

**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

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

адрес электронной почты: info@mail.9aas.ruадрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

№09АП-31193/2011-АК

Город Москва

13 декабря 2011 года

Дело № А40-21241/11-75-89

Резолютивная часть постановления объявлена 07 декабря 2011 года

Полный текст постановления изготовлен 13 декабря 2011 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Р.Г. Нагаева

Судей В.Я. Голобородько, Н.О. Окуловой

при ведении протокола судебного заседания секретарем А.Н. Красиковой

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу ООО «Развитие»

на решение Арбитражного суда г. Москвы от 21.09.2011

по делу №А40-21241/11-75-89, принятое судьей А.Н. Нагорной

по заявлению ООО «Развитие» (ОГРН 1097746716792; 109153, г. Москва, ул. Привольная, 57, 1, пом. 17)

к ИФНС России № 30 по г. Москве (ОГРН 1047730037596; 121151, г. Москва, ул. Можайский Вал, д. 6/2) УФНС России по г. Москве (ОГРН 1047710091758; 115191, г. Москва, ул. Б. Тульская, д. 15)

третьи лица - ИФНС России № 21 по г. Москве (ОГРН 1047721035141; 109377, г. Москва, ул. 1-я Новокузьминская, д. 5), КОО «РАЭБУРН СЕРВИСЕЗ ЛИМИТЕД» в лице ее представительства в РФ,

о признании незаконными решений,

при участии в судебном заседании:

от заявителя – Фролова С.Е. по дов. от 14.07.2011, Савина О.В. по дов. от 14.07.2011, Попов С.Н.

от заинтересованных лиц:

ИФНС России № 30 по г. Москве – Ушакова Н.Р. по дов. № 05-15/04/37188 от 04.10.2011, Медведев С.И. по дов. № 05-15/04/42978 от 30.11.2011;

УФНС России по г. Москве – Гущина А.Ю. по дов. № 51 от 06.06.2011;

от третьих лиц:

ИФНС России № 21 по г. Москве – Ахметова М.А. по дов. № 16 от 14.01.2011, Салтыкова И.К. по дов. № 2 от 30.10.2009;

КОО «РАЭБУРН СЕРВИСЕЗ ЛИМИТЕД» в лице ее представительства в РФ – не явился, извещен.

УСТАНОВИЛ:

ООО «Развитие» (далее – общество, заявитель, налогоплательщик) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о признании незаконными решений ИФНС России № 30 по г. Москве (далее – инспекция, заинтересованное лицо, налоговый

орган) от 11.10.2010 г. № 167 о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения и решения УФНС России г. Москве (далее – управление, заинтересованное лицо, налоговый орган) от 03.12.2010 г. №21-19/127233.

Решением суда от 21.09.2011 заявленные требования удовлетворены в части признания недействительными, не соответствующими Налоговому кодексу Российской Федерации, принятые в отношении ООО «Развитие» решение ИФНС России № 30 по г. Москве от 11.10.2010 г. № 167 «О привлечении к налоговой ответственности за совершение налогового правонарушения» в части начисления налога на добавленную стоимость на сумму 6 240 202 руб., соответствующих сумм пени и штрафа; решение УФНС России по г. Москве от 03.12.2010 г. № 21-19/127233 в части, в которой им не было отменено решение нижестоящего налогового органа от 11.10.2010 г. № 167 о начислении налога на добавленную стоимость на сумму 6 240 202 руб., соответствующих сумм пени и штрафа. В удовлетворении остальной части требований отказано.

Не согласившись с принятым решением, общество обратилось с апелляционной жалобой, дополнениями по ней и письменными пояснениями, в которых просит отменить решение суда в части отказа в удовлетворении требований, указывая на то, что судом при принятии решения неправильно применены нормы материального права.

Заинтересованные лица представили письменные пояснения на апелляционную жалобу, в которых, не соглашаясь с доводами жалобы, просят оставить решение суда без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Третье лицо - ИФНС России № 21 по г. Москве представило отзыв на апелляционную жалобу, в котором просит решение суда в части отказа в удовлетворении требований оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Третье лицо - КОО «РАЭБУРН СЕРВИСЕЗ ЛИМИТЕД» в лице ее представительства в РФ представило отзыв на апелляционную жалобу, в котором просит решение суда отменить, принять по делу новый судебный акт, апелляционную жалобу – удовлетворить.

В судебное заседание апелляционной инстанции третье лицо - КОО «РАЭБУРН СЕРВИСЕЗ ЛИМИТЕД» в лице ее представительства в РФ не явилось, о месте и времени судебного разбирательства извещено надлежащим образом, в связи с чем дело рассмотрено в его отсутствие в порядке ст.ст.123, 156 АПК РФ.

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

Изучив представленные в дело доказательства, заслушав представителей заявителя, заинтересованных лиц, третьего лица, рассмотрев доводы апелляционной жалобы, дополнений по ней, письменных пояснений, отзывов, суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены или изменения решения арбитражного суда, принятого в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах и обстоятельствами дела, и удовлетворения апелляционной жалобы, исходя из следующего.

Как следует из материалов дела, 20.04.2010г. заявителем в налоговый орган представлена налоговая декларация по налогу на добавленную стоимость (далее - НДС) за 1 квартал 2010г., в соответствии с которой стоимость реализованных товаров (работ, услуг), по операциям, не подлежащим налогообложению (раздел 7 декларации), составила 207 411 377 руб. (в соответствии с пп.2 п. 3 ст. 149 Налогового кодекса Российской Федерации (далее - НК РФ), стоимость приобретенных товаров (работ, услуг), не облагаемых НДС, составила 166 171 870 руб., сумма НДС по приобретенным товарам, не подлежащая вычету, составила 6 240 202 руб.

Инспекцией в период с 20.04.2010г. по 20.07.2010г. была проведена камеральная налоговая проверка представленной заявителем налоговой декларации по НДС за 1

квартал 2010г., по результатам которой составлен акт камеральной налоговой проверки от 03.08.2010г. № 154 и принято решение от 11.10.2010г. № 167 «О привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения», которым заявитель привлечен к налоговой ответственности по п. 1 ст. 122 НК РФ за неполную уплату НДС в виде взыскания штрафа в сумме 7 466 810 руб., заявителю начислены пени по НДС в размере 1 391 938 руб.; предложено уплатить недоимку по НДС в сумме 37 334 048 руб., предложено уплатить начисленные штрафы и пени, внести необходимые исправления в документы бухгалтерского и налогового учета.

Не согласившись с принятым решением, заявитель оспорил его в порядке ст.ст. 100, 101.2, 139 НК РФ в вышестоящий налоговый орган – УФНС России по г. Москве, решением которого от 03.12.2010 г. № 21-19/127233 оспариваемое решение инспекции было оставлено без изменения, а апелляционная жалоба заявителя - без удовлетворения; решение инспекции от 11.10.2010г. № 167 признано вступившим в законную силу.

Арбитражный апелляционный суд, исследовав и оценив представленные в дело доказательства в их совокупности и взаимной связи, считает, что судом первой инстанции полно и всесторонне установлены обстоятельства по делу и им дана надлежащая правовая оценка.

В ходе мероприятий налогового контроля установлено необоснованное применение заявителем налоговой льготы, предусмотренной пп. 2 п. 3 ст. 149 НК РФ в силу следующего.

20.04.2010г. ООО «Развитие» в ИФНС России №30 по г. Москве представлена налоговая декларация по налогу на добавленную стоимость за 1 кв. 2010г. (т. 1 л.д. 34-36) в которой заявлено право на применение льготы, установленной пп. 2 п. 3 ст. 149 НК РФ в размере 207 411 377 руб.

Согласно свидетельству о государственной регистрации ООО «Развитие» (т. 4 л.д. 41) организация создана 16.11.2009г.

Структура деятельности заявителя такова, что уставный капитал ООО «Развитие» полностью состоит из вкладов общественных организаций инвалидов, в которых доля инвалидов и их законных представителей составляет не менее 80%. Единственным учредителем ООО «Развитие» является Региональная общественная организация инвалидов «Надежда и Милосердие», уставной капитал общества составляет 10 000 руб., т.е. предельно допустимый законом минимум. Согласно свидетельству о государственной регистрации дата создания РООИ - 26.10.2007г. (т. 4 л.д. 28).

Среднесписочная численность инвалидов среди работников общества составляет не менее 50 процентов, в ООО «Развитие» всего 4 сотрудника, из которых 3 - инвалиды, это условие также соблюдается при предельно допустимом минимуме. Доля инвалидов в фонде оплаты труда составляет не менее 25 процентов: заработная плата руководителя (не инвалида) - 14 000 руб.; совместная заработная плата трех сотрудников-инвалидов - $(4\,500 + 4\,500 + 6\,500) = 15\,500$ руб., что подтверждается соответствующими приказами о приеме на работу (т. 4 л.д. 17-20).

Таким образом, при выплате заработной платы инвалидам в размере приближенном к минимальному пределу МРОТ, организация имеет фонд оплаты труда инвалидов больше 25 % от общего фонда оплаты труда, невзирая на то, что заработная плата руководителя сопоставима с общей заработной платой всех остальных сотрудников вместе взятых.

То есть, все показатели, позволяющие организации льготировать налог на добавленную стоимость, стремятся к минимальному значению, что свидетельствует о создании формального основания для получения льготы.

Учредителем организации РООИ «Надежда и Милосердие» также учреждены иные организации, в частности, ООО «Атлант», ООО «Гарант», ООО «Аметист» и др.

