

РЕШЕНИЕ

№ 7427

гр. София, 09.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 69 състав, в публично заседание на 17.11.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Милена Славейкова

при участието на секретаря Десислава В Симеонова, като разгледа дело номер **9071** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда чл.145-178 от Административно-процесуалния кодекс (АПК), вр. чл.124, ал.1 от Закона за държавния служител (ЗДСл).
Образувано е по жалба на Т. М. Г. от [населено място],[жк], ул. „82-ра“ № 17А, и със съдебен адрес [населено място], [улица], ет.3, чрез адв. Б. Л., срещу Заповед № РД-15-091 от 24.08.2021 г. на началника на Дирекция за национален строителен контрол (ДНСК), с която на основание чл. 107, ал.1, т.7, вр. чл.7, ал.2, т.2 от ЗДСл е прекратено служебното ѝ правоотношение.
Жалбоподателката поддържа незаконосъобразност на заповедта като издадена при неправилно приложение на закона. Счита, че не е налице основанието по чл.7, ал.2, т.2 ЗДСл, тъй като повече от 10 години не осъществява търговска дейност. Сочи, че към датата на издаване и на връчване на акта се намира в законоустановен отпуск с диагноза „заплашващ аборт“ и е защитена от разпоредбата на чл.107б ЗДСл, която следвало да се тълкува разширително. Поддържа, че следва да се ползва от протекцията на чл.333 от Кодекса на труда (КТ), тъй като е майка на дете до 3 годишна възраст, бременна е и ползва законоустановен отпуск, свързан с бременността. Третирането ѝ по неравностоен начин с работничките, назначени по трудово правоотношение, било дискриминационно и неравно. Позовава се на Решения на Съда на Европейския съюз (СЕС) от 9 март 2017 г. по дело С-406/15 П. М., по дело С-460/06 на СЕС и на Директива 2006/54/ЕО. Визира допуснати съществени процесуални нарушения поради връчване на заповедта по и-мейл и неспазване на формата на акта, който бил издаден като електронен документ, неподписан с

електронен подпис. Претендира за отмяна на заповедта и присъждане на разноски. Ответникът началник на Дирекция за национален строителен контрол оспорва основателността на жалбата, чрез юрк.Г..

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД – С. град, като прецени доводите на страните във връзка със събраните по делото доказателства, намира следното от фактическа страна:

Със Заповед № РД-15-002 от 02.01.2018 г. на началника на ДНСК Т. М. Г. е назначена за държавен служител, считано от 02.01.2018 г. за неопределен срок. Със Заповед № РД-13-090/25.05.2021 г. на началника на ДНСК, издадена на основание чл.51а ЗДСЛ и във връзка с въведената извънредна епидемична обстановка в условията на Ковид-19 и подадено от Г. уведомление вх.№ ФР-218-05-873 от 20.05.2021 г. за наличие на бременност, на служителката е възложена работа в домашна среда, считано от 26.05.2021 г.

Не е спорно по делото, че на 11.04.2019 г. Г. родила детето П. С. Г., за което на основание чл.163, ал.1 и ал.6 КТ ползвала отпуск до 28.10.2019 г. С уведомление вх.№ ФР-218-05-873 от 20.05.2021 г. служителката уведомила органа по назначаване за наличие на бременност.

Жалбоподателката е представила три броя болнични листа за временна неработоспособност, издадени от МЦ [фирма], за отпуск в периода от 03.06.2021 г. до 31.08.2021 г. въз основа на решения на ЛКК от Клиника „Акушерство и гинекология“ с диагноза „заплашващ аборт“ и предписан домашно-амбулаторен режим на лечение.

С оспорената Заповед № РД-15-091 от 24.08.2021 г. на началника на ДНСК, служебното правоотношение на Г. е прекратено на основание чл. 107, ал.1, т.7, вр. чл.7, ал.2, т.2 от ЗДСл, считано от 24.08.2021 г. Като фактическо основание за прекратяването е посочено, че при справка в Търговския регистър е установено, че към датата на прекратяване служителят е едноличен търговец – [фирма], което приел като основание за несъвместимост по чл.7, ал.2, т.2 ЗДСл.

Ответникът е приложил Удостоверение изх.№ 20210819170451 от 19.08.2021 г. на Агенция по вписванията с данни за регистриран едноличен търговец (ЕТ) „Т. Р.“, който не е прекратен към датата на удостоверение.

