|  |  |
| --- | --- |
|  | **До КАС у складі Верховного суду**  01029, м. Київ, вул. Московська, 8, корп. 5 |
| **Позивач:** | **Громадська організація «Всеукраїнська спілка працівників торгівлі та послуг «Трудова співдружність»**  ідентифікаційний код 26060884,  02217, м. Київ, вул. Закревського, 19, кв.81  тел.:050-513-46-65; e-mail: vgots@ukr.net |
| **Відповідач:** | **Київська міська рада**  01044, м. Київ, вул. Хрещатик, 36  тел.: (044) 270-5633; e-mail: kmr@kmr.gov.ua |
| СПРАВА № 826/15668/18 | *Про визнання протиправними дій, зобов’язання утриматися від вчинення дії* |

**касаційна скарга**

27.02.2019 рішенням Окружного адміністративного суду м. Києва (*далі – ОАС м. Києва*) у задоволенні позивних вимог відмовлено повністю.

29.05.2019 постановою Шостого апеляційного адміністративного суду (*далі – ШААС*) апеляційну скаргу позивача залишено без задоволення, рішення ОАС м. Києва від 27.02.2019 залишено без змін.

Незважаючи на те що, справа розглядалася в суді першої інстанції за правилами спрощеного позовного провадження, результативною частиною постанови ШААС від 29.05.2019 зазначено, що постанова може бути оскаржена протягом тридцяти днів з дня виготовлення повного тексту судового рішення шляхом подачі касаційної скарги до Верховного Суду.

Відповідно до пп. в) п. 2 ч. 5 ст. 328 КАСУ не підлягають касаційному оскарженню судові рішення у справах незначної складності, крім випадків, якщо справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу.

Матеріали апеляційного провадження свідчать, що розгляд справи в суді апеляційної інстанції проходив за активної участі громадськості, а сама справа набула широкого резонансу, що підтверджується стенограмою пленарного засідання Київради від 14.03.2019, публікаціями в ЗМІ щодо проведення підприємцями масових акцій протесту під стінами КМДА 14.03.2019, 04.04.2019, 11.04.2019 та 14.05.2019.

З рішень судів попередніх інстанцій випливає, що відповідно до ЗУ «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» позивач не може оскаржувати в суді дії Київради, якщо ці дії пов’язані зі створенням проекту регуляторного акту, положення якого суперечать законам України та рішенню суду, що набрало законної сили, а може оскаржувати тільки дії Київради, пов’язані з процедурою підготовки та попереднього розгляду регуляторним органом проекту  регуляторного акту.

Відповідно до статті 1 ЗУ «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» регуляторна діяльність - діяльність, спрямована на підготовку, прийняття, відстеження результативності та перегляд регуляторних актів, яка здійснюється регуляторними органами, фізичними та юридичними особами,їх об’єднаннями, територіальними громадами в межах, у порядку та у спосіб, що встановлені Конституцією України, цим Законом та іншими нормативно-правовими актами.

За таких обставин ця справа, що становить значний суспільний інтерес, має виняткове значення для всіх фізичних та юридичних осіб, їх об’єднань, які беруть участь у держаній регуляторній політиці, оскільки відсутність у позивача права оскаржити в суді дії Київради, пов’язані із правовим змістом створеного нею проекту регуляторного акту, порушує саму суть права фізичних та юридичних осіб, їх об’єднань брати участь у держаній регуляторній політиці на етапі підготовки регуляторного акту.

**Предмет Та підстава позову**

Першою вимогою позову позивач просив ОАС м. Києва:

* визнати протиправними дії Київської міської ради щодо підготовки проекту рішення Київської міської ради «Про деякі питання розміщення тимчасових споруд торговельного, побутового, соціально-культурного чи іншого призначення для здійснення підприємницької діяльності в м. Києві», оприлюдненого на офіційному порталі Києва 03.09.2018, *яким зафіксована імперативна позиція Київради щодо обов'язковості укладення договору щодо пайової участі в утриманні об'єкта благоустрою*.

Другою вимогою позову позивач просив ОАС м. Києва:

* зобов'язати Київраду утриматися від вчинення дій, спрямованих на прийняття Київрадою рішення на основі проекту рішення Київської міської ради «Про деякі питання розміщення тимчасових споруд торговельного, побутового, соціально-культурного чи іншого призначення для здійснення підприємницької діяльності в м. Києві», оприлюдненого на офіційному порталі Києва 03.09.2018.

За позовною заявою підставою позову є дії Київради з підготовки регуляторного акту, в результаті вчинення яких нею створено проект, який всупереч рішенню ОАС м. Києва від 26.12.2017 по справі №826/1598/15, яке набрало законної сили, передбачає обов’язковість укладення договору щодо пайової участі (внеску) в утриманні об'єкта благоустрою.

