

289.00084  
е приет  
16.12.16.

# РЕШЕНИЕ



## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД** гр.Бургас, в съдебно заседание на седемнадесети ноември, през две хиляди и шестнадесета година, в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ЛИЛИЯ АЛЕКСАНДРОВА  
ЧЛЕНОВЕ: СТАНИМИР ХРИСТОВ  
ВЕСЕЛИН ЕНЧЕВ

при секретар Сийка Хардалова и с участието на прокурор Тиха Стоянова изслуша докладваното от съдия **Л.АЛЕКСАНДРОВА** по адм.д. № 1584/2016г. за да се произнесе, взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.185 и сл. от АПК.

Протестиращата Окръжна прокуратура гр. Бургас е оспорила чл.12, ал.1 и ал.2, чл.13, ал.1, т.4, чл.16, ал.2 и чл.17, ал.3, т.3 от Наредба № 6 за реда и условията за поставяне и премахване на преместваеми обекти за търговски и други обслужващи дейности на територията на Община Поморие. Прокуратурата счита, че оспорените разпоредби са нищожни и иска от съда да прогласи тази нищожност. Излага подробни аргументи за всяка от оспорените разпоредби от Наредбата, които са съответни с посочена в самия протест практика на Върховен административен съд и на административните съдилища в страната.

В съдебно заседание протестиращата прокуратура поддържа протеста, твърди, че оспорените разпоредби са в противоречие с нормативен акт от по-висока степен и иска протеста да бъде уважен и оспорените норми да бъдат прогласени за нищожни. Претендира присъждане на разноски в размер на 20 лв. платени за публикуване на съобщение в държавен вестник.

Ответникът, чрез представител по пълномощие, оспорва протеста. Твърди, че дори оспорените разпоредби да са порочни, то тези пороци не са до там съществени, че да доведат до нищожност. Счита, че ако съществуват пороци, те обосновават само унищожаемост на разпоредбата. За това иска съдът да остави без уважение протеста на Окръжна прокуратура Бургас.

### ФАКТИ:

Наредбата, чиито разпоредби са оспорени е приета от Общински съвет Поморие с решение №557/12.06.2009г. отразено в протокол № 23 от същата дата. Производството пред общинския съвет е започнало въз основа на докладна записка на кмета на Община Поморие, внесена на 05.06.2009г. за приемане на второ четене на Наредба за реда и условията за поставяне и премахване на преместваеми обекти за търговски и други

обслужващи дейности на територията на община Поморие. В докладната записка се съдържа проект за решение, но липсват мотиви.

По делото с преписката са представени три протокола, съответно от 20.05.2009г., отразяващ заседание на Комисията по здравеопазване и социална политика, от 21.05.2009г., отразяващ заседание на Комисията по туризъм, търговия, спорт, младежки дейности и основни поминъци и от 29.05.2009г. на Комисията по законност и обществен ред и комисията по образование, култура и вероизповедание. Всички комисии са приели докладната записка на кмета относно предложението за приемане на процесната наредба. В протоколите не са обективирани обсъждания по тази точка от дневния ред.

В съдебно заседание на 17.11.2016г. пълномощника на Общинския съвет, във връзка с указания на съда от предходното съдебно заседание да представи доказателства за спазване на процедурата по чл. 26, ал.2 и чл.28 от Закона за нормативните актове, заяви, че няма да представя доказателства, защото не може да представи исканите доказателства.

Съгласно приложения по делото текст на Наредба №6, чл.12, ал.1 гласи „Схеми за разполагане на преместваеми обекти в терени, частна собственост, се изработват и внасят за одобряване от собственика на терена или лице с изрично писмено съгласие на собственика на имота или писмен договор за наем за предвидената за заемане от преместваемия обект площ“. Според възраженията изложени в протеста посочената разпоредба е в противоречие с чл.56, ал.2 от ЗУТ, тъй като предвижда, че схеми за разполагане на преместваеми обекти следва да се одобряват от главния архитект и за частни имоти, а законът е регламентирал, че такива схеми се одобряват само за държавни и общински имоти.

Според оспорената ал.2 на чл.12, когато теренът е съсобствен е необходимо изрично писмено съгласие от всички собственици с нотариална заверка на подписите или договор за наем, сключен с всички тях, вкл. и в случаите, когато схемата се внася от съсобственик.

Според протеста тази разпоредба е в противоречие с нормата на чл.56, ал.5 от ЗУТ, която изисква писмено съгласие или писмен договор за наем от собственика на поземления имот, а нормата в наредбата утежнява изискванията, като предвижда необходимост от нотариална заверка на подписите.

Следващата оспорена разпоредба на чл.13, ал.1, т.4 от Наредбата, предвижда разрешението за поставяне на преместваеми обекти за търговия и други обслужващи дейности на закрито върху терени, държавна, общинска и частна собственост, да се издава от кмета на общината или упълномощено от него лице, след представяне на удостоверение за липса на задължения на заявителя към общината.

С подобно значение е и разпоредбата на чл.17, ал.3, т.3 от Наредбата, също протестирана в настоящото производство. Според нея местата за разполагане на преместваеми обекти за търговия и други обслужващи дейности на открито се обявяват в интернет страницата на общината или в сградата на общинската администрация, след приемане

на схемите по реда на настоящата Наредба, в 14-дневен срок от обявяването, желаещите да извършват търговска дейност или други дейности на открито подават заявление по образец, към което следва да приложат освен останалите изискуеми документи и удостоверение за липса на задължения към Община Поморие.

Според изложените в протеста възражения, тези две разпоредби са в противоречие с чл.3, ал.3 от Закон за ограничаване на административното регулиране и административния контрол върху стопанската дейност (ЗОАРАКСД), тъй като налагат ограничения и тежести, които не са необходими при административното регулиране и контрол на стопанската дейност. Отделно от това разпоредбите противоречат на чл.4, чл.6, чл.9а и чл.9б от ЗМДТ, тъй като е предвиден нов различен метод за събиране на държавни такси и цени на услуги, който не е регламентиран в ЗМДТ.

На последно място протестиращата прокуратура е оспорила разпоредбата на чл.16, ал.2 от Наредбата, според която разрешението за поставяне се издава след заплащане на такса за неговото издаване и депозит за принудително премахване, определени в Тарифа № 2 към Наредба № 11. Протестиращата прокуратура счита, че с тази разпоредба общината цели да гарантира разходи за извършване на бъдеща услуга, за това разпоредбата се явява в противоречие със ЗМДТ и ЗУТ, в които липсва основание за събиране на такса за принудително премахване на преместваем обект.

#### ПРАВНИ ИЗВОДИ:

Оспорването е допустимо.

Съгласно чл.186, ал.2 от АПК прокурорът може да подаде протест срещу подзаконов нормативен акт, а според чл.16, ал.1, т.1 и т.3 прокурорът следи за спазване на законността в административния процес като предприема действия за отмяна на незаконосъобразни административни и съдебни актове и започва или встъпва във вече образувани по АПК производства и когато прецени, че това се налага от важен държавен или обществен интерес.

В конкретния случай оспорените разпоредби са протестирани от прокуратурата само по отношение на тяхната валидност.

В законодателството няма изрично формулирани основания, които водят до нищожност на административните актове, и в частност на нормативните такива. А според теорията и съдебната практика едни и същи основания могат да доведат както до унищожаемост, така и до нищожност на акта, като разграничението е в степента на засягане на акта от конкретния порок.

