



## ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

127994, Москва, ГСП -4, проезд Соломенной Сторожки, 12

адрес веб-сайта: <http://9aas.arbitr.ru>

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ

**№ 09АП-4852/2008-АК**

г. Москва

19.05.2008 года

Дело № А40-65833/07-128-385

Резолютивная часть постановления объявлена 19.05.08г.

Постановление изготовлено в полном объеме 19.05.08г.

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Седова С.П.

судей: Катунова В.И., Пганской Е.А.

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Сергиной Т.Ю.

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу ООО «Гифтландия»

на решение Арбитражного суда г. Москвы от 11.03.2008 г.

по делу № А40-65833/07-128-385, принятое судьей Белозеровым А.В.

по иску (заявлению) ООО «Гифтландия»

к ИФНС России № 5 по г. Москве

третье лицо ИФНС России № 26 по г. Москве

о признании незаконным решения

при участии в судебном заседании:

от истца (заявителя) Леонов М.Н. по доверенности от 05.02.2008 г., Матюнин А.А.

по доверенности от 12.11.2007 г., Солодкина В.В. по доверенности от 12.11.2007 г.;

от ответчика (заинтересованного лица) Сеитов Р.М. по доверенности № 101 от 30.04.2008 г.;

третьего лица Свершков А.П. по доверенности № 02-14/24462 от 08.04.2008 г.

### У С Т А Н О В И Л:

ООО «Гифтландия» (далее – заявитель, общество) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о признании незаконным решения ИФНС России № 5 по г. Москве (далее – инспекция, налоговый орган) от 19.12.06 № 19/372/1 об отказе в привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения.

Третьим лицом в деле принимает участие ИФНС России № 26 по г. Москве, в которой заявитель состоит на учете в настоящее время.

Решением от 11.03.2007г. Арбитражный суд г. Москвы признал незаконным как не соответствующее подп. 7 п. 1 ст. 33 НК РФ, главе 21 НК РФ решение ИФНС России № 5 по г. Москве от 19.12.06 № 19/372/1 в части предложения уплатить доначисленный НДС 1.138.509 руб. и соответствующие пени. В остальной части в удовлетворении требований отказано.

Суд первой инстанции расценил причины непредставления налогоплательщиком в налоговый орган документов для налоговой проверки как неуважительные, так как налогоплательщик обязан обеспечить получение корреспонденции по адресу его местонахождения, а у истца фактический адрес не совпадает с адресом, указанным в учредительных документах, при этом истец не обеспечил получение направляемой ему корреспонденции по юр. адресу. Вместе с этим суд учел, что для верного исчисления неуплаченного налога (для доначисления налога) в случае непредставления налогоплательщиком в течение более 2-х месяцев запрошенных у него документов, налоговый орган обязан рассчитать сумму налога по аналогичному налогоплательщику (подп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ), а не рассчитывать сумму налога только по данным налогоплательщика о налоговой базе, без учета налоговых вычетов, в нарушение порядка исчисления НДС, установленного п.1 ст.173 НК РФ.

Не согласившись с принятым решением, заявитель обратился с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда отменить, удовлетворить требования в полном объеме, указывая на то, что судом при принятии решения неправильно применены нормы материального права. Как указано в жалобе, Арбитражный суд г. Москвы не учел того обстоятельства, что, поскольку требование о представлении документов не было получено заявителем, обязанности представлять налоговому органу эти документы у него не возникло. Ситуация, при которой требование направлялось налоговым органом и было возвращено с отметкой «организация не значится», могла являться следствием ошибки в работе почты. Кроме этого, инспекции был известен контактный телефон ООО «Гифтландия», по которому можно было связаться с организацией.

Налоговый орган и третье лицо представили отзывы на апелляционную жалобу, в которых, не соглашаясь с доводами жалобы, просят решение суда оставить без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения. В отзывах обращается внимание на то, что основанием для отказа заявителю в применении налоговых вычетов на общую сумму 5.052.543 рубля послужило непредставление заявителем документов, подтверждающих правомерность применения налоговых вычетов, в ответ на требование о представлении документов, которое обществом не было получено.

В судебном заседании апелляционного суда заявитель поддержал доводы жалобы, а представители инспекции и третьего лица возражали против ее удовлетворения и просили оставить решение без изменения.

Законность и обоснованность принятого решения проверены апелляционной инстанцией в порядке ст.ст. 266, 268 АПК РФ.

