

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

№

Гр. Варна, 28.02.2014 година

Административен съд – Варна, V състав, в закрито заседание на двадесет и осми февруари две хиляди и четиринадесета година, в състав:

Съдия: Ивелина Янева

като разгледа адм. дело № 208/14г. по описа на АдмС - Варна, за да се произнесе, взе предвид следното:

Образувано е по жалба на ООД „Италес” със седалище и адрес на управление с.Развигорово, общ.Шумен, ул.”Славянка” №31 срещу ревизионен акт № 271005285 / 31.01.2011г., издаден от орган по приходите при ТД на НАП – гр.Варна, потвърден с Решение № 198 от 09.05.2011г. на Директора на Дирекция на „ОУИ” – гр.Варна при ЦУ на НАП / с ново наименование Дирекция „Обжалване и данъчно-осигурителна практика”/, с който на жалбоподателя за данъчни периоди м.11 и 12.2009г. е отказано право на приспадане на данъчен кредит общо в размер на 32 654,62лв. В хода на произнасяне по същество по повдигнатия спор, съдът намира, че за правилното решаване на правния спор, с който е сезиран, следва да бъдат тълкувани разпоредби на общностното право, във връзка с което счете за необходимо по своя инициатива да отправи преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз по реда на чл. 267, пар. 3 от Договора за функциониране на Европейския съюз.

I. Страни по делото:

1. Жалбоподател - ООД „Италес” със седалище и адрес на управление с.Развигорово, общ.Шумен, ул.”Славянка” №31 с представляващ Й. П. Я.

2. Ответник – Директора на Дирекция „Обжалване и данъчно осигурителна практика” – гр.Варна при Централно управление на Националната агенция по приходите.

II. Предмет на делото:

Ревизионен акт № 271005285 / 31.01.2011г., издаден от орган по приходите при ТД на НАП – гр.Варна, с който на жалбоподателя за данъчни периоди м.11 и 12.2009г. е отказано право на приспадане на данъчен кредит общо в размер на 32654,62лв.

III. Фактическа обстановка, относима към предмета на запитването:

III.1. ООД „Италес,, е регистрирано по ЗДДС считано от 09.05.2007г., през ревизионния период осъществява основна дейност търговско посредничество с дървен и строителен материал и търговия с диворастящи гъби манатарки.

III.2. През данъчни периоди м.11 и 12.2009г. дружеството упражнява право на приспадане на данъчен кредит по 3 броя фактури с предмет замразена и сушена манатарка, издадени от ЕООД „Аква дриймс”, ООД „Визита Трейд Къмпани” и ООД „Фунги”.

III.3. Извършени са насрещни проверки на доставчиците, при които е установено, че фактурите са издадени от регистрирани по ЗДДС лица, отразени са в СД-ии и ДПр за съответния период, както и в счетоводството на дружествата.

III.4. По отношение на ЕООД „Аква дриймс” е установено, че дружеството няма назначени лица по трудов договор. Съгласно писмени обяснения от управителя стоката е закупувана от спедитор и посредник - В С Й – от физически лица, сделката е извършена в гр. Пловдив, като транспорта и разходите са за сметка на „Италес” ООД. Представени са копие на фактурата, движение по сметка 304 партида "гъби", оборотна ведомост за м.11.2009г., международна товарителница, протоколи от В С Й за закупена прясна гъба манатарка и заплатени суми от името и за сметка на „Аква дриймс” ЕООД, Договор за поръчка за изкупуване на стока от 25.09.2009г. сключен между „Аква дриймс” ЕООД /възложител/ и В С Й/ изпълнител. Извършени са насрещни проверки на 83 физически лица, посочени в протоколи като доставчици, от които са закупувани пресни гъби, при които е установено, че част от тях не са пребивавали в Република България, друга част декларират, че не са брали и предавали гъби, а трета не могат да бъдат открити и не дават обяснения. Няма нито едно физическо лице, което да потвърждава предаването на гъби.

III.5. На В С Й е извършена проверка, като съгласно писмените му обяснения предаването на стоката се извършва в с. Радилово пред къщата на приятеля му Н М /без да се посочва конкретен адрес/, в транспортно средство Форд Транзит с рег. №РА 25 56 АК, собственост на приятеля му Й С от същото село. Берачите доставят гъбите с различни леки автомобили. Не са изготвяни товарителници и приемо-предавателни протоколи. Сам изчиства и измива гъбите, без да посочва къде, и сам ги пакетира и замразява/8000 кг./. По отношение на останалите документи – документи за платени такси, позволителни и т.н. – няма задължение да контролира берачите. Не са изготвяни ППП т.к. фирмата не му изисква такива. Изчистената гъба измива добре, след което я закарва в хладилна база на фирма „ДАППЕР 1995”, гр.Пловдив. Там я подрежда на палети и с техния приемчик вкарват за дълбоко замразяване. На другия ден кашонира гъбите и ги прибира в отреден отделен хладилник за съхранение.

