**深圳市市场监督管理局**

**行政复议决定书**

深市监复决字〔2019〕177号

申请人：许某

被申请人：深圳市市场监督管理局光明监管局

地址：深圳市光明区光明街道碧眼路4号

法定代表人：陈建民 职务：局长

申请人许某不服被申请人对其作出的行政处罚决定，向深圳市市场监督管理局提起行政复议申请（案号：深市监复答字[2019]177号），本局于2019年9月19日受理。2019年9月27日，被申请人向本局提交了书面答复及有关证据和依据，现本案已审理终结。

申请人请求

撤销被申请人对申请人作出深市监光罚字[2019]74号行政处罚决定书。

申请人称

2019年8月2日，被申请人对其作出深市监光罚字[2019]74号行政处罚决定书。申请人不服该行政处罚决定，提起复议。

被申请人称

2018年11月28日，被申请人前往申请人经营的深圳市光明新区XXX菜馆进行现场检查，现场设有厨房和就餐区，约有15名员工，部分员工正在厨房切菜、炒菜。现场有一名自称申请人妻子的黎某，其能提供该经营场所的《营业执照》，但未能提供《食品经营许可证》。因申请人涉嫌无证经营，被申请人依法对申请人店铺的厨具进行扣押。同日，被申请人依法对申请人进行立案调查。

2018年12月3日，申请人到被申请人处接受询问调查，其表示：1、确认被申请人2018年11月28日的现场检查情况，当日由黎某现场陪同检查并在文书上签字；2、其店持有《餐饮服务许可证》，后统一为《食品经营许可证》，但日期为2015年11月26日至2018年11月25日；3、其店正在办理《食品经营许可证》，有2018年11月21日的深圳市食品经营单位现场验收申请回执；4、其店是于2018年11月26日开始无证经营，从2018年11月26日持续到2018年11月28日，营业收入为26134元，有相关销售记录单据并由黎某签字确认；5、其店没有接到食用后导致身体不适或食物中毒的投诉。

2018年4月12日，被申请人作出《听证告知书》并直接送达给申请人，告知其有陈述、申辩、申请人听证的权利，申请人提出听证申请。2019年4月17日，被申请人向申请人送达了《听证通知书》。2019年4月25日，被申请人依法举行听证，申请人的陈述、申辩的理由为:1、申请人因2018年11月1日和11月15日分别在东莞和深圳就医，导致忘记了办理《食品经营许可证》续期（原许可证至2018年11月25日到期），但2018年11月21日就申请了食品经营许可，结果行政机关在2018年11月26日晚上7点就派人封店；2、2018年11月26日至28日，申请人因怕浪费已采购的食品原料，故免费提供给员工就餐，并对部分老客户面单，因赠送（免单）也要开单，故实际销售收入肯定与执法人员2018年11月28日现场查获的《帐单付款明细表》不同，但具体免单记录和数额无法提供；3、2018年12月3日，申请人接受询问调查时，因错误的认为只要有食品加工行为，不管有没有实际收钱，都是营业收入，故供述营业收入为26134元，但实际没有收的费用不应计算为营业收入或违法所得。同时申请人提供了《深圳市食品经营单位现场验收申请回执》、《申辩书》、《证明》等材料。

被申请人经复核后认为：1、根据现场笔录等证据材料，被申请人到申请人经营场所现场检查的时间是在2018年11月28日，如果申请人主张的被申请人在2018年11月26日就查封了当事人经营场所的情况属实，则无法解释申请人2018年26日至28日存在的付款明细，可见申请人听证会现场提出的该主张，与实际情况不符；2、《食品经营许可管理办法》第二十九条规定，食品经营者需要延续依法取得的食品经营许可的有效期的，应向当在该食品经营许可有效期届满30个工作日前，向原发证的食品药品监督管理部门提出申请，申请人于2018年11月21日才向深圳市食品药品监督管理局提交了申请，虽有申请人生病等一定的客观原因，但仍应对超出许可期限从事食品经营行为承担法律责任，其超出许可限期从事食品经营行为承担法律责任，其超出许可期限的经营行为，使用《中华人民共和国食品安全法》第一百二十二条第一款的规定进行处罚；3、申请人提交的其本人和该店员工共同签字确认的情况说明中，提出的是2018年11月26日至28日“员工和老顾客免费吃”，后来在听证过程中又口头变更了主张，称是员工餐全部免费提供，老顾客部分免费提供视频（部分免单），其主张前后矛盾，也与申请人2018年12月3日的询问调查笔录不符；4、根据被申请人2018年11月28日在申请人经营场所现场打印的《帐单付款明细表》，该表格记载的申请人每一笔消费，都有“消费金额”、“折扣率”、“赠送金额”、“圆整差”、“账单金额”、“免单”、“赠送”等项目内容，其中“账单金额”一项是已经扣除了折扣率、赠送、免单等优惠内容的实收金额，并记载了支付方式，被申请人根据该“账单金额”确认申请人2018年11月26日至28日营业收入26134元，证据确实充分，故被申请人对申请人在听证会上提出的“因赠送（免单）也要开单，故实际销售收入肯定与执法人员2018年11月28日现场查获的《帐单付款明细表》不同”的主张，不予采纳。

经查明，申请人于2018年11月26日至2018年11月28日存在未取得食品经营许可从事食品经营的违法行为，共经营3天，营业收入为26134元。故本案的货值金额26134元，违法所得26134元。

2019年8月2日，被申请人依法作出：1、没收无正经营的工具；2、没收违法所得人民币26134元、罚款人民币6000元的行政处罚决定，并送达申请人。

申请人在未取得食品经营许可的情况下从事食品经营活动的行为，违反了《中华人民共和国食品安全法》第三十五条第一款的规定，应依据《中华人民共和国食品安全法》第一百二十二条第一款的规定予以处罚。

鉴于申请人在被申请人执法检查后积极改正违法行为，停止经营食品并积极办理相关证件且已经取得了《食品经营许可证》，且申请人违法行为的时间较短。根据《中华人民共和国行政处罚法》第四条第二款、第五条、第二十七条第一款第（一）项的规定，被申请人依法作出：1、没收无证经营的工具；2、没收违法所得人民币26134元、罚款人民币6000元的行政处罚决定，该处罚决定适用法律正确，并无违法或不当。

本局查明

申请人经营的深圳市光明新区XXX菜馆的《餐饮服务许可证》的有效期限：2015年11月26日至2018年11月25日。

2018年11月21日，申请人向深圳市食品药品监督管理局申请《餐饮服务许可证》有效期续期。

2018年11月28日，被申请人前往申请人经营的深圳市光明新区XXX菜馆进行现场检查。因申请人涉嫌无证经营，被申请人依法调取了申请人的《帐单付款明细表》，确认2018年11月26日至2018年11月28日期间，申请人的经营帐单总额为人民币26134元，并依法对申请人店铺的厨具进行扣押。同日，被申请人依法对申请人进行立案调查。

2018年12月3日，申请人到被申请人处接受询问调查并作询问调查笔录，其确认：1.其店正在办理《食品经营许可证》，有2018年11月21日的深圳市食品经营单位现场验收申请回执；2.其店是于2018年11月26日开始无证经营；3.其确认2018年11月26日至2018年11月28日，营业收入为26134元。

2018年12月11日，申请人经营的深圳市光明新区XXX菜馆获得《食品经营许可证》，有效期自2018年12月11日至2023年12月10日。

2019年1月26日，被申请人向申请人送达《解除查封（扣押）决定书》。同日，申请人向被申请人出具《委托保管书》，申请由被申请人代为保管扣押的涉案物品。

2019年1月31日，被申请人依法申请延长办案期限30日。

2019年3月25日，被申请人依法申请延长办理期限120日。

2019年4月12日，被申请人向申请人直接送达深市质光食药监（食）听告知XXX1号《听证告知书》。同日，申请人申请听证。

2019年4月16日，被申请人向申请人直接送达深市质光食药监（食）听通字XXX号《听证通知书》。

2019年4月25日，被申请人依法举行听证。

2019年8月2日，被申请人对申请人作出深市监光罚字XXX号《行政处罚决定书》，对申请人处以：（一）没收无证经营的工具，具体为：饭勺1个、砧板2个、菜刀4把、不锈钢漏勺5个、不锈钢铁勺5个、锅铲3个、铝锅6个、不锈钢盆1个、炒锅1个、平底锅2个、不锈钢大长勺2个、微波炉1个；（二）没收违法所得26134元；（三）罚款6000元。

2019年8月6日，被申请人向申请人直接送达上述《行政处罚决定书》。

本局认为

根据《中华人民共和国食品安全法》第三十五条第一款：“国家对食品生产经营实行许可制度。从事食品生产、食品销售、餐饮服务，应当依法取得许可。……”第一百二十二条：“违反本法规定，未取得食品生产经营许可从事食品生产经营活动，或者未取得食品添加剂生产许可从事食品添加剂生产活动的，由县级以上人民政府食品药品监督管理部门没收违法所得和违法生产经营的食品、食品添加剂以及用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品；违法生产经营的食品、食品添加剂货值金额不足一万元的，并处五万元以上十万元以下罚款；货值金额一万元以上的，并处货值金额十倍以上二十倍以下罚款。……”第二十七条第一款第一（项）：“当事人有下列情形之一的，应当依法从轻或者减轻行政处罚：（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；……”《食品经营许可管理办法》第二十九条：“食品经营者需要延续依法取得的食品经营许可的有效期的，应当在该食品经营许可有效期届满30个工作日前，向原发证的食品药品监督管理部门提出申请。”申请人的《餐饮服务许可证》有效期限自2015年11月26日起至2018年11月25日止，其应当在有效期届满30个工作日前延续食品经营许可的有效期，因此申请人在2018年11月21日才申请延续食品经营许可的有效期不符合相关规定，理应受到相关的处罚。申请人在2018年11月26日至11月28日期间属于未取得的食品经营许可经营的情形，货值金额为人民币26134元，根据上述法律法规的规定，被申请人应没收申请人未取得的食品经营许可经营期间的违法所得和违法生产经营的食品、食品添加剂以及用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品；货值金额一万元以上的，并处货值金额十倍以上二十倍以下罚款。但被申请人并没有死板地适用相关的法律法规，而是秉着处罚与教育相结合的原则，根据申请人违法行为的事实、性质、情节和社会危害程度，决定对申请人大幅减轻罚款。因此，被申请人对申请人作出没收无证经营的工具、没收无证经营期间的违法所得以及罚款6000元，符合相关的规定。

根据《中华人民共和国行政复议法》第二十八条第一款第（一）项的规定，本局作出复议决定如下：

维持被申请人深圳市市场监督管理局光明监管局作出的行政处罚决定。

本复议决定一经送达，即发生法律效力。申请人如对本复议决定不服，可在收到本复议决定书之日起十五日内向深圳市盐田区人民法院提起诉讼。

深圳市市场监督管理局

2019年11月18日