Деятельность учреждаемых организаций является однородной, все учреждаемые структуры занимаются сдачей торговых площадей в аренду на различных торговых объектах города Москвы. Согласно показаниям свидетеля Аксенова В.А., данным им в ходе судебного разбирательства по делу №А40-21612/11-107-99 (т. 11 л.д. 74-81) РООИ, для выполнения уставных целей (обеспечение работой, специальной помощью, социальной адаптации инвалидов и т.д.) учреждаются коммерческие организации, которые из получаемой прибыли делают взносы в РООИ для осуществления основной деятельности (взносы от данных организаций составляют около 1, 5 млн. руб. в год).

ООО «Развитие» (Арендатор) заключен договор аренды б/н от 23.11.2009 года с КОО «РАЭБУРН СЕРВИСЕЗ ЛИМИТЕД» (Великобритания) (Арендодатель) (т. 1 л.д. 80-85). Предметом договора (п. 1.1.) является сдача в аренду помещения Торгового центра, расположенного по адресу: г. Москва, ул. Кировоградская, д. 15 общей площадью 24 771, 79 кв.м по цене (п.6.1.) 550 руб. в месяц за квадратный метр (включая НДС). Общая стоимость аренды составляет 13 624 484, 50 руб. в месяц с учетом НДС. Согласно п. 6.2. договора аренды, в стоимость услуг включены: охрана Торгового центра; контроль пропускного и внутреннего режима; обеспечение энерго-тепло-водоснабжения; право пользования общим имуществом, находящимся на территории комплекса; услуги по уборке помещений и вывозу твердых бытовых отходов (ТБО) и крупногабаритного мусора; размещения внешней рекламы ТЦ; телефонизация; плата за пользование земельным участком; услуги парковки АТС на территории ТЦ; противопожарной сигнализации; вентиляции и кондиционирования здания; технического обслуживания систем и оборудования ТЦ.

В тот же день между ООО «Развитие» (Принципал) и ООО «Содействие» (Агент) заключен агентский договор № 23-РС/09 от 23.11.2009 года (т. 1 л.д. 14-149), согласно которому Принципал поручает, а Агент берет на себя обязательства по совершению от своего имени, но за счет принципала в период с 23.11.2009 года по 31.10.2010 года следующих юридических действий: привлечения и поиска субарендаторов (физических (ИП) и юридических лиц), заключать с ними договоры субаренды помещений, в состав которых входят торговые места, складские помещения, а также офисные помещения, расположенные по адресу: г. Москва, Кировоградская улица, д. 15, находящихся во владении принципала на правах аренды; предоставления в субаренду помещений на условиях, наиболее выгодных для принципала; осуществлять своевременный сбор с Субарендаторов арендных платежей, в том числе авансовых; выполнение любых действий, необходимых для исполнения обязательств по договору.

Единственной деятельностью, выполняемой ООО «Развитие» в проверяемый период является сдача в субаренду помещений Торгового центра по адресу: г. Москва, ул. Кировоградская, д. 15. Договора субаренды, заключаемые ООО «Содействие» в рамках указанного агентского договора являются типовыми и данные договора идентичны по своему содержанию. Из представленных в материалы дела приказов о приеме на работу следует, что сотрудники ООО «Развитие» Ачкасов В.Е., Жандаров Н.В. и Армягова Т.Г. приняты на работу 23.11.2009г., т.е. в день заключения договора аренды с собственником и договора с ООО «Содействие», Попов С.Н. назначен на должность руководителя 19.10.2009г. (т. 4 л.д. 60).

Согласно материалам проверки 348 заключенных договоров, представленных в проверку, 282 (или 81 %) заключены 25.11.2009 года. С учетом изложенного, ООО «Содействие», выступая в роли агента, отвечающего за поиск субарендаторов, физически не могло провести поиск столь значительного количества субарендаторов за промежуток времени с 23.11.2009 года по 25.11.2009 года (два дня) и организовать их размещение на территории торгового комплекса в срок до 01.12.2009 года. Следовательно, субарендаторы уже ранее выступали в роли субарендаторов данной

территории, ООО «Содействие» только перезаключило ранее заключенные договора субаренды с учетом сменившегося арендатора.

В целях получения права на заключение вышеуказанного договора аренды заявителем и иностранной компанией «Хэйленд Маркетинг Корпорэйшн» 09.11.2009г. заключен договор купли-продажи опциона (т. 13 л.д. 89-96), согласно которому иностранная компания Хэйленд именуется первоначальным покупателем, а ООО «Развитие» новый покупатель.

Первоначальный покупатель обязуется передать опцион (права из опционного контракта, заключенного 03.11.2009г.). Указанный опционный контракт заключен между первоначальным Покупателем и Компанией «Экберт Холдинг Лимитед» (Подписчик опциона). Опционом является безусловное право Покупателя приобрести у Подписчика опциона права и обязанности по краткосрочному договору аренды. Договор аренды помещений в ТЦ «Электронный Рай» должен был быть заключен не позднее 01.12.2009г. в силу предварительного договора аренды помещений в Торговом центре заключенного между КОО «Разбурн Сервисез Лимитед» (Великобритания) (Арендодатель) и Компанией «Экберт Холдинг Лимитед» (арендатор). Помещения согласно договору от 09.11.2009г. будут переданы в аренду в срок не позднее 01.12.2009г. по акту приема-передачи. Период аренды помещений по договору аренды завершится 31.10.2010г. В срок до 15.12.2009г. новый покупатель обязуется выплатить первоначальному покупателю опционную премию в размере 627 000 000 руб. Договором между заявителем и компанией Холдинг Лимитед Корпорэйшн предусмотрено, что оплата по настоящему договору может быть произведена путем передачи ценных бумаг, в том числе векселей, оплата приобретенного права осуществлена путем выпуска заявителем собственных векселей на сумму опционного контракта.

Следует отметить, что договор купли-продажи опциона заключен 09.11.2011г., а государственная регистрация заявителя осуществлена 16.11.2009г., т.е. на момент заключения договора ООО «Развитие», как юридическое лицо не существовало. На данное обстоятельство указано в постановлении ФАС МО от 23.11.2011г. по делу А40-127836/11-20-733 по спору с теми же сторонами.

За сдачу в субаренду помещений Торгового центра по адресу: г. Москва, ул. Кировоградская, д. 15, ООО «Развитие» за период с 01.01.2010 года по 31.03.2010 года получило 182 125 000 руб. (в том числе 75 000 руб. за сдачу в аренду помещения агенту - ООО «Содействие» по договору субаренды № 1-ОП от 23.11.2009 года) не облагаемых налогом на добавленную стоимость.

Согласно отчета агента ООО «Содействие» от 31.01.2010 года: в период с 01.01.2010г. по 31.01.2010г., агентом была получена аренда текущего периода от субарендаторов в размере 46 615 380,31 руб.; в период с 01.02.2010г. по 28.02.2010г., агентом была получена аренда текущего периода от субарендаторов в размере 67 673 275, 98 руб.; в период с 01.03.2010г. по 31.03.2010г., агентом была получена аренда текущего периода от субарендаторов в размере 68 919 464, 65 руб. Итого за 2 квартал 2010г. агентом получено 183 208 120,94 руб. Вознаграждение Агента составляет 100 000 руб. в месяц.

Следовательно, ООО «Развитие» от сдачи помещений в субаренду за 1 квартал 2010 года получило 182 908 120, 94 руб. (без НДС), что в 4,5 раза больше суммы арендной платы (даже с учетом НДС), которую ООО «Развитие» уплачивает за аренду помещения.

Тот факт, что согласно отчетам агента, получаемые денежные средства являются оплатой аренды, а не субаренды, что дополнительно свидетельствует об отсутствии ООО «Развитие» в данных отношениях как субарендатора.

Анализ расчетного счета организации ООО «Содействие» открытого в ОАО АКБ «Интеркоопбанк» (т. 9 л.д. 38-129) указывает на отсутствие иной деятельности,

кроме получения денежных средств от арендаторов и транзитное их перечисление на расчетный счет ООО «Развитие» открытый в ОАО АКБ «Интеркоопбанк».

Из Анализа расчетного счета ООО «Развитие» открытого в ОАО АКБ «Интеркоопбанк» следует, что за период с 01.01.2010г. по 31.03.2010г. ООО «Развитие» были осуществлены перечисления (т. 4 л.д. 118-124) только в адрес ООО «Содействие», ООО «Реверс», ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток», Коллегия адвокатов БРИТ, ООО «Триумф».

Иных операций, связанных с взаимоотношениями с контрагентами не производится. Поступлений денежных средств также не происходит. Расходование происходит в незначительных объемах, и связано с уплатой налогов, выдачей наличности и комиссиями, связанными с банковскими операциями.

Исходя из изложенного, усматривается следующее. Перечисление денежных средств носит транзитный характер, операций, связанных с осуществлением реальной хозяйственной деятельности ООО «Развитие» не производит, выручка, поступившая на счет общества, перечисляется в адрес четырех организаций: Брит Коллегия адвокатов г. Москвы (за консультационно-правовое обслуживание), ООО «Триумф» (за услуги по сопровождению бухгалтерии), ООО «Реверс» (выступающей как агент КОО «РАЭБУРН СЕРВИСЕЗ ЛИМИТЕД») как оплата за аренду и ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» - как погашение собственных векселей - в размере 135 050 000 руб.

Сопроводительное письмо из ИФНС России № 8 по г. Москве № 21-07/042367@ от 02.08.10 г. (т. 4 л.д. л.д. 144-150) содержит следующую информацию в отношении ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток».

