

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

115191, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17

<http://www.msk.arbitr.ru>

Именем Российской Федерации

**РЕШЕНИЕ****г. Москва****Дело № А40-149323/10****1 июня 2011 года****144-1025**

Полный текст решения изготовлен 1 июня 2011 года

Резолютивная часть решения объявлена 25 мая 2011 года

**Арбитражный суд города Москвы****в составе:** судьи Папелишвили Г.Н.

при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Сидоровой С.А.

**рассмотрев в судебном заседании суда дело по заявлению ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар»****к ответчику/заинтересованному лицу:** Федеральной антимонопольной службе**третье лицо:** ОАО НК «Лукойл»**о признании недействительным решения от 20.07.2010 г. по делу № 1 10/68-10 (от 17.09.2010 г. № ПС/31431)****с участием:** от заявителя – Девятерикова М.А. по дов. от 11.01.11 № 12;

от ответчика – Романенкова И.И. по дов. от 10.05.10 № ИА/17905;

от третьего лица – Мартемьянов В.В. по дов. от 29.11.10 № Ю-7588;

**УСТАНОВИЛ:** ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар» (далее по тексту также – Заявитель) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании недействительным решения Федеральной антимонопольной службы от 20.07.2010 г. по делу № 1 10/68-10 (от 17.09.2010 г. № ПС/31431).

Заявитель представил письменные объяснения, поддержал заявленные требования в полном объеме по основаниям, изложенным в заявлении и письменных объяснениях со ссылкой на незаконность и необоснованность оспариваемого решения Федеральной антимонопольной службы от 20.07.2010 г. по делу № 1 10/68-10 (от 17.09.2010 г. № ПС/31431), нарушающего права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Ответчик представил отзыв, возражал против удовлетворения требований заявителя по основаниям, изложенным в отзыве, со ссылкой на то, что оспариваемое решение является законным, обоснованным, вынесенным в пределах компетенции ответчика и не нарушает права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

ОАО НК «Лукойл» представило письменный отзыв на заявление, оставило вопрос об удовлетворении либо отказе в удовлетворении заявленного требования о признании недействительным решения Федеральной антимонопольной службы от 20.07.2010 г. по делу № 1 10/68-10 (от 17.09.2010 г. № ПС/31431) на усмотрение суда. Пояснило, что после обращения ОАО НК «Лукойл» в ФАС России, но до возбуждения приказом антимонопольного органа от 07.06.2010 г. № 308 дела № 1 10/68-10 о нарушении антимонопольного законодательства, по инициативе заявителя дополнительным соглашением от 29.04.2010 г. в договор поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08

были внесены изменения в части исключения из него условий о повышающих коэффициентах за перебор газа.

Лица, явившиеся в судебное заседание, пояснили, что иных доказательств, кроме тех, что представлены в материалы дела, не имеют.

Рассмотрев материалы дела, выслушав доводы представителей явившихся в судебное заседание сторон, оценив относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности на основании ст.71 АПК РФ, арбитражный суд установил, что заявленные требования необоснованны и не подлежат удовлетворению в полном объеме по следующим основаниям.

Согласно ст.198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, процессуальный закон устанавливает наличие одновременно двух обстоятельств, а именно, не соответствие оспариваемого акта закону или иному нормативному правовому акту и нарушение оспариваемым актом прав и законных интересов организаций в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, для признания недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц.

В соответствии с п.п.1 и 5.3.1 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 г. № 331 «Об утверждении положения о федеральной антимонопольной службе» Федеральная антимонопольная служба является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по контролю и надзору за соблюдением коммерческими и некоммерческими организациями, федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации антимонопольного законодательства; за действиями, которые совершаются с участием или в отношении субъектов естественных монополий и результатом которых может являться ущемление интересов потребителей товара, в отношении которого применяется регулирование, либо сдерживание экономически оправданного перехода соответствующего товарного рынка из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка; за соблюдением требований обеспечения доступа на рынки услуг естественных монополий и оказанием услуг субъектами естественных монополий на недискриминационных условиях.

В соответствии с п.5.3.6 Положения о Федеральной антимонопольной службе последняя проводит проверку соблюдения антимонопольного законодательства коммерческими организациями, некоммерческими организациями, 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 и физическими лицами, получает от них необходимые документы и информацию, объяснения в письменной или устной форме, а также возбуждает и рассматривает дела о нарушениях антимонопольного законодательства.

В соответствии п.1 ст.22 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган обеспечивает государственный контроль за соблюдением органами государственной власти субъектов Российской Федерации антимонопольного законодательства.

