

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

№ 1871

гр. София, 12.02.2013 г.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД СОФИЯ-ГРАД, Първо отделение 12 състав, в закрито заседание на 12.02.2013 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наталия Ангелова

като разгледа дело номер **11338** по описа за **2011** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Съдебното производство е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуален кодекс (АПК).

1. Делото е образувано по жалба на С. Р. С. от [населено място] с ЕГН [ЕГН], срещу Решение № 600/02.12. 2011г. на главния директор на Столично управление „Социално осигуряване” (С.), с което е оставена без уважение жалбата срещу три разпореждания, издадени във връзка с извършена преценка на ръководителя на пенсионното осигуряване при същото управление, че с отпусната пенсия на жалбоподателката с разпореждане от 11. 07.2007г. е нарушено изискването по чл. 94,ал. 1 от Кодекса за социалното осигуряване (КСО) и е разпоредено възстановяването на получените суми ведно с лихви.

2. С жалбата се иска от съда да постанови отмяна на решението и разпорежданията, а тъй като не се касаело за недобросъвестно получени суми, заявлението за пенсия обхващало само националното право, по вина на административния орган преписката не била попълнена с доказателства, съответно не били изискани декларации за относими факти към упражняване на правото на пенсия, не бил налице международен договор в областта на социалното осигуряване и поради това разпоредбите на които се позовавал ответникът не били приложими.

3. Ответникът - главен директор на С. оспорва жалбата и поддържа мотивите в обжалваното решение за нарушение на чл. 94,ал.1 КСО относно изискването за прекратяване на осигуряването, неприложимост на правното основание, на което е отпусната пенсията поради наличие на осигурителен стаж в друга държава-членка, недобросъвестност при деклариране на относими обстоятелства, които нарушения съставлявали основание за възстановяване на получените суми за пенсия с лихва.

По фактите съдът приема за установено следното:

4. Със заявление вх. № 01000368 от 18.01.2007г. г-жа С. Р. С. прави искане за

отпускане на лична пенсия за осигурителен стаж и възраст (ОСВ), в което освен другото декларира, че не се осигурява от 04.06.1996г., посочва в същото и представя документи за стаж и доход, издадени само от работодатели от Р. Б.. С Разпореждане от 06.02.2007г. на компетентен орган е постановен отказ за отпускане на лична пенсия за ОСВ на основание чл. 68, ал. 1 - 3 от КСО – с мотиви, че лицето няма изискуемия от закона сбор от възрастта и осигурителния стаж.

5.С молба от 22.06.2007г. г-жа С. С. иска да ѝ бъде отпусната лична пенсия за ОСВ при условията на § 9 от КСО в редакцията му през 2007г. и представя нужните документи за отпускане на пенсията. С изрично уведомително писмо от 25.06.2007г. на компетентен орган, на жалбоподателката е съобщено какъв по категория трудов стаж от се зачита на основание чл. 104 от КСО и за размера на недостигащия ѝ осигурителен стаж за да възникне право на лична пенсия за ОСВ, - 2 години, 6 месеца и 17 дена, за който следва да бъдат внесени осигурителни вноски в размер на 1 546,73 лв., съгласно изискванията на § 9, ал. 3 от КСО. В молбата си жалбоподателката изрично е заявила искане за разсрочено плащане. На 05.07.2007г. дъщерята на жалбоподателката съгласно пълномощно от жалбоподателката да я представлява, декларира писмено пред компетентния орган, че г-жа С. не работи от 04.06.1996г. и към 05.07.2007г. не се осигурява.

6.С Разпореждане 05.07.2007г. е утвърден погасителен план за разсрочено плащане на вноските за недостигащия стаж - за периода от 05.07.2007г. до 05.07.2009г., а с Разпореждане от 11.07.2007г. е отпусната лична пенсия за ОСВ по чл. 68, ал. 1 - 3 от КСО във вр. с § 9, ал. 3 КСО, считано от 05.07.2007г., в минимален размер, с Разпореждане от 13.08.2007г. пенсията е определена в действителен размер и впоследствие неколkokратно е осъвременявана.

7. С писмо от 20.09.2011г. от Дирекция "Европейски регламенти и международни договори" в С. са изпратени формуляри Е 001/АТ и Е 205/АТ от компетентната австрийска осигурителна институция, от които е видно, че С. Р. С. има зачетен осигурителен стаж в А. както следва: за периода от 10.1995г. до 12. 2000 г. – 63 месеца и от 01. 2001г. до 07.2011г. – 127 месеца завършени осигурителни периоди в качеството на „самостоятелно заето лице“ по Федералния закон за социалното осигуряване на А. длъжност – „земеделец“. От тези факти ответникът е направил извод, че към датата на отпускане на българската пенсия - 05.07.2007г., осигуряването на г-жа С. не е било прекратено.

8. На това основание с първото обжалвано разпореждане от 23.09.2011г. е отменено разпореждането, с което е отпусната пенсията ѝ за ОСВ и разпорежданията за увеличаването ѝ, отказано е отпускане на пенсия за ОСВ - по молбата ѝ за прилагане на § 9, ал. 3 от КСО и е постановено да се събере надвзетата пенсия с лихва, на основание чл. 114,ал.1 от КСО като недобросъвестно получена. С второто и третото разпореждане - от 11.10.2011г. и 04.11.2011г., се допълва първото разпореждане за процесуалния ред за възстановяване на надвзетата пенсия и размера на подлежащата на възстановяване сума – общо 17 523,50 лв., от които главница за периода 05.07.2007г. до 30.09.2011г. в размер на 12 0129,29 лв. и лихва към 04.11.2011г. – 5 494,21лв. , на основание чл.114, ал.1 КСО.

9. За да отхвърли жалбата по административен ред срещу посочените разпореждания, ответникът е потвърдил изводите на органа по пенсионното осигуряване, че не е изпълнено изискването по чл. 94, ал. 1 от КСО за отпускане на пенсия за ОСВ за прекратяване на осигуряването като материалноправна предпоставка за упражняване на придобито право на посочения вид пенсия, представляващо допълнителен юридически факт и относим елемент от фактическия състав за упражняване на придобитото право на пенсия за ОСВ. Декларацията за прекратяване на осигуряването не се отнасяла само за наличието на такова в Р. Б., тъй като в чл. 37, ал. 2 от Наредбата за пенсиите и осигурителния стаж (НПОС) се уреждал правният статут на лицата, които имат осигурителен стаж в страната и такъв в друга държава, с която е сключен международен договор.

10. Според мотивите на обжалваното решение, възникването, времетраенето и прекратяването на осигуряването, с основно изискване лицето да упражнява трудова дейност съгласно чл. 10 КСО не ограничава тази дейност териториално, достатъчно било лицето да отговаря на изискването за осигурено лице по §1, ал. 1, т. 3 от Допълнителните разпоредби на КСО. Ответникът е посочил, че са приложими Регламент №1408/71 и Регламент 574/72 за прилагането му - конкретно чл. 2 и чл. 4 от първия регламент. На основание член 84а от Регламент № 1408/71 жалбоподателката била задължена да уведоми българския осигурителен институт за осигуряването си на територията на друга държава-членка, а съгласно чл. 44, ал. 2 и чл. 45 от същия – подаденото заявление за пенсия било относимо за всички държави членки на Европейския съюз (ЕС), на чийто осигурителни закони е било подчинено лицето, и спрямо жалбоподателката бил приложим принципът по втората разпоредба за сумиране на осигурителните периоди, завършени съгласно законодателството на друга държава членка.

11. Според ответника следвало да се зачете придобитият стаж в А. без да се прилага §9, ал. 3 КСО. Наличието на осигурителен стаж, придобит на територията на А., както и факта, че не е прекратила осигуряването, се определят като обуславящи правото на пенсия и правното основание за отпускането ѝ. Декларираното под страх от наказателна отговорност, че жалбоподателката не се осигурява от 04.06.1996г. не съдържало уточнение, че се отнася само за Б., наличието на осигурителен стаж в друга държава-членка не могло да се установи служебно.

