

**До Вищого адміністративного суду України**

**Скаржник (касатор):**

**Олійник Дмитро Вячеславович (третя особа на стороні позивача),**

**Особи, які брали участь у справі:**

**Позивач: Кличко Віталій Володимирович,**

**Відповідач: Національна комісія регулювання електроенергетики України,**

**вул. Смоленська, 19, м. Київ, 03057,**

**засіб зв'язку -тел. 2703001, e-mail: [box@nerc.gov.ua](mailto:box@nerc.gov.ua)**

**Треті особи:**

**Олійник Дмитро Вячеславович;**

**Блащук Володимир Юрійович;**

**ЖБК «Суднобудівник-18»;**

**ЖБК «Буревісник-3»;**

**ЖБК «Молодіжний»;**

**ЖБК «Авіатор-20»;**

**ЖБК «Ремонтник»;**

**ЖБК «Кристал-16»;**

**ОСББ «Мотор»;**

**Дядюк Олександр Володимирович;**

**ЖБК «Октава-2»;**

**(засоби зв'язку і адреси електронної пошти третіх осіб невідомі);**

**у справі адміністративної юрисдикції № 2а-1316/12/2670 на постанову**

**Окружного адміністративного суду м. Києва від 17 травня 2012 р.,**

**ухвалу Київського апеляційного адміністративного суду від 04 жовтня 2012 р.**

### **КАСАЦІЙНА СКАРГА.**

Оскаржувані судові рішення підлягають скасуванню з наступних підстав.

Постанову від 17.05.2012 р. прийнято неповноважним складом суду в особах Качура І. А. і Шарпакової В. В., яким мною було заявлено обґрунтований відвід ще 06.03.2012 р.

Так, суддя Качур І. А. є порушником присяги і особою, що скоїла злочини за ст. ст. 375, 382 КК, оскільки у справі № 2а-247/11/2670 навмисно проігнорував положення чинного процесуального законодавства і не виконав приписи ст. ст. 161, 244-2 КАС по вказаній справі (де відповідачем була КМДА, а предметом пору було визнання нечинними розпоряджень про встановлення тарифів на житлово-комунальні послуги); отже у мене були усі підстави вважати про незаконність його дій у цій справі також. Цей відвід ухвалою від 24.04.2012 р. був відхилений, тому що в заяві про відвід суду не названо жодного процесуального документу Верховного суду України, з посиланням на дати та назви, в яких містяться висновки, на які заявник покликається як на підставу для відводу суду.

Проте, згідно ч. 3 ст. 244-2 КАС рішення Верховного Суду України, прийняті за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстав, передбачених статтею 237 цього Кодексу, підлягають опублікуванню на офіційному веб-сайті Верховного Суду України не пізніше як через десять днів з дня їх прийняття. Отже Качуру І. А. мало бути

відомим 13.12.2011 р. про судову практику вищої судової інстанції. Відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону України № 3262-IV «Про доступ до судових рішень», судові рішення, внесені до Реєстру, є відкритими для безоплатного цілодобового доступу на офіційному веб-порталі судової влади України:

<http://reyestr.court.gov.ua/Review/20263534>

Отже Качуру І. А., як головуючому у справі № 2а-247/11/2670 було також відомо: як про підстави позову по цій справі і надані докази, так і про зміст прийнятого ним судового рішення, яке було оприлюднене. Подальше навмисне ігнорування постанови Верховного Суду України від 28.11.2011 р. у справі № 21-246а11, про яку повідомляв позивач свідчить про скоєння Качуром І. А. злочину і порушення ним присяги. Доводи відхилення заяви про відвід (оскільки справа № 2а-247/11/2670 з постановою від 13.12.2011 р. не має жодного відношення до даної справи) не можуть братися до уваги, оскільки п. 4 ч. 1 ст. 27 КАС суддя відводиться за наявності інших обставин, які викликають сумнів у його неупередженості.

