

РЕШЕНИЕ

№ 189

гр. Бяла, 14.12.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

РАЙОНЕН СЪД – БЯЛА в публично заседание на четиринадесети ноември през две хиляди двадесет и втора година в следния състав:

Председател: Лилия М. Ненова

при участието на секретаря Пенка Вл. Цанкова
като разгледа докладваното от Лилия М. Ненова Административно
наказателно дело № 20224510200197 по описа за 2022 година

за да се произнесе съобрази следното:

Производството е образувано след като с Решение № 227/15.07.2022 г. по КАНД № 160/2022 г. по описа на Административен съд - Русе делото е върнато за ново разглеждане от друг състав на съда. След отвод на първоначално определения съдебния състав, обективизиран в протоколно определение от 19.10.2022 г., АНД № 197/2022 г. на РС-Бяла е разпределено за разглеждане и решаване от настоящия съдебен състав.

Делото е образувано по повод на жалба на „КВС-КА“ ЕООД, ЕИК *****, седалище и адрес на управление: гр.Б., обл.Р., ул.“С. С.“ № ., вх., ет., представлявано от управителя К. Г. М., против Наказателно постановление № 607557 от 20.10.2021 г., издадено от Началника на Отдел „Оперативни дейности“ – Варна в Централно управление на Национална агенция по приходите, с което на жалбоподателя на основание чл.185, ал.2 от ЗДДС е наложено административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 3 000 лева, за нарушение на чл.7, ал.3 от Наредба № Н-18 от 13 декември 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.

Жалбоподателят счита, че наказателното постановление е неправилно и незаконосъобразно, издадено при съществено нарушение на процесуалните правила и на материалния закон и моли за отмяната му.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адвокат А. С. от АК-Русе. Процесуалният представител счита, че при издаването на оспорвания акт са нарушени разпоредбите на чл.40 от ЗАНН, тъй като акта за установяване на административно нарушение /АУАН/ не е съставен в

присъствието на нарушителя и на свидетеля, присъствал при установяване на нарушението. Счита документите, въз основа на които е съставен акта за изготвени в нарушение на чл.50 от ДОПК, поради което оспорва доказателствената им сила. Сочи, че АУАН е съставен единствено въз основа на твърденията на актосъставителя, който фактически е органът, който установява нарушението и повдига обвинението, като констатациите на същия не могат да бъдат проверени, поради непосочване на лицето, извършило покупка на автомата за кафе. Моли за отмяна на наказателното постановление и присъждане на разноски на подзащитния му, включително за предходното разглеждане на делото.

Въззиваемата страна не се представлява в съдебно заседание. В писмено становище заема позиция за липса на допуснати съществени процесуални нарушения при съставянето на акта за установяване на административно нарушение. Изтъква, че представените по делото протоколи съставляват доказателствени средства, а не официални документи. Счита, че нарушението е безспорно установено.

Районна прокуратура – Русе, ТО - Бяла, редовно призовани, не изпращат представител и не вземат становище по жалбата.

Съдът, след преценка на събраните по делото доказателства, прие за установено от фактическа страна следното:

Свидетелят К. Р. Д., старши инспектор по приходите в ЦУ на НАП, съвместно с А. А. К., също инспектор по приходите, извършили проверка на обекти на жалбоподателя, находящи се на различни адреси в гр.Бяла. На 28.07.2021 г. около 11:30 ч. инспекторите посетили адрес гр.Б., ул.“Б. Х.” № ., на партера на Районен съд – Бяла, където имало вендинг автомат, собственост на жалбоподателя, с фискално устройство рег.№ 3455866. Извършили „скрито наблюдение“ на покупка на кафе от лице, с неустановена по делото самоличност и съставили протокол № 0434532 от 28.07.2021 г. за констатациите. В хода на проверката бил съставен и протокол № 0434533 от 28.07.2021 г. за представяне от Община Бяла на договор от 04.06.2019 г. между общината и „КВС-КА“ ЕООД за наем на терен с площ 1 кв.м. на улица „Бунар Хисар“ № 9 в гр.Бяла за поставяне на кафе-автомат. Бил съставен и протокол № 0434537 от 28.07.2021 г. за извършено посещение на адреса за кореспонденция на „КВС-КА“ ЕООД, при което не бил установен нито представляващия дружеството, нито упълномощено от него лице. След осъществен контакт по телефон била организирана среща с представляващия дружеството, като същият представил писмени документи и бил съставен протокол № 0434535 от 28.07.2021 г., с който представляващият бил поканен да се яви в офиса в гр.Русе на 24.08.2021 г. в 10:00 ч. за съставяне и връчване на АУАН. На 29.07.2021 г. била извършена проверка в програмен продукт „Фискални устройства с изградена дистанционна връзка“, при която било установено, че ФУВАС с рег.№ 3455866 няма изградена дистанционна връзка с НАП. Това било отразено в протокол № 0434538 от 29.07.2021 г. На 10.08.2021 г. бил съставен АУАН № F622663 на дружеството, който бил подписан от представляващия К. Г. М. без възражения. Актът бил съставен в присъствието на лицата И. В. и И. Д. - служители на НАП. При съставянето на акта на представляващия дружеството-жалбоподател бил връчен и препис от

