



КОНТРОЛЬНАЯ ЗАКУПКА

Михаил СТЕПКИН, адвокат



«Алтын», г. Бишкек

Контрольная закупка – это не обычная покупка товара. Покупатели здесь приобретают товар не потому, что он им нужен, а для того, чтобы проверить, как работают продавцы: не обманывают ли покупателей, пробивают ли чеки и т. д.

Последствием контрольной закупки нередко является уплата штрафа фирмой, индивидуальным предпринимателем. А если уж быть откровенным, то чаще всего уплата штрафа – это её цель. Ведь, в конечном счёте, государство озабочено не только контролем торговли, но и пополнением своего кармана, т. е. бюджета.

В этой статье пойдет речь о том, как проходят контрольные закупки, об их последствиях, о том, какими приёмами для провокаций на нарушение пользуются государственные контролёры, и главное – о законодательных нюансах и нововведениях в этой сфере контрольной деятельности государства.

Начать проверку торгового предприятия с контрольной закупки могут и милиционеры, и инспекторы Роспотребнадзора, и налоговики. Но все ли они вправе это делать?

Вопрос неожиданный, и вряд ли большинство продавцов им задаётся. Сразу думают о том, как минимизировать фи-

нансовые потери... Вопрос же о том, кто имеет право осуществить контрольную закупку, в настоящее время стоит достаточно остро. Это связано с тем, что проверять порой приходят те, у кого полномочия на это, в соответствии с действующим законодательством РФ, отсутствуют. И так, кто наделён полномочия-

ми, а кто нет? Что следует знать, чтобы избежать административной ответственности?

А КАК ПО ЗАКОНУ?

Определение контрольной, как привыкли говорить в народе, а правильно – проверочной закупки, дано в Федеральном законе от 08.01.1998 №3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах». Проверочная закупка – это оперативно-розыскное мероприятие, при котором с ведома и под контролем органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, допускается приобретение наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, а также инструментов или оборудования.

Как одно из оперативно-розыскных мероприятий проверочная закупка называется и в Федеральном законе от 12 августа 1995 г. №144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Кроме того, в статье 13 ФЗ №144-ФЗ перечислены ведомства, оперативным подразделениям которых предоставлено право осуществ-



влять оперативно-розыскную деятельность: органы внутренних дел, органы федеральной службы безопасности, федеральные органы государственной охраны, таможенные органы РФ, служба внешней разведки РФ, федеральная служба исполнения наказаний, органы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ.

Как видим, Роспотребнадзор и Федеральная налоговая служба в числе таких полномоченных лиц не упоминаются!

Однако на практике проверку деятельности торгового предприятия инспекторы Роспотребнадзора зачастую начинают именно с контрольной закупки. В ходе таковой контролёры проверяют, применяется ли контрольно-кассовая техника, и если применяется, то в соответствии ли с установленным порядком, не обманывают ли продавцы покупателей. Также инспекторы обращают внимание на качество обслуживания, соблюдение санитарных норм, правил торговли и т. д.

«Прикинуться» рядовым покупателем, чтобы комплексно проверить работу торгового предприятия в реальной обстановке - вроде бы целесообразно. Весь торго-

вый цикл как на ладони. Но насколько законны такие действия проверяющих?

В ст. 7 ФЗ №144-ФЗ чётко названы основания для оперативно-розыскных мероприятий. К ним, в частности, относят ставшие известными сведения о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершённого противоправного деяния, а также о лицах, его готовящих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для возбуждения уголовного дела.

В Определении от 14.07.1998 №86-О Конституционный суд РФ указал, что под противоправным подразумевается лишь уголовно наказуемое деяние, то есть преступление. Если же в ходе оперативно-розыскной деятельности выясняется, что речь идет не о преступлении, а об ином виде правонарушения (например, об административном правонарушении), то оперативно-розыскное мероприятие должно быть прекращено.

