



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД
127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12
адрес электронной почты: info@mail.9aas.ru
адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ
№ 09АП-5779/2012-АК**

г. Москва
02 мая 2012 года

Дело № А40-117541/11-139-1024

Резолютивная часть постановления объявлена 25 апреля 2012 года
Постановление изготовлено в полном объеме 02 мая 2012 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Поташовой Ж.В.,
судей: Гончарова В.Я., Попова В.И.,
при ведении протокола секретарем судебного заседания Прокофьевой С.Б.,
рассмотрев в открытом судебном заседании в зале № 3 апелляционную жалобу ФГУП
МГРС на решение Арбитражного суда г. Москвы от 25.01.2012 по делу № А40-117541/11-
139-1024, принятое судьей Корогодовым И.В.,
по заявлению ФГУП МГРС (ОГРН 1027739426802; 105094, г.Москва, Семеновский
вал, д. 4)
к Управлению Федеральной антимонопольной службы по городу Москве
третье лицо: Грейдинг П.Ю.
о признании недействительным приказа,
при участии:
от заявителя: Зотов М.В. по доверенности от 16.01.2012 № 19; Казакевич В.В. по
доверенности от 24.04.2011 № 133; Мезенева Е.Б. по доверенности
от 17.10.2011 № 209; Кузнецов О.В. по доверенности от 29.08.2011
№ 193;
от ответчика: Емелина Ж.А. по доверенности от 10.01.2012 № 3-10;
от третьего лица: Грейдинг П.Ю., паспорт

У С Т А Н О В И Л :

решением Арбитражного суда г. Москвы от 25.01.2012, принятым по данному делу,
отказано в удовлетворении требований ФГУП МГРС (далее – заявитель, предприятие) о
признании недействительным приказа УФАС по Москве (далее – ответчик, Управление,
антимонопольный орган) от 12.05.2011 № 493 «О включении в региональный раздел Реестра
хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более чем
тридцать пять процентов», исключении заявителя из регионального раздела Реестра; в части
требований о признании недействительным аналитического отчета производство по делу
прекращено.

При этом суд первой инстанции исходил из соответствия оспариваемого приказа
требованиям Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», наличия

соответствующих полномочий антимонопольного органа, а также отсутствия нарушения законных прав и интересов предприятия, что в силу ст. 198 АПК РФ исключает возможность удовлетворения заявленных требований при рассмотрении спора по существу.

Не согласившись с принятым решением, предприятие обратилось с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований. Ссылается на неполное выяснение судом первой инстанции обстоятельств, имеющих значение для дела, несоответствие выводов суда, изложенных в решении обстоятельствам дела, неправильное применение норм материального и процессуального права.

В отзыве на апелляционную жалобу Грейдинг П.Ю. поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласился, считает жалобу необоснованной, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать, возражал против удовлетворения заявленного представителем заявителя, пояснил свою позицию.

В судебном заседании представители заявителя поддержали доводы апелляционной жалобы, просили отменить решение суда первой инстанции в части признания недействительным приказа УФАС по Москве от 12.05.2011 № 493 «О включении в региональный раздел Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более чем тридцать пять процентов», исключении заявителя из регионального раздела Реестра, поскольку считают его незаконным и необоснованным по основаниям, изложенным в апелляционной жалобе, и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований. Представил в порядке ст. 81 АПК РФ письменные объяснения, которые приобщены судом к материалам дела.

Представитель ответчика поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласился, считает жалобу необоснованной, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать. Представил в порядке ст. 81 АПК РФ письменные объяснения и выписку из реестра в виде скриншота, которые приобщены судом к материалам дела.

Представитель третьего лица поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласился, считает жалобу необоснованной, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать, возражал против удовлетворения заявленного представителем заявителя, пояснил свою позицию. Представил в порядке ст. 81 АПК РФ письменные объяснения, которые приобщены судом к материалам дела.

Девятый арбитражный апелляционный суд, проверив законность и обоснованность решения в соответствии со ст.ст.266 и 268 АПК РФ, выслушав представителей заявителя и ответчика, с учетом исследованных по делу доказательств и доводов апелляционной жалобы полагает, что судебный акт подлежит оставлению без изменения, исходя из следующего.

