



АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА

ул. Селезнёвская, д. 9, г. Москва, ГСП-4, 127994,
официальный сайт: <http://www.fasmo.arbitr.ru> e-mail: info@fasmo.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

город Москва

22 марта 2017 года

Дело № А40-151934/2016

Резолютивная часть постановления объявлена 15 марта 2017 года.

Полный текст постановления изготовлен 22 марта 2017 года.

Арбитражный суд Московского округа

в составе: председательствующего-судьи Дербенева А.А.

судей Егоровой Т.А., Матюшенковой Ю.Л.

при участии в заседании:

от заявителя – ООО "Ди энд Джи Галери" - не явился, надлежаще извещен;

от ответчика – ИФНС России № 7 по г. Москве – Медведев С.И., доверенность от 01.08.2016; Шагинян Н.А., доверенность от 18.09.2016; Ковалева Е.А., доверенность от 04.05.2016,

рассмотрев 15 марта 2017 года в судебном заседании кассационную жалобу ООО "Ди энд Джи Галери"

на решение от 18 октября 2016 года

Арбитражного суда города Москвы,

вынесенное судьей Паршуковой О.Ю.

на постановление от 26 декабря 2016 года

Девятого арбитражного апелляционного суда,

принятое судьями Свиридовым В.А., Захаровым С.Л., Чеботаревой И.А.
по заявлению ООО "Ди энд Джи Галери" (ОГРН 1047707005741)
к ИФНС России № 7 по г. Москве
о признании недействительным решения

УСТАНОВИЛ:

ООО "Ди энд Джи Галери" (далее общество, налогоплательщик) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с требованием к Инспекции Федеральной налоговой службы N 7 по г. Москве (далее налоговый орган, инспекция) о признании недействительным Решения N 13/РО/04 от 12.01.2016 г. "О привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения".

Решением Арбитражного суда города Москвы от 18.10.2016, оставленным без изменения постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 26.12.2016, в удовлетворении заявленных требований отказано в полном объеме.

Не согласившись с принятыми по делу судебными актами, ООО "Ди энд Джи Галери" обратилось в Арбитражный суд Московского округа с кассационной жалобой, в которой просит отменить решение Арбитражного суда города Москвы от 18.10.2016 и постановление Девятого арбитражного апелляционного от 26.12.2016 и направить дело на новое рассмотрение.

К кассационной жалобе помимо документов, предусмотренных частью 4 статьи 277 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, ООО "Ди энд Джи Галери" приложило копии письменных доказательств (приложения 3-5 к кассационной жалобе).

Исходя из статей 284, 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд кассационной инстанции не принимает представленные сторонами доказательства, в том числе те, которые представлялись в судебное разбирательство при рассмотрении дела арбитражными судами первой и апелляционной инстанций.

С учетом изложенного, суд кассационной инстанции возвращает ООО "Ди энд Джи Галери" копии письменных доказательств (приложения 3-5 к кассационной жалобе).

Ответчик - ИФНС России № 7 по г. Москве в лице своих представителей

возражал относительно удовлетворения кассационной жалобы по основаниям изложенным в отзыве на кассационную жалобу.

В судебное заседание арбитражного суда кассационной инстанции надлежаще извещенный заявитель ООО "Ди энд Джи Галери" не явился, в связи с чем суд рассматривает дело в его отсутствие в порядке части 3 статьи 284 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

15 марта 2017 года в Арбитражный суд Московского округа от ООО "Ди энд Джи Галери" поступило ходатайство об отложении судебного заседания, мотивированное невозможностью обеспечить явку представителя заявителя.

Суд кассационной инстанции, рассмотрев ходатайство общества об отложении судебного разбирательства, отказывает в его удовлетворении в связи с отсутствием оснований для отложения судебного заседания, установленных статьей 158 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в корреспонденции с нормами главы 35 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

В соответствии с частью 1 статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд кассационной инстанции проверяет законность судебных актов, исходя из доводов, содержащихся в кассационной жалобе и возражениях относительно жалобы.

