

Да се
казва
за всички съдии
18.01.2010



ВИСШ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ

ул. „Цар Калоян” № 1-А, 1000 София,
тел: 987 55 13, 987 58 59, факс: 987 65 14
VASprotocol@bitex.com

Висш адвокатски съвет
изх. номер ... 54
..... 15.01.2010 г.
ул. " Калоян " 1А

**ДО КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД
НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ**

СТ А Н О В И Щ Е

НА ВИСШИЯ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ

по конституционно дело № 16/2009 г.

**УВАЖАЕМИ ГОСПОДИН ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД,
УВАЖАЕМИ ГОСПОДА КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,**

Висшият адвокатски съвет изцяло подкрепя искането на Президента на Република България за установяване противоконституционността на § 12 от Закона за изменение и допълнение на Закона за данъка върху добавената стойност, приет на 25.11.09 г., обн., ДВ, бр. 95/01.12.09 г.

С нашата подкрепа за обявяване противоконституционността на цитираната правна норма предлагаме на вниманието Ви следните доводи.

1. В противоречие с Конституцията упражняването на адвокатската професия цялостно се приравнява на търговска услуга, облагана с ДДС.

Упражняването на адвокатската професия е конституционна дейност и процесуалното представителство на физическите лица за упражняване правото на защита е съществен белег на професията, отличаващ я от правните услуги. В този смисъл е констатацията на Конституционния съд в Решение № 1/2008 г. по к. д. № 10/2007 г., цитирана, както в искането на Президента, така и в постановеното от Вас определение по допустимостта на искането: „Очевидно държавата отчита спецификата в дейността на адвокатурата и част от дейността ѝ, свързана с процесуалното представителство на физически лица, е определена като освободена сделка.” Този отличителност на процесуалното представителство се корени в неговата конституционна предопределеност, произтичаща от разпоредбата на чл. 56 от Конституцията, прогласяващ правото на защита.

2. Поставя се фискално затруднение за упражняването на правото на защита и достъпа до правосъдие.

Данъкът ще се начислява върху уговорените адвокатски хонорари, ще се дължи от клиентите и ще утежнява икономическото им положение при упражняване на конституционно гарантираното им право на защита. Правилно Президентът в своето искане обръща внимание, че нормата на чл. 44, ал. 1, т. 5 от ЗДДС е една от гаранциите за правото на защита по чл. 56 от Конституцията, уредена в закон. Конституцията не поставя никакви ограничения или друг тип затруднения в реализацията на правото на защита. Създаването на такова ограничение или затруднение чрез закон влиза в противоречие с конституционната норма – принцип.

3. Създава се законодателна причина конкуренцията при избора на адвокат за упражняване правото на защита да се премести на плоскостта регистриран ли е по ДДС адвокатът или не, а не на база компетентен ли е или не, предоставя ли му се доверие или не, какъвто по съществуто е договорът клиент – адвокат („с оглед личността”). Доверието, като основен принцип в отношенията между адвокат и клиент, ще бъде изместено от фискални съображения при избора на адвокат. Това поставя и търсещите защита чрез процесуално представителство от адвокат и самите адвокати в неравнопоставено положение според имущественото им състояние в противоречие с чл. 6, ал. 2 от Конституцията.

4. Заплащането на този нов косвен данък от търсещите защита влиза в противоречие с разпоредбата на чл. 60, ал. 1 от Конституцията, прокламиращ дължимостта на данъците според доходите и имуществото на гражданите.

При имуществена невъзможност на гражданина да заплати този нов данък, той не ще може да упражни своето право на защита чрез процесуално представителство от адвокат, който сам да избере. С други думи – новият косвен данък се въвежда независимо от имущественото състояние на гражданина и поставя неограничен брой физически лица пред непреодолима пречка да упражнят правото си на защита чрез представителство от адвокат по свой избор.

5. Неправилно атакуваната правна норма се овързва с прилагането на Директива 2006/112/ЕО. Не е налице абсолютно задължение на държавата по тази директива.

Съгласно член 371 от Директива 112, „държавите – членки, които на 1 януари 1978 г. са освободили от данък сделките, изброени в приложение X, част Б, могат да продължават да освобождават от данък тези сделки в съответствие с условията, прилагани от съответните държави – членки на тази дата.

ПРИЛОЖЕНИЕ X - СПИСЪК НА СДЕЛКИТЕ, ОБХВАНАТИ ОТ ДЕРОГАЦИИТЕ, ПОСОЧЕНИ В ЧЛЕНОВЕ 370 И 371 И ЧЛЕНОВЕ 375 – 390, ЧАСТ Б – Сделки, които държавите – членки могат да продължат да освобождават от облагане с ДДС1, т. 2, включва „Доставката на услуги от автори, художници, изпълнители, адвокати и други членове на свободните професии...”

Никога в България процесуалното представителство на физически лица не е третирано като дейност, облагаема по ДДС. До края на 2007 г. изобщо дейността на адвокатите (не само процесуалното представителство) не е третирана като независима икономическа дейност и съответно като облагаема по ДДС. Съответно, през 2007 г. възнагражденията за процесуално представителство на адвокатите, както и изобщо всички адвокатски възнаграждения, не са облагани с ДДС.

Това означава, че на основание чл. 371 от Директива 112 във връзка с т. 2 от Раздел „Б” на Приложение X към Директивата България може да продължи да освобождава от облагане с ДДС процесуалното представителство на физически лица.

6. Неправилно атакуваната правна норма се обвързва с евентуална наказателна процедура срещу държавата, която може да бъде инициирана от Европейската комисия.

Една подобна процедура е твърде продължителна във времето и не е с предопределен краен резултат. Като нагледен пример за това можем да посочим Дело С-492/08 г. в Съда на европейските общности в Люксембург,

образувано по иск, предявен от Комисията на 14.11.08 г. срещу Република Франция. С този иск Комисията се стреми по съдебен път да бъде установено, че Франция нарушава Директива 2008/112/ЕО, като прилага намалена ставка за облагане с ДДС на процесуалното представителство. Съдът все още не се е произнесъл, т.е. – няма решение, от което да се разбере дали аргументите на Комисията се възприемат или отхвърлят.

Също така една подобна процедура не означава, че Съдът е длъжен да възприеме становището на Комисията. Нагледен пример за това е Дело С-246/2008 г., образувано в Съда на 03.06.08 г. по иск на Комисията срещу Република Финландия. Комисията е твърдяла, че Финландия нарушава Директива 1977/06/ЕС (заместена сега с Директива 2008/112/ЕО), като не начислява ДДС върху правната помощ, предоставяна срещу частично възнаграждение от държавните служби за правна помощ. На 29.10.09 г. (т.е. – почти година и половина след образуване на делото) Съдът е отхвърлил искането на Комисията и я е осъдил да заплати на Финландия разноските по делото.

С други думи – наказателната процедура е продължителна във времето и не съдържа предварително очертан изход.

В най-общи линии фазите на една такава наказателна процедура са следните:

Когато Комисията прецени, че някоя държава нарушава задължение за транспониране в своето законодателство на правила от директива, тя отправя запитване с писмо до държавата и ѝ дава срок за отговор. Държавата може да отговори, може и да не отговори.

(Точно в тази фаза с намира в момента Република България по конкретния въпрос. На 26.06.09 г. в ПП на Република България в ЕС е получено официално уведомително писмо, с което ЕК заявява, че счита за нарушение от страна на нашата държава освобождаването от облагане с ДДС на услугите, предоставяни от адвокатите при процесуално представителство на физически лица. Даден е срок за отговор, в който държавата да изложи своите аргументи. **Без да се вземе становището на заинтересованата професионална общност в лицето на българската адвокатура**, на 25.08.09 г. е изпратен отговор, в който лаконично се изтъква, че Република България приема заключенията на Комисията и ще направи необходимите законодателни промени. Авторството на това изявление не е изяснено и е очевидно, че в него не е съобразена конституционната специфика на процесуалното представителство от адвокат при упражняването на правото на защита.)

В процедурата, ако държавата не даде отговор или пък изрично се противопостави с изложение на свои аргументи, Комисията не е обвързана

със срок как да постъпи по-нататък, дали да продължи натиска или да го преустанови. Ако прецени, че държавата е в нарушение, Комисията може да продължи действията си, като изпрати мотивирано становище до държавата, в което да обърне внимание, че намира поведението ѝ по повдигнатия въпрос за нарушение на общностното право и да ѝ даде нов срок за поправяне на това нарушение. Държавата може да се съобрази с мотивираното становище и да приведе законодателството си в съответствие с искането на Комисията. Може и да не го направи, като отново изрично възрази.

Когато държавата не се съобрази с указанието на Комисията и след мотивираното становище, се приема, че е налице правен спор, който може да бъде решен само по съдебен ред от Съда на Европейските общности в Люксембург. Комисията следва да прецени дали да предяви иск или да спре до тук. В тази своя преценка тя не е обвързана със срок. В посочения по-горе пример с делото срещу Република Финландия процедурата по запитване е започнала на 13.10.2004 г., а делото в Съда е образувано по искане на Комисията, внесено чак на 03.06.2008 г., т.е. – почти четири години след началото на процедурата. В крайна сметка, както посочихме, делото е спечелено от Финландия, което става в края на петата година от началото на процедурата.

Искът, който Комисията може да предяви, е установителен. С него от съда се търси установяване на факта на нарушението, което държавата допуска, като не изпълнява задължение по директива от общностното право. Ако съдът приеме, че искът е основателен, постановява решение, с което приема за установено, че държавата извършва нарушението. По този начин спорът между държавата и комисията се счита за решен и държавата не може повече да излага съображения в своя защита – длъжна е да приведе законодателството си в съответствие с изискванията на Комисията.

Ако не стори това, следва най-тежката заключителна фаза на наказателната процедура – налагането на глоба, което става с ново решение на съда, пак по искане на Комисията. Ако това бе се случило по делото срещу Финландия, очевидно е, че би се развивало след петата година от началото на процедурата.

С други думи, заплахата от глоба не може да се възприема като основен фактор в преценката, която държавата ще направи за състоянието на своето законодателство в подобна наказателна процедура.

В конкретния случай изразеното на 25.08.09 г. от името на държавата становище е неправилно. То не е предшествано от внимателен анализ на обема на задълженията по Директива 2006/112/ЕО, която предвижда възможност да не се налага ДДС върху процесуално представителство, ако до влизането ѝ в сила такъв данък не е събирал.

Самата директива 2006/112/ЕО обръща внимание в т. 9 на своя преамбюл за жизненоважната необходимост от предоставяне на преходен период на националните законодателства да се адаптират постепенно, а в т. 12 изтъква, че по причини, свързани с тяхното географско, икономическо и социално положение, определени територии следва да бъдат изключени от обхвата на директивата.

7. Водими от виждането за пълна яснота на нашата позиция по повдигнатия от Президента пред Конституционния съд въпрос, искаме да Ви информираме и за други наши допълнителни доводи, които сме изложили пред Народното събрание, преди да бъде приет на второ четене атакуваният текст от закона. Тези доводи са свързани с духа на Конституцията, в чийто преамбюл е изтъкнато, че България е социална държава:

- В състояние на световна икономическа и финансова криза ще се утежни финансовото състояние на гражданите в Република България, тъй като ще се оскъпи с 20 % правната помощ и защита по съдебните дела, както и във всички други процедури, в които се осъществява процесуално представителство. Това несъмнено ще доведе до напрежение не само сред адвокатите, които са против въвеждането на данъка, но и сред техните многобройни клиенти. Практически с отмяната на чл. 44, ал. 1, т. 5 от ЗДДС се въвежда нов данък, което не е целесъобразно в период на тежка икономическа криза, от която България много бавно ще излезне.

- Приемането на тази правна норма налага да се предвиди увеличение с 20% в повече в размера на държавната субсидия за осигуряване на служебната защита, извършвана от адвокати, вписани в регистрите на Националното бюро за правна помощ. Известно е, че всяка година паричните средства, които се осигуряват от бюджета за това, са недостатъчни, а включването в тях допълнително и на 20% за ДДС ще доведе до реалното им още по-голямо намаляване и невъзможност да се осигури служебна защита така, както държавата е поела ангажимент в ЕС.

Невъзможността да се осигури служебна защита поради финансови бюджетни причини ще бъде законен повод да има нови осъдителни процедури срещу държавата в Страсбург за нарушени права и респ. до плащане от страна на държавата на обезщетения, било то по повод предложени от министъра на правосъдието предварителни споразумения, било то по вече налични осъдителни решения.

- Не по-малко важно е, че адвокатите, които извършват служебна защита, получават с голямо закъснение хонорарите си за това, а данъчните събития и задължението да начисляват и внасят ДДС ще настъпват по силата на закона, дори и да не е получено плащането. Следователно те ще следва да

ангажират лични парични средства, за да плащат своевременно данъчните си задължения към същата държава, която е забавила плащанията към тях. Това може да доведе до отлив на адвокати, регистрирани по ДДС, да извършват служебна защита. Тези пък, които не са регистрирани по ЗДДС, ще знаят, че от това ще формират облагаем оборот за целите на регистрацията си по ЗДДС.

ПРЕДСЕДАТЕЛ НА ВИСШИЯ
АДВОКАТСКИ СЪВЕТ:


ДАНИЕЛА ДОКОВСКА

