

Господарський суд м. Києва
Головуючий Суддя: О. Г. Удалова

Позивач:	Відповідач
Приватне підприємство «Віталфарма», код ЄДРПОУ 30108220	Товариство з обмеженою відповідальністю «Автомобільний центр «Голосіївський», код ЄДРПОУ: 14333225
<u>Місцезнаходження:</u> 03115, м. Київ, вул. Святошинська, 2; <u>Фактична адреса:</u> 03124, м. Київ, провулок Радищева, 19.	<u>Місцезнаходження:</u> 03127, м. Київ, вул. Героїв Оборони, 4. Тел.: невідомий.
<u>Адреса для листування (отримання пошти Позивачем від Суду):</u> 03186, м. Київ, вул. Авіаконструктора Антонова, 4. Приватне підприємство «Юридична фірма „ФОКС”/ для ПП «Віталфарма»	
<u>Представник Позивача</u> Громадянин України Марініч Володимир Костянтинович, (за довіреністю, діє згідно положень статей 28 Господарського процесуального кодексу України) Ідентифікаційний номер: 2662300392	
<u>Адреса для листування (отримання пошти Представником Позивача від Суду):</u> 03186, м. Київ, вул. Авіаконструктора Антонова, 4. Приватне підприємство «Юридична фірма „ФОКС”/для Марініча В. К. Тел. 067-367-0007	

Пояснення по справі № 51/478

З метою забезпечення читабельності документу і зручності при викладенні обставин справи та наданні нормативного обґрунтування, застосовано наступні терміни:

Договір купівлі-продажу - Договір купівлі продажу транспортного засобу за № 536, укладений 27.08.2003 року між **Позивачем** та **Відповідачем** (копія в матеріалах справи):

Автомобіль - автомобіль марки Nissan Patrol 3.0 TD за ідентифікаційним номером кузова: JN1TESY6IU0123524;

Гарантійна книжка - Гарантійна книжка (гарантійна угода) на **Автомобіль**, яка була видана **Відповідачем Позивачу** (копія в матеріалах справи):

ВГСУ – Вищий господарський суд України.

Конституція – Конституція України, затверджена Законом України від 28.06.1996 року за № 254к/96-ВР;

ЦКУ – Цивільний кодекс України, затверджений Законом України від 16.01.2003 року за №435- IV;

ГКУ– Господарський кодекс України, затверджений Законом України від 16 січня 2003 року за № 436-IV;

ГПКУ – Господарський процесуальний кодекс України, затверджений Законом України від 06.11.1991 року за № 1798-ХІІ;

Закон про судоустрій – Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року за № 2453.

Постанова Пленуму ВГСУ за № 18 –Постанова пленуму Вищого господарського суду «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції» від 26.12.2011 за № 18 (копія в матеріалах справи):

Правила з технічного обслуговування – Правила надання послуг з технічного обслуговування і ремонту автомобільних транспортних засобів, затверджені наказом Міністерства транспорту України від 11.11.2002 р. за № 792 (копія в матеріалах справи):

Порядок гарантійного обслуговування – Порядок гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни дорожніх транспортних засобів, затверджений наказом Міністерства промислової політики України від 29.12.2004 р. за № 721 (копія в матеріалах справи):

Висновок експерта № 7053 – Висновок спеціаліста-автотехніка Київського науково-дослідного інституту судових експертиз від 28 серпня 2006 року за № 7053, який було отримано до початку розгляду справи в 2007 році (копія в матеріалах справи);

Висновок експерта № 10923 – Висновок експертного автотехнічного дослідження від 23 березня 2007 року за № 10923, який було отримано під час розгляду справи № 39/307, за ініціативою **Позивача** (копія в матеріалах справи);

Висновок експерта № 9083 – Висновок спеціаліста-автотоварознавця Київського науково-дослідного інституту судових експертиз від 03.10.2007 року, який було надано в рамках судового розгляду господарської справи за № 39/307, за ініціативою суду (копія в матеріалах справи);

Висновок експерта № 8680 – Висновок експертного автотехнічного дослідження від 31.05.2010 р. за № 8680, додатково складений експертом Київського науково-дослідного інституту судових експертиз Юхименко А.В., з урахуванням питань ПАТ «Компанія Алекс», для точного визначення виду і розміру шкоди (копія в матеріалах справи);

Рахунок СТО – рахунок-фактура від 20.08.2010 року за № ANF 7002493, складений Акціонерним товариством відкритого типу «Компанія Алекс» стосовно вартості двигуна **Автомобіля** та робіт щодо його установки (копія в матеріалах справи);

Рішення господарського суду 2007 року – Рішення Господарського суду м. Києва від 21.06.2007 р. по справі №39/307 за позовом Приватного підприємства «Віталфарма» до Товариства з обмеженою відповідальністю «Автомобільний центр Голосіївський» (предмет позовних вимог заміна автомобіля як бракованого) (копія в матеріалах справи):

На прохання суду, стосовно визначення предмету і підстав позову, надаємо наступні пояснення.

При цьому, вважаємо за необхідне звернути вашу увагу на складність надання таких пояснень, в зв'язку з відсутністю законодавчого визначення понять предмету і підстави **позову** і різноплановим тлумаченням цих понять суддями як господарських, так і загальних і адміністративних судів.

До цього необхідне додати факт існування різного тлумачення предмету і підстав **спору**, який є причиною для подання **позову**, і не завжди збіг суті предмету і підстав спору з предметом і підставами позову.

На жаль, вашого тлумачення понять предмету і підстав позову я не почув, і тому змушений надати пояснення за своїм розумінням предмету і підстав поданого позову.

Однак, враховуючи те, що навіть Пленуми Верховного і Вищих судів України іноді по різному тлумачать ці поняття, а також враховуючи те, що Господарський суд міста Києва в більшості випадків намагається дотримуватись в першу чергу тлумачень Вищого господарського суду України, а не Верховного суду України чи інших Вищих судів, ми надаємо пояснення із врахування розуміння понять предмету і підстав позову, наданого Пленумом Вищого господарського суду України в пункті 3.12. Постанови від 26.12.2011 року за № 18, а саме:

«Під предметом позову розуміється певна матеріально-правова вимога позивача до відповідача, стосовно якої позивач просить прийняти судове рішення.

Підставу позову становлять обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги щодо захисту права та охоронюваного законом інтересу.

.....

Разом з тим не вважаються зміною підстав позову доповнення його новими обставинами при збереженні в ньому первісних обставин та зміна посилання на норми матеріального чи процесуального права. Водночас і посилання суду в рішенні на інші норми права, ніж зазначені у позовній заяві, не може розумітися як вихід суду за межі позовних вимог.»

а також, в пункті 3.11. Постанови від 26.12.2011 року за № 18:

«..... Збільшено (чи зменшено) може бути лише розмір вимог майнового характеру. Якщо в заяві позивача йдеться про збільшення розміру немайнових вимог (наприклад, про визнання недійсним ще одного акта крім того, стосовно якого відповідну вимогу вже заявлено), то фактично також йдеться про подання іншого позову.»

Таким чином, Пленум Вищого господарського суду України визначає предмет позову як матеріально-правову вимогу, а підставу позову – як всі обставини, якими обґрунтовуються вимоги, без конкретного визначення і без врахування посилання на норми права, але суд не обґрунтовує своє тлумачення жодним нормативно-правовим актом, що дозволяє вважати його лише звичайним роз'ясненням, яке с часом може бути змінено або перетлумачено.

Крім того, не зовсім зрозумілим є таке поняття як матеріально-правова вимога. Це яка вимога? Під словом «матеріальна» суд розуміє поняття «майнова»? Однак, до яких вимог тоді відносяться «немайнові» вимоги, і як їх тоді «втиснути» до предмету позову? Або «немайнові» вимоги також відносяться до матеріальних вимог, але яким чином?

В свою чергу, що таке «правова» вимога - це вимога, можливість заяви якої до суду передбачено правом (але такого переліку не існує), чи навпаки, це таким чином визначено можливість заяви вимоги немайнового характеру, або це означає матеріальну вимогу, з обґрунтованою правовою підставою?

А що взагалі вважати вимогою: захист права чи застосування заходів чи відшкодування збитків чи стягнення коштів чи щось інше?

Чим далі розкладати ці поняття – тим більше різних тлумачень як з боку суддів так і з боку Вищих судів України.

На жаль, чітко визначеного і нормативно-обґрунтованого тлумачення понять предмету і підстав позову на сьогоднішній день не існує, і ми змушені надавати пояснення на підставі таких розпливчатих тлумачень.

Однак, ми впевнені, що відповідно до положень статті 55 **Конституції** України, завданням суду є не заплутування учасників процесу, а захист прав людини і громадянина, зокрема їх права власності. Тому ми впевнені, що незалежно від наших пояснень, суд розбереться в тому, що є предметом і підставою позову самостійно, і здійснить заходи для захисту прав.

I. Предмет позову.

На нашу думку, в даному випадку, предметом позову є відшкодування збитків, шляхом стягнення з **Відповідача** на користь **Позивача** коштів у сумі розміром 131 523, 00 гривень, для відновлення права **Позивача** на користування своєю власністю (**Автомобілем**), а також відшкодування судових витрат.

Обов'язок **Відповідача**, який порушив господарське зобов'язання, відшкодувати **Позивачу** збитки, встановлено вимогами статті 224, 268 і 269 **ГКУ** і вимогами статей 22, 610, 611, 614, 623, 624, 678, 858 і 906 **ЦКУ**.

Відповідно до положень статті 22 **ЦКУ** і пункту 1 статті 225 **ГКУ**, до складу збитків, які підлягають відшкодуванню, крім понесених витрат, включається: вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, в даному випадку – двигуна **Автомобілю**, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (наприклад, роботи по встановленню двигуна).

Для відновлення свого права користуватися **Автомобілем**, **Позивач** повинен придбати двигун **Автомобілю** і встановити його на транспортний засіб.

В свою чергу, вартість двигуна **Автомобілю** встановлено на підставі **Рахунку СТО**, прийнятого судом як належний доказ, і жодного разу не оскарженого **Відповідачем**.

На жаль, Господарський кодекс України, на відміну від Цивільного кодексу України, не відносить до складу збитків витрати, які особа мусить зробити для відновлення свого права.

На нашу думку, Господарський кодекс України по відношенню до Цивільного кодексу України є спеціальним законодавчим актом, і тому може лише визначати особливості загальних норм в особливих випадках і не може суперечити чи обмежувати права, встановлені нормами Цивільного кодексу України, що не передбачають застосування обмежень чи особливостей іншими законами (так, стаття 22 **ЦКУ** про збитки не є бланкетною чи відсильною нормою, і не передбачає можливість тлумачення збитків іншими законами).

Однак, практика Господарського суду міста Києва свідчить про догматичне користування в подібних випадках лише нормами Господарського кодексу України, без врахування норм Цивільного кодексу України (хоча на мою думку, - це неправомірно).

В зв'язку із зазначеним, **Позивачем** не заявлялось у позові про вимоги щодо відшкодування збитків, пов'язаних з ремонтом **Автомобілю** (а саме, зі встановленням двигуна на транспортний засіб).

II. Підстава позову.

В свою чергу, підставою для позову, на нашу думку є порушення наступних договірних зобов'язань **Відповідачем**:

- поставка товару, який не відповідає вимогам щодо його якості і має недоліки, що з'явилися протягом гарантійного строку, але які було виявлено після закінчення гарантійного строку;
- надання неякісного технічного обслуговування в період гарантійного строку і після закінчення гарантійного строку, внаслідок чого не було виявлено і усунуто недоліки товару, що призвело до його пошкодження;
- порушення умов гарантійної угоди та умов договору підряду і договору послуг щодо безоплатного усунення недоліків, що з'явилися протягом гарантійного строку і не усунути внаслідок неякісного надання послуг;
- відмова відшкодувати збитки, які **Позивач** зазнав внаслідок поставки товару, який не відповідав вимогам щодо його якості, та внаслідок надання неякісного технічного обслуговування і не усунення недоліків товару, що призвело до його пошкодження.

Відповідно до положень пункту 5 абзацу 2 статті 54 **ГПКУ**, ми не зобов'язані надавати нормативне обґрунтування позовних вимог і їх підстав (а саме, зазначати норми права), як це вимагав суддя Сташків Р. Б., а маємо право зазначити лише обставини, докази, розрахунки і законодавство, на підставі якого подається позов.

Враховуючи вищевикладене, зазначаємо, що позов подано на підставі законодавства, яке перелічено в положеннях статті 4 **ГПКУ**.

Окремо, вважаємо за необхідне, зазначити нашу думку стосовно нормативного обґрунтування деяких положень позовної заяви. При цьому, зазначене обґрунтування не є вирішальним, але сподіваємось, що допоможе захистити наші права.

По-перше, стосовно поставки **Відповідачем** товару, який не відповідав вимогам щодо його якості і мав недоліки, що з'явилися протягом гарантійного строку, але які було виявлено після закінчення гарантійного строку.

27.08.2003 р. між **Відповідачем** та **Позивачем** було укладено **Договір купівлі-продажу**, відповідно до умов якого, та із врахуванням положень статей 655, 656 і 673 **ЦКУ** та статей 265-269 **ГКУ**, **Відповідач** зобов'язався передати **Позивачу** у власність **Автомобіль** належної якості.

03.10.2003 р. **Відповідач**, на виконання умов вищезазначеного договору, передав **Позивачу** **Автомобіль** за видатковою накладною № 038549 (копія в матеріалах справи).

Разом з **Автомобілем** **Відповідачем** передано **Позивачу** **Гарантійну книжку**, яка, відповідно до положень статей 674 і 675 **ЦКУ**, є гарантійною угодою між **Позивачем** та **Відповідачем** щодо якості цього **Автомобілю**, та відповідно до якої, **Відповідач** зобов'язався забезпечити гарантійне обслуговування, належну якість та технічну справність **Автомобіля** протягом 36 місяців з моменту його продажу, або до моменту пробігу ним 100 000 кілометрів (тобто, встановлено гарантійний строк).

В гарантійній книжці на сторінках 30-36 вказано про періодичне обслуговування наступних автомобілів:

- з дизельними двигунами (крім двигунів YD22DDTi та ZD30DDTi);
- з дизельним двигуном YD22DDTi;
- з дизельним двигуном ZD30DDTi.

Однак, в жодному документі (ні в договорі купівлі-продажу, ні в акті прийому-передання **Автомобілю**, ні рахунках чи актах на обслуговування, ні навіть в гарантійній книжці) не визначено моделі двигуна і **Відповідач** ніколи не надавав **Позивачу** таку інформацію.

Таким чином, в порушення вимог статей 662 і 666 **ЦКУ**, **Відповідач** не надав **Позивачу** необхідні документи і інформацію, які дозволяють належним чином користуватися **Автомобілем** і виконувати **Гарантійну угоду**, чим також позбавив його можливості контролювати порядок і періодичність обслуговування та виконувати інші зобов'язання згідно законодавства, що є порушенням вищевказаних вимог **ЦКУ**, вимог пункту 3 **Порядку гарантійного обслуговування** і умов **Договору купівлі-продажу**.

Інформацію про модель двигуна було надано **Позивачу** лише 01.02.2011 року ПАТ «Компанія «Алекс», при отриманні ним **Рахунку СТО** про заміну пошкодженого двигуна.

При пробігу **Автомобілю** 78 000 км., **Позивачем** було виявлено вібрацію **Автомобілю** і падіння потужності його двигуна, про що **Позивач**, з урахуванням положень статті 688 **ЦКУ** та за заявкою-замовленням від 09.06.2005 року повідомив **Відповідача**, який в свою чергу не здійснив належних дій для встановлення причин недоліку і його усунення, а лише змінив повітряний фільтр, вважаючи, що саме він є причиною неадекватної роботи двигуна (акт №49548 в матеріалах справи).

Позивач не є спеціалістом і не є дилером компанії «Nissan», і тому не міг самостійно встановити та усунути недолік, і не мав права його самостійно усувати, відповідно до положень **Гарантійної угоди**.

Починаючи з цього часу і по сьогоднішній день, **Позивач** не може користуватися **Автомобілем** належним чином у зв'язку з обставинами, що залежать від продавця-**Відповідача**.

Таким чином, відповідно до положень пункту 2 статті 676 **ЦКУ** і положень пункту 6 статті 269 **ГКУ**, гарантійний строк з 09.06.2005 року і 78 000 км. пробігу продовжується по сьогоднішній день на весь час, протягом якого не **Позивач** не може користуватися **Автомобілем** належним чином.

В свою чергу, 18.05.2006 року **Позивачем** при русі **Автомобіля** було виявлено викид великої кількості диму у його вихлопну трубу.

При цьому, **Позивачем** було зупинено **Автомобіль** та негайно доставлено його евакуатором на станцію технічного обслуговування **Відповідача**, де було виявлено дефект головки блока циліндра двигуна **Автомобіля**, про що складено наряд-замовлення від 18.05.2006 року за № 86566 (копія в матеріалах справи).

На думку **Позивача**, висновок **Відповідача** був не повний і не містив всі пошкодження **Автомобілю** та не містив причин, що призвели до такого пошкодження, що свідчило про намір **Відповідача** приховати інформацію.

В зв'язку із зазначеним, **Позивачем** було замовлено проведення експертизи в Київському науково-дослідному інституті судових експертиз, та направлено **Відповідачу** листа (про який зазначав **Відповідач** в судовому засіданні) з повідомленням про пошкодження двигуна внаслідок надання неякісних послуг **Відповідачем** починаючи з 78 000 км., та з проханням надати можливість провести експертизу пошкодженого **Автомобілю**. При цьому, в зазначеному листі не вказано точного характеру і причин пошкодження, і не вказано вартості робіт по його усуненню, в зв'язку з відсутністю такої інформації у **Позивача**.

Таким чином, враховуючи вимоги статті 688 **ЦКУ** і відповідно до положень пункту 2 статті 676 **ЦКУ** та положень пункту 6 статті 269 **ГКУ**, гарантійний строк з 09.06.2005 року і 78 000 км. пробігу продовжується по сьогоднішній день на весь час, протягом якого не **Позивач** не може користуватися **Автомобілем** належним чином.

За результатом проведення чотирьох експертиз, експертами було надано чотири висновки №№ 8680, 10923, 9083 і 7053, за якими 31.05.2010 року остаточно було встановлено, що двигун має пошкодження не лише головки блоку циліндрів (як це зазначив **Відповідач** в акті), а і пошкодження поршню четвертого циліндру, яке утворилось при пробігу **Автомобілю** 78 000 км., внаслідок неадекватної роботи форсунки. Більшість цих фактів було також підтверджено судом в **Рішенні господарського суду 2007 року**.

Таким чином, на нашу думку, **Відповідачем** було порушено вимоги статей 655, 656, 673 - 675 ЦКУ та статей 193, 265-269 ГКУ стосовно поставки **Позивачу** товару належної якості, на який на сьогоднішній день продовжується гарантійний строк.

Враховуюче те, що **Позивач** не володів спеціальною інформацією щодо розміру нанесеної йому шкоди, останню експертизу було проведено з урахуванням побажань ПАТ «Компанія «Алекс» (офіційного дилера компанії «Nissan»), для можливості визначення об'єму робіт і запчастин, які необхідні для відновлення стану **Автомобілю**. Результати експертизи було надано в ПАТ «Компанія «Алекс» 20.06.2010 року.

Лише 01.02.2011 року **Позивач** отримав **Рахунок СТО**, оформлений 20.08.2010 року від ПАТ «Компанія «Алекс» з інформацією про вартість двигуна і робіт по його встановленню. Тобто, лише на 01.02.2011 року **Позивач** отримав інформацію, яка необхідна для звернення до **Відповідача** з претензією і позовом до суду.

24.06.2011 року **Позивачем** направлено претензію до **Відповідача** щодо відшкодування збитків (*копія в матеріалах справи*).

04.07.2011 року **Позивач** отримав від **Відповідача** лист про відмову у відшкодуванні збитків (*копія в матеріалах справи*).

28.10.2011 року **Позивач** звернувся до суду з метою захисту своїх прав.

По-друге, стосовно надання неякісного технічного обслуговування в період гарантійного строку і після закінчення гарантійного строку, внаслідок чого не було виявлено і усунуто недоліки товару, що призвело до його пошкодження.

Відповідно до вимог статей 675, 676, 678, 837, 839, 857, 859, 860, 901 - 906 ЦКУ та статей 193 і 269 ГКУ, положень пункту 3 **Порядку гарантійного обслуговування**, положень **Гарантійної угоди** та з урахуванням положень пункту 1.3. **Договору купівлі-продажу**, **Відповідач** зобов'язаний забезпечити гарантійне обслуговування, належну якість та технічну справність **Автомобіля Позивача** протягом гарантійного строку, який становить 36 місяців з моменту його продажу, але не більше 100 000 кілометрів пробігу, а після закінчення цього строку – забезпечити належне технічне обслуговування **Автомобілю**.

При цьому, технічне обслуговування **Відповідач** зобов'язаний здійснювати з урахуванням вимог **Правил з технічного обслуговування**, як в період дії **Гарантійної угоди** так і після її закінчення.

Відповідно до вимог пункту 14 **Порядку гарантійного обслуговування**, **Позивач** зобов'язаний забезпечити надання **Автомобіля Відповідачу**, згідно встановлених термінів, для здійснення чергових технічних обслуговувань.

В свою чергу, відповідно до термінології визначеної в пункті 1 та вимог пункту 16 вищевказаного порядку, **Відповідач** зобов'язаний при технічному обслуговуванні виконати дії із підтримання роботоздатності та справності **Автомобіля**, за переліком встановленим в сервісній книжці.

З метою дотримання умов гарантії, встановлених пунктом 2.3 **Гарантійної угоди**, протягом всього гарантійного строку експлуатації **Позивач** здійснював обслуговування (у тому числі, технічний огляд) **Автомобіля** у встановлені терміни і лише у **Відповідача**, який є офіційним дилером компанії Nissan.

При цьому, після з'явлення ознак втрати потужності роботи двигуна на 78 000 кілометрів пробігу (09.06.2005 р.) **Позивач** звертався до **Відповідача** щодо технічного обслуговування **Автомобілю** 10 разів:

9 червня 2005 року (пробіг 83000 км.) – позачергове звернення в зв'язку з втратою потужності - підтверджується актом № 49548 (в матеріалах справи);

7 липня 2005 року (пробіг 83000 км.) – чергове гарантійне технічне обслуговування за нарядом-замовленням № 52429 – підтверджується записом в Гарантійній книжці на сторінці 10 та актом № 52429 (в матеріалах справи);

20 липня 2005 року (пробіг 88700 км.) – позачергове звернення в зв'язку з втратою потужності - підтверджується актом № 53690 (в матеріалах справи);

12 вересня 2005 року (пробіг 96000 км.) – чергове гарантійне технічне обслуговування за нарядом-замовленням № 58791 – підтверджується записом в Гарантійній книжці на сторінці 10 та актом № 58791 (в матеріалах справи);

3 і 4 листопада 2005 року (пробіг 108000 км.) – позачергове звернення в зв'язку з втратою потужності, а також чергове гарантійне технічне обслуговування за нарядом-замовленням № 64324 – підтверджується записом в Гарантійній книжці на сторінці 10 та рахунками фактурами з відмітками про оплату № 1007426 і № 1012502 (в матеріалах справи);

06 лютого 2006 року (пробіг 118000 км.) – позачергове звернення в зв'язку з втратою потужності - підтверджується актом № 73464 (в матеріалах справи);

21 березня 2006 року (пробіг 122000 км.) – чергове технічне обслуговування за нарядом-замовленням № 78040 – підтверджується актом № 78040 (в матеріалах справи);

03 травня 2006 року (пробіг 130000 км.) – позачергове звернення в зв'язку з втратою потужності - підтверджується актом № 84216 (в матеріалах справи);

18 травня 2006 року (пробіг 132000 км.) – позачергове звернення в зв'язку з виходом з ладу автомобілю - підтверджується нарядом-замовленням № 86566 (в матеріалах справи).

Тобто, у **Відповідача**, який є спеціалізованою станцією технічного обслуговування автомобілів марки Ніссан, було достатньо технічних і фізичних можливостей для усунення цього недоліку.

При цьому, в 4 (чотирьох !!!!!) висновках експертів Київського науково-дослідного інституту судових експертиз та в рішенні Господарського суду м. Києва від 21.06.2007 р. по справі №39/307 (копії яких знаходяться в матеріалах справи), судом і експертами встановлено наступні факти:

- причина пошкодження з'явилась в червні 2005 року при пробігу **Автомобіля** 78000 кілометрів (пункт 6 резолютивної частини **Висновку експерту № 8680**, пункти 3, 4 і 7 резолютивної частини **Висновку експерту № 10923** і пункт 3 резолютивної частини **Висновку експерту 9083**, та сторінка 3 останній абзац **Рішення господарського суду 2007 року**);

- перші ознаки можливо було встановити навіть без застосування інструментальних методів діагностики (пункт 3 резолютивної частини **Висновку експерта за № 9083**);

- зазначену причину можливо було також виявити в умовах станції технічного обслуговування (пункт 8 резолютивної частини **Висновку експерту за № 10923** та сторінка 3 останній абзац **Рішення господарського суду 2007 року**);

- вказане пошкодження можливо було **ВЧАСНО** виявити в умовах спеціалізованої СТО шляхом перевірки компресії в циліндрах двигуна (резолютивна частина **Висновку експерта № 7053**, копія якого є в матеріалах справи);

- слідів використання неякісного палива та неправильної експлуатації **Автомобіля** не виявлено (пункт 10 резолютивної частини **Висновку експерту № 8680**, пункти 9 і 10 резолютивної частини **Висновку експерта № 9083**, пункт 5 резолютивної частини **Висновку експерту № 10923**), тобто у пошкодженні немає вини **Позивача**;

- використання неякісного палива не може сприяти утворенню подібного недоліку (пункт 6 резолютивної частини **Висновку експерту № 10923**);

- пошкодження двигуна є суттєвою несправністю (пункт 2 резолютивної частини **Висновку експерту № 10923** і сторінка 4 абзац 3 **Рішення господарського суду 2007 року**).

При цьому, **Відповідач** заявляє, що **Позивач** ніколи не повідомляв його про нештатну роботу **Автомобілю**. Однак, відповідно до висновків експертів, навіть у разі, якщо б **Позивач** не заявляв про недолік, **Відповідач** повинен його був виявити самостійно у умовах СТО.

В свою чергу, заявляємо, що **Позивач** повідомляв **Відповідача** про нештатну роботу **Автомобілю** і **Відповідач** знав про це, що підтверджується наступним.

В першу чергу, необхідно звернути увагу на те, що **Відповідач** не надав доказів відсутності своєї вини в частині відсутності у нього інформації і відмовляється надати заявки-замовлення на обслуговування **Автомобілю**, оформленні належним чином.

В друг чергу, звертаємо вашу увагу на перелік процедур на сторінці 30 гарантійній книжки, які **Відповідач** повинен здійснити під час гарантійного обслуговування **Автомобілю Позивача**. Вважаємо за необхідне звернути увагу суду на порівняння переліку процедур, які встановлено гарантійною книжкою і перелік процедур які було фактично виконано **Відповідачем** після 78000 км, коли з'явилися ознаки вібрації і втрати потужності.

Плановий інтервал обслуговування	Перелік процедур, встановлений за Гарантійною угодою	Фактичний інтервал обслуговування	Перелік виконаних процедур, які не зазначені в гарантійній книжці, або не виконання зазначених	Документ, що підтверджує
80000	- заміна моторного масла; - заміна масляного фільтру; - перевірка приводних ременів; - заміна ременів систем розподілення газів та ТНВТ; - перевірка системи охолодження двигуна; - заміна повітряного фільтру; - перевірка зазору клапанів; - заміна паливного фільтру..	83000	- Автомобіль комп'ютерна діагностика ; - Підвіска діагностика; - Паливна система промивка ; - Радіатор продувка ; - Заміна ролика приводного ременю; -	Акт № 52429
90	- заміна моторного масла; - заміна масляного фільтру; - перевірка приводних ременів.	88700	- Підвіска діагностика; - Автомобіль комп'ютерна діагностика ; - взагалі не перевірено приводні ремені;	Акт № 53690
100	- заміна моторного масла; - заміна масляного фільтру; - перевірка приводних ременів; - перевірка системи охолодження двигуна; - очищення повітряного фільтру; - перевірка зазору клапанів.	96000	- Автомобіль комп'ютерна діагностика ; - Підвіска діагностика; - Підвіска діагностика за лінією Бош; - Трансмісія перевірка рівня масла; - Двигун промивка ; - РКП – заміна масла.	Акт № 58791

Зверніть увагу, що серед робіт, виконаних поза передбаченими межами процедур гарантійного обслуговування є багаторазова комп'ютерна діагностика автомобілю та окремо підвіски, а також промивка паливної системи і промивка двигуна, до яких входять форсунки. При цьому, враховуючи те, що гарантійним обслуговуванням такі дії не передбачені, - у разі нормальної роботи двигуна автомобілю такі дії не виконуються. Тобто, їх виконання можливе лише у разі позаштатної роботи двигуна **Автомобілю**.

При цьому, **Відповідач** не має права виконувати зазначені процедури за власним бажанням, - а лише за зверненням та за замовленням **Позивача**.

В свою чергу, **Позивач** не є технічним спеціалістом і не може визначати перелік процедур, які потрібно зробити для ремонту **Автомобілю** і підтримання роботоздатності його двигуна, а може лише повідомити **Відповідача** про позаштатну роботу двигуна.

Відповідач, як спеціалізована станція технічного обслуговування, на підставі отриманого повідомлення (в даному випадку, про вібрацію чи втрату потужності) за зверненням чи заявою **Позивача** визначив і виконав перелік процедур з технічного обслуговування **Автомобілю** для його ремонту й технічного обслуговування (в даному випадку, щодо комп'ютерної діагностики, промивки двигуна та паливної системи).

Таким чином, проведення процедур щодо комп'ютерної діагностики **Автомобілю** та окремо підвіски, а також промивки паливної системи і промивки двигуна, поза межами переліку, встановленого гарантійною книжкою, свідчать про те, що **Відповідач** знав про нештатну роботу двигуна **Автомобілю**, а **Позивач** повідомляв його про це.

В свою чергу, відповідно до положень абзацу 7 пункту 1 та пункту 16 **Порядку гарантійного обслуговування, Гарантійна угода** встановлює перелік та обсяг операцій з технічного обслуговування **Автомобіля**, які необхідно проводити під час технічного обслуговування, для забезпечення *роботоздатності та справності Автомобіля*.

При цьому, у разі нештатної роботи форсунки, втрати потужності або вібрації двигуна, **Відповідач**, відповідно до положень примітки «2» підрозділу «Форсунки» розділу «Дизельні двигуни» на сторінці 30 **Гарантійної угоди**, повинен був не промивати паливну систему, а перевірити і відрегулювати **форсунки**.

(Примітка. Форсунка - це механічний елемент двигуна, який подає паливо до циліндру двигуна на головку поршня, розпилюючи його рівномірно для рівномірної детонації. В результаті детонації палива приводиться до руху поршень(головка блоку циліндра), який знаходиться у циліндрі і є рухомим елементом.

При цьому, в разі неправильної подачі палива через форсунку, падає загальна потужність двигуна, а у випадку нерівномірного розпилення палива (його скупчення в одному місці циліндра) відбувається передчасна і сильна (нерівномірна) детонація, що призводить до руйнування поршня та посилення вібрації двигуна при роботі)

Крім того, згідно вимог абзацу 6 пункту 1, пункту 17 та абзацу 2 пункту 24 **Порядку гарантійного обслуговування** та положень абзацу 2 пункту 9 **Правил з технічного обслуговування, Відповідач** повинен був оформити вищезазначені роботи шляхом фіксування їх переліку у наряді-замовленні.

Однак, починаючи з 09.06.2005 року і до моменту повного виходу з ладу **Автомобіля** 18.05.2006 року, **Відповідач** не провів жодних робіт з перевірки форсунок двигуна **Автомобіля** та усунення його недоліків, що встановлено також в **Рішенні господарського суду 2007 року**.

Тобто, на нашу думку, вихід з ладу **Автомобілю** є лише наслідком надання некваліфікованого технічного обслуговування **Відповідачем**.

В свою чергу, необхідно зазначити, що судову експертизу (**Висновок експерту № 10923**), на яку посилається суд у рішенні по справі 2007 року за № 39/307 (між тими ж сторонами), було **зроблено на вимогу суду (!!!!)** та у відповідності до положень статей 41 і 42 **ГПКУ**, в процесі судового провадження, з метою встановлення фактів і обставин справи, а резолютивний висновок експерту не оскаржений **Відповідачем** і прийнятий судом як належний та допустимий доказ.

При цьому, експерт додатково викликався судом та надав вмотивований висновок безпосередньо в залі судового засідання, з одночасним наданням пояснень та підтвердженням результатів експертизи, відповідно до положень статті 31 ГПКУ.

Вищевказаний **Висновок експерту № 10923**, який встановлював вищенаведені факти пошкодження **Автомобілю** під час гарантійного строку, було оцінено судом у справі 2007 року за № 39/307, та долучено до матеріалів справи як належний і допустимий доказ, який встановлює факти та обставини справи. В свою чергу, експерт не може надавати правову оцінку, а лише встановлює факти та обставини справи.

Таким чином, визнання судом цього висновку як належного та допустимого доказу і зазначення його в **Рішенні господарського суду 2007 року**, є підставою вважати встановлені цим висновком факти і обставини справи (процитовані судом у рішенні), як факти які встановлені судом під час розгляду справи 2007 року за № 39/307.