12. Заявлението за отпускане на лична пенсия за ОСВ, представляващо утвърден образец съгласно чл. 1 от НПОС, не се съдържа отбелязване, че същото представлява общ формуляр, относим за всички държави членки и е заявление по смисъла на чл. 44, ал. 2 от Регламент 1408/71. Единствена индикация за стаж, придобит в друга държава може да се изведе от възможността заявлението да бъде адресирано и до орган при Дирекция „Международни спогодби“ на Националния осигурителен институт. В заявлението за отпускане на пенсия от 18.01.2007г. г-жа С. не е декларирала приложимост на международна спогодба, поради това заявлението е адресирано и съответно разгледано от орган при С..

13. Основателно е и твърдението на г-жа С., че в никой документ, изходящ от

пенсионен орган не се съдържа указание до нея, че следва да посочи и придобит осигурителен стаж в друга държава-членка поради възможността за прилагане на сумирано изчисляване осигурителните периоди по реда на член 45 от Регламент 1408/71 г. Общи указания за разясняване на правата и задълженията по регламента не се съдържат и в процесното заявление.

14. Между Р. Б. и Р. А. е подписана Спогодба за социална сигурност, в сила за страната от 01 април 2006г. След 01.01.2007г. в изключенията по чл. 7 от Регламент 1408/71, се прилага единствено чл. 38, ал.3 от Спогодбата, относим за стаж преди 1961 г., посочен в приложение III към регламента, който според фактите по делото е неотносим към правното положение на жалбоподателката.

15. През 2007г. са приложими разпоредбите на Регламент № 1408/71, тъй като исканията на г-жа С. за отпускане на пенсия за старост са подадени преди 01 май 2010г., от която дата този регламент е отменен поради влизането в сила на Регламент № 883/2004 за координация на системите за социално осигуряване. Влизането в сила на отмяната от посочената дата следва от член 87, параграф 1 във връзка с член 91, алинея 2 от Регламент № 883/2004 и член 97 Регламент № 987/2009 за прилагането на първия регламент. Изрично приложимостта на Регламент 1408/71 г. към фактите по делото следва и от член 94, параграф 1, буква а) от Регламент № 987/2009, озаглавен преходни разпоредби относно пенсиите, в това число и поради неприложимост на споразумение между държави членки.

16. Съгласно съдебната практика на Върховен административен съд по Решение № 16491/20.12.2012 г. по адм. д. № 6269/2012 г., в казус за български гражданин, пребиваващ в Полша, съгласно формуляр Е 205 е осигурено лице за доходи от рента след датата, посочена пред българските органи в заявление за пенсия, е прието, че изискването по чл. 94, ал.1 КСО за прекратяване на осигуряването, се отнася към държавното обществено осигуряване по този кодекс, но не са обсъдени въпроси, свързани с упражнената свобода на движение от лицето по правото на Съюза.

17. Съгласно Приложение I към Регламент № 1408/71, за Р. Б. „самостоятелно заето лице“ по смисъла на член 1, буква а), ii) от същия регламент се счита всяко лице, което работи без трудов договор по смисъла на чл. 4, ал. 3, точки 5 и 6 от КСО. Данните за жалбоподателката са посочени в таблицата по точка 8, колона 11 на процесния формуляр Е 205 - т.е. за „Selbstandige“, което понятие е преведено като „самостоятелно заето лице“ във версията на български език на чл.1 от същия регламент. Тези лица имат задължение за осигуряване по реда на държавното обществено осигуряване и за същите се прилага чл. 94, ал.1 КСО.

18. Предвид посочените осигурителни периоди във формуляр Е 205 – от месец 01.2001г. до месец 07.2011 г., то следва, че през цялата 2007г., жалбоподателката е била осигурено лице съгласно австрийското законодателство, както е прието и в обжалваното решение и който факт не се отрича от последната. При тези факти, предвид относимостта на изискването по чл. 94, ал.1 КСО към г-жа С. съгласно цитираното решение на Върховния административен съд, жалбата следва да бъде отхвърлена.

При така приетото за установено, 12 състав на Административен съд София -град, пред който е образувано административно дело 11338/2011 г. намира, че за правилното решаване на спорните по делото въпроси са приложими нормативните разпоредби както следва:

А. По правото на Р. Б.:

19. Кодекс за социално осигуряване (КСО), в сила от 01 януари 2000г., член 4, алинея 3, точка 5 от който в редакцията си Държавен вестник (ДВ), бр. 119 от 2002 г., гласи: „Задължително осигурени за инвалидност поради общо заболяване за старост и за смърт са: (...) 5. лицата, които полагат труд без трудово правоотношение и получават месечно възнаграждение, (...), ако не са осигурени на друго основание през съответния месец;”

20. Член 9 КСО, озаглавен „Осигурителен стаж, в алинея 1, т.1,2,3 и 5 предвижда хипотези на зачитане на осигурителен стаж по трудово правоотношение и на самостоятелно заетите лица по чл.4, ал.3,т.5 КСО (конкретно по чл. 9,ал.1 т.2 КСО), като стажът се зачита въз основа на дължими или внесени осигурителни вноски върху минимален осигурителен доход, установен в същия кодекс, разграничени при пълно и непълно работно време и според осигурителния доход, при съответното приложение на принципите *pro rata temporis* и *pro rata basis* при изчислението на осигурителния стаж. По т.4 от същата алинея е предвидена хипотеза на признаване на осигурителен стаж на самоосигуряващите се лица. По алинеи 2,3,6 и 7 са предвидени хипотези на зачитане на осигурителен стаж без задължение за осигурителни вноски или без да се осъществява трудова заетост. В алинея 8 е предвидено редът и начинът за изчисляване на осигурителния стаж де се предвидят наредба и това е Наредбата за пенсиите и осигурителния стаж, посочена в следващите точки.

21. Член 10 КСО, който в редакцията си след ДВ бр. 1/2002г., гласи: „Осигуряването възниква от деня, в който лицата започват да упражняват трудова дейност по чл. 4 и продължава до прекратяването ѝ.”

22. Член 68 КСО, озаглавен „Придобиване на право на пенсия”, алинея 1 от който гласи: „(1) Право на пенсия за осигурителен стаж и възраст се придобива при навършване на възраст (...) 55 години и 6 месеца за жените, при условие че сборът от продължителността на осигурителния стаж и възрастта не е по-малък от 98 за мъжете и 88 за жените.”, т.е. обуславя придобиването на правото на пенсия от наличието на определена възраст и продължителност на осигурителния стаж, които съгласно следващите алинеи се увеличават през определен период от време.

23. Член 94 КСО, озаглавен „Дата на отпускане на пенсията”, алинея 1 в редакцията след ДВ бр.112/2004г., гласи: „Пенсиите се отпускат от датата на придобиване на правото, а за пенсиите за осигурителен стаж и възраст - от датата на прекратяване на осигуряването, ако заявлението с необходимите документи е подадено в 6-месечен срок от придобиване на правото, съответно от прекратяване на осигуряването. Ако документите са подадени след изтичане на 6-месечния срок от придобиване на

правото, съответно от прекратяване на осигуряването, пенсиите се отпускат от датата на подаването им.”

24.Член 114 КСО, озаглавен „Възстановяване на неоснователно получени суми”, алинея 1 в редакцията след ДВ, бр. 105/2006 г., гласи: „Недобросъвестно получените суми за осигурителни плащания се възстановяват от лицата, които са ги получили, заедно с лихвата (...)”.

25.Съгласно § 1, т.3 от Допълнителни разпоредби на КСО, след ДВ бр. 67/ 2003 г., „По смисъла на Част първа на този кодекс: (...) 3.”Осигурено лице” е физическо лице, което извършва трудова дейност, за която подлежи на задължително осигуряване по чл. 4, и за което са внесени или дължими осигурителни вноски.

26.Съгласно § 9, алинея 3 от Допълнителните разпоредби на КСО, в редакцията след ДВ бр. 102/2005 г., :”За осигурителен стаж при пенсиониране се зачита и времето, за което лицата са навършили възрастта по чл. 68, ал. 1 и 2, но на които не им достигат до 5 години осигурителен стаж за придобиване право на пенсия и са внесени осигурителни вноски, изчислени върху минималния осигурителен доход за самоосигуряващите се лица, определен със Закона за бюджета на държавното обществено осигуряване към датата на внасянето на вноските, ако това време не се зачита за осигурителен стаж на друго основание по този кодекс.”

27. Алинея 5 от същия § 9 гласи: „За придобит осигурителен стаж по реда на ал. 3 правото на пенсия възниква от датата на внасянето на осигурителните вноски или от датата на утвърждаване на плана за разсроченото им плащане.”

28.Наредба за пенсиите и осигурителния стаж (Н.), в сила от 01.01.2000 г, издадена и на основание чл.106 от КСО, който се намира в глава Шеста от кодекса, озаглавена „Задължително пенсионно осигуряване”, съдържаща членове от 68 до 106. Член 1, алинея 1 от НПОС, в редакцията след ДВ бр.21/2000г. гласи: „Пенсиите и добавките към тях се отпускат въз основа на писмено заявление по образец, утвърден от управителя на Националния осигурителен институт (НОИ), към което се прилагат всички необходими оригинални документи. Заявлението може да се подава лично, чрез законния представител, чрез последния осигурител, чрез осигурителна каса или чрез упълномощено лице до териториалното поделение на НОИ по постоянния адрес на заявителя.”

29.Член 1, алинея 4 НПОС в същата редакция гласи: „Сведенията за самоличността на заявителя, за гражданското му състояние и други данни във връзка с отпускането на пенсията, включително за пенсиите по международен договор, се вписват в заявлението.”

30.Член 1, алинея 5 НПОС в редакцията след ДВ, бр.48/2006 г., гласи: ”При прието заявление с нередовни и/или липсващи документи служителят от териториалното поделение на НОИ в 15-дневен срок уведомява лицето за неизправностите. Когато (...) те не са отстранени, длъжностното лице (...) издава разпореждане въз основа на наличните редовни документи, а при необходимост и на данните от персоналният регистър за осигурените лица.”

31.Съгласно член 2, точка 1 НПОС, в редакцията ДВ бр. 19/2002г., към заявлението за отпускане на лична пенсия за осигурителен стаж и възраст се представят и „документи за осигурителен (трудов)

стаж и за прекратяване на осигуряването”.

32.Член 12, алинея 5 НПОС в редакцията след ДВ бр. 21/2000г. , гласи: „В случай на изменение на пенсията в резултат на прилагането на разпоредбите на международен договор получените в повече суми се удържат от лицата без лихва”.

33.Член 37 НПОС, озаглавен ”Установяване и зачитане на осигурителен стаж и осигурителен доход”, алинея 1 в редакцията след ДВ бр. 25/2004г. гласи: „За осигурителен стаж се зачита времето, за което са били дължими или внесени осигурителни вноски за лицата по чл.4, (...) ал.3, т. 5 и 6 КСО, (...)”

34.Съгласно член 37, алинея 2 НПОС, „Осигурителен стаж, придобит извън страната, се зачита съгласно разпоредбите на международен договор в областта на социалното осигуряване, по който Р. Б. е страна. Този стаж се установява по оригинални документи, издадени от компетентните органи на съответната чужда държава.”

Б. Правни норми по правото на Европейския съюз:

35.Договор за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС), в сила от 01 декември 2009 година, консолидиран текст, обнародван, обнародван С ОВ, брой 326 от 26 октомври 2012г., Член 48 (предишен член 42 от Д.), алинея 1 от който гласи:

„Европейският парламент и С., като действат в съответствие с обикновената законодателна процедура, приемат такива мерки в областта на социалната сигурност, които са необходими за гарантиране на свободно движение на работниците; за тази цел той създава условия, за да осигури на заетите и самостоятелно заетите работници-мигранти и на лицата на тяхна издръжка:

- а) сумиране на всички периоди, които се зачитат по съответните национални законодателства, за придобиване и запазване на правото на обезщетение и за изчисляване на размера на обезщетението;
- б) изплащане на обезщетенията на лицата, пребиваващи на териториите на държавите-членки;”

36.Член 49 (предишен член 43 от Д.) алинея 1 , изречение първо от който гласи: „В рамките на следващите разпоредби ограниченията върху свободата на установяване на граждани на държава-членка на територията на друга държава-членка се забраняват.”

37.Член 49 (предишен член 43 от Д.) алинея 2 , изречение второ от който гласи: „Свободата на установяване включва правото на достъп до и упражняване на дейност като самостоятелно заето лице, (...)”

38.Харта за основните права на Европейския съюз, в сила от 01 декември 2009 година, консолидиран текст, обнародван С ОВ, брой 326 от 26 октомври 2012г., член 15, озаглавен „С. при избор на професия и право на труд”, параграф 2, който гласи: „2.Всеки гражданин на Съюза има свободата (...) да се установява (...) във всички държави-членки.”

39.Член 52 от Х., озаглавен „Обхват и тълкуване на правата и принципите”, параграф 1, алинея 1 от който гласи: „Всяко ограничаване на упражняването на правата и свободите, признати от настоящата Харта, трябва да бъде предвидено в закон и да зачита основното съдържание на същите права и свободи. При спазване на принципа на пропорционалност ограничения могат да бъдат налагани, само ако са необходими и ако действително отговарят на признати от Съюза цели от общ интерес или на необходимостта да се защитят правата и свободите на други хора.”

40.Регламент (Е.) № 1408/71 на Съвета от 14 юни 1971 година за прилагането на схеми за социална

сигурност на заети лица, самостоятелно заети лица и членове на техните семейства, които се движат в рамките на Общността, осмо съображение, което гласи:

„като има предвид, че заетите и самостоятелно заетите лица, които се движат в рамките на Общността, следва да подлежат на прилагане на схемата за социална сигурност на една-единствена държава членка, за да се избегне припокриване на приложимите национални законодателства и усложненията, които биха могли да произтекат от това“.

41. Член 1, буква а) – ii) от Регламент № 1408/71 предвижда, че по смисъла на този регламент:

„а) „заето лице“ и „самостоятелно заето лице“ означава съответно:

(...)

ii) всяко лице, което е задължително осигурено за един или повече от осигурителните рискове, обхванати от разглежданите в настоящия регламент клонове на социална сигурност, съгласно схема за социална сигурност на всички пребиваващи лица или на цялото работещо население, ако лицето:

– може да се определи като заето или самостоятелно заето лице, в зависимост от начина на управление или финансиране на такава схема, (...)"

42. Член 2 от Регламент № 1408/71, озаглавен „Лица, обхванати от регламента“, параграф 1, който гласи:

„Настоящият регламент се прилага за заети лица, самостоятелно заети лица и студенти, към които се прилага или е било прилагано законодателството на една или повече държави членки и които са граждани на държава членка или са лица без гражданство или бежанци, живеещи на територията на някоя от държавите членки, както и към членовете на техните семейства и преживелите ги лица.“

43. Член 4 от Регламент № 1408/71, озаглавен „Уредени въпроси“, гласи: „1. Настоящият регламент се прилага за цялото законодателство, което се отнася до следните клонове на социално осигуряване:

(...)

в) обезщетения за старост;”

44. Съгласно член 12 от Регламент № 1408/71, озаглавен „Предотвратяване на натрупване на обезщетения“, първи и втори параграф гласят:

„1. Настоящият регламент не може нито да предоставя, нито да запазва правото на няколко обезщетения от един и същи вид за един и същи период на задължително осигуряване. Въпреки това, тази разпоредба не важи за обезщетения при (...), старост, (...) (пенсии) или (...), които се отпускат от институциите на две или повече държави-членки в съответствие с разпоредбите на член 41, член 43, параграфи 2 и 3, членове 46, 50 и 51 или член 60, параграф 1, буква б).

2. Позоваване на законодателните разпоредби на държава-членка за (...) прекратяване на обезщетения в случаи на натрупване на други социално-осигурителни обезщетения или други доходи може да се извършва, дори и когато такива обезщетения са придобити съгласно законодателството на друга държава-членка, или когато такъв доход възниква на територията на друга държава-членка. Въпреки това, тази разпоредба не се прилага, когато заинтересованото лице получава обезщетения от един и същи вид за (...инвалидност, старост, смърт (пенсии) или професионална болест, които са отпуснати от институциите на две или повече държави-членки в съответствие с разпоредбите на членове 46, 50, 51 или член 60, параграф 1, буква б).”