III.6. По отношение на ООД „Визита Трейд Къмпани” е установено, че основен предмет на дейност на дружеството е изкупуване, преработка и износ на диворастващи гъби и горски плодове, за което то притежава собствен комплекс за замразяване, сушене и съхранение на продукцията на територията на с. Белащица, община Родопи, гр. Пловдив. Предаването на стоката е извършено в склада на продавача и транспортните разходи са за сметка на купувача. Документи относно приемането и предаването на стоката не са представени. Като предходни доставчици са посочени лицата К П Р и Ц М М, с които са сключени договори за поръчка. Извършени са насрещни проверки на двете лица, при които и двамата твърдят в писмени обяснения, че изкупуването на гъбите става на място в производствената база на дружеството, като гъбите се носят на място от берачите или прекупвачите и с техен транспорт. Задълженията на лицата включват заплащане на гъбите със средства на доверителя, окачествяване и премерване на стоката и съхраняването ѝ в хладилно помещение преди преработката в производствената база, намираща се в същия обект, където се изкупуват гъбите.

III.7. По отношение на ООД „Фунги” е установено, че дружеството ползва под наем хладилни складове собственост на ООД „Визита трейд къмпани”, където и е предадена стоката на купувача. Стоката е предадена на две части на 05.11.2009г. и на 27.11.2009г., за което са съставени приемо-предавателни протоколи, а транспорта е за сметка на получателя. Като предходен доставчик е посочен ООД „Визита Трейд Къмпани”.

III. 8. От ревизираното лице са представени доказателства за продажба на замразени и сушени манатарки на дружество, регистрирано за целите на ДДС в

Република Италия, като са издадени фактури на 05.11.2009г. и на 27.11.2009г. ВОД е надлежно деклариран и получателя потвърждава получаването на стоката. Представени са и две международни товарителници с посочени в тях товарни пунктове Развигорово и Пловдив.

III.9. Въз основа на така установеното органите по приходите приемат, че липса на доставка по смисъла на чл.6 от ЗДДС от посочените лица. Доколкото стоката по процесните фактури представлява родовоопределена вещь, е прието, че не са представени доказателства за произхода ѝ. След като преките доставчици не доказват закупуването на гъби, то те не могат и да ги продадат на ревизираното лице. Правото на приспадане на данъчен кредит е отказано на основание чл.70, ал.5, връзка с чл.6, чл.25, чл.68, ал.1, т.1 и чл.69 от ЗДДС.

III.10. Ревизионния акт е обжалван по административен ред пред Директора на Дирекция "Обжалване и управление на изпълнението" – Варна при Централно управление на Националната агенция по приходите. С Решение № 198 от 09.05.2011г. той е потвърден.

III.11. В хода на съдебното производство се представят доказателства за потвърждаване на получаването на стоката в Република Италия и от информация по обмен на данни между приходните администрации на страните-членки, включително и декларирането на доставките и начисляване на ДДС от получателя.

IV. Приложими нормативни разпоредби

A. Национално право

IV.A.1. Приложимият материален закон е Закон за данък върху добавената стойност.

IV.A.2. Съгласно чл.6 от ЗДДС (1) Доставка на стока по смисъла на този закон е прехвърлянето на правото на собственост или друго вещно право върху стоката.

IV.A.3. Съгласно чл.12, ал.1 от ЗДДС Облагаема доставка е всяка доставка на стока или услуга по смисъла на [чл. 6](#) и [9](#), когато е извършена от данъчно задължено лице по този закон и е с място на изпълнение на територията на страната, както и доставката, облагаема с нулева ставка, извършена от данъчно задължено лице, освен в случаите, в които този закон предвижда друго.

IV.A.4. Съгласно чл.68 от ЗДДС данъчен кредит е сумата на данъка, която регистрирано лице има право да приспадне от данъчните си задължения по този закон за:

1. получени от него стоки или услуги по облагаема доставка;
2. извършено от него плащане, преди да е възникнало данъчното събитие за облагаема доставка;
3. осъществен от него внос;
4. изискуемия от него данък като платец по глава осма.

(2) Правото на приспадане на данъчен кредит възниква, когато подлежащият на приспадане данък стане изискуем.

IV.A.5. Съгласно чл.70, ал.5 от ЗДДС не е налице право на данъчен кредит за данък, който е начислен неправомерно.

B.Общностно право

IV.Б.1. Разпоредби от Директива 2006 / 112 / ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност.

IV.Б.2. Съгласно т.59 от преамбюла на Директива 2006 / 112 / ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност държавите-членки следва да могат в определени граници и при определени условия да въвеждат или да продължават да прилагат специални мерки чрез дерогация на настоящата директива, за да опростят събирането на данъка или да предотвратят някои форми за неплащане или избягване на данъка.

IV.Б.3. Съгласно член 2, т.1, б."а" от Директива 2006 / 112 / ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност подлежи на облагане с ДДС възмездната доставка на стоки на територията на дадена държава-членка от данъчнозадължено лице, действащо в това си качество.

IV.Б.4. Съгласно чл.63 от Директива 2006 / 112 / ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност данъчното събитие настъпва и ДДС става изискуем, когато стоките или услугите са доставени.

IV.Б.5. Съгласно чл.168 от Директива 2006 / 112 / ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност Доколкото стоките и услугите се използват за целите на облагаемите сделки на данъчнозадължено лице, същото има правото, в държава-членка, в която извършва тези сделки да приспадне следното от дължимия данък върху добавената стойност, който то е задължено да плати:

а) дължимия или платен ДДС в тази държава-членка по отношение на доставката за него на стоки или услуги, извършена или която предстои да бъде извършена от друго данъчнозадължено лице;

V. Съдебна практика

V.1. По отношение на аналогични доставки на ООД „Италес“ са издадени още два ревизионни акта, които са били предмет на съдебна проверка. Общи факти и по отношение на трите ревизионни акта е предмета на сделките – сушени и замразени гъби – и документирания ВОД на същите с получател едно и също италианско дружество, което декларира доставките и начислява ДДС. Налице е идентичност и на част от преките доставчици в два от случаите. Споровете по предходните два ревизионни акта са решени по противоположен начин от различни състави на Върховния административен съд – с Решение № 17445 / 17.12.2013г. е отменено решение на първоинстанционния съд и е отменен ревизионния акт в частта относно доставки от ООД „Визита Трейд Къмпани“ и др. С Решение 15794 / 12.11.2012г. е оставено в сила решение на първоинстанционния съд, с което е потвърден ревизионния акт. И в двете решения е обсъждано приложението на постановени от СЕС решения по тълкуване на Директива 2006/112.

V.1.1. По приложението на чл. 70, ал.5 от ЗДДС е налице противоречива практика Върховния административен съд на Република България, представляващ окончателна съдебна инстанция по спорове като настоящия.

V.1.2. В част от решенията на Върховния административен съд се приема, че за да бъде признато правото на приспадане на данъчен кредит на получателя, е необходимо да е доказано предаването и приемането на стоката и нейната последваща реализация, независимо от липсата на установен произход на стоката. / Решение № 16003 / 03.12.2003г. /

V.1.3. В друга част от решенията на Върховния административен съд /постановени дори от същи състави като посочените по т.V.1.2./ се приема, че определящо пи преценката за реално извършване на доставката е ресурсната обезпеченост на доставчика със съответната стока, тъй като никой не може да прехвърли повече права от колкото притежава. / Решения № 15239 / 19.11.2013г., № 16185 / 05.12.2013г./

V.2. На Настоящият съдебен състав е известна многобройната Практика на Съда на Европейските общности по тълкуването на разпоредбата на чл.168 от Директива 2006 / 112 / ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност или съответната ѝ разпоредба на чл.17, параграф 2 от Директива 77 / 388 / ЕИО относно общата система на данъка върху добавената стойност, от която може да се изведат следните принципи:

- правото на приспадане на данъчен кредит възниква по отношение на действителни сделки.

- веднъж възникнало, правото на приспадане на данъчен кредит не може да бъде ограничавано и отказвано, освен ако въз основа на обективните данни, представени от органите по приходите, да се установява, че данъчнозадълженото лице е знаело или е трябвало да знае, че сделката, с която обосновава правото на приспадане, е част от данъчна измама.

