



## РІШЕННЯ № 144

### Про результати розгляду звернення Голови Ради адвокатів Харківської області щодо сплати ЄСВ адвокатами

«08» вересня 2018 року

м. Херсон

Рада адвокатів України, розглянувши звернення Голови Ради адвокатів Харківської області від 03 вересня 2018 року № 717 про ініціювання внесення змін до законодавства, що регулює сплату єдиного соціального внеску адвокатами, а також проаналізувавши рішення Ради адвокатів Харківської області від 29 серпня 2018 року № 25/1/4 «Про звернення до Ради адвокатів України з пропозиціями щодо врегулювання соціального захисту адвокатів стосовно сплати ЄСВ адвокатами окремих категорій», звернула увагу на наступне.

Проблемним питанням на сьогодні для всіх адвокатів України залишається законодавча неврегульованість соціального захисту адвокатів в частині сплати останніми ЄСВ, а підхід законодавця щодо сплати ЄСВ адвокатами за періоди, у якому вони не мали оподаткованого доходу, та відсутності пільг для адвокатів, які є інвалідами або пенсіонерами за віком, є дискримінаційним та необґрунтованим. Крім того, на фізичних осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, не поширюється пільга щодо несплати ЄСВ, якщо така особа є інвалідом або пенсіонером за віком.

*Щодо сплати ЄСВ адвокатами за періоди, в яких вони не мали оподаткованого доходу.*

З січня 2017 року набув чинності Закон України від 06.12.2016 № 1774-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України», яким внесені зміни до Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування».

Відповідно до пункту 5 частини 1 статті 4 Закону, платникам єдиного внеску є особи, які проводять незалежну професійну діяльність.

У статті 7 Закону зазначено, що для осіб, які проводять незалежну професійну діяльність, єдиний внесок нараховується на суму доходу

(прибутку), отриманого від їх діяльності, що підлягає обкладенню податком на доходи фізичних осіб. При цьому сума єдиного внеску не може бути меншою за розмір мінімального страхового внеску на місяць.

У разі якщо платником не отримано дохід (прибуток) у звітному періоді, такий платник зобов'язаний визначити базу нарахування, але не більше максимальної величини бази нарахування єдиного внеску, встановленої цим Законом. При цьому сума єдиного внеску не може бути меншою за розмір мінімального страхового внеску.

Відповідно до вказаних змін фізичні особи – підприємці, які не одержували доходів в 2017 році, зобов'язані сплачувати єдиний соціальний внесок. До 1 січня 2017 року фізичні особи – підприємці, які не отримували доходи у звітному місяці, мали право не сплачувати єдиний соціальний внесок.

Зазначені зміни стосуються підприємців, які під час простою в роботі перейшли з єдиного податку на загальну систему оподаткування, а також осіб, які проводять незалежну професійну діяльність.

### **Такі зміни суперечать статтям 8, 22, 46 Конституції України.**

Відповідно до статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності. Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а й включає інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством (п.п. 4.1. Рішення Конституційного Суду України у справі від 02.11.2004 року № 15-рп/2004). Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Справедливість – одна із основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права.

Як зазначено в частині 2 статті 8 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове соціальне страхування» єдиний соціальний внесок не входить до системи оподаткування, а відповідно до пункту 2 статті 1 наведеного Закону є консолідованим страховим внеском, збір якого здійснюється до системи загальнообов'язкового державного соціального страхування в обов'язковому порядку та на регулярній основі з метою забезпечення захисту у випадках, передбачених законодавством, прав застрахованих осіб на отримання страхових виплат (послуг) за діючими видами загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Відповідно до статті 46 Конституції України громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом; це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян,

підприємств, установ і організацій, а також бюджетний та інших джерел соціального забезпечення; створення мережі державних, комунальних, приватних закладів для огляду за непрацевдатними.

Отже, завданням сплати нарахованого єдиного внеску є забезпечення захисту застрахованих осіб та підтвердження страхового стажу і його безперервності, де страховий стаж – це період (строк), протягом якого особа підлягала державному соціальному страхуванню, якою або за яку сплачувався збір на обов'язкове державне пенсійне страхування.

Відповідно до частини 1 статті 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатом є фізична особа, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах та в порядку, що передбачені цим Законом.

При цьому, адвокатською діяльністю, згідно профільного Закону є незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту, та не є підприємницькою.

**Таким чином, законодавчі зміни якими зобов'язано сплачувати єдиний соціальний внесок фізичних осіб-підприємців, а також осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, незалежно від наявності в них доходу, на виконання наданого їм права на соціальний захист, не відповідають меті та завданням Закону, а також ідеї соціальної справедливості, чим порушують статтю 8 Конституції України.**

Крім того, відповідно до статті 42 Конституції України кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності.

Законодавчі зміни, якими несправедливо зобов'язано сплачувати єдиний соціальний внесок незалежно від наявності доходу, фактично змусили фізичних осіб-підприємців масово припинити державну реєстрацію підприємницької діяльності.

У свою чергу, ознаками, які характеризують підприємницьку діяльність є самостійність, ініціативність, систематичність, ризиковість при здійсненні підприємцем господарської діяльності для досягнення економічного та соціального результату та одержання прибутку (стаття 42 Господарського кодексу України). Саме прибуток, як кінцевий результат діяльності, характеризує ефективність роботи підприємця, а мета по його досягненню є суттєвою ознакою, яка відрізняє підприємницьку діяльність від іншої некомерційної діяльності. Проте, відсутність реального прибутку, не є ознакою того, що діяльність перестала бути підприємницькою.