Организация состоит на учете с 22.12.2004 г., зарегистрирована по адресу: 105066, г. Москва, ул. Ольховская, д. 45, стр. 1. Генеральный директор Шибeko Татьяна Викторовна, главный бухгалтер Мурзаев Юрий Викторович. Последняя бухгалтерская отчетность представлена в инспекцию по состоянию на 01.07.2010 г., последняя декларация по НДС - за 2 квартал 2010 г. Все банковские счета открыты в ОАО АКБ «Интеркоопбанк». Счет № 40702810100000001323 открыт 30.12.2004 (согласно информационному письму о расчетных счетах ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» данный счет закрыт 10.11.2008 г. и не имеет отношения к отношениям заявителя с ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток»). Счет 40702810200000001799 открыт 22.08.08 г.

Организация относится к числу налогоплательщиков, представляющих «нулевую» отчетность в налоговый орган. Телефоны не являются контактными. Для розыска организации была направлена повестка о вызове учредителя. По юридическому адресу организация не располагается: было направлено требование о предоставлении документов по встречной проверке (почте) - требование вернулось с отметкой «организация не значится». Подтвердить хозяйственные отношения с организацией не представляется возможным.

Из данных выписки из ЕГРЮЛ (т. 8 л.д. 74-83) также следует, что заявителем при регистрации выступал Суковых Евгений Борисович.

Согласно данным банковской выписки указанной организации, за период с 04.09.2009 по 31.03.2010 года поступившие на расчетный счет ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» денежные средства перечислялись на расчетные счета (т. 4 л.д. 126-143) ООО «Зодиак», Брит Коллегия адвокатов г. Москвы, ЗАО «Русойл Компании», ООО «Ирвин», ООО «Крона».

При этом, из банковской выписки за период 4 кв. 2009г. (т. 8 л.д. 84-117) усматривается также, что ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» не приобретало векселей заявителя у Компании Хэйленд Маркетинг Инкорпорейтед. Более того, из данных назначения платежей выписки видно, что, организациями, которым перечислялись денежные средства за операции, имеющие отношение к покупке ценных бумаг, являлись только ЗАО «АКБ Интерпромбанк» и ООО «Зодиак», причем ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» перечисляло в адрес ЗАО «АКБ Интеркоопбанк» денежные

средства за уступку прав требования по векселям, отличным от предъявленных к погашению ООО «Развитие».

Общее количество поступивших на расчетный счет ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» денежных средств в 4 квартале 2009 года составило свыше 2,7 млрд. рублей, за период с 04.09.09 по 31.12.2009 г. - свыше 3, 2 млрд. рублей. При этом в декларации по налогу на прибыль за 2009 год (т. 9 л.д. 129-133) отражена общая сумма внереализационных доходов - 34 708 913 руб.

Аналогично, за 1 квартал 2010 года оборот денежных средств составил свыше двух миллиардов рублей. При этом ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» представлена декларация по налогу на прибыль за 1 квартал 2010 года с суммой внереализационных доходов 9 335 894 руб.

Указанные обстоятельства свидетельствуют о неисполнении ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» своих налоговых обязательств.

В отношении ООО «Зодиак» - одного из основных получателей денежных средств - установлено, что, согласно данным выписки из ЕГРЮЛ (т. 5 л.д. 47-55), руководителем общества является Шибeko Татьяна Викторовна (также являющаяся руководителем ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток»). Заявителем при регистрации выступал Суковых Евгений Борисович (также являющийся заявителем при регистрации ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток»). Согласно справок 2-НДФЛ за 2009 - 2010 год, количество сотрудников составляет 1 человек.

В отношении ЗАО «РусОЙЛ Компани» (ИНН 7708579557) (т. 5 л.д. 64-69), также являющегося одним из основных получателей денежных средств в данный период, установлено, что руководителем ЗАО «РусОЙЛ Компани», согласно выписки из ЕГРЮЛ, является Аксенов Владимир Александрович (председатель правления РООИ «Надежда и Милосердие»). Данная организация расположена по адресу: 105066, г. Москва, ул. Ольховская, д. 45, стр. 1 (адрес государственной регистрации ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток»).

Кроме того, Шибeko Татьяна Викторовна также является учредителем (с долей участия 99%) ЗАО «ХРОМСТИЛЬ», в свою очередь владеющего 19,9% акций ОАО «АКБ «Интеркоопбанк».

Компания ЗАО «РусойлКомпани» также является участником ОАО «АКБ «Интеркоопбанк» с долей участия 19, 9% акций, руководителем ЗАО «Русойл Компани» является Аксенов В.А.

Согласно представленной инспекцией в материалы дела аналитической информации по банковской выписке ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» (т. 11 л.д. 54-59) на счет ООО «Зодиак» за 4 квартал 2009г. было перечислено денежных средств в размере 561 470 000 руб., за девять месяцев 2010г. - 841 560 000 руб., на счет ЗАО «Русойл Компани» за 4 кв. 2009г. перечислено - 327 356 000 руб., за 9 месяцев 2010г. было перечислено 4 053 370 546, 27 руб. Тогда как сумма чистой прибыли ООО «Развитие» за 1-3 кварталы 2010г. составила всего 855 650 руб.

Из изложенного следует, что помимо заявителя в цепочке движения денежных средств и в механизме сдачи помещений в аренду участвуют следующие организации: РООИ «Надежда и Милосердие» (учредитель), ООО «Содействие» (агент), Компания «Раэбурн Сервисез Лимитед» (собственник), «Хэйленд Маркетинг Корпорэйшн» (первоначальный покупатель опциона), Экберт Холдинг Лимитед (подписчик опциона), ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» (векселедержатель), ООО «Зодиак» (получатель денежных средств), ЗАО «Русойл Компани» (получатель денежных средств), ООО «Ирвин», ООО «Крона» (получатели денежных средств).

В рамках полномочий, представленных ст.ст. 31,82, 90 НК РФ, инспекцией были опрошены следующие сотрудники ООО «Развитие»: Менеджер Ачкасов Валерий Егорович (протокол от 01.07.10 г. № 20 т 4 л.д. 114-116); Ст. Менеджер Жандаров Николай Валентинович (протокол от 28.06.10 №13 т. т. 4 л.д. 111-113); Генеральный

Директор ООО «Развитие» Попов Сергей Николаевич (протоколы допроса № 08 от 19.04.2010 года и № 14 от 29.06.2010 года т. 4 л.д. 104-110). Ачкасов Валерий Егорович на поставленные вопросы показал следующее. Трудоустроился по личному знакомству с Сорокиным Сергеем, который является членом общества РООИ «Надежда и милосердие». Занимаемая должность - менеджер. Основные обязанности в организации - обход торговых точек, контроль пожарной безопасности, обязанности курьера. Заработная плата - 4 500 рублей в месяц. График работы - с понедельника по пятницу с 10.00 до 19.00. Вид деятельности ООО «Развитие» - сдача в аренду помещений по адресу: м. Пражская, здание «Электронный Рай», ул. Кировоградская. Жандаров Николай Валентинович на заданные вопросы показал следующее. Трудоустроился по личному знакомству. Работает старшим менеджером. Заработная плата - 5 500 руб. Основные обязанности в организации - взаимодействие с агентом (собственником здания) по оптимальной сдаче помещений, выявление неплательщиков, контроль за сдаваемыми помещениями, сдача отчетности. На основании приказа подписывает счета-фактуры. Вид деятельности ООО «Развитие» - сдача в аренду помещений по адресу: м. Пражская, здание «Электронный Рай», ул. Кировоградская. Попов Сергей Николаевич в ходе допроса 19.04.2010 года на заданные вопросы показал следующее. Он не имеет отношения к учреждению ООО «Развитие», занимает в обществе должность руководителя. Был приглашен на занимаемую должность по личному знакомству с руководителем организации-учредителя ООО «Развитие». Уставной капитал ООО «Развитие» - 10 000 руб. Основной вид деятельности ООО «Развитие» - аренда прочих машин и оборудования. Является арендаторами торгового комплекса «Электронный рай» на Пражской для сдачи в субаренду. Бухгалтерию ООО «Развитие» ведет аудиторская компания «Триумф». Фактический адрес ООО «Развитие» совпадает с юридическим - Промышленный проезд, 5, стр. 4, общество находится там на основании заключенного договора аренды, с кем именно ответить затруднился. Документы, подтверждающие льготу, не были представлены в ИФНС № 30 по г. Москве вместе с комплектом документов по причине того, что он говорил с аудиторами, которые сказали, что произошла корректировка в законе и документы не надо представлять в налоговый орган вместе с декларацией. Льгота была заявлена на основании п. 3 ст. 149 НК РФ. Реализация оказанных услуг осуществлялась субарендаторам, юридическим лицам. Договора с контрагентами ООО «Развитие» подписываются Генеральным Директором. Поставщиком товаров (работ, услуг) является собственник торгового центра «Электронный рай» «Раебурн Сервисез Лимитэд», у которого арендуются площади. Также контрагентами являются ООО «Содействие» лице Генерального Директора Еремина С.А., действующее по агентской схеме и аудиторские фирмы. Денежным источником при расчетах с арендатором выступали доходы, полученные агентом от субарендаторов, по условиям договора с собственником арендуемых помещений арендная плата перечисляется не позднее 10 числа текущего месяца. Все торгово-складские помещения комплекса арендуются ООО «Развитие». Штат сотрудников общества - 4 человека. Среднемесячная зарплата сотрудников составляет 27 500 руб., генеральный директор - 12 000 руб., старший менеджер - 6 500 руб., менеджеры - 4 500 руб. Основные обязанности Попова С.Н. - ведение переговорных отношений с контрагентами, взаимодействие с агентом, учредителем организации, организация рабочих мест для инвалидов. Договора, бухгалтерскую и налоговую отчетность подписывает Генеральный Директор, прибыль организации за 4 квартал 2009 года составила приблизительно 55 000 руб., выручка от реализации поступает на счет учредителю РООИ «Надежда и милосердие». Расчетный счет открыт в Интеркоопбанк.

Свидетель Попов С.Н. при допросе в судебном заседании 28.06.2011г. (т. 7 л.д. 138) пояснил следующее: после получения высшего образования, закинул резюме в Интернет, получил приглашение. Председатель РООИ «Надежда и милосердие»

объяснил, что есть структура, созданная и учрежденная РОО, которой требуется генеральный директор, который может возглавить эту организацию. При регистрации она была зарегистрирована с ОКВЭДом, который позволял заниматься только арендой. Учредитель объяснил мне, что есть несколько объектов, из них я выбрал более мне интересный – Электронный рай на Пражской.

По вопросу формирования коллектива свидетель Попов С.Н. пояснил, что коллектив предлагался региональной общественной организацией. Было несколько кандидатур, из которых он выбрал тех свидетелей, которые были. Еще была Татьяна Григорьевна Армягова, которую в качестве свидетеля в предыдущем периоде вызывали. Три человека, помимо него, всего четыре человека. Также свидетель пояснил, что все направляющие указания исходили от учредителя, конкретно от Аксенова В.А.

Конкретных обстоятельств по исполнению сотрудниками ООО «Развитие» их должностных обязанностей Попов С.Н. не указал.

В ходе судебного разбирательства 09 августа 2011г. Попов С.Н. указал, что все коммерческие вопросы согласовывались с учредителем, а именно с Аксеновым В.А. Кроме того, из показаний, данных в судебном заседании следует, что руководитель Попов С.Н., долгое время работал электриком, не имеет экономического или юридического образования, необходимого для осуществления функций по управлению активами коммерческой организации и решения управленческих вопросов.

Исходя из показаний Попова С.Н. (руководителя ООО «Развитие») следует, что сотрудники ООО «Развитие» о факте не выставления агентом счета на оплату аренды узнавали именно от субарендаторов, т.е. в обязанности сотрудников ООО «Развитие» входил контроль за исполнением обязанностей агента по выставлению счетов-фактур, т.е. взаимодействие заявителя и субарендаторов было необходимым условием.

В ходе допроса в судебном заседании 09.08.2011г. субарендаторов Климохина К.С. и Ефимова А.В. в судебном заседании 09 августа 2011г. субарендатор Климохин К.С. пояснил, что в основном все взаимодействия происходили с агентом ООО «Содействие», счета на оплату предоставлялись ООО «Содействие». Также свидетель пояснил, что с момента осуществления арендных отношений с ООО «Содействие», в том числе в период участия в них сотрудников ООО «Развитие» до настоящего периода времени ничего не менялось.

В ходе допроса свидетеля Ефимова А.В. также следует, что с момента заключения договора аренды до настоящего периода времени кроме ставок арендной платы никакие условия не менялись.

При этом ни один из допрошенных субарендаторов не подтвердил факт контроля со стороны ООО «Развитие» своевременности оплаты аренды субарендаторами, хотя на выполнение данных функций указывал Попов С.Н. при допросе его в судебном заседании.

Факт подтверждения данными свидетелями знакомства с сотрудниками ООО «Развитие» не может быть принят во внимание в связи с наличием в материалах дела совокупности доказательств, подтверждающих выводы о номинальном участии ООО «Развитие» в спорных арендных правоотношениях. Кроме того, субарендаторами на вопрос о том имеются ли какие-либо недостатки здоровья у сотрудников ООО «Развитие», которые посещали их павильоны, ответили, что таких особенностей не заметили, между тем Ачкасов В.Е. и Жандаров Н.В. имеют группу инвалидности, в том числе Ачкасов В.Е. инвалид по слуху.

Исходя из изложенного, к показаниям данных свидетелей следует относиться критически, поскольку в действительности сотрудников ООО «Развитие» субарендаторы не видели.

Сотрудниками инспекции в порядке ст.ст. 31, 82, 90 НК РФ был опрошен в качестве свидетеля Рябов Сергей Михайлович - руководитель ООО «Железо»,

являющегося в проверяемый период субарендатором на территории ТЦ «Электронный рай на Празской». Будучи предупрежденным об ответственности в соответствии со ст. 128 НК РФ, Рябов СМ. показал следующее. Представляемая им организация являлась арендатором помещения по адресу г. Москва, ул. Кировоградская, д. 15 на территории ТК «Электронный рай» с 2007 года по апрель 2010 года, помещения получают в субаренду примерно с конца 2007 года, арендодателем являлось ООО «Содействие», поиск помещения осуществлялся учредителем ООО «Железо» Таран Константином Петровичем. На вопрос, знакомы ли ему ООО «Развитие», ООО «Аметист», ООО «Содействие», ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток», Компания РАЭБУРН СЕРВИСЕЗ ЛИМИТЕД, ООО «Реверс» указал, что знакомо ООО «Содействие», остальные организации не знакомы. На вопрос, знакомы ли ему следующие лица: Ачкасов Валерий Егорович, Жандаров Николай Валентинович, Попов Сергей Николаевич, Армягова Татьяна Григорьевна, Аксенов Владимир Александрович показал, что никого из указанных лиц вспомнить не может. А также инспекцией были допрошены руководители организаций и индивидуальные предприниматели, заключившие договора субаренды с ООО «Содействие», а именно, ИП Малов В.В., ИП Марчук А.А., Бардукова Г.Б., Яковлева М.В., руководители ООО «Арлайн-М», ИП Климко О.В. Согласно данным им пояснениям организация ООО «Развитие» им не знакомо, Ачкасов В.Е., Жандаров Н.В., Попов С.Н., Армягова Т.Г., Аксенов В.А. им не знакомы, все контакты происходили только с Ереминым С.А. (руководителем ООО «Содействие») (т. 11 л.д. 82-117).

Таким образом, ни один из опрошенных инспекцией свидетелей не подтвердил факт какого-либо участия во взаимоотношениях, связанных с заключением договора субаренды, сотрудников ООО «Развитие». Кроме того, в протоколах допросах ИП Малова В.В. (т. 11 л.д. 110-113), Бардуковой Г.Б. (т. 11 л.д. 100-105), Яковлевой М.В. (т. 11 л.д. 94-99) указано, что задолго до заключения агентского договора арендодателем помещений по ул. Кировоградская, д. 15 являлось ООО «Содействие», в том числе, с 1999г.

Следует отметить, что свидетелями периодически допускались ошибки в отчествах своих же коллег, так свидетели Жандаров Н.В. и Ачкасов В.Е. сведениями о собственнике помещения Разбурн Сервисез Лимитед не располагали, счета-фактуры подписывали не проверяя содержащейся в них информации.

Кроме того, из показаний свидетелей опрошенных в ходе судебного разбирательства следует, что заработная плата в среднем составляла пять с половиной тысяч рублей, тогда как размер пенсии, выплачиваемый Жандарову Н.В. составлял 17-18тыс. руб., Ачкасову В.Е. 8 тыс. рублей. Т.е. данные лица, имея хотя и рабочую степень инвалидности, один имеет ишемическую болезнь сердца, другой имеет заболевание по слуху, однако данные лица пять дней в неделю с 10ч. до 19ч. ездили утром и вечером на работу, и каждый день обходили по 10-15 павильонов в 4-х этажном торговом комплексе, при этом осуществляя выезды в различные организации, банки, инспекции и т.д., а также заполняя различные отчеты, докладные записки, подписывая также счета-фактуры за плату значительно ниже получаемой ими пенсии, что указывает на отсутствие разумных и обоснованных причин осуществления деятельности в ООО «Развитие».

Опрошенная судом первой инстанции в рамках дела № А40-127836/10-20-733, Армягова Т.Г. дала следующие показания. Работает менеджером ООО «Развитие», заработная плата - 4 500 руб., в трудовые обязанности входила проверка правильности оформления и заполнения а также брошюровка счетов-фактур, в настоящий момент работает в ООО «Развитие», трудовые функции те же, работала на дому, встречалась у метро с Поповым или Жандаровым, забирала документы, относила их домой и формировала пакет документов. Среди организаций ей знакомо ООО «Содействие», которое являлось контрагентом. При проверке счетов-фактур она проверяла

наименование организаций, площади, цена, номера, даты. Контрагентов в счетах-фактурах не помнит. Образование среднее специальное - медсестра общего профиля. Далее Армягова указала, что вспомнила, что с ноября она не работает в ООО «Развитие». Учитывая, что свидетель не знает о том, работает ли он в организации вообще, не может вспомнить ни одной организации, указанной в счетах фактурах (в то время, как в представленных счетах-фактурах есть только один контрагент - ООО «Содействие» и этих счетов-фактур за каждый квартал свыше тысячи и не вспомнить такое количество документов с одним контрагентом свидетель просто физически не мог, в особенности с учетом того, что трудовые обязанности и заключались в проверке указания этого контрагента), а также образование Армяговой, не имеющее отношения к управленческой деятельности.

Исходя из показаний свидетеля Еремина С.А., данными в ходе судебного разбирательства 08.09.2011г., следует размер арендных ставок (повышение, понижение) согласовывалось с Принципалом (ООО «Развитие»), тогда как агентским договором это не было предусмотрено.

Таким образом, учитывая характер осуществляемой указанными лицами работы, состояние их здоровья, а также время в пути, потраченное на дорогу до работы и обратно, никаких трудовых функций данные сотрудники фактически не выполняли, все взаимоотношения строились между субарендаторами, ООО «Содействие» и Разбурн Сервисез Лимитед».

Исходя из изложенного, можно сделать вывод о получении налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды в виде экономии на уплате НДС с арендных платежей, получаемых от субарендаторов, который был поддержан судом первой инстанции.

ООО «Развитие» в апелляционной жалобе указывает, что вывод суда о том, что деятельность заявителя изначально не была направлена на получение прибыли, достаточной для ведения эффективной предпринимательской деятельности не соответствует действительности и сделан без учета всех существенных обстоятельств дела.

Данный вывод отклоняется в связи со следующим.

Пунктом 1 постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» (далее - Постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53) установлено, что представление налогоплательщиком в налоговый орган всех надлежащим образом оформленных документов, предусмотренных законодательством о налогах и сборах, в целях получения налоговой выгоды (уменьшения налоговой базы, получение налоговых вычетов или права на возмещение налога) является основанием для ее получения, если налоговым органом не доказано, что сведения, содержащиеся в этих документах неполны, недостоверны или противоречивы. Налоговая выгода может быть признана необоснованной в случаях: 1) если для целей налогообложения учтены операции не в соответствии с их действительным экономическим смыслом, 2) если для целей налогообложения учтены операции не обусловленные разумными экономическими или иными причинами (целями делового характера), 3) если налоговая выгода получена вне связи с осуществлением реальной предпринимательской или иной экономической деятельности (пункт 3, 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 №53).

При этом, установление наличия или отсутствия разумных экономических или иных причин (деловой цели) в действиях налогоплательщика осуществляется с учетом оценки обстоятельств, свидетельствующих о его намерениях получить экономический эффект в результате реальной предпринимательской или экономической деятельности, согласно пункту 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 №53.

Налоговая выгода на основании пункта 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 не может быть самостоятельной целью деятельности налогоплательщика, оценка обоснованности или необоснованности полученной налогоплательщиком налоговой выгоды (в том числе в виде права на возмещение НДС) производится исходя из оценки направленности совершенных им операций на достижение определенного экономического эффекта. В случае, если судом будет установлено, что целью деятельности налогоплательщика является не достижение экономического эффекта от совершенных им операций, а только получение налоговой выгоды, то вне зависимости от принципов свободы договора или нарушение его контрагентами налоговых обязательств такая выгода будет признана необоснованной.

Общество связывает выпуск собственных векселей с расчетами, в частности, по договору опциона от 09.11.2009г. на приобретение права, впоследствии реализованного путем заключения договоров субаренды, однако заявитель был создан как юридическое лицо 16.11.2009г. При этом векселя на общую сумму более 600 млн. руб. не были ничем обеспечены и их выдача была направлена на вывод из-под налогообложения основной части дохода под видом погашения векселей.

При этом в оспариваемом заявителем решении суда по настоящему делу указано, что гражданин Солохин Н.П., являющийся доверенным лицом компании Хэйленд Маркетинг Инкорпорейтид, в судебное заседание для дачи показаний не явился, представил заявление с приложением документов, подтверждающих его статус адвоката.

Однако в ходе судебного разбирательства по делу №А40-21612/11-107-99 по заявлению ООО «Атлант» был допрошен свидетель Солохин Н.П., который являлся поверенным иностранной компании «Хэйленд Маркетинг Корпорейшн», заключившей договор купли-продажи опциона от 09.11.2009 с ООО «Развитие» с участием генерального директора ООО «Развитие» Попова С.Н., он же являлся представителем иностранной компании «Вэйлкрофт», заключившей аналогичный договор купли-продажи опциона с ООО «Атлант».

На вопросы о знакомстве с Поповым С.Н. и ООО «Развитие» Солохин Н.П. первоначально ответил отрицательно и только после предъявления свидетелю договора купли - продажи опциона он вспомнил, что являлся поверенным и этой иностранной компании. Более того, Солохин Н.П. на вопрос о вызове его в арбитражный суд в качестве свидетеля первоначально ответил, что в суд его вызвали только по этому делу. И только после указания инспекцией на определение суда по делу № А40-21241/11-75-89 по иску ООО «Развитие» к ИФНС России № 30 по г. Москве о вызове его в качестве свидетеля на 08.09.2011, а также указание на его письменный ответ на это определение (аналогичный ответ был получен судом на первое определение о вызове Солохина Н.П. в качестве свидетеля), свидетель также вспомнил, что такое определение действительно было.

Также в ходе допроса Солохин Н.П. не смог вспомнить точное место и время встречи с руководителем ООО «Атлант», не смог вспомнить иных участников сделки, в отношении получения оригиналов векселей в оплату за опцион Солохин Н.П. точно не вспомнил, где происходила передача векселей, каким образом они передавались доверителю, сколько их было (свидетель назвал цифру 10, при том, что векселей было 227 штук).

Суд в решении по делу №А40-21612/11-107-99 критически отнесся к показаниям Солохина Н.П., посчитал фиктивным его участие в заключении договора купли-продажи опциона от имени компании «Вэйлкрофт», включая согласование условий, получение и передача неким неизвестным лицам оригиналов векселей, а также участие этой же компании в аналогичных сделках ранее в 2008 году.

В отношении показателей деятельности заявителя установлено следующее.

Сумма дохода ООО «Развитие» от сдачи помещений в субаренду за 1 квартал 2010 года составила 207 411 377 руб. (без НДС), тогда как сумма, уплачиваемая за аренду по договору с собственником помещений Разбурн Сервисез Лимитед» за тот же период составила около 40 млн. руб., разница между указанными показателями направлялась на нужды людей с ограниченными возможностями (цели, заявленные учредителем РООИ), а на погашение векселей организации ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток». Тем самым в распоряжении общества остается минимальная часть прибыли, с которой и уплачиваются взносы в общественные организации объединения инвалидов. Согласно показателям налоговой декларации ООО «Развитие» за 1 квартал 2010г. (т. 3 л.д. 21-28) сумма налога на прибыль к уплате в бюджет составила 30 198 руб. Доходы от реализации составили 207 411 377 руб., расходы, уменьшающие сумму дохода от реализации - 207 259 597 руб. Чистая прибыль составила - 150 989 руб. По данным декларации по налогу на прибыль за 2 квартал 2010г. (т. 3 л.д. 29-36) ООО «Развитие» получило доход от реализации в размере 405 697 029 руб., сумма расходов, уменьшающих налогооблагаемую прибыль составила 405 410 655 руб., чистая прибыль - 284 765 руб., сумма налога на прибыль за этот период 56 953 руб. За 3 квартал 2010г. заявителем получен доход от реализации в размере 594 449 546 руб., сумма расходов, уменьшающих налогооблагаемую прибыль, составила 594 027 154 руб., чистая прибыль равна 419 896 руб., что следует из данных декларации за соответствующий период (т. 3 л.д. 37-44).

В данном случае наблюдается несоразмерность прибыли, с которой уплачиваются взносы в РООИ, объемам налогового освобождения, заявляемой по пп. 2 п. 3 ст. 149 НК РФ, что является основанием для выводов о злоупотреблении налогоплательщиком предоставленными ему правами, использовании налоговой льготы не в тех целях, для которых она предоставлена.

Кроме того, согласно материалам проверки 348 заключенных договоров, представленных в проверку, 282 (или 81 %) заключены 25.11.2009 года. С учетом изложенного, ООО «Содействие», выступая в роли агента, отвечающего за поиск субарендаторов, физически не могло провести поиск столь значительного количества субарендаторов за промежуток времени с 23.11.2009 года по 25.11.2009 года (два дня) и организовать их размещение на территории торгового комплекса в срок до 01.12.2009 года. Следовательно, субарендаторы уже ранее выступали в роли субарендаторов данной территории, ООО «Содействие» только перезаключило ранее заключенные договора субаренды с учетом сменившегося арендатора. Таким образом, агентский договор был формальным, поскольку ООО «Содействие» ранее уже состояло в договорных отношениях с субарендаторами, сменившийся арендатор не поменял сложившейся специфики взаимоотношений; имело место просто переоформление документов. Об этом также свидетельствует банковская выписка по расчетному счету ООО «Содействие» за период с 01.10.2009 года по 31.12.2009 года. Согласно данной выписки ООО «Содействие» и ранее являлось систематическим получателем субарендной платы, 02.10.09 г. п/п № 669 от ООО «Розничные технологии» поступает 89 100 руб. с наименованием платежа «Оплата по договору субаренды 2П-30КУ2 от 22.12.08 (ул. Кировоградская, д. 15 «Электр. рай»)), также регулярно производятся перечисления денежных средств по агентскому у договору с ООО «Аметист»: 05.10.09 г. - 10 500 000 руб., 06.10.09 г. - 14 000 000 руб., 07.10.09 г.- 10 600 000 руб., 09.10.09 - 6 350 000 руб., 13.10.09 - 9 400 000 руб., 14.10.09 - 5 600 000 руб., 21.10.09 - 9 530 000 руб., 26.10.09 - 2 200 000 руб., 02.11.09 - 1 290 000 руб., 06.11.09 - 22 700 000 руб., 09.11.09 - 8 400 000 руб., 10.11.09-8 400 000 руб., 11.11.09 - 6 320 000 руб., 13.11.09 - 7 400 000 руб., 16.11.09 - 70 000 руб., 17.11.09 - 5 800 000 руб., 18.11.09 - 4 200 000 руб., 19.11.09 -3 600 000 руб., 25.11.09 - 2 100 000 руб., 01.12.09 - 2 000 000 руб. При этом с момента начала договорных отношений с ООО «Развитие» перечисление денежных средств в адрес ООО «Аметист» прекращается. Расчетный счет ООО «Аметист» открыт

в том же банке, что и у остальных организаций - ОАО АКБ «Интеркоопбанк». Из ИФНС России № 1 по г. Москве получена информация по результатам встречной проверки ООО «Аметист» (т.8 л.д. 73), из которой следует, что в базе данных ИФНС России № 1 по г. Москве зарегистрированы решения о приостановлении операций по расчетным счетам организации. Справки по Форме 2-НДФЛ за 2010г. в базе данных инспекции отсутствуют. За 1 квартал 2010г. организация предоставила Единую (упрощенную) декларацию. Расчетные счета ООО «Аметист» открыты в ОАО АКБ «Интеркоопбанк». Из представленных ООО «Аметист» деклараций по НДС (т. 8 л.д. 21-68) усматривается, что за 3 квартал 2009 года общество заявило льготу по НДС в размере 199 706 445 руб., за 4 квартал -140 698 600 руб. Согласно выписки из ЕГРЮЛ (т. 5 л.д. 56-63), учредителем ООО «Аметист» является РООИ «Надежда и милосердие». Согласно данным 2-НДФЛ данной организации за 2009 год, ее сотрудниками являлись: Кусьминова Евгения Оконовна, Халюта Илья Александрович, Глухова Нина Павловна. Последние два лица являются получателями дохода в РООИ «Надежда и милосердие» (согласно справкам 2-НДФЛ за 2009 год).

Таким образом, согласно материалам проверки используемый учредителем и заявителем механизм сдачи в аренду нежилых помещений приводит лишь к смене организаций (арендодателей), постоянно заявляющих право на применение льготы, установленной пп. 2 п. 3 ст. 149 НК РФ, размер выручки, заявляемой под действие льготы, которой составляет более 100 млн. руб. ежеквартально, при этом организации имеют минимальное количество сотрудников-инвалидов. Все договора аренды с ООО «Аметист» и ООО «Развитие» заключались на 11 месяцев, в дальнейшем аренда не продлевалась, передавалась новой организации, также создаваемой РООИ прямо перед окончанием срока действия договора, фактически с единственной целью заключение нового договора аренды на тех же условиях, с использованием тех же способов заключения.

В судебном заседании 08.09.2011г. председателю правления РООИ Аксенову В.А. задан вопрос об организации ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток». Свидетель пояснил, что он является генеральным директором ЗАО «РусОйл Компани» с 2007 года. Основным контрагентом является «Джей Пи Эм Юстис Восток». «РусОйл» является инвестиционной компанией, привлекает денежные средства с рынка и размещает их в достаточно крупных проектах г. Москвы. Отношения компании «Русойл» и «Джей Пи Эм Юстис Восток» существовали до 2007 года продолжительное время. Был знаком с прошлым директором и с нынешним, Шебеко Татьяна Викторовна. Заключение сделки по покупке опциона происходило с его ведома и одобрения, между тем на вопрос о том, предполагалось ли на момент заключения сделки то, что векселя ООО «Развитие» будут предъявлены единовременно, свидетель указал, что таких оснований не усматривалось, однако почему такие обстоятельства не предусматривались, свидетель не пояснил, кроме того, исходя из показаний свидетеля следует, что в ходе деятельности по сдаче помещений в аренду обстоятельств единовременного погашения векселей не было.

Кроме того, свидетель Кучеренко А.М. при допросе по делу №А40-21612/11-107-99 указал, что первичная документация ООО «Атлант» (договора, счета-фактуры, иные первичные документы) хранилась в офисе компании «Триумф», в частности было указано, что при составлении бухгалтерской и налоговой отчетности по мере поступления, составления и подготовки этих первичных документов они передавались непосредственно для обработки в «Триумф», где и хранились, в том числе, и после составления бухгалтерской отчетности. Таким образом, фактически составление отчетности организаций, учрежденных РООИ, было подконтрольно также взаимозависимой организацией, руководителем, которой являлся Кучеренко А.М., что в свою очередь исключало необходимость участия в составлении первичной документации сотрудников - инвалидов.

В отношении сделки по заключению договора опциона организацией ООО «Атлант» Кучеренко А.М. пояснил, что при ведении переговоров, передаче векселей, сам свидетель неоднократно встречался с представителями компании продавца, что свидетельствует о непосредственной осведомленности и подконтрольности руководства учредителя.

Таким образом, учитывая, что рассмотренный механизм получения льготы по пп. 2 п. 3 ст. 149 НК РФ используется с 2008г., а фактическое положение дел при взаимоотношениях ООО «Аметист» и ООО «Развитие» с собственниками, агентом и субарендаторами не меняется, размер прибыли, получаемой ООО «Аметист» был известен РООИ задолго до вступления во взаимоотношения ООО «Развитие», поскольку значительно размер арендных ставок с периода действия договора аренды с ООО «Аметист» не поменялся. Следовательно, то, что вся полученная налогоплательщиком от своей деятельности выручка будет равна сумме, предъявляемых к погашению векселей был вполне прогнозируемым фактом, как руководством заявителя, так и руководством РООИ «Надежда и Милосердие».

В апелляционной жалобе налогоплательщик указывает, что, заключив контракт купли-продажи опциона, общество обеспечило себе гарантированное право получить в аренду конкретное имущество, которое затем было передано в субаренду, тем самым общество обеспечило себе стабильный доход, дополнительно прогарантированный компенсационными обязательствами сторон договора купли-продажи опциона на случай недостижения запланированного уровня рентабельности субаренды.

Данный довод общества также отклоняется в связи со следующим.

Во-первых, утверждение о наличии компенсационных обязательств сторон договора документально не подтверждено, в самом контракте данные условия отсутствуют, на данное обстоятельство, как ООО «Развитие», так и ООО «Атлант» начали указывать только недавно, при этом в период проверки данный факт не указывался, как не указывался он и в ходе судебного разбирательства в суде первой инстанции по настоящему делу.

Во-вторых, какого-либо документального подтверждения произведенного фактического возмещения сторонами контракта не представлено.

Вместе с тем данный факт не опровергает позицию о необоснованном получении налоговой выгоды.

Заявитель ссылается на то, что указанный в решении суда размер расходов заявителя за 1-3 кварталы 2010г. в размере 1206 698 000 руб. не соответствует действительности.

Между тем, арифметическая ошибка суда первой инстанции в указании размера расходов заявителя не влияет на выводы о том, что деятельность организации изначально не направлена на получение прибыли, достаточной для ведения эффективной предпринимательской деятельности. Так сумма расходов заявителя за 1-3 кварталы 2010г. составила 594 029 650 руб., при этом сумма опционной премии составила 627 000 000 руб., т.е. практически все расходы связаны с уплатой опционной премии, а размер чистой прибыли оставшейся после налогообложения не превышает 150 000 руб.

В апелляционной жалобе заявитель указывает, что ООО «Развитие» является самостоятельным участником гражданских правоотношений и вправе по своему усмотрению осуществлять принадлежащие ему гражданские права.

В соответствии со ст. 71 АПК РФ арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Каждое доказательство подлежит оценке наряду с другими доказательствами.

Так при оценке показаний свидетелей судом приняты во внимание ряд несоответствий, допущенных свидетелями, свидетельствующие об отсутствии

фактического участия в исполнении договора аренды и договоров субаренды: так, свидетелями периодически допускались ошибки в отчетах своих же коллег, свидетели Жандаров Н.В. и Ачкасов В.Е. сведениями о собственнике помещения Разбурн Сервисез Лимитед не располагали, счета-фактуры подписывали не проверяя содержащейся в них информации.

Кроме того, из показаний свидетелей, опрошенных в ходе судебного разбирательства следует, что заработная плата сотрудников ООО «Развитие» (кроме Попова С.Н.) в среднем составляла пять с половиной тысяч рублей, тогда как размер пенсии, выплачиваемый Жандарову Н.В. составлял 17-18 тыс. рублей, Ачкасову В.Е. - 8 тыс. рублей. Из их показаний следует, что имея групп инвалидности (а, следовательно, достаточно серьезные проблемы со здоровьем), данные лица пять дней в неделю с 10 час. до 19 час. ездили утром и вечером на работу, каждый день обходили по 10-15 павильонов в 4-х этажном торговом комплексе, осуществляли выезды в различные организации, банки, инспекции и т.д., заполняли различные отчеты, докладные записки, подписывали счета-фактуры и т.д., и все это они делали за плату, значительно ниже получаемой ими пенсии, что свидетельствует об отсутствии каких-либо разумных и обоснованных причин для работы в ООО «Развитие». Ссылки представителей заявителя на то, что данные лица нуждались в прибавке к пенсии, суд оценивает критически, поскольку из материалов дела усматривается, что цена данной прибавки (с учетом наличия проблем со здоровьем у данных лиц) была бы несопоставима по затратам, приложенным для ее получения. Опрошенная судом первой инстанции в рамках дела № А40-127836/10-20-733, Армягова Т.Г. (протокол с записью ее показаний представлен в материалы дела и оценен судом как письменное доказательство по делу) дала следующие показания: она утверждала, что работает менеджером ООО «Развитие», заработная плата - 4 500 руб., в трудовые обязанности входит проверка правильности оформления и заполнения а также брошюровка счетов-фактур, в настоящий момент работает в ООО «Развитие», трудовые функции те же, работала на дому, встречалась у метро с Поповым или Жандаровым, забирала документы, относила их домой и формировала пакет документов.

Суд первой инстанции, оценив показания свидетелей, материалы встречных налоговых проверок, исследовав условия договоров аренды указал, что фактически общество никакой деятельности по реальной сдаче помещений в аренду не осуществляло, все функции по заключению договоров аренды, поиске арендаторов, сбор арендной платы и ее перечисление реальным получателям, равно как бухгалтерское и юридическое сопровождение этой деятельности осуществляли третьи лица - ООО «Трейд Логистик», ООО «Триумф», Коллегии адвокатов «БРИТ» г. Москвы, деньги за аренду перечислялись через подконтрольную организацию ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» фактическим получателям ЗАО «РУСойл Компани» и ОАО АКБ «Интеркоопбанк».

Привлечение 3-х работников, кроме генерального директора, только с целью контроля за арендаторами и получение, с передачей первичных документов от агента к бухгалтерской компании (ООО «Триумф»), с учетом осуществления тех же функций Агентом и ООО «Триумф», сделано исключительно для создания видимости деятельности, цели - создание рабочих мест для инвалидов (с учетом выручки 200 млн. руб. и заработной платы - 100 тыс. руб.), а в действительности исключительно для создания условий для применения льготы по НДС.

При этом, все хозяйственные операции и реальная деятельность, связанная с получением имущества в аренду и передаче его субаренду фактически осуществляется не сотрудниками общества (генеральным директором Хавкиным П.Г., старшим менеджером Жандаровым Н.В., менеджером Армяговой Т.Г. и помощником старшего менеджера Ачкасовым В.Е.), а сторонними организациями - ООО «Содействие» - агент по заключению договоров субаренды, контролю за сбором арендной платы, ООО

«Триумф» - бухгалтерское обслуживание, составление и получение первичных документов, Коллегия адвокатов «БРИТ» г. Москвы - юридическое обслуживание, анализ и составление проектов договоров.

Следовательно, общество фактически является посредником (организацией не реализующей свои товары, работы услуги, а передающей товары (работы, услуги) третьих лиц) по передаче прав на аренду площадей от собственников рынков (ООО «Бентим» и ЗАО «КАР-Трейд») конечным мелким субарендаторам, с перечислением почти всех средств от аренды в пользу компании ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток» - векселедержатель выданных ранее векселей в счет оплаты за опцион на право аренды. Доводы налогоплательщика об отсутствии посреднической деятельности в виду отсутствия заключения договоров комиссии, поручения, агентирования, отклоняются, поскольку законодатель выделил именно посредническую деятельность из льготы по НДС в части реализации товаров (работ, услуг) организациями, связанными с обществами инвалидов.

При этом, подразумевая под посреднической деятельностью не узкий вид посредничества прямо указанный в Гражданском кодексе Российской Федерации - действие на основании договора в чужих интересах (комиссия, поручение, агентирование), а более широкий вид - продажа товаров, работ, услуг не собственного производства, а полученных от иных лиц (то есть деятельность перепродавцов).

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 27.02.2002 №11351/01 указано, что от налога на добавленную стоимость освобождается реализация общественными организациями инвалидов только товаров, произведенных этими организациями. Реализация приобретенных товаров не освобождается от налогообложения.

Таким образом, указание общества на реальное осуществление деятельности, в частности, в силу действительного выполнения трудовых функций сотрудниками-инвалидами, что, по его мнению, является основанием для применения положений пп. 2 п. 3 ст. 149 НК РФ не отвечает принципам, установленным положениями ст. 71 АПК РФ и Постановлением Пленума ВАС РФ от 12.10.2006г. №53.

В соответствии с положениями статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации суд не должен ограничиваться проверкой формального соответствия представленных налогоплательщиком документов требованиям Налогового кодекса Российской Федерации, а должен оценить все доказательства по делу в совокупности и во взаимосвязи с целью исключения внутренних противоречий и расхождений между ними. Оценка добросовестности налогоплательщика предполагает оценку заключенных им сделок.

Заключенные налогоплательщиком сделки должны не только формально соответствовать законодательству, но и быть реальными, не вступать в противоречие с общим запретом недобросовестного осуществления прав налогоплательщиком. В данном случае наблюдается, что участниками взаимоотношений инвалиды используются только как инструмент в цепочке получения денежных средств, при этом сама льгота в том значении, которое ей придал законодатель свою социальную нагрузку не несет. Общественное назначение деятельности ООО «Развитие» является прикрытием, тогда как на самом деле цель деятельности общества создание формальных условий, направленных на вывод денежных средств из-под налогообложения и получению необоснованной налоговой выгоды. На основании изложенного, следует, что ООО «Развитие», заявляя право на льготу, установленную пп. 2 п. 3 ст. 149 НК РФ, недобросовестно пользуется преимуществами, предоставленными законодательством не соблюдая при этом основной принцип льготирования, а именно, стимулирование и защита наиболее значимых для государственных интересов сфер.

Заявителем к апелляционной жалобе приложена копия Положения об оплате труда работников ООО «Развитие», согласно которой помимо заработной платы

сотрудники получали материальную помощь в РООИ по окончании 6 (шести) месяцев с момента утверждения годовой бухгалтерской отчетности за каждый год, следующий за отчетным периодом, начиная с 2010 г.

Однако данное обстоятельство не имеет под собой документального подтверждения.

Во-первых, данное положение об оплате труда в рамках судебного разбирательства в суде первой инстанции не предъявлялось. В соответствии со ст. 268 АПК РФ дополнительные доказательства принимаются арбитражным судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными.

Заявитель не указал причины невозможности предоставления указанного положения об оплате труда при рассмотрении дела в суде первой инстанции, таким образом, приобщение данного доказательства на стадии апелляционного обжалования противоречит ст. 8, 9, 268 АПК РФ.

Во-вторых, сотрудники ООО «Развитие» допрашивались в ходе судебного разбирательства в том числе, в части получаемой ими заработной платы. Так свидетели указали, что размер денежного вознаграждения не превышал пяти с половиной тысяч рублей, что значительно ниже получаемой ими пенсии. Каких-либо сведений о дополнительных компенсационных выплатах свидетели не указали.

Кроме того, как указано в жалобе выплаты стимулирующего характера предполагаются начиная с 2010г. по истечении шести месяцев с момента утверждения годовой бухгалтерской отчетности, т.е. в 2010г. такие выплаты не производились. Однако все сотрудники-инвалиды работали в организации до октября-ноября 2010г. впоследствии уволились, что подтверждается их же показаниями. С указанного периода (ноябрь 2010г.) организация фактически деятельность не ведет, прибыль от деятельности не получает, таким образом, следует критически расценивать возможность осуществления организацией не получающей прибыль каких-либо выплат в 2011г. уже уволенным сотрудникам. Данные таблицы, представленной в апелляционной жалобе, содержит недостоверные сведения, поскольку премии по положению об оплате труда на сегодняшний момент не выплачивались. Так, размер заработной платы в ООО «Развитие» за январь-октябрь 2010г. составил от 45 000 руб. до 65 000 руб. материальная помощь от РООИ составила от 2 000 руб. до 11 000 руб., т.е. максимальный размер выплат сотрудникам равен 76 000 руб., при этом минимальный размер пенсии равен 80 000 руб.

Следовательно, вывод суда о том, что размер прибавки к пенсии (с учетом наличия проблем со здоровьем у данных лиц) была бы несопоставима по затратам, приложенным для ее получения соответствует фактическим обстоятельствам.

Довод заявителя о проведении налоговым органом допросов субарендаторов вне рамок проведения камеральной налоговой проверки оценен судом первой инстанции. Так суд указал, что Федеральный Арбитражный суд Московского округа в постановлении № КА-А40/14370 от 11.01.2010 года отметил, что исходя из положений статей 65, 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, а также постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды», при рассмотрении в арбитражном суде налогового спора налоговым органом могут быть представлены в суд доказательства необоснованного возникновения у налогоплательщика налоговой выгоды.

Эти доказательства, как и доказательства, представленные налогоплательщиком, подлежат исследованию в судебном заседании согласно требованиям статьи 162 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и оценке арбитражным

судом в совокупности и взаимосвязи с учетом положений статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Кроме того, ООО «Развитие» в ходе судебного разбирательства также представлен ряд дополнительных доказательств, которые не исследовались в ходе проведения камеральной налоговой проверки.

В апелляционной жалобе налогоплательщик указывает, что судом первой инстанции подтверждено, что деятельность ООО «Развитие» соответствует требованиям пп. 2 п. 3 ст. 149 НК РФ. Иных требований для применения налоговой льготы налоговое законодательство не содержит. Таким образом, обществом соблюдены все условия для использования льготы по НДС.

Данный довод отклоняется в связи со следующим.

Согласно положениям ст. 56 НК РФ льготами по налогам и сборам признаются предоставляемые отдельным категориям налогоплательщиков и плательщиков сборов предусмотренные законодательством о налогах и сборах преимущества по сравнению с другими налогоплательщиками или плательщиками сборов, включая возможность не уплачивать налог или сбор либо уплачивать их в меньшем размере.

Смысл налоговой льготы заключается в стимулировании экономической деятельности хозяйствующих субъектов в наиболее значимых для государственных интересов сферах. Чистая прибыль общества сведена к минимуму, поскольку все полученные денежные средства перечисляются на оплату аренды, а также в адрес организаций с признаками «фирм-однодневок».

Согласно показаниям Аксенова В.А. (председатель правления учредителя общества) дочерние коммерческие организации, учрежденные РООИ из получаемой прибыли делают взносы в РООИ для осуществления основной деятельности, сумма взносов составляет примерно около 1,5 млн. руб. в год от всех организаций.

Однако сумма дохода ООО «Развитие» от сдачи спорных помещений в субаренду за 1 квартал 2010 года получило 182 908 120,94 руб. (без НДС), тогда как сумма, уплачиваемая за аренду по договору с «Рэбурн Сервисес Лимитед» за тот же период составила около 40 млн. руб., что в пять раз больше суммы арендной платы, остальная часть выручки идет на погашение векселей организации ООО «Джей Пи Эм Юстис Восток». ООО «Развитие» за 1 квартал 2010г. (т. 3 л.д. 21-28) сумма налога на прибыль к уплате в бюджет составила 30 198 руб. Доходы от реализации составили 207 411 377 руб., расходы, уменьшающие сумму дохода от реализации - 207 259 597 руб. Чистая прибыль составила - 150 989 руб. Сумма дохода, увиденная заявителем от налогообложения, более чем в тысячу раз превышает сумму чистой прибыли, указанной в налоговой отчетности.

Таким образом, в распоряжении общества остается минимальная часть прибыли, с которой и уплачиваются взносы в общественные организации объединения инвалидов. В первом квартале 2010г. таких взносов не перечисляется вовсе.

В данном случае наблюдается, что участниками взаимоотношений инвалиды используются только как инструмент в цепочке получения денежных средств, при этом сама льгота в том значении, которое ей придал законодатель свою социальную нагрузку не несет. Общественное назначение деятельности ООО «Развитие» является прикрытием, тогда как на самом деле цель деятельности общества создание формальных условий, направленных на вывод денежных средств из-под налогообложения и получению необоснованной налоговой выгоды. На основании изложенного, следует, что ООО «Развитие», заявляя право на льготу, установленную пп. 2 п. 3 ст. 149 НК РФ, недобросовестно пользуется преимуществами, предоставленными законодательством не соблюдая при этом основной принцип льготирования, а именно, стимулирование и защита наиболее значимых для государственных интересов сфер.

Согласно доводам заявителя реальное осуществление хозяйственных операций ООО «Развитие» подтверждается соответствующими отчетами сотрудников заявителя (т. 3 л.д. 1), договорами с ООО «Содействие», КОО «Разбурн Сервисез Лимитед» (т. 1 л.д. 80, т. 2 л.д. 2), платежными поручениями (т. 1 л.д. 124), отчетами агента (т. 2 л.д. 33), счетами-фактурами (т. 6 л.д. 48-149) и др. Вместе с тем, заявителем не учтено, что применение налоговой льготы в частности вследствие участия в уставном капитале организации вкладов общественных организаций инвалидов, не может использоваться преимущественно для получения налоговой выгоды, как это имело место в данной ситуации.

Также необходимо отметить, что в организациях ООО «Развитие», ООО «Атлант», ООО «Престиж» трудоустройство инвалидов носит краткосрочный характер менее года, впоследствии сотрудники увольняются, а отчетность организаций сводится к нулевым показателям, то есть инвалиды принимаются на работу исключительно на время, достаточное для получения необоснованной налоговой выгоды.

Налоговая выгода может быть признана обоснованной с учетом правовых позиций, изложенных в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.10.2006 N 53 "Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды". Указанные обстоятельства свидетельствуют о том, что основной целью деятельности организации фактически являлось не обеспечение инвалидам равных с другими гражданами возможностей участия во всех сферах общественной жизни и их общественной интеграции, а получение доходов, которые не участвуют в расчете налога на прибыль и не имеют своей целью осуществление уставной деятельности заявителя.

Таким образом, организация, для которой деятельность, не связана с получением дохода и не является приоритетной по отношению к уставной деятельности, не вправе применять льготу, предусмотренную подпунктом 2 пункта 3 статьи 149 Кодекса. Изложенная позиция о недопущении формального подхода к применению указанной льготы изложена в Постановлении Президиума ВАС РФ от 14.09.2010г. №1814/10.

Высший Арбитражный суд РФ, формируя судебную позицию в отношении применения льготы, предусмотренной пп.2 п. 3 ст. 149 НК РФ, в данном постановлении указал, что налоговая выгода может быть признана обоснованной с учетом правовых позиций, изложенных в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.10.2006 № 53 "Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды". При этом следует учитывать, что статус общественной организации инвалидов не может использоваться преимущественно для получения налоговой выгоды, как это имело место в данной ситуации. Между тем рассмотренные обстоятельства свидетельствуют о том, что основной целью деятельности организации фактически являлось получение доходов, а не обеспечение инвалидам равных с другими гражданами возможностей участия во всех сферах общественной жизни и их общественной интеграции. Таким образом, общественная организация, для которой деятельность, связанная с получением дохода, является приоритетной по отношению к уставной деятельности, не вправе применять льготу, предусмотренную подпунктом 2 пункта 3 статьи 149 Кодекса. Аналогичные обстоятельства имеют место и в рассматриваемом случае.

Определением Конституционного Суда Российской Федерации от 25.07.01 N 138-0 разъяснено, что по смыслу положения, содержащегося в пункте 7 статьи 3 Налогового кодекса Российской Федерации, в сфере налоговых отношений действует презумпция добросовестности налогоплательщиков. Это означает, что налоговые льготы могут быть предоставлены только тем налогоплательщикам, которые в полном объеме исполняют свои обязанности по правильному исчислению, удержанию, полному и своевременному перечислению в бюджет законно установленных налогов и сборов, а также по соблюдению необходимых условий предоставления налоговых

льгот. Недобросовестные налогоплательщики, стремящиеся уклониться от выполнения своих налоговых обязанностей, возложенных на них законом, не могут пользоваться тем же режимом правовой защиты, что и добросовестные. Нарушение требований налогового законодательства предполагает возложение на недобросовестных налогоплательщиков неблагоприятных правовых последствий неправомерного поведения.

Таким образом, судом первой инстанции обоснованно сделан вывод о том, что налоговый орган доказал правомерность и обоснованность принятого им решения в части выводов о неправомерности применения заявителем налоговой льготы по НДС в соответствии пп. 2 п.3 ст. 149 НК РФ в отношении реализации товаров (работ, услуг) за 1 квартал 2010г. на общую сумму 207 411 377 руб.

Кроме того, судом первой инстанции установлено, что в части доначисления НДС в сумме 6 240 202 руб., начисления соответствующих сумм пени и штрафа, решение № 167 от 11.10.2010г. не соответствует закону, поскольку налоговым органом при доначислении сумм НДС не учтено право налогоплательщика на применение налогового вычета по НДС.

Согласно п. п. 1, 2 ст. 171 НК РФ налогоплательщик вправе принять к вычету НДС по товарам (работам, услугам, имущественным правам), приобретаемым для осуществления операций, признаваемых объектами налогообложения, а также по товарам (работам, услугам), приобретаемым для перепродажи.

Учитывая, что, налогоплательщик в оспариваемый период осуществлял операции, подлежащие налогообложению НДС, следовательно, он вправе принять к вычету НДС по товарам (работам, услугам), приобретаемым для осуществления указанных операций.

Согласно представленной в материалы дела декларации по НДС за 1 квартал 2010г. (т.1, л.д.34-37) сумма НДС по приобретенным товарам (работам, услугам) составила 6 240 202 руб. (услуги аренды).

Документы, подтверждающие право заявителя на применение налогового вычета по НДС в размере 6 240 202 руб., представлены заявителем в материалы дела и в налоговый орган (счета-фактуры - т. 1 л.д. 127, л.д. 131, л.д. 135). Каких-либо претензий к документам, подтверждающим налоговый вычет по НДС, налоговым органом не предъявлено и таких доводов не заявлено.

Следовательно, в связи с оценкой деятельности заявителя как подлежащей налогообложению НДС налоговый орган должен был уменьшить сумму доначисленного к уплате НДС - 37 334 048 руб. - на сумму налоговых вычетов - 6 240 202 руб., которые были заявлены обществом в налоговой декларации за 1 квартал 2010 г., и исходя из получившейся суммы начислить пени и определить сумму штрафа по п. 1 ст. 122 НК РФ. Соответственно, оспариваемое решение № 167 от 11.10.2010г. в части доначисления НДС в сумме 6 240 202 руб., начисления соответствующих сумм пени и штрафа не соответствует законодательству о налогах и сборах и подлежит признанию недействительным в данной части.

Поскольку судом первой инстанции сделан вывод о том, что решение инспекции от 11.10.2010 г. № 167 не соответствует закону в части начисления налога на добавленную стоимость на сумму 6 240 202 руб., соответствующих сумм пени и штрафа; то и решение УФНС России по г. Москве № 21-19/127233 от 03.12.2010г. подлежит признанию недействительным в соответствующей части, в связи с тем, что указанным решением неправомерно отказано в удовлетворении апелляционной жалобы и оставлено без изменения решение ИФНС России № 30 по г.Москве № 167 от 11.10.2010г. о начислении НДС на сумму 6 240 202 руб., соответствующих сумм пени и штрафа.

В остальной части решение ИФНС России № 30 по г. Москве от 11.10.2010г. № 167 и решение УФНС России по г. Москве от 03.12.2010г. № 21-19/127233 соответствуют законодательству о налогах и сборах.

Таким образом, приведенные в апелляционной жалобе доводы не могут являться основанием к отмене принятого судом решения. Обстоятельства по делу судом первой инстанции установлены полно и правильно, им дана надлежащая правовая оценка. Нарушений норм процессуального права судом не допущено. Оснований для отмены решения суда не имеется.

На основании изложенного и руководствуясь статьями 110, 266, 267, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Девятый арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда г. Москвы от 21.09.2011 по делу №А40-21241/11-75-89 оставить без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления в полном объеме в Федеральный арбитражный суд Московского округа.

Председательствующий судья:

Р.Г. Нагаев

Судьи:

Н.О. Окулова

В.Я. Голобородько