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

Оспорената Заповед № РД-15-091 от 24.08.2021 г. на началника на ДНСК е връчена на адресата по електронен път на 24.08.2021 г. Подадената срещу нея жалба вх.№ ЧР-10-12-211 от 03.09.2021 г. по описа на ДНСК е подадена в срока по чл.149, ал.1 АПК и от легитимирано по смисъла на чл.147, ал.1 АПК лице – адресат на акта, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество е основателна по следните правни съображения:

При служебната проверка по чл.168, ал.1 вр. чл.146 АПК съдът установи, че оспорената заповед е издадена от компетентен административен орган – органа по назначаване съгласно чл.6, ал.1, т.7 от Устройствения правилник на ДНСК. Противно на твърденията на жалбоподателката и видно от двете представени по делото копия на акта на л.29 и л.57 от делото, същият не е издаден като електронен документ и не е подписан с електронен подпис. Връчването му по електронен път не представлява съществено процесуално нарушение, тъй като е относимо единствено към правото на оспорване на акта, което в случая е упражнено своевременно. Заповедта е мотивирана

от фактическа и правна страна съобразно изискванията на чл.59, ал.2, т.4 АПК и чл.108, ал.1 ЗДСл. По делото липсват данни за допуснати в хода на административното производство съществени процесуални нарушения – такива, които съществено са ограничили правото на защита на засегнатото лице или ако не бяха допуснати органът по назначаването би постановил акт в противен смисъл. Спорът е изцяло материално-правен относно наличието на основание по чл. 107, ал.1, т.7, вр. чл.7, ал.2, т.2 от ЗДСл за прекратяване на служебното правоотношение на Т. Г..

Органът по назначаване е намерил основание за несъвместимост по чл.7, ал.2, т.2 ЗДСл поради регистриран на името на служителката едноличен търговец, което обстоятелство е съществувало, както към датата на назначаване на служителя, така и към прекратяване на правоотношението. Справката на съда по свободно достъпни в Интернет данни на Агенция по вписванията потвърждава установената от органа по назначаване информация – едноличният търговец не е заличен от Търговски регистър, но има обявени само два годишни финансови отчети (ГФО) за дейността си – за 2008 г. и за 2009 г. Същевременно по справка от НАП относно историята на самоосигуряващото се лице (л.30), считано от 17.06.2011 г. търговецът е прекъснал дейността си.

По силата на чл.38, ал.1, т.1 от Закона за счетоводството (в относимата редакция) предприятията публикуват годишния финансов отчет, консолидирания финансов отчет и годишните доклади по глава седма, приети от Общото събрание на съдружниците или акционерите или от съответния орган, както следва: всички търговци по смисъла на Търговския закон - чрез заявяване за вписване и представяне за обявяване в търговския регистър, в срок до 30 юни на следващата година. Финансовите отчети трябва да представят вярно и честно имущественото и финансовото състояние и финансовите резултати от дейността на предприятието, паричните потоци и собствения капитал (чл.24, ал.1 от ЗСч).

Според съда, в решаващия му състав, обявените в търговския регистър само два ГФО за 2008 г. и 2009 г. навеждат на извод, че [фирма] не е изпълнила задължението си по пар.4, ал.1 от ПЗР на Закона за търговския регистър и регистъра на Ю. , според който търговците и клоновете на чуждестранни търговци, вписани в търговския регистър и в регистъра на кооперациите при окръжните съдилища, са длъжни да се пререгистрат по този закон в срок до 31 декември 2011 г. По силата на пар.4, ал.2 от ПЗР на ЗТР за пререгистрацията е било необходимо подаване на заявление от търговеца, който същевременно е подал данни до НАП на 17.06.2011 г., че е прекъснал дейността си. Неизпълнението на задължението по пар.4, ал.1 от ПЗР на ЗТР е скрепено с презумпцията по пар.5, ал.1 от ПЗР на ЗТР, според която едноличните търговци и клоновете на чуждестранните търговци, за които не е поискана пререгистрация в срока по § 4, ал. 1 или имат влязъл в сила отказ за пререгистрация, се считат за заличени от 1 януари 2012 г.

Вярно е, че органът по назначаване е проявил активност да установи актуалното състояние на едноличния търговец по данни от Търговския регистър, което е показало, че същият е действащ. Но също така е вярно обстоятелството, че установените данни за [фирма] са указвали, че търговецът не осъществява дейност – обявените два ГФО за 2008 г. и 2009 г., данните от НАП за прекъсване на дейността, считано от 17.06.2011 г. и основанието по пар.5, ал.1 от ПЗР на ЗТР за заличаване на търговеца. По свободно достъпни в Търговския регистър данни от името на [фирма]

не е подавана декларация по пар.4, ал.1 от ПЗР на ЗТР, доколкото са налични единствено подадени заявления за 2008 г., 2009 г. и 2010 г.