Отже, розпочинаючи здійснення своєї діяльності, направленої на отримання прибутку, жодний підприємець не може бути впевненим в досягненні економічного ефекту від такої діяльності, а тому він повинен докласти чимало зусиль для досягнення економічного та соціального результату та одержання прибутку.

Очевидно, що прийнятті законодавчі зміни, якими зобов'язано сплачувати єдиний соціальний внесок фізичних осіб-підприємців незалежно

від наявності в них доходу від підприємницької діяльності, не забезпечують захист конкуренції у суб'єктів малого та середнього бізнесу та порушують право на підприємницьку діяльність, регламентоване статтею 42 Конституції України.

Як зазначено в статті 22 Конституції України при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту або обсягу існуючих прав і свобод.

Звуження змісту та обсягу прав і свобод є їх обмеженням. У традиційному розумінні діяльності визначальними поняття змісту прав людини є умови і засоби, які становлять можливість людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку. Виходячи з положень частини другої статті 8 Конституції України норма частини другої її статті 22 має враховуватись при прийнятті законів та інших нормативно-правових актів, спрямованих на регулювання відповідних суспільних відносин.

Оскільки, до 1 січня 2017 року особи, які не отримували доходи в звітному місяці, мали право не сплачувати єдиний соціальний внесок, то законодавчі зміни, якими зобов'язано сплачувати єдиний соціальний внесок незалежно від наявності доходу фактично звужили вже існуючі права цих осіб, що є порушенням статей 28 та 22 Основного Закону.

*Щодо відсутності пільг в частині несплати ЄСВ, якщо адвокат є інвалідом або пенсіонером за віком.*

Обов'язок сплати ЄСВ не виникає у адвоката, який не здійснює адвокатську діяльність, а відповідно і не отримує доходу, у випадку:

- припинення адвокатської діяльності, якщо адвокат не має наміру надалі здійснювати адвокатську діяльність (у порядку, передбаченому статтею 32 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»);

- зняття з обліку платника податків в якості самозайнятої особи та платника єдиного соціального внеску (у порядку, передбаченому ПКУ, наказом Мінфіну «Про порядок обліку платників податків і зборів», Наказом Мінфіну «Про порядок обліку платників єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування»).

Оскільки право на заняття адвокатською діяльністю припиняється шляхом анулювання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, то норми щодо зняття з обліку платника податків в якості самозайнятої особи та платника єдиного соціального внеску лише шляхом припинення незалежної професійної діяльності порушують професійні права адвокатів України, зокрема, статті 32 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», якою передбачено право адвоката на зупинення права на заняття адвокатською діяльністю із внесенням відповідних відомостей до Єдиного реєстру адвокатів України та, відповідно, поновлення такого права (при цьому не відбувається анулювання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю та адвокат не позбавляється статусу адвоката).

Водночас, згідно з частиною 4 статті 4 Закону № 2464-VI фізичні особи-підприємці, в тому числі які обрали спрощену систему оподаткування,

звільняються від сплати за себе єдиного соціального внеску, якщо вони є пенсіонерами за віком або інвалідами та отримують відповідно до закону пенсію або соціальну допомогу. Такі особи можуть бути платниками єдиного внеску виключно за умови їх добровільної участі у системі загальнообов'язкового соціального страхування.

Однак, виходячи зі змісту цієї статті, пільги не застосовуються до осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, у тому числі адвокатську.

Закріплений в частині першій статті 24 Конституції України принцип рівності всіх перед законом, безумовно не перешкоджає встановлювати відмінність у правовому регулюванні праці осіб, які належать до різних за родом і умовами діяльності категорій. Проте, не встановлення пільг для непрацездатних самозайнятих осіб, які навіть будучи працездатними не переслідують такої мети, як отримання прибутку на відміну від фізичних осіб-підприємців, які будучи пенсіонерами або інвалідами по закону звільняються від обов'язку сплачувати єдиний внесок, свідчить про порушення згаданого конституційного принципу.

**Отже, такі норми є дискримінаційними по відношенню до самозайнятих осіб, які не є фізичними особами-підприємцями, та не відповідають Конституції України (є неконституційними).**

Адвокати, які є водночас пенсіонерами за віком та/або інвалідами, не можуть бути впевнені у своїх правомірних очікуваннях щодо стабільності правового регулювання у сфері сплати ЄСВ.

Встановлення на законодавчому рівні вимоги обов'язкової сплати ЄСВ адвокатами-інвалідами та/або пенсіонерами за віком суперечить таким елементам конституційного принципу верховенства права, як правова визначеність, правова передбачуваність, правомірні очікування та справедливість. Тому є негайна потреба у змінах в цій сфері.

Враховуючи викладене, Рада адвокатів України, керуючись статтею 55 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Положенням про Раду адвокатів України, Регламентом Ради адвокатів України, **вирішила:**

1. Звернутися до Комітету Верховної Ради України з питань податкової та митної політики з відповідним рішенням Ради адвокатів України щодо врегулювання соціального захисту адвокатів в частині сплати ЄСВ адвокатами окремих категорій та обґрунтуванням необхідності внесення змін до законодавства, що регулює сплату єдиного соціального внеску адвокатами.
2. Секретарю Ради адвокатів України про прийняте рішення повідомити на офіційному веб-сайті Національної асоціації адвокатів України.

Голова Ради адвокатів України [підпис] Л.П. Ізовітова

Секретар Ради адвокатів України [підпис] П.М. Гречківський