Згідно п. 23 ст. 4 КАСУ похідна позовна вимога - вимога, задоволення якої залежить від задоволення іншої позовної вимоги (основної вимоги).

Отже, перша вимога стосується порушеного права та є основною, друга стосується захисту порушеного права на майбутнє та є похідною.

Короткий виклад обставин справи, встановлені судами

03.09.2018 на офіційному порталі Києва відповідно до ст. 9 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» з метою отримання пропозицій та зауважень оприлюднено проект рішення Київради «Про деякі питання розміщення тимчасових споруд торговельного, побутового, соціально-культурного чи іншого призначення для здійснення підприємницької діяльності в м. Києві» (*далі по тексту – Проект*) разом з аналізом регуляторного впливу.

11.09.2018 позивач звернувся до Київради з листом від 11.09.2018 № 656, яким виклав зауваження до Проекту, в т.ч. щодо того, що Проект всупереч рішенню ОАС м. Києва від 26.12.2017 по справі №826/1598/15, яке набрало законної сили, передбачає обов’язковість укладення договору щодо пайової участі (внеску) в утриманні об'єкта благоустрою, у зв’язку з чим запропонував Київраді утриматись від вчинення дій, спрямованих на підготовку Проекту для подальшого винесення на розгляд пленарного засідання ради.

26.12.2018 доопрацьований на підставі одержаних зауважень та пропозицій від фізичних та юридичних осіб, їх об`єднань Проект повторно оприлюднений на офіційному порталі Київської міської ради.

Листом № 08/279/08/064-1405 від 27.11.2018 за підписом одного з розробників Проекту - депутата Київради Михайленка В., адресованого постійній комісії Київської міської ради з питань торгівлі, підприємництва та регуляторної політики,  зазначено, що всі зауваження Громадської організації до Проекту, оприлюдненого 03.09.2018, були відхилені.

27.11.2018 відповідно до ст. 30 Регламенту Київради, затвердженого рішенням Київради від 07.07.2016 №579/579 (*далі - Регламент*), Проект підтримано постійними комісіями з питань містобудування, архітектури та землекористування і з питань бюджету та соціально-економічного розвитку.

13.02.2019 Проект підтримано постійною комісією з питань торгівлі, підприємництва та регуляторної політики із зауваженнями та пропозиціями ДРС України від 30.01.2019, Київського обласного територіального відділення АКУ від 14.01.2019 та рекомендовано внести на розгляд пленарного засідання доопрацьований Проект, повторно оприлюднений 26.12.2018.

**докази, що стосуються справи,  які подані до ШААС**

До апеляційної скарги від 14.03.2019 додатком надано проект порядку денного пленарного засідання Київради на 14.03.2019, на який позивач посилається в апеляційній скарзі.

До заяви про забезпечення позову від 03.05.2019 додатком надано витяг зі стенограми пленарного засідання Київради від 14.03.2019, на яку позивач посилається в заяві.

Пунктом 8 проекту порядку денного пленарного засідання Київради на 14.03.2019 включено для розгляду Проект.

14.03.2019 на пленарному засіданні Київради прийнято рішення про перенесення розгляду Проекту на наступне пленарне засідання.

Зазначені факти, які стосуються обставин справи, не відображені мотивувальною частиною постанови ШААС.

**Короткий зміст рішень судів попередніх інстанцій**

Ухвалюючи рішення про відмову в задоволенні позову, суд першої інстанції вказав, що на даний час відсутні підстави стверджувати про наявність порушень прав та інтересів Громадської організації (її членів), або нанесення такій Громадській організації (її членам) реальної шкоди, оскільки Проект не набув статусу остаточного рішення. Позивач не посилається на обставини порушення відповідачем визначеного Регламентом та статями 9, 13 ЗУ «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» порядку підготовки Проекту та/або відсутності у відповідача законодавчої (???) компетенції на прийняття регуляторного акта з питань, що стосуються розміщення тимчасових споруд для здійснення підприємницької діяльності в м. Києві. А тому, виходячи із заявлених предмету та підстав позову, суд дійшов до висновку про відсутність в діях відповідача щодо підготовки та попереднього розгляду Проекту ознак протиправності, та як наслідок не вбачає правових підстав для задоволення позовних вимог в частині про визнання протиправними дій Київради з підготовки Проекту, оприлюдненого 03.09.2018.

Апеляційний суд погодився з такими висновками суду першої інстанції, зазначивши, що з аналізу наведених положень  законодавства можна дійти висновку, що до моменту розгляду Київрадою на її пленарному засіданні проекту рішення, з проведенням обговорення та голосування, проект рішення не є остаточним і не може порушувати прав фізичних осіб.

Таким чином, зміст судових рішень зводиться до наступного висновку: до моменту прийняття Київрадою регуляторного акту на основі Проекту дії відповідача, пов’язані з правовим змістом створеного ним Проекту, *не є юридично значимими діями для позивача* (не має юридичного спору), відповідно, не можуть порушувати прав та інтересів позивача (його членів), навіть якщо ці дії цілеспрямовані на прийняття регуляторного акту, яким фактично скасовується рішення суду, що набрало законної сили.

**Обґрунтування вимог касаційної скарги**

Судами надано неправильне тлумачення окремим положенням ЗУ «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» (*далі – Закон про регуляторну діяльність*), зокрема статті 9, внаслідок чого не був вирішений юридичний спір, який має реальний і серйозний характер.

Відповідно до ст. 9 Закону про регуляторну діяльність кожен проект регуляторного акта оприлюднюється з метою одержання зауважень і пропозицій від фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань.

Проект регуляторного акта разом із відповідним аналізом регуляторного впливу оприлюднюється у спосіб, передбачений статтею 13 цього Закону, не пізніше п’яти робочих днів з дня оприлюднення повідомлення про оприлюднення цього проекту регуляторного акта.

Строк, протягом якого від фізичних та юридичних осіб, їх об’єднань приймаються зауваження та пропозиції, встановлюється розробником проекту регуляторного акта і не може бути меншим ніж один місяць та більшим ніж три місяці з дня оприлюднення проекту регуляторного акта та відповідного аналізу регуляторного впливу.

Усі зауваження і пропозиції щодо проекту регуляторного акта та відповідного аналізу регуляторного впливу,одержані протягом встановленого строку, підлягають *обов'язковому* розгляду розробником цього проекту. За результатами розгляду розробник проекту повністю чи частково враховує одержані зауваження і пропозиції або *мотивовано* їх відхиляє.

Розробник проекту регуляторного акта - регуляторний орган або інший орган, установа, організація, особа чи група осіб, що уповноважені розроблювати або організовувати, спрямовувати та координувати діяльність з розроблення проекту регуляторного акта (ст. 1 Закону про регуляторну діяльність).

В даній справі розробником є Київрада, тобто регуляторний орган.

Відповідно до статті 1 Закону про регуляторну діяльність регуляторна діяльність - діяльність, спрямована на підготовку, прийняття, відстеження результативності та перегляд регуляторних актів, яка здійснюється регуляторними органами, фізичними та юридичними особами,їх об’єднаннями, територіальними громадами в межах, у порядку та у спосіб, що встановлені Конституцією України, цим Законом та іншими нормативно-правовими актами.

Підготовка регуляторних актів складається з трьох послідовних дій регуляторних органів - планування діяльності з підготовки проектів регуляторних актів (ст. 7), підготовка аналізу регуляторного впливу (ст. 8), оприлюднення проектів регуляторних актів з метою одержання зауважень і пропозицій (ст. 9).

Отже, стаття 9 Закону про регуляторну діяльність передбачає, що зміст пропозицій та зауважень до проекту регуляторного акту не обмежується тільки питаннями порушення порядку підготовки проекту регуляторного акта, а включає також питання, пов'язані з правовим змістом оприлюдненого проекту регуляторного акта.

Статтею 6 цього Закону встановлені права громадян, суб’єктів господарювання, їх об’єднань у здійсненні державної регуляторної політики, серед яких закріплено право подавати зауваження і пропозиції щодо оприлюднених проектів регуляторних актів.

Згідно ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення.

Згідно з абз.1 п.2 ч.1 ст.4 КАС України публічно-правовий спір - спір, у якому хоча б одна сторона здійснює публічно-владні управлінські функції, в тому числі на виконання делегованих повноважень, і спір виник у зв`язку із виконанням або невиконанням такою стороною зазначених функцій.

Право позивача подавати зауваження і пропозиції до Проекту та обов’язок відповідача за результатами їх розгляду повністю чи частково їх враховувати або мотивовано їх відхилити означає, що до моменту прийняття Київрадою регуляторного акту на основі Проекту між позивачем та відповідачем може виникнути юридичний спір щодо змісту одержаних відповідачем пропозицій і зауважень позивача.

Якщо до моменту прийняття Київрадою регуляторного акту на основі Проекту між позивачем та відповідачем може виникнути юридичний спір щодо змісту пропозицій і зауважень позивача, викладені листом від 11.09.2018 № 656, то дії відповідача, пов’язані зі створенням Проекту, який фактично скасовує рішення суду, що набрало законної сили, а саме, передбачає обов’язковість укладення договору щодо пайової участі (внеску), *є юридично значимими діями для позивача*, тобто стосуються його прав.

