



**АРБИТРАЖНЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ САХА (ЯКУТИЯ)
ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
Р Е Ш Е Н И Е**

г. Якутск.

Дело №А58-1644/2008

резюлютивная часть оглашена 8.05.08
полный текст изготовлен 13.05.08

Арбитражный суд Республики Саха (Якутия) в лице судьи Григорьевой В.Э. при участии в деле общества с ограниченной ответственностью «Фирма-2000» (Общество), Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы России №5 по РС(Я) (налоговый орган), и в присутствии представителей Общества Кузьминой А.Е., Юшковой Т.С., представителя налогового органа Пестеревой А.И., рассмотрев в открытом судебном заседании дело по заявлению Общества к налоговому органу о признании недействительным решения,

УСТАНОВИЛ:

Общество обратилось в Арбитражный суд РС(Я) с заявлением о признании недействительным решения налогового органа по следующим основаниям:
налогоплательщику не вручена справка о проведении выездной налоговой проверки, акт вручен одновременно с решением,
в решении не отражены результаты рассмотрения акта комиссией,
в решении в обоснование доначисления ЕНВД не указано: каким способом определена площадь торгового зала. Обществом площадь торгового зала определялась по данным Главного архитектурно-планировочного учреждения,
в решении не указано каким образом определена доля оптовых продаж, налоговым органом бездоказательно установлен фонд оплаты труда работников, занимающихся оптовой торговлей,
в решении не указаны основания уменьшения суммы вычета по налогу на добавленную стоимость,
в решении не указано каким способом определена налогооблагаемая база, отсутствуют реестры сумм доходов и расходов налогоплательщика

Налоговый орган представил отзыв, из которого следует что оспариваемое решение отменено вышестоящим налоговым органом. Факт невручения Обществу справки, вручения акта проверки одновременно с решением налоговый орган не признает. В части возражений на акт проверки налоговый орган представил копию заявления законного представителя налогоплательщика об отсутствии возражений.

В соответствии с определением суда от 21 апреля 2008 года налоговому органу следовало представить: протокол осмотра помещения, документальное подтверждение установленных проверкой данных общего объема продаж, данных фискальной памяти, общей себестоимости, фонда оплаты труда; пояснения обоснованности применения установленного процентного отношения опта к общим продажам, документальное подтверждение и описание обстоятельств недобора по НДС

Определение суда налоговым органом исполнено

Стороны на рассмотрение дела по существу в настоящем заседании возражений не имеют.

Дело рассматривается в порядке, предусмотренном главой 24 Арбитражного процессуального кодекса.

14 июня 2007 года налоговым органом принято решение №12/77 о проведении выездной налоговой проверки. С решением руководитель Общества ознакомлен под роспись 14 июня 2007 года

С решением руководитель Общества ознакомлен в тот же день.

13 августа 2007 года составлена справка о проведенной выездной налоговой проверке.

12 октября 2007 года налоговым органом по результатам выездной налоговой проверки Общества составлен Акт №12/104 (далее Акт проверки), которым, в частности, зафиксировано:

за период с 01.01.2004 по 31.12.2006 Обществом применялись два режима налогообложения: общий режим при реализации через оптовую торговлю и единый налог на вмененный доход при реализации через розничную сеть,

налогоплательщик вел отдельный учет имущества, обязательств и хозяйственных операций,

при применении общего режима налогообложения Общество определяло расходы и доходы по методу начисления,

при реализации через розничную сеть выручка определяется по оплате,

доля оптовых продаж от общих продаж проверяющим определена, исходя из общих сумм продаж и сумм фискальной памяти,

занижение доходов от реализации за 2004, 2005, 2006 годы (пункт 2.1.),

завышение расходов за 2004 год и занижение расходов за 2005 и 2006 года (пункт 2.1.),

по данным проверки Обществом завышены выплаты по оптовой торговле при исчислении ЕСН за 2004 год, за 2005 и 2006 годы выплаты занижены (пункт 2.2.),

в результате увеличения в ходе проверки налоговой базы налоговым органом доначислены страховые взносы на обязательное пенсионное страхование за 2005 и 2006 годы (пункт 2.3.),

по результатам осмотра помещения магазина-склада установлено занижение физического показателя по ЕНВД (пункт 2.6.)

доначислен налог на добавленную стоимость за 1-4 кварталы 2004 года, 1, 3,4 кварталы 2005 года, 2 квартал 2005 года в связи с завышением налогового вычета (пункт 2.7.),

увеличены сумм НДС за 2004, 2005 и 2006 годы в связи с неполным отражением налогоплательщиком фонда оплаты труда и недобором с уплаченных сумм (пункт 2.8.)

Экземпляр акта проверки согласно расписке получен директором Общества 22.11.2007 года.

20 декабря 2007 года налоговым органом вынесено решение №12/108, которым по обстоятельствам установленным проверкой

налогоплательщик привлечен к ответственности за неуплату налога на прибыль, единого социального налога, единого налога на вмененный доход, налога на добавленную стоимость, за неисполнение обязанностей налогового агента по налогу на доходы физических лиц,

начислены пени за несвоевременную уплату налога на прибыль, единого социального налога, единого налога на вмененный доход, налога на добавленную стоимость, неисполнение обязанностей налогового агента по налогу на доходы физических лиц,

предложено уплатить недоимку по налогу на прибыль, единому социальному налогу, единому налогу на вмененный доход, налогу на добавленную стоимость, удержать и перечислить налог на доходы физических лиц.

Решение согласно расписке вручено 25.12.2007 года руководителю Общества.

Не согласившись с законностью и обоснованностью решения налогового органа, Общество обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании решения недействительным.

25 апреля 2008 года оспариваемое решение отменено решением Управления Федеральной налоговой службы по РС(Я)

Заявитель на требования о признании недействительным решения налогового органа настаивает

На основании части 1 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконных решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Отмена в последующем решений государственных органов не влечет невозможность реализации прав на судебное обжалование.

Заявленное требование подлежит рассмотрению по существу.

В качестве основания заявленного требования Общество ссылается на факт невручения ему справки о проведении выездной налоговой проверки.

В соответствии с пунктом 15 статьи 89 НК в последний день проведения выездной налоговой проверки проверяющий обязан составить справку о проведенной проверке, в которой фиксируются предмет проверки и сроки ее проведения, и вручить ее налогоплательщику или его представителю. В случае, если налогоплательщик (его представитель) уклоняется от получения справки о проведенной проверке, указанная справка направляется налогоплательщику заказным письмом по почте.

Довод Общества подлежит отклонению как не подтвержденный материалами дела. Согласно имеющейся в деле копии, справка вручена руководителю Общества под роспись 13 августа 2008 года.

В качестве основания заявленного требования Общество ссылается на факт вручения ему акта одновременно с решением.

В соответствии с пунктом 5 статьи 100 НК акт налоговой проверки должен быть вручен лицу, в отношении которого проводилась проверка, или его представителю под расписку или передан иным способом, свидетельствующим о дате его получения указанным лицом (его представителем).

На основании пункта 6 статьи 100 Налогового кодекса лицо, в отношении которого проводилась налоговая проверка (его представитель), в случае несогласия с фактами, изложенными в акте налоговой проверки, а также с выводами и предложениями проверяющих в течение 15 дней со дня получения акта налоговой проверки вправе представить в соответствующий налоговый орган письменные возражения по указанному акту в целом или по его отдельным положениям. При этом налогоплательщик вправе приложить к письменным возражениям или в согласованный срок передать в налоговый орган документы (их заверенные копии), подтверждающие обоснованность своих возражений.

Довод Общества в данной части подлежит отклонению как неподтвержденный материалами дела. Согласно имеющимся в деле материалам акт проверки составлен 12 октября 2007 года. Экземпляр акта проверки согласно расписке получен директором Общества 22.11.2007 года. Решение по результатам рассмотрения материалов проверки вынесено 20 декабря 2007 года.

В качестве основания заявленного требования Общество обращает внимание на то, что в решении не отражены результаты рассмотрения акта комиссией.

