



## 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

15 февраля 2012 года

Дело № А70-6473/2011

Резолютивная часть постановления объявлена 08 февраля 2012 года

Постановление изготовлено в полном объеме 15 февраля 2012 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Рыжикова О.Ю.

судей Ивановой Н.Е., Киричѐк Ю.Н.

при ведении протокола судебного заседания: секретарем Сердитовой Н.В.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу (регистрационный номер 08АП-9852/2011) открытого акционерного общества «Тепло Тюмени» на решение Арбитражного суда Тюменской области от 10 октября 2011 года по делу № А70-6473/2011 (судья Минеев О.А.), принятое по заявлению открытого акционерного общества «Тепло Тюмени» (ИНН 7203243499, ОГРН 1097232036549) к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области о признании незаконным и решения от 11.03.2011 №К 10/217 о нарушении антимонопольного законодательства и предписания от 11.03.2011 № К10/217 о прекращении нарушения, о признании незаконным и отмене постановления о назначении административного наказания за нарушение антимонопольного законодательства №А11/114 от 09. 06. 2011, третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований на предмет спора – закрытое акционерное общество «Проектно-строительная фирма «СТАР»,

при участии в судебном заседании представителей:

от открытого акционерного общества «Тепло Тюмени» - Смирнова Л.В. (паспорт, по доверенности № 276 от 16.01.2012 сроком действия до 15.01.2013 года); Мироненко С.А. (паспорт, по доверенности № 215 от 27.07.2011 сроком действия на один год);

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области - не явился, о времени и месте судебного заседания извещено надлежащим образом;

от закрытого акционерного общества «Проектно-строительная фирма «СТАР» - Иванова Ю.Г. (паспорт, по доверенности б/н от 01.01.2012 сроком действия на один год).

**установил:**

Открытое акционерное общество «Тепло Тюмени» (далее – ОАО «Тепло Тюмени», истец, Общества) обратилось в Арбитражный суд Тюменской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее – Управление, УФАС по Тюменской области) о признании незаконными решения от 11.03.2011 № К 10/217 о нарушении антимонопольного законодательства и предписания от 11.03.2011 № К 10/217.

Третьим лицом, не заявляющим самостоятельных требований на предмет спора, к участию в деле привлечено закрытое акционерное общество «Проектно-строительная фирма «СТАР» (далее – ЗАО «Проектно-строительная фирма «СТАР»).

Определением суда от 27.07.2011 настоящее дело объединено с делом №А70-5628/2011 по заявлению ОАО «Тепло Тюмени» к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области об оспаривании постановления по делу об административном правонарушении № А11/114 от 09.06.2011.

Объединенному делу присвоен номер № А70-6473/2011.

Заявителем в порядке статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) представлены уточнения к заявлениям об оспаривании решения по делу №К10/217 от 11.03.2011 и постановления №А11/114 от 09.06.2011.

Судом первой инстанции уточнения приняты к рассмотрению.

Решением Арбитражного суда Тюменской области от 10.10.2011 по делу № А70-6473/2011 в удовлетворении заявленных требований отказано.

Судебный акт мотивирован наличием в действиях Общества состава административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена статьей 14.31 КоАП РФ. Судом не установлено исключительных обстоятельств, позволяющих применить правила о малозначительности к совершенному правонарушению.

Не согласившись с принятым судебным актом, Общество обратилось с апелляционной жалобой, в которой просило решение суда отменить, принять по делу новый судебный акт.

В обоснование апелляционной жалобы Общество ссылается на малозначительность совершенного административного правонарушения.

От Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области поступил письменный отзыв на апелляционную жалобу, который приобщен к материалам дела.

От ЗАО «Проектно-строительная фирма «СТАР» поступил письменный отзыв на апелляционную жалобу, который приобщен к материалам дела.

В порядке статьи 156 АПК РФ апелляционная жалоба рассмотрена без участия Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области, надлежащим образом извещенного о времени и месте слушания по делу.

Представитель ОАО «Тепло Тюмени» в заседании суда апелляционной инстанции ходатайствовал о приобщении к материалам дела дополнительных пояснений и документов, которые были представлены через канцелярию суда. Представитель открытого акционерного общества «Тепло Тюмени» пояснил, что доказательства не были представлены в суд первой инстанции, так как суд посчитал имеющиеся доказательства достаточными и в предоставлении времени ОАО «Тепло Тюмени» для получения данных доказательств отказал.

Представитель ЗАО «Проектно-строительная фирма «СТАР» возразил против приобщения представленных документов.

Рассмотрев ходатайство о приобщении к материалам дела дополнительных документов, суд апелляционной инстанции не находит оснований для его удовлетворения.

Суд апелляционной инстанции повторно рассматривает дело по имеющимся в материалах дела и дополнительно представленным доказательствам (статья 268 АПК РФ). В силу части 3 данной статьи при решении вопроса о возможности принятия новых доказательств суд должен определить, была ли у лица, представившего доказательство, возможность их представления в суд первой инстанции, или заявитель не представил их по не зависящим от него уважительным причинам. К числу уважительности, в частности, относится необоснованное отклонение судом первой инстанции ходатайства о назначении экспертизы.

Поэтому признание доказательства относимым и допустимым само по себе не является основанием для его принятия судом апелляционной инстанции (пункт 26 Постановления Пленума ВАС РФ от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде апелляционной инстанции»).

Из материалов дела следует, что с ходатайством о приобщении вышеперечисленных документов к суду первой инстанции податель жалобы не обращался, уважительность их непредставления суд апелляционной инстанции не усматривает. Фактически истец совершил действия по сбору дополнительных доказательств после вынесения решения, поэтому их приобщение не соответствует требованиям части 3 статьи 268 АПК РФ.

Суд вынес протокольное определение: в удовлетворении ходатайства ОАО «Тепло Тюмени» об отказе в принятии дополнительных документов в 11 наименованиях в связи с тем, что подателем жалобы не обоснована невозможность предоставления данных доказательств в суд первой инстанции, кроме того, часть документов появилась после вынесения обжалуемого судебного акта и в силу действующего законодательства не может быть положена в основу доводов апелляционной жалобы и судебного разбирательства в апелляционной инстанции, документы возвращаются представителю ОАО «Тепло Тюмени».

Представитель ОАО «Тепло Тюмени» в судебном заседании поддержал требования, изложенные в апелляционной жалобе, просил решение суда первой инстанции признать незаконным в части, уменьшить сумму административного штрафа в связи с изменениями в статью 14.31 КоАП РФ.

Представитель ЗАО «Проектно-строительная фирма «СТАР» с доводами апелляционной жалобы не согласился, просил оставить решение без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения.

Рассмотрев материалы дела, апелляционную жалобу, отзывы на неё, заслушав представителей лиц, участвующих в деле, суд апелляционной инстанции установил следующие обстоятельства.

ОАО «Тепло Тюмени» направило в адрес ЗАО «ПСФ «Стар» письмо от 30.03.2010 №1409 в котором сообщало, что в связи с прекращением действия для ОАО «УТСК» тарифа на тепловую энергию для конечных потребителей от распределительных сетей, сбытовую деятельность по продаже тепловой энергии и организацию по работе с потребителями осуществляет с 01.01.2010 ОАО «Тепло

Тюмени», в связи с чем третьему лицу предлагалось в 10-дневный срок представить пакет документов для заключения договора на теплоснабжение. Третьему лицу также указано, что после получения требуемых документов ему будет направлен проект договора для его заключения в установленном порядке, в противном случае ситуация будет рассматриваться как бездоговорное потребление тепловой энергии (л.д.102 том 2).

ЗАО «ПСФ «Стар» направило в адрес ОАО «Тепло Тюмени» заявление от 05.04.2011 о заключении договора на отпуск тепловой энергии по двум объектам: офисное здание по адресу: г.Тюмень, ул.Пржевальского, 35, корпус 3; строящееся офисное здание по адресу: г.Тюмень, ул. А.Логунова, 11, корпус 3 (л.д. 37 том 2), а также письмо от 05.04.2010 (л.д.62 том 2).