45. Съгласно чл. 13, озаглавен „Общи правила“ от Регламент 1408/71, параграф 2 буква б), съобразно разпоредбите на членове 14 до 17, лице, което е самостоятелно заето на територията на една държава-членка, е подчинено на законодателството на тази държава дори и ако пребивава на територията на друга държава-членка.

46. Член 44 от Регламент 1408/71, озаглавен „Общи разпоредби за отпускането на обезщетения, когато заето или самостоятелно заето лице е било подчинено на законодателството на две или повече

държави-членки”, параграф 1, който гласи: „ Правото на обезщетения на заето или самостоятелно заето лице, което е било <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997R0118R%2802%29:BG:NOT> подчинено на законодателството на две или повече държави-членки, или на преживелите го лица, се определя съобразно разпоредбите на настоящата глава.”

47.Член 44, параграф 2 от Регламент 1408/71, който гласи: „ Ако в член 49 не е предвидено друго, разглеждането на подаден от заинтересованото лице иск за отпускане на обезщетение се отнася за всички законодателства, на които е било субект заетото или самостоятелно заетото лице. Изключение от това правило се допуска, ако заинтересованото лице изрично поиска отлагане на отпускането на обезщетенията за старост, на които то би имало право съгласно законодателството на една или повече държави-членки.”

48.Член 45 от Регламент 1408/71, озаглавен „Зачитане на завършени осигурителни периоди или периоди на пребиваване съгласно законодателствата, чийто субект е било заето или самостоятелно заето лице с оглед придобиване, запазване или възстановяване на правото на обезщетение”, параграф 1 от който гласи: „Когато съгласно законодателството на държава-членка придобиването, запазването или възстановяването на правото на обезщетения по схема, която не е специална по смисъла на параграфи 2 или 3, зависи от завършването на осигурителни периоди или периоди на пребиваване, компетентната институция на тази държава-членка при необходимост взема под внимание завършените осигурителни периоди или периоди на пребиваване съгласно законодателството на всяка друга държава-членка, (...) За целта тя отчита тези периоди като завършени съгласно собственото ѝ законодателство.”

49.Член 46 от Регламент 1408/71, озаглавен „Отпускане на обезщетения”, параграфи 1, от и 2, които гласят:

”1. Когато изискващите се съгласно законодателството на дадена държава-членка условия за придобиване на право на обезщетения са изпълнени, без необходимост от прилагане на разпоредбите на член 45 или член 40, параграф 3, се прилагат следните правила:

а) компетентната институция изчислява размера на дължимото обезщетение:

i) от една страна, само съгласно разпоредбите на прилаганото от нея законодателство;

ii) от друга страна, съгласно разпоредбите на параграф 2;

б) въпреки това, компетентната институция може да премахне условието изчислението да се извършва в съответствие с разпоредбите на буква а), ii), (...)

В приложение IV, част В, са изброени случаите за всяка заинтересована държава-членка, в които двете изчисления биха довели до подобен резултат.

2. Когато изискващите се съгласно законодателството на дадена държава-членка условия за придобиване на право на обезщетения се удовлетворяват само след прилагане на разпоредбите на член 45 и/или член 40, параграф 3, се прилагат следните правила: (...)

50.Член 94 от Регламент 1408/71, озаглавен „Преходни разпоредби за заети лица”, параграф 2, който гласи:

”2. За определяне на правата, които се придобиват съгласно разпоредбите на настоящия регламент, се вземат предвид всички осигурителни периоди или, по целесъобразност, всички периоди на заетост или пребиваване, които са завършени съгласно законодателството на дадена държава-членка преди 1 октомври 1972 г., или преди датата на прилагане на регламента на територията или на част от територията на тази държава-членка.”

51.Приложение IV, част В на Регламент 1408/71, озаглавено: „Случаи по член 46, параграф 1, буква б) от регламента, в които може да се направи отказ от изчисляване на обезщетението в съответствие с

член 46, параграф 2 от регламента”, в редакцията след изменението с Регламент (ЕО) № 1791/2006 на Съвета от 20 ноември 2006, конкретно подточка Б гласи: „Б. Б. Всички заявления за пенсии за периоди на осигуряване и възраст, пенсии за нетрудоспособност поради общо заболяване и пенсии на наследници, които произтичат от гореспоменатите пенсии.”

52. Приложение VII, на Регламент 1408/71, озаглавено: „Случаи, в които дадено лице е подчинено едновременно на законодателството на две държави членки”, точка 2 от което гласи: „ Когато лицето е самостоятелно заето лице в Б. и наето на платена работа в друга държава-членка.”

Настоящият състав на Административен съд София-град, като съобрази изложеното дотук, намира, че следва да отправи преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз за правилното приложение на националното право в съответствие с разпоредби по правото на Съюза, както и поради необходимост за тълкуване на последното съобразно фактите по делото, по следните съображения:

Приложимост на норми по правото на Съюза към правното положение на жалбоподателката съобразно фактите по делото:

53. Г-жа С. е български гражданин и поради това има статута на гражданин на Европейския съюз съгласно чл.20, параграф 1 от ДФЕС, а от качеството ѝ на осигурено лице за трудова дейност като самостоятелно заето лице в друга държава членка през цялата 2007г. следва, че е упражнила предоставените ѝ свободи по правото на Съюза - на движение, пребиваване и свобода на установяване, съгласно чл. 21, параграф 1, и чл. 49 ДФЕС, приложими за българските граждани след присъединяването на Р. Б. към ЕС.

54. По българското право към 05.07.2007г. на жалбоподателката е зачетен общо 33 години, 11 месеца и 17 дни за периодите от 18.01.1967 до 31.05.1996г., при недостигащ осигурителен стаж за право на лична пенсия за ОСВ по чл. 68, ал.1-3 КСО – 2 години, 6 месеца и 17 дни. **Осигурителен стаж в такъв размер е зачетен при условията на заплащане на осигурителни вноски** по параграф 9, ал. 3 КСО, който съгласно чл. 45а, ал.1 НПОС се зачита само като стаж за придобиване на пенсия за старост, без да се взема предвид при определяне на осигурителния доход за изчисляването на пенсията (чл.46, ал.2, т.1 НПОС). Осигурителните периоди в А. са от месец 10 на 1995г. до месец 07 на 2011г. като обхващат всички календарни месеци през посочения период, или общо 15 години и 10 месеца,

55. Налице е следователно дублиране на осигурителни периоди: от месец 10 1995г. до месец 05 1996г. включително и за зачетения по българското право осигурителен стаж при условията на заплащане на осигурителни вноски – за 2 г. 6 месеца и 17 дни, който следва да се счита за придобит към датата на разпореждането за разсрочване на плащането на вноските, т.е. към 05.07.2007г. , съгласно § 9, ал.5 КСО.

56. От фактите по делото следва, че жалбоподателката отговаря на критерия за заето лице по чл. 1, буква а) – подразделение ii) от Регламент 1408/71 – наличие на осигуряване дори и само за един риск, предвид посочването ѝ като самостоятелно заето лице във формуляр Е 205 на Австрийския осигурителен институт, в това число за периоди преди и след 2007 г.

57. Също следва, че е лице, обхванато от правилата на Регламент 1408/71, тъй като отговаря на двата критерия по чл. 2, параграф 1 от същия – има качеството на заето лице в държава членка, към което е приложимо законодателство на държава-членка – Федералния закон за социално осигуряване на А., и е гражданин на държава-членка на ЕС.

58. Казусът по делото попада и в обхвата на посочените по член 4 от същия регламент клонове на

социалното осигуряване - конкретно по параграф 1, буква в), тъй като се касае отпускане на пенсия по националното право на държава членка в зависимост от натрупването на осигурителен стаж и възраст на лицето, представляващи пенсия по смисъла на цитирания регламент и по-конкретно съгласно определение за обезщетения и пенсии по член 1, буква у) и конкретно за старост съгласно разграничението на пенсиите за старост и смърт в разпоредбите по глава 3 на регламента (чл. 44 – 51а).

59.Както следва от Решение на съда на ЕС октомври 2010 г. по делото J. A. van D. и др., C-345/09, Сборник съдебна практика 2010 страница I-09879, точка 51 и цитираната в същата съдебна практика, разпоредбите на Регламент № 1408/71, които определят приложимото законодателство, формират система от стълковителни норми, чийто пълен характер води до отнемане от националните законодатели на правомощието да определят обхвата и условията за прилагане на тяхното национално законодателство в тази област, що се отнася до лицата, които са подчинени на същото, и до територията, в рамките на която националните разпоредби пораждат своето действие.

60.Също съгласно членове 6 и 7 от Регламент 1408/71г., този регламент заменя относимите към отпускането на пенсия за старост разпоредби на Спогодбата между Р. Б. и Р. А. за социална сигурност, в сила от 01.01.2006г.Следователно, при разрешаване на казуса по делото съдът не следва да прилага нормите на спогодбата. Жалбоподателката не губи придобитите предимства по тази спогодба, както следва от съдебната практика на Съда на ЕС - Решение от 18 декември 2007 г. по съединени дела D. H. (C-396/05), M. Moser (C-419/05) и P. W. (C-450/05), сборник на съдебната практика 2007, точка 118.

61.В тази връзка, приложим е чл. 94, параграф 2 от Регламент 1408/71, съгласно който при определяне на правата на жалбоподателката по регламента относно пенсия за старост, следва да се вземат предвид всички осигурителни периоди на заетост или пребиваване, които са завършени съгласно законодателството на държава-членка преди датата на прилагане на този регламент, в процесния случай за периодите преди 2007г.

62.Признатите периоди по българското право за осигурителен стаж за пенсия и посочените във формуляр Е 205 осигурителни периоди по австрийското право, са осигурителни периоди, завършени по законодателството на всяка от двете държави-членки, по смисъла на чл. 1, буква с) от Регламент 1408/71, тъй като са признати за такива от съответните компетентни органи.

63.Както следва от точка 99 от решението по цитираното дело van D. и от Решение от 7 юни 2012 г., делото В., C-106/11, непубликувано в сборника, точка 33, и цитираната в същите точки съдебна практика „всяка държава-членка е компетентна да определи в законодателството си, при спазване на правото на Съюза, условията за предоставяне на обезщетенията по схемата за социално осигуряване”.

64.Спорните въпроси в казуса по делото са свързани с приложението на чл. 94,ал.1 КСО – относно изискването за прекратяване на осигуряването за да бъде отпусната пенсия за осигурителен стаж и възраст по националното право, както и на параграф 9, ал.3 КСО, която разпоредба допуска зачитане на осигурителен стаж при условията на заплащане на осигурителни вноски.

65. Уважаването на жалбата по делото зависи от това дали съдът ще приеме, че чл. 94, ал.1 КСО следва да бъде оставен без приложение, както и че приложимите разпоредби допускат да се определи пенсия само по националното право и конкретно по параграф 9, ал.3 КСО, т.е.у че жалбоподателката има право на избор пенсията ѝ да бъде определена само по българското право, без да иска отлагане на пенсията по австрийското право, където очевидно към 2007г. не е предявила искане за отпускането ѝ. Искане в А. е предявила през 2011 г., съгласно формуляр Е 001 от австрийския осигурителен институт, в който освен другото е посочена като лице с право на пенсия. Съдът следва да остави

националните разпоредби без приложение, само доколкото противоречат на правото на Съюза и ако не се поддават на тълкуване в съответствие с това право, както следва от съдебната практика на Съда на ЕС - Решение от 24 януари 2012 г. , по делото M. D., C-282/10, непубликувано в сборника, точка 23.

66. Също в чл. 12 от Регламент 1408/71 е регламентирано натрупването на осигурителни плащания и доходи, както и възможността за спиране, намаляване и прекратяването им. Тази разпоредба определя и допустимостта да се издадат процесните разпореджения, с които не само се прекратява плащането на пенсията занапред, но се иска и възстановяването ѝ.

67. От изложеното до тук следва, че към правното положение на жалбоподателката относно отпускането на пенсията, прекратяването и спирането и по националното право рската държава право за отпускане на пенсия за осигурителен стаж и възраст, са приложими цитираните норми по правото на Съюза. Част от тези норми следва да бъдат тълкувани, предвид особеностите на казуса по делото, доколкото практиката на Съда на ЕС не е дала отговор на въпросите, които е необходимо да бъдат разрешени при преценката дали да бъдат приложени или оставени без приложение относимите норми по националното право.

Необходимост от тълкуване на норми по правото на Съюза във връзка с казуса по делото възниква поради следното:

68. Безспорно изискването по чл. 94, ал. 1 КСО за прекратяване на осигуряването е условие по националното законодателство, което не е предвидено по Регламент 1408/71. В точка 99 от решението по цитираното дело van D. Съдът на ЕС е посочил също, че чл. 48 ДФЕС предвижда координация, а не хармонизация на законодателствата на държавите членки, различията по същество и процесуалните различия в схемите за социално осигуряване и оттам – в правата на участващите в тях, не се засягат от тази разпоредба на договора.

69. Тъй като жалбоподателката към момента на предявяване на правото на пенсия пред българската държава е упражнила предоставените и по правото на Съюза свободи на движение и трудова заетост в друга държава членка, то съдът следва да прецени дали изискването по чл. 94, ал. 1 КСО за прекратяване на осигуряването за да бъде отпусната пенсията, не противоречи на правото ѝ на установяване по чл. 49, параграф 2 от ДФЕС, упражнено от същата в качеството ѝ на самостоятелно заето лице. Посоченото изискване за съответствие, както се посочи, произтича от съдебната практика по т. 99 от решението по цитираното дело van D. и т. 33 от цитираното решение по делото В..

70. Също от т. 33 от цитираното решение по делото В. и цитираната в същата точка съдебна практика следва, че условията по националното право не могат да имат за последица да изключат от приложното поле на съответното законодателство лицата, спрямо които същото това законодателство е приложимо по силата на Регламент 1408/71.

71. Жалбоподателката – гражданин на ЕС, от началото на 2007 г. е упражнявала трудова заетост само в А. като самостоятелно заето лице и по силата на чл. 13, параграф 2, буква б) от Регламент 1408/71 за нея е било приложимо осигурителното законодателство на тази държава-членка. Следователно, правото на тази държава-членка е приложимо за жалбоподателката по силата на норми на Регламент 1408/71.

72. По аргумент от противното на последната разпоредба, след като упражняването на дейността поставя жалбоподателката в подчинено положение на законодателството на държавата-членка, то прекратяването на осигуряването в тази държава означава да бъде преустановено упражняването на дейността като самостоятелно заето лице, т.е. следва да преустанови да упражнява правото си на установяване.

73. За да спази стриктно чл.94,ал.1 КСО, жалбоподателката не само следва да прекрати упражняваната до сега дейност, но следва да не упражнява и друга дейност, посочена в останалите хипотези по чл.13, параграф 2, букви а), в) и г) от Регламент 1408/71, при наличието на които също остава подчинена на законодателството на А. по силата на регламента. В случая единствено по силата на буква е) от тази разпоредба ще бъде приложимо законодателство на държава членка, т.е. по мястото на пребиваването, без да упражнява трудова заетост.

74. Би могло да се направи извод, че изискването за прекратяване на осигуряването чл. 94, ал.1 КСО може да доведе до изключване на жалбоподателката от приложното поле на австрийското законодателство, приложимо по силата на Регламент 1408/71, т.е. хипотезата по т. 33 от решението по делото В.. Дори спазването на изискването по последната разпоредба да не доведе непременно до изключване от системата за социално осигуряване на тази държава членка, то води непременно до задължение да неупражнява правото си на установяване. Възможно е да бъде лишена от доходи за известен период от време и съществува риск да не е в състояние в кратък срок или въобще да продължи да упражнява дейността си на самостоятелно заето лице, което безспорно ще повлияе на решението ѝ за установяване в другата държава членка.

