

**ВОСЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

644024, г. Омск, ул. 10 лет Октября, д.42, канцелярия (3812)37-26-06, факс:37-26-22, www.8aas.arbitr.ru, info@8aas.arbitr.ru

ПОСТАНОВЛЕНИЕ**город Омск****19 июля 2011 года****Дело № А70-13183/2010**

Резолютивная часть постановления объявлена 12 июля 2011 года.

Постановление изготовлено в полном объеме 19 июля 2011 года.

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Кливера Е.П.

судей Киричёк Ю.Н., Рыжиков О.Ю.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем Миковой Н.С.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу (регистрационный номер 08АП-3486/2011) открытого акционерного общества «Тепло Тюмени» ОГРН 1097232036549, ИНН 7203243499 (далее – ОАО «Тепло Тюмени»; Общество; заявитель) на решение Арбитражного суда Тюменской области от 22.03.2011 по делу № А70-13183/2010 (судья Минеев О.А.), принятое

по заявлению ОАО «Тепло Тюмени»

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее – Тюменское УФАС России; антимонопольный орган)

с участием в деле – ЖЭСК «Заречный-60»,

о признании недействительными: решения 04.10.2010 № К10/120, предписания от 20.09.2010 № 10/120,

при участии в судебном заседании:

от ОАО «Тепло Тюмени» – Смирнова Л.В. по доверенности от 11.01.2011 № 122, действительной до 15.01.2012 (личность удостоверена паспортом гражданина РФ);

от Тюменского УФАС России – представитель не явился, лицо о времени и месте рассмотрения спора извещено надлежащим образом;

от ЖЭСК «Заречный-60» – представитель не явился, лицо о времени и месте рассмотрения спора извещено надлежащим образом,

установил:

ОАО «Тепло Тюмени» обратилось в арбитражный суд Тюменской области с заявлением к Тюменскому УФАС России о признании недействительным: решения 04.10.2010 № К10/120, предписания от 20.09.2010 № 10/120.

Решением суда от 22.03.2011 в удовлетворении заявленных Обществом требований отказано.

В обоснование принятого решения, суд первой инстанции сослался на нарушение Обществом пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2008 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Не согласившись с принятым судебным актом ОАО «Тепло Тюмени» обратилось с апелляционной жалобой в суд апелляционной инстанции, в которой просит решение Арбитражного суда Тюменской области от 22.03.2011 по делу № А70-13183/2010 отменить, признать оспариваемые ненормативные правовые акты антимонопольного органа недействительными.

В апелляционной жалобе Общество указывает на то, что судом первой инстанции дана неверная оценка обстоятельствам дела.

Податель жалобы считает, что в его действиях отсутствуют признаки нарушения пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2008 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Тюменское УФАС России, надлежащим образом извещенное о времени и месте рассмотрения настоящего спора, явку своего представителя в судебное заседание не обеспечило, в письменном отзыве на апелляционную жалобу просило решение суда первой инстанции оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

ЖЭСК «Заречный-60», надлежащим образом извещенное о времени и месте рассмотрения данного дела в порядке апелляционного производства, явку своего представителя не обеспечило, письменного отзыва на апелляционную жалобу не представило.

Апелляционная жалоба на основании части 3 статьи 156, части 1 статьи 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации рассмотрена в отсутствие антимонопольного органа и ЖЭСК «Заречный-60».

Заслушав представителя подателя апелляционной жалобы, рассмотрев материалы дела, апелляционную жалобу, письменный отзыв Тюменского УФАС России, суд апелляционной инстанции установил следующие обстоятельства.

02.04.2010 в антимонопольный орган поступило заявление ЖСЭК «Заречный-60» на действия ОАО «Тепло Тюмени» по вопросу порядка заключения договора теплоснабжения.

В ходе рассмотрения заявления Тюменским УФАС России были обнаружены признаки нарушения порядка ценообразования ОАО «Тепло Тюмени», выразившегося в применении порядка расчета за поставленную тепловую энергию (для отопления), потребляемую гражданами, проживающими в многоквартирных домах, не имеющих приборов учета, на основании Методики определения количества тепловой энергии и теплоносителя в водяных системах коммунального теплоснабжения, утвержденные Приказом Госстроя России от 06.05.2000 № 105 (далее – Методика № 105), а не в соответствии с Правилами предоставления коммунальных услуг гражданам, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 23.05.2006 № 307.

По итогам рассмотрения дела было вынесено решение по делу № К 10/120 от 04.10.2010, которым ОАО «Тепло Тюмени» признано нарушившим подпункт 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2008 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

ОАО «Тепло Тюмени» также было выдано предписание № К10/120.

Полагая, что упомянутые выше решение и предписание Тюменского УФАС России нарушают права и законные интересы ОАО «Тепло Тюмени», последнее обратилось в арбитражный суд первой инстанции с заявленным требованием.

22.03.2011 Арбитражный суд Тюменской области принял обжалуемое решение.

Проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции приходит к выводу об отсутствии оснований для его отмены или изменения, исходя из следующего.

Из содержания оспариваемого решения антимонопольного органа следует, что ОАО «Тепло Тюмени», являясь субъектом естественной монополии, оказывает услуги

по передаче тепловой энергии юридическим и физическим лицам различных форм собственности, объекты которых присоединены к тепловым сетям, находящимся на обслуживании у Общества.

25.01.2010 заявитель утвердил типовые формы договоров теплоснабжения, в том числе проект договора теплоснабжения № 2 юридических лиц и предпринимателей, осуществляющих деятельность по управлению многоквартирными домами.

ЖЭСК «Заречный – 60» осуществляет управление и эксплуатацию многоквартирным жилым домом.

В целях предоставления гражданам, проживающим в данном жилом доме, коммунальных услуг, а именно – теплоснабжения, заявителем в адрес ЖЭСК «Заречный – 60» было направлено соглашение № ТМ 1414 от 15.03.2010 о присоединении к договору теплоснабжения № 2, утвержденному 25.01.2010.

Количество тепловой энергии подлежащей оплате абонентом определяется согласно пункту 2.1.3 договора.

В соответствии с пунктом 2.1.3 «в» договора теплоснабжения № 2 при отсутствии коллективных приборов учета тепла у абонента расчет за тепловую энергию производится энергоснабжающей организацией на основании показаний коммерческих приборов учета тепла энергоснабжающей организации из водного и теплового балансов системы теплоснабжения, а именно – количество тепловой энергии и теплоносителя, использованных отдельным абонентом без приборов учета, рассматривается как соответствующая часть общего количества тепловой энергии и теплоносителя, потребленного всеми абонентами без коллективных приборов учета тепла в системе теплоснабжения. Общее количество тепловой энергии и теплоносителя, потребленное за отчетный период всеми абонентами без приборов учета, определяется из теплового и водного балансов системы теплоснабжения, а по отдельному потребителю – пропорционально его расчетным часовым нагрузкам и расходам на ГВС, указанным в договоре, с учетом различия в характере теплового потребления: отопительно-вентиляционная тепловая нагрузка переменна и зависит от метеоусловий, тепловая нагрузка горячего водоснабжения постоянна в течение всего периода потребления.

Тепловые потери через изоляцию трубопроводов на участках тепловой сети, находящихся на балансе абонента, включаются в количество тепловой энергии, потребленной абонентом, так же как и потери тепловой энергии со всеми видами

утечек и сливом теплоносителя из систем теплоснабжения и трубопроводов его участка тепловой сети.

Согласно имеющимся в материалах дела приложениям № 1, № 2 к проекту договора теплоснабжения, указано планируемое количество тепловой энергии с учетом прогнозируемой среднемесячной температуры наружного воздуха и суточного расхода горячего водоснабжения, подаваемое абоненту для отопления, вентиляции и горячего водоснабжения с учетом потерь в сетях и системах теплоснабжения.

Таким образом, исходя из условий проекта договора теплоснабжения, определение количества потребленной тепловой энергии при отсутствии коллективных приборов учета тепла определяется расчетным методом в соответствии с Методикой № 105 с учетом тепловых потерь.

ОАО «Тепло Тюмени» указывает, что при осуществлении расчетов за тепловую энергию (для отопления) гражданам, проживающим в многоквартирных домах, в которых отсутствуют приборы учета, заявитель применяет тариф, установленный решением РЭК по Тюменской области, ХМАО и ЯНАО от 28.01.2010 № 8.

Арбитражный суд первой инстанции признал данную позицию Общества несостоятельной, указал, что заявитель нарушает установленный нормативными актами порядок ценообразования.

Арбитражный суд апелляционной инстанции поддерживает данную позицию суда первой инстанции, в силу следующего.

Согласно пункту 1 статьи 157 Жилищного кодекса Российской Федерации размер платы за коммунальные услуги определяется на основании показаний приборов учета, а при их отсутствии исходя из нормативов потребления коммунальных услуг, утверждаемых органами местного самоуправления.

Правила предоставления коммунальных услуг гражданам устанавливаются Правительством Российской Федерации.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 26.05.2006 утверждены Правила предоставления коммунальных услуг гражданам № 307 (далее – Правила № 307).

Пунктом 8 Правил № 307 предусмотрено, что условие договора о приобретении коммунальных ресурсов и водоотведении (приеме (сбросе) сточных вод), заключаемого с ресурсоснабжающими организациями с целью обеспечения потребителя

коммунальными услугами, не должны противоречить данным Правилам и иным нормативным правовым актам Российской Федерации.

Согласно абзацу второму пункта 15 Правил № 307 в случае, если исполнителем является товарищество собственников жилья, жилищно-строительный, жилищный или иной специализированный потребительский кооператив либо управляющая организация, расчет размера платы за коммунальные услуги, а также приобретение исполнителем холодной и горячей воды, услуг водоотведения, электрической энергии, газа и тепловой энергии осуществляются по тарифам, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации и используемым для расчета размера платы за коммунальные услуги гражданами.

В соответствии с пунктом 19 Правил № 307 при отсутствии приборов учета объем потребляемых коммунальных услуг определяется, исходя из нормативов потребления коммунальных услуг, утвержденных органами местного самоуправления, а не расчетным путем.

ЖЭСК «Заречный-60» с учетом требований пунктов 3 и 49 Правил № 307 является исполнителем коммунальных услуг.

В соответствии со статьей 110 Жилищного кодекса Российской Федерации жилищным или жилищно-строительным кооперативом признается добровольное объединение граждан и (или) юридических лиц на основе членства в целях удовлетворения потребностей граждан в жилье, а также управления жилыми и нежилыми помещениями в кооперативном доме.

В целях оказания населению коммунальных услуг ЖЭСК «Заречный-60» приобретает у ОАО «Тепло Тюмени» тепловую энергию для отопления и горячего водоснабжения обслуживаемых ЖЭСК «Заречный-60» жилых домов, то есть тепловая энергия приобреталась не в целях перепродажи, а для предоставления гражданам – потребителям коммунальных услуг.

Таким образом, в силу целей и задач ЖЭСК «Заречный-60» по представлению интересов граждан - физических лиц, его деятельность фактически является деятельностью граждан - физических лиц, а потому применение энергоснабжающей организацией при заключении договора с ЖЭСК «Заречный-60» тарифов, превышающих установленные для граждан, является необоснованным.

Исходя из изложенного, антимонопольным органом правильно установлено, что ЖЭСК «Заречный-60» не является хозяйствующим субъектом с самостоятельными экономическими интересами, отличными от интересов его членов.

Таким образом, специфические отношения по теплоснабжению потребителей - граждан, в том числе, возникающие между ЖЭСК «Заречный – 60» и ресурсоснабжающей организацией, подлежат регулированию в соответствии с нормами Жилищного кодекса Российской Федерации и принятых в соответствии с ним специальными нормативными правовыми актами, в том числе Правилами № 307.

В апелляционной жалобе Общество ссылается на пункт 15 Правил № 307, регламентирующий, что при расчетах подлежит применению тариф, установленный уполномоченным органом для энергоснабжающей организации.

Однако заявителем не учтено, что абзац второй пункта 15 Правил № 307 специально регулирует случаи, когда исполнителем является специализированный потребительский кооператив в связи с чем, расчет размера платы за коммунальные услуги осуществляются по тарифам, установленным в соответствии с законодательством Российской Федерации и используемым для расчета размера платы за коммунальные услуги гражданами.

Кроме того, в соответствии с пунктом 17 статьи 1 Федерального закона от 30.12.2004 № 210-ФЗ «Об основах регулирования тарифов организаций коммунального комплекса» потребители товаров и услуг организаций коммунального комплекса в сфере теплоснабжения – лица, приобретающие по договору теплоснабжения тепло для собственных хозяйственно-бытовых и (или) производственных нужд (далее – потребители).

В жилищном секторе потребителями товаров и услуг указанных организаций в сфере теплоснабжения в многоквартирных домах являются товарищества собственников жилья, жилищные кооперативы, жилищно-строительные кооперативы и иные специализированные потребительские кооперативы, управляющие организации, которые приобретают указанные выше товары и услуги для предоставления коммунальных услуг лицам, пользующимся помещениями в данном многоквартирном доме, или непосредственно собственники помещений в многоквартирном доме в случае непосредственного управления многоквартирным домом собственниками помещений.

ОАО «Тепло Тюмени» сослалось на то, что при осуществлении расчетов за тепловую энергию гражданам, проживающим в многоквартирных домах, в которых отсутствуют приборы учета, применяется тариф, установленный решением РЭК по Тюменской области, ХМАО и ЯНАО от 28.01.2010 № 8 в связи с чем, полагает, что отсутствуют какие-либо нарушения порядка ценообразования. По мнению Общества, документом, регламентирующим порядок расчета объема поданной тепловой энергии, является Методика № 105.

Арбитражный суд апелляционной инстанции не может согласиться с данной позицией Общества, поскольку в соответствии с пунктом 2 Методики № 105 такая разработана в развитие «Рекомендаций по организации учета тепловой энергии и теплоносителей на предприятиях, в учреждениях и организациях жилищно-коммунального хозяйства и бюджетной сферы» в качестве практического пособия для коммунальных теплоснабжающих организаций, производящих выработку и отпуск тепловой энергии и теплоносителя потребителям (абонентам), а также для абонентов - юридических лиц, теплоснабжение которых осуществляется водяными системами коммунального теплоснабжения.

ЖЭСК «Заречный-60» приобретает тепловую энергию для обеспечения жилых помещений граждан в многоквартирном жилом доме, находящемся у него в управлении.

Вышеуказанная Методика №105 носит рекомендательный характер и ее применение возможно только при наличии согласования такого условия сторонами правоотношений.

В апелляционной жалобе Общество указывает на то, что к рассматриваемым отношениям подлежит применению принцип свободы договора. Податель жалобы считает, что произведенный им расчет платы с учетом тарифа, установленного РЭК и определивший количество тепловой энергии без учета норматива потребления коммунальных услуг, является верным.

Арбитражный суд апелляционной инстанции не может согласиться с данными доводами ОАО «Тепло Тюмени», исходя из следующего.

Пункт 4 статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации устанавливает, что условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (статья 422 Гражданского кодекса Российской Федерации).

В силу части 1 статьи 4 Федерального закона от 29.12.2004 № 189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» впредь до приведения в соответствие с Жилищным кодексом Российской Федерации законов и иных нормативных правовых актов, действующих на территории Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты применяются постольку, поскольку они не противоречат Жилищному кодексу Российской Федерации.

При этом в силу пункта 8 Правил предоставления коммунальных услуг условия договора о приобретении коммунальных ресурсов и водоотведении (приеме (сбросе) сточных вод), заключаемого с ресурсоснабжающими организациями с целью обеспечения потребителя коммунальными услугами, не должны противоречить этим Правилам и иным нормативным правовым актам Российской Федерации.

Таким образом, договор теплоснабжения, заключаемый между ресурсоснабжающей организацией и ЖЭСК в целях обеспечения нужд его членов теплом в жилых помещениях, подлежит регулированию названными нормативными правовыми актами.

В пунктах 15 и 19 Правил № 307 имеется прямое указание на приобретение исполнителем коммунальных услуг в лице ЖЭСК у ресурсоснабжающей организации тепловой энергии исходя из нормы потребления, установленной для граждан органом местного самоуправления.

Такие нормы определены постановлением Главы города Тюмени от 11.07.2001 № 48 «Об изменении норматива теплопотребления на отопление», и составляют на 1 кв.м. жилой площади в год – 0,252 Гкал. исходя из этого размер платы за отопление в месяц с 1 кв.м. для граждан составляет 19,98 руб./кв.м. в месяц.

Следовательно, довод подателя апелляционной жалобы о правильности расчета платы с учетом тарифа установленного РЭК и определившей количество тепловой энергии без учета норматива потребления коммунальных услуг, противоречат названным нормам и нарушает права граждан, проживающих в многоквартирных жилых домах.

Указанный вывод суда согласуется со сложившейся судебной-арбитражной практикой (см., в частности, Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21.04.2009 № 15791/08).

В соответствии с пунктом 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2008 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» 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 нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

В пункте 4 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2008 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», наличие или угроза наступления соответствующих последствий (недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц) предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

Однако, оценивая такие действия (бездействие) как злоупотребление доминирующим положением, следует учитывать положения части 2 статьи 10 и части 1 статьи 13 Федерального закона от 26.07.2008 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и 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.

Арбитражный суд первой инстанции, отказывая в удовлетворении заявленного Обществом требования, обоснованно исходил из того, что ОАО «Тепло Тюмени» нарушены положения соответствующей статьи Федерального закона от 26.07.2008 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а именно: действия Общества, выразившиеся в нарушении установленного порядка ценообразования – применении ненадлежащих тарифов при осуществлении учета и расчета стоимости коммунальных услуг (тепловой энергии) оказываемых ЖЭСК, ущемляют интересы его членов и не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации.

Из имеющихся в материалах дела документов следует, что Обществом в нарушение пунктов 15 и 19 Правил № 307 применен порядок расчета при отсутствии узла коммерческого учета тепловой энергии у абонента без учета нормативов потребления тепловой энергии гражданами, которые установлены органом местного самоуправления.

В результате чего, плата за коммунальные услуги граждан по отоплению и горячему водоснабжению не соответствует плате, рассчитываемой в соответствии с Правилами № 307.

Учитывая изложенное, арбитражный суд апелляционной инстанции приходит к заключению о том, что, отказав в удовлетворении заявления ОАО «Тепло Тюмени», суд первой инстанции принял законное и обоснованное решение.

Нормы материального права применены Арбитражным судом Тюменской области правильно.

Нарушений норм процессуального права, являющихся в силу части 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в любом случае основаниями для отмены судебного акта, судом апелляционной инстанции не установлено.

Следовательно, оснований для отмены обжалуемого решения арбитражного суда не имеется, а потому апелляционная жалоба Общества удовлетворению не подлежит.

В связи с отказом в удовлетворении апелляционной жалобы, в соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации расходы по оплате государственной пошлины за подачу апелляционной жалобы в сумме 1000 руб. относятся на ее подателя, то есть на ОАО «Тепло Тюмени».

Поскольку в соответствии с подпунктом 12 пункта 1 статьи 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации, с учетом правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 1 информационного письма от 11.05.2010 № 139, Обществом при подаче апелляционной жалобы подлежала к уплате государственная пошлина в сумме 1000 руб., а фактически им была уплачена в сумме 2000 руб., то 1000 руб. излишне уплаченной государственной пошлины подлежит возврату ОАО «Тепло Тюмени» из федерального бюджета.

Руководствуясь пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Восьмой арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Тюменской области от 22.03.2011 по делу № А70-13183/2010 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Возвратить открытому акционерному обществу «Тепло Тюмени» из федерального бюджета 1000 руб. излишне уплаченной по платежному поручению № 1466 от 14.04.2011 на сумму 2000 руб. при подаче апелляционной жалобы государственной пошлины.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия, может быть обжаловано путем подачи кассационной жалобы в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме.

Председательствующий

Е.П. Кливер

Судьи

Ю.Н. Киричѐк

О.Ю. Рыжиков