

РЕШЕНИЕ

№ 254

гр. София, 11.01.2013 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 6 състав, в публично заседание на 06.02.2012 г. в следния състав:

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: Боряна Бороджиева

при участието на секретаря Ася Атанасова и при участието на прокурора МАЛИГАНОВА, като разгледа дело номер **7360** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145–178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на О. М. Е. Т., гражданин на Н.. Жалбата е подадена срещу мълчалив отказ на Дирекция „Миграция“ на Министерство на вътрешните работи по молба на лицето от 22.03.2011г. за предоставяне на статут на дългосрочно пребиваващ. При получаване на административната преписка от административния орган (АО) се установява, че след подаване на жалбата до съда срещу мълчаливия отказ, АО е издал административен акт (АА) – Отказ за издаване на разрешение за дългосрочно пребиваване на чужденец в Р. Б., рег. № ХВ-5363/30.08.2011г. С изрична молба жалбоподателят е заявил жалбата му срещу мълчалив отказ да се счита за подадена срещу посочения изричен отказ.

Становища на страните:

В жалбата се твърди следното:

а) От фактическа страна - жалбоподателят влиза на територията на Р.Б. на 17.03.2005г. със статут съгласно чл.24, ал.1, т.3 от Закона за чужденците в Р. Б. (ЗЧРБ) в тогавашната му редакция – като приет на редовно обучение в лицензирано учебно заведение – Висш икономически университет – [населено място]. Обучението му като такъв е продължило до 2010г. През 2010/2011г. е приет за обучение магистратура във В. свободен университет. От 2005г. се занимава с изпълнение и композиране на музика в звукозаписно студио. Желает да продължи да се занимава с дейност по изпълнение и продуциране на музика и поради това през 2011г. подава молба до

Министерство на труда и социалната политика за упражняване на свободна практика.

б) От правна страна жалбоподателят излага няколко основни аргумента за незаконосъобразност на отказа, които са предмет на подробно обсъждане по нататък в решението, като най-общо са основани на: Непосредствена приложимост на правото на ЕС; противоречие на чл.24г, ал.3 от ЗЧРБ, отнасящ се до отчитане само наполовина на срока на пребиваване на студентите и др. при предоставяне на статут на дългосрочно пребиваване с общностното право, като цитира подробно общностни норми: директиви и регламенти, на които счита, че цитираната норма от ЗЧРБ противоречи. Същевременно иска съда да отправи преюдициално запитване до СЕС дали цитираната норма на ЗЧРБ противоречи на общностното право, същата проявява ли е на скрита или пряка дискриминация поради неравностойно третиране на определена група – потенциални работници, които са студенти в държава-членка. В заключение иска съда да отмени отказа и да задължи АО да издаде разрешение за дългосрочно пребиваване поради лошо транспониране на общностна норма, като отчете реалният срок на пребиваване на молителя.

Отвѣтникът оспорва жалбата. Доводите му са изцяло по тълкуване и приложение на правото и съдът ще ги обсъди по-долу в решението. Най – общо са изградени върху становище по приложението на чл.24г., ал.3 от ЗЧРБ, приет във връзка с изискването на чл.4, §1 от Директива 2003/109/ЕО.

Представителят на Софийска градска прокуратура изразява становище за неоснователност на жалбата.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

О. М. Е. Т., гражданин на Н. пребивава в РБългария от 17.03.2005г. със статут на продължително пребиваващ чужденец. Това пребиваване е удостоверено от миграционните служби за периода 17.03.2005г. до 15.09.2011г., видно от удостоверение от МВР ОДВР В., с-р Миграция, (л.48) Не се оспорва, а и се твърди от жалбоподателя, че при влизането му на територията на РБългария е със статут съгласно чл.24, ал.1, т.3 от ЗЧРБ (ред. преди изм.с ДВ бр.9/2011г.) – приет на редовно обучение в лицензирано учебно заведение, като продължително пребиваващ. Обучението в университета е с продължителност 4 години, а именно до учебната 2009/2010г., поради отлагане на предаване на дипломната работа.

Завършва през 2010г. висше образование в Икономическия университет В., образователна степен „бакалавър“, специалност „счетоводство и контрол“ видно от диплома за висше образование (л.27 по делото).

На 01.09.2010г. е записан за студент в 1 годишен курс редовно обучение за висше образование на образователно-квалификационна степен магистър по специалност "счетоводство и контрол" в Икономическия университет В. видно от студентска книжка (л.31) и уверение № 205/24.02.2011г. (л.49) по делото и следва да завърши през юни 2011г.

Съгласно представена декларация от А. Н. А. (л.43) О. М. Е. Т. е осъществявал следната дейност – изпълнение и композиране на песни в рамките на 35 часа месечно от 20.03.2005г. до 12.05.2009г., срещу което е получавал храна и осигуряване на звукозаписно студио за записи на песни и популяризация чрез участие в концерти с младежка аудитория. Представени са и декларации от А. Н. А. и от С. Н. Т. (л.196-197), съгласно които жалбоподателят в периода от 01.07.2005г. до 31.12.2010г. е осъществявал консултантска дейност относно създаването на уеб дизайн с

музикален профил, с времева ангажираност 25 часа седмично, срещу което е получавал извършване за негова сметка на реклама на упражняваната от него музикална и продуцентска дейност.

Видно от банково удостоверение от 21.03.2011г. (л.50) жалбоподателят е клиент на българска банка от 03.05.2005г. и притежава разплащателна и картови сметки, захранвани ежесечно със суми по-високи от минималната работна заплата за Б.. Представена е и декларация от жалбоподателя по чл.24, ал.5 от ЗЧРБ (л.73), че разполага с достатъчно средства за издръжка, без да прибегва към системата на социално подпомагане, в размер не по-малък от миним.работна заплата и пенсия за Р., както и декларация от А. К. Л. (л.76), че ще поеме издръжката и ще осигури жилище на жалбоподателя за времето на пребиваването му в РБългария. От представен договор за наем (л.80) се установява, че считано от 14.03.2011г. жалбоподателят е наел жилище в [населено място].

Жалбоподателят О. М. Е. Т. е съдружник и управител в дружество по ЗЗД „Т енд Т Е.“, създадено по договор от 15.07.2010г. по ЗЗД видно от удостоверение от Агенцията по вписванията (л.39).

По делото са представени доказателства относно факти и обстоятелства, настъпили след издаване на процесния отказ на 30.08.2011г. Съгласно удостоверение за граждански брак от 30.12.2011г. жалбоподателят е сключил граждански брак с българска гражданка Д. Д. П.. Жалбоподателят като управител на [фирма] е сключил трудови договори с 4-ри лица, считано от 10.12.2011г. с шестмесечен изпитателен срок. Представени са и доказателства във връзка с категоризация на обект, нает от посоченото дружество, договор за посредничество, отказ за издаване на разрешение за извършване на дейност на свободна практика на жалбоподателя и съдебен акт при обжалването му. Всички тези документи касаят период след обжалвания отказ и не са наведени като основания в производството по издаването му, поради което са предмет на друго заявление и съответно друго производство по за предоставяне на статут на дългосрочно пребиваващ и съдът не ги обсъжда.

На 22.03.2011г. жалбоподателят подава молба за разрешаване на пребиваване на чужденец в РБългария (л.64). Уточнява искането си с причина придобиване на статут на дългосрочно пребиваващ ведно с удостоверение – заявление по Директива № 1030/2002г. на Съвета на Европа. Прилага удостоверения от учебно заведение и студентска книжка, препис от международен паспорт, лична карта, декларация по чл.24, ал.5 от ЗЧРБ, декларация за местопребиваване, акт за раждане, удостоверение за актуално състояние на дружество по ЗЗД, удостоверение от банка за сметки.

С обжалвания в настоящото производство Отказ за издаване на разрешение за дългосрочно пребиваване на чужденец в Р. Б., рег. № ХВ-5363/30.08.2011г. (л.62), директорът на Дирекция “Миграция”, на основание чл. 26, ал.2 във вр. с чл.24г, ал.3 от ЗЧРБ, чл. 90, т.3 от Закона за Министерството на вътрешните работи (ЗМВР) и чл. 141 б, ал.1, т.1 от ППЗМВР, е отказал издаване на разрешение за дългосрочно пребиваване в Р. Б. на О. М. Е. Н., гражданин на Н., [дата на раждане] За да постанови обжалвания акт, административният орган е посочил, че не е изпълнено условието на чл.24г, ал.3 от ЗЧРБ, цитирайки текста на разпоредбата, която предвижда, че статут на дългосрочно пребиваване се предоставя на чужденец, който е пребивавал законно и без прекъсване в рамките на 5 г. преди подаване на заявлението за разрешаване на дългосрочно пребиваване, като при изчисляване на периода на пребиваване се отчита само половината от времето на пребиваване на чужденците,

които са студенти, ученици или стажанти на основание чл.24в. Позовал се е на приложеното удостоверение № 211/14.03.2011г., съгласно което чужденецът е със статут на продължително пребиваващ в страната от 17.03.2005г., уточнявайки "на основание обучение", което не се оспорва.

По делото са събрани и други доказателства – относно липса на данни за осъждане на лицето, медицински прегледи и др., които нямат пряко отношение към съществуването на спора.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата, предмет на настоящото производство, е подадена в срок и предвид, че е уточнена и като жалба срещу изричния отказ, връчен в хода на обжалване на мълчаливия отказ, от надлежна страна, имаща право и интерес от оспорването на отказа, на който е адресат. Като процесуално допустима жалбата задължава съда да я разгледа по същество относно нейната основателност.

При извършената служебна проверка на законосъобразността на обжалвания отказ, съгласно чл. 168, ал. 1 от АПК на основанията посочени в чл. 146 от същия кодекс, съдът намира, че административният акт е издаден от компетентен орган – директора на Дирекция "Миграция, в кръга на предоставените му от закона правомощия – чл.141б, ал.1 т.1 от Правилника за прилагане на ЗМВР и в предписаната от закона форма – чл. 59, ал. 2 от АПК. В отказа са посочени фактическите и правни основания довели до постановяването му. Не се констатираха и съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Спорът касае приложението на материалния закон и съобразяване на целта му. Още по конкретно: спорът се свежда до това дали са спрямо жалбоподателя предпоставката за предоставяне право на исканото пребиваване в РБългария, свързана с изтичане на съответния срок на пребиваване, съобразно фактите по делото, като се съобрази съответствието на приложената разпоредба на чл.24г, ал.1 и 3 от ЗЧРБ и разпоредбите на Общностното право, в случай че им противоречи националният закон.

Жалбоподателят е чужденец по смисъла на чл. 2 от ЗЧРБ и за него са приложими разпоредбите на този закон. Съгласно посочената от органа разпоредба на чл.24г, ал.1 от ЗЧРБ статут на дългосрочно пребиваване се предоставя на чужденец, който е пребивавал законно и без прекъсване на територията на Р. Б. в рамките на 5 години преди подаване на заявлението за разрешаване на дългосрочно пребиваване. След придобиването му статутът на дългосрочно пребиваване е постоянен, доколкото не са възникнали основания за отнемането му по чл. 40. Съгласно ал.3 на чл.24г от ЗЧРБ при изчисляване на периода на пребиваване по ал. 1 се отчита само половината от времето на пребиваване на чужденците като студенти, ученици или стажанти на основание чл. 24в. Последната норма предвижда възможността да получат разрешение за продължително пребиваване чужденците, които притежават виза по чл. 15, ал. 1 и са приети за редовно обучение във висше училище, ученици, приети на територията на страната за обучение в средната степен на образование в рамките на програма за обмен или като стажанти без възнаграждение. Тази разпоредба урежда хипотезата, уредена преди от отменената разпоредба на чл. 24, ал.1, т. 3 от ЗЧРБ (отм. – ДВ, бр.9 от 2011г.), съгласно която разрешение за продължително пребиваване могат да получат чужденците, които са приети на редовно обучение в лицензирани учебни заведения. Тази отменена разпоредба е именно основанието, на което е разрешено пребиваването на жалбоподателя, до момента на настоящото искане за

дългосрочно пребиваване, видно от приложеното удостоверение от СДВР, сектор Миграция.

Общностният акт, който предписва рамката и националните мерки относно статута на дългосрочно пребиваващи граждани от трети страни е Директива 2003/109/ЕО на Съвета от 25 ноември 2003г. Същата в чл.7 предвижда критериите за получаване на статут на дългосрочно пребиваващ в държавите членки като основният следва да бъде продължителността на пребиваване на територията на държавата членка – легално и непрекъснато, засвидетелстващо трайното привързване на лицето със страната (т.6 от преамбюла), освен това гражданинът на трета страна следва да докаже, че разполага с достатъчно средства и със здравна застраховка. Член 3 от Директивата очертава приложното ѝ поле, като в § 2 б.а изключва приложението спрямо граждани на трети страни, които пребивават с цел образование или професионална квалификация. В чл.4 от Директивата е уредена хипотезата на получаване на статут на дългосрочно пребиваващ в държава-членка. Съгласно §1 Държавите-членки предоставят статут на дългосрочно пребиваващ на граждани на трети страни, които са пребивавали легално и без прекъсване на територията в рамките на пет години преди подаване на въпросната молба. §2 предвижда, че периодите на пребиваване поради споменатите в член 3, параграф 2, букви д) и е) причини, не се отчитат при изчисляване на периода, посочен в параграф 1. Относно случаите, покрити от член 3, параграф 2, буква а), когато някой гражданин на трета страна е получил разрешение за пребиваване, което му дава възможност да получи статут на дългосрочно пребиваващ, при изчисляването на периода, посочен в параграф 1, се отчита само половината от времето на пребиваване с образователна цел или професионална квалификация. А според § 3 периодите на отсъствие от територията на засегнатата държава- членка не прекъсват периода, посочен в параграф 1, и се отчитат при изчисляването му, когато са под шест последователни месеца и не надхвърлят общо десет месеца за посочения в параграф 1 период. По нататък в чл.5 Директивата предвижда условията, свързани с получаването на статут на дългосрочно пребиваващ като това са устойчивите и редовни достатъчни доходи на чужденеца и здравна осигуровка. Чл.6 дава възможност на държавите-членки да откажат предоставяне на статут на дългосрочно пребиваващ, свързани с обществения ред и сигурност, без възможност отказът на това основание да е оправдан с икономически съображения. Чл.7 описва изискванията към процедурата за получаване на статут на дългосрочно пребиваващ.

В разпоредбата на § 40 от ДР на ЗИДЗЧРБ (обн. ДВ, бр. 29/07 г.), законодателят е указал, че цитираният закон въвежда изискванията на Директива 2003/109/ЕО на Съвета. Видно от редакцията на разпоредбата на националния закон, предвиждаща основание за придобиване на статут на дългосрочно пребиваване на чужденец на основание продължителен срок на пребиваване – чл.24г, ал.1 от ЗЧРБ, към момента на разглеждане на искането на жалбоподателя за статут – м.03-08.2011г., а и към настоящия момент, същата национална норма напълно съответства на изискванията на Директива 2003/109/ЕО на Съвета относно основния критерий за предоставянето на статут на дългосрочно пребиваващ - пребиваване на законно основание без прекъсване на територията на страната през последните 5 години и съвпада с изискването по чл.4 §1 от Директивата – пребиваване легално и без прекъсване на територията в рамките на пет години преди подаване на молбата. Транспонирано е точно и изискването към изчисляване на периода на пребиваване, когато то е на основание обучение: Така чл.24г, ал.3 от ЗЧРБ, предвиждащ, че при изчисляване на

периода на пребиваване по ал.1 се отчита само половината от времето на пребиваване на чужденците като студенти, ученици или стажанти на основание чл.24в. напълно съответства на чл.4, § 2 от Директивата съгласно който в случаите покрити от чл.3, § 2, буква а), когато някой гражданин на трета страна е получил разрешение за пребиваване, което му дава възможност да получи статут на дългосрочно пребиваващ, при изчисляване на периода, посочен в § 1, се отчита само половината от времето на пребиваване с образователна цел или професионална квалификация.

Продължителното пребиваване в страната до изменението на ЗЧРБ, обн. ДВ, бр. 9 от 2011 г., е основание за предоставяне на разрешение за постоянно пребиваване, а след изменението на ЗЧРБ, обн.ДВ, бр.9 от 2011г., е основание за придобиване на статут на дългосрочно пребиваване – чл.24г от закона. Съгласно чл.24, ал.1, т.3 от ЗЧРБ (отм.) приемането на чужденец с виза по чл.15, ал.1 на редовното обучение в лицензирано учебно заведение е основание за разрешаване на продължително пребиваване – такъв е случаят на жалбоподателя. От своя страна разрешението за продължително пребиваване, в това число и по чл.24, ал.1, т.3 (отм.), сега чл.24 в във вр. с чл.24г, ал.1 от ЗЧРБ е законно основание за пребиваване, което може да обоснове като период, но при ограничението преди на чл.25, ал.1, т.3 (изм. - ДВ, бр.29, отм.- ДВ, бр.9 от 2011г.), сега на чл.24г, ал.3 от ЗЧРБ. Следва да се отбележи, че преди транспониране на Директива 2003/109/ЕО на Съвета националният закон е предвиждал, че срокът за пребиваване, разрешен по чл. 24, ал. 1, т. 3 от ЗЧРБ, не се зачита при преценката за издаване на разрешение за постоянно пребиваване – чл.25, ал.1, т.3 от ЗЧРБ в редакцията си преди изм. ДВ, бр.29.

Съдът намира, че не е налице твърдяното от жалбоподателя лошо транспониране на общностна норма в националното законодателство – налице е съответствие на националните мерки, взети с приемането на чл.24г., ал.1 и ал.3 от ЗЧРБ с изискванията на Директива 2003/109/ЕО на Съвета чл.4, § 1 и 2, вр. с чл.3, § 2, буква а).

Следва да се има предвид, че в случая Директива 2003/109/ЕО на Съвета е приложима, доколкото жалбоподателят кандидатства за статут на дългосрочно пребиваващ, макар и все още текущото му към заявлението пребиваване да е с цел образование или професионална квалификация и предвид, че националното право не изключва разрешението за продължително пребиваване на основание редовно обучение в страната, като даващо възможност да се получи статут на дългосрочно пребиваващ. Действително чл.3, § 2, буква а) от посочената директива предвижда, че същата не се прилага спрямо граждани на трети страни, които пребивават с цел образование или професионална квалификация, но същевременно в чл. 4, § 2 се допуска зачитане на периода на това пребиваване наполовина. Иначе казано Директива 2003/109 не се прилага спрямо граждани на трети страни, които пребивават с цел образование или професионална квалификация (член 3, параграф 2, буква а)), а когато такъв гражданин на трета страна е получил разрешение за пребиваване, което му дава възможност да получи статут на дългосрочно пребиваващ, при изчисляването на петгодишния период, необходим за получаване на такъв статут, се отчита само половината от времето на пребиваване с образователна цел или

професионална квалификация (член 4, § 2) .А такъв е случаят – жалбоподателят иска разрешение за статут на дългосрочно пребиваващ въз основа на продължителен във времето и на законно основание срок на пребиваване в РБългария.

Като съобрази установената по делото фактическа обстановка и приложи към нея действащата към момента на издаването на спорния отказ нормативна уредба относно изискванията за предоставяне на статут на дългосрочно пребиваване на чужденец в РБ при горните уточнения за приложимото право, съдът достигна до извода, че отказът за предоставяне на разрешение за дългосрочно пребиваване на жалбоподателя е законосъобразен. Съображенията: По делото са събрани данни, че жалбоподателят пребивава на територията на Б. от 17.03.2005г. до подаването на молбата за статут на постоянно пребиваване през м.03.2011г. – с вх.№ 22.03.2011г. Не се спори основаниято на този период на пребиваване - разрешен срок на пребиваване на основание обучение, който срок е така продължен до15.09.2011г.

