

До Вищого адміністративного суду України

Скаржник (касатор):

Олійник Дмитро Вячеславович (особа, яка не брала участі у справі),

Особи, які брали участь у справі:

Позивач:

Кличко Віталій Володимирович,

Відповідачі:

**Виконавчий орган КМР (Київська міська державна адміністрація),
вул. Хрещатик, 36, м. Київ, 01044,
засіб зв'язку –тел. 2541450,**

електронна пошта: portal@kmv.gov.ua

**Київський міський голова – Голова Київської міської державної адміністрації
Черновецький Леонід Михайлович, вул. Хрещатик, 36, м. Київ, 01044;
тел. 2541450, e-mail: portal@kmv.gov.ua**

Треті особи:

**БАТ «АЕК Київенерго», пл. І.Франка, 5, м. Київ, 01001;
тел. 2076075, e-mail: kanc@kievenergo.com.ua**

**ПАТ «Акціонерна компанія «Київводоканал», вул. Лейпцизька, 1-а,
м. Київ, 01015; тел. 2805757, e-mail: akainaran@aguamail.kiev.ua**

**ЗАТ «Екостандарт», вул. Червоногвардійська, 20, м. Київ, 02660;
тел. 2910807, e-mail: darn@tec4.kiev.ua**

**НКРЕ України, вул. Смоленська, 19, м. Київ, 03057;
тел. 2703001, e-mail: box@nerc.gov.ua**

Слесаренко Василь Вікторович,

;

у справі адміністративної юрисдикції № 2а-1888/10

(суддя по першій інстанції Васильєва Т. М.)

**на постанову Шевченківського райсуду м. Києва
від 10 грудня 2010 р.**

**постанову Київського апеляційного адміністративного суду
від 09 березня 2011 р.**

КАСАЦІЙНА СКАРГА.

Судові рішення нижчестоящих інстанцій підлягають скасуванню, а справа направленню до суду першої інстанції для вирішення питання про відкриття провадження з наступних підстав.

Оскаржувані рішення стосуються мене безпосередньо, як мешканця Києва - споживача ЖКП (житлово-комунальних послуг).

1) Рішенням Конституційного Суду України № 1-рп/2000 від 09 лютого 2000 року (справа про місцеве самоврядування) витлумачено, що виконавчий комітет є виконавчим органом загальної компетенції сільської, селищної, міської ради. Основною формою роботи виконавчого комітету є його засідання, а формою правового акта -

рішення. Закон «Про столицю...» на той час вже набрав чинності 28.01.1999 р., а подання до КСУ було зроблено у тому числі в. о. заступника Голови КМДА. Рішення КСУ є обов'язковим до виконання на території України, остаточним і не може бути оскарженим. Проте оскаржуваним рішенням апеляційної інстанції по справі № 2а-1888/10 неправильно (а саме всупереч офіційному тлумаченню судом конституційної юрисдикції) витлумачені принципи місцевого самоврядування, закріплені ст. ст. 4, 10, 16, 51 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні». Рішення № 161/262 від 10 березня 1999 р. «Про виконавчий орган Київської міської ради» (щодо його формування) є рішенням КМР XXIII скликання, у той час як оскаржувані позивачем розпорядження КМДА прийняті під час каденції КМР VI скликання, якою виконавчий орган не утворювався взагалі. Отже, оскаржуваним рішенням апеляційної інстанції від 09.03.2011 р. неправильно витлумачені норми матеріального права у частинах щодо форми рішень виконавчого органу, встановлення самого факту утворення і існування цього органу на момент прийняття оспорюваних розпоряджень КМДА.

2) Я є позивачем по справі № 2а-118/11, що розглядається Шевченківським райсудом м. Києва. Під час розгляду справи № 2а-118/11 (№ 2а-1873/10) відповідачем КМР подано заперечення, якими він визнає, що діяльність виконавчого органу врегульована рішенням IV сесії Київської міської ради V скликання № 721/1382 від 24 травня 2007 р. «Про діяльність виконавчого органу Київської міської ради (Київської міської державної адміністрації)». Постановою Шевченківського райсуду м. Києва від 10.12.2010 р. по цій справі № 2а-1888/10 було правильно встановлено, що діяльність виконавчого органу врегульована рішеннями Київської міської ради відповідних скликань. У той же час постановою КААС від 09.03.2011 р. по цій справі встановлено, що діяльність виконавчого органу нібито врегульована рішенням КМР № 161/262 від 10 березня 1999 р. Отже, є істотне неспівпадання обставин нормативного обґрунтування діяльності виконавчого органу ради між позиціями самої КМР і позиціями судів у різних справах (включаючи цю справу № 2а-1888/10). Зазначеному повинна бути надана правова оцінка.