V.2.1. Настоящия състав установи, че практиката на Съда на Европейските общности по тълкуване на посочените разпоредби се възприема по различен начин от различните състави на Върховния административен съд. Една част приемат, че основен спор по дело С-80/11 е дали е налице доставка и даденото от СЕС разрешение на същия е, че липсата на кадрова обезпеченост и на право на собственост върху стоката у предходния доставчик не води до извод за липсата на доставка и не е основание за отказ на претендираното право. Други състави приемат, че наличието на доставка не е спорно в главното производство, поради което и обстоятелствата за обезпеченост с кадри и стоки у преките доставчици не представлява самостоятелно основание за отказ на правото на данъчен кредит. / Решение № 17244/19.12.2013г., № 17364 / 20.12.2013г., № 17128 / 18.12.2013г./

VI. Доводи и правни изводи на страните.

VI.1. Жалбоподателят навежда доводи, че оспорените от приходната администрация фактури документират действително получени стоки, които в последствие са продадени в Италия и е деклариран ВОД. Изложени са подробни съображения за приложимост в конкретния спор на постановени решения на СЕС по дела С-80/11, С-285/11 поради идентичност на фактите по главните производства.

VI.2. Ответника счита, че след като прекия доставчик не доказва закупуването и обработката на гъби, то той не разполага със стока от посочения вид и не може да извърши продажба на същата. Фактурите не документират действително прехвърляне на право на собственост, а са „безстокови“ фактури, поради което и начисления с тях ДДС се явява неправомерно начислен по смисъла на чл.70, ал.5 от ЗДДС.

VII. Мотиви за отправяне на преюдициалното запитване.

VII.1. Между страните в настоящото производство не съществува спор по отношение на фактите – процесните стоки /гъби/ са натоварени на специални хладилни камиони и са доставени в Република Италия, където е начислен ДДС за покупката им. Местата на натоварване са две – базата на жалбоподателя и база на прекия му доставчик.

VII.2. Основния спорен въпрос между страните е наличието на прехвърляне на собственост върху вещи, предмет на фактурите. По отношение на въпроса кои факти са

относими към този спор е налице разнородна и противоречива практика на Върховния административен съд, мотивирана включително и с дадени тълкувания по приложението на Директива 2006/112 на СЕС. Настоящия състав приема, че безспорно е доказано последващото разпореждане със стоката, получаването ѝ в друга страна – членка и начисляването на ДДС в държавата на получателя. В едната хипотеза натоварването на стоката е извършено в складовата база на прекия доставчик, поради което и съдът намира, че е доказано и получаването на стоката. Именно в тази хипотеза, при която не е установено доставчика да притежава стоката, предмет на разпореждане, а тя е получена от трето лице, клиент на жалбоподателя, е налице различно разрешение на спора по другите ревизионни актове на дружеството.

Предвид гореизложеното и с оглед фактите по делото, съдът приема, че за решаването на делото е допустимо и наложително да отправи преюдициално запитване до Съда на ЕО и, че такова едно запитване при всички случаи е необходимо по смисъла на чл. 234, ал. 2 от ДЕО за изясняване на значението на цитираната разпоредба от Директива 2006 / 112 / ЕО на Съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност.

Мотивиран така и на основание чл. 234, ал. 2 от ДЕО във връзка с чл. 628 от ГПК и с чл. 144 от АПК, както и на основание чл. 631 от ГПК във връзка с чл. 144 от АПК, вр. §2 от Допълнителните разпоредби на ДОПК, Административен съд Варна, пети състав,

О П Р Е Д Е Л И:

ОТМЕНЯ дадения в съдебно заседание на 28.01.2014г. ход на делото по същество на спора.

ОТПРАВЯ преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз съгласно член 267, първи параграф, буква „б” от Договора за функционирането на Европейския съюз със следните въпроси:

1. Следва ли чл.168 от Директива 2006 / 112 / ЕО на съвета от 28 ноември 2006 година относно общата система на данъка върху добавената стойност да се тълкува в смисъл, че след като стока е продадена на трето лице, то за покупката ѝ възниква право на приспадане на данъчен кредит, независимо от липсата на доказателства предходния доставчик да притежава стока от същия вид?

2. Съответства ли на директивата и съдебната практика по тълкуването ѝ административна практика, като тази на Националната агенция по приходите, при която се постановява отказ на упражненото право на приспадане на данъчен кредит на данъчнозадължени по ЗДДС лица поради липсата на доказателства за произхода на стоката без посочване на наличието на съмнение в участие в данъчна измама и/или наличието на обективни данни, от които да се установява, данъчнозадълженото лице е знаело или е трябвало да знае, че сделката, с която обосновава правото на приспадане, е част от данъчна измама?

СПИРА на основание член 631, алинея 1 от Гражданския процесуален кодекс производството по делото до произнасяне на Съда на Европейския съюз.

Определението не подлежи на обжалване.

Съдия: