

До Київського апеляційного адміністративного суду

Апелянт: позивач Олійник Дмитро Вячеславович,

Відповідач: Київська міська державна адміністрація,

(код ЄДРПОУ 00022527),

вул. Хрещатик, 36, м. Київ, 01044,

засіб зв'язку –тел. 2541450,

електронна пошта: portal@kmv.gov.ua

**Третя особа: Комунальне підприємство «Головний
інформаційно - обчислювальний центр»,**

(код ЄДРПОУ 04013755),

вул. Космічна, 12-а, м. Київ, 02192,

засіб зв'язку –тел. 2388005,

електронна пошта: info@gioc-kmda.kiev.ua

**на постанову Окружного адміністративного суду м. Києва
від 23 грудня 2011 р. у справі 2а-9685/11/2670 (суддя Пісоцька О. В.)**

АПЕЛЯЦІЙНА СКАРГА.

Оскаржуваною постановою Окружного адміністративного суду м. Києва від 23 грудня 2011 р. у позові щодо невідповідності оскаржуваного розпорядження КМДА № 478 від 15.04.1997 р. «Про порядок розрахунків за житлово-комунальні послуги» Конституції відмовлено.

Отримане мною це судове рішення було 10.02.2012 р. (супровідний лист датований 19.01.2012 р., а штампель на поштовому конверті свідчить про відправку не раніше 07.02.2012 р.). Щодо письмового провадження у справі з 21.11.2011 р. мені нічого не було відомо після того, як 17.11.2011 р. після численних процесуальних порушень я подав заяву про розгляд справи без моєї участі. Отже, строки на апеляційне оскарження слід вважати не пропущеними і вони мають відлічуватися відповідно до положень ч. 2 ст. 186 КАС.

Частиною 1 ст. 268 ЦК України встановлено, що позовна давність не поширюється на вимогу, що впливає із порушення особистих немайнових прав, крім випадків, встановлених законом. Оскаржуваним розпорядженням КМДА порушені і тривалий час продовжують порушуватися мої немайнові права (персональні дані незаконно знаходяться в КП ГІОЦ і використовуються третьою особою), встановлені і обмежені мої майнові права та обов'язки (кому саме і як саме слід сплачувати за житлово-комунальні послуги). Суд захищає матеріальні права, а процесуальні форми (ЦПК, КАС) визначають тільки порядок захисту права (немайнового або майнового). Публічний характер відносин не спростовує того, що захисту судом підлягає саме цивільне право. Отже, постанова суду підлягає скасуванню, як абсолютно незаконна і необґрунтована з таких підстав.

Як вбачається з її тексту, суд вважає оскаржуване розпорядження КМДА актом індивідуальної дії, оскільки воно, на думку суду, закріплює права та визначає обов'язки лише для конкретно визначеного суб'єкта – третьої особи КП ГІОЦ.

Якщо виходити саме з такої кваліфікації оскаржуваного розпорядження, то судом була порушена територіальна підсудність, оскільки справа мала б вирішуватися за місцем або мого проживання (Печерським райсудом м. Києва, як адміністративним), або

адміністративним судом за місцезнаходженням відповідача (Шевченківський райсудом м. Києва), як це передбачено ч. 2 ст. 19 КАС. Вказані правові позиції знайшли також підтвердження пунктами 3, 4 ППВАСУ № 2 від 06.03.2008 р. «Про практику застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ». Отже суд, мав вчинити в такому випадку наступні процесуальні дії: повернути позов, оскільки справа не підсудна цьому адміністративному суду (п. 6 ч. 3 ст. 108 КАС) або ж передати адміністративну справу на розгляд іншого адміністративного суду, якщо після відкриття провадження у справі з'ясувалося, що справа територіально підсудна іншому суду (п. 3 ч. 1 ст. 22 КАС). Позивачеві надано право вибору підсудності в категорії справ, передбаченій ч. 2 ст. 19 КАС, яка чітко встановлює територіальну підсудність або за місцем проживання позивача, або за місцезнаходженням відповідача. Але Окружний адміністративний суд м. Києва до таких не віднесений.

Якщо виходити з того, що предметом оскарження був акт індивідуальної дії, то розгляд і вирішення справи неповноважним судом, згідно п. 4 ч. 1 ст. 202 КАС є підставою для скасування судового рішення.

Крім того, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 83 Закону «Про судоустрій і статус суддів» порушення правил підсудності є істотним порушенням норм процесуального права і підставою для притягнення судді Пісоцької О. В., до дисциплінарної відповідальності, на що суд має відреагувати окремою ухвалою, згідно ст. 208 КАС.

Проте, як вбачається зі змісту ухвали ВАСУ від 16.06.2011 р., справу було направлено для продовження розгляду до суду першої інстанції, виходячи з того, що оскаржуване розпорядження є нормативно-правовим актом. Порушень процесуального права (неправильного визначення підсудності) судом касаційної інстанції, в межах його повноважень (ч. 2 ст. 220 КАС), знайдено не було.

Визначення нормативно-правового акту дано у «Порядку подання нормативно-правових актів на державну реєстрацію до Міністерства юстиції України та проведення їх державної реєстрації», затверджених наказом Міністерства юстиції України від 12.04.2005 р. № 34/5 та зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 12.04.2005 р. за № 381/10661. Ним визнається офіційний письмовий документ, прийнятий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законодавством формі та за встановленою законодавством процедурою, спрямований на регулювання суспільних відносин, що містить норми права, має неперсоніфікований характер і розрахований на неодноразове застосування.

За правилами частини другої статті 171 КАС України право оскаржити нормативно-правовий акт мають особи, щодо яких його застосовано, а також особи, які є суб'єктом правовідносин, у яких буде застосовано цей акт. Тобто, особа повинна довести факт застосування до неї оскаржуваного нормативно-правового акта або те, що вона є суб'єктом відповідних відносин, на які поширюється дія цього акта.

До цього суддя Векуа Н. Г. спробувала розвалити справу № 2а-11889/10/2670, в яку мною подавалися відповідні докази застосування до мене оскаржуваного акту, тому 28.08.2011 р. вони були мною продубльовані у цій справі клопотанням про їх долучення.

Серед наданих мною доказів фігурує копія фінансово-посередницького договору між КП ГІОЦ і КП «Липкижитлосервіс» № 294 від 02.01.2009 р. (п. 18 клопотання), з преамбули якого вбачається, що укладений він саме на виконання оскаржуваного розпорядження КМДА № 478 від 15.04.1997 р. Предметом зазначеного договору № 294 є виконання з боку третьої особи КП ГІОЦ послуг по обробці, розщепленню та перерахуванню платежів населення за житлово-комунальні послуги, що поступили на розподільчий рахунок КП ГІОЦ № 2603000018106 у банку «Хрещатик» (п. 1.1.1.), за що ця особа утримує 0,5% з подальшим перерахуванням на свій поточний рахунок (п. п. 2.1., 2.3.), друкуючі при цьому «рахунки на сплату житлово-комунальних послуг» (п. 2.2.).

Оскаржуваним розпорядженням КМДА № 478 від 15.04.1997 р. «Про порядок розрахунків за житлово-комунальні послуги» (п. 5.2.) доручено ЖЕО забезпечити на

договірних засадах відповідно до графіка передачу Головному інформаційно-обчислювальному центру Київської міської державної адміністрації інформаційної бази квартиронаймачів, провівши її інвентаризацію з уточненням дислокації будинків та її оновлення в разі змін.

Відповідно до ч. 1 ст. 648 ЦК зміст договору, укладеного на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору, має відповідати цьому акту. Отже, на підставі оскаржуваного розпорядження КМДА і укладених на його підставі господарських угод, від КП «Липкижитлосервіс» до третьої особи КП ГІОЦ без мого відома і згоди були передані мої персональні дані (прізвище, домашня адреса, особовий рахунок, кількості проживаючих, площі житла, майнового стану у вигляді неіснуючого «боргу»). Передача відбулася шляхом надання до КП ГІОЦ інформаційної бази квартиронаймачів, та її щомісячного оновлення.

Доказом виконання оскаржуваного розпорядження і угод, що були укладені на його підставі є щомісячне друкування і виставляння мені «рахунків на сплату житлово-комунальних та інших послуг» з реквізитами КП ГІОЦ (код ЄДРПОУ 04013755), в яких зазначений розподільчий рахунок саме цієї особи (п. 24 клопотання від 28.08.2011 р.). Процес подальшого використання і поширення з боку КП ГІОЦ інформації (персональних даних) невстановленими особами також зафіксований мною на фотографіях (п. 6).

Наявність у КП ГІОЦ баз даних квартиронаймачів підтверджується крім того іншими доказами, що були надані мною вказаним клопотанням: незареєстрованим, а тому нечинним розпорядженням КМДА № 1029 від 25.07.2008 р. –п. 2; листом Печерської РДА від 22.02.2011 р. –п. 5; роздруковками з веб-сайту КП ГІОЦ –п. 7; роздруковками з офіційного веб-порталу Київської міської влади і газети «Хрещатик» -п. 11; скріншотами цієї бази, що є вільному обігу в мережі Інтернет –п. 12. Цим доказам, в порушення ст. 161 КАС судом жодної правової оцінки не надано.

Таким чином, вищевказане повністю спростовує висновки суду, що окреслені мною зауваження не були врегульовані спірним розпорядженням відповідача і воно (розпорядження) нібито не містить у собі положень, на підставі яких третя особа КП ГІОЦ збирала, зберігала, використовувала та поширювала конфіденційну інформації про мене.

Оскаржуване розпорядження визначає правове регулювання господарських відносин, яке застосовується неодноразово та щодо невизначеного кола осіб (житлово-експлуатаційних організацій в розумінні ст. 24 ЖК УРСР, квартиронаймачів усіх районів м. Києва, постачальників житлово-комунальних послуг, установ банків, районних відділів субсидій та ін.). Дія цього розпорядження не була вичерпана 1997 роком: воно застосовується і зараз; на його підставі укладаються угоди, а третя особа КП ГІОЦ продовжує утримувати посередницькій відсоток за послуги, які я не замовляв, але які включені у тарифи на житлово-комунальні послуги для населення (ці тарифи, в свою чергу встановлені іншими нечинними розпорядженнями КМДА).

Отже, зміст розпорядження спростовує хибний висновок суду, про те, що воно є актом індивідуальної дії, який визначає права та обов'язки виключно третьої особи КП ГІОЦ. Про застосування до мене оскаржуваного розпорядження свідчить також моє листування з третьою особою КП ГІОЦ і КП «Липкижитлосервіс» (п. п. 8-9, 19-22 клопотання від 28.08.2011 р.). Цим доказам, в порушення ст. 161 КАС суд також не надав жодної правової оцінки і не взяв їх до уваги.

Наведеними доказами спростовується хибний висновок суду, що оскаржуваним розпорядження не зачіпляються мої законні права та інтереси, а також те, що цим актом не встановлюється для мене ніяких обов'язків. Ці докази у своїй сукупності і взаємному зв'язку свідчать, що у мене, як споживача, виникають суттєві труднощі в укладанні договору надання житлово-комунальних послуг, який би відповідав вимогам Типового договору, затвердженого відповідними постановами КМУ і який не включав би у себе «послуги» КП ГІОЦ зі сплатою відсотків через його розподільчий рахунок, щодо яких у мене немає намірів їх сплачувати за відсутності на це законних підстав.

Зазначу також, що оскаржуване розпорядження регулює господарську діяльність у сфері встановлення тарифів на житлово-комунальні послуги, які відпускаються для населення і населених пунктів, оскільки посередницький відсоток є невід'ємною складовою цього тарифу і утримується саме з коштів, що надійшли від населення на розподільчий рахунок КП ГІОЦ № 2603000018106 у банку «Хрещатик». Отже, в тарифах на житлово-комунальні послуги, розмір яких встановлюється виключно органами влади, визначеними ст. 28 Закону України № 280/97-ВР «Про місцеве самоврядування в Україні», ст. ст. 5, 7, 14, 31 Закону України № 1875-IV «Про житлово-комунальні послуги» структурно включені послуги, розмір яких визначено місцевим органом виконавчої влади, який таких повноважень не має. Встановлення порядків та правил у сфері житлово-комунальних послуг віднесено виключно до компетенції органу, визначеного ст. 5 Закону № 1875-IV. Вищевказане, з урахуванням Прикінцевих положень Закону України № 1160-IV «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» само по собі є підставою для визнання оскаржуваного розпорядження не відповідним законодавству.

Отже, оскаржуване розпорядження є нормативно-правовим актом, на який поширюється дія положення ст. 41 Закону України № 586-XIV «Про місцеві державні адміністрації», пункту 2 Указу Президента України від 3 жовтня 1992 року № 493/92 «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» (далі – Указ) та пунктів 1, 2 Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 року № 731 (далі – Положення).

Правозастосування Указу та Положення визначено постановою Верховного Суду України № 21-246а/11 від 28 листопада 2011 р. (у ЄДРСР № 20014508) за наслідками перегляду ухвали ВАСУ № К-18726/09 від 29 березня 2011 р. (що раніше надавалася п. 29 клопотання від 28.08.2011 р. про долучення доказів).

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 244-2 КАС рішення Верховного Суду України, прийняте за результатами розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, **є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначені норми права, та для всіх судів України.** Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність з рішенням Верховного Суду України. Невиконання судових рішень тягне за собою відповідальність, установлену законом.

Відповідно до п. 12 ст. 16 Закону № 586-XIV «Про місцеві державні адміністрації», місцеві державні адміністрації в межах, визначених Конституцією і законами України, здійснюють на відповідних територіях державний контроль за дотриманням законодавства про державну таємницю та інформацію. Пунктом 3 ст. 18 передбачено, що відповідач КМДА отримує від усіх суб'єктів підприємницької діяльності незалежно від форм власності інформацію, передбачену актами законодавства для складання і виконання бюджету. Пунктом 3 ст. 28 визначено право відповідача КМДА одержувати відповідну статистичну інформацію та інші дані від державних органів і органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, політичних партій, громадських і релігійних організацій, підприємств, установ та організацій, їх філіалів і відділень незалежно від форм власності. Згідно ст. 38 керівники підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності зобов'язані в десятиденний термін надавати на вимогу голови місцевої державної адміністрації необхідну інформацію у межах, визначених законом.

Чинним законодавством не було передбачено одержання відповідачем КМДА чи підпорядкованою йому третьою особою КП ГІОЦ інформації, яка віднесена до особистих персоналізованих даних громадян і створення баз даних квартиронаймачів без згоди на це самих громадян.

Таким чином, суд першої інстанції мав розглядати вимоги щодо невідповідності оскаржуваного нормативно-правового акту Конституції з урахуванням особливостей, встановлених ст. 171 КАС. Незважаючи на неодноразові нагадування з мого боку щодо

необхідності публікації оголошення і, таким чином, належного повідомлення усіх заінтересованих осіб у розгляді справи, зроблено це з боку суду не було. Розцінюю це як умисне порушення вимог закону з боку суду з метою штучно обмежити вступ у справу заінтересованих осіб, які могли б повідомити обставини порушення їхніх прав оскаржуваним розпорядженням. У свою чергу це призвело до унеможливлення з'ясування судом таких обставин, оскільки про них не було кому повідомляти.

Крім того, суд в порушення положень ч. 4 ст. 122, ч. 6 ст. 128 КАС оголосив про письмове провадження у справі 20.10.2011 р. (перший з двох разів), при тому, що жодна зі сторін справи клопотання про це не заявляла, а також за відсутності оголошення про розгляд справи для усіх заінтересованих осіб. Дослідження доказів відбувається на стадії судового розгляду, якому має передувати публікація оголошення (ст. 138 КАС), а тому в такий спосіб суд процесуально проігнорував передбачені ст. 139 КАС як мої пояснення, так і пояснення осіб, які були позбавлені процесуальної можливості вступити у справу.

Судом не надано жодної правової оцінки незаконній діяльності, що здійснюється як на підставі оскаржуваного розпорядження КМДА № 478 від 15.04.1997 р., так і згаданого в ньому розпорядження КМДА № 80 від 27.01.1997 р., які грубо суперечать положенням Законів України № 2346-III «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні», № 2664-III «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», № 2121-III «Про банки і банківську діяльність», № 1875-IV «Про житлово-комунальні послуги», № 1023-XII «Про захист прав споживачів». Незаконне фінансове посередництво здійснюється без відповідних дозволів і ліцензій НБУ і Держфінпослуг, а також без будь-яких договірних відносин між третьою особою КП ГІОЦ і споживачами послуг. Проти КП ГІОЦ порушено кримінальну справу № 04-27569 (за ч. 2 ст. 202 КК).

З урахуванням приписів ч. 9 ст. 171 КАС судом не надано правової оцінки невідповідності іншим правовим актам вищої юридичної сили як оскаржуваного розпорядження № 478 від 15.04.1997 р., так і розпоряджень КМДА № 80 від 27.01.1997 р., № 1029 від 25.07.2008 р., які відповідно передували чи були видані після оскаржуваного.

Відповідач КМДА продовжує сприяти незаконній діяльності третьої особи КП ГІОЦ, яка безпідставно розраховує тарифи, а потім через свої так звані «транзитні рахунки» і від свого імені нібито виконавця послуг «обробляє, розщеплює і перераховує» платежі населення, згідно п. 1.1.1. Договору № 294 від 02.01.2009 р. Ці «транзитні рахунки» у розумінні Інструкції про застосування Плану рахунків бухгалтерського обліку банків України, затвердженої постановою правління НБУ № 280 від 17.06.2004 р. є розподільчими рахунками 2603, але з нецільовим режимом використання: третя особа КП ГІОЦ утримує кошти з цих рахунків (0,5%, згідно пунктів 2.1. 2.3. Договору № 294) з подальшим їх перерахуванням на свій поточний рахунок.

Проте листом НБУ від 26.05.2004 р. щодо особливостей режиму використання розподільчих рахунків (п. 13 клопотання від 28.08.2011 р.) зазначено, що кошти з такого рахунку можуть бути використані лише для розрахунків з підприємствами житлово-комунальних послуг (тобто має місце порушення режиму розподільчого рахунку з боку КП ГІОЦ, який утримує з нього кошти споживачів, не будучи при цьому підприємством, що надає житлово-комунальні послуги).

Позовні вимоги, що мали бути розглянуті цієї справою, викладені заявою про їх зміну від 05.09.2011 р., якою я просив:

Визнати розпорядження Київської міської державної адміністрації № 478 від 15 квітня 1997 р. «Про порядок розрахунків за житлово-комунальні послуги» невідповідним Конституції і нечинним з моменту видання.

Але, судом в порушення ст. 163 КАС було неправильно визначено зміст позовних вимог (вимогу скасування акту я змінив на вимогу визнання його нечинним).

З огляду на вищевикладене, оскаржуване розпорядження прийнято не у спосіб, передбачений **ст. 19 Конституції** (є незареєстрованим територіальним органом юстиції, а тому нечинним). У контексті положень цієї статті Конституції відповідач КМДА примушує споживачів сплачувати за послуги через підпорядкованого йому фінансового посередника

КП ГІОЦ, нав'язуючи через ЖЕО на підписання договори, що не відповідають Типовим, затвердженим ПКМУ № 529 від 20.05.2009 р., № 630 від 21.07.2005 р.

Представником відповідача КМДА надані пояснення і відповідь (технічний запис 28.01.2011 р. у справі № 2а-11889/10/2670), що оскаржуване розпорядження КМДА № 478 від 15.04.1997 р. не було оприлюднене, тобто не опубліковано взагалі: як після його видання, так і протягом року після набрання чинності Законом України № 1160-IV «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності». Відсутність оприлюднення не спростована і у цій справі також. У той же час **ст. 57 Конституції** кожному гарантується право знати свої права і обов'язки. Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними. Отже, оскаржуване розпорядження не відповідає також і положенням ст. 57 Конституції.

Враховуючи, що предметом розгляду справи є порушення оскаржуваним розпорядженням КМДА № 478 від 15.04.1997 р. моїх немайнових прав, зокрема закріплених **ст. 32 Конституції**, крім рішення КСУ від 30.10.1997 р. по справі № 5-зп/1997 р. (по справі Устименка), на яке містилося посилання у позові, прошу також враховувати рішення КСУ від 20.01.2012 р. по справі № 2-рп/2012 щодо офіційного тлумачення положень ст. ст. 32, 34 Конституції:

– інформацією про особисте та сімейне життя особи є будь-які відомості та/або дані про відносини немайнового та майнового характеру, обставини, події, стосунки тощо, пов'язані з особою та членами її сім'ї, за винятком передбаченої законами інформації, що стосується здійснення особою, яка займає посаду, пов'язану з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень. Така інформація про особу є конфіденційною;

– збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди державою, органами місцевого самоврядування, юридичними або фізичними особами є втручанням в її особисте та сімейне життя. Таке втручання допускається винятково у випадках, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Рішення Конституційного Суду України є обов'язковим до виконання на території України, остаточним і не може бути оскаржене.

Оскаржуваною постановою не виконано завдань адміністративного судочинства, порушено принцип законності і не вирішено публічно-правовий спір між мною і відповідачем КМДА. Висновки суду не відповідають обставинам справи і судом було грубо порушено принципи адміністративного судочинства.

Бажаю взяти участь у засіданні суду апеляційної інстанції.

На підставі викладеного, керуючись ч. 1 ст. 268 ЦК, статтями 2-13, 69, 72, 102, 103, 160, 166, 171, 185, 186, 202 КАС України,

ПРОШУ:

поновити строки на апеляційне оскарження судового рішення з 11.02.2012 р. (наступного дня після фактичного виникнення можливості його оскаржити);

зобов'язати відповідача опублікувати оголошення про апеляційний розгляд цієї справи, яке має відповідати вимогам частин 4, 5 статті 171 КАС України;

постанову Окружного адміністративного суду м. Києва від 23 грудня 2011 р. скасувати, прийнявши нову постанову про задоволення позовних вимог у повному обсязі.

Додатки: постанова ВСУ № 21-246а11 від 28.11.2011 р., копії скарги з додатком (для сторін); квитанція судового збору 16,10 грн. (для суду).

15 лютого 2012 р.

/Апелянт Олійник Д. В./