Согласно ст.44 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган рассматривает поступающие заявления или материалы и в ходе рассмотрения последних вправе запрашивать у физических или юридических лиц, государственных органов, органов местного самоуправления с соблюдением требований законодательства Российской Федерации о государственной тайне, банковской тайне, коммерческой тайне или об иной охраняемой законом тайне документы, сведения, пояснения в письменной или устной форме, связанные с обстоятельствами, изложенными в указанных заявлениях или материалах.

В силу возложенных полномочий антимонопольный орган на основании ст.23 Закона о защите конкуренции возбуждает и рассматривает дела о нарушениях антимонопольного законодательства; выдает в случаях, указанных в настоящем Федеральном законе, хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания, в том числе о прекращении злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции; о прекращении нарушения правил недискриминационного доступа к товарам; о прекращении недобросовестной конкуренции; о недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства.

Как следует из материалов дела, основанием для возбуждения в отношении ООО «Краснодаррегионгаз» (после переименования – ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар») дела № 1 10/68-10 о нарушении антимонопольного законодательства послужило заявление ОАО НК «Лукойл», содержащее информацию о наличии в действиях ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар» признаков нарушения ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции, в части наличия в договоре поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08 условий, устанавливающих повышенную ответственность за нарушение условий договора поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08 – штрафные санкции за превышение договорного месячного объема газа (штраф в размере стоимости газа с коэффициентом: 1,5 – летом, 3 – зимой).

В ходе рассмотрения антимонопольного дела № 1 10/68-10 Комиссией ФАС России установлено, что 26.09.2007 г. ООО «ЮГК ТГК-8» заключило типовой долгосрочный договор поставки газа № 25-4-00001/08 с ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар». С 01.07.2009 г., в связи с реорганизацией ООО «ЮГК ТГК-8» договор был оформлен на ООО «ЛУКОЙЛ-Кубаньэнерго», основным видом деятельности которого является производство электрической и тепловой энергии.

Из текста договора поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08 Комиссия ФАС России также установила, что данный договор поставки содержит условия, устанавливающие повышенную ответственность за нарушение условий договора поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08 – штрафные санкции за превышение договорного месячного объема газа (штраф в размере стоимости газа с коэффициентом: 1,5 – летом, 3 – зимой).

Однако п.11 Правил поставки газа в Российской Федерации, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 05.02.1998 г. № 162 «Об утверждении Правил поставки газа в Российской Федерации» установлено, что при несогласии с условиями договора сторона, получившая оферту, обязана выслать другой стороне протокол разногласий, в случае неполучения в 30-дневный срок со дня отправления подписанного поставщиком протокола разногласий обратиться в арбитражный или третейский суд и по истечении срока действия договора, заключенного на предыдущий период, прекратить отбор газа.

Однако как указывает третье лицо прекращение отбора газа для ООО «ЛУКОЙЛ-Кубаньэнерго» в условиях осуществления непрерывного производственного процесса невозможно по технологическим причинам.

Таким образом, фактически для ООО «ЛУКОЙЛ-Кубаньэнерго» отсутствовала возможность оспорить в судебном порядке условия оферты, направленной

поставщиком, не прекращая потребление газа, поскольку п.11 Правил поставки газа в Российской Федерации установлено, что отбор (продолжение отбора) газа покупателем по истечении указанного 30-дневного срока и (или) срока действия договора, заключенного на предыдущий период, считается согласием стороны, получившей оферту, на заключение договора поставки (транспортировки) газа на условиях поставщика (газотранспортной или газораспределительной организации).

Согласно ч.1 ст.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 (бездействие): навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него 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; экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом; создание дискриминационных условий; нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

По результатам рассмотрения дела № 1 10/68-10 о нарушении антимонопольного законодательства Комиссия ФАС России решением от 20.07.2010 г. по делу № 1 10/68-10 (от 17.09.2010 г. № ПС/31431) признала факт нарушения ООО «Краснодаррегионгаз» (после переименования – ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар») ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции, выраженного в нарушении установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

Не согласившись с указанным решением Федеральной антимонопольной службы России от 20.07.2010 г. по делу № 1 10/68-10 (от 17.09.2010 г. № ПС/31431) и посчитав его необоснованным и не соответствующим действующему законодательству ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар» обратилось с настоящим заявлением в арбитражный суд.

Согласно п.4 ст.200 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

При этом согласно п.5 ст.200 АПК РФ с учетом п.1 ст.65 АПК РФ обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершение оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действия (бездействие).

Согласно ст.13 ГК РФ ненормативный акт, не соответствующий закону или иным правовым актам и нарушающий гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина, может быть признан судом недействительным.

Согласно п.1 Постановления Пленума ВС РФ от 01.07.1996 г. № 6 и Пленума ВАС РФ № 8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского

кодекса Российской Федерации» если суд установит, что оспариваемый акт не соответствует закону или иным правовым актам и ограничивает гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, то в соответствии со статьей 13 ГК он может признать такой акт недействительным.

Таким образом, из существа приведенных норм следует, что для признания недействительным обжалуемого заявителем решения Федеральной антимонопольной службы необходимо наличие двух обязательных условий, а именно, несоответствие его закону и наличие нарушения им прав и охраняемых законом интересов юридического лица.

С учетом заявленных требований и доказательств, имеющихся в материалах дела, суд считает необходимым указать следующее.

ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар» состоит в Реестре хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке долю более 35 %, по товарной группе «оптовая реализация природного газа» с долей более 35 % (Приказ Управления ФАС России по Краснодарскому краю от 09.01.2004 г. № 3) в границах Краснодарского края.

В соответствии с абзацем 2 п.5 Правил поставки газа в Российской Федерации договор поставки газа должен соответствовать требованиям параграфа 3 главы 30 ГК РФ.

Правилами поставки газа предусмотрена обязанность поставщика поставлять, а покупателя отбирать газ в количестве, определенном договором, при этом из п.114 Правил поставки газа в Российской Федерации следует, что договором поставки устанавливается конкретное значение объема месячной поставки газа.

В соответствии со ст.330 ГК РФ неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.

Правилами поставки газа, определяющими существенные условия договора поставки газа между поставщиком, потребителем и газораспределительной организацией, предусмотрена оплата покупателем при перерасходе газа без предварительного согласования с поставщиком, газотранспортной или газораспределительной организацией дополнительного объема отобранного им газа сверх установленного договором и стоимость его транспортировки за каждые сутки с применением коэффициента: с 15 апреля по 15 сентября – 1,1; с 16 сентября по 14 апреля – 1,5. Никаких иных штрафных коэффициентов Правилами поставки газа не предусмотрено.

Пунктом 3.6 договора поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08 предусмотрена ответственность потребителя газа за превышение договорного месячного объема газа (штраф в размере стоимости газа с коэффициентом: 1,5 – летом, 3 – зимой).

Однако установленные договором поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08 штрафные санкции не предусмотрены Правилами поставки газа в Российской Федерации и являются дополнительными к коэффициентам, предусмотренным п.17 Правил поставки газа в Российской Федерации.

Таким образом, условие п.3.6 договора поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08 о применении штрафных санкций за превышение месячного объема газа, определенного договором, нарушает ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции, поскольку указанные коэффициенты применяются при тех же обстоятельствах, что и коэффициенты, повышающие стоимость газа, предусмотренные п.17 Правил поставки газа в Российской Федерации, и не являются в данном случае неустойкой, обеспечивающей исполнение обязательств, а относятся к элементу ценообразования, предусматривающему порядок оплаты газа, потребленного сверх договорного объема.

Правовая природа штрафных коэффициентов, применяемых при расчетах за газ, потребленный сверх договорного объема, определяет их как элемент ценообразования, а установление в договоре поставки газа указанных коэффициентов не поименованных Правилами поставки газа в Российской Федерации нарушает ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции.

Данный вывод суда не противоречит действующей арбитражной практике и корреспондирует позиции ВАС РФ, изложенной в Постановлении Президиума ВАС РФ от 15.06.2010 г. № 325/10.

Условие договора о повышенной ответственности потребителей газа (штрафные коэффициенты) является частью условия о цене договора поставки газа.

В рамках осуществления своих полномочий в области газоснабжения Правительство Российской Федерации в соответствии со ст.8 Федерального закона от 31.03.1999 г. № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации» устанавливает принципы формирования цен на газ и тарифов на услуги по его транспортировке по газотранспортным и газораспределительным сетям.

В соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 г. № 332 «Об утверждении положения о Федеральной службе по тарифам» Федеральная служба по тарифам устанавливает оптовые цены на газ на выходе из системы магистрального газопроводного транспорта, кроме газа, добываемого организациями, не являющимися аффилированными лицами ОАО «Газпром» и (или) организаций – собственников региональных систем Газоснабжения.

Норма, закрепленная п.п.15.1 - 15.3 Основных положений формирования и государственного регулирования цен на газ и тарифов на услуги по его транспортировке на территории Российской Федерации, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 29.23.2000 г. № 1021, предоставляет право поставщикам заключать со всеми категориями потребителей (кроме населения) договоры поставки (в том числе долгосрочные) газа, добываемого ОАО «Газпром» и его аффилированными лицами, по ценам, определяемым соглашением сторон и находящимся в диапазоне между предельными минимальными и предельными максимальными уровнями цен, устанавливаемыми федеральным органом исполнительной власти в сфере государственного регулирования цен.

Таким образом, действующим законодательством Российской Федерации определен порядок ценообразования на газ, добываемого ОАО «Газпром» и его аффилированными лицами.

Установление в договоре поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08 условия о применении дополнительных штрафных санкций за превышение месячного объема газа за месяц поставки наряду с коэффициентами, предусмотренными Правилами поставки газа в Российской Федерации, недопустимо и является нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

Доводы заявителя и третьего лица о том что ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар» добровольно дополнительным соглашением от 29.04.2010 г. внесло в договор поставки газа от 26.09.2007 г. № 25-4-00001/08 изменения в части исключения из него условий о повышающих коэффициентах за перебор газа и следовательно на момент рассмотрения ответчиком антимонопольного дела нарушение ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции отсутствовало и при этом ОАО НК «Лукойл» не причинен какой-либо материальный ущерб, представляются суду необоснованными поскольку ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции запрещает действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе следующие действия (бездействие) при этом не указывая на наличие или отсутствие у хозяйствующих субъектов каких-либо убытков.

Кроме того ответчиком также установлено, что в период с 2007 год по 2009 год при проведении ОАО «Газпром» договорной кампании, ООО «Краснодаррегионгаз» не было предпринято каких-либо действий по приведению в соответствие с действующим законодательством Российской Федерации долгосрочных договоров поставки газа, заключенных с потребителями, в том числе, на исключение из них условий, устанавливающих дополнительную ответственность (штрафные коэффициенты) за превышение месячного объема газа.

Таким образом, поскольку ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар» как поставщик газа состоит в Реестре хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке долю более 35 %, по товарной группе «реализация природного газа» с долей более 65 %, а в соответствии с ч.1 ст.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 нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования, суд приходит к выводу о том, что Комиссия ФАС России по рассмотрению дел о нарушении законодательства о защите конкуренции правомерно и обосновано установила в действиях ООО «Краснодаррегионгаз» (после переименования – ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар») по включению в договор поставки газа штрафных коэффициентов, не предусмотренных Правилами поставки газа в Российской Федерации, признаки нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации, выразившегося в нарушении установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

Согласно ст.65 АПК РФ заявитель должен доказать, каким образом оспариваемое решение нарушает его права и законные интересы, а также в защиту и на восстановление каких прав предъявлено требование о признании недействительным решения ФАС России.

Однако заявитель не указал, какое именно его право было нарушено оспариваемым решением, и какое право заявителя подлежит восстановлению, путем признания оспариваемого акта антимонопольного органа недействительным.

При указанных обстоятельствах, избранный заявителем способ защиты не приводит к восстановлению его субъективных прав, а материальный интерес заявителя к принятым решению и предписанию ФАС России имеет абстрактный характер, так как отсутствует неопределенность в сфере правовых интересов истца, устранение которой возможно в случае удовлетворения заявленных требований.

Следовательно, в данном случае, отсутствуют основания, предусмотренные ст.13 ГК РФ, которые одновременно необходимы для признания ненормативного акта антимонопольного органа недействительным.

Таким образом, с учетом изложенного суд пришел к выводу о том, что оспариваемое решение Федеральной антимонопольной службы от 20.07.2010 г. по делу № 1 10/68-10 (от 17.09.2010 г. № ПС/31431), является законным, обоснованным, соответственно принятым и вынесенным в рамках компетенции ответчика, и не нарушает каких-либо прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В соответствии с ч.3 ст.201 АПК РФ в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

На основании изложенного, руководствуясь ст.ст. 64, 65, 75, 167-170, 176, 180, 181, 197-201 АПК РФ, суд

### **РЕШИЛ:**

Проверив на соответствие Федеральному закону РФ от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Постановлению Правительства РФ от 05.02.1998 г. № 162 «Об утверждении Правил поставки газа в Российской Федерации» в удовлетворении заявленных требований ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар» о признании недействительным решения Федеральной антимонопольной службы от 20.07.2010 г. по делу № 1 10/68-10 (от 17.09.2010 г. № ПС/31431) отказать.

Возвратить ООО «Газпром межрегионгаз Краснодар» из федерального бюджета государственную пошлину в размере 2.000 рублей 00 копеек, излишне уплаченную по платежному поручению от 09.12.2010 г. № 14823.

Решение может быть обжаловано в месячный срок после его принятия в Девятый арбитражный апелляционный суд.

**Судья**

**Г.Н. Папелишвили**