Інакше право позивача здійснювати державну регуляторну політику на етапі підготовки регуляторного акту, надане позивачу Законом про регуляторну діяльність, є ілюзорним правом.

Враховуючи принципи державної регуляторної політики (ст. 4) та забезпечення здійснення державної регуляторної політики (ст. 5), реалізація права подати зауваження і пропозиції до проекту регуляторного права є вжитими фізичними та юридичними особами, їх об’єднаннями заходами щодо захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання, порушених в результаті дій регуляторних актів по підготовці регуляторного акта.

Відповідно до матеріалів справи, а саме, порівнянної таблиці остаточної редакції Проекту пропозиції та зауваження позивача від 11.09.2018 № 656 залишені без розгляду.

Рекомендаціями до Проекту, підготовлені Київрадою в особі управління правового забезпечення діяльності Київради від 26.02.2019, зазначено, що включення до нової редакції Порядку Договору щодо пайової участі в утриманні об’єкта благоустрою може стати предметом судового оскарження з боку суб’єктів господарювання, оскільки суперечить рішенню ОАС м. Києва від 26.12.2017 по справі №826/1598/15.

На пленарне засідання Київради від 14.03.2019 винесено для розгляду Проект, редакція якого так саме як і редакція Проекту, оприлюдненого на офіційному порталі Києва 03.09.2018, передбачає обов’язковість укладення договору щодо пайової участі (внеску), тобто фактично передбачає скасування рішення ОАС м. Києва від 26.12.2017 по справі №826/1598/15.

Згідно ч. 7 ст. 13 ЗУ «Про судоустрій та статус суддів» органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи не можуть приймати рішення, які скасовують судові рішення або зупиняють їх виконання.

Відповідно до Закону про регуляторну діяльність громадяни, суб’єкти господарювання, їхні об’єднання мають право брати участь на будь-яком з етапів регуляторної діяльності, *окрім етапу прийняття регуляторного акта*.

З позиції Європейського суду з прав людини ст. 6 Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод» спір може ставитися не тільки до обсягу і способу, яким може бути здійснено реальне право, але і до питань як матеріального, так і процесуального права. «Спір» повинен бути справжнього і серйозного характеру. Спір вимагає наявності прямого зв'язку між спором та «правом», про яке йде мова (Benthem v. The Netherlands «Бентем проти Нідерландів», § 32).

Застосовуючи ці принципи, між позивачем та відповідачем виник спір реального і серйозного характеру, а результат судового розгляду був безпосередньо істотний для реалізації права, на яке посилався позивач.

Крім цього, дана справа становить не тільки значний суспільний інтерес та має виняткове значення для фізичних та юридичних осіб, їх об’єднань, які беруть участь у держаній регуляторній політиці, але має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики.

Виходячи з принципу верховенства права, право позивача подати до Київради пропозиції та зауваження щодо правового змісту Проекту з метою їх врахування Київрадою *до моменту прийняття регуляторного акту* на основі Проекту повинно підлягати судовому захисту, інакше відсутній будь-який сенс реалізовувати на практиці право, надане позивачу статтями 6, 9 Закону про регуляторну діяльність.

Разом з тим, серед рішень, опублікованих в ЄДРСР, позивач не знайшов жодного, яким би оскаржувалися дії регуляторного органу, пов’язані із правовим змістом опублікованого проекту регуляторного акту.

Отже відповідь Верховного Суду на питання: «Чи виникає юридичний спір між регуляторним органом та фізичними, юридичними особами, їх об’єднаннями до моменту прийняття регуляторним органом регуляторного акту на основі проекту регуляторного акту, щодо якого надійшли пропозиції і зауваження в порядку ст. 9 Закону про регуляторну діяльність?» має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики з огляду на  відсутність правозастосовчої практики за цією категорією справ.

На підставі вищенаведеного та керуючись п.2 ч. 5 ст. 328, ст. 353 КАСУ, -

ПРОШУ:

1. Скасувати рішення Окружного адміністративного суду м. Києва від 27.02.2019 та постанову Шостого апеляційного адміністративного суду від 29.05.2019 з направленням справи на новий розгляд до суду першої інстанції.
2. У зв’язку з відсутністю правозастосовчої практики за цією категорією справ розглянути можливість передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду в порядку ч. 5 ст. 346 КАС України.
3. У відповідності до ч. 3 ст. 330 КАС України позивач звертається з клопотанням про розгляд справи за його участю.

Додатки:

1. Оригінал квитанції про сплату судового збору.
2. Копія касаційної скарги відповідачу.

15.06.2018

Голова ради \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Л. Ш. Картозія