протокола за констатациите от „скритото наблюдение“. Въз основа на така съставения АУАН било издадено обжалваното наказателно постановление, връчено на 04.11.2021 г.

Фактическата обстановка съдът установи след преценка на приложените и приобщени към делото гласни доказателствени средства, посредством разпита на свидетеля Д. и писмени доказателства – заверени копия на НП № 607557 от 20.10.2021 г., АУАН № F622663 от 10.08.2021 г., протокол за извършена проверка № 0434538 от 29.07.2021 г., справка за данни от Z отчети на ФУ/ИАСУТД, протокол за извършена проверка № 0434537 от 28.07.2021 г., протокол за извършена проверка № 0434533 от 28.07.2021 г., договор за наем № Д-165 от 04.06.2019 г., протокол за извършена проверка № 0434532 от 28.07.2021 г., протокол за извършена проверка № 0434535 от 28.07.2021 г., 2 бр. свидетелство за регистрация на фискално устройство, 2 бр. договори за абонаментно обслужване на електронни касови апарати; заповед № ЗЦУ-1149 от 25.08.2020 г.; разписка за получаване на НП.

При така установената фактическа обстановка, съдът достигна до следните правни изводи:

Жалбата е подадена от процесуално легитимирана страна и в законоустановения в чл.59, ал.2 от ЗАНН срок, поради което същата се явява процесуално допустима. Разгледана по същество е основателна.

Видно от писмените доказателства по делото, в настоящия случай АУАН е съставен в нарушение на чл.40, ал.3 от ЗАНН. Безспорно се установи от показанията на актосъставителя – свид.Д., че посочените в акта свидетели, не са присъствали по време на осъществяването на място проверка и не са възприели директно и непосредствено извършването на нарушение. Същевременно се установи, че на мястото на проверката са присъствали други лица - свидетели по смисъла на чл.40, ал.1 от ЗАНН, а именно: лицето А. К. – инспектор по приходите, както и лице с неустановена по делото самоличност, извършило покупка на напитка от кафе-автомата. Никое от тези лица обаче не е посочено в акта като свидетел-очевидец. Актосъставителят не се е съобразил с това обстоятелство и вместо свидетел-очевидец е вписал като свидетели в акта други двама свои колеги - Й. Д. и И. В., които са свидетели единствено при съставяне на АУАН /макар това да не е изрично отбелязано в него/.

Съдебната практика трайно е възприела, че нарушаването на правилото по чл.40, ал.1 във вр. с ал.3 от ЗАНН е съществено процесуално нарушение. В тази връзка още през 1973 г. Върховният съд е дал задължителни за всички административно-наказващи органи указания /вж. *Постановление № 10/28.09.1973 г. по н. д. № 9/73 г. на Пленум на ВС/*, като че „при наличие на очевидци при извършване на нарушение или при констатиране на същото следва те да се посочат в акта като свидетели, за да се осигури разкриването на обективната истина“. В случая изпълнителното деяние е от такова естество, което позволява личното му възприятие, то не е от вида на деянията, които могат да бъдат установени по документи. Ето защо вписването в акта като свидетели на лицата, присъствали при извършване на нарушението цели доказване на самото нарушение чрез разпита им от съда при евентуално оспорване на наказателното постановление. Нарушаването на изискването по

чл.40, ал.1 във връзка с ал.3 от ЗАНН е достатъчно основание за отмяната на наказателното постановление.

Заетата от въззиваемата страна процесуална позиция за безспорна установеност на нарушението не се споделя от настоящия съдебен състав. Вярно е, че съгласно ДОПК съставените при извършване на проверки протоколи представляват писмени доказателства, като същите удостоверяват извършените от длъжностните лица действия и изявления, както и удостоверените факти и обстоятелства. Съгласно чл.40, ал.1 от ДОПК протоколът служи за обезпечаване на доказателства и следва да се състави при съобразяване на законовите изисквания на чл.50 от ДОПК и следващите. Съдът констатира, че както приложеният по делото протокол от проверка № 0434532/28.07.2021 г., така и останалите протоколи, изготвени от органите на приходите във връзка с процесния случай, не са съставени в съответствие със законоустановените правила, а в нарушение на чл.50, ал.3 и ал.5 от ДОПК. Тези протоколи са подписани единствено от проверяващите лица, липсват подписи на проверяваното лице, на негов представител или служител. От показанията на свидетеля Д. се установява, че представляващият дружеството-жалбоподател е запознат с резултата от проверката едва в деня, в който му е връчен АУАН /едва на тази дата в нарушение на изискването на чл.50, ал.3 от ДОПК на същия е предоставен екземпляр от протокола/. В този смисъл по аргумент за обратното от чл.50, ал.1 от ДОПК протоколът не може да служи за доказателство за извършените от служителите на НАП и пред тях действия и изявления и установените факти и обстоятелства. Още повече, че проверката е извършена в отсъствието на представител на собственика на вендинг автомата, като не му е дадена възможност да направи своите бележки, искания и възражения в него. Действително, съгласно чл.36 от ЗАНН, административно-наказателното производство започва със съставяне на акт за установяване на административно нарушение. Съставеният преди това констативен протокол не е част от административно-наказателното производство и може да бъде само доказателство по делото, но при изключването му, както в случая, извършването на нарушението следва да се установи от наказващия орган посредством останалите гласни и писмени доказателства. Изложените по-горе съображения обаче са важими и за останалите протоколи, съставени от служителите на НАП, извън протокола от проверката на място пред кафе-автомата - пороците при съставянето им са съществени, поради което и не могат да имат дори доказателственото значение по смисъла на чл.50, ал.1 от ДОПК.

Следва да се има предвид, че АУАН не се ползва с презумптивна доказателствена сила и върху административно-наказващия орган лежи доказателствената тежест да докаже пред съда по безспорен начин, с допустими от закона доказателствени средства, че административното нарушение е извършено от соченото за нарушител лице.

От отразеното в АУАН и от разпита на актосъставителя се установява, че нарушението е установено посредством „скрито наблюдение“ от и в присъствие на органи по приходите, като при покупка от автомата от клиент, на дисплея не се визуализира фискален бон. Липсват индивидуализиращи данни за лицето, което е извършило покупката, както и оето е извършило покупката. снети обяснения от същото, от които да се установят конкретните обстоятелства на покупката. В съдебно заседание свид.Д. също не излага конкретни твърдения за това, което поставя под съмнение иначе детайлно

отразените в акта факти на покупката, което сочи на недоказаност на резултатите от първия етап на проверката-проверката на обекта на място. Явно не се касае за извършване на контролна покупка по смисъла на §1, т.6 от ДР на Наредба № Н-18 от 13.12.2006 г., съгласно която „контролна покупка“ се извършва от или под контрола и наблюдението на органите на НАП и се документира с протокол за проверка; чрез контролната покупка се констатира спазването от лицата по чл.3 изискванията по тази наредба за регистриране на продажби на стоки или услуги с изискуемия документ за конкретния случай.

Не е налице нито една от посочените хипотези, тъй като покупката не е извършена от орган на НАП, нито покупката е извършена при кумулативното наличие на две предпоставки – под контрол и под наблюдение на приходен орган. От показанията на св.Д. се установява, че е извършено единствено наблюдение на покупката от клиент. Следователно това просто наблюдение не може да се приеме, че е контролно действие, респективно „контролна покупка“.