В соответствии с пунктом 1 статьи 101 Налогового кодекса акт налоговой проверки и другие материалы налоговой проверки, в ходе которой были выявлены нарушения законодательства о налогах и сборах, а также представленные проверяемым лицом (его представителем) письменные возражения по указанному акту должны быть рассмотрены руководителем (заместителем руководителя) налогового органа, проводившего налоговую проверку, и решение по ним должно быть принято в течение 10 дней со дня истечения срока, указанного в пункте 6 статьи 100 настоящего Кодекса. Указанный срок может быть продлен, но не более чем на один месяц. Согласно пункту 2 статьи 101 Налогового кодекса руководитель (заместитель руководителя) налогового органа извещает о времени и месте рассмотрения материалов налоговой проверки лицо, в отношении которого проводилась эта проверка. Лицо, в отношении которого проводилась налоговая проверка, вправе участвовать в процессе рассмотрения материалов указанной проверки лично и (или) через своего представителя. Неявка лица, в отношении которого проводилась налоговая проверка (его представителя), извещенного надлежащим образом о времени и месте рассмотрения материалов налоговой проверки, не является препятствием для рассмотрения материалов налоговой проверки, за исключением тех случаев, когда участие этого лица будет признано руководителем (заместителем руководителя) налогового органа обязательным для рассмотрения этих материалов.

Пунктом 8 статьи 101 НК предусмотрено, что в решении о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения излагаются, в том числе, доводы, приводимые лицом, в отношении которого проводилась проверка, в свою защиту, и результаты проверки этих доводов.

Налоговый орган представил копию извещения от 3.12.2007 года №12/31876 с росписью директорам Общества о получении 3 декабря 2007 года. Кроме того, налоговым органом представлена копия заявления директора Общества следующего содержания: прошу вас рассмотреть акт выездной налоговой проверки ООО «Фирма-2000» от 12.10.2007 года №12/104 без моего присутствия. Возражений по акту не имею.

Доводы Общества в данной части судом отклоняются как несоответствующие материалам дела.

Общество не согласно с доначислением ЕНВД по следующему основанию: в решении в обоснование доначисления ЕНВД не указано: каким способом определена площадь торгового зала. Обществом площадь торгового зала определялась по данным Главного архитектурно-планировочного учреждения.

Обществом представлена копия экспликации государственного главного архитектурно-планировочного учреждения Администрации города Якутска от 27.08.2003 года помещения по адресу г. Якутск, улица Чернышевского 50, склад №3, в соответствии с которой торговая зона составляет 15,50 кв.м, подсобная площадь 8,00 кв.м., склад 141,18 кв.м. Также Обществом представлен согласованный 29.08.2003 года с главным архитектором г. Якутска план-схема. При этом план-схема составлен для расчета единого налога на вмененный доход.

Как указано в решении занижение физического показателя для исчисления ЕНВД, послужившего основанием для доначисления сумм налога, установлено в ходе осмотра помещения магазина-склада по ул. Чернышевского 80 склад №3

На основании пункта 13 статьи 89 Налогового кодекса при необходимости уполномоченные должностные лица налоговых органов, осуществляющие выездную налоговую проверку, могут производить осмотр производственных, складских, торговых и иных помещений и территорий, используемых налогоплательщиком для извлечения дохода либо связанных с содержанием объектов налогообложения, в порядке, установленном статьей 92 Кодекса.

В соответствии с пунктом 3 статьи 92 НК осмотр производится в присутствии понятых. При проведении осмотра вправе участвовать лицо, в отношении которого осуществляется налоговая проверка, или его представитель, а также специалисты.

Обязательность участия понятых при проведении действий по осуществлению налогового контроля предусмотрена также пунктом 1 статьи 98 НК

Согласно пункту 5 статьи 92 НК о производстве осмотра составляется протокол.

Налоговым органом представлена копия протокола осмотра (обследования) от 3 августа 2007 года. В протоколе со ссылкой на выше упомянутые экспликацию указано, что площадь торговой зоны составила 22,99 кв.м, склада помещения – 159,28 кв.м, тамбура – 13,167 кв.м. При этом в протоколе не зафиксированы факт, содержание и результаты действий, в ходе которых установлено расхождение площади торговой зоны, установленной при осмотре, с площадью торговой зоны согласно утвержденной экспликации.

Согласно протоколу осмотр произведен при участии и в присутствии руководителя Общества Шнидмана С.А., а также понятых Москаленко В.В. и Пославского А.П.

На основании пункта 5 статьи 98 НК понятые обязаны удостоверить в протоколе факт, содержание и результаты действий, производившихся в их присутствии. Они вправе делать по поводу произведенных действий замечания, которые подлежат внесению в протокол.

В протоколе отсутствуют подписи представителя Общества о понятых о разъяснении им прав и обязанностей. Факт, содержание и результаты действий в протоколе осмотра понятыми не удостоверены.

С учетом вышеизложенного решение налогового органа о доначислении единого налога на вмененный доход, начисления соответствующих сумм пени и штрафов подлежит признанию недействительным в связи с недоказанностью факта занижения Обществом физического показателя при самостоятельном исчислении налога.

В обоснование заявленного требования Общество ссылается на несоответствие содержания решения и акта проверки требованиям законодательства.

Согласно пункту 3 статьи 100 НК в акте налоговой проверки подлежат указанию: перечень документов, представленных проверяемым лицом в ходе налоговой проверки (подпункт 6), сведения о мероприятиях налогового контроля, проведенных при осуществлении налоговой проверки (подпункт 11), документально подтвержденные факты нарушений законодательства о налогах и сборах, выявленные в ходе проверки, или запись об отсутствии таковых (подпункт 12).

Пункт 4 статьи 100 НК в части формы и требований к составлению акта налоговой проверки содержит ссылку на утверждение федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным по контролю и надзору в области налогов и сборов, соответствующих нормативных правовых актов.

Приказом Федеральной налоговой службы от 25 декабря 2006 года N САЭ-3-06/892@ (зарегистрировано в Минюсте РФ 20 февраля 2007 г. N 8991) утверждены форма Акта выездной (повторной выездной) налоговой проверки согласно приложению 4, требования к составлению Акта налоговой проверки согласно приложению 6 к Приказу (далее Требования).

В соответствии с пунктом 1.1. Требования акт выездной налоговой проверки должен содержать систематизированное изложение документально подтвержденных фактов нарушений законодательства о налогах и сборах и иных имеющих значение обстоятельств, выявленных в процессе проверки.

Пунктом 1.8.1. Требования установлено, что описательная часть акта выездной налоговой проверки содержит систематизированное изложение документально подтвержденных фактов нарушений законодательства о налогах и сборах, выявленных в ходе проверки и связанных с этими фактами обстоятельств, имеющих значение для принятия обоснованного решения по результатам проверки.

Пунктом 1.8.2. Требований установлены следующие требования к содержанию описательной части акта выездной налоговой проверки:

а) объективность и обоснованность. Отражаемые в акте факты должны являться результатом тщательно проведенной проверки, исключать фактические неточности, обеспечивать полноту вывода о несоответствии законодательству о налогах и сборах совершенных проверяемым лицом деяний (действий или бездействия).

По каждому отраженному в акте факту нарушения законодательства о налогах и сборах должны быть четко изложены:

вид нарушения законодательства о налогах и сборах, способ и иные обстоятельства его совершения, налоговый период, к которому нарушение законодательства о налогах и сборах относится;

оценка количественного и суммового расхождения между заявленными в налоговых декларациях (расчетах) данными, связанными с исчислением и уплатой (удержанием, перечислением) налогов (сборов), и фактическими данными, установленными в ходе проверки. Соответствующие расчеты должны быть включены в акт выездной (повторной выездной) налоговой проверки или приведены в составе приложений к нему;

ссылки на первичные бухгалтерские документы (с указанием в случае необходимости бухгалтерских проводок по счетам и порядка отражения соответствующих операций в регистрах бухгалтерского, налогового учета) и иные доказательства, подтверждающие наличие факта нарушения;

квалификация совершенного правонарушения со ссылками на соответствующие нормы Кодекса, законодательных и иных нормативных правовых актов о налогах и сборах, которые нарушены проверяемым лицом;

ссылки на заключения экспертов (в случае проведения экспертизы), протоколы допроса свидетелей, а также иные протоколы, составленные при производстве необходимых действий по осуществлению налогового контроля (в случае производства соответствующих действий).

Акт не должен содержать субъективных предположений проверяющих, не основанных на достаточных доказательствах:

б) полнота и комплексность отражения в акте всех существенных обстоятельств, имеющих отношение к фактам нарушений законодательства о налогах и сборах.

Каждый установленный в ходе проверки факт нарушения законодательства о налогах и сборах должен быть проверен полно и всесторонне. Изложение в акте обстоятельств допущенного проверяемым лицом нарушения должно основываться на результатах проверки всех документов, которые могут иметь отношение к излагаемому факту, а также на результатах проведения всех иных необходимых действий по осуществлению налогового контроля.

В акте должно обеспечиваться отражение всех существенных обстоятельств, относящихся к выявленным нарушениям, в том числе: сведений о непредставленных в налоговый орган налоговых декларациях (расчетах); о правильности и полноте отражения финансово-хозяйственных операций в налоговом учете; об источниках оплаты произведенных затрат; об обстоятельствах, исключаящих применение мер ответственности за совершение налогоплательщиком нарушения и т.д.

В случае если проверяемое лицо внесло в установленном порядке изменения в налоговую декларацию (расчет), а также уплатил недостающую сумму налога и соответствующие ей пени до момента назначения выездной (повторной выездной) налоговой проверки по данному налогу за данный период, то указанные изменения должны быть учтены налоговым органом при подготовке акта выездной (повторной выездной) налоговой проверки. При представлении уточненных налоговых деклараций (расчетов) после назначения выездной (повторной выездной) налоговой проверки в акте проверки следует указать дату представления в налоговый орган уточненной налоговой декларации (расчета),

ее регистрационный номер, суть внесенных изменений, период, к которому они относятся, а также данные об уплате причитающихся сумм налогов и пени;

в) четкость, лаконичность и доступность изложения. Содержащиеся в акте формулировки должны исключать возможность двоякого толкования; изложение должно быть кратким, четким, ясным, последовательным и, по возможности, доступным для лиц, не имеющих специальных познаний в области бухгалтерского и налогового учета;

г) системность изложения. Выявленные в процессе проверки нарушения должны быть сгруппированы в акте по разделам, пунктам и подпунктам в соответствии с характером нарушений и видами налогов (сборов), на неуплату (неполную уплату (удержание, перечисление)) которых данные нарушения повлияли, в разрезе соответствующих налоговых периодов.

Выявленные факты однородных массовых нарушений могут быть сгруппированы в ведомости, таблицы и другие материалы, прилагаемые к акту (приложения). В данном случае в тексте акта приводится изложение существа этих нарушений со ссылкой на конкретные нормы Кодекса или иных нормативных правовых актов, нарушенные проверенным лицом, а также общее количественное (суммовое) выражение последствий указанных нарушений и делается ссылка на соответствующие приложения к акту. При этом данные приложения должны содержать полный перечень однородных нарушений с указанием: периода, к которому они относятся; наименования, даты и номера документа, по которому совершена соответствующая операция; сущности операции; количественное (суммовое) выражение последствий нарушения. Каждое из указанных приложений должно быть подписано составившим его проверяющим либо руководителем проверяющей группы (бригады).

Общество обращает внимание на то, что в решении не указано: каким образом определена доля оптовых продаж.

Как указано в разделе 2 Акта проверки за период с 01.01.2004 по 31.12.2006 Обществом применялись два режима налогообложения: общий режим при реализации через оптовую торговлю и единый налог на вмененный доход при реализации через розничную сеть. При этом налогоплательщик вел отдельный учет имущества, обязательств и хозяйственных операций. При применении общего режима налогообложения Общество определяло расходы и доходы по методу начисления. При реализации через розничную сеть выручка определяется по оплате.

Также в разделе 2 Акта проверки указано, что доля оптовых продаж от общих продаж проверяющим определена, исходя из общих сумм продаж и сумм фискальной памяти.

В нарушение вышеизложенных требований законодательства к содержанию актов налоговых проверок проверяющим инспектором в акте проверки не указано документальное обоснование установленного в ходе проверки размера выручки от общих продаж. Также не указаны сумма выручки от общих продаж и розничной торговли по данным налогоплательщика при том, что, как указано в Акте проверки, Обществом велся отдельный учет имущества, обязательств и хозяйственных операций.

В части данных фискальной памяти налоговым органом представлены ненадлежащие (нечитаемые) копии.

Налоговым органом также представлена копия выписки о движении денежных средств. Между тем, относимость данного документа к обстоятельствам дела установить не представляется возможным, так как в акте проверки отсутствует ссылка на данный документ. Кроме того, обстоятельства совершенного налогового правонарушения в соответствии с требованиями законодательства о налогах и сборах должны быть подтверждены первичными документами. Выписка о движении денежных средств по данным лицевого счета банка первичным документом при определении размера выручки от реализации товаров (работ, услуг) признана быть не может.

Таким образом, установленную в ходе проверки долю оптовых продаж в общем объеме выручки следует признать не обоснованной.

По мнению заявителя, налоговым органом бездоказательно сделан вывод о занижении Обществом размера фонда оплаты труда работников, занимающихся оптовой торговлей.

В соответствии с пунктом 2.2. Акта проверки по данным проверки Обществом по оптовой торговле при исчислении ЕСН за 2005 и 2006 годы выплаты занижены, в результате не полностью уплачен единый социальный налог. Кроме того в соответствии с пунктом 2.3. Акта проверки подлежат доначислению страховые взносы на обязательное пенсионное страхование за 2005, 2006 годы в связи, как указано в Акте проверки, с увеличением налоговой базы со ссылкой на таблицы 1.7., 1.8. пункта 2.2. Акта проверки «Единый социальный налог»

При описании данного нарушения Акт проверки не содержит каких-либо ссылок на документальное обоснование установленного в ходе проверки сумм выплат по оптовой торговле.

Налоговым органом к судебному заседанию представлены копии протоколов №1,2 допроса свидетеля директора Общества Шнидмана С.А.

На основании пункта 1 статьи 90 Налогового кодекса в качестве свидетеля для дачи показаний может быть вызвано любое физическое лицо, которому могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для осуществления налогового контроля. Показания свидетеля заносятся в протокол.

Согласно протоколу №1 в ходе допроса свидетель на вопрос о количестве работников показал: 4 человека. Согласно протоколу №2 на вопрос «сколько сотрудников работает в вашей организации» свидетель показал «на постоянной основе в фирме работает 4-5 человек», на вопрос «на каких должностях работают вышеуказанные сотрудники» - «в нашей фирме предусмотрены такие должности как директор, главный бухгалтер, зав. Складом, продавец и грузчик. Функции грузчика иногда выполняет зав. Складом», на вопрос «какой размер составляет фонд оплаты труда в вашей организации и средняя заработная плата сотрудников» - «фонд оплаты труда в нашей фирме составляет от 400000-470000 рублей, следовательно, на одного сотрудника 7800 рублей, что соответствует прожиточному минимуму», на вопрос «согласно представленной отчетности фонд оплаты труда вашей фирмы отражен в пределах 100000 рублей, что не соответствует вышесказанному» - «в налоговой отчетности отражалась сумма 100000 рублей, что не соответствует действительным выплатам фирмы». В протоколе указано, что при допросе составлен расчет фонда оплаты труда по годам по каждому сотруднику. Согласно представленной копии приложения к протоколу в табличном варианте изложен сравнительный анализ расчета фонда оплаты труда по данным опроса и по данным организации с указанием ФИО работника, занимаемая должность, размер заработной платы, период работы, НДФЛ по данным проверки.

Налоговым органом также представлен, как приложение к протоколу, расчет фонда оплаты труда, исходя из оклада и количестве рабочих дней в году (помесечно). При этом согласно представленной налоговым органом копии данный расчет не подписан проверяющим.

В соответствии с пунктом 5 статьи 90 Налогового кодекса перед получением показаний должностное лицо налогового органа предупреждает свидетеля об ответственности за отказ или уклонение от дачи показаний либо за дачу заведомо ложных показаний, о чем делается отметка в протоколе, которая удостоверяется подписью свидетеля.

Согласно представленным налоговым органом копии разъяснение прав и обязанностей, предупреждение об ответственности допрошенный свидетель не удостоверял.

Протокол допроса свидетеля также не указан в качестве доказательства установленных в ходе проверки нарушений в Акте проверки

Кроме того, в соответствии с пунктом 4 статьи 346.26 Налогового кодекса уплата организациями единого налога предусматривает их освобождение от обязанности по уплате налога на прибыль организаций (в отношении прибыли, полученной от предпринимательской деятельности, облагаемой единым налогом), налога на имущество

организаций (в отношении имущества, используемого для ведения предпринимательской деятельности, облагаемой единым налогом) и единого социального налога (в отношении выплат, производимых физическим лицам в связи с ведением предпринимательской деятельности, облагаемой единым налогом).

Пунктом 1 статьи 236 Налогового кодекса объектом налогообложения единым социальным налогом признаются выплаты и иные вознаграждения, начисляемые налогоплательщиками в пользу физических лиц по трудовым и гражданско-правовым договорам, предметом которых является выполнение работ, оказание услуг, а также по авторским договорам.

Из содержания протокола допроса свидетеля не следует, что размер выплат и вознаграждений работникам, занятым в оптовой продаже, был занижен на суммы, установленные в ходе проверки.

В соответствии с вышеизложенным доля оптовых продаж в общей выручке от реализации налоговым органом определена не обоснованно.

По совокупности изложенных обстоятельств суд приходит к выводу о необоснованности выводов проверки о занижении единого социального налога и страховых взносов на обязательное пенсионное страхование.

Общество не согласно с доначислением НДС, так как в решении не указаны основания уменьшения суммы вычета по налогу на добавленную стоимость,

В соответствии с пунктом 2.7. Акта проверки Обществом завышен налоговый вычет по НДС, в результате не полностью уплачен налог на добавленную стоимость за 1-4 кварталы 2004 года, 1, 3,4 кварталы 2005 года, 2 квартал 2005 года в связи с завышением налогового вычета.

В нарушение требований законодательства к содержанию актов проверки налоговым органом обстоятельства завышения налоговых вычетов, документальное подтверждение завышения в Акте проверки не изложены.

Выводы о занижении налога на добавленную стоимость следует признать необоснованными.

В качестве основания заявленного требования Общество ссылается на следующее: в решении не указано каким способом определена налогооблагаемая база, отсутствуют реестры сумм доходов и расходов налогоплательщика

В соответствии с пунктом 2.1. Акта проверки налоговым органом установлено занижение доходов от реализации за 2004, 2005, 2006 годы в результате занижения выручки от оптовой торговли. При этом размер выручки от оптовой торговли налоговым органом определен как разница между размером установленной проверкой общей суммы выручки и выручки от розничной торговли согласно данным фискальной памяти. В нарушение требований законодательства к содержанию актов проверок в Акте отсутствуют какие-либо ссылки на документальное подтверждение установленной проверкой общей выручки налогоплательщика.

В соответствии с пунктом 2.1. Акта проверки налоговым органом установлено завышение расходов за 2004 год.

В нарушение требований законодательства к содержанию актов проверок в Акте проверки не указаны обстоятельства завышения расходов, а также отсутствует документальное подтверждение объективной стороны совершенного налогового правонарушения.

Таким образом, суд приходит к выводу о необоснованности выводов налогового органа о завышении Обществом расходов, уменьшающих налоговую базу по налогу на прибыль за 2004 год.

Согласно пункту 2.8. Акта проверки налоговым органом увеличены сумм НДС за 2004, 2005 и 2006 годы в связи с неполным отражением налогоплательщиком фонда оплаты труда и недобором с уплаченных сумм.

В Акте проверки отсутствует описание объективной стороны совершенного налогового правонарушения, а именно не указаны обстоятельства совершенного налогового правонарушения, а также первичные документы, доказывающие факт неисполнения Обществом обязанностей налогового агента по исчислению, удержанию и перечислению налога на доходы физических лиц. В Акте проверки имеется ссылка на протокол №2 допроса свидетеля.

В соответствии с вышеизложенным протокол №2 допроса свидетеля подлежит признанию недопустимым доказательством в связи с грубым нарушением процедуры проведения допроса и оформления проведенного допроса.

Привлечение к налоговой ответственности, предусмотренной статьей 123 НК, начисление пени по налогу на доходы физических лиц и предложение удержать и перечислить налог на доходы физических лиц следует признать необоснованным.

Согласно пункту 8 статьи 101 НК в решении о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения излагаются обстоятельства совершенного привлекаемым к ответственности лицом налогового правонарушения так, как они установлены проведенной проверкой, со ссылкой на документы и иные сведения, подтверждающие указанные обстоятельства.

Исследовав содержание оспариваемого решения, суд приходит к выводу о несоответствии решения пункту 8 статьи 101 НК, в том числе,

при доначислении единого налога на вмененный доход использованы доказательства, добытые с нарушением Налогового кодекса (протокол осмотра помещения),

при описании неуплаты (неполной уплаты) единого социального налога и страховых взносов на обязательное пенсионное страхование в решении отсутствует документальное подтверждение размера выплат по оптовой торговле,

в решении не указаны обстоятельства завышения налоговых вычетов, повлекшего неуплату налога на добавленную стоимость, отсутствует документальное подтверждение завышения,

при доначислении налога на прибыль в решении отсутствуют какие-либо ссылки на документальное подтверждение установленной проверкой занижения общей выручки налогоплательщика, повлекшей занижение доходов от оптовой торговли, а также не указаны документы, подтверждающие завышение расходов, не указаны обстоятельства завышения расходов,

в решении отсутствуют описание обстоятельств неисполнения обязанностей налогового агента по исчислению, удержанию и перечислению налога на доходы физических лиц, не указаны документы, доказывающие факт неисполнения Обществом обязанностей налогового. Не может быть принята также ссылка в решении на протокол №2 допроса свидетеля по изложенным выше основаниям.

На основании пункта 9 статьи 101 Налогового кодекса решение о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения и решение об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения вступают в силу по истечении 10 дней со дня вручения лицу (его представителю), в отношении которого было вынесено соответствующее решение.

Оспариваемое решение принято 20 декабря 2007 года, вручено законному представителю Общества 25 декабря 2007 года, Обществом в апелляционном порядке в вышестоящий налоговый орган не обжаловано, вступило в силу 9 января 2008 года.

На основании пункта 14 статьи 101 Налогового кодекса несоблюдение должностными лицами налоговых органов требований, установленных Кодексом, может являться основанием для отмены решения налогового органа вышестоящим налоговым органом или судом.

Основаниями для отмены указанного решения налогового органа вышестоящим налоговым органом или судом могут являться иные нарушения процедуры рассмотрения материалов налоговой проверки, если только такие нарушения привели или могли привести

к принятию руководителем (заместителем руководителя) налогового органа неправомерного решения.

Таким образом, по совокупности изученных обстоятельств дела и приведенных норм права суд приходит к выводу об удовлетворении заявленного требования и признании оспариваемого решения недействительным полностью в связи с установленным судом несоответствием акта проверки и решения налогового органа требованиям статьи 101 Налогового кодекса.

С налогового органа, принявшего оспоренное решение, подлежат взысканию понесенные Обществом судебные расходы.

Руководствуясь статьей 101 Налогового кодекса, статьями 101, 104, 110, 167-170, 201 Арбитражного процессуального кодекса, суд

Р Е Ш И Л:

Признать недействительным решение Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы №5 по Республике Саха (Якутия) от 20 декабря 2007 года №12/108.

Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы №5 по Республике Саха (Якутия) устранить допущенные нарушения прав и законных интересов общества с ограниченной ответственностью «Фирма-2000».

Взыскать с Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы №5 по Республике Саха (Якутия) судебные расходы в виде уплаты по платежному поручению от 28.02.2008 года №1 государственной пошлины в размере 2000 рублей в пользу общества с ограниченной ответственностью «Фирма-2000» (г. Якутск, ул. Сафронова, дом 74, зарегистрировано представительством территориального органа юстиции РФ в г. Якутске 24 апреля 2000 года)

Судья

В. Григорьева