

**ВОСЕМНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД****П О С Т А Н О В Л Е Н И Е**

№ 18АП-12518/2012

г. Челябинск
07 февраля 2013г.

Дело № А76-11882/2012

Резолютивная часть постановления объявлена 31 января 2013г.
В полном объеме постановление изготовлено 07 февраля 2013г.

Восемнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего Плаксиной Н.Г.,
судей Костина В.Ю., Малышева М.Б.,
при ведении протокола секретарем судебного заседания Червяковой
Е.А., рассмотрел в открытом судебном заседании апелляционную жалобу
открытого акционерного общества «Челябэнергосбыт» на решение
Арбитражного суда Челябинской области от 27 сентября 2012г. по делу
№А76-11882/2012 (судья Костылев И.В.).

В заседании приняли участие представители:

от открытого акционерного общества «Челябэнергосбыт» - Арапов
П.В. (доверенность от 31.12.2012 № 1-33), Алексеева Л.А. (доверенность от
31.12.2012 № 2-13);

от Управления Федеральной антимонопольной службы по
Челябинской области – Никитин П.А. (удостоверение № 7130, доверенность
от 09.01.2013 № 3).

Открытое акционерное общество «Челябэнергосбыт» (далее –
заявитель, ОАО «Челябэнергосбыт», общество) обратилось в Арбитражный
суд Челябинской области с заявлением к Управлению Федеральной
антимонопольной службы по Челябинской области (далее –
заинтересованное лицо, Управление ФАС по Челябинской области
антимонопольный орган) о признании незаконным решения № 51-04/11 от
20.03.2012 по делу № 51-04/11.

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющего
самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены:
закрытое акционерное общество «Автотранспортное предприятие №8»,
открытое акционерное общество «МРСК Урала», индивидуальный
предприниматель Князев М.П. (далее – ЗАО «АТП №8», ОАО «МРСК
Урала, ИП Князев М.П., третьи лица).

Решением Арбитражного суда Челябинской области от 27.09.2012 в
удовлетворении заявленного требования отказано.

Заявитель не согласился с указанным решением и обжаловал его в

апелляционном порядке.

В апелляционной жалобе ОАО «Челябэнергосбыт» просило решение суда отменить, заявленные требования удовлетворить.

В обоснование апелляционной жалобы общество указывает, что на момент обращения ЗАО «АТП №8» в антимонопольный орган с заявлением условие о расчете потерь в трансформаторе и линиях электропередач (далее – ЛЭП) в договоре №4676 от 01.04.2009 отсутствовало, что свидетельствует об утрате для сторон правовой актуальности для разрешения вопроса об установлении в договоре иного порядка определения объема энергии, подлежащего оплате. Решение ЗАО «АТП №8» по оплате продавцу энергии вышеуказанных потерь является его свободным волеизъявлением как субъекта предпринимательской деятельности.

Считает несостоятельным вывод антимонопольного органа о том, что ОАО «Челябэнергосбыт» возможно получает суммы двойной оплаты за одно и то же количество отпущенной энергии от ИП Князева М.П. и ЗАО «АТП №8». К оплате каждому из указанных потребителей (покупателей) предъявлялась сумма стоимости потерь, начисленная в соответствии с условиями договоров на энергоснабжение №4976 и №192 пропорционально электропотреблению отдельно каждого из них.

ОАО «Челябэнергосбыт» применяет, но не рассчитывает самостоятельно и не устанавливает тарифы на поставляемую им энергию. Считает неверной квалификацию действий заявителя в соответствии с пунктом 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Федеральный закон №135-ФЗ). Применение одного из тарифов, установленных уполномоченным органом, не связанное с включением в расчет оплаты дополнительных платежей к установленному тарифу, не может рассматриваться как нарушение порядка ценообразования. Действия заявителя по выставлению покупателю счетов на оплату электроэнергии в неоспариваемом покупателем объеме (включающем объем потерь) и получению платы по действующему тарифу следует расценивать как использование (применение) тарифа, установленного регулирующим органом применительно к категории потребителей, к которым относится ЗАО «АТП №8», и, следовательно, такие действия не подпадают под понятие ценообразования, содержащееся в законе.

Суд не дал оценку доводу заявителя о том, что антимонопольный орган принял оспариваемое решение с превышением полномочий, так как контроль за применением государственных регулируемых цен (тарифов) на электрическую и тепловую энергию отнесен к полномочиям Федеральной службы по тарифам.

Полагает, что антимонопольным органом не доказаны факты завышения либо занижения ОАО «Челябэнергосбыт» установленных тарифов, применяемых при расчете за электрическую энергию, а также за оказываемые соответствующие услуги, что свидетельствовало бы о нарушении порядка ценообразования, а также не доказаны факты наступления последствий в виде ограничения, устранения конкуренции, ущемления интересов других лиц. Просит решение суда отменить, заявленные требования удовлетворить.

Лица, участвующие в деле, о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы извещены надлежащим образом, в том числе публично путем размещения соответствующей информации на официальном сайте Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда в сети Интернет; в судебное заседание третьи лица не явились, от ИП Князева М.П. поступило ходатайство о рассмотрении апелляционной жалобы без его участия. С учетом мнения заявителя и заинтересованного лица в соответствии со статьями 123, 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации дело рассмотрено судом апелляционной инстанции в отсутствие третьих лиц.

В судебном заседании представители заявителя поддержали доводы, изложенные в апелляционной жалобе, просили отменить решение, представитель антимонопольного органа против удовлетворения жалобы возражал.

Законность и обоснованность судебного акта проверены судом апелляционной инстанции в порядке, предусмотренном главой 34 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Как следует из материалов дела, между ОАО «Челябэнергосбыт» и ЗАО «АТП №8» заключен договор энергоснабжения № 4676 от 01.04.2009.

ЗАО «АТП №8» обратилось в Управление ФАС по Челябинской области с заявлением на действия ОАО «Челябэнергосбыт», выразившиеся в выставлении к оплате потерь силового трансформатора и ЛЭП в размере 2,5% с 01.01.2008 по 31.08.2010 в сумме 92 934 руб. 91 коп.

При рассмотрении заявления антимонопольным органом установлено, что владельцем электросетевого оборудования (трансформатор (ТП-4134) и линия электропередач), через которое опосредованно присоединено ЗАО «АТП-8», является ИП Князев М.П., что подтверждается свидетельством о государственной регистрации права от 07.04.2005 74-АБ №004105, актами разграничения балансовой принадлежности и эксплуатационной ответственности сторон от 12.01.2006 №4-06-1978, от 01.05.2005 б/н.

01.04.2009 ОАО «Челябэнергосбыт» направило ЗАО «АТП №8» новый договор энергоснабжения, в котором корректировка потерь не была предусмотрена.

20.04.2009 ЗАО «АТП №8» обратилось к ОАО «Челябэнергосбыт» (исх. №78/9) с просьбой оставить в договоре условие о расчете потерь в трансформаторе и линии электропередач в размере 2,5%.

16.12.2009 ЗАО «АТП №8» направило письмо заявителю с просьбой исключить из договора условия о расчете потерь в линии электропередач.

28.12.2009 ЗАО «АТП №8» и ОАО «Челябэнергосбыт» подписали соглашение к договору, согласно которому исключены из договора условия о расчете потерь в ЛЭП, 25.08.2010 - стороны подписали соглашение об исключении из договора условия о расчете потерь в трансформаторе.

По результатам рассмотрения дела комиссия Управления ФАС по Челябинской области приняла решение от 20.03.2012 (резюлютивная часть оглашена 28.02.2012), согласно которому действия ОАО «Челябэнергосбыт»,

выразившиеся в необоснованном взимании с ЗАО АТП №8» в период с 20.04.2009 до 25.08.2010 потерь в трансформаторе и линии электропередач в размере 2,5%, нарушением части 1 статьи 10 Федерального закона № 135-ФЗ, в том числе пункта 10 части 1 указанной статьи.

Учитывая, что условия договора о расчете потерь в ЛЭП и трансформаторе исключены из договора, антимонопольный орган решил не выдавать предписание о прекращении нарушения (пункт 2 решения).

В соответствии с пунктом 3 решения материалы дела переданы должностному лицу, уполномоченному составлять протоколы об административных правонарушениях (т. 1 л.д. 12-16).

Полагая, что решение Управления ФАС по Челябинской области не соответствуют действующему законодательству и нарушают его права, заявитель обратился в арбитражный суд с соответствующим требованием.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из того, что оспариваемое решение антимонопольного органа соответствуют действующему законодательству и не нарушают права и интересы заявителя в сфере экономической деятельности.

Оценив в порядке статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации все имеющиеся в деле доказательства в их совокупности, суд апелляционной инстанции считает, что выводы суда первой инстанции являются правильными, соответствуют обстоятельствам дела и действующему законодательству.

На основании части 1 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Из изложенного следует, что для признания ненормативного акта недействительным, решения и действия (бездействия) незаконными необходимо наличие одновременно двух условий: несоответствие их действующему законодательству и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской деятельности и иной экономической.

Согласно части 1 статьи 23 Федерального закона № 135-ФЗ, к полномочиям антимонопольного органа относится в том числе: возбуждение и рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства; выдача в случаях, указанных в этом Федеральном законе, хозяйствующим субъектам обязательных для исполнения предписаний о прекращении

ограничивающих конкуренцию соглашений и (или) согласованных действий хозяйствующих субъектов и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, о прекращении злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, о прекращении нарушения правил не дискриминационного доступа к товарам, о прекращении недобросовестной конкуренции, о недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства, об устранении последствий нарушения антимонопольного законодательства, о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, в том числе об обеспечении в установленном федеральным законом или иными нормативными правовыми актами порядке доступа к производственным мощностям.

Таким образом, вынесение заинтересованным лицом оспоренного решения произведено в пределах предоставленных этому лицу полномочий, довод подателя жалобы о том, что антимонопольный орган не вправе рассматривать данное дело подлежит отклонению.

На основании части 1 статьи 10 Федерального закона № 135-ФЗ, запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе, согласно пункту 10 указанной части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ запрещаются действия, результатом которых является нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

В соответствии с позицией, изложенной в пунктах 4, 14 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 №30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», исходя из системного толкования положений статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации и статей 3 и 10 Федерального закона № 135-ФЗ, для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц.

Оценивая действия хозяйствующего субъекта в качестве злоупотребления доминирующим положением, следует учитывать положения статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, части 2 статьи 10, части 1 статьи 13 Федерального закона № 135-ФЗ, и, в частности, определять, были совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав, либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав. Пунктом 2 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации и главой 9 Федерального закона № 135-ФЗ

предусмотрена возможность защиты гражданских прав в административном порядке в случае, установленном законом. Антимонопольный орган, рассматривая дела о нарушениях антимонопольного законодательства, принимает решения и предписания, направленные на защиту гражданских прав, нарушенных вследствие их ущемления, злоупотребления доминирующим положением, ограничения конкуренции или недобросовестной конкуренции.

Для целей применения положений части 1 статьи 10 Федерального закона № 135-ФЗ подлежат установлению следующие обстоятельства: занятие хозяйствующим субъектом доминирующего положения на товарном рынке; осуществление действий, влекущих наступление (или угрозу наступления) недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц в виде последствий, прямо установленных этой нормой (в данном случае нарушение порядка ценообразования), а также иных последствий, поскольку приведенный этой нормой перечень таких последствий не является исчерпывающим.

При этом, как указано в пункте 4 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 №30 в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

Судом первой инстанции установлено, материалами дела подтверждается и заявителем не оспаривается факт того, что ОАО «Челябэнергосбыт» занимает доминирующее положение на рынке розничной продажи электрической энергии на территории Челябинской области.

На основании пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта в виде нарушения установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

Антимонопольный орган в оспариваемом решении установил нарушение пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ, то есть нарушение установленного порядка ценообразования, выразившееся в необоснованном взимании с ЗАО «АТП №8» в период с 20.04.2009 до 25.08.2010 потерь в трансформаторе и линии электропередач в размере 2,5%.

Судом первой инстанции установлено и из материалов дела следует, что в счета-фактуры за электроэнергию, выставяемые в период с 20.04.2009 до 25.08.2010 ОАО «Челябэнергосбыт» к ЗАО «АТП №8», включена оплата потерь в трансформаторе и ЛЭП в размере 2,5% (т.2 л.д.1-17).

Суд апелляционной инстанции полагает правомерным вывод антимонопольного органа о нарушении в данном случае порядка ценообразования на основании следующего.

Тарифы на электроэнергию на розничном (потребительском) рынке формируются в порядке, установленном Федеральным [законом](#) от 14.04.1995 № 41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и

тепловую энергию в Российской Федерации», Федеральным [законом](#) от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике», [Основами](#) ценообразования в отношении электрической и тепловой энергии в Российской Федерации и [Правилами](#) государственного регулирования и применения тарифов (цен) на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 26.02.2004 № 109 «О ценообразовании в отношении электрической и тепловой энергии» (в редакциях, действующих в период спорных правоотношений).

В соответствии с пунктом 120 Правил функционирования розничных рынков электрической энергии в переходный период реформирования электроэнергетики, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 31.08.2006 № 530 (действующих в период спорных правоотношений, далее - Правила) потери электрической энергии в электрических сетях, не учтенные в ценах (тарифах) на электрическую энергию на оптовом рынке, оплачиваются сетевыми организациями путем приобретения электрической энергии на розничном рынке у гарантирующего поставщика или энергосбытовой организации по регулируемым ценам (тарифам), определяемым в соответствии с утверждаемыми федеральным органом исполнительной власти в области регулирования тарифов методическими указаниями, и свободным (нерегулируемым) ценам, определяемым в соответствии с [разделом VII](#) настоящих Правил.

Учитывая, что ЗАО «АТП №8» не обладает статусом сетевой организации, антимонопольный орган пришел к обоснованному выводу о незаконности возложения на него обязанности по оплате потерь электрической энергии.

Кроме того, следует учитывать действие пункта 136 Правил, согласно которому оплата потребленной электрической энергии, предоставленных услуг по передаче электрической энергии, а также оплата потерь электрической энергии в электрических сетях осуществляется на основании данных, полученных с помощью приборов учета и (или) расчетного способа в соответствии с правилами коммерческого учета электрической энергии на розничных рынках электрической энергии, утверждаемыми федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики в сфере топливно-энергетического комплекса, и настоящим разделом.

Таким образом, установленный ОАО «Челябэнергосбыт» способ определения количества потребленной электроэнергии не соответствует законодательству об электроэнергетике и ущемляет экономические интересы ЗАО «АТП №8», вынужденного согласовывать наличие данного условия в договоре энергоснабжения.

Применение при расчетах противоречащего законодательству порядка определения объема потребленной электроэнергии привело к увеличению стоимости единицы электроэнергии, то есть к включению в расчет оплаты электроэнергии дополнительных платежей к установленному тарифу, что

является нарушением порядка ценообразования.

При этом дополнительный платеж составлял стоимость 2,5% объема фактически потребленной электроэнергии. Размер подлежащих оплате потерь электроэнергии (2,5% от объема потребленной) не обоснован ни чем.

Суд апелляционной инстанции не принимает доводы ОАО «Челябэнергосбыт» о том, что его действия по выставлению покупателю счетов на оплату электроэнергии в неоспариваемом покупателем объеме (включающем объем потерь) и получению платы по действующему тарифу, следует расценивать как использование (применение) тарифа, что не подпадает под понятие ценообразование.

Определение понятия ценообразования, изложенное в пункте 2 Основ ценообразования в отношении электрической и тепловой энергии в Российской Федерации (утверждены постановлением Правительства Российской Федерации от 26.02.2004 №109) должно использоваться для целей их применения и не соотносится с понятием ценообразования, заложенного в части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ. Понятие, заложенное в Основах ценообразования, распространяется на деятельность, осуществляемую регулирующими органами, которые не являются хозяйствующими субъектами, в то время как требование статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ направлены на регулирование поведения хозяйствующих субъектов на товарных рынках, занимающих доминирующее положение.

При этом довод о превышении антимонопольным органом своих полномочий также ошибочен.

Согласно пункту 1 Положения о Федеральной службе по тарифам, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 332 Федеральная служба по тарифам (ФСТ России) является федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным осуществлять правовое регулирование в сфере государственного регулирования цен (тарифов) на товары (услуги) в соответствии с законодательством Российской Федерации и контроль за их применением, за исключением регулирования цен и тарифов, относящегося к полномочиям других федеральных органов исполнительной власти, а также федеральным органом исполнительной власти по регулированию естественных монополий, осуществляющим функции по определению (установлению) цен (тарифов) и осуществлению контроля по вопросам, связанным с определением (установлением) и применением цен (тарифов) в сферах деятельности субъектов естественных монополий.

Антимонопольные органы в соответствии с установленными требованиями статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ вправе осуществлять контроль за поведением хозяйствующих субъектов на товарных рынках, занимающих доминирующее положение, в том числе за соблюдением ими порядка ценообразования. При этом антимонопольные органы в силу Федерального закона №135-ФЗ не вторгаются в сферу регулирования государственных регулируемых цен, и не вторгаются в компетенцию

государственных органов, определяющих их.

В связи с вышеизложенным, доводы заявителя о неправомерной квалификации антимонопольным органом его действий в качестве нарушения пункта 10 и общей части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ, подлежат отклонению.

При этом антимонопольный орган не должен доказывать для квалификации данного правонарушения (нарушение порядка ценообразования) ущемление интересов третьего лица в результате взимания с ЗАО «АТП №8» потерь в размере 2,5% в расчетах за электроэнергию, так как данное требование не предусмотрено пунктом 10 части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ.

Для квалификации рассматриваемых действий ОАО «Челябэнергосбыт» как нарушения общей части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ следует принять во внимание понесенные ЗАО «АТП-№8» финансовые потери, что является доказательством ущемления его прав и интересов.

Ссылка на то, что решение об оплате потерь электроэнергии являлось свободным волеизъявлением ЗАО «АТП №8» и вследствие изменения договора вопрос о порядке расчета потерь утратил для сторон актуальность, не принимается, поскольку дело возбуждено антимонопольным органом по заявлению ЗАО «АТП №8».

Довод о том, что антимонопольный орган не доказал факт получения ОАО «Челябэнергосбыт» суммы двойной оплаты за одно и то же количество отпущенной энергии от ИП Князева М.П. и ЗАО «АТП №8» не принимается, поскольку не имеет правового значения для квалификации рассматриваемых действий заявителя в качестве нарушения части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ.

Иных доказательств и доводов того, что оспариваемое решение антимонопольного не соответствуют закону и нарушают его права и законные интересы заявителем не представлено.

На основании указанного суд апелляционной инстанции приходит к выводу о соответствии оспариваемого решения Управления ФАС по Челябинской области требованиям действующего законодательства, в том числе статье 10 Федерального закона №135-ФЗ. Доказательств нарушения прав и законных интересов ОАО «Челябэнергосбыт» не представлено в материалы дела.

С учетом вышеизложенного, суд апелляционной инстанции не усматривает оснований для отмены решения суда первой инстанции и удовлетворения апелляционной жалобы.

Аргументированных доводов, основанных на доказательственной базе и позволяющих отменить судебный акт, заявителем на момент рассмотрения апелляционной жалобы не представлено.

Нарушений норм процессуального права, являющихся основанием для отмены судебного акта на основании части 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, не установлено.

В соответствии с правилами статьи 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации судебные расходы по уплате государственной пошлины по апелляционной жалобе относятся на заявителя.

Руководствуясь статьями 176, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, арбитражный суд апелляционной инстанции

П О С Т А Н О В И Л :

решение Арбитражного суда Челябинской области от 27 сентября 2012г. по делу №А76-11882/2012 оставить без изменения, апелляционную жалобу открытого акционерного общества «Челябэнергосбыт» – без удовлетворения.

Постановление может быть обжаловано в порядке кассационного производства в Федеральный арбитражный суд Уральского округа в течение двух месяцев со дня его принятия (изготовления в полном объеме) через арбитражный суд первой инстанции.

Председательствующий

Н.Г. Плаксина

Судьи

В.Ю. Костин

М.Б. Малышев