В частині відводу судді Шарпакової В. В. з підстав, наведених моєю заявою від 06.03.2012 р. ніякого процесуального рішення не було прийнято взагалі.

Таким чином, вищевказане було самостійною підставою для скасування оскаржуваної постанови, відповідно до положень п. 4 ч. 1 ст. 202 КАС. Однак, в порушення пунктів 2, 3 ч. 1 ст. 206 КАС в оскаржуваній ухвалі КААС від 04.10.2012 р. відсутнє як наведення моїх доводів щодо неповноважного складу суду, так і будь-які мотиви для їх відхилення.

Крім того, судом першої інстанції не було вирішено й іншого мого клопотання від 10.05.2012 р. про залучення у справу третьою особою НКРЕ (код ЄДРПОУ 38022261), якою прийнята постанова № 496 від 23.04.2012 р. про визнання такою, що втратила чинність, постанови НКРЕ від 10.03.99 № 309 «Про тарифи на електроенергію, що відпускається населенню і населеним пунктам», зареєстровану в Міністерстві юстиції України 10.03.99 за № 151/3444 (із змінами), зміни до якої внесені оскаржуваним актом відповідача. Вказана особа була утворена Указом Президента № 1059/2011 від 23 листопада 2011 р. «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики», а тому ця особа не є належним чином повідомленою про офіційну публікацію оголошення (в порядку ст. 171 КАС) про цій справі, а відтак і про її розгляд. Незалучення НКРЕ (код ЄДРПОУ 38022261) судом в якості третьої особи є грубим процесуальним порушенням, яке призвело до унеможливлення встановлення фактичних обставин справи.

В порушення ч. 1 ст. 196, п. 2 ч. 1 ст. 161 КАС, а також і пунктів 2, 3 ч. 1 ст. 206 КАС в оскаржуваній ухвалі КААС від 04.10.2012 р. відсутні будь-які мотиви відхилення доказів на підтвердження унеможливлення встановлення фактичних обставин справи.

Відмовляючи у визнанні оскаржуваного акту відповідача НКРЕ незаконним і нечинним з моменту прийняття суди обох інстанцій посилаються на те, що ці акти не є регуляторними, оскільки регулюють відносини між енергопостачальними компаніями і споживачами.

В цій частині судами обох інстанцій неправильно витлумачено норми матеріального права і грубо порушено положення процесуального права.

Частиною 5 ст. 227 КАС визначено, що висновки і мотиви, з яких скасовані рішення, є обов'язковими для суду першої чи апеляційної інстанції при розгляді справи.

Ухвалою ВАСУ від 17.01.2012 р. по цій справі викладено висновок про те, що аналізуючи вищенаведені законодавчі норми та зміст судових рішень (вже скасованих) колегія суддів вважає, що постанова Національної комісії регулювання електроенергетики України №8 від 13.01.2011 р. відноситься до регуляторного акту, тому при прийнятті вказаної постанови встановлюється особлива процедура її підготовки, прийняття та оприлюднення відповідно Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності». Враховуючи наведене, суди обох інстанцій прийшли до невірних висновків щодо віднесення спірної постанови до регуляторного акту.

Проте, як і у вищевказаній справі із завідомо неправосудною постановою від 13.12.2011 р., де Качур І. А. проігнорував висновки вищої судової інстанції, внаслідок чого підлягав відводу, на цей раз в порушення ч. 5 ст. 227 КАС він проігнорував висновки суду касаційної інстанції: ухвалу ВАСУ від 17.01.2012 р.

Крім того, мотиви для відмови судом першої інстанції у позові є компіляцією постанови ОАС м. Києва від 27.10.2011 р. за моїм позовом до відповідача по справі № 2а-10438/11/2670 (яка мною оскаржена в апеляційному порядку і де зараз зупинено провадження), заявленого з інших підстав. Відтак, з тексту оскаржуваної постанови суду першої інстанції вбачається підміна предмету доказування по цій справі: замість надання правової оцінки доводам позивача Кличка В. В. в тексті оскаржуваного судового рішення переважно наведені доводи на спростування підстав, з яких позивачем позов не заявлявся взагалі.

Внаслідок цього і знов-таки, в порушення ст. 163, ч. 5 ст. 227 КАС судом першої інстанції так і не була розглянута позовна вимога Кличка В. В., що оскаржуваною постановою при встановленні тарифів встановлені штучні обмеження рівності споживачів та чи впливає це на законність акту відповідача (на чому наголошувалося ухвалою ВАСУ від 17.01.2012 р.).

Що стосується наведених мною, як третьою особою, доводів по цій справі, то висновки судів обох інстанцій щодо не віднесення оспорюваного акту НКРЕ до регуляторного є хибними і зробленими при неправильному застосуванні норм матеріального права. Спростовую ці доводи, оскільки згідно ч. 2 ст. 11 КАС суд може вийти за межі позовних вимог тільки в разі, якщо це необхідно для повного захисту прав, свобод та інтересів сторін чи третіх осіб, про захист яких вони просять.

Так, статтею 1 ГК встановлено, що цей Кодекс визначає основні засади господарювання в Україні і регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання.

Аналіз змісту вказаного положення дає підстави для беззаперечного висновку, що господарські відносини виникають не тільки між суб'єктами господарювання, але й між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання. До учасників останніх ст. 2 ГК (посилання на яку суди вважають помилковим) віднесені, зокрема, споживачі. Згідно ч. 2 ст. 20 ГК кожний суб'єкт господарювання та споживач має право на захист своїх прав і законних інтересів. Права та законні інтереси зазначених суб'єктів захищаються, зокрема шляхом установлення, зміни і припинення господарських правовідносин. Такі господарські відносини підприємства з іншими підприємствами, організаціями, громадянами здійснюються на основі договорів (ч. 1 ст. 67 ГК). Істотною умовою такого договору є ціна (тариф), як форма грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують суб'єкти господарювання (ч. 1, 2 ст. 189 ГК).

Відповідно до ст. 7 ГК відносини у сфері господарювання регулюються Конституцією України, цим Кодексом, законами України, нормативно-правовими актами Президента України та Кабінету Міністрів України, нормативно-правовими актами інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також іншими нормативними актами.

Так, згідно ст. 1 Закону України № 1875-IV «Про житлово-комунальні послуги», такими послугами є результати 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. Споживач - фізична чи юридична особа, яка отримує або має намір отримати житлово-комунальну послугу. Статтею 13 цього ж Закону визначено, що електропостачання віднесено до комунальних послуг, які є житлово-комунальними послугами (ЖКП) за своїм функціональним призначенням.

Таким чином, я є особою, яка споживає на договірних засадах з третьою особою ПАТ «Київенерго» житлово-комунальну послугу (електропостачання), як результат його

господарської діяльності у процесі організації та здійснення якої виникають господарські відносини. На ці господарські відносини безпосередньо впливають оскаржувані акти відповідача НКРЕ: наприклад у договорі між мною, як споживачем і третьою особою ПАТ «Київенерго» послуга електропостачання має надаватися відповідно до затвердженого тарифу.

При цьому, посилання судів обох інстанцій на ст. 55 ГК є безпідставним, оскільки до суб'єктів господарювання віднесені лише ті учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію. Проте, господарські відносини (відносини у сфері господарювання), з огляду на наведені інші положення норм матеріального права (зокрема, ст. 1 ГК), виникають не тільки за участі суб'єктів господарювання, але й за участі громадян.

Крім того, як вбачається зі змісту оспорюваного акту відповідача НКРЕ, ним затверджені тарифи на електроенергію, що відпускається не тільки населенню, але й населеним пунктам. Отже, висновок судів обох інстанцій щодо регулювання відносин оскаржуваним актом НКРЕ виключно між енергопостачальними компаніями і споживачами не відповідає обставинам справи.

Таким чином, судом неправильно витлумачені положення ст. 1 Закону України № 1160-IV «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності».

Слід зазначити, що суд апеляційної інстанції дійшов до висновку, що оспорюваний акт НКРЕ є регуляторним, оскільки колегія погодилася з твердженням скаржників про те, що в частині встановлення тарифів на електроенергію, що відпускається населеним пунктам спірна постанова НКРЕ містить ознаки регуляторного акту. Але в частині нібито не порушення моїх прав цією постановою правова оцінка суду є невірною, оскільки крім того, що я є безпосередньо споживачем житлово-комунальної послуги електропостачання, я одночасно є мешканцем населеного пункту.

Судами обох інстанцій проігноровано, що оспорюваною постановою НКРЕ врегульовано адміністративні відносини між регуляторним органом (НКРЕ) та суб'єктами господарювання (зокрема, ПАТ «Київенерго»). Тобто у розумінні ст. 1 Закону України № 1160-IV оспорювана постанова НКРЕ є регуляторним актом, як обов'язкова для виконання.

Суд першої інстанції прийшов до неправильного висновку, що роздрібний тариф для населення формується в порядку, передбаченому ст. 15 «Оптовий ринок електричної енергії України» та ст. 15-1 «Порядок проведення розрахунків на оптовому ринку електричної енергії», Закону України № 575/97-ВР «Про електроенергетику». В цій частині судом фактично переписані до мотивувальної частини рішення додаткові заперечення відповідача НКРЕ, що були подані в судові засідання 27.10.2011 р., тобто неправильно застосовані норми матеріального права. Зазначені норми матеріального права роздрібні тарифи на електроенергію не формують і стосуються питань роботи Оптового ринку.

Відповідно до ст. 17 «Загальні принципи встановлення тарифів на енергію» Закону № 575/97-ВР роздрібна ціна на електричну енергію формується енергопостачальниками згідно з умовами і правилами здійснення підприємницької діяльності з постачання електричної енергії з урахуванням вимог цього Закону. Постановою відповідача НКРЕ № 15/1 від 13.06.96 р. «Про затвердження Умов та Правил здійснення підприємницької діяльності з постачання електричної енергії за регульованим тарифом» зазначена формула розрахунку роздрібного тарифу на спожиту споживачами електроенергію (пункт 3.7.4), а також на Ліцензіата покладено зобов'язання опублікувати у засобах масової інформації інформацію про єдині роздрібні тарифи за п'ять днів до введення їх в дію. Публікація повинна містити таку інформацію, що забезпечує можливість будь-якій особі зрозуміти розмір платежів (пункт 3.7.2).

Проте, дотримання чи недотримання відповідачем НКРЕ и Ліцензіатами зазначеного порядку не є предметом позовних вимог у цій справі. Мої доводи були обґрунтовані незабезпеченням з боку відповідача НКРЕ відповідності рівня цін/тарифів розміру економічно обґрунтованих витрат на їх виробництво; відкритості, доступності та

прозорості структури цін/тарифів для споживачів та суспільства з посиланням на конкретні положення законодавства, якими це передбачено.

У доповненнях до заперечень відповідача НКРЕ стосовно формування тарифу для населення зазначено, що в ньому враховані нормативні втрати електроенергії, тариф на поставку, тариф на передачу, оптова ринкова ціна. Крім того, міститься посилання на Звіт аудитора ОРЕ України щодо проведення узгоджених аудиторських процедур у 2010 р.

По-перше, вказаний Звіт аудитора не є належним доказом у розумінні ст. 70 КАС, оскільки не стосується предмету доказування: обґрунтованості роздрібного тарифу для населення у 2011 році і змісту позовних вимог (самого Звіту у матеріалах справи немає).

