



**АРБИТРАЖНЫЙ СУД КРАСНОДАРСКОГО КРАЯ**  
**Именем Российской Федерации**  
**РЕШЕНИЕ**

**г. Краснодар**  
**13 ноября 2013 года**

**Дело № А32-33781/2013**

Резолютивная часть решения объявлена 06 ноября 2013 года  
Решение в полном объеме изготовлено 13 ноября 2013 года

Арбитражный суд Краснодарского края в составе судьи Шкира Д.М. при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Железновой З.В. проведя судебное заседание по делу по заявлению Вершинина Анатолия Александровича, г. Новороссийск (ИНН 231523929393, ОГРН 413231526800128), к Отделу Управления Федеральной миграционной службы по Краснодарскому краю в г. Новороссийску, г. Новороссийск,

**об оспаривании постановления административного органа о привлечении к административной ответственности от 13.09.2013,**

при участии в судебном заседании:

от заявителя: Вершинин А.А. – предприниматель (паспорт 0305 514370 выдан ОВД Приморского округа г. Новороссийска 12.04.2004), Титова В.А. – доверенность от 12.10.2013 № 23АА2737675,

от заинтересованного лица: Кушнир Д.М. – по доверенности от 29.12.2012 № 1/3-22664,

**УСТАНОВИЛ:**

Вершинин Анатолий Александрович, г. Новороссийск (далее – заявитель, предприниматель) обратился в арбитражный суд с заявлением о признании незаконным и отмене постановления Отдела Управления Федеральной миграционной службы по Краснодарскому краю в г. Новороссийску, г. Новороссийск (далее – административный орган) от 13.09.2013 о привлечении к административной ответственности по части 1 статьи 18.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в виде штрафа в размере 400 000 рублей.

Представитель заявителя в судебном заседании на удовлетворении заявленных требований настаивал, поддержал доводы, изложенные в заявлении. Так указал, что предприниматель не является субъектом административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 18.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, так как предпринимательскую деятельность не ведет. Кладку стен из шлакоблока по договору выполнял лично.

Представитель административного органа в судебном заседании против удовлетворения заявленных требований возражал, поддержал доводы, изложенные в отзыве. Так указал, что предпринимателем привлечен к работе иностранный гражданин

без соответствующего разрешения, порядок привлечения к административной ответственности соблюден.

Суд, выслушав представителей сторон, исследовав материалы дела и оценив в совокупности все представленные доказательства, считает заявленное требование не подлежащим удовлетворению по следующим основаниям.

Заявитель является индивидуальным предпринимателем, что подтверждается Выпиской из Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей от 24.07.2013.

Из материалов дела следует, что предприниматель 01.07.2013 в 11 час. 00 мин., в г. Новороссийске, пос. Мысхако по ул. Изумрудная, возле остановки общественного транспорта «Изумрудный» на строительстве дома для целей осуществления своей предпринимательской деятельности привлек к трудовой деятельности в качестве кладчика строительного блока на 2-м этаже гражданина Таджикистана Джугиев Шодмон Саломович 1981 г.р., который не имеет разрешения на работу ИГ в РФ, чем нарушил пункт 4 статьи 13 Федерального закона РФ от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации».

По результатам проверки административным органом был составлен протокол об административном правонарушении от 15.08.2013 № 545045.

Рассмотрев материалы проверки, административным органом вынесено постановление по делу об административном правонарушении от 13.09.2013 о привлечении предпринимателя к административной ответственности по части 1 статьи 18.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и наложении на него административного штрафа в размере 400 000 руб.

Не согласившись с указанным постановлением, предприниматель обратился в арбитражный суд с настоящим заявлением.

При рассмотрении заявленных требований суд руководствовался следующим.

В соответствии с частью 1 статьи 18.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях привлечение к трудовой деятельности в Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства при отсутствии у этих иностранного гражданина или лица без гражданства разрешения на работу либо патента, если такие разрешение либо патент требуются в соответствии с федеральным законом, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до пяти тысяч рублей; на должностных лиц - от двадцати пяти тысяч до пятидесяти тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот пятидесяти тысяч до восьмисот тысяч рублей либо административное приостановление деятельности на срок до девяноста суток.

В примечании к статье 18.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлено, что за административные правонарушения, предусмотренные настоящей статьей и иными статьями настоящей главы, лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, в связи с осуществлением ими указанной деятельности несут административную ответственность как юридические лица, за исключением случаев, если в соответствующих статьях настоящей главы установлены специальные правила об административной ответственности лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, отличающиеся от правил об административной ответственности юридических лиц.

В соответствии с абзацем вторым пункта 4 статьи 13 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» работодатель и заказчик работ (услуг) имеют право привлекать и использовать иностранных работников только при наличии разрешения на привлечение и использование иностранных работников. Иностранец имеет право осуществлять трудовую деятельность только при наличии разрешения на работу.

Перечень категорий иностранных граждан, на которых вышеназванные положения не распространяются, закреплен указанной нормой Закона.

В силу статьи 2 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» разрешение на работу - документ, подтверждающий право иностранного работника на временное осуществление на территории Российской Федерации трудовой деятельности или право иностранного гражданина, зарегистрированного в Российской Федерации в качестве индивидуального предпринимателя, на осуществление предпринимательской деятельности.

Согласно пункту 9 статьи 13.1 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» работодатели или заказчики работ (услуг), привлекающие и использующие для осуществления трудовой деятельности иностранных граждан, прибывших в Российскую Федерацию в порядке, не требующем получения визы, и имеющих разрешение на работу, обязаны уведомлять территориальный орган федерального органа исполнительной власти в сфере миграции и орган исполнительной власти, ведающий вопросами занятости населения в соответствующем субъекте Российской Федерации, о заключении и расторжении трудовых договоров или гражданско-правовых договоров на выполнение работ (оказание услуг) с иностранными работниками, а также о предоставлении им отпусков без сохранения заработной платы продолжительностью более одного календарного месяца в течение года. Форма и порядок подачи указанного уведомления устанавливаются уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

Как видно из материалов дела, 01.07.2013 года сотрудники иммиграционного контроля отдела УФМС России по Краснодарскому краю в г. Новороссийске на основании распоряжения от 01.07.2013 № 80 проводили проверочное мероприятие с целью проверки соблюдения требований миграционного законодательства со стороны иностранных граждан и их работодателей объекта строительства в пос. Мысхако по ул. Изумрудная на основании полученной информации о незаконном использовании там иностранной рабочей силы.

На объекте проверки осуществлявшим кладку стен строительным блоком на 2-м этаже был установлен гражданин Таджикистана Джугиев Шодмон Саломович 1981 г.р., который в своем объяснении пояснил, что на работу его нанял гражданин по имени Толик, который платит ему денежные средства за работу.

В материалы дела представлен договор от 01.06.2013, заключенный с гражданином Вершининым А.А., согласно которого последний выступает подрядчиком при осуществлении на объекте строительства работ по кладке стен из строительного блока с 20.06.2013 по 20.08.2013.

На момент проверки договор от 01.06.2013 с Вершининым А.А. являлся действующим, что подтверждается объяснением гражданина Березина Г.Ю.

В соответствии со статьей 702 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его.

Договор от 01.06.2013, заключенный между гражданкой Березиной В.И. и Вершининым А.А. является договором строительного подряда, т.к. его условия идентичны с понятием и квалифицирующими признаками, описанными в статье 740 Гражданского кодекса Российской Федерации. По договору строительного подряда подрядчик обязуется в установленный договором срок построить по заданию заказчика определенный объект либо выполнить иные строительные работы, а заказчик обязуется создать подрядчику необходимые условия для выполнения работ, принять их результат и уплатить обусловленную цену.

В случаях, когда по договору строительного подряда выполняются работы для удовлетворения бытовых или других личных потребностей гражданина (заказчика), к

такому договору соответственно применяются правила о правах заказчика по договору бытового подряда.

По договору бытового подряда, согласно статьи 730 Гражданского кодекса Российской Федерации, подрядчик, осуществляющий соответствующую предпринимательскую деятельность, обязуется выполнить по заданию гражданина (заказчика) определенную работу, предназначенную удовлетворять бытовые или другие личные потребности заказчика, а заказчик обязуется принять и оплатить работу. Договор бытового подряда является публичным договором (статья 426). Публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.).

В ходе проведения проверки в отношении Вершинина А.А. было установлено, он является действующим индивидуальным предпринимателем с 01.02.2013, основными видами его деятельности являются: строительство зданий и сооружений и выполнение сопутствующих этому строительных работ, что подтверждается Выпиской из ЕГРИП.

