О ДОПУСТИМОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫМ ОРГАНОМ

ДОКАЗАТЕЛЬСТВ, ПОЛУЧЕННЫХ В ХОДЕ ПРОВЕРКИ, ПРОВЕДЕННОЙ

В ПОРЯДКЕ И В СООТВЕТСТВИИ С ПРОЦЕДУРОЙ ФЕДЕРАЛЬНОГО

ЗАКОНА ОТ 26.12.2008 N 294-ФЗ, В ДЕЛЕ

ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВОНАРУШЕНИИ

А.Г. КУДИН

Кудин А.Г., судья Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа.

Федеральным законом от 18.07.2011 N 242-ФЗ, вступившим в силу с 1 августа 2011 года, часть 3 статьи 26.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ) изложена в новой редакции: "Не допускается использование доказательств по делу об административном правонарушении, полученных с нарушением закона, в том числе доказательств, полученных при проведении проверки в ходе осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля".

В предыдущей редакции данная норма выглядела иначе: "Не допускается использование доказательств, полученных с нарушением закона".

Такая редакционная законодательная правка сделала на первый взгляд очевидной при определенных условиях возможность использования в делах об административных правонарушениях доказательств, полученных при проведении проверки в ходе осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля. Однако в связи с разным объемом гарантий, предоставляемых субъектам государственного контроля и лицам, привлекаемым к административной ответственности, при процедуре сбора отдельных доказательств, в правоприменительной практике судов возник подход, препятствующий использованию легитимно полученных доказательств. Об этом и пойдет речь в настоящей статье.

Дела об административных правонарушениях (дела о привлечении к административной ответственности и дела об оспаривании решений административных органов о привлечении к административной ответственности) в арбитражных судах рассматриваются по общим правилам искового производства, предусмотренным Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации (далее - АПК РФ), с особенностями, установленными в главе 25 АПК РФ и федеральном законе об административных правонарушениях.

По указанного рода делам бремя доказывания обстоятельств, имеющих юридическое значение, лежит на административном органе. В случае непредставления административными органами доказательств, необходимых для рассмотрения дела и принятия решения, арбитражный суд может истребовать доказательства от указанных органов по своей инициативе (часть 5 статьи 205, части 4 и 5 статьи 210 АПК РФ).

В соответствии с частью 1 статьи 64 АПК РФ доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном данным Кодексом и другими федеральными законами порядке сведения о фактах, на основании которых арбитражный суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела.

Частью 2 названной статьи закреплено, что в качестве доказательств допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, консультации специалистов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы.

В силу части 1 статьи 26.2 КоАП РФ доказательствами по делу об административном правонарушении являются любые фактические данные, на основании которых судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, устанавливают наличие или отсутствие события административного правонарушения, виновность лица, привлекаемого к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела. Эти данные устанавливаются протоколом об административном правонарушении, иными протоколами, предусмотренными КоАП РФ, объяснениями лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показаниями потерпевшего, свидетелей, заключениями эксперта, иными документами, а также показаниями специальных технических средств, вещественными доказательствами (часть 2 той же статьи).

Таким образом, из приведенных нормативных положений можно сделать вывод, что ни АПК РФ, ни КоАП РФ не ограничивают административные органы в средствах доказывания.

Между тем обстоятельства дела, которые согласно закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться в арбитражном суде иными доказательствами (статья 68 АПК РФ "Допустимость доказательств").

В главе 26 КоАП РФ "Предмет доказывания. Доказательства. Оценка доказательств" в отношении экспертизы, отбора проб и проведения осмотра лицам, привлекаемым к административной ответственности, предоставлены определенные публично-правовые гарантии.

Так, в силу статьи 26.4 КоАП РФ основанием для проведения экспертизы является определение, которое выносит судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело.

Частью 4 данной статьи предусмотрено, что до направления определения для исполнения судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело об административном правонарушении, обязаны ознакомить с ним лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, и потерпевшего, разъяснить им права, в том числе право заявлять отвод эксперту, право просить о привлечении в качестве эксперта указанных ими лиц, право ставить вопросы для дачи на них ответов в заключении эксперта.

Кроме того, в определении должны быть записи о разъяснении эксперту его прав и обязанностей и о предупреждении его об административной ответственности за дачу заведомо ложного заключения.

Статья 26.5 КоАП РФ предоставляет право должностному лицу, осуществляющему производство по делу об административном правонарушении, брать образцы почерка, пробы и образцы товаров и иных предметов, необходимых для проведения экспертизы. О взятии проб и образцов составляется протокол, предусмотренный статьей 27.10 названного Кодекса. Основной гарантией при указанной процедуре является присутствие двух понятых (часть 1 статьи 27.10 КоАП РФ).

Статья 27.8 КоАП РФ регламентирует осмотр принадлежащих юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю помещений, территорий и находящихся там вещей и документов. Данный осмотр в силу части 2 указанной статьи осуществляется в присутствии представителя юридического лица, индивидуального предпринимателя или его представителя и двух понятых.

Федеральный закон от 26.12.2008 N 294-ФЗ "О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля" (далее - Закон N 294-ФЗ) концептуально отличается от КоАП РФ в отношении вопроса выявления и фиксации нарушений требований законодательства.

В статье 2 Закона N 294-ФЗ государственный контроль (надзор) определен как деятельность уполномоченных органов государственной власти (федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации), направленная на предупреждение, выявление и пресечение нарушений юридическими лицами, их руководителями и иными должностными лицами, индивидуальными предпринимателями, их уполномоченными представителями (далее также - юридические лица, индивидуальные предприниматели) требований, установленных данным Федеральным законом, другими федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации (далее - обязательные требования), посредством организации и проведения проверок юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, принятия предусмотренных законодательством Российской Федерации мер по пресечению и (или) устранению последствий выявленных нарушений, а также деятельность указанных уполномоченных органов государственной власти по систематическому наблюдению за исполнением обязательных требований, анализу и прогнозированию состояния исполнения обязательных требований при осуществлении деятельности юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями.

При этом под проверкой понимается совокупность проводимых органом государственного контроля (надзора) или органом муниципального контроля в отношении юридического лица, индивидуального предпринимателя мероприятий по контролю для оценки соответствия осуществляемых ими деятельности или действий (бездействия), производимых и реализуемых ими товаров (выполняемых работ, предоставляемых услуг) обязательным требованиям и требованиям, установленным муниципальными правовыми актами.

Дальнейшая конкретизация, данная в статье 2 Закона N 294-ФЗ, определяет мероприятие по контролю как действия должностного лица или должностных лиц органа государственного контроля (надзора) либо органа муниципального контроля и привлекаемых в случае необходимости в установленном названным Федеральным законом порядке к проведению проверок экспертов, экспертных организаций по рассмотрению документов юридического лица, индивидуального предпринимателя, по обследованию используемых указанными лицами при осуществлении деятельности территорий, зданий, строений, сооружений, помещений, оборудования, подобных объектов, транспортных средств и перевозимых указанными лицами грузов, по отбору образцов продукции, объектов окружающей среды, объектов производственной среды, по проведению их исследований, испытаний, а также по проведению экспертиз и расследований, направленных на установление причинно-следственной связи выявленного нарушения обязательных требований и (или) требований, установленных муниципальными правовыми актами, с фактами причинения вреда.

Согласно части 1 статьи 14 Закона N 294-ФЗ проверка проводится на основании распоряжения или приказа руководителя, заместителя руководителя органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля. Типовая форма распоряжения или приказа руководителя, заместителя руководителя органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля устанавливается федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством Российской Федерации. Проверка может проводиться только должностным лицом или должностными лицами, которые указаны в распоряжении или приказе руководителя, заместителя руководителя органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля.