75. От друга страна, чл. 94, ал.1 КСО не предвижда изрично за какъв период от време следва да бъде прекратено осигуряването. След отпускане на пенсията лицето не губи правото си да упражнява трудова заетост и не се изключва от пазара на труда по националното право. Този аспект би могъл да определи разглежданото изискване по чл.94,ал.1 КСО като чисто формално, от което практически могат да не възникнат последици, които да доведат до накърняване на правото на установяване. Също предвид чл. 1 от НПОС, по националното право се допуска заявлението за отпускане на пенсия да бъде подадено и от упълномощено лице. Поради това не е необходимо непременно физическо присъствие на лицето, изискването за прекратяване на осигуряването е могло да бъде изпълнено като не се напуска територията на другата държава членка и заявлението се подаде чрез упълномощено лице.

76. Прекратяването на осигуряването по националното право е свързано само с датата на отпускането на пенсията, но не и с възникването на самото право на пенсия – в случая за старост, което зависи единствено от натрупването на осигурителни периоди и достигането на определена възраст, съгласно чл. 68, ал.1-3 КСО. Изискването за прекратяването на осигуряването засяга единствено и само права на жалбоподателката, не може да се отнесе към съображение за обществен ред или обществено здраве, както и за защита права и свободи на други лица по смисъла чл. 52, ал.2 от Х., не е предвидено като изискването по правото на Съюза и настоящият съд не го свързва и с цели от общ интерес.

77. Възможно е да се даде тълкуване, че изискването по чл. 94,ал.1 КСО е приложимо само за територията на българската държава, или само към български граждани, които към датата на подаване на заявлението не са упражнили правото си на свободно движение като работници в друга държава-членка, в които случаи не са приложими чл. 48 и чл. 49 ДФЕС и Регламент 1408/71. В случая са налице всички посочени рискове и несигурност лицето да не може да възстанови правото си на заето лице, в който случай се поставя въпроса за по-неблагоприятно третиране и поради това противоречие на разпоредбата на чл. 94,ал.1 КСО с нормите от Договорите, установяващи свободите на движение на гражданите на Съюза и забрани за ограничаването им – членове 20, 21, 45, 48 и 49 ДФЕС.

78. Разглежданото изискване представлява обаче ограничаване на правото на установяване в друга държава-членка по смисъла на чл. 49, параграф 1 ДФЕС, налагано от държава-членка на собствените ѝ граждани. Предвид забраната за това, съгласно същата разпоредба, съдът е разколебан да приеме чисто формалния му характер, тъй като е възможно да ограничи правото на установяване.

79. В тази връзка подлежи на тълкуване допускат ли чл. 49 ДФЕС да се поставя под въпрос свободата на установяване на гражданин на Съюза чрез въвеждане на задължение за прекратяване на осигуряването му в друга държава-членка, където упражнява трудова заетост и на чието законодателство е подчинено лице по силата на чл. 13, параграф 2 от Регламент 1408/71. Ако е допустимо, то подлежат на установяване факти на територията на другата държава.

80. Спазването на изискването по чл. 94, ал. 1 КСО е възможно да повлияе върху решението на жалбоподателката за установяване на територията на другата държава членка, поради риска и несигурността, че след прекратяване на осигуряването, е възможно да продължи да упражнява дейността си на самостоятелно заето лице. Както следва от чл. 48, параграф 1 ДФЕС, мерките в областта на социалната сигурност по правото на Съюза се приемат за да гарантират именно свободата на движение на работниците.

81. Понятието „работници“ по чл. 48 ДФЕС не е еднозначно и не съвпада със съдържанието на това понятие по чл. 45 ДФЕС - т. 88 от цитираното решение по делото V. D., а съгласно т. 89, изречение второ от същото, за работник следва да се счита всяко лице, което извършва реални и ефективни дейности, с изключение на дейностите, които са толкова незначителни, че се явяват странични и допълнителни. Така би могло да се направи извод от съображение осмо, член 1 и другите разпоредби на Регламент 1408/71, свързани със самостоятелно заетите лица, съответстват на по-широкото понятие за работници по чл. 48 параграф 1 ДФЕС, което включва и самостоятелно заетите лица по чл. 49, параграф 2 ДФЕС.

82. Съдът на ЕС разглежда казуистично съответствието на разпоредби от осигурителното законодателство на държавите членки с чл. 48 ДФЕС и нормите на Регламент 1408/71, като до сега не е дал тълкуване на сходно изискване като разглежданото, отнесено към свободата на установяване на гражданите на ЕС по чл. 49 ДФЕС и забраната за ограничаването ѝ. На настоящия съд са му необходими критерии, каквито не са изведени до сега в практика на този съд. Посоченото съответствие не е разглеждано в националната съдебна практика, в това число и цитираната по-горе. Поради възможните повече от едно тълкуване, е необходимо да отправи запитване за задължително тълкуване на чл. 48 вр. чл. 49 ДФЕС.

83. Правилото по § 9, ал. 3 КСО за зачитане на осигурителен стаж чрез заплащането му по същността си е изключение от общото правило за зачитане на осигурителен стаж само при съществуващо осигурително правоотношение, в рамките на което текущо са правени осигурителни вноски. Общите правила по чл. 9 вр. чл. 10, ал. 1 КСО предвиждат зачитане на осигурителен стаж при осъществяване на трудова дейност или без да се осъществява такава в изрично предвидени хипотези, когато лицето се счита за осигурено, и за които периоди осигурителните вноски са внесени или дължими.

84. Жалбоподателката е отправила искане за зачитане на осигурителен стаж чрез заплащането му по § 9, ал. 3 КСО след като по подадено заявление за отпускане на пенсия по утвърден образец, е получила отказ от компетентен орган с мотиви, че няма изисквания се сбор от възрастта и осигурителния стаж. Безспорно органът при преценката на тази молба е взел предвид и декларирания лично от жалбоподателката факти по заявлението за отпускане на пенсия, в което под заплахата от наказателна отговорност, не е декларирала завършени осигурителни периоди в друга държава.

85. В процедурата по прилагането на § 9, ал. 3 КСО, предвидена в чл. 45а, ал. 4 НПОС както и при подаване на заявлението за пенсия по образец в общия случай по чл. 1 НПОС, за администрацията не възниква задължение да укаже, че следва да бъдат посочени и завършени осигурителни периоди в друга държава-членка, ако такива са налице.

86. По КСО и НПОС се съдържат само хипотези, предвиждащи осигурителен стаж в чужда държава, за

който се прилагат правилата на международен договор, както и зачитане на осигурителен стаж на командировани лица. Формално правното положение на жалбоподателката за завършените в А. осигурителни периоди не попада в нито една от тези хипотези. Правото на Европейския съюз не се прилага в държавите-членки като международно право, интегрира се в правните им системи като нов самостоятелен правен ред, който се прилага на основание принципите на примата и непосредственото действие на неговите норми на територията на държавите-членки, прилага се без да става част от вътрешното им право, както следва от историческата съдебна практика на Съда на ЕС по делата *V. G. end L., C. срещу E.* и по делото *S.*

87. Правото за сумиране на завършените периоди като придобити по националното право, доколкото не съвпадат по време и консолидиране на осигурителния стаж, предвидено по чл. 20, ал.1 от Спогодбата с А., е допустимо да се вземат предвид при определянето на правото на пенсия след 2007г., съгласно чл. 94, параграф 2 от Регламент 1408/71, като осигурителни периоди преди прилагането на регламента. Съответно същият принцип за консолидиране на осигурителния стаж е предвиден и още по чл. 48, параграф 1, буква а) от ДФЕС, но съгласно чл. 45, параграф 1 от същия регламент - при необходимост, без да определя осигуреното лице има ли право на преценка за тази "необходимост" от сумиране.