Изучив представленные в деле доказательства, заслушав представителей сторон, рассмотрев доводы апелляционной жалобы и отзывов на нее, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что решение суда первой инстанции подлежит изменению в связи с неправильным применением норм материального права и неполным выяснением обстоятельств, имеющих значение для дела (пункты 1, 4 части 1 ст. 270 АПК РФ). Требования заявителя в части признания незаконным п. 2 решения налогового органа необходимо удовлетворить, исходя из следующего.

По итогам августа 2006г. заявитель представил в инспекцию Налоговую декларацию по налогу на добавленную стоимость за август 2006г., в которой были отражены следующие суммы НДС:

- по строке 180 - «Итого исчислено....» - 1.138.509 руб.;
- по строке 280 - «Общая сумма НДС, подлежащая вычету....» - 5.052.543 руб.;
- по строке 340 - «Общая сумма НДС, исчисленная к уменьшению за данный налоговый период....» - 3.914.034 руб.

Представитель инспекции пояснил, что в адрес ООО «Гифтландия» направлено требование от 11.10.2006г. № 19-13/22661-сэд о предоставлении документов по налогу на добавленную стоимость за август 2006г., подтверждающих сумму произведенных налоговых вычетов, подтверждающих правильность отражения в налоговой декларации по НДС за август 2006г. выручки от реализации продукции (работ, услуг).

Требование направлено заказным письмом с уведомлением по юридическому адресу организации: 109240, г. Москва, ул. Радищевская верхн., д. 4, стр. 3-5. Письмо вернулось в ИФНС России № 5 по г. Москве с отметкой «организация не значится».

19.12.2006г. налоговым органом принято решение об отказе в привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 19/372/1 в котором ООО «Гифтландия» предложено:

- уплатить неуплаченный НДС за август 2006г. в сумме 1.138.509 рублей, пени за несвоевременную уплату НДС, размер и расчёт которой должны быть указаны в требовании об уплате налогов;
- уменьшить сумму НДС, подлежащего возмещению из бюджета за август 2006г., на 3.914.034 рубля;
- внести «необходимые исправления в бухгалтерский учёт».

Основанием для принятия решения, как указывалось выше, послужило непредставление заявителем документов, подтверждающих правомерность применения налоговых вычетов, в ответ на требование о представлении документов, которое Заявителем не было получено.

Апелляционный суд считает, что вывод суда первой инстанции о неуважительности причин, по которым заявитель не представил в налоговый орган затребованные документы, не соответствует обстоятельствам дела.

Апелляционный суд приходит к выводу о том, что налоговым органом не предприняты все меры для истребования документов и проведения камеральной проверки.

Пунктом 14 ст. 7 Федерального закона от 27.07.2006 г. № 137-ФЗ «О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования» определено, что налоговые проверки и иные мероприятия налогового контроля, в том числе связанные с налоговыми проверками, не завершённые до 1 января 2007 г., проводятся в порядке, действовавшем до дня вступления в силу указанного закона. При этом оформление результатов указанных налоговых проверок и иных мероприятий налогового контроля осуществляется в порядке, действовавшем до дня вступления в силу указанного Федерального закона. В связи с этим, апелляционный суд ссылается на нормы НК РФ в редакциях, действовавших до 31.12.2006 г.

Статьей 88 НК РФ установлено, что камеральная налоговая проверка проводится уполномоченными должностными лицами налогового органа в соответствии с их служебными обязанностями без какого-либо специального

решения руководителя налогового органа в течение трех месяцев со дня представления налогоплательщиком налоговой декларации и документов, служащих основанием для исчисления и уплаты налога, если законодательством о налогах и сборах не предусмотрены иные сроки. Налоговый орган вправе истребовать у налогоплательщика дополнительные сведения, получить объяснения и документы, подтверждающие правильность исчисления и своевременность уплаты налога.

В определении Конституционного Суда РФ от 12.07.2006 г. № 266-О указано, что при проведении камеральных налоговых проверок на основе представленных налоговых деклараций и документов, служащих основанием для исчисления и уплаты налогов, налоговые органы в силу ст.ст. 31, 88 и 93 НК РФ вправе истребовать у налогоплательщика дополнительные сведения, получать объяснения и документы, подтверждающие правильность исчисления и своевременность уплаты налогов. При этом налогоплательщик в соответствии со ст.ст. 171, 172 и 176 НК РФ, находящимися в системной связи с его ст. 88, не обязан, а вправе (за исключением случаев, предусмотренных п. 3 ст. 172 НК РФ) приложить к подаваемой налоговой декларации документы, подтверждающие правильность применения налогового вычета по налогу на добавленную стоимость (в частности счета-фактуры). Обязанность по представлению таких документов возникает у налогоплательщика, согласно п. 4 ст. 88 НК РФ, только при условии направления налоговым органом соответствующего требования.

Представитель инспекции пояснил, что в ходе проведения камеральной проверки налоговым органом истцу направлялось требование от 11.10.06 № 19-13/22661-сэд (л.д. 33) о представлении документов, подтверждающих налоговые вычеты, отраженные в налоговой декларации по НДС за август 2006 года. Адрес заявителя, по которому направлялось требование, в нем не указан.

В качестве доказательства направления указанного требования в адрес общества - г. Москва, ул. Верхняя Радищевская, д. 4, стр. 3-5, инспекция представила копию уведомления о вручении почтового отправления (л.д. 34). Дату отправки корреспонденции из указанной копии документа определить невозможно. Также невозможно определить, что вместе с уведомлением отправлялось именно требование от 11.10.06 г. № 19-13/22661-сэд. На копии документа имеется изображение почтовой квитанции от 06.12.06 г. со штампом «организация не значится».

В связи с этим, апелляционный суд считает, что достоверных и бесспорных доказательств того, что заявителю направлялось требование от 11.10.06 г. № 19-13/22661-сэд инспекцией не представлено.

Факт получения обществом корреспонденции по указанному адресу подтверждается в том числе уведомлениями о получении копий судебных актов (л.д. 58, 82).

Апелляционный суд также учитывает, что на титульном листе налоговой декларации был указан номер телефона заявителя – 941-50-70 (л.д. 15). Представитель заявителя пояснил, что указанный номер является действующим номером организации. Представитель инспекции данное пояснение не опроверг, указав, что связаться с представителем заявителя по указанному телефонному номеру инспекция не пыталась.

Таким образом, даже в случае направления инспекцией указанного требования налогоплательщику, неполучение его обществом не вызвано неправомерными действиями самого заявителя, направленными на уклонение от его получения.

При таких обстоятельствах апелляционный суд считает, что заявитель не представил в инспекцию документы, подтверждающие налоговые вычеты по уважительным причинам.

Арбитражным судом г. Москвы ошибочно применена норма подпункта 7 пункта 1 статьи 31 НК РФ, которой налоговым органам предоставлено право определять суммы налогов расчетным путем на основании имеющейся у них информации о налогоплательщике, а также данных об иных аналогичных налогоплательщиках в случае непредставления в течение более двух месяцев налоговому органу необходимых для расчета налогов документов.

Данная норма не применима к настоящей ситуации, поскольку обязанности представить соответствующие документы, у заявителя не возникло в связи с неполучением им требования налогового органа о предоставлении документов.

В пункте 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.12.2007 г. № 65 указано, что в случае представления налогоплательщиком непосредственно в суд документов, истребованных налоговым органом на основании пункта 8 статьи 88 НК РФ, когда причины непредставления этих документов в налоговый орган признаны уважительными, суд на основании статьи 135 АПК РФ в порядке подготовки дела к судебному разбирательству может обязать налоговый орган представить аргументированные возражения против возмещения.

У налогового органа претензий по представленным заявителем документам не возникло.

Устраняя неполноту выяснения обстоятельств, имеющих значение для дела, допущенную судом первой инстанции, апелляционный суд непосредственно исследовал представленные заявителем документы.

Сумма налоговых вычетов (5.052.543 руб.), отраженная в Налоговой декларации по налогу на добавленную стоимость за август 2006г., сформировалась на основании следующих документов.

Заявителем по Договору купли-продажи № 08-18-01/06 от 18.08.2006г., заключенному между ООО «Гифтландия» и ООО «Аверус», были приобретены товары (сувенирная продукция) для дальнейшей реализации на сумму 32.749.475,37 руб., в том числе НДС 4.995.682,50 руб.

Поставку и оплату данных товаров подтверждают следующие документы: счет-фактура № 1 от 21.08.2006г., товарная накладная № 1 от 21.08.2006г., счет-фактура № 2 от 21.08.2006г., товарная накладная № 2 от 21.08.2006г., счет-фактура № 3 от 21.08.2006г., товарная накладная № 3 от 21.08.2006г., счет-фактура № 4 от 22.08.2006г., товарная накладная № 4 от 22.08.2006г., счет-фактура № 5 от 25.08.2006г., товарная накладная № 5 от 25.08.2006г., а также выписки банка и платежные поручения.

Часть товаров реализовывалась Заявителем через комиссионеров.

Между ООО «Гифтландия» и ООО «Круг Кронберг» был заключен Договор комиссии № 21-08-1/К от 21.08.2006г.

ООО «Круг Кронберг» оказывало услуги комиссионера, о чем выставило счет-фактуру №293 от 31.08.2006г. на сумму 351.422,07 руб., в том числе НДС 53.606,76 руб., на оплату комиссионного вознаграждения.

ООО «Круг Кронберг» и ООО «Гифтландия» произвели зачет встречных однородных требований по Договору комиссии № 21-08-1/К от 21.08.2006г., о чем составили акт о зачете встречных однородных требований от 31.08.2006г., по результатам которого ООО «Гифтландия» считается исполнившим обязательства по оплате комиссионного вознаграждения в пользу ООО «Круг Кронберг».

Между ООО «Гифтландия» и ООО «Троя» был заключен Договор комиссии № 28-08-2/К от 28.08.2006г.

ООО «Троя» оказывало услуги комиссионера, о чем выставило счет-фактуру № 604 от 31.08.2006г. на сумму 21.331,28 руб., в том числе НДС 3.253,92 руб., на оплату комиссионного вознаграждения.

ООО «Троя» и ООО «Гифтландия» произвели зачет встречных однородных требований по Договору комиссии № 28-08-2/К от 28.08.2006г., о чем составили акт о зачете встречных однородных требований от 31.08.2006г., по результатам которого ООО «Гифтландия» считается исполнившим обязательства по оплате комиссионного вознаграждения в пользу ООО «Троя».

Кроме этого апелляционный суд исследовал представленный заявителем расчет суммы налоговых вычетов и признает его правильным.

Согласно п. 1 ст. 171 НК РФ налогоплательщик имеет право уменьшить общую сумму налога на добавленную стоимость, исчисленную в соответствии со ст. 166 НК РФ, на установленные ст. 171 НК РФ налоговые вычеты. Как определено в п. 1 ст. 172 НК РФ, налоговые вычеты производятся на основании счетов-фактур, выставленных продавцами при приобретении налогоплательщиком товаров (работ, услуг).

В связи с указанными обстоятельствами и нормами права оспариваемое решение в части предложения заявителю в указанный в требовании срок уплатить сумму неуплаченного НДС за август 2006 г. в размере 1.138.509 руб. и пени по нему, уменьшения суммы НДС, подлежащего возмещению из бюджета за август 2006 г. на 3.914.034 руб., предложения внести необходимые исправления в бухгалтерский учет подлежит признанию незаконным (пункт 2 (подпункты 2.1, 2.2, 2.3) резолютивной части указанного решения).

Вместе с тем апелляционный суд не усматривает оснований для удовлетворения заявленного требования о признании незаконным оспариваемого решения в части отказа в привлечении налогоплательщика к налоговой ответственности, т.к. в указанной части оно не нарушает права и законные интересы заявителя и не возлагает на него какие-либо обязанности.

Расходы по оплате госпошлины по заявлению и апелляционной жалобе распределяются в соответствии со ст. 110 АПК РФ.

Глава 25.3 НК РФ не содержит положений, предусматривающих освобождение государственных органов, органов местного самоуправления и иных органов, выступающих в суде от имени публично-правового образования, от уплаты государственной пошлины при совершении соответствующих процессуальных действий, в том числе подаче апелляционной жалобы, по делам, по которым данные органы или соответствующее публично-правовое образование выступали в качестве ответчика. При таких обстоятельствах расходы заявителя по оплате госпошлины по иску и апелляционной жалобе подлежат взысканию в его пользу с налогового органа пропорционально удовлетворенным требованиям – 1.500 рублей по иску, 500 рублей по апелляционной жалобе, а всего – 2.000 руб.

С учетом изложенного, руководствуясь ст.ст. 110, 266, 268, 269, 270, 271 АПК РФ, арбитражный суд

#### ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда г. Москвы от 11.03.2008 г. по делу № А40-65833/07-128-385 изменить.

Изложить резолютивную часть в следующей редакции:

Признать незаконным, как несоответствующее ст. 171, 172 НК РФ решение Инспекции Федеральной налоговой службы № 5 по г. Москве от 19.12.2006 г. №

19/372/1 «Об отказе в привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения» по результатам камеральной проверки налоговой декларации по налогу на добавленную стоимость за август 2006 г., в части пункта 2 (подпункты 2.1, 2.2, 2.3) резолютивной части указанного решения.

В удовлетворении остальной части заявленных требований отказать.

Взыскать с Инспекции Федеральной налоговой службы № 5 по г. Москве в пользу ООО «Гифландия» расходы по уплате государственной пошлины по иску и апелляционной жалобе в сумме 2.000 рублей.

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме в Федеральном арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий:

С.П. Седов

Судьи:

Е.А. Птанская

В.И. Катунов