Кроме того, в соответствии со ст. 8 Федерального закона №144-ФЗ, проверочная закупка (и иные оперативно-розыскные мероприятия) проводятся

на основании постановления, утверждённого руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

Из сказанного следуют важные выводы:

1. Проверочная закупка может быть совершена только при наличии признаков уголовно наказуемого деяния, только наделённым соответствующим правом органом, и только на основании постановления, утверждённого руководителем этого, т. е. осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, органа.

2. Проверочная закупка не может быть проведена при наличии признаков административного правонарушения.



ПОЛНОМОЧИЯ РОСПОТРЕБНАДЗОРА

Деятельность Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (далее – Роспотребнадзор) регламентируется Положением о федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, утверждённого постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 №322 (в ред. от 14.12.2006).

В соответствии с пп. 5.1.2 и 5.1.3 Положения, Роспотребнадзор осуществляет государственный контроль за соблюдением:

- законов и иных нормативных правовых актов РФ, регулирующих отношения в области защиты прав потребителей;
- правил продажи отдельных предусмотренных законодательством видов товаров, работ, услуг.

Торговые организации, в том числе и специализирующиеся на торговле ювелирными товарами, обязаны соблюдать не только обязанности продавца, установленные Законом РФ «О защите прав потребителей» и «Правилами продажи отдельных видов товаров», но и обязательные с учётом профиля и специализации своей деятельности требования, установленные в государственных стандартах, санитарных, ветеринарных, противопожарных правилах и других нормативных документах.

За совершение административных правонарушений в области предпринимательской деятельности главой 14 Кодекса РФ об административных правонарушениях (КоАП РФ) предусмотрены наказания, в том числе наложение на должностных и юридических лиц соответствующих штрафов.

Ответ на вопрос о том, вправе ли Роспотребнадзор совершать контрольные закупки, частично уже дан выше.

Тем не менее, вопрос о контрольных закупках поднят в письме Роспотребнадзора от 07.03.2006 №0100/2473-06-32 «О разъяснении отдельных положений действующего законодательства».

Пункт 7 этого письма достоин того, чтобы процитировать его полностью.

О «контрольной покупке»

Поскольку «контрольная покупка» не предусмотрена ст. 27.1 КоАП РФ в качестве возможной меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении, с введением его в действие каждый факт её осуществления должен рассматриваться как противо-

правный акт со стороны должностных лиц Роспотребнадзора, свидетельствующий о превышении ими соответствующих полномочий.

В этой связи, применяя необходимые меры в рамках практической реализации функций, предусмотренных п. п. 5.1.2, 5.1.3, 6.5 Положения о Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, утверждённого Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 №322, при решении вопроса о возбуждении и рассмотрении соответствующего дела об административном правонарушении по ст. 14.7 КоАП РФ так или иначе следует исходить из наличия потерпевшего (ст. 25.2 КоАП РФ) и свидетелей по делу (ст. 25.6 КоАП РФ), необходимости выяснения всех сопутствующих делу обстоятельств (ст. 26.1 КоАП РФ) и должной оценки доказательств (ст. 26.2 КоАП РФ), что в конечном итоге должно отвечать целям административного наказания (ст. 3.1 КоАП РФ), обеспечивать соблюдение принципа законности при применении мер административного принуждения (ст. 1.6 КоАП РФ) и презумпции невиновности соответствующего субъекта административной ответственности (ст. 1.5 КоАП РФ).

Из этого следует, что:

1. Каждый факт контрольной покупки должностными лицами Роспотребнадзора должен рассматриваться как противоправный акт, свидетельствующий о превышении ими своих полномочий.

2. Контролёр - это не потерпевший, а сознательно спровоцировавший продавца госчиновник. Следовательно, если нет потерпевшего – нет и административного правонарушения.

3. Если в материалах административного дела (например, в протоколе об административном правонарушении) будет записано хоть

малейшее упоминание о проверочной (контрольной) закупке – у привлеченного к административной ответственности появляется неплохой шанс признать привлечение к административной ответственности незаконным и требовать отмены наложенного административного взыскания.