В соответствии с п. 5 ст. 268 АПК РФ, в случае, если в порядке апелляционного производства обжалуется только часть решения, арбитражный суд апелляционной инстанции проверяет законность и обоснованность решения только в обжалуемой части, если при этом лица, участвующие в деле, не заявят возражений.

Согласно п. 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 28.05.2009 N 36, при непредставлении лицами, участвующими в деле, возражений по проверке только части судебного акта до начала судебного разбирательства, суд апелляционной инстанции начинает проверку судебного акта в оспариваемой части и по собственной инициативе не вправе выходить за пределы апелляционной жалобы, за исключением проверки соблюдения судом норм процессуального права, приведенных в ч. 4 ст. 270 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

В связи с чем, законность и обоснованность решения проверяется апелляционным судом только в части признания недействительным приказа УФАС по Москве от 12.05.2011 № 493 «О включении в региональный раздел Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более чем тридцать пять процентов», исключении ФГУП МГРС из регионального раздела Реестра.

Девятый арбитражный апелляционный суд, проверив законность и обоснованность решения в обжалуемой части в соответствии со ст. 266 и 268 АПК РФ, заслушав представителей истца, ответчика, третьего лица, с учетом исследованных по делу доказательств, доводов апелляционной жалобы и отзыва на нее полагает, что судебный акт в обжалуемой части подлежит оставлению без изменения, исходя из следующего.

Как следует из материалов дела, приказом УФАС по Москве от 12.05.2011 № 493 ФГУП МГРС включено в региональный раздел Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35%.

Не согласившись с вынесенным приказом ответчика, посчитав его необоснованным и не соответствующим действующему законодательству заявитель обратился с настоящим заявлением в арбитражный суд.

Сроки, предусмотренные ч. 4 ст. 198 АПК РФ, суд первой инстанции обоснованно счел соблюденными.

В соответствии с ч. 4 ст. 200 АПК РФ, ст. 13 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 №6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в круг обстоятельств, подлежащих установлению при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных актов, действий (бездействия) госорганов входят проверка соответствия оспариваемого акта закону или иному нормативному правовому акту, проверка факта нарушения оспариваемым актом действием (бездействием) прав и законных интересов заявителя, а также соблюдение срока на подачу заявления в суд.

Принимая оспариваемое решение, суд первой инстанции, вопреки доводам апелляционной жалобы, полно и всесторонне исследовал имеющие значение для правильного рассмотрения дела обстоятельства, правильно применил и истолковал нормы материального и процессуального права и на их основании сделал обоснованный вывод об отсутствии необходимых условий для удовлетворения заявленных требований.

Согласно п. 5.2.3 постановления Правительства от 30.06.2004 № 331 «Об утверждении положения о Федеральной антимонопольной службе России», одним из полномочий ФАС России является определение порядка проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта (за исключением кредитной организации) и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции.

Полномочия по ведению реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем тридцать пять процентов предоставлено антимонопольному органу также п. 8 ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135 «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции).

Таким образом, оспариваемый акт антимонопольного органа принят на основании закона и в пределах своей компетенции.

Для анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов) и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции, в том числе при формировании реестра хозяйствующих субъектов, ведение которого предусмотрено пунктом 8 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции на основании Федерального закона от 26 июля 2006 года N 135-ФЗ "О защите конкуренции" разработан Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный Приказом ФАС РФ от 28.04.2010 N 220 (далее – Порядок проведения анализа).

По результатам проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке составляется аналитический отчет, в котором приводятся результаты проведенного анализа (п. 11.1 Порядка проведения анализа).

В рассматриваемом случае основания для издания ответчиком оспариваемого приказа явился аналитический отчет, проведенный на рынке предоставления услуг связи проводного радиовещания в городе Москве.