Тоест за целия период от 17.03.2005г. до подаване на заявлението на 22.03.2011г. пребиваването на жалбоподателя в РБългария е с цел образование, като студент. Видно и от представеното уверение № 205/24.02.2011г. (л.49) по делото следва да завърши през юни 2011г. Поради това при изчисляване на продължителността на периода на пребиваване на територията на Р. Б. следва да се приложи правилото на чл.24г, ал.3 от ЗЧРБ. Така времевият период от 17.03.2005г. до 22.03.2011г., съставляващ хронологично шест години и пет дни, при прилагането му за целите на чл.24 г, ал.1 от ЗЧРБ следва да се отчете съобразно чл.24 г, ал.3 от ЗЧРБ като три години и три дни. Щом изчисленото пребиваване на жалбоподателя се равнява на три години и три дни това означава че не е изпълнена основната предпоставка на хипотезата на чл.24 г, ал.1 вр. с ал.3 от ЗЧРБ, съответстващи на чл.4, §1 и 2 от Директива 2003/109/ЕО на Съвета, за предоставяне на статут на дългосрочно пребиваващ на чужденеца–съответната продължителност на пребиваване – пет години преди подаване на молбата за статут на дългосрочно пребиваващ в държава членка. Ето защо при този срок на пребиваване под изискуемите пет години, преди датата на заявлението, отказът на ответника да разреши дългосрочно пребиваване на основание така установеното пребиваване с цел образование, е съответен на закона. Включително и към датата на отказа – 30.08.2011г., включително и до приключване на устните състезания по делото, не е изтекъл петгодишен период на пребиваването на жалбоподателя в РБългария.

Неоснователно е оплакването на жалбоподателя, че нормата на чл.24г, ал.3 ЗЧРБ противоречи на общностното право, тъй като същата е проява на скрита или пряка дискриминация, поради неравностойно третиране на определена група – потенциални работници, които са студенти в държава членка, с уточнението на двете групи граждани на трети страни: групата на работниците, упражняващи свободна практика и търговска практика и групата на студентите, в която е той. Следва да се отбележи, че различието при зачитането на пребиваването като студенти, учащи и др. от общия случай е предписано от общностната норма - чл.4, §1 и 2 от Директива 2003/109/ЕО на

Съвета. В случая нито се твърди, нито се установява относим към преценка за неравно третиране признак – различия, основани на гражданство, пол, раса, цвят на кожата, етнически или социален произход, генетични характеристики, език, религия, убеждения, политически или други мнения, принадлежност към национално малцинство, имотно състояние, рождение, наличие на физическо или умствено увреждане, възраст или сексуална ориентация (по арг. от чл.18, 19 ДФЕС, чл.21 от Х. на основните права). На всички граждани на трети страни, които претендират да получат статут на дългосрочно пребиваващи в държава членка пребиваването им в държавата членка с образователна цел се отчита само половината съобразно правилото на чл.4, §1 и 2 от Директива 2003/109/ЕО на Съвета. Не се установява и съпоставимост в контекста на конкретна забрана в общностна норма за дискриминация на тези две групи една спрямо друга, съответно за проява на дискриминация. Различното съдържание на качествата „студент” и „работник” по време на пребиваването определя и различното отчитане на пребиваването за целите на статута на дългосрочно пребиваващ гражданин на трета държава в държава членка, което съответства на основният критерий за получаване на такъв статут – продължително легално и непрекъснато пребиваване на територията на държавата членка, свидетелстващо за трайно привързване на лицето с тази страна (т.6 от преамбюла на Директива 2003/109/ЕО на Съвета).

Що се отнася до оплакването за проява на дискриминация чрез уредбата на чл.27, ал.1 от ЗЧРБ, доводът е неотносим в случая, тъй като предмет на настоящото обжалване е отказ за предоставяне на статут на дългосрочно пребиваващ на чужденеца, а не отказ да се приеме негово заявление за продължаване на пребиваването му на друго основание или пък отказ да се продължи пребиваването му на такова друго основание, различно от досегашното основание, което е с образователна цел. Така повдигнатите въпроси, касаещи прилагането на чл.27, ал.1 от ЗЧРБ не са от значение за решаване на делото, чийто предмет по същество е изчисляване на срока на пребиваване за целите на статут на дългосрочно пребиваващ. Те биха били относими в спор относно отказ за продължаване на пребиваване на друго основание, каквото в това производство не е въведено.

Относно довода, че жалбоподателят е осъществявал трудова дейност и позоваването на решение на СЕС от 24 януари 2008г. по дело C-294/2006г. то следва да се има предвид следното:

От една страна по посоченото дело на СЕС се касае за турски граждани като за тях е приложима общностната правна уредба на Решение № 1/80 на Съвета по асоцииране от 19 септември 1980г. относно развиване на асоциирането, която не е относима за разглеждания случай на нигерийския гражданин. Решението дава задължително тълкуване на чл.6, §1 от Решение № 1/80, каквато уредба не съществува за нигерийските граждани. Решение № 1/80 дава права на турските граждани, свързани с качеството „работник” и да принадлежат към „редовния пазар на труда” в държава-членка, като според тълкуването на СЕС по дело C-294/2006г. обстоятелството, че на турски гражданин е било разрешено влизане на територията на държава-членка в качеството на лице „au pair” или на студент, не може да го лиши от качеството

„работник“ и да му попречи да принадлежи към „редовния пазар на труда“ на тази държава-членка по смисъла чл.6, §1 от Решение № 1/80 и съответно не може да му попречи да се възползва от тази разпоредба, за да получи подновяване на своето разрешително за работа и да се ползва от свързаното с него право на пребиваване.

От друга страна по делото не се установи и жалбоподателят да е имал качеството на „работник“ и да е принадлежал към „редовния пазар на труда“ в РБ, съобразно даденото тълкуване в решението по дело C-294/2006г. за изпълнение на трите условия за това: 1) да упражнява реална и ефективна дейност, като за основна характеристика на трудовото правоотношение е обстоятелството, че през определен период от време лицето предоставя работна сила в полза на друго лице и под негово ръководство, срещу което получава възнаграждение (т.28 от решението); 2) принадлежност към редовния пазар на труда – да е изпълнил законовите и подзаконовите изисквания на приемащата държава-членка и в резултат на това имат право да упражняват професионална дейност на нейната територия (т.29) и 3) Наличието на законно наемане на работа, а именно стабилно и сигурно положение на пазара на труда в приемащата държава-членка, и с оглед на това наличието на неоспоримо право на пребиваване (т.30).

Твърдените по делото данни за осъществяване на трудова дейност от жалбоподателя – изпълнение и композиране на песни, възмездявани с храна и осигуряване на звукозаписно студио и консултантска дейност относно създаване на уеб дизайн с музикален профил срещу реклама на извършваната от него музикална и продуцентска дейност, не доказват изпълнение на горепосочените три условия в съвкупност, за да се приеме, че чужденецът пред всичките тези години освен, че е бил студент, е имал и качеството „работник“ и „принадлежност към редовния пазар на труда“, за да черпи права във връзка с периода на пребиваването си от такова положение.

Следва да се посочи, че съгласно българското законодателство съществува разрешителен режим за наемане на работа на чужденците – изисква се разрешение за работа, издадено от съответния държавен орган – изпълнителния директор на Агенцията по заетостта, съгласно правната уредба в чл.70 и сл. от Закона за насърчаване на заетостта и Наредбата за условията и реда за издаване, отказ и отнемане на разрешения за работа на чужденци в Р. Б. (приета с ПМС № 77 от 9.04.2002 г., обн., ДВ, бр. 39 от 16.04.2002 г., в сила от 17.06.2002 г.). По делото не се установява жалбоподателят да е изпълнил законовите и подзаконовите изисквания, въведени в РБългария за упражняване на съответната трудова дейност и наемането му на работа да е законно – въз основа на надлежно разрешение за работа, изискуемо съгласно посочената законовата и подзаконовата уредба. В случая представените частни документи – декларации свидетелстват за извършване на услуги по гражданскоправен договор, които не биха могли да се определят като наемане на работа по трудово правоотношение. Тези услуги съответстват на възможността за стопанска дейност по чл.17, § 2 от Директива 2004/114/ЕО на Съвета от 13 декември 2004г. относно условията за прием на граждани на трети страни с цел образование, ученически обмен, безвъзмездно обучение или доброволческа дейност. Съгласно тази разпоредба

