

РЕШЕНИЕ

№ 321

гр. София, 18.01.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, XVII КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 18.12.2020 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Полина Якимова

**ЧЛЕНОВЕ: Весела Николова
Красимира Проданова**

при участието на секретаря Мая Георгиева и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **10521** по описа за **2020** година докладвано от съдия Весела Николова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл. 63, ал. 1 от Закона за административните нарушения и наказания /ЗАНН/.

Образувано е по касационна жалба на Териториална дирекция на Националната агенция за приходи /ТД на НАП/ - С., чрез процесуалния й представител ст. юрк. А., срещу Решение № 20208511 от 27.09.2020 г., постановено по НАХД № 6872 по описа за 2018 г. на Софийски районен съд /СРС/, Наказателно отделение /НО/, 102-ри състав, с което е отменено Наказателно постановление /НП/ № F361489/13.12.2017 г., издадено от заместник-директора на ТД на НАП - С., с което на [фирма], на основание чл. 185, ал. 2, изр. 2 вр. ал. 1 от Закона за данъка върху добавената стойност /ЗДДС/ е наложено административно наказание – „имуществена санкция“, в размер на 500 лева, за нарушение на чл. 33, ал. 1 от Наредба № Н-18 от 13.12. 2006 г. на МФ за регистриране и отчитане на продажби в търговските обекти чрез фискални устройства (Наредба № Н-18 от 13.12.2006 г.) във вр. с чл. 118, ал. 4 от ЗДДС.

С касационната жалба се релевират доводи за неправилност на постановеното решение. Твърди се, че от доказателствата по делото безспорно се установява извършване на нарушението по чл. 33, ал. 2 от Наредба № Н-18 от 13.12.2006 г., за което е приложима санкционната разпоредба на чл. 185, ал. 2 от ЗДДС, във връзка с

чл. 185, ал. 1 от ЗДДС. Иска се отмяна на обжалваното решение и постановяване на друго по съществото на спора, с което да бъде потвърдено наказателното постановление.

В съдебно заседание касаторът, редовно уведомен, не се представлява. В писмено становище излага съображения по съществото на спора. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът – [фирма], редовно уведомен, се представлява от адв. Г., който оспорва касационната жалба. Счита, че решението на СРС е правилно. Претендира разноски.

Представителят на Софийска Градска прокуратура дава заключение, че касационната жалба е неоснователна и моли съда да потвърди решението на СРС.

След като съобрази наведените касационни основания и доводите на страните, и прецени събраните по делото доказателства, Административен съд София – град, XVII-ти касационен състав, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е подадена в срока, определен в чл. 211, ал.1 АПК, вр. чл. 63, ал. 1, изр. второ ЗАНН от надлежна страна, срещу съдебен акт, който подлежи на касационен контрол, поради което е процесуално допустима. Касационният съд е обвързан с твърдените в жалбата основания за отмяна на решението (чл. 218, ал. 1 АПК), но за валидността, допустимостта и съответствието му с материалния закон следи служебно. Доводи за нищожност и недопустимост на обжалваното решение не са наведени от касационните жалбоподатели и съдът не открива при извършената служебна проверка наличието на такива основания.

Като извърши служебна проверка на основание чл. 218, ал. 2 от АПК и въз основа на фактите, установени от първостепенния съд, съдът намира, че обжалваното решение е валидно и допустимо като постановено от компетентен съд и по отношение на акт – наказателно постановление, който подлежи на съдебен контрол, по подадена в срок жалба.

Според приетата от СРС фактическа обстановка, на 26.10.2017 г. в 14:24 часа, инспектори по приходите към ТД на НАП - С., извършили проверка на търговски обект – пица-ресторант „Г.“, находящ се в [населено място], [улица], срещу [жилищен адрес] стопанисван и експлоатиран от [фирма]. По време на проверката в обекта присъствал Д. В. В. – продавач в павилиона. При проверката било установено, че заведението работи и притежава Удостоверение за категория, разполага с 90 места на закрито и 60 места на открито, а работното му време е от 12:00 ч. до 24:00 ч., седем дни в седмицата. Книгата за дневни финансови отчети за 2017 г. се водела според нормативните изисквания, а месечните и седмичните финансови отчети били отпечатани в срок. Установено било и наличието на ПОС-терминал в обекта. Преди проверката двамата инспектори обядвали в заведението, като за сметката от 89.19 лева им бил издаден фискален бон № 023732/26.10.2017 г. Установено било, че в търговския обект имало регистрирано и пуснато в експлоатация фискално устройство (ФУ) модел „ECR ZIT 2007 BG-KL“ с инвентарен № ZI 003990 и фискална памет (ФП) № 64003990, което притежавало функциите „служебно въведени“ и „служебно изведени“ суми, като съгласно разпечатката от дневния отчет на намиращия се в обекта електронен касов апарат с фискална памет /ЕКАФП/ № 023753/26.10.2017 г., в касата следвало да има сума в размер на 1054.41 лева, но фактически имало 889.00 лева. Установената промяна в касовата наличност била в размер на 165.41 лева лева,

която представлявала извеждане на пари от касата и не била отразена във фискалното устройство в момента на проверката. За констатираното нарушение бил съставен протокол за извършена проверка № 0327716/26.10.2017 г. В резултат на така установеното е съставен акт за установяване на административно нарушение /АУАН/ № F361489/06.11.2017 г., като служителите приели, че дружеството нарушавало разпоредбата на чл. 31, ал. 1 от Наредба № Н-18 от 13.12.2006 г. на МФ, защото не е изпълнило задължението си да отбележи с помощта на тези функции всяка промяна на касовата наличност (извеждане на пари в касата), извън случаите на продажби. Актът бил връчен на същия ден на управителя на дружеството, като в срока по чл. 44, ал. 1 от ЗАНН са постъпили писмени възражения срещу така съставения АУАН. Въз основа на АУАН на 13.12.2017 г. е издадено и процесното наказателно постановление. Нарушението било квалифицирано като такова по чл. 33, ал. 1 от Наредба № Н-18 от 13.12.2006 г. на МФ във вр. с чл. 118, ал. 4 от ЗДДС.

За да отмени процесното наказателно постановление съставът на СРС е приел, че не са спазени императивните изисквания на чл. 42, т. 5 от ЗАНН – съществува противоречие между словесното описание на нарушението в АУАН и посочената в него нарушена разпоредба (чл. 31, ал. 1 от Наредба № Н-18 от 13.12.2006 г. на МФ. Посоченото в АУАН противоречие между текстовото описание на нарушението и цифровата му квалификация било коригирано от наказващия орган, който се позовал на разпоредбата на чл. 53, ал. 2 от ЗАНН. Но СРС е приел, че е недопустимо по реда на чл. 53, ал. 2 от ЗАНН да се отстранява допуснатото противоречие между фактическото описание в АУАН на нарушението и посочената като нарушена правна норма, като за пръв път в НП да бъде давана нова и различна от АУАН правна квалификация. По този начин било нарушено правото на защита на жалбоподателя, което представлявало съществено процесуално нарушение. На следващо място съдът е приел, че не е установено безспорно, че нарушението е довело до неотразяване на приход, поради което е счел, че са необосновани изводите на наказващия орган за приложението на чл. 185, ал. 2, изр. 2 вр. ал. 1 от ЗДДС, като е счел, че няма доказателствени източници за реализация на определени обективни елементи на състава на твърдяното административно нарушение. Макар и да е установено нарушение на реда и начина на отчитане на ФУ, регламентиран в нормативен акт по прилагането на чл. 118 от ЗДДС, то липсвали доказателства за неотразяване на приходи с друг – различен от продажбите произход, поради което СРС е достигнал до извода, че дружеството не е осъществило съставът на административното нарушение. Така постановеното решение е правилно.

Установено е по несъмнен начин, че на посочените в НП дата и място – търговски обект разчетеният от фискалното устройство дневен оборот е в размер на 1054.41 лева. Наличността в касата на обекта е била в размер на 889.00 лева. Установена е разлика от 165.41 лева, която представлява изведена сума, но неотразена на фискалното устройство в момента на извеждането. Действително наказващият административен орган е коригирал посоченото в АУАН противоречие между текстовото описание на нарушението и цифровата му квалификация като правилно го е квалифицирал като нарушение по чл. 33, ал. 1 от Наредба Н-18/13.12.20106 г. за регистриране и отчитане на продажби в търговските обекти, чрез фискални устройства, издадена от МФ, като се е позовал на чл. 53, ал. 2 от ЗАНН. Касационният състав обаче приема, че при допуснатата нередовност на АУАН същата може да бъде коригирана със санкционния акт (НП), но трябва по безспорен начин да е установено

извършването на нарушението, самоличността на нарушителя и неговата вина, като настоящият случай не е такъв.

Нормата на чл. 33, ал. 1 от Наредба Н-18 от 13.12.2006г. съдържа правило, съгласно което 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. Санкционният текст на чл. 185, ал. 2 във вр. с ал. 1 от ЗДДС предвижда административно наказание за лице, което извърши или допусне извършването на нарушение по чл. 118 или на нормативен акт по неговото прилагане, когато нарушението не е довело до неотразяване на приходи. Съгласно чл.185, ал.2 от ЗДДС, 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. В чл.185, ал.1 от ЗДДС е предвидена санкция за търговците в размер от 500 до 2 000 лева.

Анализът на чл. 185, ал. 1 от ЗДДС и чл. 185, ал. 2 от ЗДДС налага извод, че за да се наложи на юридическо лице или едноличен търговец имуществена санкция в размерите по чл. 185, ал. 2, изр.1 от ЗДДС, следва нарушението да е довело до неотразяване на приходи - факт, който е елемент от фактическия състав на нарушението и който подлежи на установяване и доказване от наказващия орган. Наличието на такива не трябва да се предполага, а трябва да бъде доказано по безспорен начин. При определяне наказанието за този вид нарушение административнонаказващият орган във всички случаи следва да изложи съображенията си дали, защо и въз основа на какви доказателства приема, че е налице неотразяване на приходи с друг (различен от продажбите) произход. В тежест на административния орган е да установи по несъмнен начин както всички елементи от състава на административното нарушение, така и всички факти и обстоятелства, имащи отношение към отговорността на лицето, като при наличие на спор или неяснота същият е длъжен да извърши допълнително разследване съгласно чл. 52, ал.4 от ЗАНН. В конкретния случай, след като е установено и е безспорно, че има несъответствие между касовата наличност и отразените във ФУ суми, наказващият орган е могъл и е следвало да изиска обяснения от търговеца или неговите служители в обекта във връзка с това несъответствие и за изясняване на какво може да се дължи тази по-малка фактическа наличност в касата, което не е сторено както при проверката, така и преди съставянето на АУАН и издаването на НП. По-малката фактическа наличност в касата може да се дължи на извеждане на средства с различен от прихода произход, като задължение е на административнонаказващия орган да докаже, че подобно действие по „извеждане на пари от касата“, които са с различен от продажбите в обекта произход, е било осъществено, а това не е установено. Този елемент от фактическия състав изобщо е пропуснат да бъде дори коментиран както от извършилите проверка органи, така и от АНО.

При субсидиарното действие на НПК, районният съд е изпълнил служебното си задължение да проведе съдебното следствие по начин, който е осигурил обективно, всестранно и пълно изясняване на всички обстоятелства, включени в предмета на доказване по конкретното дело, при точното съблюдаване на процесуалните правила

относно събиране, проверка и анализ на доказателствената съвкупност, като не е допуснал нарушения на съдопроизводствените правила.

На основание гореизложеното настоящият касационен състав след извършената проверка по реда на чл. 218 от АПК намира, че обжалваното решение е валидно, допустимо и постановено в съответствие със закона, поради което следва да бъде оставено в сила.

Предвид гореизложеното и на основание чл. 221, ал. 2, предл. 1 от АПК във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. 2 от ЗАНН, Административен съд София – град, XVII -ти касационен състав

Р Е Ш И:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 20208511 от 27.09.2020 г., постановено по НАХД № 6872 по описа за 2018 г. на Софийски районен съд, Наказателно отделение, 102-ри състав.

Решението е окончателно.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.