

РЕШЕНИЕ

№ 6077

гр. София, 05.11.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, IV КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ,
в публично заседание на 09.10.2020 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Галин Несторов

**ЧЛЕНОВЕ: Бранимира Митушева
Зорница Дойчинова**

при участието на секретаря Детелина Начева и при участието на прокурора Първолета Станчева, като разгледа дело номер **4932** по описа за **2020** година докладвано от съдия Зорница Дойчинова, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 - 228 от АПК, във вр. чл.63, ал.1, изр. последно от ЗАНН.

Образувано е по касационна жалба от [фирма], с ЕИК[ЕИК], представлявано от Н. И., чрез адв. В. срещу Решение от 20.04.2020 г., постановено по н. а. х. дело № 2390/2017 г. по описа на Софийски районен съд, НО, 122 състав, с което е потвърдено НП № F226409/09.11.2016 г., издадено от заместник директора на ТД на НАП - С., с което на основание чл. 185, ал. 2 ЗДДС на касатора, е наложено административно наказание „имуществена санкция” в размер на 3 000 лева за нарушение на чл.33, ал.1 от Наредба № Н-18/13.12.2006г. за регистриране и отчитане на продажбите в търговските обекти чрез фискални устройства, издадена от МФ /Наредба Н-18/.

В касационната жалба са развити доводи за немотивираност на съдебния акт, който е постановен повече от 2,5 години след обявяване на делото за решаване. Не са изложени никакви мотиви относно това защо са кредитирани събраните по делото доказателства. Счита решението и за необосновано, тъй като не са налице данни изобщо за нарушение, а освен това, това е първото констатирано нарушение за дружеството. Счита, че е изтекла три годишната погасителна давност от установяване на нарушението. Моли за отмяна на обжалваното решение и отмяна на Наказателното постановление.

В съдебно заседание се представлява от адв. В., която поддържа жалбата и моли за

нейното уважаване.

Ответникът, в съдебно заседание се представлява от юк Н., който оспорва жалбата и моли за нейното отхвърляне.

Представителят на софийска градска прокуратура счита жалбата за неоснователна, а решението за правилно и законосъобразно.

Административна съд С.-град, четвърти касационен състав, след като обсъди доводите на страните и прецени по реда на чл. 235, ал. 2 от ГПК, във вр. с чл. 144 от АПК приетите от СРС писмени доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

На 20.07.2016 г., в 13,50 ч. служители на ТД на НАП-С., извършили оперативна проверка на търговски обект – склад/магазин за дрехи, находящ се в [населено място], ул. С., бл. 24 Е, стопанисван и експлоатиран от касатора [фирма]. При проверката била засечена касова наличност от фискалното устройство на стойност 55,00 лв., видно от дневен финансов отчет №0540/20.07.2016 г., и фактическа наличност сума в брой в размер на 760 лв. съгласно направен опис на банкнотите. Т.е., констатирана е разлика между фактическата касова наличност и наличността по документи, отразена във фискалното устройство, която разлика е в размер на 705 лв. Установено от дневния финансов отчет е, че няма служебно въведени и служебно изведени суми. Установена от контролните органи разлика в размер на 705 лв. представлява въвеждане на пари в касата, извън случаите на продажби, която не е отразена чрез опцията служебно въведени суми.

Тези констатации са залегнали в нарочен протокол за извършена проверка № 0248581/20.07.2016 г., съставен в присъствието на представител на дружеството, който го е подписал без възражения. Към протокола е приложен опис на парите в касата, подписан от представител на дружеството и дневен финансов отчет от 20.07.2016 г., разпечатка от касовия апарат.

За резултата от извършената проверка, бил съставен АУАН № F226409/22.07.2016 г., в който било описано констатираното нарушение, изразяващо се в това, че [фирма] не е изпълнило задължението си, извън случаите на продажби, да отбележи всяка промяна в касовата наличност, в случая, въвеждане на пари в каса на ФУ, чрез операция служебно въведени суми. Нарушението е квалифицирано като такова по чл.33, ал.1 от Наредба № Н-18/13.12.2006 г. за регистриране и отчитане на продажби в търговските обекти чрез фискални устройства. АУАН е съставен в присъствието на представител на нарушителя. Не са направени възражения в срока.

