

РЕШЕНИЕ

№ 3667

гр. София, 07.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XVI КАСАЦИОНЕН
СЪСТАВ**, в публично заседание на 05.03.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Ива Кечева

**ЧЛЕНОВЕ: Николай Ангелов
Силвия Житарска**

при участието на секретаря Мая Георгиева и при участието на прокурора Стоян Димитров, като разгледа дело номер **365** по описа за **2021** година докладвано от съдия Силвия Житарска, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от АПК, вр. чл. 63, ал. 1 от ЗАНН.

Образувано е по повод касационна жалба от [фирма], ЕИК:[ЕИК], представлявано от И. М. З., чрез адв.Т. С., срещу Решение № 20227458 от 16.10.2020г., постановено от СРС, НО, 6-ти състав, по НАХД № 7591/2020 г., с което е потвърдено Наказателно постановление (НП) № 475279 – F485849 от 06.11.2019г. издадено от Л. П. Х. – Началник на Отдел „Оперативна дейност“ С. в ЦУ на НАП, с което на основание чл.185, ал.2 от Закона за данък върху добавената стойност (ЗДДС) на търговеца е наложено административно наказание – „имуществена санкция“ в размер на 3 000 лв. за нарушение на чл.33, ал.1 от Наредба № Н-18 от 13.12.2006 г. за регистриране и отчитане чрез фискални устройства на продажбите в търговските обекти, изискванията към софтуерите за управлението им и изисквания към лицата, които извършват продажби чрез електронен магазин (Наредба Н-18) във вр. с чл.118, ал.4 от ЗДДС.

С касационната жалба се навеждат твърдения, че решението е неправилно и незаконосъобразно, постановено в нарушение на процесуалните правила и материалния закон, поради което касаторът моли съда да постанови решение, с което да отмени оспореното решение и вместо него да постанови друго, с което изцяло да отмени обжалваното наказателното постановление. В хода на настоящето производство, касаторът редовно призован се представлява от адв. С., която поддържа

касационната жалба.

Ответникът – ЦУ на НАП редовно призован се представлява от юрк. С.. Моли съда да остави жалбата без уважение като неоснователна и недоказана. Моли съдът да потвърди решението на СРС като правилно и законосъобразно. Претендира разноски. Представителят на Софийска градска прокуратура моли съда да остави жалбата без уважение.

Административен съд – София град, Х.-ти касационен състав, след като се запозна с обжалваното решение, съобрази доводите и становищата на страните, и обсъди както наведените касационни основания, така и тези по чл.218, ал.2 от АПК, намира за установено следното от фактическа и правна страна:

На 05.05.2019г., в 14,50 часа, в търговски обект: „магазин за подаръци“, находящ се в [населено място], [улица], стопанисван от [фирма], била извършена проверка от служители на ТД на НАП. Преди да се легитимират контролните органи, св. А. В. Т., инспектор по приходите е извършил контролна покупка на 1 бр. картичка за рожден ден, на стойност от 2.00 лева, платени в брой с банкнота от 5,00 лева и върнато ресто от монета от 2.00 лева и 1.00 лев, за която покупка не е издаден касов бон от наличното фискално устройство. Към този момент дневният оборот от монтираното в обекта фискално устройство, модел „Т. ZM KL-V2“, с ИН на фискалното устройство /ФУ/ ZK062406 и ФП № 50153320, бил в размер на 00,00 лв. Била извършена проверка на касовата наличност – при преброяването била установена сума в размер на 41,43 лв., като били извършени отбелязвания за служебно въведени и изведени суми в размер на 00,00 лв. Констатирана била разлика в размер на 41,43 лв. Установено е, че промяната в касовата наличност не се отчита с монтираното и работещо в обекта фискално устройство, което притежава функциите „служебно въведени“ и „служебно изведени“ суми. Проверяващите констатирали, че търговецът не изпълнил задължението си: Да отбележи всяка промяна в касовата наличност чрез операциите „служебно въведени“ и „служебно изведени“ суми. За извършената проверка бил съставен Протокол за извършена проверка № 0417264/05.05.2019г., подписан от проверяващите инспектори при ТД на НАП-С., както и от И. М. З. – собственик и Р. О. П. – продавач в обекта, в който част от констатациите била за разлика между разчетена касова наличност от ФУ и фактическа наличност в размер на 41,43 лв. Въз основа на преписката бил съставен акт за установяване на административно нарушение № F485849/10.05.2019г., надлежно връчен на [фирма] на датата на издаване. Нарушителят не възразил при връчването на АУАН и не се възползвал от правото по чл.44, ал.1 ЗАНН да депозира писмено възразение. Въз основа на АУАН било издадено наказателно постановление № 475279-F485849/06.11.2019г. от Началник на Отдел „Оперативни дейности“ С. в ЦУ на НАП-С., с което на основание чл.185, ал.2 ЗДДС на нарушителя била наложена имуществена санкция в размер на 3 000 лв.

Въз основа на така събраните доказателства, СРС е направил извод, че НП е издадено от компетентен орган и в кръга на неговите правомощия. Приел е, че в хода на административно-наказателното производство не са допуснати съществени процесуални нарушения, а при съставянето на АУАН и издаването на спорното НП са спазени изискванията на чл. 42 и чл. 57 ЗАНН. По същество на спора въззивния съд е изложил съображения, че административнонаказателната отговорност на дружеството е ангажирана правилно и че определената санкция е в законоустановения размер.

Касационната жалба е допустима, предвид обстоятелството, че е подадена от активно

легитимирано лице в законоустановения 14 – дневен срок от съобщаването му на обжалваното съдебно решение.

Разгледана по същество касационната жалба е частично основателна, но не на основанията изложени в нея.

Решението на районния съд е допустимо, като постановено по подадена в срок жалба срещу наказателното постановление, не са изтекли сроковете по чл. 34 от ЗАНН, не е изтекла абсолютна погасителна давност за административно-наказателно преследване.

Районният съд е установил фактическа обстановка, която кореспондира с приетите писмени и гласни доказателства.

Въззивният съд е приел, че АУАН и НП са съставени от компетентни органи, в предвидените срокове по ЗАНН и не е установил допуснати съществени нарушения на процесуалните правила. Формирал е правни изводи за законосъобразно ангажиране на административнонаказателната отговорност на дружеството. Изложени са мотиви, че деянието е довело до неотразяване на приходи, поради което правилно е приложена разпоредбата на чл. 185, ал. 2 ЗДДС.

Едноличния търговец е санкциониран за нарушение на чл.33, ал.1 от Наредба № Н-18/2006 г. на МФ, съгласно който извън случаите на продажби, всяка промяна на касовата наличност /начална сума, въвеждане и извеждане на пари във и извън касата/ на ФУ се регистрира във ФУ чрез операциите "служебно въведени" или "служебно изведени" суми.

В случая, въз основа на установените факти, въззивният съд е формирал правилен извод за осъществен от касатора състав на нарушение по чл. 33, ал. 1 от Наредба № Н-18/13.12.2006 г. От приетите писмени и гласни доказателства се установява, че при извършената проверка от контролните органи е констатирано, че е налице положителна разлика от 41,43лв. между дневния оборот от монтирания в обекта ЕКАФП и фактическата наличност в касата. Така установената промяна в касовата наличност не е била отразена на фискалното устройство в момента на извършването чрез функцията "служебно въведени", с което е нарушена разпоредбата на чл. 33, ал. 1 от Наредба № Н-18/13.12.2006 г.

Разпоредбата на чл.185, ал.2 ЗДДС регламентира, че извън случаите по ал.1 на лице, което извърши или допусне извършването на нарушение по чл.118 или на нормативен акт по неговото прилагане, се налага глоба - за физическите лица, които не са търговци, в размер от 300 до 1000 лв., или имуществена санкция - за юридическите лица и едноличните търговци, в размер от 3000 до 10 000 лв. Когато нарушението не води до неотразяване на приходи, се налагат санкциите по ал.1.

Неправилен е и не се подкрепя от приетите по делото доказателства изводът на въззивния съд, че установеното нарушение е довело до неотразяване на приходи. Декларативното заявление на административнонаказващия орган (АНО) в НП, че установената положителна разлика между дневния оборот от монтирания в обекта ЕКАФП и фактическата наличност в касата сочи наличие на приход, който не е отразен по реда на чл. 33, ал. 1 от Наредба № Н-18/13.12.2006 г., не може да обуслови извод за неотразяване на приходи по смисъла на чл. 185, ал. 2 ЗДДС. АНО не е събрал и не се е позовал на конкретни доказателства, въз основа на които е приел, че положителната разлика представлява приход за оборота на дружеството. В АУАН не е отразено промяната в касовата наличност в размер на 41,43 лева в резултат на какво е,

т. е. не е налице твърдение за установен реализиран приход чрез извършена продажба или по друг начин. В противоречие на тази констатация АНО е изложил мотиви, че са налице неотразени приходи, без да се позове на конкретни доказателства, опровергаващи установеното в АУАН и посочено в НП обстоятелство, че се касае да въвеждане на пари в касата, което не е отразено във ФУ, чрез функцията "служебно въведени". Едва в обстоятелствената част на НП се сочи, че установената положителна разлика представлява неотчитане на реализирани приходи от търговска дейност, като се описва извършената покупка на картичка от 2 лева и не издаването на касов бон. По отношение на цялата установена положителна разлика се твърди, че е налице неотчитане на приходите, без да са събрани доказателства в тази връзка. В о.с.з. се твърди от свидетелката-продавачка в проверявания обект, че сумата в касата била от неприбран от предходния ден оборот. Деня, в който се извършила проверката бил неделя, поради което в събота вечерта собственика на магазина не бил взел оборота.

С оглед гореизложеното, настоящият касационен състав приема, че в случая приложение следва да намери разпоредбата на чл. 185, ал. 1 вр. ал. 2 от ЗДДС, тъй като не е установено нарушението на чл. 33, ал. 1 от Наредба № Н-18/13.12.2006 г. да е довело до неотразяване на приходи.

В правомощията на съда по чл. 63, ал. 1 от ЗАНН и съгласно чл. 337, ал. 1, т. 2 НПК вр. чл. 84 ЗАНН е да измени наказателното постановление, включително и да го преквалифицира в по-леко наказуем състав, ако счита че са налице предпоставките за това. В този смисъл са и мотивите на Тълкувателно решение № 3 от 10.05.2011 г. на Върховния административен съд.

След като е установил осъществяването на нарушение по чл. 33, ал. 1 от Наредба Н-18 от 13.12.2006 г., районният съд е следвало, но не е преквалифицирал деянието като наказуемо по чл.185, ал. 1 ЗДДС, което налага частична отмяна на обжалваното решение. Доколкото същото е в правомощията на касационната инстанция и тъй като делото е изяснено от фактическа страна, по гореизложените съображения наказателното постановление следва да бъде изменено, като наложената имуществена санкция в минималния размер по чл. 185, ал. 2 ЗДДС от 3000 лв. бъде определена в минимален размер по чл. 185, ал. 1 ЗДДС от 500 лв.

С оглед разпоредбите на чл. 63, ал. 5, във вр. с ал. 3 от ЗАНН своевременно и основателно е искането от процесуалния представител на ответната страна за присъждане на разноски за юрисконсулт на основание

чл. 37 от ЗПП, във вр. с чл. 27е от Наредбата за заплащане на правната помощ в размер на 80. 00 лева.

Мотивиран така и на основание чл. 221, ал. 2 и чл. 222, ал. 1 от АПК, във връзка с чл. 63, ал. 1 от ЗАНН, Административен съд – София град

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № 20227458 от 16.10.2020г., постановено от СРС, НО, 6-ти състав, по НАХД № 7591/2020 г., с което е потвърдено Наказателно постановление № 475279 – F485849 от 06.11.2019г. издадено от Л. П. Х. – Началник на Отдел „Оперативна дейност“ С. в ЦУ на НАП.

ИЗМЕНЯ наказателно постановление № № 475279 – F485849/06.11.2019г., издадено от Л. П. Х. – Началник на Отдел „Оперативна дейност“ С. в ЦУ на НАП, с което на [фирма], представлявано от И. М. З., ЕИК[ЕИК], на основание на чл.185, ал.2 от ЗДДС е наложена имуществена санкция в размер 3000 лева, като на основание чл.185, ал.1 вр. ал. 2 от ЗДДС определя размер на имуществената санкция от 500 (петстотин) лева.

ОСЪЖДА [фирма], ЕИК[ЕИК], представлявано от И. М. З., да заплати на Националната агенция по приходите, [населено място], сумата от 80. 00 (осемдесет) лева – юрисконсултско възнаграждение.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.