Основанията за незаконосъобразност на един административен акт са регламентирани в чл.146 от АПК. Същите основания могат да обосноват нищожност на акта, когато конкретният порок е толкова съществен, че актът изначално не може да породии правни последици, към които е насочен. Съдебната практика е приела, че наличието на некомпетентност у органа издал оспорения акт всякога е основание за нищожност на този акт. Порокът във формата е основание за нищожност

само когато е толкова съществен, че практически се приравнява на липса на форма, а оттам и липса на волеизявление. Съществените нарушения на административно-производствените правила могат да са основание за нищожност по същия начин само, ако са толкова съществени, че тяхното нарушаване е довело до липса на волеизявление. Един акт може да е нищожен и поради противоречие с материалния закон, но за да се констатира такава нищожност този акт следва да е изцяло лишен от законова основа, т.е. да е налице пълна липса на условията или предпоставките, предвидени в приложимата материалноправна норма, както и липса на възможност за кой да е орган да издаде акт с такова съдържание. С други думи един административен акт може да е нищожен поради противоречие с материалния закон, ако такъв акт не може да бъде издаден въз основа на никой закон и от никой административен орган. На последно място несъответствието с целта на закона може да обоснове нищожност само ако преследваната цел не може да се постигне с никакъв акт.

В процесният случай наредбата, чиито разпоредби са оспорени като цяло е приета от Общински съвет Поморие, който съгласно чл.76, ал.3 от АПК, във вр. с чл.8 от Закона за нормативните актове и чл.21, ал.2 от ЗМСМА е овластен да издава нормативни актове, в т.ч. и подзаконови такива, каквито са наредбите от категорията на процесната. Не е налице и порок във формата – наредбата е издадена в нужната форма.

Налице е нарушение на процедурата, регламентирана в чл.26 и чл.28 от Закона за нормативните актове (ЗНА), която обосновава незаконосъобразност на атакуваните разпоредби. Проектът за наредба не е бил публикуван и съответно органът не е дал възможност за публичното му обсъждане – задължение вменено му с разпоредбата на чл.26, ал.2 от ЗНА. Съдът изрично задължи административният орган и му предостави възможност да представи доказателства за изпълнението на тази разпоредба. В отговор представител на ответника заяви, че нямат възможност да представят такива доказателства. Доколкото установяването на факти, които имат правно значение се извършва с допустимите от закона доказателствени средства, а в процесния случай с писмени доказателства, съдът счита, че такова публикуване на проекта в конкретния случай не е било извършено от органа и по този начин е била нарушена процедурата по одобряване на наредбата като цяло и в частност на оспорените по делото разпоредби. Този порок не води до нищожност на нормативния административен акт, защото допуснатото нарушение, макар да е съществено, не обосновава липса на волеизявление. Порокът води до отмяна на акта, в атакуваната част.

На следващо място е налице нарушение на процедурата, регламентирана в чл.28 от ЗНА. Наредбата е внесена в общинския съвет с докладна записка от кмета на общината, в която не се съдържат никакви мотиви, които да обосноват направеното предложение за приемане на такава наредба. Този порок също обосновава унищожаемост на акта, но не и нищожност, по съображенията изложени по-горе.

Относно приложението на материалния закон:

Член 12, ал.1 и ал.2 от наредбата противоречат на регламентираното в чл.56, ал.2 и ал.5 от ЗУТ.

Съгласно чл.56, ал.2 от ЗУТ за обектите по ал.1 се изисква разрешение за поставяне по ред, установен с наредба на общинския съвет, а за държавните и общински имоти – и въз основа на схема, одобрена от гл.архитект на общината. За държавните имоти схемата се одобрява след съгласуване със съответната централна администрация, която стопанисва имота, а в останалите случаи – с областния управител.

От граматическото тълкуване на разпоредбата и предвид регламентираната цел в ЗОАРАКСД за ограничаване до обществено оправдани граници на административното регулиране и административния контрол, осъществявани върху стопанската дейност от държавните органи и от органите на местното самоуправление, следва да се направи извод, че имоти, които не са държавни или общински, законът изисква единствено издаване на разрешение за поставяне на преместваем обект. Нормата делегира задължение на общинския съвет да приеме наредба, която да нормира само реда за поставяне на преместваеми обекти и съответно реда за издаване на разрешение за такова поставяне, но не и чрез наредбата да се дописва закона, като се регламентират допълнителни предпоставки за издаване на разрешение, като нужда от изготвяне на схема за разполагане на преместваеми обекти. По отношение на одобряването на такава схема законът е категоричен – тя се одобрява само за преместваемите обекти, които могат да бъдат разположени върху държавни или общински имоти, но не и по отношение на частните такива. За частните имоти регулирането от страна на общината се изчерпва единствено с издаването на разрешение за поставяне, след представяне на писмено съгласие от собственика на имота или писмен договор за наем на заетата от преместваемия обект площ. Всякакви други изисквания, въведени с наредбата, представляват недопустимо допълване на закона и водят до административен произвол.

