

## **ИСПОЛЬЗОВАНИЕ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПРИ ДОКАЗЫВАНИИ ПО ИСКАМ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ В СВЯЗИ С ИНОСТРАННЫМИ ИНВЕСТИЦИЯМИ В СТРАТЕГИЧЕСКИЕ ХОЗЯЙСТВЕННЫЕ ОБЩЕСТВА**

Регулярно принимаемые нашим государством в последние несколько лет новые геополитические вызовы требуют все более острой реакции и последовательного отстаивания национальных интересов. В том числе это приобретает особую актуальность в вопросах осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (далее – стратегические хозяйственные общества), которые регулируются Федеральным законом от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»<sup>1</sup> (далее – Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ).

Для этих целей статья 15 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ наделяет Федеральную антимонопольную службу, как орган исполнительной власти, уполномоченный на выполнение функций по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации, правом обращения в суд с исками в интересах обеспечения обороны страны и безопасности государства, направленными на устранение последствий сделок, совершенных с нарушением требований данного закона и повлекших установление контроля иностранного инвестора (группы лиц иностранного инвестора) на стратегическим хозяйственным обществом.

Поскольку дела по такого рода спорам согласно части 1 статьи 225.1 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) признаются корпоративными и в силу пункта 2 части 6 статьи 27 того же кодекса относятся к исключительной компетенции арбитражных судов, дальнейший анализ будет производиться применительно к арбитражному процессу.

Как предусмотрено в части 6 статьи 13 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ, в доказывании по упомянутому искам, предъявляемым Федеральной антимонопольной службой, могут использоваться результаты оперативно-розыскной<sup>2</sup> деятельности оперативных подразделений органов федеральной службы безопасности.

В один день с Федеральным законом от 29.04.2008 № 57-ФЗ и в связи с ним был принят еще один Федеральный закон – от 29.04.2008 № 58-ФЗ<sup>3</sup> дополнивший Федеральный закон от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>4</sup> (далее – Закон об оперативно-розыскной деятельности) статьей 8.1, корреспондирующей с частью 6 статьи 13 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ в вопросе наделения оперативных подразделений органов федеральной службы безопасности правом проводить оперативно-розыскные мероприятия в целях определения соблюдения требований национального законодательства при осуществлении иностранных инвестиций в стратегические хозяйственные общества.

Тем самым законодатель показал, что в сфере осуществления иностранных инвестиций в стратегические хозяйственные общества оперативно-розыскные мероприятия проводятся не только в связи с уже совершенными, совершаемыми или готовящимися преступными посягательствами, но и по отношению к сделкам гражданско-правового характера. Надлежит отметить впервые подчеркнутое законодателем направление использования результатов оперативно-розыскной деятельности – доказывание по гражданским искам, что до принятия федеральных законов от 29.04.2008 № 57-ФЗ и № 58-ФЗ было нетипично для оперативно-розыскной деятельности. Для того времени это стало серьезной законодательной новеллой, расширяющей сферу применения результатов оперативно-розыскной деятельности оперативных подразделений ФСБ и возможности доказывания по искам на основании статьи 15 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ. Изменения в статью 11 Закона об оперативно-розыскной деятельности, допускающие возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности при реализации налоговыми органами своих полномочий, в том числе в судах, были внесены только в июне 2013 года.

Нельзя не отметить, что как часть 6 статьи 13 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ, так и статья 8.1 Закона об оперативно-розыскной деятельности используют термин «доказывание», означающий процессуальную деятельность, избегая понятия «доказательство». Тем самым, видимо, отмечается, что

---

<sup>1</sup> О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства: Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ (в ред. от 28.11.2018) // Собрание законодательства РФ. 2008. № 18, ст. 1940.

<sup>2</sup> Сохранена орфография федерального закона.

<sup>3</sup> О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства": Федеральный закон от 29.04.2008 № 58-ФЗ (ред. от 02.05.2015) // Собрание законодательства РФ. 2008. № 18, ст. 1941.

<sup>4</sup> Об оперативно-розыскной деятельности: Федеральный закон от 12.08.1995 № 144-ФЗ (ред. от 02.08.2019) // Собрание законодательства РФ. 1995. № 33, ст. 3349.

результаты оперативно-розыскной деятельности не отождествляются с доказательствами. Хотя нельзя исключать и просто очередного терминологического казуса.

Несмотря на продолжающееся в специализированной литературе обсуждение<sup>1</sup> использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовно-процессуальной деятельности, в целом, признается вполне легитимным, хотя и не исключающим необходимости внесения некоторых изменений в уголовно-процессуальное законодательство<sup>2</sup>.

В отличие от уголовно-процессуального права, устанавливающего абсолютный запрет на использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам (статья 89 УПК РФ), АПК РФ менее категоричен в формулировках, исключая использование доказательств, лишь полученных с прямым нарушением федерального закона (часть 3 статьи 64 АПК РФ). Открытый характер перечня средств доказывания в части 2 статьи 64 АПК РФ предоставляет достаточно широкие возможности для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в делах по экономическим спорам.