Суд кассационной инстанции, изучив материалы дела, обсудив доводы кассационной жалобы, заслушав явившихся в судебное заседание лиц, участвующих в деле, и, проверив в порядке статей 284, 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации правильность применения арбитражными судами первой и апелляционной инстанций норм материального и процессуального права, а также соответствие выводов, содержащихся в обжалуемых решении и постановлении, установленным по делу фактическим обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам, не находит оснований для отмены или изменения судебных актов суда первой и апелляционной инстанции ввиду следующего.

Как следует из материалов дела и установлено судами обеих инстанций, налоговым органом проведена выездная налоговая проверка заявителя по вопросам правильности исчисления и своевременности уплаты налогов и сборов за период с 01.01.2011 г. по 31.12.2011 г. По результатам проверки инспекцией составлен акт от

30.06.2015 г. N 13/A/15 и, с учетом представленных заявителем в порядке пункта 6 статьи 100 Налогового кодекса Российской Федерации письменных возражений, вынесено Решение от 12.01.2016 г. N 13/РО/04 о привлечении общества к ответственности за совершение налогового правонарушения, предусмотренной пунктом 1 статьи 122 Кодекса.

Согласно указанного Решения вынесенного налоговым органом по результатам проверки Заявителю доначислены следующие налоги, пени и штрафы: налог на прибыль за 2011 год в сумме 23 975 202 руб. 00 коп., в т.ч.: в федеральный бюджет - 2 397 520 руб. 00 коп.; в бюджет субъекта РФ - 21 577 682 руб.; налог на прибыль за 2012 год в сумме 18 063 280 руб. 00 коп., в т.ч.: в федеральный бюджет - 1 806 328 руб. 00 коп.; в бюджет субъекта РФ - 16 256 952 руб. 00 коп.; налог на прибыль за 2013 год в сумме 2 897 482 руб. 00 коп., в т.ч.: в федеральный бюджет - 289 748 руб. 00 коп.; в бюджет субъекта РФ - 2 607 734 руб. 00 коп. налог на добавленную стоимость в сумме 50 676 629,22 руб., в т.ч.: квартал 2011 года - 4 943 622 руб. 90 коп.; квартал 2011 года - 5 102 154 руб. 00 коп.; квартал 2011 года - 5 415 735 руб. 90 коп.; квартал 2011 года - 6 116 169 руб. 90 коп.; квартал 2012 года - 5 694 969 руб. 90 коп.; квартал 2012 года - 5 624 025 руб. 00 коп.; квартал 2012 года - 5 825 929 руб. 80 коп.; квартал 2012 года - 3 971 667 руб. 90 коп.; квартал 2013 года - 1 995 588 руб. 48 коп.; квартал 2013 года - 1 995 588 руб. 48 коп.; квартал 2013 года - 1 995 588 руб. 48 коп.; квартал 2013 года - 1 995 588 руб. 48 коп.

Доначислены пени, исчисляемые в порядке, установленном ст. 75 Налогового кодекса РФ в размере 32 927 340 руб. 00 коп. и налоговые санкции в виде штрафа согласно ст. 122 Налогового кодекса РФ в размере 6 582 957 руб. 00 коп., а всего 135 122 889 руб. 00 коп.

ООО "Ди Энд Джи Галери" не согласившись с Решением N 13/РО/4 от 12.01.2016 г. о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения, направило в вышестоящий налоговый орган апелляционную жалобу.

Решением УФНС России по г. Москве от 18.04.2016 г. N 21-19/040316 решение инспекции оставлено без изменения, а апелляционная жалоба общества - без удовлетворения.

Указанные обстоятельства послужили основанием для обращения общества в арбитражный суд.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из того, что оспариваемое решение налогового органа соответствует действующему налоговому законодательству и не нарушает права и интересы общества.

Суд апелляционной инстанции с выводами суда первой инстанции согласился.

Кассационная коллегия считает, что выводы судов первой и апелляционной инстанций о применении норм права соответствуют фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в деле доказательствам, оценка которым судами дана в соответствии со статьей 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации; суды первой и апелляционной инстанций правильно применили нормы права; кассационная жалоба удовлетворению не подлежат ввиду следующего.

В соответствии с п. 2 ст. 346.12 Налогового кодекса Российской Федерации организация имеет право перейти на упрощенную систему налогообложения, если по итогам девяти месяцев того года, в котором организация подает уведомление о переходе на упрощенную систему налогообложения, доходы, определяемые в соответствии со статьей 248 НК РФ, не превысили 45 млн. руб.

В ходе проведения выездной налоговой проверки Инспекцией установлено, что в нарушение п. 2 ст. 346.12 Налогового кодекса Российской Федерации общество не имело права перехода на упрощенную систему налогообложения в период 2012 - 2013 в связи с превышением суммы полученных доходов.

В соответствии с пунктом 4 статьи 346.13 Налогового кодекса Российской Федерации, если по итогам отчетного (налогового) периода доходы налогоплательщика, определяемые в соответствии со статьей 346.15 и подпунктами 1 и 3 пункта 1 статьи 346.25 НК РФ, превысили 60 млн. рублей, такой налогоплательщик считается утратившим право на применение упрощенной системы налогообложения.

Указанная величина предельного размера доходов налогоплательщика, ограничивающая права на применение Упрощенной системы налогообложения, подлежит индексации на коэффициент-дефлятор. В 2013 году размер коэффициента-

дефлятора составлял 1, в 2012, а также в 2011 году коэффициент-дефлятор не устанавливался.

Как установлено судами обеих инстанций, в ходе выездной налоговой проверки ООО "Ди Энд Джи Галери" инспекцией установлены факты сокрытия обществом реальных сведений о доходах (выручке) организации при составлении отчетности за 2011 - 2013 и исчислении единого налога, взимаемый с налогоплательщиков, выбравших в качестве объекта налогообложения доходы.

По результатам мероприятий налогового контроля инспекцией установлено, что общество с целью минимизации налоговых обязательств не отражало в порядке, установленном НК РФ и Федеральным законом от 21.11.1996 N 129-ФЗ "О бухгалтерском учете" (Федеральный закон от 06.12.2011 N 402-ФЗ "О бухгалтерском учете"), действительный объем хозяйственных операций и осуществляло сокрытие достоверных сведений о реализованной продукции и полученной выручки путем ведения "двойной" бухгалтерии.

С учетом совокупности установленных по делу обстоятельств, суды обеих инстанций правомерно пришли к выводу, что в нарушение п. 2 ст. 346.12 НК РФ, а также пункта 4 статьи 346.13 НК РФ, Общество утратило право на применение упрощенной системы налогообложения в 2011 году и не имело право применять УСН в 2012 и 2013 годах ввиду превышения общей суммы полученных доходов над предельно допустимой суммой в размере 60 тыс. руб.

Учитывая отсутствие у ООО "Ди Энд Джи Галери" фактического права на применение в 2011-2013 УСН, а также наличие информации о фактически полученной выручке, Обществу направлено уведомление N 13-27/45702 от 11.12.2014, в котором сообщается об утере Обществом права применения УСН и предложено представить документы, подтверждающие расходы организации в целях исчисления налога на прибыль организаций и применение налоговых вычетов по НДС. Однако, документы к проверке Обществом представлены не были.

Суммы заниженной Обществом налоговой базы по налогу на прибыль организаций и НДС определены Инспекцией исходя из полученных данных, содержащихся на изъятых электронных носителях информации, и данных налоговых деклараций по УСН, представленных Обществом за проверяемый период.

На основании данных таблиц Excel (изъятых в ходе оперативно-розыскных мероприятий), содержащих информацию об объемах полученной выручки "К-13", Инспекцией произведен расчет НДС, подлежащего уплате в бюджет, по результатам которого установлено, что в нарушение ст. ст. 146, 154, 166 НК РФ ООО "Ди Энд Джи Галери" неправомерно занизило налоговую базу по налогу на добавленную стоимость, что повлекло за собой неуплату налога на добавленную стоимость в размере 50 676 628 руб., в том числе: за 2011 год - 21 577 683 руб., за 2012 год - 21 116 593 руб., за 2013 год - 7 982 354 руб.

В отношении налога на прибыль ООО "Ди Энд Джи Галери" неправомерно занизило сумму доходов, учитываемых при налогообложении налога на прибыль в размере 281 536 821 руб., в том числе за 2011 - 119 876 011 руб., за 2012 - 117 314 401 руб., за 2013 - 44 346 409 руб., что повлекло неуплату налога на прибыль организаций за 2011 - 2013 в размере 56 307 364 руб., в том числе: 2011 - 23 975 202 руб.; 2012 - 23 462 880 руб.; 2013 - 8 869 282 руб.