При цьому, суд, у своєму рішенні від 21.06.2007 року, встановивши наявність суттєвого недоліку **Автомобіля** (пошкодження двигуна), до якого призвело неякісне обслуговування **Відповідача**, відмовився задовольнити вимоги щодо заміни **Автомобіля** як бракованого, оскільки вирішив, що суттєву несправність **Автомобіля** не можна віднести до істотних недоліків, оскільки її можна усунути шляхом заміни двигуна внутрішнього згорання (встановлено судом в абзаці 3 сторінки 4 **Рішення господарського суду 2007 року**). Тобто, зазначену несправність, згідно **Рішення господарського суду 2007 року**, можливо усунути шляхом придбання двигуна **Автомобіля** та його заміни, без проведення будь-яких додаткових досліджень, - це свідчить про те, що розмір матеріальної шкоди можливо розраховувати із розміру вартості двигуна та робіт по його заміні, про що в судовому засіданні зазначив суддя господарського суду міста Києва Мудрий С. М.

В свою чергу, згідно вимог абзацу 2 статті 35 ГПКУ та вимог пункту 2.6. **Постанови Пленуму ВГСУ за № 18**, з урахуванням положень пункту 2 статті 13 **Закону про судоустрій**, факти встановлені рішенням господарського суду, під час розгляду однієї справи, не доводяться знову при вирішенні інших спорів, в яких беруть участь ті самі сторони.

Тобто, враховуючи те, що **Рішення господарського суду 2007 року** діє та не скасоване, всі факти, які встановлені судом та експертами, у цьому рішенні, є прийнятими як належні докази та зазначені у судовому рішенні, і тому не потребують повторного доказування в іншому процесі, між тими ж сторонами і вважаються встановленими фактами, які повинен враховувати інший суд.

На підставі зазначених експертних висновків і висновків суду у **Рішенні господарського суду 2007 року** можливо легко зробити висновок про те, що **Автомобіль** вийшов з ладу під час гарантійного строку на 78000 км. і за відсутності вини **Позивача**, а з вини **Відповідача**, який в умовах спеціалізованого СТО міг легко встановити і припинити цей недолік.

До того ж, необхідно врахувати той факт, що експертами (як зазначалось вище) встановлено, що причину, яка призвела до пошкодження двигуна **Автомобілю** можливо було **ВЧАСНО** виявити в умовах спеціалізованої СТО шляхом перевірки компресії в циліндрах двигуна, а перші ознаки можливо було встановити навіть без застосування інструментальних методів діагностики.

В свою чергу, **Відповідач** заявляв, що він є офіційним дилером Виробника і здійснює технічне обслуговування **Автомобілю** в умовах власного спеціалізованого СТО, яке має всі необхідні технічні засоби і навички для виявлення вищевказаної причини.

Тобто, **Відповідач**, у разі виконання належним чином свого господарського зобов'язання щодо 10 (десяти) операцій з гарантійного та постгарантійного технічного обслуговування **Автомобілю** в період з червня 2005 року починаючи з пробігу 78000 кілометрів і до травня 2006 року до пробігу 132 000 кілометрів, під час яких декілька разів проводилась повна комп'ютерна діагностика **Автомобілю**, повинен був виявити причину, яка призвела до пошкодження двигуна **Автомобілю**.

Не виявлення Вчасно причини, яка призвела до пошкодження двигуна **Автомобілю**, свідчить про неналежне виконання **Відповідачем** свого господарського зобов'язання щодо технічного обслуговування, що в свою чергу призвело до пошкодження цього **Автомобілю**.

За результатом проведення чотирьох експертиз, експертами було надано чотири висновки №№ 8680, 10923, 9083 і 7053, за якими 31.05.2010 року остаточно було встановлено, що двигун має пошкодження не лише головки блоку циліндрів (як це зазначив **Відповідач** в акті), а і пошкодження поршню четвертого циліндру, яке утворилось при пробігу **Автомобілю** 78 000 км., внаслідок неадекватної роботи форсунки, а також встановлено відсутність вини **Позивача** у цьому пошкодженні. Частину цих фактів було також підтверджено судом в **Рішення господарського суду 2007 року**.

На підставі вищевикладеного, вважаємо, що **Відповідачем** під час технічного обслуговування **Автомобіля** (в період з 09.06.2005 року по 18.05.2006 року) не виконано необхідні роботи з перевірки та регулювання **форсунок** його двигуна та не усунуто його недоліків (підтверджується відповідними Актами виконаних робіт та встановлено у **Рішенні господарського суду 2007 року**), тобто, надано **Позивачу** неякісні послуги з технічного та гарантійного обслуговування.

Таким чином, **Відповідачем** було порушено положення абзацу 6 пункту 1, пункту 10, пункту 17 та абзацу 2 пункту 24 **Порядку гарантійного обслуговування**, пункту 1.3 **Договору купівлі-продажу**, пункту 2.3 і примітки «2» підрозділу «Форсунки» розділу «Дизельні двигуни» на сторінці 30 **Гарантійної угоди**, та абзацу 2 пункту 9 **Правил з технічного обслуговування**, тобто, **Відповідач** **НЕНАЛЕЖНИМ** чином виконав своє господарське зобов'язання, чим порушив положення статей 675, 676, 678, 837, 839, 857, 859, 860, 901 - 906 **ЦКУ** та статей 193 і 269 **ГКУ**.

В свою чергу, враховуючи положення статті 614 **ЦКУ** та висновки Вищого господарського суду України по цій справі в постанові від 08 січня 2013 року (сторінка 6 останній абзац), **Позивач** не повинен доводити наявність вини **Відповідача** внаслідок презумпції вини заподіювача шкоди, який навпаки повинен довести відсутність вини у діях його працівників під час заподіяння шкоди.

Однак, **Відповідач** жодного разу не надав жодних доказів відсутності вини його працівників у заподіянні шкоди **Позивачу**, що в черговий раз доводить факт його вини.