По тези съображения оспорената разпоредба на чл.12, ал.1 относно нуждата от внасяне и одобряване на схеми за разполагане на преместваеми обекти в терени – частна собственост е незаконосъобразна поради противоречието и с нормативен акт от по-висока степен. Този порок на обжалваната разпоредба не обосновава нейната нищожност.

Разпоредбата на чл.12, ал.2 от наредбата противоречи на чл.56, ал.5 от ЗУТ.

Оспорването е основателно в частта „с нотариална заверка на подписите“ и в частта относно „включително и в случаите, когато схемата се внася от съсобственик“. Закрепеното изискване, че необходимото за поставяне на преместваем обект в чужд частен поземлен имот, съгласието на собственика следва да бъде нотариално заверено, е в противоречие с чл.56, ал. 5 от ЗУТ. Освен, че допълнително поставените в наредбата изисквания не намират опора в закона, с тяхното изпълнение се увеличават разходите за подаване на заявление за издаване на разрешение, което е в противоречие с чл.3, ал.1, т.1 от

ЗОАРАКСД. По отношение на частта относно „включително и в случаите, когато схемата се внася от съсобственик“ оспорването е основателно поради установеното изискване поставянето на преместваеми обекти, в частни имоти да се извършва въз основа на схема, одобрена от главния архитект, по мотиви изложени вече по-горе.

Разпоредбите на чл.13, ал.1, т.4 и чл.17, ал.3, т.3 от наредбата се отнасят до изискване за представяне на документ, удостоверяващ липса на задължения на заявителя към Община Поморие в процедурата по издаване на разрешение за поставяне на преместваем обект. В първия случай при заявяване на желание за издаване на такова разрешение, а във втория случай - при заявяване на желание за извършване на търговска дейност на открито по отношение на конкретен търговски обект, с оглед мястото му в схемата, одобрена от гл. архитект. Както правилно е посочила прокуратурата в протеста, тези две разпоредби са в нарушение на реда за установяване и събиране на публични задължения, доколкото задълженията към общината са публични, освен ако не произтичат от търговски отношения между общината и лицето.

Според чл.9б, във вр. с чл.4 от ЗМДТ, установяването, обезпечаването и събирането на местни данъци и такси се извършва от служители на общинската администрация по реда на ДОПК. С двете оспорени разпоредби Общинския съвет Поморие цели да освободи цялата местна приходна администрация от нормативно регламентираната ѝ роля по установяване и събиране на публични задължения, в т.ч. и задължения, произтичащи от данъци и такси, като вместо това вмени задължение на частноправни субекти, поставяйки в опасност развитието и упражняването на други техни основни права. По този начин, освен че с подзаконов нормативен акт се уреждат отношения, регламентирани в по-висш нормативен акт (чл.146, т.4 от АПК, вр.чл.7, ал.2 и чл.15, ал.1 от ЗНА), двете оспорени разпоредби нарушават правото на защита на лицата, спрямо които има установени публични задължения, като изправят тези лица пред дилемата да кандидатстват успешно в процедурата по издаване на разрешение за поставяне на преместваем обект или да оспорят публичните задължения, които общината им вменява, а те считат, че не дължат.