Согласно п. 1.5 Порядка проведения анализа при анализе состояния конкуренции на товарном рынке в качестве исходной информации о товарных рынках используются данные официальной статистической информации; сведения, полученные от налоговых, таможенных и иных государственных органов, Центрального банка Российской Федерации, органов местного самоуправления; сведения, полученные от физических и юридических лиц, в том числе сведения, представляемые покупателем (покупателями) данного товара, в том числе в результате их выборочного опроса, а также сведения, представляемые продавцами данного товара; результаты экономических и товароведческих экспертиз, заключения специализированных организаций, а также отдельных специалистов и экспертов; данные ведомственных и независимых информационных центров и служб; данные объединений потребителей и объединений производителей; сообщения средств массовой информации; данные собственных исследований антимонопольного органа и данные антимонопольных органов других государств; данные маркетинговых, социологических исследований, выборочных опросов и анкетирования хозяйствующих субъектов, граждан, общественных организаций; государственные стандарты, технические условия и другие нормативы; обращения физических и юридических лиц в антимонопольный орган; данные ранее проведенных антимонопольными органами исследований состояния конкуренции на соответствующем товарном рынке; данные иных источников.

Как следует из п. 1 аналитического отчета, в качестве источников информации использовались данные, полученные от инженерных служб административных округов Москвы, сведения, предоставленные Московским Управлением Роскомнадзора, ФГУП «МГРС», ОАО «Ростелеком».

С учетом изложенного, довод заявителя о нарушении антимонопольным органом требований к источникам информации, используемой при составлении оспариваемого отчета судебной коллегией отклоняется, как необоснованный.

Перечень источников информации, установленный п. 1.5 Приказа не является исчерпывающим, а при составлении отчета антимонопольный орган не обязан использовать каждый из указанных источников.

Использование отдельных источников информации из перечня п. 1.5 Приказа № 220 для составления отчета применено Управлением законно и обоснованно, что позволило полно и всесторонне определить положение заявителя, как хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке услуг связи проводного радиовещания в административных границах города Москвы.

Согласно п. 3.1 Порядка проведения анализа процедура выявления товара, не имеющего заменителя, или взаимозаменяемых товаров, обращающихся на одном и том же товарном рынке (далее - определение продуктовых границ товарного рынка), включает:

- предварительное определение товара;
- выявление свойств товара, определяющих выбор приобретателя, и товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми для данного товара
- определение взаимозаменяемых товаров.

Деятельность в области проводного радиовещания предусмотрена общероссийским классификатором видов экономической деятельности ОК 029-2007, отнесенная к подгруппе 64.20.6. Деятельность по оповещению населения не предусмотрена классификатором видов экономической деятельности, а способ оповещения не может являться видом деятельности. Услуги связи проводного радиовещания оказываются при использовании радиотрансляционной сети, состоящей из стационарных объектов дистанционно управляемых и контролируемых с Центральной станции проводного радиовещания, представляющей собой сложный комплекс аппаратного телеуправления, распределения вещательных программ и автоматизированного телеконтроля за их работой.

Преимуществом сети проводного радиовещания перед эфирным является энергонезависимость, программа будет принята абонентами даже при отключении (прекращении) электроснабжения.

В апелляционной жалобе заявитель делает вывод о том, что доля проводного радио МГРС в системе оповещения населения о чрезвычайных ситуациях не превышает 15.38%.

Данный довод судебной коллегией не принимается, поскольку Управление не проводило анализ конкуренции на рынке услуг оповещения населения о чрезвычайных ситуациях, и не устанавливало доминирующее положение заявителя на данном рынке.

Под товаром, исходя из положений ст. 4 Закона о защите конкуренции следует понимать объект гражданских прав, предназначенный к продаже, обмену, введению в оборот, при этом услуга отнесена нормой указанной статьи к товару.

Согласно п. 3.7 Приказа № 220, определение взаимозаменяемых товаров в соответствии со ст. 4 Закона о защите конкуренции основывается на фактической замене товаров приобретателем или готовности приобретателя заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), учитывая их функциональное назначение, применение, качественные и технические характеристики, цену и другие параметры, при этом товары не относятся к взаимозаменяемым, если для замены товара другим товаром в процессе потребления требуется более года или в связи с заменой приобретатель товара несет значительные издержки, и если при этом антимонопольный орган не располагает информацией о том, что такая замена имела или имеет место.

