



ФЕДЕРАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД ЦЕНТРАЛЬНОГО ОКРУГА

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

кассационной инстанции по проверке законности
и обоснованности судебных актов арбитражных судов,
вступивших в законную силу

26 декабря 2011г.

Дело №А48-244/2011

г.Брянск

Резолютивная часть постановления объявлена 23.12.2011.

В полном объеме постановление изготовлено 26.12.2011.

Федеральный арбитражный суд Центрального округа в составе:

Председательствующего
Судей

Ключниковой Н.В.
Шелудяева В.Н.
Степиной Л.В.

При участии в заседании:

от Федерального государственного унитарного предприятия «Почта России» (ОГРН 1037724007276, г.Москва, Варшавское ш.37, 131000) - Двизовой Е.А. – представителя (дов. от 14.01.2011 №58.7-11/10);
от Управления Федеральной антимонопольной службы по Орловской области (ОГРН 1025700826029, г.Орел, ул.Салтыкова-Щедрина, 21, 302000) - Дубининой Г.М. – представителя (дов. от 12.01.2011 №17/04);

рассмотрев кассационную жалобу Федерального государственного унитарного предприятия «Почта России» на решение Арбитражного суда Орловской области от 27.04.2011 (судья Жернов А.А.) и постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.09.2011 (судьи Семенюта Е.А., Сергуткина В.А., Ольшанская Н.А.) по делу №А48-244/2011,

УСТАНОВИЛ:

Федеральное государственное унитарное предприятие «Почта России» (далее – ФГУП «Почта России», Предприятие, заявитель)

обратилось в Арбитражный суд Орловской области с заявлением о признании недействительным приказа Управления Федеральной антимонопольной службы по Орловской области (далее – Управление, УФАС, антимонопольный орган) 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 суда от 27.04.2011 в удовлетворении заявленного требования отказано.

Постановлением апелляционной инстанции от 05.09.2011 решение суда от 27.04.2011 оставлено без изменения.

В кассационной жалобе ФГУП «Почта России» просит отменить решение, постановление суда в связи с неправильным применением норм материального, процессуального права и принять новый судебный акт.

Проверив материалы дела, изучив доводы, указанные в жалобе, заслушав объяснения представителей лиц, участвующих в деле, кассационная инстанция не усматривает оснований для отмены оспариваемых судебных актов.

Как видно из материалов дела, Орловским филиалом 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 от 29.12.2003 №134/378), с ООКА «Межрегионцентр» (договор от 29.12.2003 №131/372), с ОКАК ОАО «Орелглавснаб» (договор от 29.12.2003 №130/379), с ЗАО «Медицина» (договор от 10.11.2010 №894), с ООО КБ «Исток» (договор от 25.03.2010 №411), с ООО «Кафе «Пицца-Пита» (от 01.09.2009 №510 и от 01.10.2010 №845), в рамках которых Предприятием осуществляется реализация произведенной тепловой энергии.

12 октября 2010 года ООО «Кафе «Пицца-Пита» направило в адрес Орловского филиала ФГУП «Почта России» протокол разногласий от 01.10.2010 к договору №845 по пункту 2.3.2 договора.

Письмом от 18.10.2010 филиал Предприятия сообщил, 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 прекратило поставку тепла.

По результатам рассмотрения заявления ООО «Кафе «Пицца-Пита» и материалов антимонопольного дела №186-10/04АЗ 21.12.2010 УФАС 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.

ФГУП «Почта России», считая, что данным приказом нарушаются его права и законные интересы, оспорило его в суде.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд правомерно исходил из следующего.

Частью 1 ст.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) 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.

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 ч.5 ст.200 Арбитражного процессуального кодекса РФ 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 п.8 и 10 ч.1 ст.23 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон №135-ФЗ) 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 РФ 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 п.7 Правил.

Согласно п.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 п.3 ч.2 ст.23 Закона №135-ФЗ (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.

Федеральным законом от 27.07.2010 №190-ФЗ «О теплоснабжении» (далее – Закон №190-ФЗ) определены понятия: теплоснабжающая организация - организация, осуществляющая продажу потребителям и (или) теплоснабжающим организациям произведенных или приобретенных тепловой энергии (мощности), теплоносителя и владеющая на праве собственности или ином законном основании источниками тепловой энергии и (или) тепловыми сетями в системе теплоснабжения, посредством которой осуществляется теплоснабжение потребителей тепловой энергии (данное положение применяется к регулированию сходных отношений с участием индивидуальных предпринимателей); передача тепловой энергии, теплоносителя - совокупность организационно и технологически связанных действий, обеспечивающих поддержание тепловых сетей в состоянии, соответствующем установленным техническими регламентами требованиям, прием, преобразование и доставку тепловой энергии, теплоносителя; система теплоснабжения - совокупность источников тепловой энергии и теплопотребляющих установок, технологически соединенных тепловыми сетями; потребитель тепловой энергии (потребитель) - лицо, приобретающее тепловую энергию (мощность), теплоноситель для использования на принадлежащих ему на праве (собственности или ином законном основании теплопотребляющих установках либо для оказания коммунальных услуг в части горячего водоснабжения и отопления.

Орловский филиал ФГУП «Почта России» реализует произведенную тепловую энергию юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям по договорам поставки тепловой энергии по регулируемым «тарифам на тепловую энергию», установленным Управлением по тарифам Орловской области, для потребителей, оплачивающих производство и передачу тепловой энергии.

Из совокупного анализа указанных норм права и фактических обстоятельств дела следует, что ФГУП является теплоснабжающей организацией и через принадлежащую ей систему теплоснабжения осуществляет передачу произведенной Предприятием тепловой энергии потребителям.

Услуги по передаче тепловой энергии в силу ст.4 Федерального закона от 17.08.1995 №147-ФЗ «О естественных монополиях» (далее - Закон №147-ФЗ) отнесены к сфере деятельности субъектов естественных монополий.

Статьей 5 Закона №135-ФЗ презюмируется доминирование субъекта естественной монополии.

В соответствии с указанным довод ФГУП о том, что Предприятие не является хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке услуг теплоснабжения - несостоятелен.

В соответствии с Законом №190-ФЗ потребитель тепловой энергии может обратиться за подключением к любой теплоснабжающей организации.

Порядок подключения определен постановлением Правительства РФ от 13.02.2006 №83, которым утверждены Правила определения и представления технических условий подключения объекта капитального строительства к сетям инженерно-технического обеспечения и Правила подключения объекта капитального строительства к сетям инженерно-технического обеспечения.

Однако это является правом потребителя, а не его обязанностью, и понудить потребителя тепловой энергии искать себе другую теплоснабжающую организацию законодательно не предусмотрено.

В соответствии со ст.8 Закона №147-ФЗ 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 не дискриминационных условиях согласно требованиям антимонопольного законодательства.

В соответствии с ч.1 ст.539 Гражданского кодекса РФ по договору энергоснабжения энергоснабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию.

Согласно ч.2 ст.539 Гражданского кодекса РФ необходимым условием оказания услуги теплоснабжения является наличие у абонента энергопринимающего устройства, присоединенного к тепловым сетям.

В случае, если у физических и юридических лиц поставка тепловой энергии осуществляется через энергопринимающие устройства, присоединенные к сетям энергоснабжающей организации, то у таких потребителей отсутствует технологическая возможность приобретать услуги по поставке тепловой энергии у других энергоснабжающих организаций, так как иных подключений указанные потребители тепловой энергии не имеют.

Согласно ч.1 ст.548 Гражданского кодекса РФ правила, предусмотренные статьями 539-547 Гражданского кодекса РФ, применяются к отношениям, связанным со снабжением тепловой энергией через присоединенную сеть, если иное не установлено законом.

Таким образом, УФПС, занимая доминирующее положение в определенных географических границах сегмента рынка сбыта тепловой

энергии, может отказаться от оказания услуг по передаче тепловой энергии только в случае отсутствия у нее источника тепловой энергии.

Кроме того, как обоснованно указано в аналитическом отчете, строительство нового источника тепловой энергии (теплового пункта, котельной), как и прокладка новых тепловых сетей экономически нецелесообразно и требует больших финансовых затрат, в части производства, передачи и распределения тепловой энергии.

Ссылка заявителя, что Общество потенциальным поставщиком (продавцом) тепловой энергии могло быть Общество, так как имело проект собственной котельной и в настоящее время котельная заработала, что подтверждено письмом Общества от 07.10.2011 №01-38/24 - несостоятельна, так как аналитический отчет по результатам проведения анализа составлен за временной интервал исследования товарного рынка: 2009г. - январь-октябрь 2010г., а действия Общества по вводу котельной в действие были осуществлены в октябре 2011г.

Приведенные в кассационной жалобе доводы ФГУП о том, что рядом с тепловыми сетями Предприятия находятся тепловые сети ОАО «Орелгортеплоэнерго», имеющего гораздо большую долю на рынке, в связи чем доля Предприятия не может превышать 35%, что определение продуктовых, географических границ, состава хозяйствующих субъектов произведены Управлением ненадлежащим образом, не состоятельны по следующим основаниям.

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.

Согласно ст.4 Закона №135-ФЗ товарный рынок - это сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за её пределами.

В сфере услуг субъектов естественных монополий географические границы товарных рынков определяются с учетом особенностей предоставления этих услуг, в частности: наличия и расположения технологической инфраструктуры (сетей), возможностей покупателей по доступу к инфраструктуре и её использованию (подключению к сетям).

Географические границы определили территорию, на которой ФГУП производит, передает и распределяет тепловую энергию.

Таким образом, исходя из указанных обстоятельств, и, учитывая фактически сложившуюся дислокацию сетей, покупателей, потребителей - географические границы установлены как «территория города Орла, охваченная объектами технологической инфраструктуры, с использованием которых тепловая энергия производится, передается и распределяется ФГУП «Почта России».

Суды первой и апелляционной инстанций сделали обоснованный вывод, что аналитический отчет составлен в соответствии с требованиями приказов ФАС РФ от 25.04.2006 №108, от 28.04.2010 года №220, и не противоречит положениям Закона №135-ФЗ.

Таким образом, приказ УФАС от 21.12.2010 №607 соответствует нормативным правовым актам и не нарушает права и законные интересы заявителя.

В ходе судебных разбирательств все имеющие значение для дела обстоятельства установлены, судами дана надлежащая правовая оценка. Выводы судов о применении норм права соответствуют установленным обстоятельствам по делу и имеющимся в деле доказательствам.

Нарушений или неправильного применения норм материального и процессуального права судами обеих инстанций не допущено.

Доводы, приведенные в кассационной жалобе, были предметом рассмотрения судами первой и апелляционной инстанций, исследовались и обоснованно отклонены по мотивам, изложенным в обжалуемых судебных актах.

Кроме того, изложенные в кассационной жалобе доводы по существу направлены на переоценку обстоятельств дела, установленных судебными инстанциями, что в силу положений статьи 286 АПК РФ не входит в компетенцию арбитражного суда кассационной инстанции.

Руководствуясь п.1 ч.1 ст.287, ст.289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации,

ПО С Т А Н О В И Л :

Решение Арбитражного суда Орловской области от 27.04.2011 и постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.09.2011 по делу №А48-244/2011 оставить без изменения, а кассационную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу с момента его принятия.

Председательствующий

Н.В. Ключникова

Судьи

В.Н. Шелудяев

Л.В. Степина