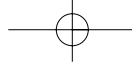
ПОЛНОМОЧИЯ НАЛОГОВЫХ ОРГАНОВ

Согласно ст. 23.5 КоАП РФ, к компетенции налоговых органов отнесены дела об административных правонарушениях, предусмотренные ст. 14.5 КоАП РФ, которой предусмотрена административная ответственность за продажу товаров, выполнение работ, либо оказание услуг при отсутствии установленной информации, либо без применения контрольно-кассовой техники (ККТ). В соответствии с п. 1 ст. 7 Закона РФ №943-1 «О налоговых органах РФ», налоговым органам предоставляется право осуществлять контроль над соблюдением требований к применению ККТ, порядка и условий её регистрации и применения.

Федеральным законом №54-ФЗ контроль применения ККТ возложен на налоговые органы. В частности, сотрудники ФНС имеют право проводить проверку выдачи организациями и индивидуальными предпринимателями кассовых чеков, налагать штрафы на организации и индивидуальных предпринимателей, нарушающих требования Федерального закона №54-ФЗ.

Президиум ВАС РФ в Постановлении от 31.07.2003 №16 «О некоторых вопросах практики применения административной ответственности, предусмотренной ст. 14.5 КоАП РФ за неприменение контрольно-кассовых машин» разъяснил, что именно следует понимать под неприменением ККТ:

- фактическое неиспользование ККТ (в том числе по причине её отсутствия);
- использование ККТ, не зарегистрированной в налоговых органах;
- использование ККТ, не включённой в Государственный реестр (в случае исключения из Государственного реестра ранее применявшихся моделей ККТ их дальнейшая эксплуатация осуществляется



в соответствии с п. 5 ст. 3 Закона №54-ФЗ до истечения нормативного срока амортизации);

- использование ККТ без фискальной (контрольной) памяти, с фискальной памятью в нефискальном режиме или с вышедшим из строя блоком фискальной памяти;

- использование ККТ, у которой пломба отсутствует либо имеет повреждение, свидетельствующее о возможности доступа к фискальной памяти;

- пробитие на ККТ чека с указанием суммы, менее уплаченной покупателем (клиентом).

Как видно, на первое место в этом перечне арбитражные суды поставили неиспользование ККТ, то есть невыдачу покупателям (клиентам) кассовых чеков. Именно выдачу покупателям (клиентам) в момент оплаты отпечатанных кассовых чеков (ст. 5 Федерального закона №54-ФЗ) можно считать конечным результатом применения ККТ.

Однако сама процедура проведения проверки применения ККТ ни в одном из упомянутых Федеральных законов не оговорена.

Очевидно, что сотрудники ФНС, контролирующие применение ККТ, могут зафиксировать факт невыдачи кассового чека только в случае, если сами будут при этом присутствовать. Более того, они должны «спровоцировать» невыдачу кассового чека, то есть совершить контрольную, т. е. проверочную закупку. Но сотрудники ФНС не вправе совершать её, поскольку, как было показано выше, они не наделены таким правом Федеральным законом №144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»!

И всё же выход есть. Поскольку именно на ФНС возложена обязанность по контролю за выдачей кассовых чеков, но сотрудники этой службы не уполномочены проводить контрольные закупки в одиночку, то проведение проверочных закупок допускается только в рамках оперативно-розыскных мероприятий и в составе «группы товарищей», т. е. сотрудников органов, имеющих на то соответствующее право. Например, сотрудников органов внутренних дел.

В судебной практике имеется множество прецедентов, когда налогоплательщикам удавалось избежать административной ответственности за неприменение ККТ на том основании, что факт невыдачи кассового чека был установлен в ходе контрольной закупки сотрудниками ФНС – лицами, не имеющими на это законного права

Как известно, на всякий яд есть противоядие. Учитывая, что суд далеко не всегда встает на сторону налоговиков, они перестроились и стали проводить в рамках проверок применения ККТ не контрольные закупки, а покупку товаров силами своих сотрудников в их личное пользование!

Как правило, в целях проведения проверочной закупки приобретается достаточно дешёвый товар, после проверки он не возвращается и деньги назад не истребуются.

Письмом от 07.02.2006 Минфин России подтвердил полномочия сотрудников ФНС на проведение проверочных закупок товара (заказа услуг) в рамках проверки применения ККТ. Арбитражные суды также неоднократно подтверждали право сотрудников ФНС производить закупку товара «для собственных нужд» и использовать её результаты при проверке применения ККТ.

Таким образом, продавцу не стоит расслабляться, а необходимо уяснить как основные приёмы контролёров, так и методы противодействия им.

ПРОЦЕДУРА ПРОВЕРОЧНОЙ ЗАКУПКИ

Процедура проверочной закупки происходит следующим образом.

Сначала проверяющие покупают какой-нибудь товар. Контролёры из Роспотребнадзора ограничиваются, как правило, одной покупкой. У сотрудников милиции всё сложнее: в соответствии со своими внутренними инструкциями, они должны проводить так называемую квалифицированную контрольную закупку, в которой участвуют три человека (обычно – один милиционер и двое специально для этого привлечённых граждан).

Товар приобретает каждый «покупатель». Это необходимо, чтобы на многократности доказать умысел нарушителя.

В процессе «тройной» контрольной закупки псевдопокупатели приобретают товар по очереди. В соответствии с внутренними документами МВД, они не могут покидать торговый зал или отойти от торговой палатки, чтобы «не допустить россыпи и потерь купленного товара».

Как только контрольная закупка объявлена, проверяющие обязаны предъявить продавцу свои служебные удостоверения. Предъявив удостоверения, проверяющие в присутствии продавца и представителя администрации фирмы

(руководителя, его заместителей, предпринимателя) повторно обмеривают (или взвешивают на контрольных весах) закупленный товар. Если никого из администрации фирмы нет на месте, проверяющие должны пригласить представителя администрации торгового комплекса.

Результаты контрольной закупки отражаются в акте, который подписывают все «покупатели», продавец и представитель администрации фирмы (предприниматель).

В случае обнаружения нарушения ревизоры составляют протокол, при этом они предлагают нарушителю дать объяснения. Имейте в виду: данные вами объяснения впоследствии могут быть, и скорее всего будут, использованы против вас.

На этой стадии проверки, чтобы всё не испортить собственными руками, проверяемому необходимо помнить и соблюдать несколько правил:

1. Если не можете сообразить, как правильно сформулировать свою позицию – лучше вообще не давать никаких объяснений. Давать объяснения проверяемый не обязан – на это у него есть право, гарантированное ст. 51 Конституции РФ.

2. Если вы всё же решили дать объяснения – не оговаривайте себя. Настаивайте на том, что просто ошиблись, например, по причине недомогания, недосыпания, измены супруги, или ещё бог весть по какой причине.

3. Ничего не подписывайте, не прочитав. Если прочли и не согласны с прочитанным – не подписывайте, пока не будут внесены исправления. Перед подписанием поставьте прочерки в незаполненных графах.

4. Если проверяющие отказываются передать вам копию составленного ими документа, напишите в акте (протоколе): «Проверяющие отказались передать мне копию акта (протокола)».

5. Законность появления милиционеров в вашем торговом предприятии можно и целесообразно проверить, позвонив их непосредственному руководителю и спросив, работают ли там пришедшие к вам оперативники и имеют ли они полномочия на проведение проверки.

Отказ оперативников дать телефон своего руководителя – повод насторожиться. Проверить, правильный ли номер вам дали, можно узнать, позвонив по 02 и попросив телефон начальника подразделения, в котором служат проверяющие.

ЕСЛИ ВЫ ВСЕ ЖЕ ПОПАЛИСЬ НА ПРОВОКАЦИЮ

Суд не признает результаты проверки, если установит, что сами же ревизоры спровоцировали продавца на нарушение.

Если вы считаете, что проверяющие вас спровоцировали, не подписывайте никаких документов. А если всё-таки решили подписать, то сделайте это с оговоркой о своём несогласии. Вы не обяза-

ны объяснять проверяющим, с чем именно вы не согласны (см. выше).

На мой взгляд, оптимальной является запись такого содержания: «С протоколом (или актом) не согласен, позиция будет изложена непосредственно на рассмотрении дела».

Крайне желательно найти свидетелей - очевидцев провокации. Это могут быть как продавцы, так и покупатели, которые во время контрольной закупки находились в торговом зале. Запишите их данные (Ф.И.О., адрес, телефон).

Поскольку доказательства, добытые с нарушением закона, не могут быть использованы в суде, то шанс избежать наказания есть, если в суде будет доказан факт провокации.

Сразу же после ухода проверяющих будет нелишним направить жалобу на их действия их начальнику или в прокуратуру, либо в обе эти инстанции одновременно.

КАК ПРОВОЦИРУЮТ НА НАРУШЕНИЕ

Поскольку каждая контрольная закупка должна выявлять нарушения, проверяющие придумывают различные провокации.

Психологическая провокация. Проверяющий выбирает товары в большом ассортименте и даёт продавцу крупную купюру. Продавец, получив деньги, выкладывает на прилавок перед покупателем товары, одновременно подсчитывая их стоимость.

Продавец, как правило, сначала отдаёт покупателю сдачу и только потом тянется к кассовому аппарату. В это время инспектор объявляет о контрольной закупке.

Групповая провокация. Начало такое же, как и в предыдущем варианте. После того как товар оказывается на прилавке,

псевдопокупатель делает вид, что торопится, забирает товар и уходит, не дожидаясь чека. В это время другой проверяющий уличает продавца в неприменении ККМ.

Двойная покупка. Проверяющий заходит в магазин и просит продать ему, например, кольцо и браслет. Продавец пробивает чек и выдаёт требуемые товары. Затем покупатель вдруг «вспоминает», что ему нужен пакет, чтобы упаковать покупку, и даёт продавцу деньги с учётом стоимости пакета. Как только продавец передаёт пакет, проверяющий объявляет контрольную закупку. Налицо неприменение ККМ: продавец не пробил чек за пакет.

Лов на жалость. Применяется для провокации сотрудников оптовых фирм, которые работают без ККМ. В офис оптовой фирмы заходит пожилой человек и просит продать ему, например, один браслет, так как здесь он стоит дешевле. Продавец пытается объяснить, что товар продаётся оптом. Однако пенсионер начинает причитать и упрашивать, ссылаясь на маленькую пенсию, тяжёлое материальное положение и т. п. В конце концов, продавец уступает и продаёт ему браслет за наличные. Чек, естественно, не пробивает. Тут же рядом с покупателем оказываются инспекторы – налицо факт розничной продажи без применения ККМ.

И в заключение - бальзам на израненные контрольными закупками души продавцов.

В октябре сего года «Российская газета» сообщила о проекте нескольких законов, созревших в недрах Минэкономразвития, направленных на облегчение жизни предпринимателей.

В министерстве уже подготовлен проект закона, запрещающий контролирующим органам проводить плановые проверки малых предприятий. Контролёры будут приходить к бизнесменам только для того, чтобы проверить исполнение прежних предписаний, а также в случаях отзыва некачественных товаров, угрожающих жизни и здоровью потребителей.

Кроме того, Минэкономразвития предлагает не штрафовать предприятия по итогам первой проверки и применять такие санкции лишь при повторном нарушении.

Кроме того, предлагается внести изменения и в КоАП РФ, направленные на урезание полномочий органов внутренних дел по отношению к малому бизнесу. Отменяют и практику так называемых контрольных закупок. Теперь основанием для составления протокола будет являться только жалоба потребителя.

Доживём ли до таких светлых дней?



«Алтын», г. Бишкек