3) Судом апеляційної інстанції не були розмежовані повноваження Київського міського голови (одночасно голови КМДА), встановлені ст. ст. 13, 17 Закону України «Про столицю...», ст. 42 Закону України «Про місцеве самоврядування») і власні (самоврядні) повноваження виконавчого органу КМР у сфері тарифоутворення, визначені ст. 28 останнього Закону, саме на яку містяться посилання в преамбулах оскаржуваних розпоряджень. Оскільки міський голова очолює виконавчий орган КМР, то в нього відсутні повноваження підписувати рішення виконавчого органу, оскільки положеннями вказаного Закону визначено, що міський голова підписує рішення саме виконавчого комітету (п. 3. ч. 4 ст. 42). У той же час видавати розпорядження міський голова може тільки у межах своїх повноважень (п. 20 ч. 4 ст. 42); проте у міського голови не має повноважень одноосібно встановлювати (затверджувати/погоджувати) тарифи на ЖКП, оскільки це віднесено ст. 28 до відання виконавчого органу і не віднесено до повноважень КМДА, як місцевого органу виконавчої влади (як це правильно встановлено судом першої інстанції). Але, такий виконавчий орган Київською міською радою, в порушення принципів, закріплених ст. ст. 4, 51 вказаного Закону, не утворювався (див. нижче більш детально). У цій частині судом апеляційної інстанції було неправильно витлумачені норми матеріального права щодо повноважень голови КМДА і міського голови.

4) Обставину розмежування понять виконавчого органу/виконавчого комітету встановлено постановою Київського апеляційного адміністративного суду м. Києва від 24 лютого 2011 р. по справі № 2а-57/09, яка прийнята хоча і всупереч закону і вищевказаному рішення КСУ № 1-рп/2000 від 09 лютого 2000 року, але є такою, що встановлює преюдиційні обставини для інших справ (ч. 1 ст. 72 КАС). В порушення вимог процесуального законодавства колегія суддів апеляційної інстанції не врахувала обставини, встановлені постановою КААС від 24.02.2011 р. по справі № 2а-57/09 (яка має

бути відомою відповідачеві КМДА) і виходячи з цього неправильно визначилася з питанням – чи є у міського голови повноваження підписувати рішення виконавчого органу з огляду на положення п. 3. ч. 4 ст. 42 Закону України «Про місцеве самоврядування». Отже висновок колегії суддів КААС щодо віднесення до повноважень Київського міського голови права одноосібно встановлювати тарифи і підписувати рішення виконавчого органу потребує правової переоцінки з урахуванням повноважень ВАСУ, закріплених ч. 1 ст. 220 КАС.

5) Правовими позиціями територіального органу юстиції (ГУ юстиції у м. Києві), викладеними листами від 15.11.2010 р. (Шокун С. М.), 04.03.2011 р. (Семерги С. І.) встановлено, що будь-які розпорядження Київської міської державної адміністрації нормативно-правового характеру підлягають державній реєстрації, оскільки чинник поєднання цією особою виконавчого органу не відмінняє імперативних положень ст. 41 Закону України «Про місцеві державні адміністрації». Аналогічних правових позицій притримувався начальник КМУЮ Сокурено Д. М. листами № 08-1074/в від 06.11.2006 р., № 4733 від 17.11.2006 р., № 08-1227/в від 25.12.2006 р., № 448 від 30.01.2007 р., № 933 від 03.03.2007 р., які прошу витребувати, оскільки на даний час органом юстиції не виконана постанова ОАС м. Києва № 2а-16904/10/2670. Мені також відомо, що незареєстрованим в установленому порядку розпорядженням КМДА дано правову оцінку рішенням Господарського суду м. Києва № 37/399 від 26.10.2007 р., що залишено без змін постановою КАГС від 28.10.2008 р., постановою ВГСУ від 28.01.2009 р., ухвалою ВСУ № 3-1949к09 від 07.05.2009 р. (копії додаються). Оскільки між позивачем і відповідачами існує публічно-правовий спір щодо чинності оспорюваних розпоряджень, суди обох інстанцій правильно по суті встановили мотивувальними частинами своїх рішень, що такі розпорядження є нечинними. Проте судом апеляційної інстанції при цьому не було вирішено публічно-правового спору, оскільки у постанові КААС від 09.03.2011 р. відсутня мотивувальна і резолютивна частини щодо заявленої позовної вимоги про визнання неправомірними дій голови КМДА Черновецького Л. М. при прийнятті оспорюваних розпоряджень, щодо яких правильно встановлено їх нечинність. Унеможливлення встановлення фактичних обставин, що мають значення для правильного вирішення справи є підставою для нового розгляду справи (ч. 2 ст. 227 КАС).

6) Ст. 1 Закону «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» визначено, що такими є акти, якими регулюються адміністративні відносини між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання. Місцевий орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування віднесені до регуляторних органів. Частиною 2 ст. 12 ГК України визначено, що основними засобами регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання є регулювання цін і тарифів. Частиною 1 ст. 189 ГК України визначено, що ціна (тариф) у цьому Кодексі є формою грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують суб'єкти господарювання. Статтею 1 Закону «Про житлово-комунальні послуги» визначено, що житлово-комунальні послуги – це результат господарської діяльності, спрямованої на забезпечення умов проживання та перебування осіб у жилих і нежилых приміщеннях, будинках і спорудах, комплексах будинків і споруд відповідно до нормативів, норм, стандартів, порядків і правил. Таким чином, оскаржуваними актами регулюються адміністративні відносини між відповідачем КМДА і вказаними у цих актах суб'єктами господарювання. Відтак, таке регулювання є засобом регулюючого впливу на їх діяльність, а акти, за якими відбувається таке регулювання підпадають під визначення регуляторних. Листом Деркомпідприємництва № 14907 від 19.11.2010 р. викладена позиція цього органу щодо актів КМДА, як потребуючих реалізації вимог Закону «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності». Інформацією про результати роботи робочої групи із перегляду регуляторних актів виконавчого органу Київської міської ради (Київської міської державної адміністрації)

на виконання розпорядження виконавчого органу Київради (Київської міської державної адміністрації) від 31.08.2007 № 1143 «Про створення робочої групи із перегляду регуляторних актів виконавчого органу Київської міської ради (Київської міської державної адміністрації)» встановлено, що розпорядження КМДА щодо тарифів на житлово-комунальні послуги мають ознаки регуляторних актів (додається):

<http://www.kmv.gov.ua/rpolicyprj.asp?Id=199>

Відповідно до ст. 36 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» регуляторний акт не може бути прийнятий або схвалений уповноваженим на це органом чи посадовою особою місцевого самоврядування, якщо наявна хоча б одна з таких обставин: відсутній аналіз регуляторного впливу, проект регуляторного акта не був оприлюднений.

Усі оскаржувані позивачем по цій справі акти є регуляторними, а тому прийняттю таких актів має передувати оприлюднення їх проектів. Віднесення аналогічних актів до розряду регуляторних підтверджено правовими позиціями ВАСУ в ухвалах № К-14391/09 від 30.09.2010 р., № К-20815/08-с від 02.02.2010 р., № К-29324/06 від 05.04.2007 р. (додаються) та інших справах. Також це визнано робочою групою КМДА на виконання розпорядження виконавчого органу Київради (Київської міської державної адміністрації) від 31.08.2007 № 1143 (див. роздруківку веб-порталу міської влади). Проте проекти регуляторних актів відповідачем КМДА не оприлюднювалися, посилання на публікації цих проектів (шляхом газетних оголошень або в мережі Інтернет), як на докази підготовки аналізу регуляторного впливу відсутні. У цій частині судом апеляційної інстанції було зроблено неправильний висновок, що оспорованні позивачем нормативно-правові акти не є регуляторними актами. Вказане також потребує правової переоцінки з боку ВАСУ.