Съдът намира, че наличната категорична информация за неосъществяване на търговската дейност от [фирма] следва да бъде съобразена при преценката за наличие на основание за несъвместимост по чл.7, ал.2, т.2 ЗДСл. В този смисъл е Решение № 15261 от 19.11.2013 г. по адм. д. № 187/2013 г., V отд. на ВАС: „Анализът на разпоредбата на чл.7, ал.2, т.2 от ЗДСл води до еднозначен извод, че в нея законодателят е вложил волята си за несъвместимост на извършването на търговска дейност и качеството на държавен служител. В същата са изброени изчерпателно всички възможни хипотези, при които физическите лица в Република България могат да извършват такава дейност. Следователно целта на тази разпоредба е да въведе ограничение за лицата, заемащи държавна служба да извършват търговска дейност. В случая, макар формално да е налице нарушение по чл.7, ал.2, т.2 от ЗДСл, вложената от законодателя цел на тази разпоредба не е нарушена, тъй като без съмнение кооперацията, на чийто контролен съвет е член касаторът, не осъществява търговска дейност, а същата е създадена единствено за да задоволи потребността от водоснабдяване на собствениците на имоти в посочената в наименованието ѝ местност. В случая, при постановяване на решението си съдът е подбрал формално и като е констатирал факта на членство в контролен орган на кооперация на държавния служител е приел, че заповедта е постановена в съответствие със закона и неговата цел“.

Приложението на принципите за законност по чл.4, ал.2 АПК и съразмерност по чл.6, ал.2 АПК при издаването на всички административни актове изисква, те да се издават за целите, установени в закона и без да засягат права и законни интереси в по-голяма степен от най-необходимото за преследваната целта, за която актът се издава. По силата на чл.6, ал.5 АПК административните органи трябва да се въздържат от актове и действия, които могат да причинят вреди, явно несъизмерими с преследваната цел. Визираните принципи също са основание при издаване на акта да не се подхожда формално, а винаги да се съобразяват преследваните цели. Очевидно целта на нормата на чл.7, ал.2, т.2, вр. чл.107, ал.1, т.7 ЗДСл, е да не се назначава за държавен служител лице, което осъществява други дейности, посочените в отделните хипотези на чл.7, ал.2 ЗДСл. Сравнителното тълкуване на нормите на чл.7, ал.2, т.6 и т.7 от ЗДСл показва, че при други правоотношения законодателят изрично е употребил израза „работи по трудово или друго служебно правоотношение“, т.е. активно упражнява дейността. Изложеното също е показателно за преследваната цел на уредбата, а именно да препратства едновременното упражняване на дейност като държавен служител и изрично посочените в чл.7, ал.2 ЗДСл. По изложените съображения съдът приема, че като е приел, че както към датата на назначаване на държавна служба, така и към датата на прекратяването ѝ, е налице основанието по чл.7, ал.2, т.2 ЗДСл административният орган е допуснал неправилно приложение на материалния закон и превратно упражняване на власт – отменителни основания по чл.146, т.4 и т.5 АПК.

Налице е и друго самостоятелно основание за отмяна на оспорената заповед. Съгласно разпоредбата на чл.1 от Директива 2000/78/ЕО на Съвета от 27 ноември 2000 година за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите (Директива 2000/78/ЕО) целта на настоящата директива е да регламентира основната рамка за борба с дискриминацията, основана на религия или убеждение, увреждане, възраст или сексуална ориентация по отношение на заетостта и