При цьому, вважаємо за необхідне звернути увагу суду, що Відповідачем було здійснено всі дії для приховування факту неякісного обслуговування, а саме:

- знищено заяви – замовлення **Позивача** на виконання робіт (заявлено представником **Відповідача** в судовому засіданні);

- форсунки, неадекватна робота яких призвела до пошкодження автомобілю, перед наданням експерту були видозмінені (**Висновок експерту № 8680, сторінка 6, абзаци 2-4**);

- введено в оману **Позивача** про вид пошкодження двигуна (в наряді-замовленні №86566 **Відповідач** зазначив, що існує пошкодження лише головки блоку циліндрів, і не зазначив пошкодження поршню четвертого циліндру, яке видно звичайним зором і що утворилось при пробігу **Автомобілю** 78 000 км., внаслідок неадекватної роботи форсунки.

Зазначені факти свідчать про наявність вини Відповідача і його спробу приховати докази його вини.

У зв'язку із зазначеним, вважаємо, що **Відповідачем** було надано неякісне технічне обслуговування в період гарантійного строку і після закінчення гарантійного строку, внаслідок чого не було виявлено і усунуто недоліки товару, що призвело до його пошкодження.

Враховуюче те, що **Позивач** не володів спеціальною інформацією щодо розміру нанесеної йому шкоди, останню експертизу було проведено з урахуванням побажань ПАТ «Компанія «Алекс», для можливості визначення об'єму робіт і запчастин, які необхідні для відновлення стану **Автомобілю**. Результати експертизи було надано в ПАТ «Компанія «Алекс» 20.06.2010 року.

Лише 01.02.2011 року **Позивач** отримав **Рахунок СТО**, оформлений 20.08.2010 року ПАТ «Компанія «Алекс», з інформацією про вартість двигуна і робіт по його встановленню.

24.06.2011 року **Позивачем** направлено претензію до **Відповідача** щодо відшкодування збитків.

04.07.2011 року **Позивач** отримав від **Відповідача** лист про відмову у відшкодуванні збитків.

28.10.2011 року **Позивач** звернувся до суду з метою захисту своїх прав.

По-третє, - стосовно порушення умов гарантійної угоди та умов договору підряду і договору послуг щодо безоплатного усунення недоліків, що з'явилися протягом гарантійного строку і не усунуті внаслідок неякісного надання послуг.

Відповідно до положень статей 675, 676, 678, 858 ЦКУ та статей 268 і 269 ГКУ, а також положень пункту 1.3. **Договору купівлі-продажу**, положень **Гарантійної угоди** і **Порядку гарантійного обслуговування**, **Відповідач** зобов'язаний був безоплатно усунути недоліки поставленого товару і виконаної роботи неналежної якості у розумний строк.

Однак, **Відповідач** відмовився усувати недоліки, чим порушив право **Позивача** на користування його власністю і завдав йому збитків.

По-четверте, - стосовно відмови **Відповідача** відшкодувати збитки, які **Позивач** зазнав внаслідок поставки товару, який не відповідав вимогам щодо його якості, та внаслідок надання **Відповідачем** неякісного технічного обслуговування і не усунення недоліків товару, що призвело до його пошкодження

Відповідно до положень статей 611, 614, 623, 678, 858 і 906 ЦКУ та статей 224, 268 і 269 ГКУ, **Відповідач** зобов'язаний відшкодувати **Позивачу** суму збитків, які той зазнав внаслідок порушення господарських зобов'язань **Відповідачем**.

24.06.2011 року **Позивачем** направлено претензію до **Відповідача** щодо відшкодування збитків.

04.07.2011 року **Позивач** отримав від **Відповідача** лист про відмову у відшкодуванні збитків.

28.10.2011 року **Позивач** звернувся до суду з метою захисту своїх прав.

На підставі вищевикладеного та відповідно до положень статей 8, 55, 129 **Конституції** і статей 1, 2 і 12-15 **ГПКУ**,

а також з урахуванням положень статті 41 **Конституції**, статей 193, 216, 217, 218, 224, 225, 226 і 265-269 **ГКУ**, статті 31, 35, 41, 42 і 54 **ГПКУ**, статей 22, 610, 611, 614, 623, 624, 655, 656, 673 - 675, 676, 678, 837, 839, 857-859, 860 і 901-906 **ЦКУ**, положень пункту 1.3. **Договору купівлі-продажу**, пункту 1.1, пункту 2.3, пункту 2.4, примітки «2» підрозділу «Форсунки» розділу «Дизельні двигуни» на сторінці 30 **Гарантійної угоди**, пунктів 1, 8, 9, 10, 11, 14, 16 і 17 **Порядку гарантійного обслуговування**, положень пунктів 1, 44 і 54 **Правил з технічного обслуговування**, пункту 2.6. **Постанови Пленуму ВГСУ за № 18**,

ПРОШУ:

1. Стягнути з Товариства з обмеженою відповідальністю «Автомобільний центр Голосіївський» (код ЄДРПОУ: 14333225) на користь Приватного підприємства «Віталфарма» (код ЄДРПОУ 30108220; Рахунок 26005012714052, у ВАТ «Укресімбанк» в м. Києві, МФО 383333) кошти у сумі розміром 131 523, 00 гривень.

2. Стягнути з Товариства з обмеженою відповідальністю «Автомобільний центр Голосіївський» (код ЄДРПОУ: 14333225) на користь Приватного підприємства «Віталфарма» (код ЄДРПОУ 30108220; Рахунок 26005012714052, у ВАТ «Укресімбанк» в м. Києві, МФО 383333) кошти у сумі розміром 2721 гривень, на компенсацію оплати державного мита та кошти у сумі розміром 236 гривень, на компенсацію оплати витрат на інформаційно-технічне забезпечення судового процесу по справі.

**Представник ПП «Віталфарма»,
на підставі довіреності**

В. К. Марініч

19 травня 2013 року