извън времето, посветено на учебна дейност, и при спазване на правилата и условията за съответната дейност в приемащата държава-членка студентите имат право да бъдат наемани и може да им бъде разрешено да упражняват самостоятелна стопанска дейност. Ето защо упражняваната дейност от жалбоподателя следва да бъде разглеждана като производна от статута му на студент като основание за пребиваване и съответно спомагателна спрямо основната учебна дейност, заради която пребивава в РБългария, а не като законна трудова дейност на редовния пазар на труда, която като такава да обоснове правно третиране на срока на пребиваване именно заради нея, а не заради основната образователна цел на продължителното пребиваване. И съответно не обосновава този срок да се отчита изцяло, а не половината както предписва чл.4, § 2 от Директива 2003/109/ЕО и съответстващия му чл.24г., ал.3 от ЗЧРБ.

Следва да се сподели и по аргумент за противното от т.47 и 48 от посоченото решение по дело C-294/2006г., че по настоящото дело е относимо позоваване на Директива 2004/114 ЕО на Съвета, когато се преценява основанието на престоя на нигерийския гражданин и упражняваната от него дейност. Извежда се от общия смисъл на тази директива, че общностният законодател е искал да позволи на студентите да бъдат наемани на работа и да полагат труд през определен брой часове, без обаче да бъдат считани за работници и следователно без да имат достъп по този начин до пазара на труда на приемащата държава. По силата на нейния член 4, §1, буква а) тя всъщност се прилага без да засяга по-благоприятните разпоредби на двустранни и многостранни споразумения, сключени между Общността или Общността и нейните държави-членки, от една страна, и трети страни, от друга страна. В случая по настоящото дело обаче не е налице споразумение с конкретната трета държава Н. подобно на случая с Р. Т. и правото в член 6, параграф 1 от Решение № 1/80, от което се извежда и възможността да се изключат правилата на Директива 2004/114/ЕО. Включително и Директива 2004/114 препраща към чл.4, § 2 от Директива 2003/109/ЕО относно вземането предвид на срока, за който студентът е пребивавал. А случаят на жалбоподателя по негово заявление от 22.03.2011г. за придобиване на статут на дългосрочнопребиваващ е именно такъв.

Що се отнася до останалите цитирани общностни норми – тези на Регламент 492/2011г. и Директива 2009/50/ЕО на Съвета те са неотнесими по случая, тъй като жалбоподателят оспорва не отказ да му се разреши пребиваване на съответното различно от обучение основание или пък отказ да му се разреши достъп до пазара на труда или ограничение на свободно движение като работник, а отказ да му бъде предоставен статут на дългосрочно пребиваващ в РБългария заради досегашно продължително пребиваване на основание обучение и отчитането на периода на същото.

По горните съображения съдът намира, че спорният отказ да се издаде разрешение за дългосрочно пребиваване на жалбоподателя в РБългария на основание пребиваването му за обучение, за периода от 17.03.2005г. до подаване на заявлението на 22.03.2011г., е издаден при правилно приложение на материалния закон и в съответствие с целта му, като не се установи основание било за неприлагането на националния закон заради противоречие

с норми от Правото на ЕС. Жалбата като неоснователна следва да се отхвърли.

Разноски не са претендирани и съдът не се произнася.

По изложените съображения и на основание чл. 172, ал. 2, предл. последно Административен съд – София град, I – во отделение, 6-ти състав

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ оспорването по жалба на О. М. Е. Т. срещу отказ рег. № ХВ-5363/30.08.2011г. на Директора на Дирекция “Миграция”-МВР за издаване на жалбоподателя на разрешение за дългосрочно пребиваване в Р. Б. на основание чл.24 г, ал.3 от ЗЧРБ.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния административен съд на РБ в 14-дневен срок от съобщаването му.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:
(Боряна Бороджиева)