он и должен представить новые доказательства с соблюдением условий статьи 268 АПК РФ. И уважительной причиной в данном случае нужно признать неисследование судом первой инстанции того или иного обстоятельства (например, не включил в предмет, потому что пришел к выводу о нарушении процедуры).

Борисовым Г.Н. высказано замечание в поддержку второго из изложенных им подходов о том, что если суд апелляционной инстанции не согласен с выводом суда первой инстанции о нарушении процедуры, то на стадии подготовки рассмотрения апелляционной жалобы (до вынесения акта по существу), как минимум, должен предложить участвующим в деле лицам представить доказательства.

Сурков Д.Л. предположил, что ситуация тогда может быть доведена до абсурда. Если в деле нет протокола об административном правонарушении – апелляционному суду нужно истребовать протокол?

Ахметова С.В. предложила учитывать, что суд апелляционной инстанции повторно рассматривает дело, поэтому ему необходимо основываться на тех доказательствах, которые есть в деле, даже если это такой случай, когда суд первой инстанции пришел к выводу о нарушении процедуры, а апелляционный суд не согласен с этим (публичный орган обязан представить в суд первой инстанции все доказательства в обоснование оспариваемого акта независимо от того, к каким выводам приходит суд, т.к. у суда *право* истребовать, которым он может и не воспользоваться, а бремя доказывания в любом случае лежит на публичном органе).

Пенюшов Е.С., упомянув пример из практики ФАС Восточно-Сибирского округа, приведенный как подтверждающий второй подход и признав, что апелляционный суд в таких случаях оказывается в ситуации «между молотом и наковальней», тем не менее, высказал позицию судей ФАС Восточно-Сибирского округа, согласно которой суд апелляционной инстанции не вправе истребовать дополнительные доказательства по собственной инициативе (кассационный суд в данном деле указал, что суд первой, а не апелляционной, инстанции не выполнил требования АПК РФ, предусматривающие право истребовать доказательства). При этом в качестве исключения можно вести речь о такой возможности для апелляционного суда, если имеются основания для перехода к рассмотрению дела по правилам первой инстанции.

Шошин П.В. заметил, что в данном деле (обсуждаемый пример из практики ФАС Восточно-Сибирского округа) кассационный суд отправил дело на новое рассмотрение с указанием исполнить требования АПК РФ об истребовании доказательств, потому что суд первой инстанции допустил такое нарушение при первоначальном рассмотрении дела, а суд апелляционной инстанции *не учел этого*. Т.е. все равно приходим к тому, что дело рассматривается вновь и либо орган сам исполняет обязанность по доказыванию либо суд первой инстанции, исполняя указания кассационной инстанции и требования АПК РФ, истребует доказательства. Таким образом, суд апелляционной инстанции для предупреждения данной ситуации вынужден склоняться к такому решению вопроса, какое указано во втором подходе: самостоятельно истребовать доказательства, т.к. полномочие направить дело на новое рассмотрение у суда апелляционной инстанции отсутствует и не заметить ошибку суда первой инстанции апелляционный суд также не может (должен учесть, что ошибка допущена).

Магда О.В. (судья Третьего арбитражного апелляционного суда), поддержав данный подход, предложила применять его также и при рассмотрении дел о банкротстве.

Последние тенденции по делам о банкротстве со ссылкой на часть 3 статьи 9 АПК РФ (в рамках создания арбитражным судом условий для всестороннего и полного исследования доказательств, установления фактических обстоятельств), которые отражены в постановлении Президиума ВАС РФ по конкретному делу, заключаются в том, что суд не лишен права истребовать доказательства по собственной инициативе при рассмотрении требований кредиторов. Это объясняется тем, в частности, что должник может соглашаться с требованием конкретного кредитора, находясь в сговоре с ним, а права иных кредиторов могут быть при этом нарушены.

Ерохова М.А. обратила внимание, что при рассмотрении (установлении) требования кредитора мы имеем дело с так называемым «миниисковым» производством.

Предыдущий выступающий имел в виду постановление Президиума ВАС РФ № 6616/11 (Магда О.В. согласилась, что так и есть), в котором обсуждается совсем другое. В этом деле должник признал долг (статья 49 АПК РФ), поэтому Президиум ВАС РФ и высказался о том, что такое признание безоглядно принимать нельзя. Статья 9 АПК РФ указана именно в связи с необходимостью объективного установления обстоятельств в условиях признания долга должником, а о самостоятельном истребовании судом доказательств при рассмотрении требований кредиторов не упоминается.

Шошин П.В. предложил, учитывая, что дела о банкротстве обладают своей спецификой, не обсуждать поставленный вопрос в их связи.

Коршунова Т.Г. выразила согласие с позицией, согласно которой истребование доказательств возможно, если речь идет об обстоятельствах, входящих в предмет доказывания (закреплен нормами АПК РФ), которые суд первой инстанции не исследовал. Но если обязанность по доказыванию обстоятельств, которые суд включил в предмет исследования, не выполнена публичным органом, то, как любое лицо, участвующее в деле, он должен нести риск негативных процессуальных последствий.

Шошин П.В. обратил внимание, что, применяя данный подход, мы сталкиваемся с понятием «доказательства, необходимые для рассмотрения дела и принятия решения», и предположил, что содержание этого понятия в таком случае определяется на усмотрение апелляционного суда.

Касьянова Л.А. возразила и в поддержку позиции, ранее обозначенной Сурковым Д.Л., Ахметовой С.В. и Шайхутдиновым Е.М., указала на то, что особенностью рассмотрения дел в апелляции согласно статье 268 АПК РФ является возможность истребовать доказательства только тогда, когда суд первой инстанции отказал в истребовании (ходатайство отклонено). При этом и представление новых доказательств самим органом (без истребования судом), когда суд первой инстанции не исследовал входящие в предмет доказывания обстоятельства – это возможность, также допустимая в соответствии с положениями той же статьи.

Тарбагаева Е.Б. предложила разграничивать обязанность доказывания и обязанность представления доказательств.

Публичный орган не представил доказательств (обязанность доказывания не выполнил) – получил решение не в свою пользу. Никакие новые доказательства по его инициативе в апелляционный суд поступать не должны.

Но по данной категории споров у суда есть и контрольная функция (в отличие от искового порядка), закрепленная законом: суд вправе истребовать, данное право может быть осуществлено или нет. Статья 66 АПК РФ допускает, что суд истребует в пределах предмета доказывания, эта обязанность действует и для апелляционного суда тоже, если суд первой инстанции не истребовал.

В полемике по указанному Тарбагаевой Е.Б. разграничению, в которой участвовали Шошин П.В., Архипова Ю.В., Ахметова С.В., Коршунова Т.Г., Шайхутдинов Е.М., Борисов Г.Н., Сурков Д.Л., стороны отметили, что необходимо одновременно учитывать положения статей 66, 200, 205, 210, 215, 268 АПК РФ, а также нормы КоАП РФ при рассмотрении дел о привлечении к административной ответственности арбитражным судом и оспаривании решений административных органов о привлечении к административной ответственности:

- апелляционный суд не может устранять ошибку органа, заключающуюся в неисполнении обязанности по доказыванию, императивно на него возложенной, при этом необходимо учитывать, что положения статьи 268 АПК РФ (общей нормы, регулирующей пределы

рассмотрения дела судом апелляционной инстанции) не имеют ссылок на особенности публичных споров (Шошин П.В.);

- суд не подменяет собой стороны, у него нет обязанности собирания фактического материала, поэтому суд принимает решение для себя, истребовать или нет, руководствуясь статьей 66 АПК РФ (Архипова Ю.В.);

- имеются особенности юридической техники при изложении схожих положений в статьях 66, 200, 205, 210, 215 АПК РФ: в статье 66 говорится об обязанности суда, а в статьях 200, 205, 210, 215 – о праве (Ахметова С.В.), при этом необходимо определиться, как указанное соотносится с пределами рассмотрения дела судом апелляционной инстанции (Шошин П.В.);

- необходимо учитывать, что, в частности, часть 7 статьи 210 АПК РФ обязывает суд проверить решение административного органа о привлечении к административной ответственности в полном объеме вне связи с доводами лица, его оспаривающего (Коршунова Т.Г.);

- в соответствии с КоАП РФ (помимо АПК РФ) материалы дела об административном нарушении должны быть представлены в суд первой инстанции; если суд первой инстанции сделал вывод о ненадлежащем извещении, а апелляционный суд не согласен, то может сделать другой вывод исходя из представленных уже материалов дела (Шайхутдинов Е.М.);

- если, например, привлеченное к ответственности лицо указывает на то, что его не извещали, а суд первой инстанции не проверял этот вопрос, то вопрос об истребовании доказательств судом апелляционной инстанции должен быть решен в пользу участника процесса, который является более слабой стороной в правоотношении, т.е. в пользу привлекаемого к ответственности лица (Борисов Г.Н., Сурков Д.Л.).

Мнение Сахновой Т.В., высказанное в письменном заключении.

Относительно системного толкования части 5 статьи 66, части 6 статьи 200, частей 5 статей 205, 210, 215 АПК РФ: если суд первой инстанции не реализовал свои полномочия *ex officio*, предусмотренные вышеназванными правилами АПК РФ, то речь идет о судебной ошибке, влекущей отмену судебного решения (пункт 1 и/или пункт 2 части 1 статьи 270 АПК РФ – в зависимости от последствий ошибки для предмета процесса).

Речь в вопросе идет не об общих правилах доказывания, а о публично-правовых функциях суда в доказывании только в производстве по делам, возникающим из административных и иных публично-правовых отношений. Часть 5 статьи 66 АПК РФ является нормой общего содержания по отношению к сходным правилам ст. 200, 205, 210, 215 АПК РФ. Такое толкование представляется верным, ибо и предмет доказывания по делам данного вида производства также в конечном итоге формирует суд и на основании закона (а не стороны и не исходя из оснований требований и возражений, – как в исковом производстве). Логика и алгоритм формирования предмета доказывания и наполнения дела доказательствами в исковом производстве и производстве по делам, возникающим из административных и иных публично-правовых отношений, различаются как основанные на частноправовом методе и публично-правовом методе.

Шошин П.В. резюмировал, что указанное профессором Сахновой Т.В. можно было бы считать решением поставленного вопроса, если бы не полномочия суда апелляционной инстанции и пределы по статье 268 АПК РФ.

Рассмотрение 3-го вопроса:

Слушали:

Бабенко А.Н. с докладом по вопросу о переходе из предварительного судебного заседания в основное судебное заседание в тех случаях, когда уведомление произошло со спецификой, предусмотренной пунктами 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ.

Мы имеем дело с юридической фикцией, но проблема возникает, когда заявитель апелляционной жалобы указывает на его ненадлежащее извещение и/или представляет дополнительные доказательства.

Постановление Пленума ВАС РФ № 65 о подготовке дела к судебному разбирательству (на него имеется ссылка в материалах к заседанию Совета) разъясняло положения старой редакции статьи 137 АПК РФ. Новая редакция части 4 статьи 137 АПК РФ восприняла разъяснения и сложившуюся практику, установив, что завершение предварительного судебного заседания (далее также – ПСЗ) и открытие судебного заседания (далее также – СЗ) в суде первой инстанции возможно при условии извещения лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания и незаявлении ими возражений относительно рассмотрения дела в их отсутствие.

При установлении надлежащего извещения лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания и возникает вопрос о применении фикции, закрепленной в пунктах 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ (в частности, при отказе адресата от получения копии судебного акта или, что встречается чаще, неявке адресата за получением копии судебного акта).

При изучении судебной практики выявлены два подхода.

Первый (жесткий) подход основан на том, что открытие в изложенной ситуации ПСЗ сразу после завершения СЗ является нарушением и, соответственно, основанием для отмены судебного акта по безусловному основанию (пункт 2 части 4 статьи 270 АПК РФ), поскольку о надлежащем извещении в данном случае можно говорить только в отношении ПСЗ, а не в отношении СЗ.

Второй подход связан с тем, что надлежащее извещение в такой ситуации имеет место в силу действия процессуальной фикции, но в связи с фактическим неполучением участвующим в деле лицом соответствующего уведомления и открытием СЗ непосредственно после завершения ПСЗ (в один день) причины непредставления данным лицом доказательств в суд первой инстанции могут быть признаны уважительными, и дополнительные доказательства в таком случае могут быть приняты в суде апелляционной инстанции.

Выступили:

Шошин П.В. напомнил, что имеется практика, в частности, ФАС Восточно-Сибирского округа, отражающая первый из изложенных подходов.

В материалах к заседанию Совета имеется ссылка на два постановления (майское и сентябрьское текущего года, т.е. принятые уже после вступления в силу изменений, внесенных в статьи 123, 137 АПК РФ (после 01.11.10)), но практика у нас не скорректирована в соответствии с ними, поскольку все-таки полагаем, что в данном случае обсуждению подлежит вопрос о дополнительных доказательствах, т.к. извещение необходимо признавать надлежащим.

Возможно ли в данном случае исходить из того, сильной или слабой стороной является заявитель жалобы, указывающий на то, что:

- 1) он не может быть признан надлежащим образом извещенным,
- 2) если извещение признавать надлежащим, то его неявку и непредставление им доказательств в суде первой инстанции необходимо считать состоявшимися по уважительной причине?

Индивидуальные предприниматели, например, указывают на отсутствие их по адресу, указанному в ЕГРИП, по уважительным причинам в период рассмотрения дела в суде первой инстанции (болезнь, командировка).

Либо в данном случае подход должен быть единым по отношению к индивидуальным предпринимателям (якобы более слабым сторонам) и юридически лицам (якобы более сильным сторонам), если мы исходим из того, что извещение по адресам, содержащимся в реестрах, с применением фикций по статье 123 АПК РФ это надлежащее извещение?

Ерохова М.А. отметила, что давно интересуется проблемой фикций при извещении, и напомнила о новых правилах извещения, устанавливающих обязанность суда известить лицо о первом судебном заседании, по сути, а далее – действие фикций и применение разъяснений

положений статьи 137 АПК РФ, которое дано в упомянутом постановлении Пленума ВАС РФ № 65 о подготовке дела к судебному разбирательству.

Необходимо вместе с тем иметь в виду, что 7-дневный срок хранения судебной корреспонденции (а не 30-дневный – в отличие от общего порядка) установлен нашим соглашением с почтой (ФГУП «Почта России»), причем почта часто ошибается и не выдерживает, например, этот срок (5 дней вместо 7) либо не направляет извещение повторно. Возможен, в частности, аргумент, что физическое лицо, впервые участвующее в судебном процессе, не предполагает о наличии особенных правил в отношении судебной корреспонденции. А действие фикции, связанной с извещением суда о том, что адресат по адресу не значится, очень часто сталкивается с ошибкой или небрежностью почты (постановление Президиума ВАС РФ № 9502/10: почта исходила из отсутствия договора с адресатом на почтовое обслуживание, но это не означает, что лицо не нужно извещать о судебной корреспонденции).

Поскольку за фикциями часто стоят ошибки (недоработки) почты, то лучше не переходить в СЗ сразу по завершении ПСЗ, когда формально к этому нет препятствий, а лишний раз известить еще об одном заседании, назначив СЗ на другой день с учетом пробега почты.

Архипова Ю.В. обратила внимание на то, что в настоящее время почтой ведется работа по устранению своих недоработок в части судебных извещений по запросу ВАС РФ.

Шошин П.В. высказал мнение, что при действии фикций признание причин непредставления доказательств уважительными не соответствует, в частности, новым правилам об извещении.

Сурков Д.Л. указал, что полагает не подлежащим обсуждению первый подход, т.к. все-таки постановления кассации основаны на старой реакции статьи 137 АПК РФ, при этом, по его мнению, можно говорить о слабых и сильных участвующих в деле лицах (например, ОАО «РЖД» это всегда сильная сторона, поскольку обладает обширной сетью филиалов, а штат юристов данного юридического лица сопоставим с общим штатом суда), а решение вопроса сводится к тому, принимать или нет дополнительные доказательства суду апелляционной инстанции в такой ситуации.

Таким образом, судья первой инстанции при переходе из ПСЗ в СЗ в один день несет риск принятия дополнительных доказательств в апелляционном суде. Судья может воспользоваться своими дискреционными полномочиями для недоведения до абсурда (действует фикция, лицо извещено, но всегда необходимо разрешать вопрос о переходе исходя из конкретной ситуации – например, если серия дел, в которых лицо не получает корреспонденцию, но представляет состязательные документы и доказательства, то нет риска в переходе, а если сомнения какие-то присутствуют, то лучше не переходить).

Архипова Ю.В. не согласилась, что судья должен нести риск, поскольку процессуальные риски должны нести стороны, когда не являются в процесс, не исполняют обязанности по доказыванию, либо ведут себя иным недобросовестным образом.

Сурков Д.Л. на указанное замечание привел пример поведения, которое можно признать добросовестным при соответствующих доказательствах (болезнь индивидуального предпринимателя), а Шайхутдинов Е.М. – пример недобросовестного поведения конкретного почтальона, выбрасывающего извещение в мусорный бак и т.п. и делающего отметку о неявке адресата за получением. Оба выступающих исходили из того, что если сторона фактически не получила судебную корреспонденцию при действии фикции, то безусловное процессуальное основание для отмены решения суда первой инстанции отсутствует, но апелляционный суд может принять новые доказательства и либо отменить обжалуемый акт по материальному основанию либо оставить его без изменения.

Шошин П.В. еще раз поставил уточняющий вопрос о том, является ли уважительной причина непредставления доказательств в суд первой инстанции в данном случае. Поскольку фикция действует, то лицо является надлежащим образом извещенным по статье 123 АПК РФ и применению должны подлежать общие правила – извещенное лицо несет риск негативных процессуальных последствий, заключающихся, в частности, в непринятии дополнительных доказательств в суде апелляционной инстанции.

В полемике по данному уточняющему вопросу, в которой участвовали Ерохова М.А., Шошин П.В., Архипова Ю.В., Шайхутдинов Е.М., Гурова Т.С., Пенюшов Е.С., Касьянова Л.А., Конкина И.И., заостря внимание на некоторых моментах уже обозначенных позиций и развивая их, стороны пришли к тому, что если за применением фикции стоит ошибка (небрежность) почты, то должна быть установлена возможность восстановления реального положения и применен дифференцированный подход.

Так, после замечания Пенюшова Е.С. о том, что высказаться по поводу части 4 статьи 137 АПК РФ – прерогатива ВАС РФ, Ерохова М.А. отметила наличие такого высказывания в упомянутом постановлении Пленума ВАС РФ № 65 о подготовке дела к судебному разбирательству, которое повторять в другом постановлении не имеет смысла (при формальном извещении можно перейти в основное заседание), но есть проблема в том, что когда за применением фикции стоят ошибки (небрежность) почты, встречающиеся очень часто, то при рассмотрении апелляционной жалобы может быть установлено ненадлежащее извещение.

Архипова Ю.В. и Шайхутдинов Е.М. обратили внимание, что в данном случае речь идет об опровержении фикции (возможность восстановления реального положения). Но при этом Архипова Ю.В. высказала мнение о невозможности возложения риска на судью первой инстанции в любом случае, а Шайхутдинов Е.М. предложил в качестве баланса между принципом устойчивости судебного акта и интересами участвующих в деле лиц не применять безусловное основание к отмене обжалуемого акта (признавать отсутствие такого основания), но принимать дополнительные доказательства (признавать уважительными причины их непредставления в суде первой инстанции) и решать вопрос об отмене или сохранении акта, основываясь на них.

Шошин П.В. и Гурова Т.С. указали, что при действии фикции причину непредставления доказательств нельзя признать уважительной, а при опровержении фикции при ошибке (небрежности) почты необходимо признавать наличие безусловного основания к отмене.

Касьянова Л.А. согласилась с последним утверждением.

Пенюшов Е.С. высказал мнение о том, что поскольку в части 4 статьи 137 АПК РФ речь идет о надлежащем извещении, то основная мысль в том, что хотя бы один раз нужно, так сказать, достучаться до лица (концепция генерального извещения). Если мы не достучались до него, назначая ПСЗ, то есть сомнения в том, что можно использовать эту фикцию при переходе из ПСЗ в СЗ. Вместе с тем, подход должен быть неабсолютным: если лицо злоупотребляет своими правами, тогда фикция применяется последовательно на всех этапах, включая невозможность принятия дополнительных доказательств (затронуто, что упомянутое сентябрьское постановление ФАС Восточно-Сибирского округа необходимо считать штучным в ходе наработки практики).

Конкина И.И. предположила, что необходимо выяснять причину неявки в ПСЗ, чтобы исключить ошибку (небрежность) почты, и если уважительность неявки лица в суд первой инстанции и непредставление доказательств им при фактическом неизвещении установлена, то дополнительные доказательства принимаются (истина дороже).

Ерохова М.А. в завершение отметила, что все вынесенные на данное заседание Совета вопросы являются, так сказать, политическими, поскольку формальные решения очевидны. В отношении обсуждаемого вопроса есть предположение, что обозначенная в нем ситуация – основание для принятия дополнительных доказательств.

Шошин П.В., подводя итог перед озвучиванием письменного заключения Сахновой Т.В. по вопросу, предложил следующее решение с учетом высказанных мнений.

Суд апелляционной инстанции разрешает вопрос о принятии дополнительных доказательств при признании извещения надлежащим в соответствии со статьей 123 АПК РФ и переходе в данном случае из ПСЗ в СЗ в суде первой инстанции согласно части 4 статьи 137 АПК РФ, если лицо, обратившееся с апелляционной жалобой, обосновывает наличие уважительных причин неявки и непредставления доказательств в суд первой инстанции.

При этом максимально большой срок на извещение (с учетом сроков рассмотрения дел) сначала о ПСЗ, а потом о СЗ – гарантия, позволяющая максимально исключить ошибки почты и, как следствие, возможность опровержения процессуальной фикции.

Мнение Сахновой Т.В., высказанное в письменном заключении.

Если имеет место быть одна из ситуаций, подпадающих под пункты 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ, – заинтересованные лица считаются надлежаще извещенными (процессуальная фикция). Соответственно, далее нужно следовать тексту части 4 статьи 137 АПК РФ: правила применяются, поскольку действует процессуальная фикция.

По результатам проведенного заседания секции арбитражного процессуального законодательства Научно-консультативного совета при Третьем арбитражном апелляционном суде выработаны следующие рекомендации:

1. В соответствии с частью 1 статьи 262 и абзацем 1 части 2 статьи 268 АПК РФ лицо, участвующее в деле, направляя отзыв на апелляционную жалобу, вправе приложить к нему документы, подтверждающие возражения относительно жалобы, которые принимаются и рассматриваются арбитражным судом апелляционной инстанции по существу.

В случае если приложенные документы подтверждают обстоятельства либо их отсутствие в обоснования требования или возражения, а так же иные обстоятельства, имеющие значение для рассмотрения дела, то подлежат применению правила предусмотренные частью 2 статьи 268 АПК РФ.

2. Статья 268 АПК РФ не предусматривает особенностей при принятии дополнительных доказательств по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, поэтому установленный данной статьей порядок принятия дополнительных доказательств в суде апелляционной инстанции не изменяется, если суд первой инстанции не реализовал предусмотренные статьями 66, 200, 205, 210, 215 АПК РФ полномочия по истребованию доказательств по данной категории споров, т.е. суд апелляционной инстанции не вправе по собственной инициативе истребовать доказательства.

Невыяснение судом обстоятельств, имеющих значение для дела, может быть учтено при оценке уважительности причин непредставления доказательств в суд первой инстанции, если лицо, участвующее в деле, заявляет ходатайство о принятии дополнительных доказательств в суде апелляционной инстанции

3. Переход к рассмотрению дела по существу в судебном заседании по окончании предварительного судебного заседания в первой инстанции в порядке части 4 статьи 137 АПК РФ допускается в случае извещения сторон, признанного надлежащим в силу положений пунктов 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ, если в определении о назначении указано время и место проведения как предварительного, так и основного судебного заседания, и возражений от лиц, участвующих в деле, относительно рассмотрения дела в их отсутствие не заявлено.

Председатель
Научно-консультативного Совета

П.В. Шошин

Ответственный секретарь
Научно-консультативного Совета

А.В. Гармаш