Как верно отмечено судом первой инстанции, ценность оказываемых заявителем услуг заключается не в перечне транслируемых программ, а в способе их трансляции, отсутствии аналогичных возможностей и ресурсов у других хозяйствующих субъектов и невозможности замены проводного вещания на иной способ получения радиопрограмм без дополнительных затрат.

Следовательно, обоснованно принят во внимание и вывод антимонопольного органа о том, что услуга проводного радиовещания не может быть без издержек заменена на другую.

Оценивая представленный заявителем «Акт экспертного исследования №57-Э/2», коллегия отмечает, что документ не является таковым по смыслу п.1. ст.82 АПК РФ и представлен в противопоставление отчета Управления, положенного в основу оспоренного решения.

Так, по данным аналитического отчета Управления, границы товарного рынка определены как «услуги проводного радиовещания в г. Москве» и доля заявителя на данном рынке составляет 100%, а согласно выводам представленного заявителем заключения, «продуктовые границы рынка формируют все доступные виды услуг трансляции звуковых программ», и доля заявителя на таком рынке не превышает 23%, при этом границы товарного рынка определены шире, чем услуги проводного радиовещания по Москве, путем включения в него товара - радиоволны, по которым передается сигнал эфирных радиостанций.

Следовательно, данный документ не может быть приобщен к делу и исследоваться как доказательство в силу ст. 67 АПК РФ.

Утверждение заявителя о том, что наличие в одной классификационной группе кабельного, проводного и эфирного вещания демонстрирует их взаимозаменяемость несостоятельно.

П. 2 Правил присоединения и взаимодействия сетей связи для распространения программ телевизионного вещания и (или) радиовещания, утв. Постановлением Правительства РФ от 13 декабря 2006 № 760, указывает на то, что сети наземного эфирного телерадиовещания, сети кабельного телерадиовещания и сети проводного радиовещания являются частями сети связи телерадиовещания, определяемыми по технологии оказания услуг связи: «2. Сеть связи телерадиовещания является частью сети связи общего пользования, определяемой по технологии реализации оказания услуг связи, и включает в себя: а) сети наземного эфирного телерадиовещания; б) сети кабельного телерадиовещания; в) сети спутникового телерадиовещания; г) сети проводного радиовещания».

Перечень наименований услуг связи, вносимых в лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи, утв. Постановлением Правительства РФ от 18 февраля 2005 № 87, также разделяет услуги связи для целей кабельного вещания, услуги связи для целей эфирного вещания и услуги связи для целей проводного радиовещания.

Пп. 28.1. и 28.2. ст. 2 Закона «О связи» от 07.07.2003 №126-ФЗ разделяют на уровне понятий канал («совокупность теле-, радиопрограмм и (или) соответственно иных аудиовизуальных, звуковых сообщений и материалов») и трансляцию каналов («прием и

доставка до пользовательского оборудования (оконечного оборудования) сигнала, посредством которого осуществляется распространение телеканалов и (или) радиоканалов, или прием и передача в эфир данного сигнала»)

Таким образом, виды экономической деятельности, отнесенные к группе 64.20.6 «Деятельность в области кабельного вещания, эфирного вещания и проводного радиовещания» ОК 029-2001, осуществляются на разных товарных рынках: экономический смысл деятельности в области проводного вещания заключается в получении абонентской платы за трансляцию звукового сигнала, тогда как эфирные радиостанции получают плату за размещение рекламы в передачах. Соответственно, эти услуги оказываются совершенно разным и не пересекающимся группам приобретателей (в смысле п. 3 ст. 4 Закона о защите конкуренции N 135-ФЗ от 26 июля 2006 года), взаимоотношения с которыми регулируются разными актами: в первом случае - «Правилами оказания услуг связи проводного радиовещания» (Утв. Постановлением Правительства РФ от 06.06.2005 № 353), во втором - законами «О рекламе» и «О средствах массовой информации».

В силу изложенного, вывод суда первой инстанции о том, что ценность оказываемых заявителем услуг заключается не в перечне транслируемых программ, а в способе их трансляции, является верным.

Отклоняется довод жалобы о том, что ответчик не дал объективную и достоверную оценку барьерам входа на товарный рынок и поэтому выводы по разделу №7 Аналитического отчета не могут быть признаны достоверными, достаточными, полными.

Пункт.1.3. Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утв. Приказом ФАС от 28 апреля 2010 № 220, указывает на необязательность данного этапа при формировании реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем тридцать пять процентов: «В случае, указанном в подпункте "г" пункта 1.1 настоящего Порядка, определение уровня концентрации товарного рынка, определение барьеров входа на товарный рынок и оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке могут не проводиться».

При этом в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства Управлением установлено, что заявитель, единственный из поставщиков услуг связи проводного радиовещания, что дает возможность включать плату за свои услуги в единый платежный документ (ЕПД), предназначенный для оплаты коммунальных услуг, и препятствует исключению графы «Радио и оповещение» из ЕПД по требованию. Оплата через ЕПД дает ФГУП МГРС преимущество по причине низкой стоимости такой формы сбора платежей и по той причине, что оплачивающий коммунальные услуги по ЕПД не имеет возможности отказаться от оплаты включенной в него услуги «Радио и оповещение».

Довод апелляционной жалобы об имеющихся конкурентах на рынке предоставления услуг связи проводного радиовещания в городе Москве отклоняется в связи со следующим.

В соответствии с пунктом 3.1 Приказа, в состав хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом товарном рынке, включить потенциальных продавцов не предоставляется возможным, в силу того, что при обычных условиях оборота, отсутствии нарушений законодательства Российской Федерации, невозможно без дополнительных издержек войти на данный товарный рынок, так как необходимо осуществить значительные первоначальные капитальные и финансовые вложения на построение собственных сетей связи или аренду сетей связи, проложенных на территории города Москвы.

Среди прочих представленных организаций оказывающих услуги связи для целей проводного вещания фигурирует ОАО «Ростелеком», являющийся одним из крупнейших поставщиков услуг проводного вещания, действующий на территории Московской области.

Вместе с тем, ОАО «Ростелеком» на территории города Москвы услуг связи проводного вещания не оказывает.

Согласно данным Управления Роскомнадзора по Москве и Московской области в 2009 года МГРС являлось единственным исполнителем услуги связи проводного радиовещания в Москве, а в 2010 году, с долей 0,005%, такие услуги оказывало ОАО «Центральная телекоммуникационная компания», однако в ЕГРЮЛ внесена запись о прекращении деятельности данной компании.

С учетом изложенного, Управление правомерно определило границы товарного рынка и долю ФГУП МГРС, как единственного хозяйствующего субъекта, действующего на территории города Москвы, обладающего юридическими (наличие лицензии) и фактическими (наличие соответствующего оборудования) возможностями для осуществления деятельности по оказанию услуг связи проводного вещания.

В силу ч. 3 ст. 201 АПК РФ в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, 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.

Таким образом, соответствующий закону приказ не может нарушать прав и законных интересов предприятия, поскольку законно включает предприятие в региональный раздел Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более, чем 35%.

Суд первой инстанции полно и всесторонне исследовал обстоятельства дела и сделал обоснованный вывод об отсутствии совокупности условий, необходимых для удовлетворения заявленных требований и не допустил нарушений норм процессуального права.

В части прекращения производства по делу по требованию заявителя о признании недействительным аналитического отчета, решение суда первой инстанции не обжаловано.

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции приходит к выводу об отсутствии оснований для отмены или изменения решения суда первой инстанции в обжалуемой части и удовлетворения апелляционной жалобы.

На основании изложенного, руководствуясь статьями 266, 268, 269, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Девятый арбитражный апелляционный суд

ПО С Т А Н О В И Л :

решение Арбитражного суда г. Москвы от 25.01.2012 по делу № А40-117541/11-139-1024 в обжалуемой части оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в течение двух месяцев со дня изготовления постановления в полном объеме в Федеральном арбитражном суде Московского округа.

Председательствующий судья:

Ж.В. Поташова

Судьи:

В.Я. Гончаров

В.И. Попов

Телефон справочной службы суда – 8 (495) 987-28-00.