В п. 8 Постановления N 57 даны разъяснения о том, что в соответствии с подпунктом 7 пункта 1 статьи 31 НК РФ налоговые органы вправе определять суммы налогов, подлежащие уплате налогоплательщиками в бюджетную систему Российской Федерации, расчетным путем на основании имеющейся у них информации о налогоплательщике, а также данных об иных аналогичных налогоплательщиках в случаях отказа налогоплательщика допустить должностных лиц налогового органа к осмотру производственных, складских, торговых и иных помещений и территорий, используемых налогоплательщиком для извлечения дохода либо связанных с содержанием объектов налогообложения, непредставления в течение более двух месяцев налоговому органу необходимых для расчета налогов документов, отсутствия учета доходов и расходов, учета объектов налогообложения или ведения учета с нарушением установленного порядка, приведшего к невозможности исчислить налоги.

При этом бремя доказывания того, что размер доходов и (или) расходов, определенный налоговым органом по правилам подпункта 7 пункта 1 статьи 31 Кодекса, не соответствует фактическим условиям экономической деятельности налогоплательщика, возлагается на последнего, поскольку именно он несет риски,

связанные с возникновением оснований для применения налоговым органом расчетного метода определения сумм налогов.

Изложенным подходом необходимо руководствоваться как в случае отсутствия у налогоплательщика соответствующих документов, так и при признании их ненадлежащими.

Поскольку налоговым органом в ходе проверки установлено, что кассовые чеки налогоплательщика содержат недостоверную информацию, следовательно, не могут подтверждать заявленные им суммы дохода в проверяемом периоде, то как правильно указано судами, инспекция правомерно провела расчет реальных налоговых обязательств по правилам подпункта 7 пункта 1 статьи 31 НК РФ.

Как установлено судами, доказательств, опровергающих правомерность примерного налоговым органом расчетного метода, общество не представило ни в ходе проверки, ни при апелляционном обжаловании принятого налоговым органом ненормативного акта, ни в материалы дела.

При этом судами первой и апелляционной инстанций обоснованно отклонены доводы общества о неправомерном учете в качестве доказательств результатов оперативно-розыскной деятельности.

В соответствии с пунктом 4 статьи 101 Налогового кодекса Российской Федерации при рассмотрении материалов налоговой проверки исследуются представленные доказательства, в том числе документы, ранее истребованные у лица, в отношении которого проводилась налоговая проверка (включая участников консолидированной группы налогоплательщиков), документы, представленные в налоговые органы при проведении камеральных или выездных налоговых проверок данных лиц, и иные документы, имеющиеся у налогового органа.

В пункте 45 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 N 57 "О некоторых вопросах, возникающих при применении арбитражными судами части первой Налогового кодекса Российской Федерации" разъяснено, что при исследовании и оценке представленной налоговым органом доказательственной базы по налоговым делам судам надлежит исходить из того, что материалы, полученные в результате осуществления оперативно-розыскных мероприятий, могут использоваться налоговыми органами в числе других

доказательств при рассмотрении материалов налоговой проверки (пункт 4 статьи 101 Кодекса) или при осуществлении производства по делу о предусмотренных Кодексом налоговых правонарушениях (пункт 7 статьи 101.4 Кодекса), если соответствующие мероприятия проведены и материалы оформлены согласно требованиям, установленным Федеральным законом от 12.08.1995 N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности".

Согласно пункту 3 статьи 11 Федеральным законом от 12.08.1995 N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" (ОРД) результаты оперативно-розыскной деятельности могут направляться в налоговые органы для использования при реализации полномочий по контролю и надзору за соблюдением законодательства о налогах и сборах, по обеспечению представления интересов государства в делах о банкротстве, а также при реализации полномочий в сфере государственной регистрации юридических лиц.

Статья 15 Закона об ОРД закрепляет право органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, для решения ее задач не только проводить оперативно-розыскные мероприятия, но и производить при их проведении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений, а также прерывать предоставление услуг связи в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

Учитывая вышеизложенное, судами сделан правомерный вывод, что документы, полученные в ходе оперативно - розыскных мероприятий, являются надлежащими и допустимыми доказательствами по делу, соответствующими статьям 67 - 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

При этом отклоняя доводы общества о том, что материалы, полученные от органов внутренних дел, сами по себе не являются основанием для принятия решения, суды обеих инстанций правильно указали, что выводы о сокрытии выручки и ведении "двойной" бухгалтерии сделаны не только на основании данных полученных от правоохранительных органов, но также и результатов мероприятий налогового контроля, в том числе допросов сотрудников ресторанов, сведений из сети Интернет, статистическо-математических расчетов и др., что дало в совокупности

основания для вывода об умышленном не учете поступающей в виде наличных выручки от реализации услуг общественного питания.

Таким образом, проанализировав и оценив представленные в деле доказательства в их совокупности и взаимной связи в соответствии со статьей 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суды обеих инстанций правомерно пришли к выводу, что установленные в ходе выездной налоговой проверки факты и обстоятельства, в том числе в ходе проведенных оперативно-розыскных мероприятий, в своей совокупности и взаимосвязи свидетельствуют о получении заявителем необоснованной налоговой выгоды, выразившейся в умышленном занижении выручки и минимизации размера подлежащих уплате налогов, в связи с чем оспариваемое решение налогового органа соответствует действующему налоговому законодательству и не нарушает права и интересы общества.

Доводы заявителя кассационной жалобы о несогласии с оценкой судами имеющихся в деле доказательств по сути направлены на переоценку установленных судами фактических обстоятельств дела и имеющихся в деле доказательств, что в силу статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации выходит за пределы полномочий суда кассационной инстанции.

Довод заявителя о том, что суды необоснованно не привлекли к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, ООО «Управляющая компания-Сеть 10», поскольку в данном случае затрагиваются права и законные интересы ООО «Управляющая компания-Сеть 10», подлежит отклонению.

Судебный акт может быть признан вынесенным о правах и обязанностях лица, не привлеченного к участию в деле, в случае, если этим актом в отношении предмета спора устанавливаются права непривлеченного лица либо на это лицо возлагаются какие-либо обязанности.

Вместе с тем доводы заявления, а также содержание судебных актов не свидетельствуют о принятии судами решения о правах и обязанностях ООО «Управляющая компания-Сеть 10».

Выводы судов касаются только прав и обязанностей лиц, участвующих в деле.

Ссылка заявителя кассационной жалобы на неправомерное отклонение ходатайств о вызове и допросе свидетелей, о назначении финансового-бухгалтерской экспертизы, об истребовании доказательств, о приобщении к материалам дела заключения специалиста, судом кассационной инстанции признается несостоятельной, поскольку при рассмотрении дела и вынесении обжалуемых актов судами нарушений норм процессуального права, которые могли бы явиться основанием для отмены обжалуемых судебных актов, кассационной инстанцией не установлено.

Решение вопросов исследования и оценки доказательств, в том числе, возможности приобщения к материалам дела дополнительных доказательств, отнесено к компетенции судов первой и апелляционной инстанций, в связи с чем доводы заявителя не могут служить основанием для отмены судебных актов в кассационном порядке.

Исходя из изложенного, судами первой и апелляционной инстанций полно и всесторонне исследованы обстоятельства дела, правильно применены нормы материального и процессуального права.

Нарушений норм процессуального права, являющихся безусловным основанием для отмены судебного акта, арбитражными судами первой и апелляционной инстанции при вынесении обжалуемых судебных актов, не допущено.

Иные доводы о нарушении судами первой и апелляционной инстанций норм права, приведенные в кассационной жалобе, подлежат отклонению, поскольку основаны на неправильном толковании норм права, а также как направленные на переоценку установленных судами первой и апелляционной инстанций обстоятельств и представленных в материалы дела доказательств, которая в силу положений статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не входит в полномочия суда кассационной инстанции.

Руководствуясь ст. ст. 284-289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда города Москвы от 18 октября 2016 года и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 26 декабря 2016 года по делу № А40-151934/2016,- оставить без изменения, а кассационную жалобу ООО "Ди энд Джи Галери" - без удовлетворения.

Председательствующий-судья

А.А. Дербенев

Судьи

Т.А. Егорова

Ю.Л. Матюшенкова