По-друге, у вказаному Звіті аудитора ТОВ «УПК-Аудит Лтд» від 04.02.2011 р. (стор. 21) у схематичному вигляді наведена Структура ціноутворення на Оптовому ринку електричної енергії за 2010 рік, з якої (як прикладу) вбачається, що питому вагу у цій структурі займає вартість купівлі електроенергії оптовим постачальником від виробників: тих, що працюють за ціновими заявками 44,80 коп./кВт.г.; від ДП НАЕК «Енергоатом» 15,94 коп./кВт.г.; інших виробників, що не працюють за ціновими заявками 40,87 коп./кВт.г.; імпорт електроенергії 30,46 коп./кВт.г. Середня ціна купівлі електроенергії Оптовим постачальником у виробників склалася в 2010 році на рівні 30,03 коп./кВт.г. (без ПДВ), що на 4,95 коп./кВт.г. (або на 19,7%) більше рівня 2009 року (стор. 20). Таким чином, фактична середня ціна продажу електроенергії постачальникам за 2010 рік склалася на рівні 33,01 коп./кВт.г., що на 4,85 коп./кВт.г. (або на 17,2%) більше рівня 2009 року. Структуру ціноутворення на Оптовому ринку електричної енергії України за 2010 рік представлено на схемі №1.

Про те, що питому вагу у Структурі ціноутворення на ОРЕ займає саме вартість її купівлі від виробників повідомляється листом НКРЕ від 23.05.2007 р. № 3380/14/17-07 «Щодо цін/тарифів на енергоносії для підприємств житлово-комунального господарства», яким зокрема зазначено:

*...Роздрібний тариф на електроенергію складається з оптової ринкової ціни на електроенергію, тарифів на передачу місцевими (локальними) мережами і тарифів на постачання. Крім того, роздрібний тариф враховує відшкодування вартості нормативних технологічних витрат електроенергії в мережах при її транспортуванні та інші фактори.*

*...В структурі роздрібних тарифів частка оптової ринкової ціни складає близько 80%.*

*...Рівень оптових цін при стабільних цінах на первинні енергоносії (ядерне паливо, вугілля, природний газ, мазут) в визначальній мірі залежить від структури виробництва електроенергії - питомої ваги електроенергії, виробленої ТЕЦ, ТЕС, ГЕС, АЕС, тарифи яких значно відрізняються.*

*Таким чином, зростання оптової ринкової ціни на електроенергію спричиняє відповідне зростання роздрібних тарифів на електроенергію. Саме тому методологія розрахунку роздрібних тарифів побудована на принципі встановлення їх щомісячно (а не один раз на рік).*

У листі від 10.06.2011 р. на мій інформаційний запит від 06.05.2011 р. відповідач частково наводить позицію, викладену вищевикладеним листом НКРЕ від 23.05.2007 р. № 3380/14/17-07, проте не повідомляє про частку оптової ринкової ціни в структурі роздрібних тарифів та її залежності від цін на первинні енергоносії.

Також листом від 10.06.2011 р. відповідач НКРЕ економічне обґрунтування підвищення тарифів у грудні 2010 – січні 2011 року пояснив нормативно-правовими актами, прийнятими у лютому 2011 року (постанови НКРЕ №№ 242, 243 від 17.02.2011 р.) без наведення жодних розрахунків. До введення у дію цих актів відповідач НКРЕ переглядав ціни/тарифи виходячи з нібито коригування вартості паливної складової на підставі постанов Кабміну № 955 від 10.07.2006 р., № 959 від 12.07.2006 р.

Згідно ст. 17 Закону № 575/97-ВР формування цін на електричну енергію, вироблену на теплоелектроцентралях та інших установках з комбінованим виробництвом електричної і теплової енергії, здійснюється з урахуванням тарифів на теплову енергію.