Дополнительно письмом от 22.04.2010 №53-Б ЗАО «ПСФ «Стар» направило в адрес ОАО «Тепло Тюмени» договор №Т6518, заключенный между ОАО «УТСК» и ТСЖ «Озерные Аркады», подтверждающий, что с 01.10.2009 потребителем тепловой энергии по жилому дому по ул. Логунова, 11 в г. Тюмени является данное ТСЖ и указало, что оплата подпитки и потерь тепла по тепловым сетям к жилому дому в г.Тюмени, ул. Логунова, 11 осуществляет названное ТСЖ (л.д.68 том 2).

ОАО «Тепло Тюмени» письмом от 22.04.2010 направило в адрес третьего лица договор теплоснабжения №ТМ2965 от 23.04.2010 (л.д.63 том 2), в котором в качестве объектов теплоснабжения были указаны теплотрассы по ул. Логунова, 11, а в акте разграничения балансовой принадлежности тепловых сетей (эксплуатационной ответственности сторон) (приложение №3 к договору теплоснабжения) граница балансовой принадлежности тепловых сетей и эксплуатационной ответственности сторон по тепловой трассе установлена от наружной стены тепловой камеры ТК-6 на теплотрассе 2Ду 300 м, идущей от 5 микрорайона до ввода в жилые дом по ул. Логунова, д.11.

ЗАО «ПСФ «Стар» письмом от 26.07.2010 №106-Б направило в адрес заявителя договор теплоснабжения №ТМ2965 от 23.04.2010 с протоколом разногласий (л.д.49-59 том 1, л.д.83 том 2), в котором в числе прочего абонент указывал об исключении объектов, указанных в приложение 1 и 2 к договору, а именно: ТМ2965.001, ТМ2965.002, ТМ2965.003, ТМ2965.004, ТМ2965.007, ТМ2965.008 и планируемого количество тепловой энергии по указанным объектам, а также изменял содержание акта разграничения эксплуатационной ответственности: г.Тюмень, ул. Пржевальского, д.35, корпус 3 (офис) - наружная стена здания на вводе тепловой сети в здание:

г.Тюмень, ул. Логунова, ГП-1, офисное здание - наружная стена здания на вводе тепловой сети в здание.

Письмом от 05.08.2010 ОАО «Тепло Тюмени» сообщило третьему лицу о том, что исключение из договора теплоснабжения №2965 названных теплотрасс возможно только при предоставлении подтверждающих документов на передачу указанных теплотрасс (л.д.87 том 2).

Письмом от 30.08.2010 третье лицо сообщило заявителю о том, что на его балансе теплотрассы указанные в письме от 05.08.2010 отсутствуют (л.д.88 том 2).

Письмом от 16.09.2010 ОАО «Тепло Тюмени» направило в адрес ЗАО «ПСФ «Стар» подписанный протокол разногласий к договору теплоснабжения №ТМ2965 от 23.04.2010 с протоколом урегулирования разногласий к нему (л.д.97 том 2), в котором среди прочего указанные теплотрассы из объектов теплоснабжения по договору не исключены, редакция абонента не принята.

Кроме того, материалы дела свидетельствуют о том, что ОАО «Тепло Тюмени» в июне 2010 года направляло в адрес ЗАО «ПСФ «Стар» уведомление о полном отключении тепловой энергии в связи с наличием по состоянию на 25.06.2010 задолженности в сумме 278567,09 рублей (л.д.36 том 2).

Согласно актов от 15.07.2010 заявителем было произведено отключение системы горячего водоснабжения объекта расположенного по адресу: г.Тюмень, ул. Пржевальского, 35/3(офис застройщика) и по адресу: г.Тюмень, ул. Логунова, ГП-1 по причине задолженности (л.д.34,35 том 2).

06.09.2010 третьему лицу была направлена претензия об оплате задолженности в сумме 326750,53 рублей, включающая плату за потребленную тепловую энергию в указанным объектам, а также оплата потерь тепловой энергии в тепловой сети к жилому дому по ул. Логунова, 11.

21.09.2010 третьим лицом произведена оплата потребленной тепловой энергии по адресу: г.Тюмень, ул. Пржевальского, 35/3 и по адресу: г.Тюмень, ул. Логунова, 11 ГП-1 по приборам учета за фактически потребленное количество энергии в январе-августе 2010 года (л.д.61-62 том 1).

Тепловая энергия была поставлена на объекты третьего лица 02.10.2010.