Чрез двете разпоредби е нарушен и регламента на чл. 165 от ДОПК, според който събирането на държавни и общински публични вземания се извършва въз основа на влязъл в сила акт за установяване на съответното публично вземане, издаден от компетентен орган, освен ако в закон не е установено друго. Протестираните две норми въвеждат презумпция за наличие на задължения, независимо от възможността според ДОПК задължението да бъде оспорено във връзка с неговото съществуване, дължимост или размер и независимо от евентуалния изход на този съдебен спор.

Всички изложени до тук доводи относно разпоредбите на чл.13, ал.1, т.4 и чл.17, ал.3, т.3 от наредбата обосновават извод за тяхната незаконосъобразност поради противоречието им с нормативен акт от по-висока степен.

В процесния случай прокуратурата твърди, че разпоредбите са нищожни и иска да бъде прогласена тяхната нищожност. Констатираният порок не е порок във валидността на акта, а води до неговата отмяна.

На последно място разпоредбата на чл. 16, ал. 2 от наредбата, която изисква от получателя на разрешението за поставяне да заплати освен такса за неговото издаване и депозит за принудителното премахване на преместваемия обект. Разпоредбата е оспорена именно в последната ѝ част, по отношение на задължението за заплащане на депозит за принудително премахване.

Принудителното премахване на преместваемия обект неправилно е приравнен в тази разпоредба на предоставяне на услуга от страна на общината, за която се дължи такса. Както в ЗУТ, така и в ЗМДТ не се съдържа основание за събиране на такса за принудително премахване на преместваем обект. Такова премахване представлява фактическо действие по принудително изпълнение на административен акт, който постановява премахването. Принудителното изпълнение е сурогат и замества липсващото доброволно изпълнение и възможността за налагане на обезпечителни мерки по реда на чл. 279 от АПК (каквато мярка е внасянето на обезпечителен депозит). Това изпълнение е обусловено от влязло в сила изпълнително основание. По тази причина незаконосъобразно е в подзаконов нормативен акт да се предвижда основание за налагане на обезпечение на принудителното изпълнение на заповед за премахване на преместваем обект, още преди да е образувано производство по издаване на такава заповед. Нещо повече, още преди да са възникнали предпоставки за издаване на административен акт с такова съдържание. Лицето титуляр на разрешението за поставяне е възможно абсолютно правосъобразно да изпълнява задълженията си по закон и никога да не възникне нужда от такова принудително премахване. Отделно от това в наредбата не е регламентирано кой и по какъв ред ще определи размера на необходимите средства, изпълващи съдържанието на понятието депозит, какви ще са последиците при несъответствие на предварително депозираната сума, с действителния размер на разходите, направени в производството по принудително изпълнение, не са установени правила за съхранение и управление на тези средства през периода от тяхното внасяне до възникване на основание за принудително премахване, нито са регламентираны реда и начина за връщане на тези суми, ако не възникнат основания за принудително премахване.

Изложените мотиви отново обосновават извод за незаконосъобразност на разпоредбата на чл. 16, ал. 2, в частта и относно „депозит за принудително премахване“. Констатираният порок обаче не може да доведе до нищожност на разпоредбата.

Според съдебният състав, въпреки изричния петитум в протеста за прогласяване на нищожност на оспорените разпоредби, съдът следва да се произнесе по констатираната незаконосъобразност на тези разпоредби и да ги отмени като противоречащи на нормативен акт от висока степен и поради допуснатото съществено нарушение на

административно-производствените правила визирани в чл.26, ал.2 и чл.28 от ЗНА, по аргумент от разпоредбата на чл.177, ал.3 от АПК и чл.168, ал.1 от АПК, както и мотивите на прокуратурата по отношение всяко от изложените в протеста възражения за наличие на пороци в атакуваните разпоредби идентични с установените в съдебното производство.

Разноски следва да се присъдят в полза на протестиращата прокуратура, поискани от нейният представител в с.з. на 17.11.2016г., в размер на 20 лв., представляващи платена такса за публикуване на обявление по чл. 188 вр. чл.181 от АПК в Държавен вестник.