88. Съдът следва да прецени дали наличието на осигурителен стаж в друга държава членка изключва възможността жалбоподателката да придобие право на пенсия за същия период по българското право, когато това е възможно само чрез заплащане на недостигащ осигурителен стаж и води до дублиране на осигурителни периоди. От чл. 20, ал.1 от Спогодбата с А., следва, че дублиращите се осигурителни периоди няма да се вземат предвид от съответната договаряща държава. Параграф 9, ал. 3 КСО, забранява придобиването на осигурителен стаж чрез заплащане при ситуация на дублиране на осигурителни периоди, тъй като е налице друго основание по кодекса за признаването им – по международен договор.

89. Тъй като правилата на Спогодбата с А. относно пенсиите за старост са заменени от Регламент 1408/71 към датата на подаване на молбата през юни 2007г., то забраната по § 9, ал. 3 КСО за признаване на осигурителен стаж на друго основание, следва да се изведе от правилата на този регламент. Безспорно през 2007г. жалбоподателката е преценила, че следва да упражни правото си на пенсия само по българското право, а по правото на А. е упражнила това право впоследствие – едва през 2011г.

90. Производството по издаването на процесните разпореждания е образувано по молбата от 22.06.2007г., разгледана като такава по § 9, ал. 3 КСО, допълнена само с декларацията от дъщерята, че осигуряването е прекратено, за което е приложена и трудова книжка. Поради особеното искане в молбата – за заплащане на недостигащия осигурителен стаж, придобиването на изисквания се стаж зависи само от издаването на разпореждане за прилагане на § 9, ал. 3 КСО от компетентния орган – утвърждаването на план за разсрочено плащане на осигурителните вноски. При представяне на изискващите се документи и направено искане за разсрочване, органът е задължен да издаде разпореждане за утвърждаване на плана – чл. 45а, ал. 6 НПОС, от която дата се счита за признат и недостигащия осигурителен стаж - § 9, ал. 5 КСО. В случая жалбоподателката е представила и изискващото се удостоверение за осигурителен стаж - по утвърден образец, съгласно чл.45а,ал.3 от НПОС. В същото обаче не се е съдържал осигурителен стаж в друга държава-членка.

91. Следователно, към датата на подаването на молба за отпускане на пенсия чрез прилагане на § 9, ал. 3 КСО, за лицето не е налице право на пенсия по националното право именно поради неизпълнение на изискването за осигурителен стаж, но същевременно направеното изявление за разсрочване на осигурителните вноски обвързва органа да издаде разпореждането и признае недостигащия осигурителен стаж, след което се издава разпореждане за отпускане на пенсията без да се изисква

подаването на следваща молба за отпускане на пенсията.

92. Съгласно обаче съдебната практика по Решение от 18 декември 2007 г. по съединени дела D. H. (C-396/05), M. M. (C-419/05) и P. W. (C-450/05), публикувано в сборника за 2007 страница I-11895, точки 55 и 95 еднозначно съдът е определил, че съгласно член 94, параграф 2 от Регламент № 1408/71 при определянето на правата, предвидени в този регламент, лицата могат да искат да се вземат предвид всички осигурителни периоди, всички периоди на заетост или пребиваване, които са завършени съгласно законодателството на държава-членка, преди датата на прилагане на този регламент. От това следва, че жалбоподателката, като е в същото положение относно признаването на осигурителни периоди в друга държава-членка преди прилагането на регламента, може да поиска същите да се вземат предвид при изчисляването на пенсията и по националното право.

93. Посоченото тълкуване на член 94, параграф 2 от Регламент № 1408/71 и конкретно употребеното „могат да искат“ обаче води до извод, че съдът на ЕС определя правилото като диспозитивно, т.е. предоставено на преценката на правоимащото лице, което може и да не се възползва от тази възможност. Ако това е така, то за жалбоподателката не възниква задължение по силата на регламента да направи такова искане и съответно да посочи тези осигурителни периоди в молбата си за пенсия по националното си право.

94. Съдът обаче не е сигурен в диспозитивния характер на посочената разпоредба, тъй като се дерогира правилото за консолидиране на осигурителния, въведено и с чл. 48, параграф 1, буква а) ДФЕС, приложено в разпоредби на Регламент 1408/71 - чл. 44, параграф 2, чл. 45, чл. 46, 46а както и в Регламента по прилагането му - член 15, който установява общите правила за сумирането на периоди. Освен това с цитираното решение по съединени дела D. H., съдът не есе произнесъл конкретно по тълкуването на член 94, параграф 2 от Регламент № 1408/71.

95. Също така от цитираното решение по делото D. по-горе, точки 53 и 54 следва, че не се предоставя на работниците мигранти избора да се откажат предварително от ползването на механизма, установен по-специално с член 28, параграф 1 от Регламент 1408/71 - относно плащането на пенсии, както и че когато този регламент предоставя право на избор на лицата, които попадат в приложното му поле, той го предвижда изрично.

96. Според настоящия съд, без тълкуване, посочените изводи за императивен характер на нормите на регламента не могат да се отнесат пряко към правилото за сумиране на осигурителните периоди, завършени по правото на различни държави-членки преди влизането в сила на регламента, тъй като принципно е предвидено изключение от това правило. Освен това в Приложение IV, част B, подточка Б на Регламент 1408/71, като случаи по член 46, параграф 1, буква б) от регламента, в които може да се направи отказ от изчисляване на обезщетението в съответствие с член 46, параграф 2 от регламента, за република България такъв случаи са всички заявления за пенсии за периоди на осигуряване и възраст. Не е посочено кой извършва преценката за неприлагане и дали лицето може да се откаже от сумираното изчисляване на осигурителния му стаж с оглед възможните различия в осигурителните системи на държавите членки.

97. Тълкувано в контекста на принципно предвидената възможност за изключение от прилагането на член 46, параграф 2 от Регламент 1408/71, то правилото на член 94, параграф 2 от същия би могло да има и диспозитивен характер, установен в полза на лицето. В случая усложнението възниква от обстоятелството, че признаването на стаж по § 9, ал.3 КСО съдържа изискването този стаж да не се дублира с друг и доколкото такова изискване е съобразено с норми по правото на Съюза. Правилото по чл. 15, параграф 1, буква а) от Регламент № 574/72 предвижда изрично зачитането на осигурителния стаж само при условие, че не се дублира с такъв по правото на съответната държава членка при извършването отделно сумиране на осигурителните периоди.

98. Дори и с признаването на осигурителен стаж по реда на по § 9, ал.3 КСО, жалбоподателката не попада в ситуация, в която съгласно точка 2 от Приложение VII, на Регламент 1408/71, е подчинена едновременно на законодателството на две държави членки, тъй като не изпълнен първият от двата критерия - да е самостоятелно заето лице в Б.. Съгласно член 12, параграф 1 от Регламент 1408/71 параграф 1, не се изключва натрупването на пенсии за старост, платими от различни държави членки и за едни и същи периоди. От изложеното може да се направи извод, че натрупването на осигурителен стаж е възможно само в хипотеза, когато лицето е подчинено едновременно на законодателствата на две държави членки или извод, че признаването на осигурителен стаж по реда на § 9, ал.3 КСО не е било допустимо за периоди, които са завършени по правото на друга държава-членка.

99. Както следва от фактите, завършените осигурителни периоди в А. са достатъчни за да покрият недостигащия стаж по националното право без да бъде признат осигурителен стаж по реда на § 9, ал.3 КСО, т.е. без жалбоподателката да се обременява с допълнителни плащания в полза на бюджета на държавното обществено осигуряване. Тъй като не се зачита доход за тези периоди, размерът на отпуснатата пенсия не би бил различен от посочения по разпореждането от 11.07.2007г. и чието възстановяване се иска. При тези факти, отпуснатата пенсия на жалбоподателката не засяга финансовата стабилност на националната осигурителната система.

100. Освен нарушаването на национални норми, съдът следва да провери дали по правото на Съюза се допуска да бъде отменено разпореждане за отпускане на пенсия за старост и последващите за увеличаването ѝ, и да се иска възстановяване на всички платени пенсии. Така плащането на пенсията на жалбоподателката не само е прекратено, на същата е отказано да се признае правото на пенсия като не са взети предвид – след като вече са станали известни осигурителни периоди в друга държава-членка. В член 12, параграфи 2 и 3 от регламент 1408/71 е предвидена възможност само за спиране, намаляване или прекратяване на пенсия за старост на основание национални разпоредби, но не и възстановяване получените плащания за пенсия, в това число и с лихва. Според фактите, хипотезата по чл.12, параграф 3 от регламента не е налице, тъй предварителни пенсии за старост не са предвидени по националното право.