В Управление ФАС по Тюменской области поступило заявление от ЗАО «Проектно-строительная фирма «СТАР» на действия ОАО «Тепло Тюмени», выразившиеся в неправомерном навязывании абоненту условий заведомо невыгодных для него, а именно во включении в предмет договора теплоснабжения потерь тепловой

энергии, возникающих на сетях обеспечения тепловой энергии I ставляемой не для нужд общества, а в целях теплоснабжения жилых домов.

По результатам рассмотрения заявления комиссией Управления ФАС по Тюменской области 11.03.2011 принято решение №К10/217 которым в действиях ОАО «Тепло Тюмени», занимающего доминирующее положение на рынке услуг по передаче тепловой энергии в границах присоединенных сетей, признано нарушение пункта 3 части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившееся в навязывании контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (экономически или технологически не обоснованные и (или) прямо не предусмотренные федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования).

Обществу выдано обязательное для исполнения предписание 11.03.2011 №К10/217 об устранении последствий нарушения антимонопольного законодательства.

Уполномоченным должностным лицом Управления ФАС по Тюменской области в отношении ОАО «Тепло Тюмени» 11.05.2011 составлен протокол №А11/114 об административном правонарушении, административная ответственность за совершение которого предусмотрена статьей 14.31 КоАП РФ.

Заместителем руководителя Управления ФАС по Тюменской области по результатам рассмотрения протокола об административном правонарушении и материалов дела в присутствии защитника общества вынесено постановление №А11/114 от 09.06.2011 о назначении административного наказания по статье 14.13 КоАП РФ в виде административного штрафа в размере 17943788,14 рублей.

Заявитель с вынесенными в отношении него решением и предписанием от 11.03.2011, а также постановлением по делу об административном правонарушении от 09.06.2011 не согласен, в связи с чем обратился в арбитражный суд с заявленными требованиями.

10.10.2011 Арбитражным судом Тюменской области принято решение, которое обжаловано ОАО «Тепло Тюмени» в апелляционном порядке.

Проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в обжалуемой части в порядке статей 266, 268 АПК РФ, суд апелляционной инстанции считает, что оно подлежит изменению на основании следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 198 АПК РФ, лицо вправе обратиться в суд с заявлением о признании незаконным решения государственного органа, если полагает, что оспариваемое решение не соответствует закону или иному нормативному правовому акту и нарушает его права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагает на него какие-либо обязанности, создает иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного акта закону или иному нормативному правовому акту возлагается на орган, принявший этот акт (часть 5 статьи 200 АПК РФ).

В соответствии со статьей 14.31 КоАП РФ совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных статьей 14.31.1 настоящего Кодекса, - влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей, а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг), - в размере от трех тысячных до трех сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

Из статьи 1.5 КоАП РФ следует, что лицо подлежит административной ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина.



Лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, считается невиновным, пока его вина не будет доказана в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, и установлена вступившим в законную силу постановлением судьи, органа, должностного лица, рассмотревших дело.

В соответствии с пунктом 4 статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами.

Как следует из пункта 1 статьи 422 ГК РФ, договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения.

Согласно пунктам 1 и 2 статьи 539 ГК РФ по договору энергоснабжения энергоснабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию. Договор энергоснабжения заключается с абонентом при наличии у него отвечающего установленным техническим требованиям энергопринимающего устройства, присоединенного к сетям энергоснабжающей организации, и другого необходимого оборудования, а также при обеспечении учета потребления энергии.

В силу статьи 544 ГК РФ абонент обязан производить оплату фактически принятого количества энергии в соответствии с данными учета энергии, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или соглашением сторон. Порядок расчетов за энергию определяется законом, иными правовыми актами или соглашением сторон.

Суд первой инстанции обоснованно указал, что рассматриваемом случае принцип свободы договора, ограничен императивными нормами, регулирующими отношения энергоснабжения и регламентирующих обязанность абонента оплачивать ту энергию, которая им была принята.

В силу статьи 2 Федерального закона от 14.04.1995 № 41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» при регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию органами государственного регулирования учитываются затраты

энергоснабжающих организаций, в том числе расходы на обеспечение оборотных средств, исходя из порядка расчетов за электрическую и тепловую энергию.

