



ДЕВЯТНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

05 сентября 2011 года
г. Воронеж

Дело № А48-244/2011

Резолютивная часть постановления объявлена 16.08.2011.
Постановление в полном объеме изготовлено 05.09.2011.

Девятнадцатый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи
судей

Семенюта Е.А.,
Сергуткиной В.А.,
Ольшанской Н.А.,

при ведении протокола судебного заседания секретарем Щеголевой Е.В.,
при участии:

от ФГУП «Почта России» в лице Управления Федеральной почтовой связи Орловской области – филиала Федерального государственного унитарного предприятия «Почта России»: Лариной Е.М., юрисконсульта 1 категории, доверенность № 58.7-11/11 от 14.01.2011,

от Управления Федеральной антимонопольной службы по Орловской области: Дубининой Г.М., главного государственного инспектора, доверенность № 17/04 от 12.01.2011,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Федерального государственного унитарного предприятия «Почта России» в лице УФПС Орловской области – филиала ФГУП «Почта России» на решение Арбитражного суда Орловской области от 27.04.2011 по делу №А48-244/2011 (судья А.А. Жернов) по заявлению ФГУП «Почта России» в лице Управления Федеральной почтовой связи Орловской области – филиала Федерального государственного унитарного предприятия «Почта России» (ОГРН 1037724007276) к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Орловской области (ОГРН 1025700826029) о признании недействительным приказа от 21.12.2010 №607.

УСТАНОВИЛ:

Федеральное государственное унитарное предприятие «Почта России» в лице Управления Федеральной почтовой связи Орловской области – филиала Федерального государственного унитарного предприятия «Почта России» (далее – УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России», заявитель) обратилось в арбитражный суд с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Орловской области (далее – УФАС по Орловской области, Управление) о признании недействительным приказа от 21.12.2010 № 607 «О внесении изменений в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов», в соответствии с которым сведения об УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» были включены в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов, в части услуг по производству, передаче и распределению пара и горячей воды (тепловой энергии).

Решением Арбитражного суда Орловской области от 27.04.2011 по делу №А48-244/2011 в удовлетворении заявленного требования отказано.

Не согласившись с принятым судебным актом, УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» обратилось в Девятнадцатый арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит отменить решение суда первой инстанции и принять по делу новый судебный акт, полагая, что судом первой инстанции неполно выяснены обстоятельства, имеющие значение для дела, не доказаны имеющие значение для дела обстоятельства, которые суд счел установленными; выводы суда, изложенные в решении, не соответствуют обстоятельствам дела; неправильно применены нормы материального права.

В обоснование апелляционной жалобы заявитель указывает, что согласно Уставу ФГУП «Почта России» основным видом деятельности на территории города Орла является оказание услуг почтовой связи, в то время как изданием данного приказа антимонопольный орган понуждает УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» оказывать услуги по передаче и распределению пара и горячей воды, то есть осуществлять деятельность, которую в соответствии с учредительными документами заявитель осуществлять не вправе.

Полагает, что отапливаемые котельной органа почтовой связи организации имеют реальную возможность получения тепловой энергии из других источников.

По мнению УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» УФАС по Орловской области нарушен порядок определения границ товарного рынка и состава хозяйствующих субъектов; определение продуктовых и географических границ рынка товара, производимого хозяйствующим субъектом и получение количественной информации о его объеме, а также другие исследования произведены антимонопольным органом ненадлежащим образом.

В судебном заседании арбитражного суда апелляционной инстанции представитель УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» доводы апелляционной жалобы поддержал.

Представитель Управления против доводов жалобы возражал по основаниям, изложенным в отзыве, просил суд оставить решение суда без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения.

В порядке статей 163, 266 АПК РФ в судебном заседании 09.08.2011 был объявлен перерыв до 16.08.2011.

Исследовав материалы дела, обсудив доводы апелляционной жалобы, отзыва на апелляционную жалобу, апелляционная инстанция не находит оснований для удовлетворения апелляционной жалобы и отмены обжалуемого решения.

Как установлено судом первой инстанции и усматривается из материалов дела, ФГУП «Почта России» в лице УФПС Орловской области – филиал ФГУП «Почта России» заключены договоры поставки тепловой энергии по регулируемым «тарифам на тепловую энергию» для потребителей, оплачивающих производство и передачу тепловой энергии, с ОАО «ЦентрТелеком» (договор № 134/378 от 29.12.2003), с ООКА «Межрегионцентр» (договор № 131/372 от 29.12.2003), с ОКАК ОАО «Орелглавснаб» (договор № 130/379 от 29.12.2003), с ЗАО «Медицина» (договор № 894 от 10.11.2010), с ООО КБ «Исток» (договор № 411 от 25.03.2010), с ООО «Кафе «Пицца-Пита» (№510 от 01.09.2009 и № 845 от 01.10.2010), в рамках которых заявителем осуществляется реализация произведенной тепловой энергии.

12.10.2010 ООО «Кафе «Пицца-Пита» направило в адрес УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» протокол разногласий от 01.10.2010 к договору № 845 по пункту 2.3.2 договора.

Письмом от 18.10.2010 ФГУП «Почта России» в лице УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» сообщило, что протокол разногласий не может быть принят, поскольку ООО «Кафе «Пицца-Пита» систематически нарушалось условие договора по оплате в предыдущий отопительный сезон.

В связи с чем, УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» прекратило поставку ООО «Кафе «Пицца-Пита» тепла по договору от 01.10.2010 № 845.

ООО «Кафе «Пицца-Пита» обратилось в УФАС по Орловской области с заявлением о нарушении заявителем антимонопольного законодательства, на основании которого было рассмотрено дело № 186-10/04 АЗ, возбужденное по признакам нарушения УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» и частей 1 и 3 статьи 8 Федерального закона от 17.08.1995 №147-ФЗ «О естественных монополиях».

По результатам рассмотрения указанного дела 21.12.2010 УФАС по Орловской области был издан приказ № 607 «О внесении изменений в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов», согласно которому УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» было включено в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов, согласно приложению.

УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России», считая, что данным приказом нарушаются его права и законные интересы, обратилось в суд с рассмотренным требованием.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции исходил из того, что УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» обоснованно включено Приказом Орловского УФАС России от 21.12.2010 № 607 в реестр хозяйствующих субъектов с долей на рынке определенного товара более чем 35 процентов.

Суд апелляционной инстанции не усматривает оснований для изменения или отмены обжалуемого судебного акта с учетом следующего.

Частью 1 статьи 198 АПК РФ определено, что граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, 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.

При этом, ненормативный правовой акт может быть признан недействительным только при наличии одновременно двух условий, а именно, не соответствие закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и законных интересов граждан и юридических лиц.

В соответствии с частью 5 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действие (бездействие).

В силу пунктов 8 и 10 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» антимонопольный орган вправе вести реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем тридцать пять процентов, порядок формирования и ведения которого устанавливается Правительством Российской Федерации, а также устанавливать доминирующее положение хозяйствующего субъекта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией.

Порядок формирования и ведения реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов, установлен Правилами, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 19.12.2007 № 896, (далее - Правила).

Реестр является государственным информационным ресурсом и представляет собой базу данных о хозяйствующих субъектах, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов (абзац второй пункта 1 Правил).

Перечень сведений, включаемых в реестр, приведен в пункте 7 Правил.

Согласно пункту 3 Правил формирование и ведение реестра осуществляются путем включения в него сведений о хозяйствующем субъекте, а также исключения из него соответствующих сведений и внесения изменений в содержащиеся в реестре сведения.

Включение в реестр сведений о хозяйствующем субъекте, их исключение из него, а также внесение в реестр изменений, осуществляются на основании соответствующих решений антимонопольных органов, оформляемых

приказами, в связи с установлением, либо изменением доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, определяемой антимонопольными органами по результатам анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции, проводимого в соответствии с пунктом 3 части 2 статьи 23 Закона (пункты 4, 5, 8, 16 Правил).

Результаты анализа отражаются в аналитическом отчете, подготовленном по итогам анализа состояния конкуренции на товарном рынке, проведенного антимонопольным органом по собственной инициативе, который и является основанием для принятия соответствующего решения (о включении сведений о хозяйствующем субъекте в Реестр, об их изменении либо исключении) - пункты 13, 14, 15 Правил.

Порядок проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке утвержден Приказом Федеральной антимонопольной службы России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (зарегистрирован в Минюсте 02.08.2010 № 18026; далее - Порядок проведения анализа).

Пунктом 1.3 Порядка проведения анализа установлено, что проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке включает следующие этапы: определение временного интервала исследования товарного рынка; определение продуктовых границ товарного рынка; определение географических границ товарного рынка; определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке в качестве продавцов и покупателей; расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке; определение уровня концентрации товарного рынка; определение барьеров входа на товарный рынок; оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке; составление аналитического отчета.

В соответствии с пунктом 4.1 Порядка проведения анализа процедура определения географических границ товарного рынка (границ территории, на которой приобретатель (приобретатели) приобретает или имеет экономическую, техническую или иную возможность приобрести товар и не имеет такой возможности за ее пределами) включает: предварительное определение географических границ товарного рынка; выявление условий обращения товара, ограничивающих экономические возможности приобретения товара приобретателем (приобретателями); определение территорий, входящих в географические границы рассматриваемого товарного рынка.

В соответствии с пунктом 4.7 Порядка проведения анализа в сфере услуг субъектов естественных монополий географические границы товарных рынков определяются с учетом особенностей предоставления этих услуг, в частности, с учетом наличия и расположения технологической

инфраструктуры (сетей), а также возможностей приобретателей по доступу к инфраструктуре и ее использованию (подключению к сетям).

Согласно пункту 5.1 Порядка проведения анализа в состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, включаются хозяйствующие субъекты, реализующие в его границах рассматриваемый товар в пределах определенного временного интервала исследования товарного рынка.

Из материалов дела следует, что в ходе рассмотрения дела №186-10/04 АЗ о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденного по признакам нарушения УФПС Орловской области – филиал ФГУП «Почта России» части 1 статьи 10 ФЗ от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» и части 1,3 статьи 8 ФЗ от 17.08.1995 №147-ФЗ «О естественных монополиях», УФАС по Орловской области был изучен рынок услуг по производству, передаче и распределению пара и горячей воды (тепловой энергии).

Результаты исследований отражены в аналитическом отчете от 21.12.2010.

Согласно данному отчету УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» занимает долю в размере 100% на рынке услуги: «производство, передача и распределение пара и горячей воды (тепловой энергии)» - код ОКВЭД 40.3 - Общероссийский классификатор видов экономической деятельности (ОКВЭД) ОК 029-2001, утвержденный Госстандартом РФ от 06.11.2001 №454-ст в географических границах «территории города Орла, охваченной объектами технологической инфраструктуры, с использованием которых тепловая энергия производится, передается и распределяется ФГУП «Почта России» в лице УФПС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России».

Продуктовые границы товарного рынка определены УФАС по Орловской области как услуги по производству, передаче, распределению пара и горячей воды (тепловой энергии).

Антимонопольным органом, в частности, установлено, что в силу технологических особенностей производства, передачи и распределения теплоэнергия, производимая Почтой России, не может обращаться на разных товарных рынках (наличие проложенных сетей подразумевает один состав покупателей и продавцов), отсутствует техническая возможность потребителей товара отказаться от услуг того исполнителя, к сетям которого они подключены, в связи с чем, сделан вывод, что услуги, оказываемые в данном случае органом почтовой связи, не имеют на указанном товарном рынке в исследованных границах заменителей.

Географические границы товарного рынка определены антимонопольным органом с учетом положений Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке как территория города Орла, охваченная объектами технологической инфраструктуры, с использованием

которых тепловая энергия производится, передается и распределяется ФГУП «Почта России» в лице УФПС Орловской области – филиал ФГУП «Почта России».

При этом УФАС по Орловской области приняты во внимание: наличие и расположение технологической инфраструктуры (сетей), возможности покупателей по доступу к инфраструктуре и ее использованию (подключению к сетям).

Следует отметить, что антимонопольным законодательством не установлены ограничения при определении географических границ товарного рынка и при определенных условиях возможно выделение локального рынка в географических границах территории, на которой производится и оказывается услуга.

Помимо исследования товарного рынка, его продуктовых и географических границ, УФАС России по Орловской области проведено исследование состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке; дана характеристика рынка услуг по производству, передаче и распределению тепловой энергии на территории города Орла; изучены объемные показатели рынка по производству, передаче и распределению тепловой энергии на территории города Орла; дана оценка состоянию конкурентной среды на рынке услуг по производству, передаче и распределению тепловой энергии на территории города Орла.

То есть, вывод антимонопольного органа о том, что УФС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России» занимает долю в размере 100% на рынке услуги: «производство, передача и распределение пара и горячей воды (тепловой энергии)» основан на данных структурного анализа положения хозяйствующего субъекта на рынках.

Довод о том, что антимонопольный орган сделал выводы без учета того, что услуги по предоставлению тепловой энергии могут быть получены от других субъектов, в том числе ООО «Орелтеплогаз», является несостоятельным, поскольку, как было установлено, потребители тепловой энергии, подключенные к сетям УФС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России», не имеют возможности получать услуги от других поставщиков, так как не подключены к их сетям и в сложившейся ситуации приобретали тепловую энергию только у одного продавца - УФС Орловской области - филиал ФГУП «Почта России».

Как верно указал суд области, потребитель тепловой энергии может обратиться за подключением к любой теплоснабжающей организации, однако, это является правом потребителя, а не его обязанностью, и понудить потребителя тепловой энергии искать другую теплоснабжающую организацию законодательно не предусмотрено.

Кроме того, суд первой инстанции правильно сослался на положения части 1 статьи 5 Закона от 26.07.06 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон №135-ФЗ), согласно которым доминирующим положением

признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Частью 5 статьи 5 Закона №135-ФЗ предусмотрено, что доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта - субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

Из содержания статьи 3, пункта 1 статьи 4 Закона от 17.08.1995 «О естественных монополиях» №147-ФЗ следует, что субъектом естественной монополии является хозяйствующий субъект (юридическое лицо), занятый производством (реализацией) товаров в условиях естественной монополии. Услуги по передаче тепловой энергии отнесены к сфере деятельности субъектов естественной монополии.

В силу статьи 8 названного закона субъекты естественных монополий не вправе отказываться от заключения договора с отдельными потребителями на производство (реализацию) товаров, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с настоящим Федеральным законом, при наличии у субъекта естественной монополии возможности произвести (реализовать) такие товары.

Субъекты естественных монополий обязаны предоставлять доступ на товарные рынки и (или) производить (реализовывать) товары и услуги, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с настоящим Федеральным законом, на недискриминационных условиях согласно требованиям антимонопольного законодательства.

Выработка тепловой энергии, расходование ее для собственных нужд, а также реализация тепловой энергии коммерческим организациям УФПС Орловской области – филиал ФГУП «Почта России» не оспаривается.

При этом, приказом Управления по тарифам Орловской области от 27.11.2009 №846-т УФПС Орловской области – филиал ФГУП «Почта России» установлен тариф на тепловую энергию для потребителей.

С учетом вышеизложенного, суд пришел к правильному выводу об обоснованности включения Общества в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара и отсутствия оснований для признания оспариваемого приказа Управления недействительным.

То обстоятельство, что производство и реализация тепловой энергии не относится к основным видам деятельности УФПС Орловской области –

филиал ФГУП «Почта России», не исключает возможности осуществления заявителем указанных видов деятельности и, как следствие, признания его занимающим доминирующее положение на рынке фактически предоставляемых им услуг по производству и передаче тепловой энергии.

Довод о том, что в границах исследованного рынка находятся сети ОАО «Орелгортеплоэнерго» не может быть признан состоятельным с учетом определенных границ, а именно «территория г.Орла, охваченная объектами технологической инфраструктуры, с использованием которых тепловая энергия передается и распределяется ФГУП «Почта России» в лице филиала – УФПС по Орловской области».

Тот факт, что здание, в котором расположено ООО «Кафе «Пицца-Пита» ранее отапливалось от иного источника, не имеет в данном случае правового значения.

Доводы заявителя жалобы не могут быть приняты судом апелляционной инстанции в качестве основания для отмены решения арбитражного суда, поскольку выводов суда первой инстанции они не опровергают, а выражают лишь несогласие с ними, что не может являться основанием для отмены обжалуемого судебного акта.

При изложенных обстоятельствах, апелляционная инстанция находит, что представленные доказательства судом оценены с учетом фактически установленных по делу обстоятельств, нормы материального и процессуального права применены правильно.

Нарушений норм процессуального права, являющихся в силу части 4 статьи 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в любом случае основаниями для отмены принятых судебных актов, судом апелляционной инстанции не установлено.

В связи с изложенным решение арбитражного суда области не подлежит отмене, а апелляционную жалобу следует оставить без удовлетворения.

Расходы по государственной пошлине за рассмотрение дела в суде апелляционной инстанции относятся на заявителя жалобы.

Руководствуясь частью 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Девятнадцатый арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Орловской области от 27.04.2011 по делу № А48-244/2011 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в кассационном порядке в Федеральный арбитражный суд

Центрального округа через суд первой инстанции в срок, не превышающий двух месяцев со дня вступления в законную силу.

Председательствующий судья

Е.А. Семенюта

Судьи

В.А. Сергуткина

Н.А. Ольшанская