В статье 15 Закона N 294-ФЗ приведены ограничения при проведении проверки. Так, в силу пункта 4 указанной статьи при проведении проверки должностные лица органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля не вправе: отбирать образцы продукции, пробы обследования объектов окружающей среды и объектов производственной среды для проведения их исследований, испытаний, измерений без оформления протоколов об отборе указанных образцов, проб по установленной форме и в количестве, превышающем нормы, установленные национальными стандартами, правилами отбора образцов, проб и методами их исследований, испытаний, измерений, техническими регламентами или действующими до дня их вступления в силу иными нормативными техническими документами и правилами и методами исследований, испытаний, измерений.

По результатам проверки должностными лицами органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, проводящими проверку, составляется акт по установленной форме в двух экземплярах. Типовая форма акта проверки устанавливается уполномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти (часть 1 статьи 16 Закона N 294-ФЗ). К акту проверки прилагаются протоколы отбора образцов продукции, проб обследования объектов окружающей среды и объектов производственной среды, протоколы или заключения проведенных исследований, испытаний и экспертиз, объяснения работников юридического лица, работников индивидуального предпринимателя, на которых возлагается ответственность за нарушение обязательных требований или требований, установленных муниципальными правовыми актами, предписания об устранении выявленных нарушений и иные связанные с результатами проверки документы или их копии (часть 3 статьи 16 Закона N 294-ФЗ).

В соответствии с частью 1 статьи 20 Закона N 294-ФЗ результаты проверки, проведенной органом государственного контроля (надзора), органом муниципального контроля с грубым нарушением установленных Законом N 294-ФЗ требований к организации и проведению проверок, не могут являться доказательствами нарушения юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем обязательных требований и требований, установленных муниципальными правовыми актами, и подлежат отмене вышестоящим органом государственного контроля (надзора) или судом на основании заявления юридического лица, индивидуального предпринимателя. Часть 2 указанной статьи содержит закрытый перечень грубых нарушений требований Закона N 294-ФЗ.

Анализ приведенных нормативных положений позволяет сделать вывод об ином, более узком перечне публично-правовых гарантий, предоставляемых подконтрольному субъекту при сборе и фиксации доказательств, сходных по характеру с предусмотренными в статьях 26.4, 26.5, 27.8 и 27.10 КоАП РФ.

В Федеральном арбитражном суде Северо-Западного округа (далее - ФАС СЗО) имела место правоприменительная практика, поддерживающая подход о недопустимости доказательств, хотя и полученных с соблюдением Закона N 294-ФЗ, но не отвечающих содержащимся в КоАП РФ гарантиям, предусмотренным при получении определенных доказательств (отбор проб, осмотр вещей и документов).

Так, в Постановлении от 10.03.2010 по делу N А05-13634/2009 кассационная инстанция, поддерживая суды двух инстанций, указала на правильное применение статей 26.2, 26.5 и 27.10 КоАП РФ в вопросе о недопустимости использования в качестве доказательств протоколов отбора проб и протоколов результатов анализов сточных вод, произведенных на основании взятых проб, собранных и полученных в период проведения внеплановой проверки на предмет выполнения предписаний органов контроля.

Аналогичная позиция кассационной инстанции содержится в Постановлении от 28.02.2011 по делу N А05-3607/2010, в котором акты отбора образцов поставляемой потребителям энергии, а также протоколы проведенных испытательной лабораторией инспекционных испытаний и экспертное заключение, полученные в рамках внеплановой проверки, использованы в качестве доказательств по делу об административном правонарушении. Судами установлено, что указанные акты отбора образцов были составлены в отсутствие понятых; протокол о взятии образцов административным органом не составлялся; не соблюдена процедура назначения и проведения экспертизы (общество не было ознакомлено с определением о назначении экспертизы, и ему не разъяснялись его права, в том числе право ставить вопросы для дачи на них ответов в заключении эксперта).