Материалами дела установлено, что предприниматель является подрядчиком, осуществляющим соответствующую предпринимательскую деятельность (согласно заявленных видов деятельности, имеющих в выписке из ЕГРИП) и деятельность в пос. Мысхако по ул. Изумрудная возле остановки общественного транспорта «Изумрудный» на строительстве дома Вершинин А.А. осуществлял не для личных нужд, а в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности.

Судом не может быть принят довод заявителя о том, что на данном строительном объекте Вершинин А.А. действовал не как предприниматель, а как физическое лицо и соответственно является субъектом в договоре как физическое лицо, поскольку не основано на фактических обстоятельствах, установленных судом. Факт сдачи заявителем нулевой налоговой декларации в налоговый орган, не может служить доказательством того, что им не осуществлялась предпринимательская деятельность.

В соответствии с примечанием к статье 18.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, под привлечением к трудовой деятельности в Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства понимается допуск в какой-либо форме к выполнению работ или оказанию услуг либо иное использование труда иностранного гражданина или лица без гражданства.

В силу статьи 16 Трудового Кодекса Российской Федерации, трудовые отношения между работником и работодателем возникают на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя, в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен.

Как установлено из материалов дела, иностранный гражданин осуществлял работы с ведома и по поручению Вершинина А.А.

В соответствии со статьей 67 Трудового Кодекса Российской Федерации, трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя.

Таким образом, предприниматель 01.07.2013 в 11 час. 00 мин., в г. Новороссийске, пос. Мысхако по ул. Изумрудная, возле остановки общественного транспорта «Изумрудный» на строительстве дома для целей осуществления своей предпринимательской деятельности привлек к трудовой деятельности в качестве кладчика строительного блока на 2-м этаже гражданина Таджикистана Джугиев Шодмон Саломович 1981 г.р., который не имеет разрешения на работу ИГ в РФ, чем нарушил пункт 4 статьи 13 Федерального закона РФ от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации».

При изложенных обстоятельствах, судом установлено наличие в действиях предпринимателя состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 18.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Порядок привлечения к административной ответственности обязателен для органов (должностных лиц), рассматривающих дело об административном правонарушении.

В соответствии с частью 1 статьи 1.6 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях лицо, привлекаемое к административной ответственности, не может быть подвергнуто административному наказанию и мерам обеспечения производства по делу об административном правонарушении иначе как на основаниях и в порядке, установленном законом.

Согласно части 1 статьи 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях о совершении административного правонарушения составляется протокол, за исключением случаев, предусмотренных Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях.

В силу части 2 статьи 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в протоколе об административном правонарушении указываются дата и место его составления, должность, фамилия и инициалы лица, составившего протокол, сведения о лице, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, фамилии, имена, отчества, адреса места жительства свидетелей и потерпевших, если имеются свидетели и потерпевшие, место, время совершения и событие административного правонарушения, статья настоящего Кодекса или закона субъекта Российской Федерации, предусматривающая административную ответственность за данное административное правонарушение, объяснение физического лица или законного представителя юридического лица, в отношении которых возбуждено дело, иные сведения, необходимые для разрешения дела.

В соответствии с частью 3 статьи 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях при составлении протокола об административном правонарушении физическому лицу или законному представителю юридического лица, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении, а также иным участникам производства по делу разъясняются их права и обязанности, предусмотренные Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, о чем делается запись в протоколе.

В силу части 4 статьи 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях физическому лицу или законному представителю юридического лица, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении, должна быть предоставлена возможность ознакомления с протоколом об административном правонарушении. Указанные лица вправе представить объяснения и замечания по содержанию протокола, которые прилагаются к протоколу.

В случае неявки физического лица, или законного представителя физического лица, или законного представителя юридического лица, в отношении которых ведется производство по делу об административном правонарушении, если они извещены в установленном порядке, протокол об административном правонарушении составляется в их отсутствие. Копия протокола об административном правонарушении направляется лицу, в отношении которого он составлен, в течение трех дней со дня составления указанного протокола.

В соответствии с частью 1 статьи 25.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, пользоваться юридической помощью защитника, а также иными процессуальными правами в соответствии с указанным Кодексом.

В силу части 2 статьи 25.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях дело об административном правонарушении рассматривается с участием лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении. В отсутствие указанного лица дело может быть рассмотрено лишь в случаях, если имеются данные о надлежащем извещении лица о месте и времени рассмотрения дела и если от лица не поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела либо если такое ходатайство оставлено без удовлетворения.

