

**ФЕДЕРАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД СЕВЕРО-КАВКАЗСКОГО ОКРУГА****Именем Российской Федерации****ПОСТАНОВЛЕНИЕ**

арбитражного суда кассационной инстанции

г. Краснодар

Дело № А61-1126/2011

5 марта 2012 г.

Резолютивная часть постановления объявлена 28 февраля 2012 года.

Постановление изготовлено в полном объеме 5 марта 2012 года.

Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа в составе председательствующего Мацко Ю.В., судей Воловик Л.Н. и Гиданкиной А.В., при участии в судебном заседании от заявителя – общества с ограниченной ответственностью «Газпром межрегионгаз Пятигорск» (ИНН 2632082700, ОГРН 1062632033760) – Москалевой В.В. (доверенность от 01.02.2012), Датова С.С. (доверенность от 01.02.2012), от заинтересованного лица – Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Северная Осетия – Алания (ИНН 1501004390, ОГРН 1021500584148) – Бацазовой З.Р. (доверенность от 16.01.2012), Келесхановой А.Ш. (доверенность от 16.07.2010), в отсутствие третьих лиц: Муниципального унитарного предприятия «Металлист» (ИНН 1511000041, ОГРН 1021500944101), общества с ограниченной ответственностью «Газпром газораспределение Владикавказ», надлежащим образом извещенных о времени и месте судебного разбирательства, рассмотрев кассационную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Северная Осетия – Алания на постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 ноября 2011 года по делу № А61-1126/2011 (судьи Семенов М.У., Мельников И.М., Цигельников И.А.), установил следующее.

ООО «Газпром межрегионгаз Пятигорск» (далее – общество) обратилось в Арбитражный суд Республики Северная Осетия – Алания с заявлением о признании незаконным и отмене постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Северная Осетия – Алания (далее – управление) от 22.04.2011 № 13-04/К-11 о привлечении к административной ответственности по статье 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – Кодекс) в виде 24 689 240 рублей штрафа.

В качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены МУП «Металлист» и ООО «Газпром газораспределение Владикавказ».

Решением суда от 9 сентября 2011 года (судья Коптева М.Б.) в удовлетворении заявленных требований отказано. Судебный акт мотивирован наличием в действиях общества состава административного правонарушения и соблюдением управлением предусмотренного Кодексом порядка привлечения к административной ответственности.

Постановлением суда апелляционной инстанции от 14 ноября 2011 года решение суда отменено, заявленные требования удовлетворены. Суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что, управление допустило существенное нарушение процедуры привлечения общества к административной ответственности.

Управление обратилось в Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа с кассационной жалобой, в которой просит отменить постановление суда апелляционной инстанции. В обоснование кассационной жалобы управление указывает на соблюдение установленного Кодексом порядка привлечения общества к административной ответственности. Представитель общества, действующий на основании общей доверенности, присутствовал при составлении протокола об административном правонарушении, у представителя приняты все представленные доказательства, никакие ходатайства не заявлялись.

В отзыве на кассационную жалобу общество просит постановление апелляционного суда оставить без изменения.

В судебном заседании представители управления и общества поддержали доводы жалобы и отзыва.

Изучив материалы дела, доводы кассационной жалобы и отзыва, Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа считает, что постановление апелляционного суда подлежит отмене, а решение суда первой инстанции оставлению в силе по следующим основаниям.

Как видно из материалов дела, по результатам рассмотрения жалобы МУП «Металлист» управление приняло решение от 20.05.2010 о признании общества нарушившим часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в связи с неправомерным прекращением поставки природного газа предприятию, которое в свою очередь поставляет тепловую энергию своим потребителям.

По данному факту в отношении общества управление составило протокол об административном правонарушении от 07.04.2011 и вынесло постановление от 22.04.2011

№ 13-04/К-11 о привлечении к административной ответственности по статье 14.31 Кодекса в виде 24 689 240 рублей штрафа.

Общество, не согласившись с постановлением, обратилось в арбитражный суд.

В соответствии с частью 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «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. Следовательно, для выявления в действиях хозяйствующего субъекта состава данного правонарушения необходимо, чтобы на соответствующем товарном рынке он занимал доминирующее положение и совершил действие (бездействие), характеризующееся как злоупотребление этим положением.

Совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, если эти действия не содержат уголовно наказуемого деяния, образует состав административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена в статье 14.31 Кодекса.

Нарушение обществом, занимающим доминирующее положение на рынке передачи тепловой энергии, положений Закона о защите конкуренции установлено вступившим в законную силу постановлением Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 5 апреля 2011 года по делу № А61-1970/2010, оставленным без изменения постановлением Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 23 июня 2011 года.

В соответствии с частью 2 статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, не доказываются вновь при рассмотрении арбитражным судом другого дела, в котором участвуют те же лица.

Суд первой и апелляционной инстанции, учитывая преюдициальное значение установленных обстоятельств по делу № А61-1970/2010, пришли к выводу о наличии в действиях общества состава административного правонарушения, предусмотренного статьей 14.31 Кодекса.

В силу части 1 статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд кассационной инстанции проверяет законность решений, постановлений, принятых арбитражным судом первой и апелляционной инстанций,

устанавливая правильность применения норм материального права и норм процессуального права при рассмотрении дела и принятии обжалуемого судебного акта и исходя из доводов, содержащихся в кассационной жалобе и возражениях относительно жалобы, если иное не предусмотрено данным Кодексом.

В кассационной жалобе управление указывает на соблюдение предусмотренного Кодексом порядка привлечения общества к административной ответственности, поскольку протокол об административном правонарушении составлен в отсутствие законного представителя общества, уведомленного надлежащим образом о времени и месте его составления. Представитель общества Николенко О.Л., не являлась законным представителем общества, поскольку выданная доверенность не предусматривала наделение ее данными полномочиями, но присутствовала при составлении протокола об административном правонарушении, была заслушана, у нее приняты представленные доказательства: справка о выручке за 2009 год, отчет о прибылях и убытках за 2009 год, которые приобщены к материалам дела об административном правонарушении.

Управление указывает на необоснованный вывод апелляционного суда о нарушениях, допущенных Управлением в процессе производства по административным делам, так как он не соответствует фактическим обстоятельствам по делу.

В пункте 10 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» (далее – постановление Пленума ВАС РФ № 10) разъяснено, что нарушение административным органом при производстве по делу об административном правонарушении процессуальных требований, установленных Кодексом, является основанием для отказа в удовлетворении требования административного органа о привлечении к административной ответственности при условии, если указанные нарушения носят существенный характер и не позволяют или не позволили всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело.

Положения статьи 28.2 Кодекса, регламентирующие порядок составления протокола об административном правонарушении, предоставляют ряд гарантий защиты прав лицам, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении. В частности, в протоколе отражается объяснение физического лица или законного представителя юридического лица по поводу вменяемого правонарушения, при составлении протокола названным лицам разъясняются их права и обязанности, о чем надлежит сделать запись в протоколе, указанные лица вправе представить объяснения и замечания по содержанию протокола, которые к этому протоколу прилагаются.

Суду при рассмотрении дела о привлечении к административной ответственности или дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности необходимо проверять соблюдение положений статьи 28.2 Кодекса, направленных на защиту прав лиц, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении, имея в виду, что их нарушение может являться основанием для отказа в удовлетворении требования административного органа о привлечении к административной ответственности либо в удовлетворении требования о признании незаконным постановления о привлечении к административной ответственности.

Суд установил, материалами дела подтверждено и самим управлением не оспаривается, что о составлении протокола об административном правонарушении общество было уведомлено надлежащим образом (почтовое уведомление от 05.04.2011 № 362019360007285). На составление протокола об административном правонарушении явилась представитель общества Николенко О.Л., действующая на основании общей доверенности от 27.12.2010. В протоколе об административном правонарушении управление указало, что у Николенко О.Л. отсутствуют полномочия на представление интересов общества при производстве по делу об административном правонарушении. Но как установлено судом первой инстанции и не оспаривается обществом, Николенко О.Л. фактически была допущена к процедуре составления протокола об административном правонарушении: не удалялась из кабинета, были заслушаны пояснения и возражения, приняты представленные доказательства: справка о выручке за 2009 год, отчет о прибылях и убытках за 2009 год, которые приобщены к материалам дела об административном правонарушении. О рассмотрении материалов об административном правонарушении общество надлежаще уведомлено, возражений и замечаний на протокол об административном правонарушении не представило, возражений по делу об административном правонарушении общество не представляло, ходатайств не заявляло, при рассмотрении дела в арбитражном суде просило применить статью 2.9 Кодекса.

Суд первой инстанции установил, и материалами дела подтверждается, что в данном случае общество имело реальную возможность своевременно и в полном объеме реализовать свои процессуальные гарантии (на всех стадиях административного процесса). В ходе судебного разбирательства общество не указало на негативные последствия, которые наступили в связи с непризнанием представителя Николенко О.Л. законным представителем общества при составлении протокола об административном правонарушении, не пояснило, каким образом это воспрепятствовало всестороннему,

полному и объективному рассмотрению дела административным органом. Судом апелляционной инстанции такие последствия так же не выявлены.

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции сделал ошибочный вывод о существенном нарушении управлением процедуры привлечения общества к административной ответственности, в связи с чем обжалуемое постановление апелляционного суда подлежит отмене, а решение суда первой инстанции – оставлению в силе.

Доводы общества, изложенные в отзыве на жалобу, о неверном расчете штрафа и об изменениях, внесенных в статью 14.31 Кодекса, не были предметом исследования судов первой и апелляционной инстанций, а потому не могут быть приняты во внимание кассационной инстанцией. Более того, лицо, привлеченное к административной ответственности вправе обратиться с ходатайством об уменьшении размера штрафа в связи с вступлением в силу закона, смягчающего административную ответственность, в орган, применивший ответственность к правонарушителю.

Руководствуясь статьями 274, 286 – 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа

ПОСТАНОВИЛ:

постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 ноября 2011 года по делу № А61-1126/2011 отменить. Решение Арбитражного суда Республики Северная Осетия-Алания от 9 сентября 2011 года – оставить в силе.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Председательствующий

Судьи

Ю.В. Мацко

Л.Н. Воловик

А.В. Гиданкина