Въз основа на АУАН F226409/22.07.2016 г. било издадено наказателно постановление № F226409/09.11.2016 г. от зам.-директора на ТД на НАП С., упълномощена със Заповед № ЗЦУ-1582/23.12.2015 г. да издава НП и да налага административни наказания по чл. 185 ЗДДС, с което, на основание чл. 185, ал.2 ЗДДС на нарушителя е наложена имуществена санкция в размер на 3 000,00 лв., като е посочено, че жалбоподателя е нарушил разпоредба на чл.33, ал.1 Наредба № Н-18/13.12.2006 г. Отразено е, че установената промяна в касовата наличност е в размер на 705 лв. и представлява въвеждане на пари от касата извън случаите на продажба, което не е регистрирано във фискалното устройство чрез операция „служебно въведени“ суми. Посочено е, че положителната разлика от 705 лв. Представлява неотразяване на приходи, а нарушението е за първи път.

НП е връчено на представител на дружеството на 23.01.2017 г.

Пред СРС са събрани и гласни доказателства, като са разпитани свидетели.

Съобразявайки така описаната и възприета фактическа обстановка, СРС е постановил обжалваното решение от 20.04.2020 г., постановено по н. а. х. дело № 2390/2017 г. по описа на съда, с което е потвърдено НП № № F226409/09.11.2016 г., издадено от заместник директора на ТД на НАП – С..

Пред настоящата инстанция не са ангажирани нови писмени доказателства по смисъла на чл. 219, ал. 1 от АПК.

При така установените факти, настоящия касационен състав на АССГ, достигна до следните правни изводи:

С Решение от 20.04.2020 г., постановено по н. а. х. дело № 2390/2017 г., СРС се е произнесъл по жалба против НП № F226409/09.11.2016 г., издадено от заместник директора на ТД на НАП - С.. С НП, за нарушение по чл. 33, ал.1 Наредба № Н-18/13.12.2006 г., с което на дружеството [фирма] е наложено административно наказание „имуществена санкция” в размер на 3 000 лева. СРС е потвърдил НП, като го е счел за законосъобразно.

Касационната жалба е допустима, като подадена срещу съдебно решение, подлежащо на касационен контрол, от надлежна страна по смисъла на чл. 210, ал. 1 АПК, във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН и при спазване на преклузивния 14-дневен срок по чл. 211, ал. 1 АПК, във вр. чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН.

Съдът намира подадената жалба за основателна, а решението на СРС за неправилно, поради следните съображения. Настоящият състав приема, че неправилно СРС е приел, че е налице нарушение на чл. 185, ал.2 ЗДДС.

Правилни са изводите на районния съд относно съответствието на АУАН и съставения въз основа на него НП, с процесуалните правила за тяхното издаване. Актовете са издадени от компетентен орган, съобразно изрично упълномощаване, в предвидената от закона писмена форма. Съдържат предписаните от закона реквизити като минимално изискуемо съдържание - чл. 42 и чл. 57 ЗАНН. При издаването им е спазен процесуалния ред за това, като е налице редовна процедура по връчването и на двата акта. АУАН и НП съдържат описание на нарушението, а обстоятелствата при извършването му са конкретизирани в пълнота. Спазени са сроковете за издаване на актовете по чл. 34, ал. 1 и ал. 3 от ЗАНН, както и срокът на абсолютната погасителна давност по чл. 81, ал. 3 във връзка с чл. 80, ал. 1, т. 5 от ЗАНН /ТП № 1/27.02.2015 г. по т.д. № 1/2014г. на ВКС и ВАС/. В този смисъл неоснователно е възражението за изтекла погасителна давност от датата на констатиране на нарушението до настоящия момент. От една страна, постановяването на съдебното решение извън предвидения в закона едномесечен срок, не представлява нарушение, водещо до отмяна на съдебния акт на това основание. Това може да бъде основание за търсене на дисциплинарна отговорност на съдията, но не и да се отмени решението.

От друга, съгласно разпоредбата на чл. 81, ал. 3 от НК независимо от спирането или прекъсването на давността, наказателното преследване се изключва, ако е изтекъл срок, който надвишава с една втора срока, предвиден в предходния член. Цитираната разпоредба намира приложение и в производството по ЗАНН на основание чл. 11 от ЗАНН и с оглед т. 2 на Тълкувателно постановление № 1 от 27.02.2015 г. на ВКС и ВАС. Съгласно цитираното Тълкувателно постановление разпоредбата на чл. 81, ал. 3 от НК следва да се прилага във връзка с чл. 80, ал. 1, т. 5 от НК или в случая абсолютната погасителна давност е 4 години и половина, считано от датата на

довършване на деянието /чл. 80, ал. 3 НК вр. чл. 11 ЗАНН/. Препращането по чл.11 ЗАНН е общо и важи за всички обстоятелства, които изключват административнонаказателната отговорност – и за тези по глава II НК, така и за тези по глава IX, в т.ч. за давността по чл.79, ал.1, т.2 НК. В конкретния случай нарушението е извършено на 20.07.2016 г., а давностния срок изтича на 20.01.2021 г. от това е видно, че към датата на постановяване на настоящето решение, давността не е изтекла. Не е ясно на какво основание, жалбоподателят претендира да е итекла тригодишна давност, доколкото съгласно описаното по-горе, давностния срок е 4 години и шест месеца от датата на извършване на нарушението.

Предвид на това и АУАН и издаденото въз основа на влезлия в сила акт, НП са издадени при спазване на процесуалните правила.

Административен съд София - град, в настоящия касационен състав, намира, че постановеното от районния съд съдебно решение е валидно, допустимо, но постановено в противоречие с материалния закон и доказателствата по делото.

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 доказателствата. Фактите са установени в пълнота и правилно от районния съд, като при тяхната съвкупна преценка е изведен правния извод за съставомерност на вмененото на дружеството нарушение. Районният съд е анализирал производството по ангажиране отговорността на нарушителя и е достигнал до извод, че от извършената от служители на АНО проверка, действително е установено нарушение на чл. 33, ал.1 Наредба № Н-18/13.12.2006 г., тъй като била констатирана разлика между фактическата касова наличност и наличността по документи, която разлика е в размер на 705 лв. чл. 33, ал. 1 от Наредба № Н-18/13.12.2006 г. предвижда извън случаите на продажби, всяка промяна на касовата наличност (начална сума, въвеждане и извеждане на пари във и извън касата) на ФУ да се регистрира във ФУ чрез операциите "служебно въведени" или "служебно изведени" суми. В конкретния случай сумата от 705 лв. е била въведена в касата извън случаите на продажба, но не е била отразена във ФУ, което безспорно представлява нарушение на посочената разпоредба и е основание за ангажиране отговорността на касатора. По този начин дружеството не е изпълнило задължението си да регистрира всяка промяна в касовата наличност /начална сума, въвеждане и извеждане на пари в и извън касата/ на фискалното устройство във фискалното устройство чрез операциите „служебно въведени“или „служебно изведени“ суми, тъй като за търговеца е възникнало задължение да регистрира във фискалното устройство настъпилата промяна в касовата наличност в момента на извършването и с точност до минута. Наличието на нарушението се установява по безспорен начин от събраните по делото доказателства. Констатираното нарушение е основа за издаването на НП, в което ясно, точно и конкретно е описано нарушението, за което лицето е санкционирано.

Настоящият съдебен състав обаче приема, че не са налице доказателства, от които да се установява, че разликата в касовата наличност се дължи на неотразяване на приходи от страна на ответника по касация, за да се приложи чл. 185, ал.2 ЗДДС. 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 обстоятелства не трябва да се предполага, а трябва да бъде доказано по безспорен начин. При определяне на наказанието за този вид нарушение административнонаказващият орган (АНО) във всички случаи следва да изложи съображенията дали, защо и въз основа на какви доказателства приема, че е налице неотразяване на приходи. Не може да се приеме, че винаги, когато разликата между сумата по дневния финансов отчет (ДФО) и фактическата наличност в касата е положителна, е налице укрит приход. 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 в дневния отчет на ФУ суми, наказващият орган е могъл и е следвало да изясни произхода на констатираните в повече парични средства – нещо, което не е сторено както при проверката, така и преди съставянето на АУАН и издаването на НП, вкл. при описание на нарушението. Единственото констатиране в НП, че положителната разлика от 705 лв. Представлява неотразяване на приходи има изцяло декларативен характер, не подкрепен с надлежните доказателства. За тази хипотеза е приложима нормата на чл.185, ал.2, изр.2, вр. ал.1 ЗДДС.

Предвид изложеното, настоящият касационен състав приема, че може и следва да измени НП, като наложи състава за по-леко наказуемото деяние. В правомощията на съда по чл. 63, ал.1 от ЗАНН и съгласно чл. 337, ал.1, т.2 във връзка с 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. Настоящият състав приема, че е налице правна възможност за такава преквалификация. Прието за установено е, че извършеното деяние е правилно квалифицирано като нарушение на разпоредбата на чл. 33, ал.1 от горесцитираната наредба. Следователно, на правилно квалифицираното нарушение не съответства приложената санкционна норма, а релевантна е тази по чл.185, ал.1 ЗДДС, определяща значително по-нисък размер на санкцията. При тези данни, СРС, неправилно не е съобразил нормите на чл. 63, ал.1, пр.2 от ЗАНН и чл. 337, ал.1, т.2 от НПК, вр. с чл. 84 от ЗАНН, които дават възможност да се измени НП, прилагайки съответния закон, а именно чл.185, ал.2, изр.второ във вр. с ал. 1 ЗДДС, приложим за същото нарушение, за което е съставен АУАН. При доказано нарушение, неправилно приложената от АНО санкция подлежи на изменение, ако подлежащата на прилагане съответна санкция предвижда налагане на същото или по-леко наказание при промяна на правната квалификация, какъвто е и процесния случай. Несъответствието на правната квалификация, при хипотезата на чл. 337, ал.1, т.2 от НПК, води до изменение, а не до отмяна на НП. В този смисъл правомощията на касационната, респ. въззивната инстанция са коментирани в ТР № 3 от 10.05.2011 г. на ВАС по тълк. дело №7/2010 г. На практика, не е налице преквалификация на нарушението, а се прилага закон за по-леко наказуемо нарушение, т.е. по-благоприятния закон за правилно квалифицираното нарушение.

По изложените съображения и след като е установил извършване на нарушение по чл.

33, ал. 1 от Наредба Н-18 от 13.12.2006 г. районният съд е следвало да преквалифицира деянието като наказуемо по чл.185, ал.1 ЗДДС, респ. да измени размера на наложената с НП имуществена санкция от минималния такъв по чл.185, ал.2 ЗДДС от 3000 лв. на минималния такъв по чл.185, ал.1 ЗДДС – 500 лв. Доколкото същото е в правомощията на касационната инстанция и по изложените съображения, е дължима частична отмяна на обжалваното решение на СРС и изменение на НП съобразно правомощията по чл.222, ал.1 АПК, вр. чл.63, ал.1 ЗАНН и доколкото не са налице основанията по чл.222, ал.2 АПК за връщане на делото за разглеждане от друг състав на СРС – делото е изяснено от фактическа страна, със събиране на писмени и гласни доказателства.

По изложените съображения и на основание чл. 221, ал. 2 АПК, във вр. с чл. 63, ал. 1, изр. 2 ЗАНН, Административен съд София – град, IV-ти касационен състав.

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение от 20.04.2020 г. на СРС, постановено по н.а.х.д. № 2390/2017 г., с което е потвърдено НП № F226409/09.11.2016 г., издадено от заместник директора на ТД на НАП – С. относно наложена на [фирма], с ЕИК[ЕИК], имуществена санкция за разликата над 500 лв. до определените 3000 лв. и ВМЕСТО НЕГО

ИЗМЕНЯ наказателно постановление № F226409/09.11.2016 г., издадено от заместник директора на ТД на НАП – С., с което на [фирма], с ЕИК[ЕИК], на основание чл.185, ал.2 от ЗДДС е наложена имуществена санкция в размер на 3000 (три хиляди) лв. за нарушение на чл. 33, ал. 1 от Наредба Н-18 от 13.12.2006 г., като на основание чл.185, ал.1 ЗДДС налага имуществена санкция в размер на 500 (петстотин) лв.

РЕШЕНИЕТО е окончателно и не подлежи на обжалване и протест.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.

2.