



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

16 января 2012 года

Дело № А70-7503/2011

Резолютивная часть постановления объявлена 12 января 2012 года

Постановление изготовлено в полном объеме 16 января 2012 года

Восьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Ивановой Н.Е.,

судей Кливера Е.П., Рыжикова О.Ю.,

при ведении протокола судебного заседания: секретарем Михайловой Н.А.,

рассмотрев в открытом судебном заседании с использованием систем видеоконференц-связи при содействии Арбитражного суда Тюменской области апелляционную жалобу (регистрационный номер 08АП-9489/2011) закрытого акционерного общества «Газпром межрегионгаз Север» на решение Арбитражного суда Тюменской области от 10.10.2011 по делу № А70-7503/2011 (судья Коряковцева О.В.), принятое по заявлению закрытого акционерного общества «Газпром межрегионгаз Север» (ОГРН 1038600549305, ИНН 8602300239)

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области,

при участии третьего лица: муниципального унитарного предприятия «Ишимские тепловые сети»

о признании незаконными решения от 11.07.2011 № К11/288 и предписания от 11.07.2011 № К11/288,

при участии в судебном заседании представителей:

от закрытого акционерного общества «Газпром межрегионгаз Север» – Рассаник А.И. по доверенности № 052895 от 30.12.2011;

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области – Палухин Д.А. по доверенности от 10.01.2012;

от муниципального унитарного предприятия «Ишимские тепловые сети» - представитель не явился, о времени и месте судебного заседания извещены надлежащим образом,

установил:

Закрытое акционерное общество «Газпром межрегионгаз Север» (далее по тексту - ЗАО «Газпром межрегионгаз Север», общество, заявитель) обратился в Арбитражный суд Тюменской области с заявлением о признании незаконными решения и предписания от 11 июля 2011 г. № К11/288, вынесенных Управлением Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области (далее по тексту - Тюменское УФАС России, Управление, антимонопольный орган, заинтересованное лицо).

В ходе судебного разбирательства в суде первой инстанции к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено муниципальное унитарное предприятие «Ишимские тепловые сети» (далее по тексту - МУП «Ишимские тепловые сети», третье лицо).

Решением по делу арбитражный суд отказал в удовлетворении заявленных ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» требований в полном объеме.

В обоснование принятого решения арбитражный суд указал, что условие договора, предусматривающее обязанность покупателя оплатить объем газа в объеме ином (а именно: в объеме с погрешностью), чем фактически потребленный и зафиксированный прибором учета (узла учета), нарушает перечисленные императивные нормы гражданского законодательства (статьи 541, 544 Гражданского кодекса Российской Федерации). При этом, по мнению суда первой инстанции, обязанность оплатить не поданные и не использованные объемы газа ставит покупателя в заведомо невыгодное положение.

Не согласившись с принятым решением, ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» обратилось в Восьмой арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый

судебный акт об удовлетворении заявленных требований в полном объеме, ссылаясь на нарушение судом первой инстанции норм материального права.

В обоснование апелляционной жалобы ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» указывает, что установленное содержанием пункта 4.7. договора условие об оплате объема газа в размере погрешности узла учета полностью соответствует содержанию статьи 544 Гражданского кодекса Российской Федерации, которая арбитражным судом неправильно истолкована. Указанное условие договора для целей учета фактически потребленного газа не противоречит и статье 541 Гражданского кодекса Российской Федерации, поскольку данное условие не устанавливает порядок учета фактического потребления газа покупателем, а регламентирует отношения сторон по подлежащему оплате покупателем объему газа. А поскольку суд указал, что пункт 4.7. договора возлагает на покупателя обязанность оплачивать объемы газа, а не учитывать, то применение статьи 541 Гражданского кодекса Российской Федерации, по мнению подателя апелляционной жалобы, является необоснованным и свидетельствует о применении судом нормы материального права, не подлежащей применению.

Податель апелляционной жалобы также не согласен с выводом арбитражного суда о том, что факт несогласия общества с исключением спорного условия пункта 4.7. договора является навязыванием невыгодных условий договора. По мнению ЗАО «Газпром межрегионгаз Север», данный вывод свидетельствует о неприменении судом закона, подлежащего применению, в частности статей 445-446 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 11 Правил поставки газа в Российской Федерации, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 05.02.1998 № 162, которые предусматривают порядок разрешения разногласий, в том числе и тогда, когда стороной по договору выступает субъект, занимающий доминирующее положение на рынке.

Кроме того, ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» указывает, что, выдавая предписание об исключении всего пункта 4.7 договора, а не спорного условия, Тюменское УФАС России превысило свои полномочия, поскольку данный пункт договора содержит помимо спорного условия и другие условия, соответствие которых требованиям антимонопольного законодательства Управлением не проверялось.

В представленном до начала судебного заседания отзыве Тюменское УФАС России просит оставить обжалуемое решение арбитражного суда без изменения как

законное и обоснованное, а апелляционную жалобу ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» – без удовлетворения.

МУП «Ишимские тепловые сети» отзыв на апелляционную жалобу представлен не был.

До рассмотрения апелляционной жалобы по существу от ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» в материалы дела поступили письменные возражения на отзыв Тюменского УФАС России на апелляционную жалобу, которые с учетом мнения представителя Управления, ознакомившегося с указанными возражениями в судебном заседании, приобщены судом апелляционной инстанции к материалам дела.

В судебном заседании суда апелляционной инстанции представитель ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» поддержал требования, изложенные в апелляционной жалобе, просил решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт.

Представитель Тюменского УФАС России с доводами апелляционной жалобы не согласился по основаниям, изложенным в отзыве, просил оставить решение без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения, считая решение суда первой инстанции законным и обоснованным.

МУП «Ишимские тепловые сети», надлежащим образом извещенное о времени и месте судебного заседания, явку своего представителя в судебное заседание не обеспечило, ходатайства об отложении слушания по делу не заявило, в связи с чем суд апелляционной инстанции рассмотрел апелляционную жалобу в порядке статьи 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в отсутствие представителя указанного лица по имеющимся в деле доказательствам.

Рассмотрев материалы дела, апелляционную жалобу, отзыв на нее, возражения на отзыв, заслушав представителей лиц, участвующих в деле и присутствовавших в судебном заседании, суд апелляционной инстанции установил следующие обстоятельства.

Заявитель, ЗАО «Газпром межрегионгаз Север», в лице филиала в Тюменской области является хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке оказания услуг по реализации природного газа в географических границах Тюменской области (без автономных округов).

Как усматривается из материалов дела, ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» (Поставщик) направило в адрес МУП «Ишимские тепловые сети» (Покупатель) проект договора поставки газа от 15.12.2010 № 63-5-56-1971/11 (далее по тексту - договор).

Первым абзацем пункта 4.7 указанного договора предусмотрено, что при определении количества газа по узлам учета Покупателя, Покупатель принимает на себя объем газа в размере погрешности своего коммерческого узла учета, аттестованного органами Ростехрегулирования.

Покупателем данный договор был подписан с составлением протокола разногласий, в котором указывалось на необходимость исключить пункт 4.7.

В ответ Поставщик направил Покупателю протокол согласования разногласий, в котором первый абзац пункта 4.7 договора был изложен в новой редакции: «При определении количества газа по узлам учета Покупателя, Покупатель принимает на себя объем газа в размере погрешности своего коммерческого узла учета, но не более 50%».

23.03.2011 Покупатель повторно направил в адрес Поставщика протокол урегулирования разногласий, в котором также просил пункт 4.7 исключить из договора в полном объеме.

Поставщик, не подписав протокол урегулирования разногласий от 23.03.2011, посчитал договор заключенным на своих условиях, в связи с чем стал направлять в адрес Покупателя акты поданного-принятого газа с учетом погрешности и выставять Покупателю счета-фактуры на оплату газа по объемам, в которых была учтена погрешность коммерческого узла учета Покупателя.

08.04.2011 МУП «Ишимские тепловые сети» (Покупатель) обратилось в антимонопольный орган с заявлением № 74 о навязывании Поставщиком невыгодных условий договора поставки газа.

По результатам рассмотрения данного заявления комиссия Тюменского УФАС России приняла оспариваемое решение от 11.07.2011 № К11/288 о признании в действиях ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» нарушения части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося во включении в проекты публичных договоров поставки газа (для всех категорий потребителей, за исключением населения) условия договора, не выгодного для потребителей и (или) прямо не предусмотренного 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, и в котором потребители не заинтересованы, результатам которых являются или могут являться ущемление интересов других лиц, а также о признании в действиях ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» нарушения пункта 3 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившиеся в навязывании невыгодных условий договора МУП «Ишимские тепловые сети» (т. 1, л.д. 10-22).

На основании данного решения Управлением также 11.07.2011 вынесено обществу предписание № К11/288 о прекращении с момента получения предписания нарушения пункта 3 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путем приведения условий договора поставки газа с МУП «Ишимские тепловые сети» в соответствии с действующим законодательством и с учетом выявленных нарушений, а также об устранении последствий допущенного нарушения части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путем направления покупателям газа, заключившим договоры поставки газа (которые являются действующими на момент исполнения предписания), по типовой форме, содержащей пункт 4.7, противоречащий действующему законодательству, предложения о приведении условий договора в соответствие с действующим законодательством, т.е. об исключении данного пункта из договора поставки газа (т. 1, л.д. 23-24).

Указанным предписанием на общество также возложена обязанность перечислить в федеральный бюджет доход в размере 935 208 руб. 86 коп., полученный ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

10.10.2011 Арбитражным судом Тюменской области принято обжалуемое ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» в апелляционном порядке решение.

Проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции находит его подлежащим отмене, исходя из следующего.

Согласно части 1, пункту 2 части 2 статьи 39 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» антимонопольный орган в случае нарушения антимонопольного законодательства в пределах своих полномочий по заявлению юридического или физического лица возбуждает и рассматривает дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В силу частей 2, 4 статьи 41 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган принимает решение и на его основании выдает нарушителю предписание.

Как усматривается из материалов дела, основанием для вынесения Тюменским УФАС России оспариваемых решения и предписания послужил вывод антимонопольного органа о нарушении ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» требований части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», в частности пункта 3 указанной нормы, выразившегося, по мнению Управления, в навязывании невыгодных условий договора МУП «Ишимские тепловые сети».

Указанная позиция Тюменского УФАС России была поддержана судом первой инстанции и положена в основу обжалуемого решения.

Суд апелляционной инстанции не может согласиться с изложенными выше выводами антимонопольного органа в связи с их несоответствием фактическим обстоятельствам дела и объему представленных лицами, участвующими в деле, доказательств.

Так, согласно пункту 3 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 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 следующие действия (бездействие): навязывание 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).

Как следует из пункта 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», арбитражным судам следует обратить внимание, что исходя из системного толкования положений статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации и статей 3, 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» 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. Также надлежит иметь в виду, что суд или антимонопольный орган вправе признать нарушением антимонопольного законодательства и иные действия (бездействие), кроме установленных частью 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», поскольку приведенный в названной части перечень не является исчерпывающим. При этом, оценивая такие действия (бездействие) как злоупотребление доминирующим положением, следует учитывать положения статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, части 2 статьи 10, части 1 статьи 13 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», 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. В отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» антимонопольный орган выдает в случаях, указанных в Законе, хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения

предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства и (или) об устранении и последствий.

Вместе с тем в силу статьи 3 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» настоящий Федеральный закон распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции.

По убеждению суда апелляционной инстанции, системный анализ смысла и содержания приведенных норм права указывает на то, что при рассмотрении антимонопольным органом дел в отношении нарушений, о совершении которых ему сообщил хозяйствующий субъект, обратившись за защитой своих гражданских прав в указанный орган в соответствии с выбором, предоставленным статьей 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, подлежит выяснению, находится ли такое нарушение в рамках отношений, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции. В случае если предполагаемое нарушение не связано с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, то у антимонопольного органа отсутствуют правовые основания для вынесения соответствующего решения и выдачи предписания.

Как было установлено в ходе судебного разбирательства в суде первой инстанции и подтверждается материалами дела, обращение МУП «Ишимские тепловые сети» в Тюменское УФАС России и последующее вынесение Управлением оспариваемых решения и предписания обусловлены неподписанием ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» протокола урегулирования разногласий от 23.03.2011, повторно направленного предприятием в адрес общества, и направление заявителем в адрес Покупателя актов поданного-принятого газа с учетом погрешности коммерческого узла учета Покупателя и, соответственно, выставление Покупателю счетов-фактуры на оплату газа по объемам, в которых была учтена указанная погрешность в полном соответствии с содержанием спорного абзаца пункта 4.7 договора.

Между тем, суд апелляционной инстанции полагает, что сам по себе факт несогласия МУП «Ишимские тепловые сети» с редакцией договора, предложенной заявителем, нельзя расценивать как обстоятельство, свидетельствующее о навязывании невыгодных условий договора. Факт имеющих место разногласий не доказывает

недопущение, ограничение, устранение конкуренции либо ущемление чьих-либо прав в смысле статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Ссылка Тюменского УФАС России на пункт 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», в котором указано, что пунктом 2 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации и главой 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» предусмотрена возможность защиты гражданских прав в административном порядке в случаях, установленных законом, не отменяет изложенных выводов суда апелляционной инстанции, поскольку указанные разъяснения должны применяться с учетом иных разъяснений, содержащихся в данном постановлении и изложенных выше, которые применительно к рассматриваемому спору являются специальными.

Таким образом, разногласия, возникшие при заключении договора со стороной, для которой заключение договора обязательно, при отсутствии действий по навязыванию невыгодных условий, не основанных на нормах действующего законодательства, являются гражданско-правовым спором хозяйствующих субъектов, порядок разрешения которых установлен статьями 445 и 446 Гражданского кодекса Российской Федерации. При этом суд апелляционной инстанции исходит из следующего.

Статьей 18 Федерального закона от 31.03.1999 № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации» закреплены правовые основы поставки газа.

Согласно данной статье поставки газа проводятся на основании договоров между поставщиками и потребителями независимо от форм собственности в соответствии с гражданским законодательством и утвержденными Правительством Российской Федерации правилами поставок газа и правилами пользования газом в Российской Федерации, а также иными нормативными правовыми актами, изданными во исполнение Федерального закона.

Во исполнение Федерального закона от 31.03.1999 № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации» постановлением Правительства Российской Федерации от 05.02.1998 № 162 утверждены Правила поставки газа в Российской Федерации,

определяющие отношения между поставщиками и покупателями газа, в том числе, газотранспортными организациями и газораспределительными организациями. Данные Правила обязательны для всех юридических лиц, участвующих в отношениях поставки газа через трубопроводные сети.

Как следует из пункта 5 Правил поставки газа в Российской Федерации, поставка газа производится на основании договора между поставщиком и покупателем, заключаемого в соответствии с требованиями Гражданского кодекса Российской Федерации, федеральных законов, Правил и иных нормативных правовых актов.

Таким образом, сложившиеся между ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» и МУП «Ишимские тепловые сети» правоотношения подлежат регулированию общими нормами главы 28 Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении договора и специальными нормами раздела III Правил поставки газа в Российской Федерации.

Кроме того, пунктом 2 статьи 548 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что к отношениям, связанным со снабжением через присоединенную сеть газом, нефтью и нефтепродуктами, водой и другими товарами, правила о договоре энергоснабжения (статьи 539 - 547 Кодекса) применяются, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не вытекает из существа обязательства.

Согласно пункту 1 статьи 539 Гражданского кодекса Российской Федерации энергоснабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию.

На основании пункта 1 статьи 544 Гражданского кодекса Российской Федерации оплата энергии производится за фактически принятое абонентом количество энергии в соответствии с данными учета энергии, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или соглашением сторон.

С учетом содержания данной нормы Гражданского кодекса Российской Федерации суд первой инстанции пришел к выводу о том, что условие договора, предусматривающее обязанность покупателя оплатить объем газа в объеме ином (а именно: в объеме с погрешностью), чем фактически потребленный и зафиксированный прибором учета (узла учета), нарушает перечисленные выше императивные нормы гражданского законодательства. При этом обязанность оплатить не поданные и не использованные объемы газа ставит покупателя в заведомо невыгодное положение. Суд

первой инстанции также указал, что общество, навязывая данное условие договора, незаконно перекладывает на Покупателя риск своей предпринимательской деятельности в виде погрешности показаний прибора учета.

Изложенная позиция суда первой инстанции расценивается апелляционным судом как ошибочная и сделанная без учета положений пункта 1 статьи 544 Гражданского кодекса Российской Федерации, в силу которых оплата энергии производится за фактически принятое абонентом количество энергии в соответствии с данными учета энергии, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или соглашением сторон.

Таким образом, в силу прямого указания закона соглашением сторон возможно установление иного порядка оплаты потребленного газа, что имеет место в рамках рассматриваемого спора и свидетельствует об отсутствии какого-либо навязывания условий договора со стороны ЗАО «Газпром межрегионгаз Север».

Суд апелляционной инстанции полагает, что иное толкование приведенных положений гражданского законодательства нивелирует содержание статьи 544 Гражданского кодекса Российской Федерации и ставит под сомнение включение её законодателем в соответствующий раздел Гражданского кодекса Российской Федерации.

Изложенные выводы суда апелляционной инстанции о возможности диспозитивного регулирования вопроса о порядке оплаты потребленного газа (в частности, с учетом погрешности) подтверждаются и материалами судебной арбитражной практики, в частности постановлением Восьмого арбитражного апелляционного суда от 04.03.2011 по делу № А70-8382/2010, где апелляционный суд признал обоснованным аналогичное условие договора поставки газа, а также постановлением Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.03.2008 № Ф04-1351/2008(1410-А75-17) по делу № А75-1787/2007, которым оставлено в силе постановление апелляционного суда об утверждении мирового соглашения, предусматривающего возможность согласования сторонами цены поставленного газа и изложение аналогичного пункта договора в редакции, согласованной сторонами.

Аналогичным образом в пользу указанного вывода апелляционного суда свидетельствует и содержание информационного письма Федеральной службы по

тарифам от 28.06.2005 № СН-3923/9, в соответствии с которым данная служба считает целесообразным в договорах поставки газа предусматривать механизм урегулирования разногласий.

Ссылки суда первой инстанции, а также Тюменского УФАС России на то, что в соответствии с указанным информационным письмом на финансовый результат поставщика газа должны относиться убытки (прибыль), полученные вследствие отклонения объемов газа из-за погрешности измерений установленных приборов учета расхода газа на ГРС, у промышленных потребителей и населения, также не отменяет выводов, к которым пришел суд апелляционной инстанции, поскольку, если принимать во внимание только данное положение информационного письма, ни о каком механизме урегулирования разногласий не могло бы идти речи в принципе.

В любом случае данное информационное письмо не является нормативным правовым актом, носит рекомендательный характер, следовательно, в рассматриваемом споре надлежит руководствоваться приведенными выше правовыми нормами Гражданского кодекса Российской Федерации, допускающими возможность диспозитивного регулирования спорного вопроса.

Ссылка Тюменского УФАС России в отзыве на апелляционную жалобу в подтверждение своей позиции на постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 06.10.2009 № 7210/09 судом апелляционной инстанции отклоняется, поскольку в указанном арбитражном деле речь шла о договоре энергоснабжения, который регулируется иными нормативными актами, в частности Федеральным законом от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» и Правилами функционирования розничных рынков электрической энергии в переходный период реформирования электроэнергетики, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 31.08.2006 № 530, положения которых не применимы к договорам поставки газа.

Таким образом, суд апелляционной инстанции приходит к выводу о недоказанности антимонопольным органом наличия в действиях ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» нарушения части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося во включении в проекты публичных договоров поставки газа (для всех категорий потребителей, за исключением населения) условия договора, не выгодного для потребителей и (или) прямо не

предусмотренного 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 и в котором потребители не заинтересованы, результатам которых являются или могут являться ущемление интересов других лиц (пункт 1 оспариваемого решения антимонопольного органа).

Кроме того, суд апелляционной инстанции принимает довод подателя апелляционной жалобы о том, что сам по себе факт несогласия ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» с протоколом разногласий, предложенным МУП «Ишимские тепловые сети», не свидетельствует о навязывании последнему невыгодных условий договора (пункт 2 оспариваемого решения антимонопольного органа).

Так, в настоящем случае в материалах дела имеется договор поставки газа от 15.12.2010 № 63-5-56-1971/11 (договор), первым абзацем пункта 4.7 которого предусмотрено, что при определении количества газа по узлам учета Покупателя, Покупатель принимает на себя объем газа в размере погрешности своего коммерческого узла учета, аттестованного органами Ростехрегулирования.

Как уже отмечалось выше, в первоначально направленном в адрес ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» протоколе разногласий МУП «Ишимские тепловые сети» выразило свое несогласие с указанным пунктом договора.

В ответ Поставщик направил Покупателю протокол согласования разногласий, в котором первый абзац пункта 4.7 Договора был изложен в новой редакции: «При определении количества газа по узлам учета Покупателя, Покупатель принимает на себя объем газа в размере погрешности своего коммерческого узла учета, но не более 50%».

При этом 23.03.2011 Покупатель повторно направил в адрес Поставщика протокол урегулирования разногласий, в котором также просил исключить пункт 4.7 из договора в полном объеме.

Данный протокол заявителем подписан не был и, как уже отмечалось выше, ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» стало направлять в адрес Покупателя акты поданного-принятого газа и выставлять счета-фактуры на оплату газа с учетом погрешности коммерческого узла учета Покупателя, как то предусмотрено абзацем первым пункта 4.7

договора. При этом МУП «Ишимские тепловые сети» осуществляло отбор газа на предложенных Поставщиком условиях, а также оплачивало его в полном объеме.

В соответствии с пунктом 11 Правил поставки газа в Российской Федерации согласие на заключение договора поставки газа или договора транспортировки газа (подписанный проект договора) должно быть направлено стороной, получившей предложение о заключении договора (оферту), не позднее 30 дней с момента его получения, если иной срок не определен в оферте.

При несогласии с условиями договора сторона, получившая оферту, обязана выслать другой стороне протокол разногласий, в случае неполучения в 30-дневный срок со дня отправления подписанного поставщиком протокола разногласий обратиться в арбитражный или третейский суд и по истечении срока действия договора, заключенного на предыдущий период, прекратить отбор газа.

При этом данным же пунктом Правил императивно установлено, что отбор (продолжение отбора) газа покупателем по истечении указанного 30-дневного срока и (или) срока действия договора, заключенного на предыдущий период, считается согласием стороны, получившей оферту, на заключение договора поставки (транспортировки) газа на условиях поставщика (газотранспортной или газораспределительной организации).

Кроме того, статьей 446 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено, что в случаях передачи разногласий, возникших при заключении договора, на рассмотрение суда согласно статье 445 этого Кодекса либо по соглашению сторон условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда.

При разрешении преддоговорного спора между участниками гражданских правоотношений учитываются положения Гражданского кодекса Российской Федерации об основных началах гражданского законодательства (статьи 1, 2), свободе договора (статья 421), соотношении договора и закона (статья 422), а также задач судопроизводства в арбитражных судах (статья 2 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации). Данные положения вытекают из принципа равенства участников гражданских правоотношений, поэтому арбитражный суд и призван обеспечить соблюдение интересов обеих сторон.

Доказательства совершения МУП «Ишимские тепловые сети» действий, установленных пунктом 11 Правил поставки газа в Российской Федерации, в частности, по обращению в суд, в материалах дела отсутствуют, более того, как уже отмечалось, третье лицо осуществляло отбор газа в соответствии с пунктом 4.7 договора в редакции, предложенной ЗАО «Газпром межрегионгаз Север», и оплачивало выставляемые заявителем в его адрес счета фактуры в полном объеме.

Довод отзыва на апелляционную жалобу относительно того, что совершение МУП «Ишимские тепловые сети» указанных действий было вынужденным, поскольку неоплата выставленных счетов в доказательство несогласия с выставленными объемами могла привести к уменьшению или прекращению поставки газа, расценивается судом апелляционной инстанции как несостоятельный, поскольку абзацем 4 пункта 11 Правил поставки газа в Российской Федерации на случай несогласия Покупателя с каким-либо условием договора и его обращения в арбитражный суд предусмотрено, что в данном случае продлевается действие договора поставки газа, заключенного на предыдущий период, до вступления в силу решения суда.

При данных обстоятельствах суд апелляционной инстанции приходит к выводу об отсутствии у Тюменского УФАС России оснований для вынесения в отношении ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» оспариваемого решения и, как следствие, оспариваемого предписания, что влечет их признание недействительными в полном объеме.

При этом вывод антимонопольного органа о нарушении ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» пункта 8 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в части создания дискриминационных условий поставки газа потребителям, содержащийся в мотивировочной части оспариваемого решения Тюменского УФАС России, не принимается судом апелляционной инстанции во внимание и не оценивается, поскольку ни в резолютивной части оспариваемого решения, ни в тексте оспариваемого предписания нарушение указанной правовой нормы заявителю в вину не вменено.

Кроме того, в отношении выданного Тюменским УФАС России предписания № К11/288 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства суд апелляционной инстанции отмечает следующее.

В соответствии с пунктом 2 данного предписания ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» предписано с момента получения настоящего предписания устранить последствия допущенного нарушения части статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» путем осуществления действий по направлению покупателям газа, заключившим договоры поставки (которые являются действующими на момент исполнения предписания) по типовой форме, содержащей пункт 4.7, противоречащий, по мнению антимонопольного органа, действующему законодательству, предложения о приведении условий договора в соответствие с действующим законодательством, то есть об исключении данного пункта из договора поставки газа.

Учитывая изложенные выше выводы суда апелляционной инстанции о допустимости диспозитивного регулирования вопроса об оплате стоимости потребленного газа и, как следствие, необоснованности пункта 1 предписания относительно МУП «Ишимские тепловые сети», основания для обязания заявителя направлять в адрес иных (всех) покупателей газа такие предложения отсутствуют и в случае несогласия данных покупателей со спорным условием договора, равно как и с любыми другими, данные разногласия подлежат передаче на рассмотрение суда в порядке гражданского производства, на что уже обращалось внимание выше.

Суд апелляционной инстанции также принимает довод апелляционной жалобы о том, что, выдавая предписание об исключении из договоров всего пункта 4.7, а не спорного условия, Тюменское УФАС России превысило свои полномочия, поскольку данный пункт содержит и иное условие, соответствие которого требованиям антимонопольного законодательства Управлением не проверялось.

Так, согласно абзацу второму пункта 4.7 договора в соответствии с методикой определения расхода газа на технологические нужды предприятий газового хозяйства и потерь в системах распределения газа объемы природного газа, используемые до узла коммерческого учета газа, в том числе, связанные с режимно-наладочными работами и заполнением собственного газопровода, оплачиваются Покупателем.

Указанное условие на предмет его соответствия требованиям действующего законодательства антимонопольным органом не исследовалось, а потому требование об его исключении из всех договоров на поставку газа, заключенных ЗАО «Газпром межрегионгаз Север», не может быть признано законным.

В апелляционной жалобе и в возражениях на отзыв ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» также не согласно с выводом Тюменского УФАС России о размере необоснованно полученного обществом дохода в размере 935 208 руб. 86 коп.

Аналогичный, по сути, довод заявлялся ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» в ходе судебного разбирательства в суде первой инстанции и был обосновано отклонен арбитражным судом.

Из содержания пункта 3.1 оспариваемого решения следует, что антимонопольный орган на основании представленного МУП «Ишимские тепловые сети» расчета потребленного газа за период январь-май 2011 года установил, что МУП «Ишимские тепловые сети» в результате оплаты объема газа в размере погрешности понесло убытки на сумму 935 208 руб. 86 коп., следовательно, доход, полученный обществом в результате отнесения указанной погрешности на счет Покупателя, составил 935 208 руб. 86 коп.

При этом довод заявителя о том, что для установления прибыли ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» необходимо было установить, кто производит поставляемый газ, кто осуществляет транспортировку газа и снабженческо-сбытовые услуги, обосновано отклонен судом первой инстанции со ссылкой на то, что данные обстоятельства имеют значения для исчисления размера чистой прибыли общества, в то время как в данном случае Управлением устанавливался размер фактического дохода, полученного лицом вследствие нарушения антимонопольного законодательства, на основании подтверждающих документов, представленных Покупателем (счетов-фактур, актов приема-передачи).

Однако, учитывая изложенные выводы апелляционного суда об отсутствии у Тюменского УФАС России оснований для выдачи оспариваемого предписания ввиду недоказанности антимонопольным органом наличия в действиях ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» нарушения антимонопольного законодательства, данное предписание подлежит признанию недействительным в полном объеме.

При данных обстоятельствах решение суда первой инстанции об отказе в удовлетворении заявления ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» подлежит отмене на основании пункта 4 части 1 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (неправильное применение судом норм материального права) с

принятием нового судебного акта об удовлетворении заявленных требований в полном объеме.

Судебные расходы по уплате государственной пошлины за рассмотрение дела в суде первой инстанции и рассмотрение апелляционной жалобы в соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации относятся на Тюменское УФАС России.

Поскольку в рассматриваемой ситуации при подаче апелляционной жалобы на решение арбитражного суда о признании недействительными решения и предписания антимонопольного органа обществу надлежало уплатить государственную пошлину в размере 1000 руб. 00 коп., а ЗАО «Газпром межрегионгаз Север» уплатило 2000 руб. 00 коп., 1000 руб. 00 коп. государственной пошлины подлежит возврату обществу из федерального бюджета.

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

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Тюменской области от 10.10.2011 по делу № А70-7503/2011 отменить, принять новый судебный акт.

Признать недействительными решение и предписание Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области от 11.07.2011 № К11/288 как несоответствующие нормам Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Взыскать с Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области в пользу закрытого акционерного общества «Газпром межрегионгаз Север» судебные расходы по уплате государственной пошлины в размере 3000 рублей.

Возвратить закрытому акционерному обществу «Газпром межрегионгаз Север» из федерального бюджета 1000 рублей государственной пошлины, излишне уплаченной по платежному поручению от 07.11.2011 № 33.

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

Н.Е. Иванова

Судьи

Е.П. Кливер

О.Ю. Рыжиков