упражняването на занятие, с оглед прилагането в държавите-членки на принципа за равно третиране. По силата на чл.3, пар.1 от Директивата в границите на сферите на компетентност, поверени на Общността, настоящата директива се прилага към всички лица от публичния и частния сектор, включително публични органи, както и за условията за тяхното уволнение (б.„в“), т.е. съюзният акт намира приложение в настоящия случай. В този смисъл е и задължителното тълкуване в т.38, т.39 и т.50 от Решение на СЕС от 9 март 2017 г. по дело С-406/15 П. М.: „Режимът, който е приложен по отношение на г-жа М. от страна на назначилия я публичен орган при прекратяване на служебното ѝ правоотношение, би могъл да попадне в материалния обхват на посочената директива“. В това отношение следва също да се припомни, че когато правната уредба на Съюза предоставя на държавите членки възможност за избор между няколко начина на прилагане, държавите членки са длъжни да упражнят своето дискреционно правомощие при спазване на основните принципи на правото на Съюза, сред които е принципът на равно третиране (т.51 от Решение на СЕС по дело С-406/15). Принципът на равно третиране представлява основен принцип на правото на Съюза, закрепен занапред в членове 20 и 21 от Хартата, който изисква да не се третират по различен начин сходни положения и да не се третират еднакво различни положения, освен ако такова третиране не е обективно обосновано. Разликата в третирането е обоснована, когато се основава на обективен и разумен критерий, т.е. когато е свързана с допустима от закона цел на разглежданата правна уредба и когато е съразмерна на целта на съответното третиране (т.55 от Решение на СЕС по дело С-406/15). Следва също да се уточни, от една страна, че се изисква положенията да бъдат не идентични, а само сравними, и от друга страна, че тази сравнимост не трябва да се анализира общо и абстрактно, а специфично и конкретно с оглед на предмета и целта на националната правна уредба, която установява разглежданото различие (т.57 от Решение на СЕС по дело С-406/15). Съпоставянето на положенията трябва да се основава на анализ, съсредоточен върху съвкупността от правила на националното право, което регламентира, от една страна, положението на лицата с определено увреждане, работещи по трудово правоотношение, и от друга страна, положението на лицата, работещи по служебно правоотношение и засегнати от същото увреждане, както то произтича от релевантните вътрешноправни разпоредби, приложими в конкретния случай, като се вземе предвид предметът на закрилата срещу уволнението, разглеждано по главното производство (т.58 от Решение на СЕС по дело С-406/15). Следователно целта на правна уредба като разглежданата по главното производство е да предостави закрила на работник или служител не в зависимост от правната връзка, от която е възникнало неговото правоотношение, а в зависимост от неговото здравословно състояние (т.60 от Решение на СЕС по дело С-406/15). При това положение става ясно, че различието, което такава правна уредба провежда между лицата с определено увреждане, работещи по трудово правоотношение, и държавните служители, засегнати от същото увреждане, не е адекватно в светлината на преследваната от тази правна уредба цел, още повече че и двете категории лица с увреждания могат да бъдат назначени на работа от същата администрация (т.61 от Решение на СЕС по дело С-406/15). Националният съд трябва да провери, по отношение на твърдяната в делото по главното производство разлика в третирането, дали съвкупността от приложимите правила на националното право гарантира на държавните служители с увреждания равностойно ниво на закрила като това, предвидено от механизма на предварително разрешение от инспекцията по труда, що

се отнася до лицата с увреждания, работещи по трудово правоотношение, в сектора на публичната администрация. Накрая, ако запитващата юрисдикция постанови, че е доказана разлика в третирането между тези групи лица, намиращи се в сравнимо положение, тази юрисдикция трябва — като последна инстанция, единствено компетентна да прецени фактите, разглеждани в спора, с който е сезирана, и да даде тълкуване на приложимата национална правна уредба — да определи дали и доколко правна уредба на държава членка като разглежданата по главното производство е обективно обоснована в светлината на принципа на равно третиране.

В отделните хипотези на чл.107а от Кодексът на труда са уредени допълнителни условията за работещите по трудово правоотношение в държавната администрация, аналогични на уредените в чл.7 ЗДСл. Уредено е и аналогично основание за прекратяване на трудовото правоотношение в разпоредбата на чл.330, ал.2, т.8 КТ. Същевременно, съгласно чл.333, ал.5 КТ бременна работничка или служителка, както и работничка и служителка в напреднал етап на лечение ин-витро, може да бъде уволнена с предизвестие само на основание [чл. 328, ал. 1, т. 1, 7, 8 и 12](#), както и без предизвестие на основание [чл. 330, ал. 1 и ал. 2, т. 6](#). В случаите на [чл. 330, ал. 2, т. 6](#) уволнението може да стане само чрез предварително разрешение на инспекцията по труда. Т.е. разпоредбата не урежда възможност за уволнение на бременна работничка или служителка в хипотезата на чл.330, ал.2, т.8 ЗДСл. По аргумент от противното следва да се приеме, че чл.330, ал.5 КТ урежда абсолютна закрила срещу увълнение на бременните работнички/служителки в хипотезата на несъвместимост по чл.330, ал.2, т.8 ЗДСл. Също по аргумент на противното следва да се приеме, че нормата на чл.333, ал.1, т.3 от КТ не позволява работничка или служителка, която е майка на дете до 3-годишна възраст, да бъде уволнявана в хипотезата на чл.330, ал.2, т.8 КТ, а в останалите случаи се изисква предварителното разрешение на инспекцията по труда за всеки отделен случай.

