

К заседанию  
секции арбитражного процессуального  
законодательства  
Научно-консультативного совета  
при Третьем арбитражном  
апелляционном суде

## СПРАВКА

В судебной практике возникли следующие вопросы, которые предлагается обсудить на заседании секции арбитражного процессуального законодательства Научно-консультативного совета при Третьем арбитражном апелляционном суде (1 декабря 2011 года).

### Вопрос № 1.

**Каковы критерии разграничения применения части 1 статьи 262 (абзаца 2 части 2 статьи 268) и абзаца 1 части 2, части 3 статьи 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – 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?**

Документы, представленные для обоснования возражений относительно апелляционной жалобы в соответствии со [статьей 262 АПК РФ](#), принимаются и рассматриваются арбитражным судом апелляционной инстанции по существу (абзац 2 части 2 статьи 268 АПК РФ).

Лицо, участвующее в деле, направляет отзыв на апелляционную жалобу с приложением документов, подтверждающих возражения относительно жалобы, другим лицам, участвующим в деле, и в арбитражный суд (часть 1 статьи 262 АПК РФ).

Дополнительные доказательства принимаются арбитражным судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, в том числе в случае, если судом первой инстанции было отклонено ходатайство об истребовании доказательств, и суд признает эти причины уважительными (абзац 1 части 2 статьи 268 АПК РФ).

При рассмотрении дела в арбитражном суде апелляционной инстанции лица, участвующие в деле, вправе заявлять ходатайства о вызове новых свидетелей, проведении экспертизы, приобщении к делу или об истребовании письменных и вещественных доказательств, в исследовании или истребовании которых им было отказано судом первой инстанции; суд апелляционной инстанции не вправе отказать в удовлетворении указанных ходатайств на том основании, что они не были удовлетворены судом первой инстанции (часть 3 статьи 268 АПК РФ).

#### **Подход первый.**

Для решения поставленного вопроса необходимо установить, содержит ли отзыв (как письменное возражение лица, участвующего в деле, в отношении доводов апелляционной жалобы) ссылки на ранее не представленные доказательства (документы), которые данное лицо имеет цель приобщить к материалам дела.

Таким образом, необходимо определить, влияют ли данные доказательства, представленные с отзывом (в возражение на доводы апелляционной жалобы), на установление обстоятельств, не исследованных судом первой инстанции.

Если не влияют, то суд апелляционной инстанции должен принять такие доказательства в соответствии с абзацем 2 части 2 статьи 268 АПК РФ и рассматривать по существу.

Если влияют, являются *новыми (дополнительными)*, то суд апелляционной инстанции должен в общем порядке разрешить вопрос об уважительности причин их непредставления в суд первой инстанции (абзац 1 части 2 статьи 268 АПК РФ) либо установить отказ суда первой инстанции в удовлетворении ходатайства об их приобщении и необоснованность такого отказа

(часть 3 статьи 268 АПК РФ) в целях принятия данных доказательств, представленных с отзывом при рассмотрении апелляционной жалобы.

Данный подход отражен, как представляется, в абзацах 1 и 2 пункта 26 Постановления Пленума ВАС РФ от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» (далее – Постановление Пленума ВАС РФ № 36), учитывая разницу в формулировках статьи 268 АПК РФ и указанного пункта Постановления Пленума ВАС РФ № 36.

Кроме того, Президиум ВАС РФ (постановление от 23.03.2010 № 13144/09 по делу № А60-688/2009-С1) выразил правовую позицию в отношении *дополнения к кассационной жалобе*, которое не содержит ссылок на ранее не представленные доказательства, а также не содержит ходатайств о приобщении таких доказательств.

Так, в приобщении дополнения к кассационной жалобе не может быть отказано, если в этом дополнении заявителем жалобы приведены сугубо правовые обоснования его возражений, которые стороны вправе приводить на всех стадиях рассмотрения спора и которые основаны на доказательствах, имеющихся в материалах дела и представленных в суд первой инстанции.