Мотивиран от горното и на основание чл.193, ал.1 от АПК, тричленен състав Административен съд - Бургас,

#### РЕШИ:

ОТМЕНЯ чл.12, ал.1 изцяло, чл.12, ал.2 в частта относно „с нотариална заверка на подписите“ и в частта относно „включително и в случаите, когато схемата се внася от съсобственик“, чл.13, ал.1, т.4 изцяло, чл.16, ал.2 в частта относно „и депозит за принудително премахване“ и чл.17, ал.3, т.3 изцяло, всички от Наредба № 6 за реда и условията за поставяне и премахване на преместваеми обекти за търговски и други обслужващи дейности на територията на Община Поморие, приета с решение №557 на Общински съвет Поморие от 12.06.2009г.

ОСЪЖДА Община Поморие да заплати на Прокуратурата на РБългария направените по делото разноски в размер на 20 лева.

Решението може да се обжалва в 14 дневен срок от съобщението пред Върховен административен съд на РБългария.

Решението да се разгласи по реда на чл.194 от АПК при подаване на касационни жалби или протест или ако те са отхвърлени.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ:

ОСОБЕНО МНЕНИЕ на съдия Лилия Александрова.

Не споделям извода на мнозинството от състава, че липсата на изрично искане за отмяна на протестираните разпоредби не е пречка, с оглед разпоредбите на чл.177, ал.3 от АПК и чл.168, ал.1 от АПК, съдът да се произнесе и по отношение унищожаемостта на спорните норми.

Напълно споделям мотивите, в частта, в която е прието, че атакуваните разпоредби са незаконосъобразни поради противоречието

им с нормативен акт от по-висока степен и поради нарушаване на процедурата относно чл.26, ал.2 и чл.28 от ЗНА. Както и мотива, че тези пороци обосновават отмяна на спорните разпоредби, каквато обаче прокуратурата не е поискала.

Считам, че след като е сезиран само с искане за плогласяване на нищожност, съдът не може да се произнесе в повече (plus petitio) и по отношение на законосъобразността (унищожаемостта) на атакуваните разпоредби от местната наредба. Такова произнасяне е недопустимо, защото липсва надлежно сезиране в тази част, а съдът е арбитър и въпреки наличието на засилено служебно начало, не може да „коригира“ и самото сезиране, а исканията за обявяване на акта за нищожен или отмяната му като незаконосъобразен не са различни основания по смисъла на чл.168, ал.1 от АПК, последният визира основанията по чл.146 АПК. Този извод е и по аргумент на противното на чл.177, ал.3 на АПК, според който решението, в което е отхвърлено оспорване за отмяна на административен акт, е пречка за оспорването му като нищожен, както и за оспорването му на друго основание. В тази разпоредба, както и с разпоредбата на чл.168, ал.2 АПК законодателят дава възможност на съда, ако актът бъде атакуван за по-малкия порок, водещ до унищожаемост, но с оглед събраните доказателства съдът констатира, че е налице по-тежкия порок, водещ до нищожност, дори без наличието на надлежно искане в тази посока, да прогласи тази нищожност.

В случая налице е обратната хипотеза, при която актът е оспорен само по отношение на неговата валидност, т.е. атакуван е за наличието на по-тежкия порок, но липсва надлежно искане по отношение на неговата унищожаемост. В този случай съдът следва да се произнесе само относно конкретното искане, като силата на присъдено нещо на решението ще се разпростира единствено спрямо възраженията за нищожност. Доколкото според чл.187, ал.1 от АПК подзаконовите нормативни актове могат да се оспорят пред съд без ограничение във времето, не съществува пречка процесните разпоредби да бъдат протестирани и по отношение на тяхната законосъобразност, какъвто протест в настоящото производство липсва. Т.е. принципът е, че съдът се произнася само по сезиращото го искане, а изключението е чл. 177, ал.3 на АПК и чл.168, ал.2 АПК, а не обратно.

По тези съображения, считам, че съдът следваше да се съобрази с конкретното искане в протеста и същият да бъде отхвърлен като неоснователен поради липса на нищожност.

Съдия Лилия Александрова:

