



СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

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

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Томск
01 августа 2011 года.

Дело № 07АП - 5193/11

Резолютивная часть постановления объявлена 28 июля 2011 года.
Полный текст постановления изготовлен 01 августа 2011 года.

Седьмой арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего Н.А. Усаниной
судей: Бородулиной И.И., Журавлевой В.А.
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Левенко А.С. с использованием средств аудиозаписи
при участии в заседании:
от заявителя: Мазуров М.М. по доверенности от 10.10.2008г. (сроком на три года)
от заинтересованного лица: Спицын А.К. по доверенности от 17.01.2011г. (до 31.12.2011г.)
рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу открытого акционерного общества Инженерно-технический центр «ВЕГА»
на решение Арбитражного суда Новосибирской области
от 29 апреля 2011 года по делу № А45-1746/2011 (судья Полякова В.А.)
по заявлению открытое акционерное общество Инженерно-технический центр «ВЕГА» (ОГРН 1025404720406, ИНН 5445006609)
к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области
о признании недействительными решения от 16.12.2010 и предписания

УСТАНОВИЛ:

Открытое акционерное общество Инженерно-технический центр «ВЕГА» (далее по тексту - ОАО ИТЦ «ВЕГА», Общество, заявитель) обратилось в арбитражный суд Новосибирской области с заявлением о признании недействительным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее - УФАС, антимонопольный орган) от 16.12.2010 и выданного на основании данного решения предписания.

Решением Арбитражного Суда Новосибирской области от 29.04.2011г. в удовлетворении заявленных требований отказано.

Не согласившись с данным решением, Общество обратилось с апелляционной жалобой в Седьмой арбитражный апелляционный суд, в которой просит решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований, по основаниям неполного выяснения обстоятельств, имеющих значение для дела, неверного применения норм материального права и процессуального права, сделаны неверные выводы, не соответствующие обстоятельствам дела, в частности:

- признавая в спорном ненормативном акте то обстоятельство, что заявитель ведет деятельность по купле-продаже электрической энергии, антимонопольный орган тем самым признает, что заявитель является сбытовой организацией на розничном рынке электроэнергии; УФАС не доказано, а арбитражным судом не исследовано того, обстоятельства, что надбавка к тарифу по договору купли-продажи сбытовой организации является сбытовой надбавкой;

- УФАС не является органом регулирования естественных монополий в сфере электроэнергетики, а потому не вправе утверждать, что общество осуществляет деятельность в сфере естественных монополий; Общество не включено в реестр субъектов естественных монополий, не осуществляет деятельности по передаче электрической энергии, является сбытовой организацией и получает с потребителей сбытовую надбавку; предметом субабонентских договоров является купля-продажа электрической энергии, а не возмездное оказание услуг;

- у Общества отсутствует обязанность утвердить тариф в соответствии с ч.2 ст.23 ФЗ «Об электроэнергетике»; осуществляет деятельность в конкурентной среде, наличие которой в аналитическом отчете УФАС не рассмотрено; антимонопольным органом не доказано, что общество осуществляет деятельность в сфере естественной монополии; не указаны нормы, которые определяют, какие расходы сбытовой организации подлежат включению в сбытовую надбавку, а равно, какие нормы нарушены применением процентов и надбавок.

При подаче апелляционной жалобы заявителем заявлено ходатайство о вызове в качестве свидетеля Ельчанинова А.А. (по тексту апелляционной жалобы); бывший председатель комиссии УФАС, для подтверждения дачи данным лицом представителю заявителя Мазурову М.М. устных разъяснений, заключающихся в том, что если бы у ИТЦ ОАО «ВЕГА» с субабонентами был договор энергоснабжения - купли продажи, то комиссия бы не сделала выводов о том, что ИТЦ ОАО «ВЕГА» является субъектом естественной монополии, о доминирующем положении на рынке и злоупотреблении доминирующим положением.

Также до судебного разбирательства в материалы дела поступили: ходатайство ОАО ИТЦ «ВЕГА» о формировании судебного состава с участием судей-специалистов в гражданском праве с учетом того, что при разбирательстве по существу подлежат изучению: имеются ли существенные условия договора купли-продажи, существенные условия договора услуги, какие законодательством предусмотрены существенные условия данного вида услуги; дополнения к апелляционной жалобе с приложенными документами: схема расположения отдельных подстанций, не принадлежащих заявителю, акт проверки от 13.05.2011г., однолинейная схема, договор от 16.09.1999г. с приложениями (договор с приложениями имеется в материалах дела), а равно дополнительные пояснения о несоответствии изложенной в отзыве позиции действующему законодательству с приложением информационного письма ФСТ РФ от 29.12.2010г. №ЕП-10620/12, выписки из монографии «Договорное право», о приобщении которых к материалам дела просил представитель заявителя и об удовлетворении заявленных ходатайств.

Представитель УФАС возражал по заявленным ходатайствам, по допросу свидетеля возражения отражены в отзыве, часть документов, которые заявитель просит приобщить к материалам дела, имеются в деле, часть получены после судебного разбирательства и не имеют отношения к делу, основания для формирования состава суда в ином составе не имеются.

В силу части 2 статьи 268 Арбитражного процессуального Кодекса Российской Федерации дополнительные доказательства принимаются арбитражным судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными.

Согласно пункту 26 Постановления Пленума ВАС РФ от 28.05.2009 №36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» при решении вопроса о возможности принятия новых доказательств, в том числе приложенных к апелляционной жалобе или отзыву на апелляционную жалобу, суд должен определить, была ли у лица, представившего доказательства, возможность их представления в суд первой инстанции или заявитель не представил их по не зависящим от него уважительным причинам.

К числу уважительных причин, в частности, относятся: необоснованное отклонение судом первой инстанции ходатайств лиц, участвующих в деле, об истребовании дополнительных доказательств, о назначении экспертизы; принятие судом решения об отказе в удовлетворении иска (заявления) ввиду отсутствия права на иск, пропуска срока исковой давности.

сти или срока, установленного частью 4 статьи 198 Кодекса, без рассмотрения по существу заявленных требований; наличие в материалах дела протокола судебного заседания, оспариваемого лицом, участвующим в деле, в части отсутствия в нем сведений о ходатайствах или иных заявлениях, касающихся оценки доказательств.

Признание доказательства относимым и допустимым само по себе не является основанием для его принятия судом апелляционной инстанции.

Таким образом, уважительной причиной непредставления доказательства может являться только такое обстоятельство, которое не зависит от самого заявителя.

Учитывая изложенное, суд апелляционной инстанции, протокольным определением частично удовлетворил заявленные ходатайства ОАО ИТЦ «ВЕГА», в части допроса свидетеля Ельчанинова А.А., отказано, поскольку данное лицо председатель комиссии - заинтересованное лицо (должностное лицо), его действия (бездействия) как должностного лица применительно к предмету спора не оспариваются; договор от 16.09.1999г. с приложениями имеется в материалах дела, и был предметом разбирательства суда первой инстанции; схема расположения отдельных подстанций, не принадлежащих заявителю, однолинейная схема, выписка из электронного справочника Дубль ГИС, никем не утверждены, невозможность представления которых в суд первой инстанции, а равно какие обстоятельства, имеющие значение для рассмотрения дела, данные документы подтверждают, заявителем не обоснованно; акт проверки от 13.05.2011г. составлен после вынесения судом решения по настоящему делу, не мог быть оценен судом первой инстанции при принятии решения по делу; не обоснованно, какое отношение к предмету заявленных требований имеет информационное письмо ФСТ России от 29.12.2010г., выписка из монографии «Договорное право» (которое не является нормативным актом), ходатайство о приобщении дополнений к апелляционной жалобе, дополнительных пояснений о несоответствии изложенной в отзыве позиции действующему законодательству удовлетворены, данные дополнения приобщены к материалам дела.

В связи с необоснованием заявителем применительно к статье 18 АПК РФ необходимости формирования судебного состава с участием судей-специалистов в гражданском праве, отводов сформированному составу суда не заявлено (ст. 21 АПК РФ), в удовлетворении ходатайства о формировании состава суда с участием судей-специалистов в гражданском праве, отказано.

В судебном заседании представитель ООО ИТЦ «ВЕГА» доводы апелляционной жалобы с учетом представленных дополнений к апелляционной жалобе, поддержал.

Доводы УФАС, изложенные в отзыве на апелляционную жалобу ООО ИТЦ «ВЕГА» не признало по основаниям, изложенным в дополнительных пояснениях.

УФАС по Новосибирской области в представленном отзыве на апелляционную жалобу, просит решение суда оставить без изменения, апелляционную жалобу без удовлетворения, его представитель в суде апелляционной инстанции поддержал доводы отзыва.

Проверив законность и обоснованность решения суда первой инстанции в порядке статей 266, 268 Арбитражного процессуального кодекса РФ, изучив доводы апелляционной жалобы, дополнений к ней, отзыва на нее, дополнений на отзыв, заслушав представителей сторон, суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены решения Арбитражного суда Новосибирской области.

Материалами дела установлено и сторонами не оспаривается, что ОАО ИТЦ «ВЕГА» принадлежат расположенные на территории города Бердска Новосибирской области кабельные линии, внутриплощадочные электрические сети и иные объекты электросетевого хозяйства.

Между ОАО «Новосибирскэнерго» и ОАО «Микроэлектроника» заключен договор №415 от 16.09.2009 г. на подачу и потребление электрической энергии, из анализа норм которого, следует, что стороны обязались, по вопросам, не урегулированным настоящим договором, руководствоваться нормативно-правовыми актами в сфере энергетики, в том числе регулирующих порядок расчетов за электрическую и тепловую энергию, и законодательство о государственном регулировании тарифов

В соответствии с агентским договором №1А от 29.06.1999г. ООО «Микроэлектроника» и ОАО «Микроэлектроника» распределение и учет потребления электроэнергии, а также получение денежных средств от абонентов в оплату потребленной ими электроэнергии осуществляется через сети ОАО «Микроэлектроника».

Решением общего собрания акционеров Общества от 28.05.2002г. ОАО «Микроэлектроника» переименовано в Инженерно-технический центр «ВЕГА», а решением Годового общего собрания акционеров ОАО «Новосибирскэнерго» от 28.06.2006г., ОАО «Новосибирскэнерго» переименовано в ОАО «СибирьЭнерго».

Согласно заключенным между ОАО ИТЦ «ВЕГА» договорам на подачу и потребление электрической энергии, пункт 6.1., расчет за потребленную электроэнергию производится по тарифу абонента энергоснабжающей организации «гарантирующего поставщика», состоящего из тарифа энергоснабжающей организации «Гарантирующего поставщика» и затрат на передачу и трансформацию электроэнергии субабоненту, через сети абонента энергоснабжающей организации «гарантирующего поставщика», в размере 5% от стоимости электроэнергии по тарифу энергоснабжающей организации.

К электрическим сетям ОАО ИТЦ «ВЕГА» присоединено 49 потребителей электрической энергии, перед которыми ОАО ИТЦ «ВЕГА» приняло на себя обязательства по подаче электрической энергии (пункт 3.1.1.)

Исходя из анализа Актов приема передачи услуг по договорам на подачу и потребление электрической энергии, стоимость оказанных услуг, в том числе, складывается из количества пропущенной мощности через сети ОАО ИТЦ «ВЕГА».

Материалами дела установлено, что в ходе рассмотрения заявления ООО «Межрегиональная торговая компания» в Новосибирское УФАС России на действия ОАО ИТЦ «ВЕГА» по уклонению от составления акта разграничения балансовой принадлежности и эксплуатационной ответственности сторон, были выявлены признаки нарушения Обществом порядка ценообразования при оказании услуг по передаче электрической энергии.

Приказом Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области от 07.09.2010 №348 возбуждено дело № 02-01-44-10-10 по признакам нарушения ОАО ИТЦ «ВЕГА» пункта 10 части 1 статьи 10 федерального закона «О защите конкуренции»; создана комиссия по рассмотрению указанного дела.

Приказом от 25.10.2010 № 415 «О внесении изменений в состав комиссии по рассмотрению дела № 02-01-44-10-10 о нарушении антимонопольного законодательства» в состав комиссии изменен в связи с тем, что приказ №348 был издан не руководителем Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области, а исполняющим его обязанности по приказу от 30.08.2010 № 157-О.

Департамент по тарифам Новосибирской области письмами от 23.09.2010, 25.10.2010 указал на неправомерность оказания ОАО ИТЦ «ВЕГА» платных услуг по передаче электрической энергии без установления соответствующего тарифа в органе исполнительной власти субъекта Российской Федерации в области государственного регулирования тарифов.

07.12.2010г. состоялось заседание Комиссии УФАС по Новосибирской области по рассмотрению дела №02-01-44-10-10, где установлено, что ОАО ИТЦ «ВЕГА» оказывает услуги по передаче электрической энергии, которые статьей 4 Федерального Закона «О естественных монополиях» отнесены к сфере деятельности субъектов естественных монополий, о чем составлен протокол.

На основании протокола от 07.12.2010г, УФАС по Новосибирской области вынесено решение по делу №02-01-44-10-10 от 16.12.2010г о признании ОАО ИТЦ «ВЕГА» занимающем доминирующее положение на рынке услуг по передаче электрической энергии, о признании общества нарушившим пункт 10 части 1 статьи 10 Федерального закона №135-ФЗ от 26.07.2006г. «О защите конкуренции» путем установления для потребителей, присоединенных к сетям предприятия платы за услугу по передаче электрической энергии без утверждения соответствующего тарифа в органе исполнительной власти субъекта РФ в области государственного регулирования тарифов и о выдаче предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, а именно: не брать с потребителей, присоеди-

ненных к электрическим сетям предприятия, плату за услуги по переданной электрической энергии по неустановленному уполномоченным органом тарифу.

ОАО ИТЦ «ВЕГА», считая, что решение и предписание Управления не соответствуют требованиям действующего законодательства, обратилось в арбитражный суд с соответствующим заявлением.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из правомерности признания антимонопольным органом действий ОАО ИТЦ «ВЕГА», противоречащими требованиям Федерального закона «Об электроэнергетике», ущемляющих права потребителей и нарушающими требования пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Арбитражный суд первой инстанции принял по существу правильное решение.

Федеральным Законом №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее Закона №135-ФЗ, Закон о конкуренции) устанавливаются организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе, предупреждения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции; недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации. Целями настоящего Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков (статья 1 Закона).

В силу статьи 23 Закона №135-ФЗ антимонопольный орган наделен рядом полномочий в целях реализации своих функций и целей настоящего Закона, в том числе по недопущению действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства. Антимонопольный орган выдает в случаях, указанных в настоящем Федеральном законе, хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания.

Пунктом 10 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, следующие действия: нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования

Субъектом данного правонарушения, является хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на соответствующем рынке работ (услуг).

Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта - субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии (статья 5 Закона №135-ФЗ).

Из содержания статьи 3, пункта 1 статьи 4 Федерального закона от 17.08.1995 №147-ФЗ «О естественных монополиях» следует, что субъектом естественной монополии является хозяйствующий субъект (юридическое лицо), занятый производством (реализацией) товаров в условиях естественной монополии.

Услуги по передаче электрической энергии относятся к сфере деятельности субъектов естественных монополий (пункт 1 статьи 4 указанного Федерального закона).

Довод апелланта о том, что антимонопольный орган не является органом регулирования естественных монополий в сфере электроэнергетики, в связи с чем, не вправе утверждать, что Общество осуществляет деятельность в сфере естественных монополий, и что Общество в случае его не включения в соответствующий реестр, не является хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на определенном товарном рынке, судом апелляционной инстанции отклоняется.

Положением «О территориальном органе Федеральной антимонопольной службы», утвержденным Приказом Федеральной антимонопольной службы от 15.12.2006 №324 (дей-

ствовавшего на момент вынесения оспариваемого решения от 16.12.2010г.), что именно в полномочия территориального антимонопольного органа входит определение наличия доминирующего положения хозяйствующих субъектов на товарных рынках.

В случае несогласия организации с признанием ее положения доминирующим на товарном рынке, суд оценивает соблюдение антимонопольным органом правил установления данного факта (пункт 10 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.03.1998 №32).

Для признания лица нарушившим пункт 1 статьи 10 Закона №135-ФЗ необходимо установить одновременное наличие: хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке; совершение данным лицом действий (бездействия), направленных на злоупотребление доминирующим положением, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц.

Факт доминирования определяется на основании критериев, предусмотренных статьей 5 Закона о конкуренции, положения данной статьи не требуют включения хозяйствующего субъекта в реестр субъектов естественных монополий в качестве условия признания его положения доминирующим, что согласуется с правовой позицией Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в Постановлении Пленума от 30.06.2008г. №30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

Договорами на подачу и потребление электрической энергии с потребителями электрической энергии, актами на оплату услуг по указанным договорам, актами разграничения эксплуатационной ответственности сторон, подтверждается наличие технологического присоединения оборудования к сетям Заявителя.

Услуги по передаче электрической энергии в силу статьи 4 Федерального Закона «О естественных монополиях» отнесены к сфере деятельности субъектов естественных монополий, в связи с чем, хозяйствующий субъект, оказывающий услуги по передаче электрической энергии, как обоснованно указано судом первой инстанции, является субъектом естественной монополии.

Каких-либо иных квалифицирующих признаков субъекта естественных монополий, помимо осуществления деятельности по производству (реализации) товаров в условиях естественной монополии, в частности, включение в реестр субъектов естественных монополий, в отношении которых осуществляется государственное регулирование и контроль, Законом «О естественных монополиях» не установлено.

Следовательно, факт включения либо невключения хозяйствующего субъекта (юридического лица) в реестр субъектов естественных монополий, в отношении которых осуществляется государственное регулирование и контроль, в силу положений статьи 3 Закона «О естественных монополиях» не имеет правового значения для определения статуса субъекта естественной монополии при применении части 1 статьи 10 Закона №135-ФЗ.

Доводы Общества о не исследовании антимонопольным органом конкурентного рынка, правомерно отклонены судом первой инстанции со ссылкой на пункт 1.4 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного Приказом Федеральной антимонопольной службы РФ от 28.04.2010г. №220, согласно которого не требуется проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке при установлении доминирующего положения хозяйствующего субъекта в случае, если хозяйствующий субъект осуществляет производство (реализацию) товаров в условиях естественной монополии.

Поскольку антимонопольным органом установлен факт занятия Обществом доминирующего положения как субъекта естественной монополии, необходимость проведения анализа конкурентной среды отсутствовала.

Кроме того, объекты сетевого хозяйства (электрические сети), принадлежащие ОАО ИТЦ «ВЕГА», участвуют в процессе передачи электрической энергии субабонентам, что подтверждается материалами дела.

Заявитель выделяет две схемы энергоснабжения, условно называя их «субабонентской схемой» и «схемой оказания услуг», при этом, как указывает заявитель, в отношениях ОАО

ИТЦ «ВЕГА» с субабонентами имеет место именно «субабонентская схема», поскольку имеются отношения только по купле-продаже, а не отношения по оказанию услуг.

Согласно статье 3 Закона «Об электроэнергетике» субъекты электроэнергетики - лица, осуществляющие деятельность в сфере электроэнергетики, в том числе производство электрической, тепловой энергии и мощности, приобретение и продажу электрической энергии и мощности, энергоснабжение потребителей, оказание услуг по передаче электрической энергии, оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике, сбыт электрической энергии (мощности), организацию купли-продажи электрической энергии и мощности.

В соответствии со статьей 37 названного Закона, субъектами розничных рынков являются: потребители электрической энергии; поставщики электрической энергии (энергосбытовые организации, гарантирующие поставщики, производители электрической энергии, не имеющие права на участие в оптовом рынке в соответствии со статьей 35 настоящего Федерального закона); территориальные сетевые организации, осуществляющие услуги по передаче электрической энергии; субъекты оперативно-диспетчерского управления в электроэнергетике, осуществляющие указанное управление на уровне розничных рынков.

Материалами дела установлено, что Общество не имеет статуса «Гарантированного поставщика», не является производителем электрической энергии и субъектом оперативно-диспетчерского управления.

Довод апелланта о том, что Общество является энергосбытовой организацией, также отклоняется, в виду следующего.

Статья 3 Закона «Об электроэнергетике» устанавливает, что энергосбытовые организации - это организации, осуществляющие в качестве основного вида деятельности продажу другим лицам произведенной или приобретенной электрической энергии.

Территориально сетевые организации - коммерческие организации, оказывающие услуги по передаче электрической энергии с использованием объектов электросетевого хозяйства, не относящихся к единой национальной (общероссийской) электрической сети, а в случаях, установленных настоящим Федеральным законом, - с использованием объектов электросетевого хозяйства или части указанных объектов, входящих в единую национальную (общероссийскую) электрическую сеть.

В соответствии с предоставленной в материалы дела выпиской из ЕГРЮЛ от 17.01.2011г. основным видом деятельности ОАО ИТЦ «ВЕГА» является распределение электроэнергии.

Пунктом 5.1 Устава Общества предусмотрено, что основными видами деятельности среди прочих являются: купля-продажа электроэнергии, обеспечение энергоснабжением потребителей.

В соответствии с пунктом 1 статьи 539, статьей 545 Гражданского кодекса РФ, договором от 16.09.1999 №415 на подачу и потребление электрической энергии Общество является Абонентом.

По договору энергоснабжения энергоснабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию, а также соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления, обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении энергетических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии. Абонент, в свою очередь, может передавать энергию, принятую им от энергоснабжающей организации через присоединенную сеть, другому лицу (субабоненту) только с согласия энергоснабжающей организации.

В соответствии с пунктами 3.2.2 и 7.8 договора от 16.09.1999 №415 на подачу и потребление электрической энергии, Абоненту запрещено самовольное включение субабонентов.

Исходя из условий заключенных договоров с субабонентами, Абонент обязуется подавать электрическую энергию субабонентам (п.3.1.1.), а субабонент производить расчет за потребленную электроэнергию производится по тарифу Абонента, состоящего из тарифа энергоснабжающей организации «Гарантирующего поставщика» и затрат на передачу и трансформацию электроэнергии субабоненту, через сети абонента энергоснабжающей орга-

низации «гарантирующего поставщика», в размере 5% от стоимости электроэнергии по тарифу энергоснабжающей организации.

Согласно Актам приема-передачи услуг по договорам на подачу и потребление электрической энергии, осуществляется пропуск мощности через сети ОАО ИТЦ «ВЕГА».

Таким образом, исходя из положений пункта 1 статьи 543 Гражданского кодекса РФ, пунктов 3.2.2, 7.8 договора от 16.09.1999 №415 на подачу и потребление электрической энергии, Актов приема-передачи услуг по договорам на подачу и потребление электрической энергии, следует, что передача электроэнергии включает эксплуатацию передающих систем, которые передают электроэнергию от генерирующих предприятий (мощностей) к распределительным системам, а распределение электроэнергии - распределение электроэнергии по электрическим сетям, которые доводят до конечных потребителей (населения, промышленных предприятий и т.п.) электроэнергию, поступающую от генерирующих мощностей или передающих систем, а, получая от субабонентов плату за продажу электроэнергии и пропуск мощности через сети Общества, фактически осуществляет возмездную передачу субабонентам электроэнергии и является сетевой организацией.

Довод заявителя о том, что предметом договоров с субабонентами является купля-продажа, а не возмездное оказание услуг, отклоняется как необоснованный, основанный на неверном толковании норм материального права.

Согласно пункту 57 Постановления Правительства РФ от 26.02.2004 №109 «О ценообразовании в отношении электрической и тепловой энергии в Российской Федерации» вместе с «Правилами государственного регулирования и применения тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» регулируемые тарифы (цены) на электрическую энергию (мощность), поставляемую потребителям, представляют собой сумму следующих слагаемых: средневзвешенная стоимость единицы электрической энергии (мощности), производимой и (или) приобретаемой гарантирующим поставщиком, энергоснабжающей организацией, энергосбытовой организацией, к числу потребителей которой относится население, на оптовом и розничном рынках по регулируемым тарифам (ценам). Затраты гарантирующих поставщиков, энергосбытовых организаций, энергоснабжающих организаций на приобретение электрической энергии включают расходы, связанные с оплатой мощности на оптовом рынке; сумма тарифов на услуги, оказание которых является неотъемлемой частью процесса снабжения электрической энергией потребителей и размер платы за которые в соответствии с законодательством Российской Федерации подлежит государственному регулированию, за исключением услуг по передаче электрической энергии; сбытовая надбавка гарантирующего поставщика; стоимость услуг по передаче единицы электрической энергии (мощности) - в случае, если электрическая энергия (мощность) поставляется на основании договора энергоснабжения.

Пункт 63 предусматривает, что в отношении услуг, оказываемых организациями, осуществляющими регулируемую деятельность, Федеральная служба по тарифам устанавливает: предельные минимальные и (или) максимальные уровни тарифов на услуги по передаче электрической энергии по сетям, с использованием которых услуги по передаче электрической энергии оказываются территориальными сетевыми организациями

В соответствии со статьей 23 Закона об электроэнергетике государственное регулирование цен (тарифов) осуществляется в порядке, установленном основами ценообразования в области регулируемых цен (тарифов) в электроэнергетике и правилами государственного регулирования (пересмотра, применения) цен (тарифов) в электроэнергетике, утвержденными Правительством Российской Федерации. При этом регулируемые цены (тарифы) могут устанавливаться как в числовом выражении, так и в виде формул или порядка определения таких цен.

Государственному регулированию подлежат цены (тарифы) на услуги по передаче электрической энергии по электрическим сетям, принадлежащим на праве собственности или ином законном основании территориальным сетевым организациям, а также предельные (минимальный и (или) максимальный) уровни таких цен (тарифов); за технологическое присоединение к единой национальной (общероссийской) электрической сети, к электрическим сетям территориальных сетевых организаций и (или) стандартизированные тарифные ставки,

определяющие ее величину; цены (тарифы) и предельные (минимальный и (или) максимальный) уровни цен (тарифов) на электрическую энергию (мощность), поставляемую населению и приравненным к нему категориям потребителей, а так же сбытовые надбавки гарантирующих поставщиков.

Предельные (минимальный и (или) максимальный) уровни цен (тарифов) на электрическую энергию, поставляемую покупателям на розничных рынках, устанавливаются федеральным органом исполнительной власти в области регулирования тарифов в срок, определенный Правительством Российской Федерации.

Пункт 9 указанной статьи устанавливает, что в случае нарушения установленного порядка применения государственных регулируемых цен (тарифов) субъекты электроэнергетики и иные допустившие такое нарушение лица возмещают в соответствии с гражданским законодательством убытки, причиненные таким нарушением другим лицам, и несут иную предусмотренную законодательством Российской Федерации ответственность.

Статьей 3 Закона об электроэнергетике определено понятие потребителей электрической энергии как лиц, приобретающих электрическую энергию для собственных бытовых и (или) производственных нужд.

В силу статьи 6 Федерального закона от 14.04.1995 №41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» (далее - Закон №41-ФЗ) органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации в области государственного регулирования тарифов устанавливают тарифы на услуги по передаче электрической энергии по распределительным сетям в рамках установленных федеральным органом исполнительной власти в области регулирования тарифов предельных (минимального и (или) максимального) уровней тарифов на указанные услуги.

Из системного толкования изложенных норм следует, что хозяйствующий субъект не вправе самостоятельно устанавливать тарифы за оказание им услуг по передаче электрической энергии.

Установление цен (тарифов) на услуги по передаче электрической энергии по электрическим сетям, принадлежащим на праве собственности или ином законном основании территориальным сетевым организациям, относится к полномочиям органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации, на территории Новосибирской области таким органом является Департамент по тарифам.

Как следует из материалов дела, ОАО ИТЦ «ВЕГА» в Департамент по тарифам Новосибирской области с заявлением об установлении соответствующего тарифа не обращалось.

Кроме того, как разъяснил Департамент по тарифам Новосибирской области в письмах от 23.09.2010г., от 25.10.2010г., все расходы на содержание и эксплуатацию объектов электросетевого хозяйства, на покупку технологического расхода электрической энергии (трансформацию и передачу электрической энергии) закладываются в тариф на передачу электрической энергии.

С учётом изложенного, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что установление открытым акционерным обществом инженерно-технический центр «ВЕГА» для потребителей электрической энергии, присоединённых сетям общества, платы за передачу электрической энергии без утверждения соответствующего тарифа в органе исполнительной власти субъекта Российской Федерации в области государственного регулирования тарифов не соответствует установленному нормативными правовыми актами порядку ценообразования и правомерно квалифицированы антимонопольным органом как злоупотребление обществом своим доминирующим положением на рынке услуг по передаче электрической энергии в границах электрических сетей, по которым общество оказывает данные услуги потребителям.

Довод Общества, о том, что антимонопольный орган не имеет полномочий по рассмотрению вопросов, связанных с установлением тарифов, судом апелляционной инстанции отклоняется, в соответствии со статьей 25 Закона об электроэнергетике объектами антимонопольного регулирования и контроля, являются в том числе, цены, кроме того, положения данной статьи, закрепляют за антимонопольным органом право применять в отношении субъектов оптового рынка, занимающих доминирующее и (или) исключительное положение

либо манипулирующих и (или) имеющих возможность манипулирования ценами на оптовом рынке, в целях предупреждения злоупотреблений и недопущения манипулирования ценами такие меры, как государственное регулирование цен (тарифов).

В апелляционной жалобе Общество указывает, что оказание услуг по передаче электрической энергии с использованием принадлежащих ему объектов электросетевого хозяйства является правом, а не обязанностью Общества.

Действительно, оказание собственниками и иными законными владельцами объектов электросетевого хозяйства, через которые опосредованно присоединено к электрическим сетям сетевой организации энергопринимающее устройство потребителя, услуг по передаче электрической энергии с использованием принадлежащих им объектов электросетевого хозяйства после установления для них тарифа на услуги по передаче электрической энергии является правом таких лиц.

Вместе с тем, возможность воспользоваться таким правом опосредована наличием установленного для таких лиц тарифа на услуги по передаче электрической энергии.

Поскольку из материалов дела следует, что Обществом оказываются услуги по передаче электрической энергии субабонентам за плату по самостоятельно установленному тарифу, Общество обоснованно признано нарушившим пункт 10 части статьи 10 Закона №135-ФЗ.

Довод Общества о переносе бремени доказывания с антимонопольного органа на Общество, судом не принимается, в виду следующего.

В соответствии с частью 1 статьи 64 АПК РФ, арбитражный суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела.

Обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются арбитражным судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права (часть 2 статьи 65 АПК РФ).

Исходя из содержания указанных норм права следует, что предмет доказывания по делу устанавливается арбитражным судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права.

Оставление судом первой инстанции без удовлетворения заявленных Обществом ходатайств о вызове Ельчанинова А.А. в качестве свидетеля по делу, не является безусловным процессуальным нарушением, влекущим отмену судебного акта, статья 56 АПК РФ не предусматривает обязанности суда по вызову свидетеля, кроме того, с учетом предмета заявленных требований о признании недействительными решения и предписания органа, осуществляющего публичные полномочия в порядке главы 24 АПК РФ, в соответствии со статьями 198, 201 АПК РФ, судом проверяется соответствие ненормативного правового акта, решения органов, осуществляющих публичные полномочия закону или иному нормативному правовому акту по основаниям, изложенным в данных актах, решениях, а не позиции отдельного должностного лица.

В силу статей 64, 71, 168 АПК РФ арбитражный суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, на основании представленных доказательств.

Судом первой инстанции дана правильная правовая оценка всем обстоятельствам дела и представленным в материалы дела доказательствам.

В целом доводы апелляционной жалобы направлены на переоценку выводов арбитражного суда первой инстанции, оснований для которой у суда апелляционной инстанции при неопровержении обществом соответствующими доказательствами установленных судом фактических обстоятельств дела, не имеется.

При изложенных обстоятельствах, принятое арбитражным судом первой инстанции решение является законным и обоснованным, судом полно и всесторонне исследованы

имеющиеся в материалах дела доказательств, им дана правильная оценка, нарушений норм материального и процессуального права не допущено, оснований для отмены решения суда первой инстанции, установленных статьей 270 Арбитражного процессуального кодекса РФ, а равно принятия доводов апелляционной жалобы, у суда апелляционной инстанции не имеется.

Руководствуясь пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции

П О С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 29 апреля 2011 года по делу №45-1746/2011 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

Н.А. Усанина

Судьи

И.И. Бородулина

В.А. Журавлева