В соответствии с пунктом 10 Методических указаний по расчету регулируемых тарифов и цен на электрическую (тепловую энергию) на розничном (потребительском) рынке, утвержденных Приказом Федеральной службы по тарифам (далее - ФСТ РФ) от 06.08.2004 № 20-э/2, тарифы на тепловую энергию, поставляемую потребителям, включают в себя стоимость тепловой энергии и стоимость услуг по ее передаче энергоснабжающими организациями и иных услуг, оказание которых является неотъемлемой частью процесса поставки энергии потребителям.

Как указано в пункте 58 раздела 9 названных Методических указаний расчет платы за услуги по передаче тепловой энергии по тепловым сетям определяется из расходов на эксплуатацию тепловых сетей и расходов на оплату тепловой энергии, израсходованной на передачу тепловой энергии по тепловым сетям (технологический расход (потери) тепловой энергии в сетях). В составе расходов учитываются тепловые потери через изоляцию трубопроводов тепловых сетей и с потерями теплоносителей и потери (в том числе с утечками) теплоносителей (пункт 61.2). Расходы на компенсацию указанных потерь и затрат определяются по действующим тарифам и ценам на каждый из видов ресурсов, получаемых по договорам с поставщиками (пункт 61.3). Расчет платы за услуги по передаче тепловой энергии должен включать в себя компенсации потерь тепловой энергии в сетях и потерь сетевой воды (таблица №111.24.1).

Федеральная служба по тарифам в письме от 18.02.2005 № СН-570/14 разъяснила положения названных выше Методических рекомендаций и в пунктах 37 и 38 письма плата за услуги по передаче тепловой энергии представляет собой сумму платежей за содержание тепловых сетей и за потери тепловой энергии. При этом принимается во внимание, что регулируемая организация осуществляет деятельность по передаче тепловой энергии и одновременно по ее продаже потребителям. В этом случае нормативные технологические потери тепловой энергии указанной организации включаются в состав НВВ (необходимой валовой выручки, являющейся одним из элементов формулы, по которой производится расчет платы за услуги по передаче тепловой энергии) этой организации. В случае, когда организация осуществляет деятельность только по передаче тепловой энергии без осуществления деятельности по ее продаже, нормативные технологические потери тепловой энергии, связанные с процессом ее передачи, следует включать в НВВ организации, осуществляющей деятельность по производству тепловой энергии, если иное не оговорено в договоре.

Из изложенного выше следует, что названные указания подтверждают, что нормативные потери в системе теплоснабжения передающей организации учитываются при утверждении тарифа энергоснабжающей или передающей организаций и не подлежат выставлению потребителю в качестве самостоятельной платы.

Кроме того, плата за потери тепловой энергии в сети подлежит предъявлению абоненту в составе тарифа лишь в том случае, если абонент приобретает тепловую энергию, поскольку потери тепловой энергии связаны с процессом ее передачи. В противном случае возложение на абонента потерь тепловой энергии, которая ему не передается и им не приобретается, является необоснованным и противоречит действующему законодательству.

В указано в пункте 3.2.1. Правил учета тепловой энергии и теплоносителя, утвержденных Минтопэнерго РФ от 12.09.1995 №Вк-4936, при определении количества тепловой энергии, полученной потребителем, в это количество включаются тепловые потери на участке от границы балансовой принадлежности системы теплоснабжения потребителя до его узла учета.

Таким образом, расходы на передачу тепловой энергии заявитель взимает с абонента через утвержденный тариф за единицу потребленной тепловой энергии.

Имеющиеся в материалах дела акты и счета-фактуры свидетельствуют о том, что заявитель выставял третьему лицу плату за потребленную энергию на объектах по адресу: г.Тюмень, ул. Пржевальского, 35/3 и по адресу: г.Тюмень, ул. Логунова, ГП-1 по тарифу, утвержденному РЭК в размере 497,3 руб. за единицу потребления.

В этих же расчетных документах абоненту выставлена отдельной строкой оплата потерь тепловой энергии, поставленной в жилые дома, расположенные по ул. Логунова 11, управление которыми осуществляет ТСЖ «Озерные Аркады» (104-118 том 2, л.д.64,65 том 3) по теплотрассам б/с 1.1 ж.д. 273/137,8м, б/с 1.2 ж.д. 219/115,2м, трасса б/с 3.1 ж.д.219/145 м, трасса 3.1 магазин 159\3м.

Вместе с тем, оплата тепловой энергии передаваемой по этим трассам относится на товарищество, согласно приложениям 1 и 2 к договору №2 от 25.01.2010 и статьям 539 и 544 Гражданского кодекса РФ (л.д.72-74 том 2).

Заявитель указывает, что теплоснабжение офисных зданий третьего лица осуществляется от ТК-6 по построенной им теплотрассе, в связи с чем именно третье лицо, как собственник, должно нести затраты на ее содержание.

Действительно, третье лицо на основании договоров от 07.10.2009 (л.д.89,90 том 2) обеспечивало исправность и сохранность приборов и инженерных сетей,

находящихся в подвальной части многоэтажного жилого дома по ул. Логунова, 11 и при необходимости проводило ремонт сетей. Обязанностью товарищества являлось соблюдение требований по эксплуатации инженерных сетей теплоснабжения выше подвальной части многоэтажного жилого дома.

Суд апелляционной инстанции соглашается с позицией суда первой инстанции, что заявитель не учитывает, что покупателем и потребителем тепловой энергии поставляемой по этим теплотрассам является товарищество, в связи с чем потери тепла отнесены на третье лицо неправомерно. Кроме того, обязанности по обслуживанию сетей в рамках договора от 07.10.2009 и обязанность собственника нести бремя содержания принадлежащего ему имущества не влекут обязанность компенсировать потери тепла при его потреблении другим лицом.

В соответствии с пунктом 2 статьи 1 Федерального закона «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ (далее – Закон № 135-ФЗ) его целями являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Товарный рынок - сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее - определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами; монополистическая деятельность злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью (пункты 4 и 10 статьи 4 Закона № 135-ФЗ).

Не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке. В случаях, когда закон ставит защиту гражданских прав в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно, разумность действий и

добросовестность участников гражданских правоотношений предполагаются (пункты 1 и 3 статьи 10 ГК РФ).

В силу части 1 статьи 10 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 (пункт 10) нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

В соответствии с пунктом 4 постановления Пленума ВАС РФ № 30 от 30.06.2008 в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона, 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 Закона 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.

Суд первой инстанции обоснованно указал, что ОАО «Тепло Тюмени» является субъектом естественной монополии в силу части 1 статьи 4 Федерального закона «О естественных монополиях», в связи с чем занимает доминирующее положение на рынке, а значит способно в одностороннем порядке влиять на условия обращения товара.

Как усматривается из материалов дела, что ОАО «Тепло Тюмени» необоснованно включило в договор теплоснабжения обязанность абонента оплачивать потери тепловой энергии, которая им не потребляется и не приобретается.

На основании изложенного, суд апелляционной инстанции считает, что решение №К10/217 является законным.

Суд апелляционной инстанции полагает, что являются необоснованными доводы заявителя о том, что ЗАО «ПСФ «Стар», обладая правом собственности на тепловые сети, по которым снабжается теплом жилой дом по ул.А.Логонова, д. 11, имело возможность своевременно получить в установленном порядке тариф на

оказание услуг по передаче тепловой энергии, оказать соответствующие услуги, оплатить потери в своих сетях и тем самым защитить свои экономические интересы.

Отклоняя указанный довод суд считает, что во-первых, как было установлено Комиссией при рассмотрении дела № К10/217, ЗАО «ПСФ «Стар» с 02.10.2009 не обладало правом собственности на указанные объекты, поскольку согласно Перечня № 1 объектов незавершенных строительством от 02.10.2009 ЗАО «ПСФ Стар» передало, а ООО «Инвестиционно-сетевая компания «Стар» приняло объекты незавершенные строительством, подлежащие передаче УФК по Тюменской области после окончания их строительства: тепловая трасса тп1 - ул. А.Логунова, д. 11, корп. 2 и тепловая сеть тп-1, ул.А.Логунова, д. 11.

