



Шестой арбитражный апелляционный суд  
**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

№ 06АП-6391/2010

22 марта 2011 года

г. Хабаровск

Резолютивная часть постановления объявлена 15 марта 2011 года.

Полный текст постановления изготовлен 22 марта 2011 года.

Шестой арбитражный апелляционный суд в составе:

**председательствующего** Михайловой А.И.

**судей** Гричановской Е.В., Швец Е.А.

**при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания** Ковальчук Т. Н.

**при участии в заседании:**

**от открытого акционерного общества энергетики и электрификации «Чукотэнерго»:** представитель Рулев В.Н. по дов. от 25.10.2010 № 20/53-04-2755;

**от Управления Федеральной антимонопольной службы по Чукотскому автономному округу:** представитель не явился;

**от муниципального предприятия городского округа Анадырь «Городское коммунальное хозяйство»:** представитель не явился

**рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу** открытого акционерного общества энергетики и электрификации «Чукотэнерго»

**на решение от 08 декабря 2010 года**

**по делу № А80-247/2010**

**Арбитражного суда Чукотского автономного округа**

**принятое судьей Дерезюк Ю.В.**

**по заявлению** открытого акционерного общества энергетики и электрификации «Чукотэнерго»

о признании недействительным решения от 24.09.2010 по делу № 12/3-01/10, предписания от 24.09.2010 № 14/3-01Ж и постановления о наложении штрафа от 11.10.2010 по делу № 17/3-01/10, принятых Управлением Федеральной антимонопольной службы по Чукотскому автономному округу

**третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований относительно предмета спора:** муниципальное предприятие городского округа Анадырь «Городское коммунальное хозяйство»

### **УСТАНОВИЛ:**

открытое акционерное общество энергетики и электрификации «Чукотэнерго» (далее – ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго», общество) обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании недействительным решения от 24.09.2010 по делу № 12/3-01/10, предписания от 24.09.2010 № 14/3-01Ж и постановления о наложении штрафа от 11.10.2010 по делу № 17/3-01/10, принятых Управлением Федеральной антимонопольной службы по Чукотскому автономному округу (далее – антимонопольный орган, Управление ФАС России по Чукотскому АО).

В качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено муниципальное предприятие городского округа Анадырь «Городское коммунальное хозяйство» (далее - МП городского округа Анадырь «Горкомхоз»).

Решением суда от 08.12.2010 заявленные требования удовлетворены частично. Решение и предписание антимонопольного органа признаны недействительными в части признания действий общества нарушающими пункт 3 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон «О защите конкуренции») по эпизоду отказа в праве самостоятельного выбора варианта тарифа в 2010 году. Постановление о наложении штрафа от 11.10.2010 по делу № 17/3-01/10

признано незаконным в части наложение штрафа в сумме 4 457 455 руб. 73 коп. В остальной части в удовлетворении требований отказано.

Не согласившись с судебным актом, в части отказа в удовлетворении заявленных требований, общество обратилось в суд апелляционной инстанции с жалобой, в которой просит его отменить, полагая, что судом неверно применены нормы материального права, а также не полностью выяснены обстоятельства дела.

В судебном заседании представитель ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго» настаивал на доводах заявленной жалобы.

Управление ФАС России по Чукотскому АО, МП городского округа Анадырь «Горкомхоз», извещенные надлежащим образом о месте и времени рассмотрения жалобы, в судебном заседании не присутствовали.

В представленном отзыве антимонопольный орган просил в удовлетворении жалобы отказать, решение суда оставить без изменения.

В судебном заседании с 09.03.2011 по 15.03.2011 объявлялся перерыв.

Заслушав представителя общества, исследовав материалы дела, доводы жалобы и отзыва на нее, Шестой арбитражный апелляционный суд установил следующие обстоятельства.

Управление ФАС России по Чукотскому АО по жалобе МП городского округа Анадырь «Горокомхоз» приказом от 20.08.2010 года № 74 возбудило дело № 12/3-01/10 в отношении ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго» по признакам нарушения пунктов 3, 5, 8 части 1 статьи 10 Закона «О защите конкуренции».

Решением от 24.09.2010 действия общества в части навязывания контрагенту условий договора, невыгодных для него и создания дискриминационных условий были признаны нарушающими пункты 3, 8 части 1 статьи 10 Закона «О защите конкуренции», обществу выдано предписание от 24.09.2010 № 14/3-01ж о прекращении действий, ущемляющих интересы МП городского округа Анадырь «Горкомхоз» в части отказа в праве самостоятельного выбора варианта тарифа по оплате

электрической энергии в 2010 году и в части создании дискриминационных условий.

Управлением ФАС России по Чукотскому АО на основании данных выводов также было возбуждено дело об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (КоАП РФ), и постановлением от 11.10.2010 обществу был назначен штраф в сумме 10 165 871 руб. 47 коп.

Не согласившись с данными ненормативными правовыми актами, ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго» обжаловало их в суд, который заявленные требования удовлетворил частично, признав решение и предписание антимонопольного органа недействительным в части признания действий общества нарушающими пункт 3 части 1 статьи 10 Закона «О защите конкуренции» по эпизоду отказа в праве самостоятельного выбора варианта тарифа в 2010 году.

В части выводов и признании общества нарушившим пункт 8 части 1 статьи 10 Закона «О защите конкуренции» по эпизоду создания дискриминационных условий решение и предписание признаны судом законными.

В связи с указанными выводами, суд пересчитал размер штрафа, назначенного по административному делу, с учетом перерасчета коэффициентов по виду нарушения, сроку и количеству нарушений, и признал постановление о привлечении к административной ответственности незаконным в части штрафа в размере 7 399 647 руб. 93 коп. В части штрафа в размере 2 766 223 руб. 53 коп. признал постановление законным.

Определением от 08.12.2010 суд исправил опisku, допущенную в резолютивной части решения и признал незаконным наложение штрафа в сумме 4 457 455 руб. 73 коп. и законным в сумме 5 708 415 руб. 74 коп.

В своей апелляционной жалобе ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго» указывает на то, что не создавало дискриминационных условий для МП городского округа Анадырь «Горкомхоз», поскольку последнее обратилось к нему за изменением тарифа спустя более месяца с момента его утверждения Комитетом по ценам и тарифам и опубликования. В то время как ОАО «Анадырский морской порт» - в течение месяца. При этом общество руководствовалось сложившейся судебной практикой по данному вопросу.

Также ссылается на грубые процессуальные нарушения, допущенные, по его мнению, антимонопольным органом при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, а именно в ходе рассмотрения дела не велся протокол, а был изготовлен и вложен в дело позднее, после принятия решения.

Повторно рассмотрев дело по имеющимся в нем доказательствам, суд апелляционной инстанции не нашел оснований для удовлетворения апелляционной жалобы и изменения решения суда.

В соответствии с пунктом 8 части 1 статьи 10 Закона «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 создание дискриминационных условий.

Согласно статье 4 Закона дискриминационные условия – условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами.

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, является составом административного правонарушения, предусмотренного статьей 14.31 КоАП РФ.

ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго», согласно постановлению ФЭК РФ от 29.01.1999 № 3/6 включено в Реестр субъектов естественных монополий в топливно-энергетическом комплексе, в отношении которых осуществляется государственное регулирование и контроль, как организация, осуществляющая деятельность в сфере услуг по передаче электрической и тепловой энергии на территории Чукотского автономного округа.

Постановлением Правления Комитета государственного регулирования цен и тарифов Чукотского автономного округа от 16.12.2009 № 11-э/1 «Об установлении тарифов на электрическую энергию, поставляемую ОАО «Чукотэнерго» потребителям» (далее – Постановление о тарифах) на 2010 год, с 01.01.2010, установлены тарифы в трех вариантах, в соответствии с пунктом 58 Основ ценообразования в отношении электрической и тепловой энергии, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 26.02.2004 № 109 (далее Основы ценообразования):

1) одноставочный тариф, включающий в себя полную стоимость 1 киловатт-часа поставляемой электрической энергии и мощности;

2) двухставочный тариф, включающий в себя ставку за 1 киловатт-час электрической энергии и ставку за 1 киловатт установленной генерирующей мощности;

3) одноставочный (двухставочный) тариф, дифференцированный по зонам (часам) суток.

Указанное Постановление о тарифах было опубликовано в средствах массовой информации 25.12.2009.

В соответствии с пунктом 58 Основ ценообразования потребители, в том числе покупающие часть электрической энергии (мощности) на

оптовом рынке, самостоятельно выбирают для проведения расчетов за электрическую энергию (мощность) на розничном рынке один из указанных вариантов тарифа, уведомив об этом организацию, поставляющую ему электрическую энергию (мощность), не менее чем за месяц до вступления в установленном порядке в силу указанных тарифов. При отсутствии такого уведомления расчет за электрическую энергию (мощность), если иное не будет установлено по взаимному соглашению сторон, производится по варианту тарифа, действовавшему в период, предшествующий расчетному. В расчетном периоде регулирования не допускается изменения варианта тарифа, если иное не будет установлено по взаимному соглашению сторон.

Как видно из материалов дела, 31.03.2010 письмом № 01-01/1695 МП городского округа Анадырь «Горкомхоз» обратилось к ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго» о намерении перевести со второго полугодия 2010 года учет потребления электрической энергии части своих объектов на двуставочный тариф, дифференцированный по зонам суток, направив две заявки, оформленные в соответствии с приложением № 7 к договору энергоснабжения на 2010 год.

Письмом от 13.04.2010 № 20/17-19-1537 общество отказало МП городского округа Анадырь «Горкомхоз» в изменении варианта тарифа со ссылкой на пропуск срока такого уведомления, поскольку тарифы вступили в силу с 25.12.2009, а обращение последовало 31.03.2010, то есть после их опубликования и вступления в силу.

Между тем, в договоре, заключенном обществом на тот же период с другим потребителем – ОАО «Анадырский морской порт», путем согласования разногласий, внесено условие о том, что применяемый тариф с 01.07.2010, изменен на одноставочный, дифференцированный по зонам суток.

При этом протокол разногласий, содержащий указанное условие, направлен ОАО «Анадырский морской порт» в адрес ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго» также после опубликования Постановления о тарифах, то

есть с нарушением установленных пунктом 58 Основ ценообразования сроков.

При таких обстоятельствах, антимонопольным органом сделан правильный вывод о том, что в действиях ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго» содержится нарушение Закона «О защите конкуренции» в части совершения хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, действий по созданию дискриминационных условий.

Доводы общества о нарушении порядка рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства со ссылкой на то, что во время рассмотрения дела не велся протокол, не принимаются судом во внимание.

В материалах дела такой протокол имеется. При этом нормы Закона «О защите конкуренции» не содержат указания на время изготовления протокола, а также на то, что он должен быть изготовлен непосредственно в ходе рассмотрения дела, либо немедленно после его окончания.

В связи с отсутствием таких сроков, изготовление протокола в более позднее время, нельзя отнести к существенным нарушениям процедуры рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, влекущим признание решения антимонопольного органа недействительным.

Совершение вышеуказанного нарушения также свидетельствует о наличии в действиях ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго» состава административного правонарушения, предусмотренного статьей 14.31 КоАП РФ.

При проверке размера штрафа суд приходит к выводу о том, что он должен составлять, с учетом коэффициента тяжести «2» (создание дискриминационных условий), коэффициента срока «1», поскольку правонарушение продолжалось менее одного года, и без увеличения базового штрафа на 50% 2 766 223 руб. 53 коп., исходя из расчета:



$(20746676,48 (2\% \text{ от совокупной выручки}) \times 2 (\text{коэффициент тяжести, подлежащий применению}) \times 1(\text{коэффициент срока})) \times 1/15 = 2\,766\,223$  рубля 53 копейки.

При этом статьей 14.31 КоАП РФ установлен минимальный штраф в размере одной сотой размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работ, услуг), на рынке которого совершено административное правонарушение.

С учетом этого требования, размер штрафа не может быть ниже 5 708 415 руб. 74 коп. (одна сотая общей выручки общества за 2009 год в размере 570 841 574 руб. 06 коп.).

Таким образом, штраф, примененный антимонопольным органом, подлежит уменьшению на 4 457 455 руб. 73 коп. (10 165 871 руб. 47 коп. – 5 708 415 руб. 74 коп.).

Доводы Управления ФАС России по Чукотскому АО о том, что при расчете штрафа им была допущена ошибка в части размера совокупной выручки, была принята выручка в размере 1 037 333 823 руб. 82 коп., а следовало принять 2 897 807 000 руб., что подтверждает данными, представленными Управлением Федеральной налоговой службы по Чукотскому автономному округу, отклоняются судом апелляционной инстанции, поскольку перерасчет штрафа, исходя из вновь представленных данных, может привести к ухудшению положения общества, что не отвечает целям административного наказания и принципам его назначения, предусмотренным главами 3, 4 КоАП РФ.

На основании изложенного, апелляционная жалоба ОАО ЭиЭ «Чукотэнерго» подлежит отклонению с оставлением решения суда первой инстанции без изменения.

Расходы по уплате государственной пошлины относятся на заявителя апелляционной жалобы, в соответствии со статьей 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь статьями 258, 268-271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Шестой арбитражный апелляционный суд

**ПОСТАНОВИЛ:**

решение Арбитражного суда Чукотского автономного округа от 08 декабря 2010 года по делу № А80-247/2010 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в кассационном порядке в двухмесячный срок.

Председательствующий

А.И. Михайлова

Судьи

Е.В. Гричановская

Е.А. Швец