



## СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

634050, г. Томск, ул. Набережная реки Ушайки 24.

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Томск

Дело № А27-5192/2011

20 июля 2012 г.

Резолютивная часть постановления объявлена 20 июля 2012г.

Полный текст постановления изготовлен 20 июля 2012г.

Седьмой Арбитражный апелляционный суд в составе:  
председательствующего Ждановой Л. И.  
судей Музыкантовой М. Х., Хайкиной С. Н.  
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Ермаковой Ю. Н. с использованием средств аудиозаписи  
при участии:  
от заявителя: Медведев В. М. по доверенности от 29.12.2011 года (сроком до 31.12.2012 года)  
от заинтересованного лица: без участия (извещено)  
рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, г. Кемерово  
на решение Арбитражного суда Кемеровской области  
от 27 июня 2011 года по делу № А27-5192/2011 (судья Обухова Г. П.)  
по заявлению Открытого акционерного общества «Тепловая энергия», г. Новокузнецк (ОГРН 1044217007120, ИНН/КПП 4217064303/421650001)  
к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, г. Кемерово  
об оспаривании постановления о привлечении к административной ответственности,

#### УСТАНОВИЛ:

Открытое акционерное общество «Тепловая энергия» (далее по тексту – заявитель, Общество) обратилось в Арбитражный суд Кемеровской области с заявлением о признании незаконным и отмене постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области (далее по тексту – заинтересованное лицо, Управление, антимонопольный орган) от 01.04.2011 года по делу №11/03-АДМ-2010.

Решением Арбитражного суда Кемеровской области от 27 июня 2011 года заявленные требования удовлетворены.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, Управление обратилось в арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение Арбитражного суда Кемеровской области от 27 июня 2011 года отменить и принять новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных Обществом требований, так как основания для применения судом первой инстанции ст. 2.9 КоАП РФ и освобождения Общества от административной ответственности ввиду малозначительности совершенного правонарушения в рассматриваемом случае отсутствовали. При этом факт заключения Обществом договоров, содержащих требования по установке прибора учета определенной марки со своим контрагентом и перспектива заключения новых договоров

с другими контрагентами, прямо указывает на состав нарушения части 1 статьи 10 Закона о конкуренции, как злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением, результатом которого являются или могут являться ущемление интересов других лиц.

Подробно доводы антимонопольного органа изложены в апелляционной жалобе и в дополнениях к ней.

Общество в отзыве на апелляционную жалобу и его представитель в судебном заседании, возражали против доводов жалобы, считая решение суда первой инстанции законным и обоснованным, а апелляционную жалобу Управления не подлежащей удовлетворению, так как арбитражный суд в рассматриваемом случае пришел к правильному выводу о наличии правовых оснований для удовлетворения заявленных требований.

Письменный отзыв заявителя, дополнения к нему, письменные пояснения по делу приобщены к материалам дела.

Управление Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области, участвующее в деле, надлежащим образом извещенное о времени и месте судебного разбирательства (суд апелляционной инстанции располагает сведениями о получении адресатом направленной копии судебного акта (часть 1 статьи 123 АПК РФ)), в том числе публично, путем размещения информации о дате и времени слушания дела на интернет-сайте суда, в судебное заседание апелляционной инстанции не явилось.

В порядке части 1 статьи 266, части 3 статьи 156 АПК РФ суд считает возможным рассмотреть апелляционную жалобу в отсутствие не явившейся стороны.

Проверив материалы дела в порядке статьи 268 Арбитражного процессуального кодекса РФ, изучив доводы апелляционной жалобы, дополнений к ней, отзыва на апелляционную жалобу, дополнений к отзыву, письменных пояснений по делу, заслушав представителя заявителя, суд апелляционной инстанции считает решение Арбитражного суда Кемеровской области от 27 июня 2011 года не подлежащим отмене по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела, Кемеровским УФАС проведена проверка Общества по заявлению гражданина Яртыева А. А., по результатам которой возбуждено дело № 128/А-10-2010 по признакам нарушения заявителем части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» и создана Комиссия по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства.

По результатам рассмотрения дела заинтересованным лицом принято решение от 13.01.2011 года по делу № 128/А-10-2010, которым Общество признано нарушившим часть 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Так, заявитель включил в проект договора условия об обязанности абонентов обеспечить установку прибора учета электрической энергии конкретного наименования, а также конкретных марки и типа, что, по мнению Кемеровского УФАС ущемляет права заявителей, лишает их возможности самостоятельного выбора приборов учета, исходя из соотношения их цены, качества, производителя, что, в свою очередь, может привести к ограничению конкуренции на соответствующем товарном рынке, а также нарушил сроки согласования протокола разногласий к договору на технологическое присоединение.

Указанным решением производство по делу прекращено ввиду добровольного устранения нарушения антимонопольного законодательства.

14.01.2011 года Управлением вынесено определение о возбуждении дела об административном правонарушении № 11/03-АДМ-2010 и проведении административного расследования.

10.02.2011 года в отношении Общества составлен протокол об административном правонарушении, предусмотренном статье 14.31 КоАП РФ, а 01.04.2011 года руководителем административного органа вынесено постановление о привлечении

заявителя к административной ответственности по указанной выше статье в виде административного штрафа в размере 6 372 605 руб.

Полагая указанное постановление незаконным, Общество обратилось в Арбитражный суд Кемеровской области с настоящим требованием.

Удовлетворяя заявленные требования, суд первой инстанции исходил из малозначительности совершенного заявителем административного правонарушения, в связи с чем, применил положения статьи 2.9 КоАП РФ.

Частью 6 статьи 210 Арбитражного процессуального кодекса РФ установлено, что при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд в судебном заседании проверяет законность и обоснованность оспариваемого решения, устанавливает наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое решение, устанавливает, имелись ли законные основания для привлечения к административной ответственности, соблюден ли установленный порядок привлечения к ответственности, не истекли ли сроки давности привлечения к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела.

Согласно пункту 1 статьи 5 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Статьей 10 указанного Закона установлен общий запрет злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением.

Пунктом 5 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» установлено, что 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 частности, 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.

Субъектом правонарушения, предусмотренного статьей 10 указанного Закона, является хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на соответствующем рынке работ (услуг).

В силу части 5 статьи 5 Закона о защите конкуренции, доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта - субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

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, если эти действия не содержат уголовно наказуемого деяния, 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 правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг).

Проанализировав в порядке статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса РФ оспариваемое постановление, суд первой инстанции пришел к правильному выводу о том, что данный ненормативный акт содержит описание события административного правонарушения, а также выводы о негативных последствиях действий Общества.

Доказательств обратного заявителем в нарушение статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса РФ в материалы дела представлено не было.

При этом арбитражный суд ошибочно отклонил доводы антимонопольного органа об обоснованности вменения Обществу как злоупотребление своим доминирующим положением включение в проект договора обязанности абонента установить конкретный прибор учета.

Согласно статье 26 Федерального закона от 26.03.2003 года № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» технологическое присоединение осуществляется на основании договора об осуществлении технологического присоединения к объектам электросетевого хозяйства, заключаемого между сетевой организацией и обратившимся к ней лицом; указанный договор является публичным.

В целях содействия развитию конкуренции на рынке производства и сбыта электрической энергии, защиты прав потребителей электрической энергии Правительством Российской Федерации от 27.12.2004 года № 861 утверждены Правила технологического присоединения энергопринимающих устройств потребителей электрической энергии, объектов по производству электрической энергии, а также объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих сетевым организациям и иным лицам, к электрическим сетям» (далее - Правила).

В соответствии с пунктом 3 Правил, сетевая организация обязана выполнить в отношении любого обратившегося к ней лица мероприятия по технологическому присоединению при условии соблюдения им настоящих Правил и наличии технической возможности технологического присоединения.

Пунктом 10 Правил технологического присоединения определен перечень документов, которые должны быть приложены к заявке на технологическое присоединение.

Пунктом 138 Правил функционирования розничных рынков электрической энергии в переходный период реформирования электроэнергетики (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 31.08.2006 года № 530, далее - Правила розничных рынков) установлено, что для учета электрической энергии используются приборы учета, типы которых утверждены федеральным органом исполнительной власти по техническому регулированию и метрологии и внесены в государственный реестр средств измерений. Классы точности приборов учета определяются в соответствии с техническими регламентами и иными обязательными требованиями, установленными для классификации средств измерений.

Согласно пункту 139 Правил розничных рынков, энергосбытовая организация, сетевая организация, потребители вправе определять порядок проектирования, монтажа, приемки в эксплуатацию, технического обслуживания и эксплуатации приборов учета, перечень имеющихся приборов учета, используемых в целях определения обязательств.

В соответствии с пунктом 141 Правил розничных рынков, для учета электрической энергии, потребляемой гражданами, а также иными потребителями, присоединенными к электрическим сетям напряжением 0,4 кВ и ниже, используются приборы учета класса точности 2,0 и выше. При присоединении к электрическим сетям напряжением 0,4 кВ и ниже новых энергопринимающих устройств потребителей, за исключением граждан - потребителей, устанавливаются приборы учета класса точности 1,0 и выше.

На основании изложенных норм права, учитывая подтверждение материалами дела факта включения Обществом, относящимся к числу субъектов естественных

монополий, в договор на оказание услуг по технологическому присоединению к электрическим сетям № 508-10 требований по установке прибора учета определенной марки, что действующим законодательством не предусмотрено, является обоснованным довод административного органа о совершении ОАО «Тепловая энергия» действий, способных привести к ограничению конкуренции.

Доводы Общества о том, что потребители свободны в заключении договора и вправе предложить свою редакцию договора, что в данном случае и было сделано, в связи с чем, ограничения конкуренции не допущено, являются несостоятельными.

Общество является хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на товарном рынке, и на него распространяются требования статьи 10 Закона № 135-ФЗ.

В соответствии с пунктом 4 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 года № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» 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. Кроме того, в этом пункте указано, что в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

Таким образом, при оценке действий заявителя по навязыванию невыгодных условий договора необходимо принимать во внимание не только соблюдение процедуры заключения договора, предусмотренной Гражданским кодексом РФ, но и нормы антимонопольного законодательства.

Указанные выше обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением Арбитражного суда Кемеровской области от 27.07.2011 года по делу №А27-4956/2011, которое в силу статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса РФ имеют преюдициальное значения для настоящего дела.

Однако указанные выше ошибочные выводы арбитражного суда не повлекли принятия незаконного решения.

Согласно пункту 3 Правил технологического присоединения энергопринимающих устройств (энергетических установок) юридических и физических лиц к электрическим сетям, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 27.12.2004 года № 861 сетевая организация обязана выполнить в отношении любого обратившегося к ней лица мероприятия по технологическому присоединению при условии соблюдения им указанных Правил и наличии технической возможности технологического присоединения.

Пунктом 6 Правил технологического присоединения установлено, что технологическое присоединение осуществляется на основании договора, заключаемого между сетевой организацией и юридическим или физическим лицом, в сроки, установленные указанными Правилами. Заключение договора является обязательным для сетевой организации.

Согласно пункту 15 Правил технологического присоединения, в случае направления заявителем в течение 30 дней после получения от сетевой организации проекта договора мотивированного отказа от подписания этого проекта договора с требованием о приведении его в соответствие с указанными Правилами сетевая организация обязана привести проект договора в соответствие с Правилами в течение 5 рабочих дней с даты получения такого требования и представить заявителю новую редакцию проекта договора для подписания.

Таким образом, Правилами технологического присоединения урегулирован срок внесения изменений в договор, который является обязательным для сетевой организации.

Материалами дела установлено, что проект договора составлен 08.06.2010 года. 18.06.2010 года в адрес Общества поступило письмо Яртыева А. А. о несогласии с пунктом 2.3.12 в части установления прибора учета определенной марки, в котором абонент предложил изменить данный пункт и изложить его в следующей редакции: обеспечить установку прибора учета с характеристикой тока 5 (85)А. 01.07.2010 года Яртыев А. А. обратился к заявителю с письмом, в котором просил внести в проект договора пункт 2.3.12 в следующей редакции «Обеспечить установку прибора учета с характеристикой тока 5 (60)А.

Протокол разногласий представлен Обществом Яртыеву А. А. с изложением пункта 2.3.12. в редакции абонента только 18.08.2010 года, при этом не подписанный со стороны Общества, а исправленный проект договора только 16.09.2010 года, что свидетельствует о нарушении заявителем срока, установленного пунктом 15 Правил технологического присоединения для представления заявителю новой редакции проекта договора.

Данное нарушение ущемляет права контрагента заявителя на своевременное заключение договора о технологическом присоединении и свидетельствует о злоупотреблении Обществом своим доминирующим положением, так как является субъектом естественной монополии.

При этом суд первой инстанции обоснованно не принял во внимание доводы заявителя о том, что протоколы разногласий дважды направлялись контрагенту, поскольку ни антимонопольному органу, ни в материалы дела не представлены доказательства вручения этих протоколов Яртыеву А. А.; копии накладных не содержат подписи получателя корреспонденции, либо отметок об отказе в получении корреспонденции. Акты об отказе заявителя в получении и подписании и протоколов разногласий не являются безусловным доказательством отсутствия в действиях Общества вменяемого административного правонарушения, поскольку составлены должностными лицами Общества, то есть заинтересованными лицами. Яртыев А. А. факт получения протоколов разногласий от 22.06.2010 года и 02.07.2010 года отрицает.

Между тем, в соответствии с пунктом 15 Правил технологического присоединения, Общество обязано было представить новый проект договора, а не протокол разногласий.

Исходя из вышеизложенного, антимонопольный орган правомерно привлек заявителя к административной ответственности, установленной статьей 14.31 КоАП РФ.

В соответствии с пунктом 3 статьи 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении подлежит выяснению виновность лица в его совершении.

Согласно положениям части 1 статьи 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое настоящим Кодексом или законом субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность.

Из приведенных норм следует, что виновность юридического лица в совершении административного правонарушения определяется в зависимости от принятия им исчерпывающих мер по соблюдению требований действующего законодательства.

Доказательств того, что у Общества отсутствовала реальная возможность для соблюдения предусмотренных законом требований при осуществлении своей деятельности, и им были приняты все зависящие меры для по соблюдению действующего законодательства Российской Федерации, материалы дела не содержат.

При таких обстоятельствах следует признать, что действия Общества образуют состав вменяемого ему административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена статьей 14.31 КоАП РФ.

Вместе с тем, суд первой инстанции пришел к правомерному выводу о том, что совершенное заявителем административное правонарушение является малозначительным.

Статьей 2.9 КоАП РФ установлено, что при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием.

В соответствии с пунктом 17 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 года № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», установив при рассмотрении дела об оспаривании постановления административного органа о привлечении к административной ответственности малозначительность правонарушения, суд, руководствуясь частью 2 статьи 211 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и статьей 2.9 КоАП РФ, принимает решение о признании незаконным этого постановления и о его отмене.

Пунктом 18 названного постановления разъяснено, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

В силу пункта 18.1 постановления Пленума ВАС РФ при квалификации административного правонарушения в качестве малозначительного судам надлежит учитывать, что статья 2.9 КоАП РФ не содержит оговорок о ее неприменении к каким-либо составам правонарушений, предусмотренным КоАП РФ.

Возможность или невозможность квалификации деяния в качестве малозначительного не может быть установлена абстрактно, исходя из сформулированной в КоАП РФ конструкции состава административного правонарушения, за совершение которого установлена ответственность. Так, не может быть отказано в квалификации административного правонарушения в качестве малозначительного только на том основании, что в соответствующей статье Особенной части КоАП РФ ответственность определена за неисполнение какой-либо обязанности и не ставится в зависимость от наступления каких-либо последствий.

Согласно пункту 21 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 года № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений.

Таким образом, категория малозначительности относится к числу оценочных, в связи с чем, определяется в каждом конкретном случае исходя из обстоятельств совершенного правонарушения.

В рассматриваемом случае, суд первой инстанции, оценив в порядке статей 65, 67, 68, 71 Арбитражного процессуального кодекса РФ имеющиеся в материалах дела документы и установленные по делу фактические обстоятельства (абонентом самим неоднократно вносились изменения в договор; нарушение срока не связано с отказом или уклонением от заключения договора на технологическое присоединение, кроме того, как следует из заявки Яртыева А. А., сроки проектирования и поэтапного введения в эксплуатацию энергопринимающих устройств — 2012 год), а также принимая во внимание отсутствие доказательств пренебрежительного отношения Общества к исполнению публично-правовых обязанностей, несоразмерностью административного наказания характеру содеянного и целям административной ответственности, руководствуясь разъяснениями, содержащимися в пункте 18.1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 года № 10 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении дел об

административных правонарушений» (в редакции от 20.11.2008 года № 60), обоснованно квалифицировал совершенное заявителем правонарушение малозначительным в соответствии с положениями статьи 2.9 КоАП РФ.

В связи с чем, не обоснованы доводы антимонопольного органа о том, что неблагоприятные последствия для абонентов заключается в невозможности реализации законного права на присоединение к электрическим сетям для осуществления хозяйственной деятельности.

Вывод суда первой инстанции о возможности применения в рассматриваемом случае статьи 2.9 КоАП РФ сделан с учетом норм действующего законодательства и указанных постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, соответствует установленным обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам, и суда апелляционной инстанции отсутствуют основания для его переоценки.

Арбитражным судом правомерно не приняты доводы антимонопольного органа о том, что Общество неоднократно привлекалось к административной ответственности, поскольку статья 2.9 КоАП РФ не содержит каких-либо исключений при ее применении относительно лиц, которые ранее привлекались к административной ответственности. В каждом случае необходимо исходить из конкретных обстоятельств правонарушения.

Учитывая изложенное, принятое арбитражным судом первой инстанции решение является законным и обоснованным, судом полно и всесторонне исследованы имеющиеся в материалах дела доказательства, им дана правильная оценка, нарушений норм материального и процессуального права не допущено, оснований для отмены решения суда первой инстанции, установленные статьей 270 Арбитражного процессуального кодекса РФ, а равно принятия доводов апелляционной жалобы, у суда апелляционной инстанции не имеется.

Руководствуясь статьей 156, частью 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционный суд

#### П О С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда Кемеровской области от 27 июня 2011 года по делу № А27-5192/2011 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа.

Председательствующий:

Жданова Л. И.

Судьи:

Музыкантова М. Х.

Хайкина С. Н.