7) В усіх тарифах на житлово-комунальні послуги, які були предметом оскарження по справі № 2а-1888/10, закладені відсотки за посередницькі послуги КП ГІОЦ (підприємства, підпорядкованого КМДА), що вбачається із відповідних пунктів оспорованих розпоряджень КМДА. Споживачів ЖКП нечинними розпорядженнями КМДА № 80 від 27.01.1997 р., № 478 від 15.04.1997 р. примушують сплачувати кошти через фінансового посередника КП ГІОЦ, який свою діяльність здійснює в порушення режиму використання розподільчого рахунку № 2603 (залишає собі від 0,5% на поточний рахунок) замість перерахування виконавцям послуг. Виконавці цих послуг у м. Києві не визначені (див. постанову Шевченківського райсуду м. Києва № 2а-1405/06 від 25.05.2006 р.). За повідомленням Держфінпослуг (лист № 864/39-12 від 14.02.2011 р.) фінансові послуги КП ГІОЦ здійснює без ліцензії, що підпадає під диспозицію ст. 202 КК України і є обставиною, яка підлягає перевірці з наданням правової оцінки з урахуванням повноважень суду касаційної інстанції і приписів ст. 171 КАС. Обставини протиправної діяльності КМДА при здійсненні моніторингу розрахунків при сплаті ЖКП, цін/тарифів встановлені постановою КААС від 14.01.2009 р. по справі № 22-а-5301/08; недійсність рахунків КП ГІОЦ встановлено рішенням Солом'янського райсуду м. Києва по справі № 2-91-1/06 від 21.02.2006 р. Жодної оцінки цьому судовими рішеннями також не надано.

8) Постановою Пленуму ВАСУ № 2 від 06.03.2008 р. «Про практику застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ» наголошується, що судам необхідно розрізняти правові наслідки недотримання правил предметної і територіальної підсудності. Так, у разі відкриття провадження в адміністративній справі без дотримання правил предметної підсудності суд повинен передати справу на розгляд адміністративного суду, якому вона підсудна, незалежно від того, на якій стадії розгляду справи виявлено порушення правил цієї підсудності, оскільки суд, який відкрив провадження у справі з таким порушенням, не є компетентним у її розгляді (пункт 2 частини першої статті 22 КАС України). Порушення правил предметної підсудності є

підставою для скасування рішень судів нижчих інстанцій з направленням справи на новий розгляд до належного суду.

Оскільки ця справа № 2а-1888/10 була вирішена судом першої інстанції з порушенням предметної підсудності (відповідачем є місцевий орган виконавчої влади, а не виконавчий орган місцевого самоврядування, який, як вказано вище, не утворений), це є підставою для скасування рішень обох судових інстанцій з направленням справи до суду першої інстанції для вирішення питання про її передачу до Окружного адміністративного суду м. Києва. Порушення предметної підсудності підтверджується наявністю постанови Окружного адміністративного суду м. Києва від 24.09.2009 р. з ухвалою КААС від 10.03.2011 р. по справі № 2а-11345/09/2670, якими чітко визначено, що позови до КМДА мають подаватися до ОАС м. Києва (судові рішення додаються). Також існує і усталена процесуальна судова практика КААС, відповідно до якої позови до КМДА мають подаватися за предметною підсудністю до ОАС м. Києва (наприклад справа № 2-а-247/09/2670, у ЄДРСР № 11263882; № 2а-2150/10, у ЄДРСР № 11841514).

Про інші порушення норм матеріального права суду буде повідомлено до судового розгляду.

Вважаю, що судом апеляційної інстанції в порушення ст. 207 КАС не були зазначені мотиви неврахування доказів зацікавленої особи (апелянта) на стороні позивача, про які мені відомо, що також унеможливило встановлення фактичних обставин справи. Порушення предметної підсудності є безумовною підставою для скасування судових рішень.

Участі в засіданні апеляційної інстанції я не брав. Тому строк на оскарження має відлічуватися мені з 22.03.2011 р., тобто наступного дня після фактичного отримання повного тексту ухвали суду апеляційної інстанції, яку необхідно подати до ВАСУ, згідно ч. 5 ст. 213 КАС (ст. 103, ч. 2, ст. 212, ч. 3 ст. 160 КАС). Розгляд справи прошу проводити за моєї участі в судовому засіданні.

На підставі викладеного, керуючись статтями 103, 211, 215, 227 КАС України,

ПРОШУ:

поновити мені строк на касаційне оскарження з 22.03.2011 р. (наступного дня після фактичного отримання постанови суду апеляційної інстанції);

постанову Шевченківського райсуду м. Києва від 10 грудня 2010 р. з постановою Київського апеляційного адміністративного суду від 09 березня 2011 р. скасувати і прийняти ухвалу про направлення справи до суду першої інстанції для вирішення питання про відкриття провадження у справі.

Додатки: *постанова Шевченківського райсуду м. Києва від 10.12.2010 р., ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 09.03.2011 р., клопотання про приєднання доказів і квитанція держмита 3,40 грн. (для суду); копії касаційної скарги для сторін (8 прим.).*

07 квітня 2011 р.

/Касатор Олійник Д. В./