На следващо място, съдът съобрази и нормата на чл.7, 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 изискванията към лицата, които извършват продажби чрез електронен магазин, според която лицата по чл.3 от наредбата са длъжни да монтират, въведат в експлоатация и използват регистрирани в НАП ФУ/ИАСУТД от датата на започване на дейността на обекта, а съгласно ал.3 на същия член не се допуска работа с ФУ/ИАСУТД от лицата по чл.3 без изградена дистанционна връзка с НАП, освен в случаите, посочени в тази наредба. Съдът намира, че нарушението на чл.7, ал.3 от Наредбата обхваща случаите, когато изобщо липсва изградена дистанционна връзка с НАП, а не при наличие на такава, но неработеща в определен времеви етап. Видно е от доказателствата по делото, че в търговския обект е имало изградена дистанционна връзка с НАП, но е прекъсната, като не са установени причините за това прекъсване дали се дължат на работата на самото ФУ, имало ли е въобще такова в автомата, или прекъсването на връзката е резултат от поведението на санкционираното лице, респ. на негов служител.

На последно място, съдът констатира още, че отговорността на жалбоподателя е ангажирана на основание разпоредбата на чл.185, ал.2 от ЗДДС. Съгласно чл.185, ал.2, изр. второ от ЗДДС, когато нарушението не води до неотразяване на приходи, се налагат санкциите по ал.1. Анализът на нормите налага извода, че за да се наложи на търговец наказание „имуществена санкция“ в размерите по чл.185, ал.1 от ЗДДС, следва нарушението по ал.2 да е довело до неотразяване на приходи, факт, който е елемент от състава на административното нарушение и който подлежи на установяване и доказване от наказващия орган, както и изрично посочване в описание на нарушението. След като законодателят изрично е посочил в изречение второ на чл.185, ал.2 от ЗДДС, че не следва от деянието да са настъпили вредоносни последици за фиска, то такива констатации следва да има и в АУАН и в НП. В случая такива констатации липсват, което настоящият съдебен състав намира за недопустимо, тъй като същите са елемент от състава на административното нарушение и следва да са посочени както в АУАН в съответствие с изискванията на чл.42, т.4 от ЗАНН, така и в НП в съответствие с изискванията на чл.57, ал.1, т.5 от ЗАНН. Констатираните нарушения на административно-производствените правила

по чл.42, т.4 от ЗАНН и по чл.57, ал.1, т.5 от ЗАНН са съществени, не могат да бъдат санирани в съдебната фаза и съставляват самостоятелно основание за отмяна на обжалваното наказателно постановление.

По изложените съображения съдът намира, че обжалваното наказателно постановление следва да бъде отменено като незаконосъобразно.

На основание чл.63, ал.3 от ЗАНН на жалбоподателя следва да се присъдят направените по делото разноски за адвокатско възнаграждение, които съгласно представения договор за правна защита и съдействие № 013467 от 06.01.2022 г. възлизат в размер на 500лв.

Предвид изложеното и на основание чл.63, ал.1 от ЗАНН, съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Наказателно постановление № 607557 от 20.10.2021 г., издадено от Началник на отдел „Оперативни дейности“ – Варна при ЦУ на НАП, с което на „КВС-КА“ ЕООД, ЕИК*****, на основание чл.185, ал.2 от ЗДДС е наложено административно наказание „имуществена санкция“ в размер на 3 000 лева, за нарушение на чл.7, ал.3 от Наредба № Н-18 от 13 декември 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.

ОСЪЖДА Национална агенция по приходите гр.С., бул.“К. Ал.Д.“ № .., да заплати на „КВС-КА“ ЕООД, ЕИК *****, седалище и адрес на управление: гр.Б., обл.Р., ул.“С. С.“ № ., вх., ет., представлявано от управителя К. Г. М., сумата от **500 лв. /петстотин лева/**, представляващи разноски за заплатено адвокатско възнаграждение в производството.

Решението подлежи на обжалване по реда на АПК в 14-дневен срок от съобщаването му на страните пред Административен съд – Русе.

Съдия при Районен съд – Бяла: ____/п/____