Кассационная инстанция согласилась с судами первой и апелляционной инстанций в том, что в силу части 3 статьи 26.2 КоАП РФ указанные доказательства нельзя признать надлежащими доказательствами, подтверждающими вину общества в совершении названного административного правонарушения, и оставила без изменения судебные акты об отказе в привлечении общества к административной ответственности по части 1 статьи 19.19 КоАП РФ.

Определением Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее - ВАС РФ) от 29.06.2011 N ВАС-7451/11 отказано в передаче дела для пересмотра в порядке надзора.

В Постановлении от 06.03.2012 по делу N А56-36586/2011 суд кассационной инстанции, восстанавливая решение суда первой инстанции, наряду с другими основаниями указал на правильность вывода суда о недопустимости использования в качестве доказательств результатов исследования проб воды, отобранных в рамках плановой выездной проверки с нарушением КоАП РФ.

ВАС РФ, отказав Определением от 26.04.2012 N ВАС-5203/12 в передаче дела для пересмотра в порядке надзора, ограничился следующим указанием: "Удовлетворяя заявленное требование, суды исходили из того, что вины медицинского центра в несоответствии качества холодной и горячей воды требованиям санитарного законодательства не имеется, поскольку он является потребителем оказываемой услуги, а не ресурсоснабжающей организацией.

Кроме того, протокол об административном правонарушении составлен в отсутствие представителя организации, надлежащим образом не извещенной о месте и времени его составления".

Приведенная практика ФАС СЗО по вопросу о допустимости доказательств, полученных в рамках проверок государственного контроля с несоблюдением гарантий КоАП РФ, либо предшествует Постановлению Президиума ВАС РФ от 20.12.2011 N 8198/11, либо свидетельствует об использовании данного подхода как дополнительного основания при мотивации кассационного Постановления.

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 20.12.2011 N 8198/11 по делу об административном правонарушении поддержана позиция апелляционной инстанции в отношении допустимости доказательств, полученных с соблюдением Закона N 294-ФЗ.

Как указал Президиум ВАС РФ, "отказывая в удовлетворении заявленного требования, суд первой инстанции пришел к выводу, что образцы дизельного топлива инспекцией изъяты с нарушением требований статьи 27.10 КоАП РФ без участия понятых, в связи с чем акты проверки и отбора образцов проб дизельного топлива и протокол об административном правонарушении не могут быть использованы в качестве допустимых доказательств по делу об административном правонарушении.

Отменяя решение суда первой инстанции, суд апелляционной инстанции обоснованно исходил из того, что взятие проб дизельного топлива при проведении контрольно-надзорных мероприятий осуществлено в соответствии с Законом N 294-ФЗ, поэтому акт отбора образцов проб, протокол испытания и акт проверки являются надлежащими доказательствами".

По мнению автора, определение допустимости доказательства, приведенное в части 3 статьи 26.2 КоАП РФ, исходя из буквального и систематического толкования данной нормы указывает на возможность использования доказательств, полученных административным органом с применением различных процедур (будь то Закон N 294-ФЗ или КоАП РФ). Причем доказательство должно соответствовать тому Закону, в рамках которого оно получено. Из КоАП РФ нельзя сделать вывод о необходимости проверки доказательства, полученного в рамках процедур закона о государственном контроле, на соответствие гарантиям, предоставленным названным Кодексом.

В Постановлении Президиума ФАС СЗО судьям даны следующие рекомендации: "По делам о привлечении к административной ответственности и об оспаривании решений административных органов о привлечении к административной ответственности (глава 25 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации) доказательства, полученные в ходе проверки, проведенной в порядке и в соответствии с процедурой Федерального закона от 26.12.2008 N 294-ФЗ "О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля", являются допустимыми и подлежат оценке судами наряду с доказательствами, собранными в рамках дела об административном правонарушении".