Во-вторых, ОАО «Тепло Тюмени» имело возможность иным способом решить вопрос о компенсации потерь, возникающих в сетях при снабжении теплом жилого дома по ул.А.Логунова, д. 11, в том числе, путем обращения в судебные либо иные органы за защитой своих интересов, не нарушая при этом права и законные интересы других лиц. Между тем, используя свое положение на рынке, Общество избрало противоправный механизм воздействия на третье лицо, навязав ему невыгодные и не относящиеся к предмету договора условия, чем ущемило его законные интересы и злоупотребило доминирующим положением. Условия договора №ТМ2965 от 23.04.2010, предусматривающие оплату потерь тепловой энергии, возникающих в сетях при теплоснабжении жилого дома по ул.А.Логунова, д. 11, прямо не относятся к предмету такого договора, поскольку предметом договора №ТМ2965 от 23.04.2010 является теплоснабжение офисных помещений по адресу: г.Тюмень, ул.Пржевальского, 35, корпус 3; строящееся офисное здание по адресу: г.Тюмень, ул.А.Логунова, 11, корпус 3. Кроме того, в данных условиях контрагент не заинтересован.

Также необоснованными являются доводы заявителя о том, что нарушение антимонопольного законодательства произошло на рынке поставки тепловой энергии, на котором доминирующее положение Общества антимонопольным органом не установлено.

Комиссией установлено, что ОАО «Тепло Тюмени» осуществляет деятельность в условиях естественной монополии по оказанию услуг по передаче тепловой энергии с 01.01.2010 в границах балансовой принадлежности тепловых сетей, вследствие чего занимает доминирующее положение на указанном рынке. Кроме того Комиссией установлено, что нарушение антимонопольного законодательства произошло на рынке передачи тепловой энергии, поскольку противоправные действия Общества связаны с

требованием у третьего лица оплаты потерь тепловой энергии при оказании услуг передачи тепловой энергии.

Таким образом, устанавливать доминирующее положение ОАО «Тепло Тюмени» на рынке поставки тепловой энергии в данном случае не требовалось, поскольку нарушение произошло на рынке оказания услуг по передаче тепловой энергии, где Общество занимает доминирующее положение.

Вместе с тем, суд апелляционной инстанции считает необходимым отметить следующее.

В соответствии со статьей 54 Конституции Российской Федерации закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет. Никто не может нести ответственности за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением. Если после совершения правонарушения ответственность за него устранена или смягчена, применяется новый закон.

Согласно пункту 2 статьи 31.7 КоАП РФ судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление о назначении административного наказания, прекращают исполнение постановления в случае отмены или признания утратившими силу закона или его положения, устанавливающих административную ответственность за содеянное.

Федеральным законом от 06.12.2011 № 404-ФЗ, который вступил в силу 07.01.2012, статья 14.31 была изложена в новой редакции.

Согласно части 2 статьи 14.31 КоАП РФ совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, если результатом таких действий является или может являться недопущение, ограничение или устранение конкуренции, за исключением случаев, предусмотренных статьей 14.31.1 настоящего Кодекса, либо совершение субъектом естественной монополии действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, -

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц - от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого

совершено административное правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей, а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством Российской Федерации ценам (тарифам), - в размере от трех тысячных до трех сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

Таким образом, уменьшился размер штрафа, который может быть наложен на ОАО «Тепло Тюмени» за совершение правонарушения, установленного решением УФАС по Тюменской области от 11.03.2011.

В результате минимальный размер штрафа для ОАО «Тепло Тюмени» по статье 14.31 КоАП РФ составляет 5 383 136 рубля 52 копейки (1 794 378 841 рубль 23 копейки х 3/1000)

Изменения, внесенные в статью 14.31 КоАП РФ, отвечают признакам закона, который имеет обратную силу согласно части 2 статьи 1.7 КоАП РФ для лица, у которого сумма выручки от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки от реализации всех товаров (работ, услуг).

Частью 2 статьи 1.7 КоАП РФ установлено, что закон, смягчающий или отменяющий административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом улучшающий положение лица, совершившего административное правонарушение, имеет обратную силу, то есть распространяется и на лицо, которое совершило административное правонарушение до вступления такого закона в силу и в отношении которого постановление о назначении административного наказания не исполнено.

Указанная норма предписывает применять новый закон в случаях, когда после совершения правонарушения ответственность за него устранена или смягчена, и не



предполагает наличия у суда или иного органа, применяющего закон, полномочий, которые позволяли бы ему в случае обращения лица с заявлением о пересмотре неисполненного постановления о привлечении к административной ответственности не применять этот закон.

При этом реализация положений данной нормы об обратной силе закона в случае изменения размера штрафа в сторону уменьшения осуществляется применительно к пункту 2 статьи 31.7 КоАП РФ путем прекращения исполнения постановления в части.

Следовательно, непринятие мер по применению нового закона, смягчающего административную ответственность, по ходатайству лица, привлеченного к ответственности, является бездействием органа (должностного лица), применившего ответственность в смысле положений главы 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Согласно части 3 статьи 4.1 КоАП РФ при назначении административного наказания юридическому лицу учитываются характер совершенного им административного правонарушения, его имущественное и финансовое положение, обстоятельства, смягчающие и отягчающие административную ответственность. Статья 4.2 КоАП РФ определяет перечень обстоятельств, смягчающих административную ответственность.

При рассмотрении дела об административном правонарушении управление реализовало положения части 3 статьи 4.1 КоАП РФ и установило обстоятельства, которые послужили основанием для применения наказания в виде штрафа, соответствующего минимальному пределу действующей в момент вынесения постановления санкции.

Норма, изложенная в части 2 статьи 1.7 КоАП РФ означает, что при рассмотрении вопроса об изменении неисполненного наказания в соответствии с новым законом, смягчающим ответственность, подлежат применению все установленные новой редакцией КоАП РФ правила (и общие, и специальные), в связи с чем в целях обеспечения реализации принципов справедливости и равенства перед законом правоприменителем должны быть учтены и обстоятельства, определенные при рассмотрении дела и повлиявшие на назначение наказания в полном объеме.

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции считает, что размер штрафа за совершение административного правонарушения по статье 14.13 КоАП РФ должен составить 5 383 136 рублей 52 копейки.

Согласно пункту 4 части 1 статьи 270 АПК РФ нарушение или неправильное применение норм материального права является основанием для изменения судебного акта.

При таких обстоятельствах, решение суда первой инстанции подлежит изменению в части превышающей размер штрафа - 5 383 136 рублей 52 копейки. В остальной части требований ОАО «Тепло Тюмени» следует отказать.

Согласно подпунктам 3, 12 пункта 1 статьи 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации, пункту 15 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.05.2005 № 91 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами главы 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации» (в редакции Информационного письма от 11.05.2010 № 139) государственная пошлина по апелляционным жалобам, поданным юридическими лицами по делам о признании нормативного правового акта недействующим, о признании ненормативного правового акта недействительным и о признании решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц незаконными, уплачивается в сумме 1 000 рублей.

Обществом при подаче апелляционной жалобы платежным поручением № 4644 от 11.11.2011 фактически была уплачена государственная пошлина в размере 2 000 руб., следовательно, 1 000 руб. подлежит возврату ОАО «Тепло Тюмени» из федерального бюджета.

На основании изложенного и руководствуясь пунктом 2 статьи 269, пунктом 4 части 1 статьи 270, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Восьмой арбитражный апелляционный суд

#### **ПОСТАНОВИЛ:**

Решение Арбитражного суда Тюменской области от 10.10.2011 г. по делу № А70-6473/2011 - изменить, изложив резолютивную часть решения в следующей редакции.

Признать недействительным Постановление о назначении административного наказания за нарушение антимонопольного законодательства № А 11/114, вынесенное 09.06.2011 г. Управлением Федеральной антимонопольной службы Тюменской области в части превышающей размер штрафа - 5 383 136 рублей 52 копейки. В

остальной части требований Открытого акционерного общества «Тепло Тюмени» - отказать.

Возвратить Открытому акционерному обществу «Тепло Тюмени» излишне уплаченную платежным поручением №4644 от 11.11.2011 г. госпошлину в сумме 1000 рублей.

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

О.Ю. Рыжиков

Судьи

Н.Е. Иванова

Ю.Н. Киричѐк