

**ФЕДЕРАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД УРАЛЬСКОГО ОКРУГА****ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

№ Ф09-5080/09-С6

27 июля 2009 г.

Дело № А50-15220/2008

Екатеринбург

Федеральный арбитражный суд Уральского округа в составе:
председательствующего Семеновой З.Г.,
судей Мындря Д.И., Смирнова А.Ю.,

рассмотрел в судебном заседании жалобу открытого акционерного общества «Первая генерирующая компания оптового рынка электроэнергии» (далее – общество «ОГК-1») на постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.05.2009 по делу № А50-15220/2008 Арбитражного суда Пермского края.

Лица, участвующие в деле, о времени и месте судебного разбирательства извещены надлежащим образом, в том числе публично, путем размещения информации о времени и месте судебного заседания на сайте Федерального арбитражного суда Уральского округа.

В судебном заседании приняли участие представители:

общества «ОГК-1» – Захаров М.А. (доверенность от 25.05.2009);

Управления Федеральной антимонопольной службы по Пермскому краю (далее - Управление) – Тудвасева Т.В. (доверенность от 11.01.2009 № 3);

закрытого акционерного общества «Пермгазтехнология» (далее – общество «Пермгазтехнология») - Михальская Е.В. (доверенность от 23.07.2009), Синев А.В. (доверенность от 22.05.2009 № 176).

Ходатайство Управления Федеральной регистрационной службы по Пермскому краю о рассмотрении дела без участия его представителя подлежит удовлетворению в соответствии с ч. 3 ст. 156 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Управление обратилось в Арбитражный суд Пермского края с заявлением о признании недействительным договора аренды газопровода с правом выкупа от 27.12.2007 № 3-510108, заключенного между обществом «Пермгазтехнология» и обществом «ОГК-1».

Решением Арбитражного суда Пермского края от 18.03.2009 (судья Шафранская М.Ю.) в удовлетворении исковых требований отказано.

Постановлением Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.05.2009 (судьи Савельева Н.М., Ясикова Е.Ю., Щеклеина Л.Ю.) решение суда отменено. Суд признал недействительным договор аренды газопровода с правом выкупа от 27.12.2007 № 3-510108.

На основании ст. 51 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований

относительно предмета спора, привлечено Управление Федеральной регистрационной службы по Пермскому краю.

В жалобе, поданной в Федеральный арбитражный суд Уральского округа, общество «ОГК-1» просит постановление суда апелляционной инстанции отменить, решение суда первой инстанции оставить в силе, ссылаясь на несоответствие выводов суда установленным по делу фактическим обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам, нарушение судом апелляционной инстанции положений ст. 8, 18, 34, 35 Конституции Российской Федерации, ст. 1, 2, 8, 9, 10, 307, 309, 310, 420, 421, 432 Гражданского кодекса Российской Федерации, ст. 2, 4, 65, 269 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, ст. 1, 2, 3, 5, 6, 10, 11, 34 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), ст. 1, 2, 3, 4, 5, 6 Федерального закона от 14.04.1995 № 41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации», п. 3, 7, 15, 16, 17 Основ ценообразования в отношении электрической энергии и тепловой энергии в Российской Федерации, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 26.02.2004 № 109, Федерального закона от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» (далее – Закон о естественных монополиях). Заявитель считает, что положения оспариваемого договора не могут ограничивать конкуренцию, в том числе усиливать доминирующее положение, поскольку конкуренция на соответствующем рынке отсутствует, тариф на тепловую энергию установлен для Пермской ГРЭС – филиала общества «ОГК-1» - Региональной энергетической комиссией Пермского края, органом, уполномоченным в области регулирования тарифов. При этом судом апелляционной инстанции не принято во внимание, что общество «ОГК-1» самостоятельно тарифы не устанавливает, а лишь представляет документы для их формирования.

Общество «Пермгазтехнология» в отзыве на кассационную жалобу поддерживает изложенные в ней доводы, просит постановление суда апелляционной инстанции отменить, в удовлетворении исковых требований отказать.

Управление в отзыве на кассационную жалобу указало, что не согласно с изложенными в ней доводами, просит оставить постановление суда апелляционной инстанции без изменения.

Управление Федеральной регистрационной службы по Пермскому краю в отзыве сообщило, что не имело сведений о том, что общество «Пермгазтехнология» является субъектом естественной монополии в области транспортировки природного газа, отметив также, что в его компетенцию не входит проверка соблюдения органами естественных монополий требований антимонопольного законодательства при совершении сделок.

Как установлено судами, между обществом «Пермгазтехнология» (далее – общество «Пермгазтехнология», арендодатель) и обществом «ОГК-1» (арендатор) заключен договор аренды с правом выкупа от 27.12.2007 № 3-510108, в соответствии с условиями которого обществу «ОГК-1» в аренду с правом выкупа передан газопровод-отвод, протяженностью 1535,5 п.м, расположенный по адресу: Пермский край, г. Добрянка, на срок с 01.01.2008 по 31.05.2010 (п. 1.2, 2.5 названного договора).

Размер арендной платы составляет 23 600 000 руб. 00 коп. в месяц, в том числе налог на добавленную стоимость (18%) – 3 600 000 руб. 00 коп. (п. 3.1 названного договора).

Управлением Федеральной регистрационной службы по Пермскому краю 24.01.2008 проведена государственная регистрация договора аренды с правом выкупа от 27.12.2007 № 3-510108.

Указанный газопровод-отвод принадлежит на праве собственности обществу «Пермгазтехнология», относится к его основным производственным средствам и предназначен для транспортировки природного газа (является единственным трубопроводом, по которому осуществляется поставка природного газа на Пермскую ГРЭС – филиал общества «ОГК-1»).

Общество «Пермгазтехнология» и общество «ОГК-1» на момент заключения договора являлись субъектами естественных монополий.

Приказом Управления от 20.10.2005 № 440-п общество «Пермгазтехнология» включено в реестр хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более 35 процентов, по позиции транспортировка по трубопроводам природного газа с долей более 65% в границах газотранспортных сетей, принадлежащих обществу «Пермгазтехнология».

Приказом Управления от 23.07.2007 № 272-п общество «ОГК-1» включено в реестр хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более 35 процентов, по позиции поставка тепловой энергии в горячей воде с долей более 65% в границах присоединенных сетей теплоснабжения, находящихся на территории Добрянского городского поселения Пермского края, принадлежащих транспортирующим организациям.

Оспариваемая сделка совершена в отношении основных производственных средств общества «Пермгазтехнология», стоимость которых составляла более 20% от общей балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов указанной организации.

Управление, полагая, что данная сделка в нарушение требований ст. 28 Закона о защите конкуренции заключена без предварительного согласия антимонопольного органа и привела к ограничению конкуренции, обратилось в арбитражный суд на основании ч. 2 ст. 34 Закона о защите конкуренции с иском о признании договора аренды с правом выкупа недействительным.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из того, что заключение оспариваемого договора не привело к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения.

Суд апелляционной инстанции, отменяя решение суда первой инстанции и удовлетворяя заявленные требования, правомерно исходил из следующего.

В соответствии со ст. 2 Закона о естественных монополиях отношения, которые возникают на товарных рынках Российской Федерации и в которых участвуют субъекты естественных монополий, регулируются названным законом.

В силу п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции в случае, если одно из лиц включено в реестр, сделки по получению в собственность, пользование или во владение хозяйствующим субъектом (группой лиц) основных производственных

средств и (или) нематериальных активов другого хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), если балансовая стоимость имущества, составляющего предмет сделки или взаимосвязанных сделок, превышает двадцать процентов балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов хозяйствующего субъекта, осуществляющего отчуждение или передачу имущества, осуществляются с предварительного согласия антимонопольного органа.

Судом апелляционной инстанции установлено, что по состоянию на 31.12.2007 общая стоимость основных производственных средств и нематериальных активов общества «Пермгазтехнология» составляла 196 000 руб. 00 коп., стоимость газопровода-отвода, являющегося предметом сделки, по состоянию на 01.01.2008 по данным бухгалтерского учета – 63 822 руб. 22 коп., что составляет 32,56% стоимости основных производственных средств и нематериальных активов общества «Пермгазтехнология».

В связи с тем, что балансовая стоимость имущества, составляющего предмет сделки, превышает двадцать процентов балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов общества «Пермгазтехнология», осуществляющего передачу имущества, судом апелляционной инстанции правомерно сделан вывод о том, что стороны сделки обязаны были получить предварительное согласие на заключение договора аренды газопровода-отвода.

В соответствии с ч. 2 ст. 32 Закона о защите конкуренции лица, заинтересованные в осуществлении сделок, иных действий, предусмотренных статьями 27 - 29 названного Федерального закона, представляют в антимонопольный орган ходатайства о даче согласия на осуществление сделок, иных действий, с приложением документов, предусмотренных ч. 5 ст. 32 названного Закона.

При рассмотрении ходатайства антимонопольный орган в соответствии с приказом Федеральной антимонопольной службы России от 25.04.2006 № 108 «Об утверждении Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке» проводит анализ и оценку состояния конкурентной среды на товарном рынке, по результатам которой составляет аналитический отчет, являющийся основанием для принятия антимонопольным органом решения об удовлетворении ходатайства или отказе в его удовлетворении.

Судом апелляционной инстанции установлено, что в нарушение п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции стороны оспариваемой сделки не направляли в антимонопольный орган ходатайство о даче согласия на ее осуществление, в связи с чем Управление было лишено возможности надлежащим образом исполнить возложенные на него законом обязанности по контролю (п. 2 ст. 7 Закона о естественных монополиях).

В силу ч. 2 ст. 34 Закона о защите конкуренции сделки, указанные в ст. 28 и 29 названного Закона и осуществленные без получения предварительного согласия антимонопольного органа, признаются недействительными в судебном порядке по иску антимонопольного органа, если такие сделки привели или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения.

Пунктом 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции к признакам ограничения конкуренции отнесены, в том числе, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке, а также иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке.

Услуги по передаче электрической и тепловой энергии в силу ст. 4 Закона о естественных монополиях отнесены к сфере деятельности субъектов естественных монополий.

Как усматривается из материалов дела, Пермская ГРЭС (филиал общества «ОГК-1») является поставщиком тепловой энергии.

Частью 5 ст. 5 Закона о защите конкуренции определено, что доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта - субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

Доминирующее положение указанных субъектов устанавливается исходя из определения естественной монополии, понимаемой как состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров (ст. 3 Закона о естественных монополиях).

Как следует из 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 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации и ст. 3 и 10 Закона 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 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, поскольку приведенный в названной части перечень не является исчерпывающим.

В отношении действий (бездействия), прямо поименованных в ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

В соответствии с Федеральным законом от 14.04.1995 № 41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации», Федеральным законом от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике», Основами ценообразования в отношении электрической и

тепловой энергии, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 26.02.2004 № 109, деятельность по поставке электрической и тепловой энергии является регулируемой, то есть расчеты за поставляемую продукцию осуществляются по тарифам, которые подлежат государственному регулированию.

Тарифы на электроэнергию установлены Федеральной службой по тарифам России, на тепловую энергию – Региональной энергетической комиссией Пермского края.

Подпунктом 8 п. 19, подп. 5 п. 29 Основ ценообразования в отношении электрической и тепловой энергии, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 26.02.2004 № 109, предусмотрено, что в расходы, связанные с производством и реализацией продукции по регулируемым видам деятельности, включаются, в том числе, расходы по оплате арендованного имущества

Из письма Региональной энергетической комиссии Пермского края от 30.12.2008 № СЭД-46-03-04-75 следует, что при формировании тарифов на тепловую энергию Пермской ГРЭС – филиала общества «ОГК-1» на 2008-2009 годы РЭК учтены расходы на аренду газопровода общества «Пермгазтехнология» на основании договора аренды от 27.12.2007 в размере 240 000 000 руб. 00 коп. (без налога на добавленную стоимость) в год. Региональная энергетическая комиссия Пермского края указывает также, что заключение договора аренды газопровода между обществом «Пермгазтехнология» и обществом «ОГК-1» привело к увеличению тарифов на тепловую энергию для конечных потребителей в 2008 году на 8 руб./Гкал и составило 354,17 руб./Гкал, в 2009 году – на 8,33 руб./Гкал и составило 406,17 руб./Гкал. В результате такого увеличения затраты конечных потребителей тепловой энергии при плановом объеме транспортировки газа от общества «Пермгазтехнология» и общества «ОГК-1» увеличены на 218 164 100 руб. 00 коп. в 2008 году и составят до 219 026 400 руб. 00 коп. в 2009 году.

Кроме того, из письма Региональной энергетической комиссии следует, что до 2008 года при формировании тарифов на тепловую энергию обществом «ОГК-1» расходы на услуги по транспортировке природного газа по газопроводу общества «Пермгазтехнология» определялись на основании постановления ФЭК России от 26.09.2001 № 60/7 «О тарифах на услуги по транспортировке газа по распределительным газопроводам» по тарифной ставке 5,43 руб./1000 куб. м, то есть в 2007 при заключении договора на транспортировку газа общество «ОГК-1» несло значительно меньшие расходы.

Оценив в порядке, предусмотренном ст. 65, 67, 68, 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, имеющиеся в материалах дела документы и установленные по делу фактические обстоятельства, а также с учетом того, что общество «ОГК-1» является хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке услуг по передаче тепловой энергии, суд апелляционной инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что антимонопольным органом доказан факт заключения между обществом «Пермгазтехнология» и обществом «ОГК-1» договора аренды газопровода с правом выкупа от 27.12.2007 № 3-510108 без согласия антимонопольного органа, что

повлекло негативные последствия в виде необоснованного увеличения тарифа на тепловую энергию и усиления доминирующего положения общества «ОГК-1».

Принимая во внимание, что газопровод является единственным трубопроводом, по которому осуществляется поставка природного газа на Пермскую ГРЭС, суд правомерно сделал вывод о том, что увеличение тарифа на тепловую энергию может повлечь негативные последствия для конечных потребителей тепловой энергии Пермской ГРЭС – филиала «ОГК-1».

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции правомерно признал оспариваемый договор недействительным.

Довод заявителя о том, что тарифы на тепловую энергию являются регулируемыми, а общество «ОГК-1» самостоятельно их не формирует, поэтому увеличение указанных тарифов не является результатом деятельности названного общества и не может повлиять на усиление его доминирующего положения, отклонен судом апелляционной инстанции обоснованно. Именно заключение оспариваемой сделки повлекло изменение тарифов, что отразилось на увеличении затрат конечных потребителей тепловой энергии, не имеющих возможности выбора другого поставщика.

Иные доводы заявителя кассационной жалобы сводятся по существу к переоценке доказательств, которые были предметом исследования и оценки суда апелляционной инстанции, в связи с чем на основании ст. 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации подлежат отклонению.

Обстоятельства дела исследованы судом апелляционной инстанции полно и всесторонне, спор разрешён в соответствии с требованиями действующего законодательства.

Нарушений норм материального или процессуального права, являющихся основанием для отмены судебного акта (ст. 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации), судом кассационной инстанции не установлено.

С учётом изложенного оспариваемый судебный акт подлежит оставлению без изменения, кассационная жалоба – без удовлетворения.

Руководствуясь ст. 286, 287, 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

П О С Т А Н О В И Л:

постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.05.2009 по делу А50-15220/2008 Арбитражного суда Пермского края оставить без изменения, кассационную жалобу открытого акционерного общества «Первая генерирующая компания оптового рынка электроэнергии» - без удовлетворения

Председательствующий

З.Г. Семенова

Судьи

Д.И. Мындра

А.Ю. Смирнов