При этом АПК РФ отдельно не регламентирует использование результатов оперативно-розыскной деятельности, рассматривая их через призму общих свойств относимости, допустимости, достоверности и достаточности доказательств. Важное значение имеет соблюдение процессуального принципа непосредственности судебного разбирательства (статья 10 АПК РФ). Исходя из этого принципа, например, проведенный в рамках оперативно-розыскных мероприятий опрос (пункт 1 части 1 статьи 6 Закона об оперативно-розыскной деятельности) не должен подменять собой свидетельские показания в судебном заседании (статья 88 АПК РФ), если, конечно, возможность их получить не утрачена по объективным причинам; исследование предметов и документов (пункт 5 части 1 статьи 6 Закона об оперативно-розыскной деятельности) – заключение эксперта (статья 86 АПК РФ) или консультацию специалиста (статья 87.1 АПК РФ) и т.д.

Несмотря на то, что специальная норма статьи 8.1 введена в Закон об оперативно-розыскной деятельности более десяти лет назад, практика применения таких средств в доказывании по спорам, возбуждаемым на основании статьи 15 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ, еще только формируется<sup>3</sup>, что обусловлено относительно небольшим до недавнего времени количеством дел данной категории. В связи с этим при разрешении судами конкретных дел возникает вопрос о формате предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности для использования в качестве доказательства в арбитражном процессе.

Можно обратиться за примерами к той категории дел, где использование результатов оперативно-розыскной деятельности в арбитражном судопроизводстве получило, пожалуй, наибольшее распространение – дела, связанные с реализацией налоговыми органами фискальных полномочий<sup>4</sup>. Нарботанная по ним правоприменительная практика вполне может быть использована для наших целей.

В пункте 45 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах, возникающих при применении арбитражными судами части первой Налогового кодекса Российской Федерации» от 30.07.2013 №57<sup>5</sup> разъяснено, что материалы, полученные в результате осуществления оперативно-розыскных мероприятий, могут использоваться налоговыми органами в числе других доказательств, если соответствующие мероприятия проведены и материалы оформлены согласно требованиям, установленным Законом об оперативно-розыскной деятельности.

Федеральная налоговая служба Российской Федерации в абз. 4 пункта 1.7. Письма от 17.07.2013 №АС4-2/12837 «О рекомендациях по проведению мероприятий налогового контроля, связанных с налоговыми проверками» предписала нижестоящим органам при использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств в суде учитывать следующее. Если данные результаты не отвечают требованиям, предъявляемым арбитражным процессуальным и гражданским процессуальным законодательством к доказательствам, необходимо их закрепление в надлежащей форме путем проведения соответствующих мероприятий налогового контроля, так как в этом случае данные результаты являются лишь сведениями об источниках соответствующих фактов, а не доказательствами<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Табункина Т.А. Доказательственное значение результатов оперативно-розыскной деятельности в российском уголовном процессе с учетом практики европейского суда по правам человека // Вестник нижегородской правовой академии. 2016. № 11. С. 29 – 32; Биляев В.А. О необходимости законодательного закрепления процессуального статуса оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве России (правовой аспект) // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского Юридические науки. 2017. Т. 2 (68). № 4. С. 223–233.

<sup>2</sup> Зуев С.В. Доказательственное значение результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы нормативного регулирования и практики правоприменения // Проблемы права. 2015. № 2. С. 148 – 152.

<sup>3</sup> решение Арбитражного суда Пермского края от 28.11.2017 по делу № А50-10758/2017; решение Арбитражного суда Астраханской области от 23.05.2014 по делу № А06-2683/2012; решение Арбитражного суда города Москвы от 18.07.2019 по делу № А40-53454/18 // [Электронный ресурс] Картоoteca арбитражных дел. URL: <http://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 18.03.2020).

<sup>4</sup> Гусев В.А., Осипенко А.Л. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности при реализации отдельных полномочий налоговых органов и в арбитражном судопроизводстве // Вестник Воронежского института МВД России. 2015. № 3. С. 135 – 140.

<sup>5</sup> О некоторых вопросах, возникающих при применении Арбитражными судами части первой Налогового кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 30.07.2013 № 57 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

<sup>6</sup> О рекомендациях по проведению мероприятий налогового контроля, связанных с налоговыми проверками: Письмо Федеральной налоговой службы Российской Федерации от 17.07.2013 №АС4-2/12837 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Последнее суждение далеко не новшество, а является отражением правовой позиции, за несколько лет до этого неоднократно высказывавшейся Конституционным Судом Российской Федерации, правда, применительно к уголовному судопроизводству, что, однако, не отменяет ее универсальной сути<sup>1</sup>.