Из анализа указанных норм следует, что протокол об административном правонарушении составляется с участием законного представителя юридического лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении. В отсутствие указанного лица протокол может быть составлен лишь в случаях, если имеются данные о надлежащем извещении лица о месте и времени его составления и если от него не поступило ходатайство об отложении данного процессуального действия либо если такое ходатайство оставлено без удовлетворения. В соответствии с пунктом 10 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» при выявлении в ходе рассмотрения дела факта составления протокола в отсутствие лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, суду надлежит выяснить, было ли данному лицу сообщено о дате и времени составления протокола.

В пункте 17 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 27.01.2003 № 2 указано, что положения статьи 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, регламентирующие порядок составления протокола об административном правонарушении, предоставляют ряд гарантий защиты прав лицам, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении.

Более того, названным пунктом Постановления Пленума ВАС РФ указывалось, что суду при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности необходимо проверять соблюдение положений статьи 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, направленных на защиту прав лиц, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении, имея в виду, что их нарушение может являться основанием для признания незаконным и отмены оспариваемого решения административного органа (часть 2 статьи 211 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

В соответствии с пунктом 24 Постановления Пленума ВАС РФ от 26.07.2007 № 46 «О внесении дополнений в постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» при рассмотрении дел об оспаривании решений (постановлений) административных органов о привлечении к административной ответственности судам следует проверить, были ли приняты административным органом необходимые и достаточные меры для извещения лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, либо его законного представителя о составлении протокола об административном правонарушении в целях обеспечения возможности воспользоваться правами, предусмотренными статьей 28.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Как видно из материалов дела, протокол об административном правонарушении от 15.08.2013 № 545045/787 составлен в присутствии предпринимателя, о чем свидетельствует его подпись.

Постановление по делу об административном правонарушении от 13.08.2013 вынесено в присутствии предпринимателя, о чем свидетельствует его подпись.

Судом установлено, что административным органом соблюден установленный законом порядок привлечения к административной ответственности.

Учитывая вышеизложенное, административный орган доказал суду обстоятельства, послужившие основанием для привлечения предпринимателя к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 18.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Постановлением от 13.08.2013 предпринимателю назначено наказание в виде административного штрафа в размере 400 000 руб., частью 1 статьи 18.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрено предупреждение или наложение административного штрафа на юридических лиц - от двухсот пятидесяти тысяч до восьмисот тысяч рублей либо административное приостановление деятельности на срок до девяноста суток. Отягчающих обстоятельств суду не представлено.

Суду также не представлено доказательства малозначительности совершенного правонарушения.

При изложенных обстоятельствах, суд полагает постановление административного органа от 13.08.2013 подлежащим изменению в части уменьшения штрафа до минимального.

Доводы предпринимателя, изложенные в заявлении, не могут быть приняты судом, как документально необоснованные и не соответствующие материалам дела.

В силу пункта 4 статьи 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации по делам об оспаривании решений административных органов о привлечении к административной ответственности обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для привлечения к административной ответственности, возлагается на административный орган, принявший оспариваемое решение.

В соответствии с пунктом 2 статьи 211 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в случае, если при рассмотрении заявления об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд установит, что оспариваемое решение или порядок его принятия не соответствует закону, либо отсутствуют основания для привлечения к административной ответственности или применения конкретной меры ответственности, либо оспариваемое решение принято органом или должностным лицом с превышением их полномочий, суд принимает решение о признании незаконным и об отмене оспариваемого решения полностью или в части либо об изменении решения.

В силу пункта 4 статьи 208 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации заявление об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности государственной пошлиной не облагается.

Руководствуясь статьями 167, 170, 176, 211 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации суд

#### **РЕШИЛ:**

Признать незаконным и изменить Постановление б/н от 13.09.2013г. по делу об административном правонарушении вынесенное Управлением Федеральной миграционной службы по Краснодарскому краю, г. Краснодар о привлечении к административной ответственности Индивидуального предпринимателя Вершинина Анатолия Александровича, г. Новороссийск по части 1 статьи 18.15 КоАП РФ уменьшив сумму административного штрафа до 250 000 (двести пятьдесят тысяч) рублей.

Решение может быть обжаловано в течение десяти дней с момента его вынесения в Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд.

Судья

Д.М. Шкира