Проте, відповідно до чинної постанови Кабміну № 605 від 29.04.2006 р. «Деякі питання діяльності Національної акціонерної компанії «Нафтогаз України» вартість паливної складової зафіксована на певному рівні і не змінювалася. Враховуючи це, такою

ж саме незмінною має залишатися оптова ринкова ціна і, відповідно, роздрібний тариф, в якому ця оптова ціна займає питому вагу.

Але судами обох інстанцій мої пояснення, як третьої особи, з посиланням на докази у цій частині були фактично залишені недослідженими, що унеможливило встановлення обставин у справі в цій частині.

Третя особа ПАТ «Київенерго» в розумінні положень ст. 30 Закону України № 1875-IV «Про житлово-комунальні послуги» дійсно не є державним регуляторним органом, який затверджує ціни/тарифи на електроенергію. Одночасно відповідачем НКРЕ не надано жодних доказів погодження обґрунтування зміни вартості електропостачання (як це передбачено ст. 32 цього ж Закону). У матеріалах справи наявний лист ПАТ «Київенерго» від 29.08.2011 р. про віднесення цього питання до компетенції НКРЕ, тому вважаю, що мої доводи, як третьої особи, є доведеними.

Тому неправильною є правова оцінка суду апеляційної інстанції щодо незастосування норм Закону України № 1875-IV «Про житлово-комунальні послуги» до спірних правовідносин, з огляду на положення частини 3 ст. 5 цього Закону.

В частині невідповідності актів відповідача ст. 20 Закону України № 3659-XII «Про Антимонопольний комітет України» суди посилаються на нібито не наведення доводів у цій частині, проте не надали жодної правової оцінки тому, що рішення з питань установлення порядку визначення цін і тарифів, граничних нормативів рентабельності для об'єктів антимонопольного регулювання (яким зокрема є третя особа ПАТ «Київенерго») підлягають такому погодженню. Як підкреслювалося вище, суд посилався, що роздрібна ціна на електричну енергію формується енергопостачальниками згідно з умовами і правилами здійснення підприємницької діяльності з постачання електричної енергії з урахуванням вимог закону (ст. 17 Закону № 575/97-ВР), а також посилався на окремі акти відповідача НКРЕ щодо тарифів на постачання тарифів і передачу електроенергії по кожному підприємству. Отже у цій частині судові рішення першої інстанції є внутрішньо неузгодженим і суперечливим.

Враховуючи, що у справі № 2а-10438/11/2670 (за моїм позовом до НКРЕ) може бути прийнято ухвалу про залишення без змін постанови суду першої інстанції з посиланням на судові рішення по цій справі № 2а-1316/12/2670 (з огляду на ч. 1 ст. 72 КАС), або ж про закриття провадження у справі (п. 4 ч. 1 ст. 157 КАС), прошу зупинити виконання оскаржуваних судових рішень. Не зупинення їх виконання, у випадку задоволення касаційної скарги, призведе до подальшої необхідності переглядати судові рішення у справі № 2а-10438/11/2670, на що будуть потрібні значний час і зусилля.

Строки на касаційне оскарження мають відлічуватися з 10.10.2012 р. (наступного дня після складання повного тексту ухвали КААС). Інші додаткові пояснення будуть надані в судовому засіданні, а тому прошу касаційний розгляд проводити за моєї участі.

На підставі викладеного, керуючись статтями 7, 13, 211, 220, 229 КАС України,

**ПРОШУ:**

*зупинити виконання постанови Окружного адміністративного суду м. Києва від 17 травня 2012 р. з ухвалою Київського апеляційного адміністративного суду від 04 жовтня 2012 р.;*

*постанову Окружного адміністративного суду м. Києва від 17 травня 2012 р. і ухвалу Київського апеляційного адміністративного суду від 04 жовтня 2012 р. скасувати з ухваленням нової постанови про задоволення вимог позивача.*

**Додатки:** копії касаційної скарги для сторін (12 прим.); квитанція судового збору (для суду).

**24 жовтня 2012 р.**

**/Касатор Олійник Д. В./**