101. Член 12, параграф 2, изречение първо, от Регламент 1408/71, допуска позоваването на законодателните разпоредби на държава-членка за прекратяване на пенсия при натрупване на обезщетения или други доходи, дори и получени в друга държава-членка. Тази разпоредба не определя към кой момент е необходимо да е налице натрупване на обезщетения и доходи. Към датата на отпускане на пенсията на жалбоподателката са изпълнени тези изисквания, но не се твърди да са изпълнени към датата на разпорежданията за отмяна и възстановяване на пенсията, тъй като според формуляр Е205 жалбоподателката е осъществявала дейност в А. като самостоятелно заето лице до месец 07 2011г. Също към дата на издаване на обжалваните разпореждания не се твърди и не следва от фактите, че е налице натрупване на пенсия за старост отпусната по българското и австрийското право, което обуславя неприложимост на забраната за позоваване на национални разпоредби по изречение второ на същата разпоредба.

102. В случай, че съдът не намери основание за приложимост на по чл. 12, параграфи 2 от Регламента, би следвало да се приеме, че не е налице основание за прекратяване на признатото право на пенсия на жалбоподателката. Но „прекратяване” на пенсия за старост е относимо за бъдещ период, от текста на разпоредбата не може да се направи извод, че се допуска и възстановяване на отпуснатата пенсия - в случая по съображение, че към датата на отпускането ѝ не е прекратено осигуряването и е признат осигурителен стаж чрез заплащане по националното право, вместо да се вземат предвид завършени към датата на отпускането осигурителни периоди в друга държава членка, и без да се излагат съображения за различен размер на пенсията.

103. Съдебното производство по делото е висящо, не е постановен съдебен акт, с който жалбата е разгледана по същество. Решението на съда подлежи на касационен контрол пред ВАС. Настоящият съд е задължен служебно да се позовава на относимите норми по правото на ЕС, дори и да не са посочени от страните, тъй като служебно е задължен да прилага националното си право и да провери оспорения по делото акт на всички основания, съгласно чл.168, ал.1 АПК, в който смисъл е и съдебната практика на Съда на ЕС - Решение от 14 декември 1995 г, van S. и van V. по съединени дела C-430/93 и C-431/93, сборник на съдебната практика 1995 страница I-04705, точка 19 ; Решение от 7 юни 2007 г, van der W. и други по съединени дела от C-222/05 до C-225/05, сборник на съдебната практика 2007 страница I-04233, точка 33 .

104. Поради необходимостта от тълкуване на норми по правото на ЕС, което надхвърля конкретното им съдържание, възможно е и повече от едно тълкуване, изведено според настоящия съд. Поради това е в невъзможност да изпълни служебните си задължения. Предвид на това и необходимостта да се даде защита на правото на установяване на гражданин на ЕС на територията на държава-членка и произтичащите от правото на Съюза права и задължения в качеството му на осигурено лице, то следва да бъде отправено преюдициално запитване до съда на ЕС за тълкуване на относимите норми.

С оглед на изложеното, на основание чл. 631 от Гражданския процесуален кодекс във връзка с чл. 144 от Административнопроцесуален кодекс, Административен съд София –град, Първо отделение, 12 състав,

ОПРЕДЕЛИ:

ОТПРАВЯ ПРЕЮДИЦИАЛНО ЗАПИТВАНЕ до съда на Европейския съюз на основание чл.267 от Договора за функционирането на Европейския съюз, и по реда на чл.23 от Статута на Съда във връзка с член 93 и следващите от Процедурния правилник на същия съд, със следните въпроси:

1. Следва ли член 48, § 1 и член 49, параграфи 1 и 2 от Договора за функционирането на Европейския съюз, съобразно фактите по главното производство да се тълкуват, че допускат национална норма на държава членка, като разглежданата в главното производство по член 94, ал. 1 от Кодекса за социалното осигуряване - относно изискването за прекратяване на осигуряването като основание за отпускане на пенсия за старост на гражданин на държава членка, който към датата на подаване на заявлението за пенсия осъществява дейност като самостоятелно заето лице в друга държава-членка и попада в приложното поле на Регламент (Е.) № 1408/71 на Съвета от 14 юни 1971 година за прилагането на схеми за социална сигурност на заети лица, самостоятелно заети лица и членове на техните семейства, които се движат в рамките на Общността ?

2. Следва ли от член 94, параграф 2 от Регламент (Е.) № 1408/71 на Съвета от 14 юни 1971 година за прилагането на схеми за социална сигурност на заети лица, самостоятелно заети лица и членове на техните семейства, които се движат в рамките на Общността, тълкуван във връзка с член 48, параграф 1, буква а) от Договора за функционирането на Европейския съюз, че допуска изключение от правилото за сумиране на осигурителния стаж за осигурителни периоди, завършени в друга държава-членка преди датата на прилагането на регламента от държавата членка, пред която е подадено искането за пенсиониране, като предоставя правото на избор на осигуреното лице да посочи същите периоди за сумиране и да прецени необходимостта от сумирането, когато придобитият стаж само по правото на държавата, пред която се подава заявлението не е достатъчен за да се придобие правото на пенсия и който може да бъде придобит само чрез заплащане на осигурителни вноски?

При същите обстоятелства, 48, параграф 1, буква а) от Договора за функционирането на Европейския съюз, допуска ли отказът от прилагането на член 46, параграф 2 от Регламент (Е.) № 1408/71 на Съвета от 14 юни 1971 година за прилагането на схеми за социална сигурност на заети лица, самостоятелно заети лица и членове на техните семейства, които се движат в рамките на Общността -

за сумиране на осигурителни периоди след датата на прилагането му, да се извърши по преценка на осигуреното лице като не посочи в заявлението за пенсиониране завършени осигурителни периоди в друга държава членка?

3. Следва ли член 12, параграф 1 от Регламент (Е.) № 1408/71 на Съвета от 14 юни 1971 година за прилагането на схеми за социална сигурност на заети лица, самостоятелно заети лица и членове на техните семейства, които се движат в рамките на Общността, да се тълкува, че не допуска признаването на осигурителен стаж чрез заплащане на осигурителни вноски, като предвиденото по параграф 9, алинея 3 от Кодекса за социалното осигуряване по българското право, когато при условията на главното производство така признатият осигурителен стаж ще съвпадне с осигурителни периоди, завършени по правото на друга държава членка?

4. Следва ли член 12, параграф 2 от Регламент (Е.) № 1408/71 на Съвета от 14 юни 1971 година за прилагането на схеми за социална сигурност на заети лица, самостоятелно заети лица и членове на техните семейства, които се движат в рамките на Общността, да се тълкуват в смисъл, че допуска държава членка да прекрати плащането занапред и да иска възстановяването на всички плащания за отпусната по националното ѝ право пенсия за старост на гражданин на тази държава, когато предвидените в текста на регламента изисквания са налице само към датата на отпускането на пенсията, и по съображения, основани само на националното право, според които към датата на отпускането на пенсията не е прекратено осигуряването на лицето в друга държава членка, признат е осигурителен стаж чрез заплащане на осигурителни вноски по националното право без да се вземат предвид завършени към датата на отпускане на пенсията осигурителни периоди в друга държава членка и без да се излагат съображения, че е следвало да се определи различен размер на пенсията? В случай, че е допустимо възстановяването на плащанията за пенсията, то следва ли от принципите за равностойност и ефективност по правото на Европейския съюз, че се дължи и лихва, когато по националното право на държавата-членка не се предвижда лихва при възстановяване на пенсия, отпусната по международен договор?

СПИРА производството по адм. д. № 11338/2011г. по описа на Административен съд София – град, Първо административно отделение, 12 състав.
ОПРЕДЕЛЕНИЕТО НЕ ПОДЛЕЖИ НА ОБЖАЛВАНЕ.

Административен съдия: