



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД
127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12
адрес электронной почты: info@mail.9aas.ru
адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>

город Москва

29 мая 2017 года

ОСОБОЕ МНЕНИЕ

**Судьи Девятого арбитражного апелляционного суда Солоповой Е.А. по делу
Арбитражного суда города Москвы № А40-244422/2016.**

Суд апелляционной инстанции вынес 10.05.2017 определение о переходе к рассмотрению дела по правилам, установленным Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации для рассмотрения дела в суде первой инстанции в рамках рассмотрения апелляционной жалобы (09АП-13372/2017) на судебный акт Арбитражного суда г.Москвы от 03.03.2017.

Полагаю, что у суда апелляционной инстанции нет оснований для вынесения определения о переходе к рассмотрению дела по правилам, установленным Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации для рассмотрения дела в суде первой инстанции.

Правовая позиция, изложенная в определении от 10.05.2017 о переходе к рассмотрению дела по правилам, установленным Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации для рассмотрения дела в суде первой инстанции, относительно не извещения должника о месте и времени судебного заседания, не соответствует правовой позиции председательствующего судьи по настоящему вопросу.

Кроме того, в данном случае имеются обстоятельства, указывающие на формирование состава суда апелляционной инстанции с нарушением требований статьи 18 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, которые будут свидетельствовать о рассмотрении дела в незаконном составе, что в силу пункта 1 части 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации будет являться безусловным основанием для отмены окончательного судебного акта (постановления) по результатам рассмотрения дела с таким составом судей.

**1. В силу пунктов 1 и 2 статьи 3 Закона Российской Федерации
«О статусе судей в Российской Федерации» судья обязан неукоснительно**

соблюдать Конституцию Российской Федерации и другие законы; при исполнении своих полномочий, а также во внеслужебных отношениях судья должен избегать всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти, достоинство судьи или вызвать сомнение в его объективности, справедливости и беспристрастности.

В соответствии с требованиями Кодекса судейской этики, утвержденного VI Всероссийским съездом судей 2 декабря 2004 года, в своей профессиональной деятельности и вне службы судья обязан руководствоваться также общепринятыми нормами морали, способствовать утверждению в обществе уверенности в справедливости, беспристрастности и независимости суда. Судья должен следовать высоким стандартам морали и нравственности, быть честным, в любой ситуации сохранять личное достоинство, дорожить своей честью, избегать всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти и причинить ущерб репутации судьи (ст. 1 и 6).

Судья при исполнении своих обязанностей по осуществлению правосудия должен исходить из того, что защита прав и свобод человека и гражданина определяет смысл и содержание деятельности органов судебной власти. Судья должен добросовестно исполнять свои профессиональные обязанности и принимать все необходимые меры для своевременного рассмотрения дел и материалов (ст. 4).

Согласно пункту 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основе закона.

Принцип независимости и беспристрастности суда обеспечивается в том числе и порядком формирования состава суда, включая основания и порядок замены судьи, ранее участвовавшего в рассмотрении дела до его отложения.

В данном случае рассмотрение дела судом апелляционной инстанции началось 27.04.2017 в составе председательствующего судьи Солоповой Е.А., судей Клеандрова И.М., Назаровой С.А.

В судебном заседании 27.04.2017 сформированным составом суда судебное разбирательство было отложено на 10.05.2017.

Определением председателя шестого судебного состава от 10.05.2017 произведена замена состава суда, рассматривавшего дело, судья Назарова С.А. заменена на судью Мишакова О.Г. со ссылкой на статью 18 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в связи с отпуском судьи Назаровой С.А.

В судебном заседании 10.05.2017 апелляционная жалоба рассматривалась вновь сформированным составом суда: председательствующий судья Солопова Е.А., судьи Клеандров И.М., Мишаков О.Г.

Резолютивная часть определения от 10.05.2017 и текст определения 10.05.2017 в полном объеме также подписаны составом суда: председательствующий судья Солопова Е.А., судьи Клеандров И.М., Мишаков О.Г.

Согласно части 2 статьи 18 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации дело, рассмотрение которого начато одним судьей или составом суда, должно быть рассмотрено этим же судьей или составом суда.

Случаи замены судьи допускаются только при наличии оснований, указанных в пунктах 1 и 2 части 3 и в части 4 названной статьи Кодекса.

В случае замены судьи в процессе рассмотрения дела судебное разбирательство должно быть произведено с самого начала (часть 5 статьи 18 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Данные требования законодателя обеспечивают право сторон на справедливое судебное разбирательство независимым судом.

В соответствии с пунктом 37 Регламента арбитражных судов Российской Федерации, утвержденного Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05.06.1996 N 7 (в редакции от 22.06.2012), дело, рассмотрение которого начато одним судьей или коллегиальным составом судей, должно быть рассмотрено этим же судьей или этим же составом судей. Замена судьи производится с соблюдением требований статьи 18 Кодекса и установленного в суде порядка распределения дел. **Вопрос о замене судьи или одного из судей, рассматривающих дело, другим судьей того же состава решается председателем этого состава. При невозможности замены судьи или одного из судей в пределах одного судебного состава вопрос о замене судьи или передаче дела в другой судебный состав той же судебной коллегии решается председателем коллегии, в его отсутствие - председателем арбитражного суда. При невозможности замены судьи в пределах одной судебной коллегии вопрос о замене его судьей другой судебной коллегии решается председателем арбитражного суда. После замены судьи рассмотрение дела начинается сначала.**

Согласно пункту 5 статьи 3 Федерального конституционного закона от 04.06.2014 № 8-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах Российской Федерации» и статью 2 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» регламенты арбитражных судов, утвержденные Пленумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, действуют до принятия Судебным департаментом при Верховном Суде Российской Федерации соответствующих решений по организации работы арбитражных судов в Российской Федерации и их утверждения Пленумом Верховного Суда Российской Федерации.

Согласно пунктам 3.6 и 3.7 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.02.2011 № 12 «О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в редакции Федерального закона от 27.07.2010 № 228-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» (в редакции от 11.07.2014) на период временного отсутствия судьи судебное разбирательство может быть отложено (статья 158 Кодекса) либо может быть произведена замена судьи (одного из судей) на основании пункта 2 части 3 статьи 18 АПК РФ. Отложение судебного разбирательства либо замена судьи производятся арбитражным судом в каждом случае с учетом предполагаемой длительности отсутствия судьи и недопустимости нарушения права лиц, участвующих в деле, на судебную защиту в установленный законом срок или в срок, разумный для конкретного дела. Основания для замены судьи или одного из судей, арбитражных заседателей, предусмотренные частями 3 и 4 статьи 18 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, согласно статье 185 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, должны быть указаны в определении, выносимом по вопросу о замене судьи или состава суда, рассматривающего дело; такое определение выносится председателем судебного

состава (председателем судебной коллегии, председателем арбитражного суда) без проведения судебного заседания. Если замена в составе суда, рассматривающем дело, произведена без наличия на то установленных процессуальным законодательством оснований, то сформированный подобным образом состав суда должен быть признан сформированным с нарушением статьи 18 Кодекса, т.е. незаконным, что в любом случае влечет отмену принятого им судебного акта.

Определение председателя шестого судебного состава от 10.05.2017 вынесено с нарушением пункта 37 Регламента арбитражных судов Российской Федерации, утвержденного Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05.06.1996 № 7 (в редакции от 22.06.2012), согласно которому **вопрос о замене судьи или одного из судей, рассматривающих дело, другим судьей того же состава решается председателем этого состава. При невозможности замены судьи или одного из судей в пределах одного судебного состава вопрос о замене судьи или передаче дела в другой судебный состав той же судебной коллегии решается председателем коллегии, в его отсутствие - председателем арбитражного суда. При невозможности замены судьи в пределах одной судебной коллегии вопрос о замене его судьей другой судебной коллегии решается председателем арбитражного суда. После замены судьи рассмотрение дела начинается сначала.**

В данном случае **судья Мишаков О.Г.** не является судьей состава, рассматривающего дело, соответственно, определением председателя шестого судебного состава от 10.05.2017 не могла быть произведена замена состава суда на **судью Мишакова О.Г.**

В материалах дела отсутствует надлежащий распорядительный документ (определение) **председателя судебной коллегии либо председателя арбитражного суда**, который бы подтверждал правомерность замены судьи Назаровой С.А. на судью **Мишакова О.Г.** в порядке, установленном Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации и Регламентом арбитражных судов Российской Федерации.

В Картотеке арбитражных дел в сети Интернет такое определение отсутствует.

При этом, на 10.05.2017 председателем шестого судебного состава был уже сформирован состав суда по рассмотрению дел (а именно, с участием судей: Солоповой Е.А., Клеандрова И.М., Нагаева Р.Г.) и, соответственно, **невозможности замены судьи в пределах одного судебного состава в данном случае не имелось, что следует, в том числе из расписания дел на 10.05.2017 по суду апелляционной инстанции в целом (зал заседания № 10 (кабинет 204)).**

На официальном сайте картотеки арбитражных дел, размещенной в сети Интернет по адресу: <http://kad.arbitr.ru>, имеются судебные акты, **свидетельствующие о присутствии судьи Нагаева Р.Г. в этот день (10.05.2017)** на рабочем месте и участии его в судебных заседаниях при рассмотрении других дел: № А40-172055/13(09АП-7936/2017); А40-197758/15 (09АП-10399/2017); А40-172055/13 (09АП-13162/2017, 09АП-13525/2017); А40-172055/13 (09АП-13359/2017); А40-252156/15 (09АП-13816/2017); А40-252156/15 (09АП-13873/2017 № 09АП-17503/2017); А40-112221/15 (09АП-13934/2017); А40-135644/16 (09АП-15550/2017); № А40-194885/16 09АП-9626/2017; А40-110070/10 (09АП-10039/2017, 09АП-10041/2017, 09АП-10042/2017); А40-240735/15 № 09АП-

14979/2017; А40-21255/16№ 09АП-15176/2017; № А40-117126/16№ 09АП-15655/2017; А40-88845/13№ 09АП-15778/2017; А40-252069/16№ 09АП-15926/2017; А40-48005/16№ 09АП-17959/2017.

При таких обстоятельствах, ни замена судьи по определению председателя шестого судебного состава от 10.05.2017, ни рассмотрение дела судом апелляционной инстанции с самого начала, не свидетельствуют о законности состава суда.

Таким образом, порядок замены судей, рассматривающих дело, предусмотренный статьей 18 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, не соблюден.

2. Оснований для выводов о не извещении судом первой инстанции должника о месте и времени и месте судебного разбирательства у суда апелляционной инстанции, не имеется в виду следующего.

Из общедоступной информации, размещенной на официальном сайте картотеки арбитражных дел по настоящему делу, усматривается, что определение об исправлении опечатки от 27.02.2017, в котором указано о назначении судебного заседания по заявлению Колачева В.А. о признании несостоятельным (банкротом) ООО «Манор» на 01.03.2017, вынесено судом первой инстанции с учетом поданного Председателю суда 27.02.2017 заявления Колачева В.А. об ускорении рассмотрения дела (определение суда от 13.03.2017).

Судебное заседание по заявлению Колачева В.А. о признании несостоятельным (банкротом) ООО «Манор» состоялось 01.03.2017, и было рассмотрено судом с участием заявителя по делу Колачева В.А. и должника ООО «Манор». Явка от должника ООО «Манор» была обеспечена непосредственно присутствием на судебном заседании генерального директора должника Капустина В.А., полномочия которого подтверждены выпиской из Единого государственного реестра юридических лиц (далее – ЕГРЮЛ), который подтвердил наличие задолженности, представил отзыв на заявленные требования с представлением, в том числе судебных актов, подтверждающих значительную задолженность должника перед кредиторами (в частности, перед Сысоевым В.С. на сумму 327 218 731,40 руб., перед Габреляном С.С. на сумму 610 074 029 руб.).

Таким образом, в судебном заседании суда было установлено, что непосредственно должник знал о рассмотрении дела в суде первой инстанции 01.03.2017 и обеспечил явку своего представителя с надлежащими полномочиями.

Доводы заявителя апелляционной жалобы о том, что при проверке полномочий Капустина В.А., явившегося в судебное заседание, суду надлежало также запросить протокол общего собрания участников ООО «Манор» о наделении такими полномочиями, должен быть отклонен судом, исходя из следующего.

В соответствии с пунктами 1 и 3 статьи 40 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее - Закон № 14-ФЗ) единоличный исполнительный орган общества (генеральный директор, президент и другие) избирается общим собранием участников общества на срок, определенный уставом общества. Единоличный исполнительный орган общества без доверенности действует от имени общества, в том числе представляет его интересы и совершает сделки.

В соответствии с подпунктом «л» пункта 1 статьи 5 Федерального закона от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и

индивидуальных предпринимателей» в государственных реестрах содержатся сведения и документы о юридическом лице, в том числе фамилия, имя, отчество и должность лица, имеющего право без доверенности действовать от имени юридического лица, а также паспортные данные этого лица или данные иных документов, удостоверяющих личность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Пунктом 5 статьи 5 Закона № 129-ФЗ предусмотрена обязанность юридического лица в течение трех дней с момента изменения сведений (в том числе, о лице, имеющем право без доверенности действовать от имени юридического лица) сообщить об этом в регистрирующий орган для внесения соответствующих изменений.

Поскольку в силу абзаца третьего пункта 1 статьи 4 Закона № 129-ФЗ государственные реестры являются федеральными информационными ресурсами, то есть официальным источником сведений о юридическом лице, указанные в реестре данные считаются достоверными до внесения в них соответствующих изменений.

При этом следует учитывать, что в силу пункта 4 статьи 12 Закона № 14-ФЗ, а также пункта 6 статьи 52 Гражданского кодекса Российской Федерации изменения учредительных документов приобретают силу для третьих лиц с момента их государственной регистрации.

Согласно требованиям пункта 9 части 1 статьи 126 АПК РФ к исковому заявлению прилагаются, в том числе выписка из единого государственного реестра юридических лиц, в которой в силу закона содержатся сведения и документы о юридическом лице, в том числе фамилия, имя, отчество и должность лица, имеющего право без доверенности действовать от имени юридического лица, а также паспортные данные этого лица или данные иных документов, удостоверяющих личность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Такой документ должен быть получен не ранее чем за тридцать дней до дня обращения истца в арбитражный суд.

Колачев В.А., обращаясь в арбитражный суд с заявлением о признании несостоятельным (банкротом) ООО «Манор» согласно требованиям пункта 9 части 1 статьи 126 АПК РФ приложил к своему заявлению (подано в суд 08.12.2016) выписку из ЕГРЮЛ по состоянию на 07.12.2016, согласно которой руководителем данной организации является Капустин В.А.

В данном случае в судебное заседание суда первой инстанции явился со стороны должника ООО «Манор» директор Капустин В.А., который согласно выписке из ЕГРЮЛ является руководителем данной организации и имеет право действовать от его имени без доверенности.

При данных обстоятельствах суд первой инстанции правомерно пришел к выводу о том, что Капустин В.А. является полномочным представителем ООО «Манор».

Заявитель апелляционной жалобы представил суду апелляционной инстанции доказательства, свидетельствующие об избрании в спорный период иного лица на должность руководителя ООО «Манор» на основании протокола внеочередного общего собрания участников ООО «Манор» от 31.01.2017.

Между тем, в соответствии с подпунктом «л» пункта 1 статьи 5 Федерального закона от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц

и индивидуальных предпринимателей» в государственных реестрах содержатся сведения и документы о юридическом лице, в том числе, фамилия, имя, отчество и должность лица, имеющего право без доверенности действовать от имени юридического лица, а также паспортные данные этого лица или данные иных документов, удостоверяющих личность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Пунктом 5 статьи 5 Закона о регистрации предусмотрена обязанность юридического лица в течение трех дней с момента изменения сведений (в том числе, о лице, имеющем право без доверенности действовать от имени юридического лица) сообщить об этом в регистрирующий орган для внесения соответствующих изменений.

Поскольку в силу абзаца 3 пункта 1 статьи 4 Закона о регистрации государственные реестры являются федеральными информационными ресурсами, то есть официальным источником сведений о юридическом лице, указанные в реестре данные считаются достоверными до внесения в них соответствующих изменений.

Таким образом, заявитель жалобы обязан был в целях приведения сведений, содержащихся в ЕГРЮЛ, в соответствии с решением внеочередного общего собрания участников ООО «Манор» от 31.01.2017, обратиться в регистрирующий орган для внесения соответствующих изменений.

Указывая на данные обстоятельства, суд апелляционной инстанции считает необходимым руководствоваться правовой позицией по данному вопросу, изложенной ВАС РФ в определении от 12.09.2007 № 10084/07 по делу № А40-4749/07.

Более того, в ходе судебного заседания суда апелляционной инстанции установлено, что изменения в сведения, содержащиеся в ЕГРЮЛ, на основании решения внеочередного общего собрания участников ООО «Манор» от 31.01.2017, не могли быть внесены, как того требуют положения пункта 5 статьи 5 Закона о регистрации от общества, поскольку вступившим в законную силу определением Замоскворецкого районного суда г.Москвы от 08.11.2016 были приняты обеспечительные меры по заявлению кредитора Габреляна С.С., запрещающие ООО «Манор» и его органам управления осуществлять любые регистрационные действия по внесению изменений в ЕГРЮЛ, а также осуществлять смену единоличного исполнительного органа – генерального директора ООО «Манор» (в данном случае Капустина В.А.). Также данным судебным актом был установлен прямой запрет Инспекции Федеральной налоговой службы России № 46 по г.Москве совершать любые регистрационные действия по внесению изменений в ЕГРЮЛ в отношении ООО «Манор».

В соответствии с правовой позицией Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в Постановлении от 12.07.2007 № 10-П, по смыслу статьи 46 Конституции Российской Федерации, гарантирующей каждому судебную защиту его прав и свобод, исполнение судебного решения следует рассматривать как элемент судебной защиты. При этом защита нарушенных прав не может быть признана действенной, если судебный акт своевременно не исполняется.

В соответствии с ч. 2 ст. 13 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, вступившие в законную силу судебные постановления, а также законные распоряжения, требования, поручения, вызовы и обращения судов являются обязательными для всех без исключения органов государственной

власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, граждан, организаций и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации.

В статье 3 Федерального конституционного закона Российской Федерации «О судебной системе в Российской Федерации» от 31.12.1996 № 1-ФКЗ закреплён принцип единства судебной системы Российской Федерации, который обеспечивается в том числе путём признания обязательности исполнения на всей территории Российской Федерации судебных постановлений, вступивших в законную силу.

Таким образом, вступившее в законную силу решение (определение) суда общей юрисдикции по рассмотренному гражданскому делу обязательно, в том числе для арбитражного суда, рассматривающего дело, по вопросам об обстоятельствах, имеющих отношение к лицам, участвующим в деле.

Наличие судебного акта суда общей юрисдикции о принятии таких обеспечительных мер не может быть проигнорировано судом апелляционной инстанции, поскольку иной подход нарушает принципы общеобязательности, стабильности и непротиворечивости судебных актов, не способствует правовой определенности в правоотношениях спорящих сторон, не ведет к укреплению законности в сфере экономической деятельности, и, как следствие, не решает задач судопроизводства в арбитражных судах (пункт 4 статьи 2 АПК РФ).

Суд апелляционной инстанции обязан был принять во внимание определение Замоскворецкого районного суда г.Москвы от 08.11.2016, которым были приняты обеспечительные меры по заявлению кредитора Габреляна С.С.

Принятые судом меры по обеспечению иска в данной части отменены судом только 10.03.2017 на основании определения Замоскворецкого районного суда г.Москвы.

Позиция заявителя жалобы о том, что решение внеочередного общего собрания участников ООО «Манор» от 31.01.2017 не оспорено и не признано недействительным по основаниям, установленным ГК РФ, несостоятельна.

Данное обстоятельство в данном случае не имеет для суда апелляционной инстанции никакого правового значения, поскольку такое решение внеочередного общего собрания участников ООО «Манор» от 31.01.2017 не могло быть подвергнуто какому либо оспариванию **в силу своей ничтожности**, так как было принято в нарушение вступившего в законную силу и действующего определения Замоскворецкого районного суда г.Москвы об обеспечительных мерах, запрещающего должнику ООО «Манор» и его органам управления осуществлять смену единоличного исполнительного органа – генерального директора ООО «Манор», которое обязательно для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации.

Согласно п. 1 статьи 181.3 ГК РФ недействительное решение собрания оспоримо, если **из закона** не следует, что решение ничтожно.

3. Доводы о мнимости заявленной к должнику задолженности Колачевым В.А. (заявителем по делу о банкротстве) и об отсутствии у должника обязательств перед иными кредиторами, которые могли бы повлечь введение

процедуры банкротства должника, не могут быть приняты во внимание судом апелляционной инстанции, поскольку опровергаются сведениями, размещенными по данному делу в Картотеке арбитражных дел, размещенной в сети Интернет по адресу: <http://kad.arbitr.ru>.

Судом первой инстанции назначены к судебному разбирательству по рассмотрению требований кредиторов на существенные суммы. В частности, судом приняты к производству и назначены судебные заседания по рассмотрению требований к должнику следующими кредиторами:

Габреляном С.С. на сумму 610 074 029 руб.;

Сысоевым В.С. на сумму 327 218 731,40 руб.,

ФНС России в сумме 3 100 369,78 руб.

ООО «Даймонд Коммершиэл Рус» на сумму 305 620 145,80 руб.

ЗАО «Веста – II» на сумму 23 371 530,99 руб.

ООО «АДМ» на сумму 181 041 603 руб. и 101 200 000 руб.

ООО «Реал-сервис» на сумму 181 185 682 руб.

ООО «Фриз-Инвест» на сумму 144 042 280 руб.

ООО «К-Регион» на сумму 40 890 515 руб. и т.п.

Таким образом, судом первой инстанции было правомерно установлено, что должник знал о рассмотрении дела в суде первой инстанции 01.03.2017 и обеспечил явку своего представителя с надлежащими полномочиями.

На основании вышеизложенного и руководствуясь о неукоснительном соблюдении действующего законодательства Российской Федерации, руководствуясь ч. 2 статьи 20 АПК РФ, мною изложено и приобщено к материалам дела особое мнение в рамках рассмотрения апелляционной жалобы (09АП-13372/2017) на судебный акт Арбитражного суда г.Москвы от 03.03.2017 по делу Арбитражного суда города Москвы № А40-244422/2016.

Судья

Е.А.Солопова