С. анализ на закрилата по чл.333 КТ и чл.107б ЗДСл установява идентичност на основанията по чл.333, ал.6 КТ и чл.107б, ал.1 ЗДСл, които уреждат закрила за работник/служител, който ползва [отпуск за бременност и раждане](#), които могат да бъдат уволнени само на основание [чл. 328, ал. 1, т. 1/](#) чл.106, ал.1, т.1 ЗДСл. В случая няма спор, че към датата на връчване на акта за прекратяване на правоотношението Г. Г. не ползва отпуск за бременност и раждане, въпреки, че органът по назначаване е уведомен, че служителката е бременна. Последното обстоятелство, както и фактът, че Г. Г. отглежда дете на възраст до 3 години (детето й П. С. Г. е [дата на раждане]) я определят като попадаща в закрилата на чл.333, ал.1, т.1 и т.4 и ал.5 от Кодекса на труда. Както вече се посочи, Кодексът на труда не само не урежда възможност за прекратяване в тези случаи на правоотношението на основание чл.330, ал.2, т.8 КТ, но и изрично урежда закрила за работничка, която отглежда дете до 3 годишна възраст, бременна е и е започнала ползването на разрешен й отпуск. Наличието на различни третиране на визираните категории лица в КТ и ЗДСл е в пряко нарушение на принципа на равно третиране. Това е така, тъй като ако Г. би била назначена на трудово правоотношение, то последното нямаше да може да бъде прекратено в нейното състояние, освен при изричните хипотези на чл.333, ал.1, т.1 и т.4 и чл.333, ал.5 КТ. Дадено от СЕС тълкуване в посоченото решение по дело С-406/15 изисква съвкупността от приложимите правила на националното право да гарантира на държавните служители равностойно ниво на закрила като това, което се отнася до лицата, работещи по трудово правоотношение.

Като не е осигурил подобно приложение на закона в съответствие с принципа за равно третиране административният орган е допуснал неправилно приложение на закона – самостоятелно отменително основание по чл.146, т.4 АПК.

В този смисъл са постановеното национално решение след Решението на СЕС по дело С-406/15 – Решение № 6014 от 15.05.2017 г. по адм. д. № 12369/2014 г., V отд. на ВАС, както и последвалата практика на касационната инстанция, напр. Решение № 1204 от 29.01.2021 г. по адм. д. № 11143/2020 г., Решение № 1691 от 10.02.2021 г. по адм. д. № 12429/2020 г., Решение № 5959 от 18.05.2021 г. по адм. д. № 1809/2021 г., на V отд. на ВАС и др.

По изложените съображения и на основание чл.172, ал.2 АПК е дължима отмяна на оспорената заповед.

При този изход на спора и на основание чл.143, ал.1 АПК на жалбоподателката следва да бъдат присъдени сторените в производството разноски за адвокатско възнаграждение, за чийто размер ответникът е направил възражение по чл.78, ал.5 ГПК. Минималният размер на адвокатското възнаграждение за настоящия спор е 500 лв. съгласно чл.8, ал.3 от Наредба № 1/2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения. В случая, жалбата е изготвена със съдействието на адв.Л., а в проведеното едно открито съдебно заседание по делото същата е защитавана от адвокат. Поведението на ответника по несъобразяване със задължителното тълкуване на СЕС и последвалата след него константна практика на ВАС е обусловило необходимост за служителката да потърси правна помощ за обжалване на административния акт при нейното уязвимо здравословно положение, респ. тя ще понесе значителна тежест от продължителни във времето съдебни спорове. Изложеното обуславя присъждане на адвокатско възнаграждение над минималния размер по чл.8, ал.3 от Наредба № 1/2004 г., респ. минимално намаляване на претендирания размер на възнаграждение от 1200 лв. Съдът приема за съответстващ на фактическата и правна сложност на спора е размер на адвокатското възнаграждение от 1000 лв.

Водим от горното АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - С. град, I-во отделение, 69-и състав,

Р Е Ш И И :

ОТМЕНЯ по жалба на Т. М. Г. от [населено място],[жк], ул. „82-ра“ № 17А, и със съдебен адрес [населено място], [улица], ет.3, чрез адв. Б. Л., срещу Заповед № РД-15-091 от 24.08.2021 г. на началника на Дирекция за национален строителен контрол, с която на основание чл. 107, ал.1, т.7, вр. чл.7, ал.2, т.2 от ЗДСл е прекратено служебното ѝ правоотношение.

ОСЪЖДА Дирекция за национален строителен контрол да заплати на Т. М. Г. от [населено място],[жк], ул. „82-ра“ № 17А, на основание чл.143, ал.1 АПК сторените в производството разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 1000 лв.

Решението може да се обжалва в 14 дневен срок от съобщението до страните за постановяването му с касационна жалба пред ВАС на РБ.

СЪДИЯ:

