ВОСЕМНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

П О С Т А Н О В Л Е Н И Е
№ 18АП-10189/2016

г. Челябинск
08 сентября 2016 года Дело № А47-1881/2016

Резолютивная часть постановления объявлена 01 сентября 2016 года.
Постановление изготовлено в полном объеме 08 сентября 2016 года.

Восемнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Малышевой И.А.,
судей Бояршиновой Е.В., Ивановой Н.А.,
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Дудоровой Ю.В.,
рассмотрел в открытом судебном заседании апелляционную жалобу общества с ограниченной ответственностью «Фортуна» на решение Арбитражного суда Оренбургской области от 22.06.2016 по делу № А47-1881/2016 (судья Третьяков Н.А.).

Общество с ограниченной ответственностью «Фортуна» (далее – заявитель, предприниматель, ООО «Фортуна») обратилось в Арбитражный суд Оренбургской области с заявлением к Инспекции Федеральной налоговой службы по Дзержинскому району г.Оренбурга (далее – административный орган, ИФНС по Дзержинскому району г.Оренбурга, налоговый орган) о признании незаконным и отмене постановления №07-17/02229 от 12.02.2016 о привлечении к административной ответственности и представления от 12.02.2016 об устранении причин и условий, способствовавших совершению административного правонарушения.

Дело рассмотрено в порядке общего административного судопроизводства.

Решением Арбитражного суда Оренбургской области от 22.06.2016 (резолютивная часть от 15.06.2016) в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с судебным актом, ООО «Фортуна» (далее также - податель апелляционной жалобы, апеллянт) обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт, удовлетворив заявленные требования в полном объёме.

В обоснование апелляционной жалобы общество указывает на то, что арбитражным судом при принятии решения нарушены нормы материального права.

Апеллянт полагает, что в его действиях отсутствует событие административного правонарушения, в связи с чем и представление об устранении нарушений не может являться обоснованным. При заключении организатором с участниками азартных игр соглашений о выигрыше и при оказании услуг по организации заключения таких соглашений применение контрольно - кассовой техники (далее также – ККТ) является обязательным. Вместе с тем, организатор азартных игр обязан применять ККТ только при принятии денежных средств от клиентов в виде соответствующих ставок при заключении соглашений о выигрыше, в свою очередь, при выплате клиентам денежных средств в виде выигрыша такая обязанность не предусмотрена. Кроме того, заявитель указывает, что представление об устранении причин и условий, способствовавших совершению административного правонарушения, является неопределённым, в связи с чем его фактически невозможно исполнить.

До судебного заседания от ИФНС по Дзержинскому району г.Оренбурга поступил отзыв на апелляционную жалобу, в котором инспекция не согласилась с доводами, изложенными в апелляционной жалобе, считает, что судом первой инстанции верно установлены все обстоятельства по делу и применены нормы материального права, в связи с чем просит решение оставить без изменения, жалобу – без удовлетворения.

Лица, участвующие в деле, о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы извещены надлежащим образом, в том числе публично, посредством размещения информации на официальном Интернет – сайте. В судебное заседание представители лиц, участвующих в деле, не явились.

До начала судебного заседания от инспекции поступило ходатайство о рассмотрении апелляционной жалобы в их отсутствие, которое судом апелляционной инстанции удовлетворено.

В соответствии со статьями 123, 156, 159, 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации апелляционная жалоба рассмотрена судом апелляционной инстанции в отсутствие представителей лиц, участвующих в дела.

Законность и обоснованность судебного акта проверены судом апелляционной инстанции в порядке, предусмотренном главой 34 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Арбитражный суд апелляционной инстанции, повторно рассмотрев дело в порядке статей 268, 269 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, исследовав имеющиеся в деле доказательства, проверив доводы апелляционной жалобы, отзыва на неё, приходит к выводу о наличии оснований для отмены судебного акта.

Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, на основании поручения №277 от 16.12.2015 инспекцией проведена проверка ООО «Фортуна» по месту нахождения: г.Оренбург, ул. 70 лет ВЛКСМ, д. 12/1, по вопросу соблюдения порядка и условий регистрации и применения ККТ, соблюдения порядка ведения кассовых операций, работы с денежной наличностью, полноты учёта выручки

наличных денежных средств, полученных с применением ККТ и поступивших в кассу за период с 01.12.2015 по 16.12.2015.

По результатам проверки налоговым органом установлено, что в проверяемом периоде с 01.12.2015 по 16.12.2015 из кассы общества по месту нахождения: г.Оренбург, ул. 70 лет ВЛКСМ, д. 12/1, производились выплаты выигрышей без применения ККТ на общую сумму 944 194 руб.

01.02.2016 административным органом в отсутствие законного представителя общества, надлежащим образом извещённого о месте и времени составления протокола (уведомление от 21.01.2016 (т.1 л.д.72), полученное 29.01.2016 (т.1 л.д.75)), составлен протокол № 16 об административном правонарушении в отношении ООО «Фортуна», в соответствии с которым выявленному при проверке нарушению дана квалификация по ч. 2 ст. 14.5 КоАП РФ.

Копия протокола 02.02.2016 направлена по месту нахождения общества заказным письмом и получена им 12.02.2016 (т. 1 л.д. 59-63).

12.02.2016 налоговым органом в отсутствие законного представителя общества по результатам рассмотрения материалов дела об административном правонарушении вынесено постановление по делу об административном правонарушении № 07-22/02229, согласно которому общество признано виновным в совершении административного правонарушения по ч. 2 ст. 14.5 КоАП РФ и ему назначено административное наказание в виде предупреждения (л.д. 50-54).

16.02.2016 копия постановления направлена по месту нахождения общества и получена им 25.02.2016 (т. 1 л.д. 7).

Кроме того, по результатам рассмотрения дела об административном правонарушении заявителю выдано представление №07- 22/02261 от 12.02.2016 об устранении причин и условий, способствовавших совершению административного правонарушения, которым налоговый орган обязал ООО «Фортуна» принять меры к устранению и недопущению в дальнейшем причин и условий, способствовавших совершению административного правонарушения, а именно: в пункте приёма ставок букмекерской конторы (тотализатора) обеспечить применение ККТ при осуществлении наличных денежных расчетов в случае выплаты выигрышей участникам азартных игр.

Не согласившись с указанными постановлением и представлением, ООО «Фортуна» обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции пришёл к выводу о доказанности события и состава вменяемого правонарушения в действиях заявителя.

Оценив в порядке статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации все имеющиеся в деле доказательства в их совокупности, с учётом положений статьи 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции пришёл к следующим выводам.

В силу ч. 4, ч. 5 ст. 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации по делам об оспаривании решений административных органов о привлечении к административной ответственности обязанность доказывания обстоятельств, послуживших

основанием для привлечения к административной ответственности, возлагается на административный орган, принявший оспариваемое решение. В случае непредставления административными органами доказательств, необходимых для рассмотрения дела и принятия решения, арбитражный суд может истребовать доказательства от указанных органов по своей инициативе.

Арбитражный суд при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности в судебном заседании проверяет законность и обоснованность оспариваемого решения, устанавливает наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое решение, устанавливает, имелись ли законные основания для привлечения к административной ответственности, соблюден ли установленный порядок привлечения к ответственности, не истекли ли сроки давности привлечения к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела (ч. 6 ст. 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

При рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа арбитражный суд не связан доводами, содержащимися в заявлении, и проверяет оспариваемое решение в полном объеме (ч. 7 ст. 210 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

В соответствии с п. 1, 3 ст. 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении подлежат выяснению наличие события административного правонарушения, виновность лица в совершении административного правонарушения.

Из оспариваемого постановления следует, что ООО «Фортуна» вменяется нарушение требований п. 1 ст. 2, п. 1 ст. 5 Федерального закона от 22.05.2003 № 54-ФЗ «О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении наличных денежных расчётов и (или) расчётов с использованием платёжных карт» (далее- Закон № 54-ФЗ), выразившееся в неприменении ККТ при выдаче денежных средств (выплате выигрыша).

При этом выводы административного органа, поддержанные судом первой инстанции, основаны на том, что применение контрольно-кассовой техники в предпринимательской деятельности служит ведению учёта поступления и выдачи наличных денежных средств при совершении сделок.

Между тем, административным органом, по мнению апелляционного суда, не доказано, что нормы законодательства о применении ККТ, о государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр обязывают организаторов азартных игр применять ККТ при выдаче денежных средств в качестве выплаты выигрыша, представляющих собой расходную операцию организации.

Так, согласно п. 1 ст. 2 Закона № 54-ФЗ контрольно-кассовая техника, включенная в Государственный реестр, применяется на территории Российской Федерации в обязательном порядке всеми организациями и индивидуальными предпринимателями при осуществлении ими наличных денежных расчетов и (или) расчётов с использованием платёжных карт в случаях продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг.

В силу ст. 5 Закона № 54-ФЗ организации обязаны, в частности, выдавать покупателям (клиентам) при осуществлении наличных денежных расчётов и (или) расчётов с использованием платежных карт в момент оплаты отпечатанные контрольно-кассовой техникой кассовые чеки.

Федеральным законом от 23.07.2013 № 198-ФЗ внесены изменения в отдельные законодательные акты Российской Федерации, в частности, в Налоговый кодекс Российской Федерации и Федеральный закон от 29.12.2006 № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр» в части определения понятия «игорный бизнес» и «деятельность по организации и проведению азартных игр».

Согласно абзацу второму ст. 364 Налогового кодекса Российской Федерации игорный бизнес представляет собой предпринимательскую деятельность по организации и проведению азартных игр, связанную с извлечением организациями доходов в виде выигрыша и (или) платы за проведение азартных игр. Из определения понятия «игорный бизнес» исключены положения о том, что соответствующая деятельность не является реализацией товаров (имущественных прав), работ или услуг.

Деятельность по организации и проведению азартных игр это деятельность по оказанию услуг по заключению с участниками азартных игр основанных на риске соглашений о выигрыше и (или) по организации заключения таких соглашений между двумя или несколькими участниками азартной игры (п. 6 ст. 4 Федерального закона № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»).

Таким образом, согласно указанным изменениям в законодательстве деятельность по организации и проведению азартных игр с 21.01.2014 приравнена к оказанию услуг, что, в свою очередь, является основанием для распространения на организаторов азартных игр положений Закона № 54-ФЗ. Из анализа в совокупности приведенных норм права следует, что при заключении с участниками азартных игр соглашений о выигрыше и при оказании услуг по организации заключения таких соглашений применение ККТ является обязательным. Однако содержание указанных норм не позволяет сделать вывод о необходимости применения ККТ при выплате выигрыша.

В соответствии с ч. 2 ст. 14.5 КоАП РФ неприменение в установленных федеральными законами случаях контрольно-кассовой техники, применение контрольно-кассовой техники, которая не соответствует установленным требованиям либо используется с нарушением установленного законодательством Российской Федерации порядка и условий её регистрации и применения, а равно отказ в выдаче по требованию покупателя (клиента) в случае, предусмотренном федеральным законом, документа (товарного чека, квитанции или другого документа, подтверждающего прием денежных средств за соответствующий товар (работу, услугу), влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от тридцати тысяч до сорока тысяч рублей.

По смыслу Закона № 54-ФЗ обязанность применения ККТ всех организаций и индивидуальных предпринимателей наступает только при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платёжных карт в случаях продажи товаров, выполнении работ или оказания услуг, то есть при одновременном наличии двух условий: денежные расчёты при встречном оказании услуг.

Согласно п. 4 ст. 4 Федерального закона № 244-ФЗ выигрыш - денежные средства или иное имущество, в том числе имущественные права, подлежащие выплате или передаче участнику азартной игры при наступлении результата азартной игры, предусмотренного правилами, установленными организатором азартной игры. Соответственно, выигрыш не гарантирован, а обусловлен наступлением определённого результата азартной игры. При этом выигрыш не обязательно должен и может быть только в виде денежных средств.

Следовательно, административный орган ходе рассмотрения дела об административном правонарушении должен исследовать и отразить в постановлении по делу об административном правонарушении обстоятельства того, какая фактически была оказана услуга, при оплате которой ООО «Фортуна» должно было применить ККТ в подтверждение выдачи таких денежных средств.

Осуществление контроля за применением организациями и индивидуальными предпринимателями контрольно-кассовой техники возложено на налоговые органы в соответствии с положениями ст. 7 Закона №54-ФЗ, ст. 7 Закона Российской Федерации от 21.03.1991 № 943-1 «О налоговых органах Российской Федерации», пункта 5.1.6 Положения о Федеральной налоговой службе, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.09.2004 № 506 «Об утверждении положения о Федеральной налоговой службе».

Указанные полномочия по контролю не должны сводиться к проведению формальных проверок по вопросу применения ККТ, а предполагают необходимость выяснения конкретных обстоятельств дела, которые обусловлены как задачами производства по делам об административных правонарушениях, определенными ст. 24.1 КоАП РФ, так и спецификой осуществляемого заявителем вида предпринимательской деятельности, регулируемого специальными нормативными правовыми актами: Федеральным законом № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр» и «Правилами совершения операций с денежными средствами при организации и проведении азартных игр», утвержденными Постановлением Правительства Российской Федерации от 10.07.2007 № 441.

Между тем, в рассматриваемом случае доказательств того, что выплата выигрыша организатором игры участнику игры, пусть даже в виде денежных средств, является оплатой услуги не представлено.

Административная ответственность по ч. 2 ст. 14.5 КоАП РФ, вмененной заявителю оспариваемым постановлением, наступает, в частности, за неприменение в установленных федеральными законами случаях контрольно-кассовой техники.

Федеральные законы № 54-ФЗ и № 244-ФЗ не предусматривают обязанность применения контрольно-кассовой техники при выплате выигрыша организаторами азартных игр.

Таким образом, в действиях ООО «Фортуна» отсутствует событие административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена ч. 2 ст. 14.5 КоАП РФ.

Выводы суда первой инстанции в указанной части апелляционный суд находит ошибочными, доводы апелляционной жалобы ООО «Фортуна» являются обоснованными.

Кроме того, проверив порядок привлечения к административной ответственности, суд апелляционной инстанции считает необходимым отметить следующее:

В соответствии со ст. 1.6 КоАП РФ лицо, привлекаемое к административной ответственности, не может быть подвергнуто административному наказанию и мерам обеспечения производства по делу об административном правонарушении иначе как на основаниях и в порядке, установленных законом.

Согласно ст. 25.1 КоАП РФ дело об административном правонарушении рассматривается с участием лица, в отношении которого ведётся производство по делу об административном правонарушении. В отсутствие указанного лица дело может быть рассмотрено лишь в случаях, если имеются данные о надлежащем извещении лица о месте и времени рассмотрения дела, и если от лица не поступило ходатайство об отложении рассмотрения дела либо если такое ходатайство оставлено без удовлетворения.

Статья 25.4 КоАП РФ предусматривает, что защиту прав и законных интересов юридического лица, в отношении которого ведётся производство по делу об административном правонарушении, осуществляют его законные представители. Законными представителями юридического лица являются его руководитель, а также иное лицо, признанное в соответствии с законом или учредительными документами органом юридического лица. Полномочия законного представителя юридического лица подтверждаются документами, удостоверяющими его служебное положение.

В соответствии с п.4 ч.1 ст.29.7 КоАП РФ при рассмотрении дела об административном правонарушении выясняется, извещены ли участники производства по делу в установленном порядке, выясняются причины неявки участников производства по делу и принимается решение о рассмотрении дела в отсутствие лиц либо об отложении рассмотрения дела.

Приведённые правовые нормы призваны обеспечить процессуальные гарантии прав лица, привлекаемого к административной ответственности. Без предоставления лицу возможности воспользоваться своими процессуальными правами дело об административном правонарушении не может быть рассмотрено всесторонне, полно и объективно. На административном органе лежит обязанность не только уведомить лицо о времени и месте совершения процессуальных действий, но и убедиться в том, что это лицо располагает соответствующей информацией и не уклоняется от её получения, а также выяснить причины его неявки.

Установленный Кодексом Российской Федерации об

административных правонарушениях порядок применения административного взыскания является обязательным для органов и должностных лиц, рассматривающих дело об административном правонарушении и применяющих взыскание. Указанные нормы права по своей правовой природе являются регулятивными и призваны обеспечить процессуальные гарантии лица, привлекаемого к административной ответственности. Целью таких гарантий является полное и всестороннее выяснение фактических обстоятельств дела об административном правонарушении. Несоблюдение этого порядка свидетельствует о том, что взыскание применено незаконно, независимо от того, совершило или нет лицо, привлекаемое к ответственности, административное правонарушение.

Пунктом 10 постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» установлено, что нарушение административным органом при производстве по делу об административном правонарушении процессуальных требований, установленных КоАП РФ, является основанием для признания незаконным и отмены оспариваемого постановления административного органа (часть 2 статьи 211 АПК РФ) при условии, если указанные нарушения носят существенный характер и не позволяют или не позволили всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело.

О соблюдении процедуры привлечения лица к административной ответственности в смысле приведённых выше положений КоАП РФ можно говорить лишь в случае наличия доказательств получения лицом, привлекаемым к административной ответственности, соответствующего уведомления либо возврата почтовой корреспонденции на момент совершения соответствующего процессуального действия. При этом возможное или предполагаемое наличие у административного органа доказательств направления данному лицу такого уведомления, которые не позволяют осуществить контроль за получением информации адресатом, не свидетельствует о соблюдении процессуальных требований.

Таким образом, закон требует известить привлекаемое к ответственности лицо о времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении и допускает осуществление административным органом соответствующих процессуальных действий в отсутствие лица только при наличии у него на дату совершения соответствующего процессуального действия информации о получении адресатом данного уведомления либо о возврате почтовой корреспонденции по мотиву отказа адресата от получения, истечения срока хранения почтовой корреспонденции.

В рассматриваемом случае административный орган такими доказательствами при вынесении постановления об административном правонарушении не располагал.

Постановление о привлечении ООО «Фортуна» к административной ответственности №07-17/02229 от 12.02.2016 вынесено инспекцией в отсутствие законного представителя общества.

Уведомлением от 02.02.2016 рассмотрение дела об административном правонарушении назначено на 12.02.2016 на 10 час. 00 мин. по адресу: г.Оренбург, ул. Шевченко, 26/2 (т. 1 л.д.57,58).

Определение было направлено обществу заказной корреспонденцией по адресам: г. Ростов-на-Дону, ул. 20-Линия, 22 и г.Ростов-на-Дону, ул. 2-я Краснодарская, 135А-237 (директору ООО «Фортуна»). Надлежащим извещением общества является направление почтовой корреспонденции по адресу (места нахождения) юридического лица, внесённого в Единый государственный реестр юридических лиц (далее – ЕГРЮЛ).

Согласно информации с сайта ФГУП «Почта России» «отслеживание почтовых отправлений» (почтовый идентификатор 46000577117554) почтовым отделением предпринималась попытка вручения почтовой корреспонденции 11.02.2016, однако, попытка была неудачна; корреспонденция вручена адресату только 12.02.2016, то есть в день рассмотрения дела об административном правонарушении и вынесении оспариваемого постановления (т. 1 л.д. 61).

Учитывая нахождение административного органа и общества в разных населённых пунктах, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что заявитель не имел реальной возможности воспользоваться своими процессуальными правами на дачу объяснений, представление доказательств, поскольку уведомление о времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении было вручено ему в день рассмотрения дела.

Таким образом, на момент вынесения оспариваемого постановления у налогового органа отсутствовали доказательства надлежащего извещения общества о времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении, равно как и доказательства возврата почтовой корреспонденции.

Иных доказательств извещения заявителя о времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении в деле не имеется, в связи с чем суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что на момент рассмотрения дела об административном правонарушении и принятия постановления у административного органа отсутствовали доказательства надлежащего заблаговременного извещения общества о времени и месте рассмотрения дела об административном правонарушении.

Доказательств обратного административным органом не представлено.

Указанные процессуальные нарушения являются существенными (пункт 4 части 1 статьи 30.7 КоАП РФ, п. 10 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях»), так как они не могут быть устранены при рассмотрении спора судом, не позволили всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело об административном правонарушении.

С учётом изложенного, требования заявителя подлежат удовлетворению, в связи с чем решение суда следует отменить по мотиву неполного выяснения обстоятельств дела, неправильного применения норм материального права (п. 1 ч. 1, п. 2 ч. 2 ст. 270 Арбитражного

процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционную жалобу - удовлетворить.

Нарушений норм процессуального права, являющихся согласно части 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации безусловным основанием для отмены вынесенного судебного акта, не установлено.

Вопрос о распределении судебных расходов за рассмотрение апелляционной жалобы судом апелляционной инстанции не рассматривается, поскольку в силу ч. 4 ст. 208 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации данная категория споров государственной пошлиной не облагается.

Руководствуясь статьями 176, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный суд апелляционной инстанции

П О С Т А Н О В И Л :

решение Арбитражного суда Оренбургской области от 22.06.2016 по делу № А47-1881/2016 отменить.

Заявленные требования общества с ограниченной ответственностью «Фортуна» удовлетворить.

Признать незаконным и отменить постановление Инспекции Федеральной налоговой службы по Дзержинскому району г.Оренбурга №07-17/02229 от 12.02.2016 о назначении обществу с ограниченной ответственностью «Фортуна» административного наказания по ч.2 ст. 14.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и представление от 12.02.2016 об устранении причин и условий, способствовавших совершению административного правонарушения.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Арбитражный суд Уральского округа только по основаниям, предусмотренным ч. 4 ст. 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в течение двух месяцев со дня его принятия (изготовления в полном объеме) через арбитражный суд первой инстанции.

Председательствующий судья И.А. Малышева

Судьи Е.В. Бояршинова

Н.А. Иванова