Из материалов данного рассмотренного Президиумом ВАС РФ дела следует, что в соответствии с [пунктом 3 статьи 277 АПК РФ](#) заявитель жалобы представил доказательства направления дополнения к кассационной жалобе лицам, участвующим в деле, их представители не отрицали возможности ознакомиться с данными дополнениями в ходе судебного разбирательства, ходатайства об отложении заседания не заявляли. При этом приводимый заявителем в дополнении к кассационной жалобе довод связан исключительно с толкованием содержания письменного доказательства, текст которого был представлен суду первой инстанции и содержание которого не могло быть неизвестно данному суду, а также суду кассационной инстанции.

См. также постановления ФАС Дальневосточного округа от 28.06.2011 по делу № А51-15765/2010, от 20.07.2010 по делу № А73-15624/2009, ФАС Волго-Вятского округа от 28.03.2011 по делу № А11-1460/2010, от 23.07.2010 по делу № А79-9099/2009.

Например, апелляционный суд в постановлении от 04.02.2011 по делу № А69-2313/2010 (в кассационном порядке не обжаловалось), отменяя решение суда первой инстанции об удовлетворении иска о расторжении договора аренды нежилого помещения и выселении ответчика, указал, что заявленное истцом в отзыве на апелляционную жалобу ходатайство о приобщении дополнительных документов к материалам дела (уведомление с отметкой о вручении, которое подтверждает направление ответчику письма о расторжении договора) не подлежит удовлетворению. В соответствии со статьей 268 АПК РФ истец не указал уважительность причин непредставления указанного документа в суд первой инстанции. Кроме того, в данном уведомлении имеется подпись о вручении лицу, не являющемуся участником данного дела, не представлена и доверенность, выданная ответчиком данному лицу на получение корреспонденции для ответчика.

Как видно, при рассмотрении данного дела апелляционный суд в соответствии с абзацем 1 пункта 26 Постановления Пленума ВАС РФ № 36 при решении вопроса о возможности принятия *нового* доказательства, приложенного к отзыву на апелляционную жалобу и подтверждающего обстоятельства, не исследованные судом первой инстанции, определял, была ли у лица, представившего доказательство, возможность его представления в суд первой инстанции или заявитель не представил его по не зависящим от него уважительным причинам.

Вместе с тем, применение апелляционным судом данного подхода по делу № А33-5440/2010 (постановление от 18.02.2011) было скорректировано судом кассационной инстанции (постановление от 06.05.2011).

Так, по данному делу апелляционный суд устанавливал уважительность причин незаявления в суде первой инстанции ходатайства о проведении судебно-технической экспертизы платежных поручений об оплате требований кредиторов, о проведении которой заявлено в отзыве на апелляционную жалобу, а также ходатайства о приобщении копий документов, также заявленного в отзыве (часть 3 статьи 268 АПК РФ).

ФАС Восточно-Сибирского округа, отменяя постановление апелляционного суда по указанному делу (с оставлением в силе решения суда первой инстанции), прямо указал, что судом апелляционной инстанции нарушены требования статьи 268 АПК РФ, выразившиеся в непринятии от ответчика дополнительных доказательств (документов), представленных для обоснования возражений относительно апелляционной жалобы в соответствии со статьей 262 АПК РФ. Кассационный суд отметил, что данные документы не могли быть представлены в суд первой инстанции, поскольку датированы позднее решения, и указанное нарушение судом апелляционной инстанции норм процессуального права могло привести к принятию неправильного постановления.

#### **Подход второй.**

Поскольку документы, представленные для обоснования возражений относительно апелляционной жалобы в соответствии со [статьей 262 АПК РФ](#), принимаются и рассматриваются арбитражным судом апелляционной инстанции по существу (абзац 2 части 2 статьи 268 АПК РФ), то апелляционный суд принимает документы, представленные с отзывами, не устанавливая никакие иные обстоятельства, т.е. вне зависимости от того, являются ли такие доказательства *новыми*, влияют ли на установление обстоятельств, не исследованных судом первой инстанции, и по какой причине не представлены в суд первой инстанции.

В данном случае возникает необходимость определить, что означает термин «по существу», использованный в абзаце 2 части 2 статьи 268 АПК РФ.

Согласно данному подходу суд апелляционной инстанции указывает, что приобщает представленные документы к материалам дела в качестве дополнительных доказательств, поскольку они представлены для обоснования возражений относительно апелляционной жалобы (см., например, постановления апелляционного суда от 17.03.2011 по делу № А33-4392/2010 (оставлено без изменения кассационным судом), от 07.04.2011 по делу № А74-2934/2010, от 24.02.2011 по делу № А74-2955/2007 (оставлено без изменения кассационным судом), от 21.01.2011 по делу № А74-2643/2010 (оставлено без изменения кассационным судом), от 18.03.2011 по делу № А69-2475/2010 (оставлено без изменения кассационным судом), от 19.04.2011 по делу № А33-9629/2010, от 01.02.2011 по делу № А33-92/2008к3, от 27.12.2010 по делу № А33-8866/2009, от 18.04.2011 по делу № А33-8699/2010).

Из анализа позиции апелляционного суда по данным делам можно сделать следующий вывод.

Достаточно, чтобы в отзыве либо пояснениях лица содержалась ссылка на то, что документы представлены именно в связи с возражениями относительно апелляционной жалобы, а обоснованность данной ссылки может быть проверена только в дальнейшем при рассмотрении таких доказательств *по существу*, когда они уже приняты апелляционным судом.<sup>1</sup>

См. также постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 12.04.2011 по делу № А10-611/2010, ФАС Северо-Западного округа от 17.03.2011 по делу № А21-2652/2010.

#### **Вопрос № 2.**

**Согласно части 5 статьи 66, части 6 статьи 200, частям 5 статьей 205, 210, 215 АПК РФ в случае непредставления органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными органами, должностными лицами доказательств по делам, возникающим из 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**

<sup>1</sup> См. также: Приходько И.А., Бондаренко А.В., Столяренко В.М. Комментарий к постановлению Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции». – М.: Междунар. отношения, 2010. – с.145.

**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?**

Согласно части 5 статьи 66 АПК РФ в случае непредставления органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными органами, должностными лицами (далее – уполномоченные органы или должностные лица) доказательств по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, арбитражный суд истребует доказательства от этих органов по своей инициативе.

В соответствии с частью 6 статьи 200, частями 5 статьей 205, 210, 215 АПК РФ в случае непредставления уполномоченными органами или должностными лицами доказательств, необходимых для рассмотрения дела и принятия решения, арбитражный суд может истребовать их по своей инициативе.

#### **Подход первый.**

Поскольку статьями 205, 210, 215 АПК РФ предусмотрено право арбитражного суда истребовать доказательства по своей инициативе, в случае их непредставления уполномоченными органами или должностными лицами по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, то суд апелляционной инстанции не вправе истребовать доказательства, если они не представлены указанными органами или должностными лицами, а суд первой инстанции не истребовал их.

В частности, в пункте 26 Постановления Пленума ВАС РФ № 36, который разъясняет положения статьи 268 АПК РФ, не содержится каких-либо исключений применения правил о принятии дополнительных доказательств апелляционным судом при рассмотрении дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений. Поэтому порядок принятия дополнительных доказательств в суде апелляционной инстанции (применения статьи 268 АПК РФ) не меняется от того, применены ли судом первой инстанции положения статей 66, 200, 205, 210, 215 АПК РФ.

Согласно части 2 статьи 7 АПК РФ арбитражный суд обеспечивает равную судебную защиту прав и законных интересов всех лиц, участвующих в деле.

В соответствии с частью 2 статьи 9 АПК РФ лица, участвующие в деле, вправе знать об аргументах друг друга до начала судебного разбирательства. Каждому лицу, участвующему в деле, гарантируется право представлять доказательства арбитражному суду и другой стороне по делу, обеспечивается право заявлять ходатайства, высказывать свои доводы и соображения, давать объяснения по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам, связанным с представлением доказательств. Лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий.

При этом в силу части 3 статьи 9 АПК РФ арбитражный суд, сохраняя независимость, объективность и беспристрастность, осуществляет руководство процессом, разъясняет лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, предупреждает о последствиях совершения или несовершения ими процессуальных действий, оказывает содействие в реализации их прав, создает условия для всестороннего и полного исследования доказательств, установления фактических обстоятельств и правильного применения законов и иных нормативных правовых актов при рассмотрении дела.

Указанный подход отражен в практике ФАС Восточно-Сибирского округа (например, дело № А69-957/06-6, в передаче которого в Президиум ВАС РФ для пересмотра принятых актов в порядке надзора отказано определением от 14.02.2007 № ВАС-568/07). По данному делу решением суда первой инстанции, оставленным без изменения кассационным судом, удовлетворено заявление о признании недействительным предписания Территориального управления федеральной службы финансово-бюджетного надзора, поскольку данный орган не представил доказательств допущенных заявителем нарушений. Суды указали, что

уполномоченный орган в силу [части 5 статьи 200 АПК РФ](#) обязан доказывать законность принятых им и оспариваемых решений, а его ссылка на [часть 6 статьи 200 АПК РФ](#) не может быть признана обоснованной, поскольку в силу указанной [статьи](#) истребование доказательств по своей инициативе является правом, а не обязанностью суда.

В развитие данного подхода следует указать, что суд апелляционной инстанции применяет по указанным категориям споров общие правила о принятии дополнительных доказательств, предусмотренные [статьей 268 АПК РФ](#), в связи с чем, удовлетворяет ходатайство лица, участвующего в деле, если оно обосновало уважительность непредставления доказательств в суде первой инстанции, в том числе по причине нереализации судом первой инстанции права истребовать доказательства по собственной инициативе.

Так, в постановлении от 19.09.2011 по делу № А33-1872/2011 ФАС Восточно-Сибирского округа указал, что право суда апелляционной инстанции принимать дополнительные доказательства установлено [статьей 268 АПК РФ](#), а согласно разъяснениям, изложенным в [пункте 26](#) Постановления Пленума ВАС РФ № 36, принятие дополнительных доказательств судом апелляционной инстанции не может служить основанием для отмены постановления суда апелляционной инстанции. С учетом принятых дополнительных доказательств, подтверждающих надлежащее направление участникам исполнительного производства постановления судебного пристава-исполнителя, судом апелляционной инстанции решение суда первой инстанции об удовлетворении заявления о признании недействительным постановления о снятии запрета на отчуждение имущества должника отменено и принят новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных требований. Дополнительные доказательства приняты судом апелляционной инстанции в соответствии со [статьей 268 АПК РФ](#) в связи с признанием уважительными причин непредставления данных доказательств при рассмотрении дела в суде первой инстанции.

Аналогичной позиции суды апелляционной и кассационной инстанции придерживались при рассмотрении дела № А33-4808/2010 (постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 16.05.2011).

#### **Подход второй.**

Суд апелляционной инстанции в силу указанных положений статей 66, 200, 205, 210, 215 АПК РФ вправе по собственной инициативе истребовать дополнительные доказательства, если доказательства не представлены в суд первой инстанции уполномоченным органом или должностным лицом, а суд первой инстанции не истребовал их.

Норма части 5 статьи 66 АПК РФ является общей по отношению к сходным правилам статей 200, 205, 210, 215 АПК РФ. Предмет доказывания по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, формирует суд на основании требований закона (отсутствует зависимость от требований и возражений лиц, участвующих в деле, как в исковом производстве, в силу системного толкования частей 1 и 2 статьи 65 и части 5 статьи 66 АПК РФ)<sup>2</sup>.

В развитие данного подхода необходимо указать, что при этом [статья 268 АПК РФ](#) в части правил о принятии дополнительных доказательств не применяется.

Указанный подход также отражен в практике ФАС Восточно-Сибирского округа (например, постановление от 04.05.2010 по делу № А58-6092/08, по которому рассматривалось заявление к Министерству имущественных отношений о признании недействительным

---

<sup>2</sup>Согласно части 1 статьи 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений. Обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия государственными органами, органами местного самоуправления, иными органами, должностными лицами оспариваемых актов, решений, совершения действий (бездействия), возлагается на соответствующие орган или должностное лицо. В соответствии с частью 2 статьи 65 АПК РФ обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются арбитражным судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права.

распоряжения об отказе в предоставлении в собственность земельных участков). По указанному делу решением суда первой инстанции, оставленным без изменения постановлением апелляционного суда, заявленное требование удовлетворено. Учитывая, что уполномоченный орган не представил надлежащие доказательства законности принятого акта в силу части 5 статьи 200 АПК РФ, суд первой инстанции в соответствии с **частью 6 статьи 200 АПК РФ** не истребовал их и не оценил доказательства в полном объеме, а суд апелляционной инстанции не учел, что положения **части 6 статьи 200 АПК РФ** судом первой инстанции исполнены не были, кассационный суд акты судов обеих инстанций отменил и дело направил на новое рассмотрение. По мнению суда кассационной инстанции, отсутствуют достаточные основания считать, что суды выполнили требования **статей 67, 68, 71 АПК РФ**.

Согласно данному подходу, если, в частности, по делу об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности судом первой инстанции не исследованы обстоятельства, входящие в предмет доказывания по данной категории дел, не собраны соответствующие доказательства, суд апелляционной инстанции истребует у лиц, участвующих в деле, дополнительные доказательства и пояснения, в связи с чем представленные лицами, участвующими в деле, дополнительные доказательства приобщаются судом апелляционной инстанции к материалам дела.

См., например, постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 02.02.2011 по делу № А33-12090/2010 (в кассационном порядке не проверялось), по которому суд апелляционной инстанции установил, что суд первой инстанции не исследовал то обстоятельство, является ли индивидуальный предприниматель плательщиком единого налога на вмененный доход для отдельных видов деятельности (пункт 2.1 статьи 2 Федерального закона от 22.05.2003 № 54-ФЗ «О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платежных карт» предусматривает в таком случае возможность осуществлять наличные денежные расчеты и (или) расчеты с использованием платежных карт без применения контрольно-кассовой техники при условии выдачи по требованию покупателя (клиента) документа, подтверждающего прием денежных средств). Кроме того, апелляционный суд установил, что в материалах дела отсутствует протокол об административном правонарушении: документ, имеющийся в материалах дела, не имеет признаков письменного доказательства (не подписан, не заверен).

Учитывая изложенное, суд апелляционной инстанции в соответствии с частью 5 статьи 66 и частью 4 статьи 210 АПК РФ истребовал дополнительные доказательства и пояснения у лиц, участвующих в деле. Представленные дополнительные доказательства (выписка из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей, протокол об административном правонарушении, налоговая декларация по единому налогу на вмененный доход для отдельных видов деятельности) приобщены судом апелляционной инстанции к материалам дела.

С учетом представленных дополнительных доказательств апелляционный суд установил, что индивидуальный предприниматель является налогоплательщиком единого налога на вмененный доход по рассматриваемому виду деятельности в проверенном объекте. Из материалов дела не усматривается, что клиент при предоставлении услуги требовал выдачу бланка строгой отчетности, поэтому бездействие индивидуального предпринимателя в виде неприменения контрольно-кассовой техники не образует состава административного правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

См. также постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 26.02.2006 по делу № А10-3224/05, ФАС Центрального округа от 21.08.2006 по делу № А62-3840/2005.

### **Вопрос № 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 неявлении ими возражений относительно рассмотрения дела в их отсутствие с соблюдением пунктов 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ?**

Федеральным законом № 228-ФЗ от 27.07.2010, вступившими в силу 01.11.2010, внесены изменения в часть 4 статьи 137 АПК РФ. Согласно данной норме с учетом изменений суд вправе завершить предварительное судебное заседание и открыть судебное заседание в первой инстанции, если в предварительном судебном заседании присутствуют лица, участвующие в деле, *либо лица, участвующие в деле, отсутствуют в предварительном судебном заседании, но они извещены о времени и месте судебного заседания или совершения отдельного процессуального действия* и ими не были заявлены возражения относительно рассмотрения дела в их отсутствие, за исключением случая, если в соответствии с АПК РФ требуется коллегиальное рассмотрение данного дела.

Ранее (до 01.11.2010) часть 4 статьи 137 АПК РФ предусматривала, что если в предварительном судебном заседании присутствуют лица, участвующие в деле, и они не возражают против продолжения рассмотрения дела в судебном заседании арбитражного суда первой инстанции, суд завершает предварительное заседание и открывает судебное заседание в первой инстанции, за исключением случаев, если в соответствии с АПК РФ требуется коллегиальное рассмотрение данного дела.

Абзац 2 пункта 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 № 65 «О подготовке дела к судебному разбирательству», разъясняющий положения части 4 статьи 137 АПК РФ (в редакции, действовавшей до 01.11.2010), предусматривает, что если лица, участвующие в деле, извещенные надлежащим образом о времени и месте проведения предварительного судебного заседания и судебного разбирательства дела по существу, не явились в предварительное судебное заседание и не заявили возражений против рассмотрения дела в их отсутствие, судья вправе завершить предварительное судебное заседание и начать рассмотрение дела в судебном заседании арбитражного суда первой инстанции в случае соблюдения иных требований части 4 статьи 137 АПК РФ (т.е. отсутствие необходимости коллегиального рассмотрения дела).

Новая редакция части 4 статьи 137 АПК РФ фактически повторяет указанные положения пункта 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 № 65 «О подготовке дела к судебному разбирательству».

В соответствии с положениями части 1 статьи 123 АПК РФ лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса считаются извещенными надлежащим образом, если к началу судебного заседания, совершения отдельного процессуального действия арбитражный суд располагает сведениями о получении адресатом копии определения о принятии искового заявления или заявления к производству и возбуждении производства по делу, направленной ему в порядке, установленном АПК РФ, или иными доказательствами получения лицами, участвующими в деле, информации о начавшемся судебном процессе.

Кроме того, в силу пунктов 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ, лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса также считаются извещенными надлежащим образом арбитражным судом, если:

- адресат отказался от получения копии судебного акта и этот отказ зафиксирован организацией почтовой связи или арбитражным судом;
- несмотря на почтовое извещение, адресат не явился за получением копии судебного акта, направленной арбитражным судом в установленном порядке, о чем организация почтовой связи уведомила арбитражный суд;
- копия судебного акта не вручена в связи с отсутствием адресата по указанному адресу, о чем организация почтовой связи уведомила арбитражный суд с указанием источника данной информации.

Вопрос о возможности применения части 4 статьи 137 АПК РФ, предусматривающей завершение предварительного судебного заседания (далее – ПСЗ) и открытие судебного заседания (далее – СЗ) в суде первой инстанции, при условии извещения лиц, участвующих в деле, о

времени и месте СЗ и неявлении ими возражений относительно рассмотрения дела в их отсутствие с соблюдением пунктов 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ, в настоящее время решается судами неединообразно.

#### **Подход первый.**

Открыть СЗ в этот же день по окончании ПСЗ в первой инстанции суд вправе только при соблюдении требований части 4 статьи 137 АПК РФ, а именно: если в предварительном судебном заседании присутствуют все лица, участвующие в деле, они не возражают против продолжения рассмотрения дела в судебном заседании суда первой инстанции и дело не требует коллегиального рассмотрения. Открытие СЗ непосредственно после завершения ПСЗ при отсутствии в ПСЗ лиц, участвующих в деле, является основанием для безусловной отмены судебного акта в порядке части 4 статьи 270 и части 4 статьи 288 АПК РФ (рассмотрение дела в отсутствие кого-либо из участвующих в деле лиц, не извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания), поскольку лицо при применении положений пунктов 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ может быть признано извещенным надлежащим образом только о ПСЗ, несмотря на то, что в соответствующем определении, вернувшемся в арбитражный суд, указано время и место проведения как ПСЗ, так и СЗ.

Данный подход отражен в постановлениях ФАС Восточно-Сибирского округа от 28.09.2011 по делу № А33-1210/2011, от 05.05.2011 по делу № А33-9552/2010, от 19.05.2008 по делу № А19-13398/07 (т.е. вынесенном с применением старой редакции части 4 статьи 137 АПК РФ, но при наличии разъяснений пункта 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 № 65 «О подготовке дела к судебному разбирательству»).

В развитие данного подхода следует указать, что суд апелляционной инстанции в силу части 6.1. статьи 268 АПК РФ и части 4 статьи 270 АПК РФ рассматривает дело по правилам первой инстанции, в связи с чем, любые доказательства, предоставляемые лицами, участвующими в деле, принимаются апелляционным судом не в качестве дополнительных доказательств с точки зрения положений части 2 статьи 268 АПК РФ.

#### **Подход второй.**

В силу части 4 статьи 137 АПК РФ открытие СЗ непосредственно после завершения ПСЗ в обозначенной в вопросе ситуации допустимо, поэтому основания для безусловной отмены состоявшегося судебного акта (часть 4 статьи 270 и часть 4 статьи 288 АПК РФ) отсутствуют.

По мнению сторонников данного подхода, в силу части 4 статьи 137 АПК РФ переход к рассмотрению дела по существу в суде первой инстанции допускается, если лицами, участвующими в деле, не были заявлены возражения относительно рассмотрения дела в их отсутствие и при этом есть сведения об их надлежащем извещении о начавшемся процессе (указанная норма позволяет свести к минимуму возможность затягивания процесса недобросовестными участниками, когда их извещение признается надлежащим при применении пунктов 1-3 части 4 статьи 123 АПК РФ).

См. постановления Седьмого арбитражного апелляционного суда от 11.04.2011 по делу № А45-22222/2010 (оставлено без изменений судом кассационной инстанции), Восьмого арбитражного апелляционного суда от 18.05.2011 по делу № А70-12124/2010, Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.04.2011 по делу № А12-22118/2010, Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.07.2011 по делу № А56-12308/201, Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.07.2011 № А50-4112/2011 и др.

В развитие данного подхода следует указать, что в случае заявления в суде апелляционной инстанции ходатайства о приобщении дополнительных доказательств лицом, участвующим в деле, которое не участвовало в разбирательстве в суде первой инстанции, ссылаясь на фактическое неполучение извещения о начавшемся процессе, причины непредставления таких доказательств могут быть признаны уважительными согласно части 2 статьи 268 АПК РФ в связи с открытием СЗ непосредственно после завершения ПСЗ в суде первой инстанции.

В таком случае суд апелляционной инстанции, приобщая дополнительные доказательства, исходит из того, что ответчик является надлежаще извещенным, но не имел возможности

представить доказательства в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, в связи с назначением судом первой инстанции ПСЗ и СЗ на один и тот же день и возвращением копии определения арбитражного суда, направленной ответчику, по истечении срока хранения (постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 18.01.2011 по делу № А33-12881/2010, оставленное без изменения судом кассационной инстанции).

К аналогичным выводам апелляционный суд пришел при рассмотрении дел №№ А33-15153/2010 (постановление от 09.03.2011 не обжаловалось в кассационном порядке), А33-18104/2010 (ФАС Восточно-Сибирского округа оставил без изменения постановление апелляционного суда от 12.05.2011 по данному делу).

То, что открытие СЗ непосредственно после завершения ПСЗ является в частности уважительной причиной для принятия дополнительных доказательств, указывает и позиция ФАС Восточно-Сибирского округа по приведенному при изложении первого подхода делу № А33-1210/2011. Кассационный суд, указав, что данная ситуация является основанием к отмене судебного акта в любом случае (часть 4 статьи 288 АПК РФ), тем не менее, отменил состоявшиеся судебные акты судов первой и апелляционной инстанций, не в связи с наличием безусловного основания для отмены, а поскольку акты приняты по неполно исследованным обстоятельствам, имеющим значение для дела, с неправильным толкованием норм материального права и нарушением норм процессуального права (части 1, 2, 3 статьи 288 АПК РФ).

Отдел правовой статистики  
и обобщения судебной практики  
Третьего арбитражного апелляционного суда