Прояснив потенциальную возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности при доказывании по рассматриваемой категории споров по искам Федеральной антимонопольной службы, необходимо определить, что, собственно, можно понимать под такими результатами.

Ответ на данный вопрос не столь очевиден, так как в судебной практике встречаются случаи, когда Федеральной антимонопольной службой при предъявлении исков на основании статьи 15 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ в качестве повода для обращения в суд преподносится оформленное обычным письмом сообщение ФСБ России о факте установления контроля иностранного инвестора с нарушением установленного порядка. Так было, например, в рассмотренном Арбитражном судом Пермского края деле № А50-10758/2017<sup>2</sup>, где Федеральная антимонопольная служба, оспаривавшая сделки с акциями стратегического акционерного общества, сослалась на письмо ФСБ России, в котором лишь содержалось суждение об установлении контроля иностранного инвестора над обществом без какого-либо обоснования, ссылок на проведенные оперативно-розыскные мероприятия и приложения документов.

В связи с этим перед судом встал вопрос о возможности рассматривать подобные письма-сообщения ФСБ России, как результат оперативно-розыскной деятельности, в целях доказывания обстоятельств, свидетельствующих о ничтожности сделок с активами стратегического хозяйственного общества согласно статье 15 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ.

Виды оперативно-розыскных мероприятий, проводимых при осуществлении оперативно-розыскной деятельности приведены в статье 6 Закона об оперативно-розыскной деятельности. Результаты проведения оперативно-розыскных мероприятий оформляются и фиксируются соответствующим образом. Письмо ФСБ России само по себе результатом оперативно-розыскной деятельности не является. Оно может лишь содержать некие суждения, которые должны подтверждаться прилагаемыми материалами оперативно-розыскной деятельности. В ситуации, когда никаких материалов - результатов оперативно-розыскной деятельности к письму не прилагаются, а в тексте самого письма отсутствуют ссылки на материалы оперативно-розыскной деятельности, на основании которых ФСБ России пришла к соответствующим выводам, исключается возможность их проверки и оценки судом.

Кроме того, совместным приказом МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27.09.2013 утверждена Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд (далее – Инструкция от 27.09.2013).

Согласно пункту 8 данной Инструкции процедура представления результатов оперативно-розыскной деятельности осуществляется в виде сообщения (рапорта) и включает в себя, в частности: рассмотрение вопроса о необходимости рассекречивания сведений, составляющих государственную тайну, содержащихся в представляемых результатах оперативно-розыскной деятельности, и их носителей; оформление необходимых документов и фактическую передачу результатов оперативно-розыскной деятельности.

В соответствии с пунктом 20 Инструкции от 27.09.2013 результаты оперативно-розыскной деятельности, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом, к соответствующим видам доказательств; содержать сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на ОРМ, при проведении которых получены предполагаемые доказательства, а также данные, позволяющие проверить в условиях уголовного судопроизводства доказательства, сформированные на их основе.

Очевидно, что указанные требования, в том числе с учетом приведенной выше правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, в полной мере применимы и к использованию результатов оперативно-розыскной деятельности при доказывании в целях статьи 15 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ в арбитражном судопроизводстве.

Исходя из этого Арбитражный суд Пермского края в анализируемом деле № А50-10758/2017 обоснованно не признал в качестве надлежащего доказательства письмо ФСБ России, как не содержащее информации о конкретных проведенных оперативно-розыскных мероприятиях для подтверждения установления контроля иностранного инвестора над стратегическим хозяйственным обществом<sup>3</sup>. Правда, в данном конкретном случае получение письма ФСБ России было использовано Федеральной антимонопольной службой для переноса начала течения срока исковой давности, учитывая субъективный критерий осведомленности истца, предусмотренный пунктом 1 статьи 181 Гражданского кодекса Российской Федерации, но это уже другая история.

Резюмируя, следует отметить, что в целом у арбитражных судов не возникает сомнений относительно допустимости использования результатов оперативно-розыскной деятельности ФСБ при

<sup>1</sup> Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 04.02.1999 № 18-О, от 25.11.2010 № 1487-О-О, от 25.01.2012 № 167-О-О.

<sup>2</sup> Решение Арбитражного суда Пермского края от 07.03.2020 по делу № А50-10758/2017 // [Электронный ресурс] Картоoteca арбитражных дел. URL: <http://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 18.03.2020).

<sup>3</sup> Решение Арбитражного суда Пермского края от 07.03.2020 по делу № А50-10758/2017 // [Электронный ресурс] Картоoteca арбитражных дел. URL: <http://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 18.03.2020).

доказывании по искам Федеральной антимонопольной службы, предъявляемым в порядке статьи 15 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ. В то же время судами к этим материалам вполне обоснованно предъявляются общие требования, предусмотренные арбитражным процессуальным законодательством для доказательств.