

# ТРИНАДЦАТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

## ПОСТАНОВЛЕНИЕ

от 18 августа 2011 г. по делу N А21-68/2011

Резолютивная часть постановления объявлена 10 августа 2011 года

Постановление изготовлено в полном объеме 18 августа 2011 года

Тринадцатый арбитражный апелляционный суд

в составе:

председательствующего Л.В.Зотеевой

судей И.Б.Лопато, А.Б.Семеновой

при ведении протокола судебного заседания: Ж.А.Алыбиной

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу (регистрационный номер 13АП-9316/2011) Управления Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области на решение Арбитражного суда Калининградской области от 05.04.2011 по делу N А21-68/2011 (судья Генина С.В.), принятое

по иску (заявлению) 1) А.Р. MOLLER-MAERSK A/S (А.П. Моллер-Маэрск А/С),

2) ЗАО "Маэрск"

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области  
3-е лицо: ООО "Техноленд", ООО "Электрон", ООО "ПКВ", ООО "Балтик Аэро", ООО "Компания Телебалт"

о признании недействительными решения N АМЗ-48/20101 от 10.12.2010 и предписания N 79-амз/2010 от 10.12.2010

при участии:

от истца (заявителя): 1) предст. Пеховский А.В. - доверенность от 21.02.2011; предст. Коркин А.Е. - доверенность от 21.02.2011;

2) предст. Пеховский А.В. - доверенность от 05.07.2011; предст. Коркин А.Е. - доверенность от 05.07.2011; предст. Ширяева В.А. - доверенность от 10.12.2010

от ответчика (должника): не явился (извещен)

от 3-х лиц: не явились (извещены)

установил:

Закрытое акционерное общество "Маэрск" (ОГРН 1027739812660, место нахождения 198032, Санкт-Петербург, Красноармейская 10-я ул., 22, лит. А) (далее - Общество, ЗАО "Маэрск") и иностранная компания А.П. Моллер-Маэрск А/С (А.Р. MOLLER-MAERSK A/S) (далее - Компания) обратились в Арбитражный суд Калининградской области с заявлениями о признании недействительными решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области (ОГРН 1023901001552, место нахождения: 236006, г. Калининград, пр. Московский, д. 95) (далее - Управление, Калининградское УФАС) от 10.12.2010 по делу N АМЗ-48/2010, а также выданного на основании этого решения предписания N 79-амз/2010.

Определением суда от 01.03.2011 заявления ЗАО "Маэрск" и компании А.П. Моллер-Маэрск А/С объединены в одно производство для совместного рассмотрения с присвоением делу N А21-68/2011.

К участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены ООО "Техноленд", ООО "Электрон", ООО "ПКВ", ООО "Балтик Агро", ООО "Компания Телебалт".

Решением от 05.04.2011 заявленные требования удовлетворены. Суд первой инстанции не усмотрел в действиях заявителей нарушений части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции".

Не согласившись с решением суда, Управление обратилось с апелляционной жалобой, полагая, что выводы суда не соответствуют фактическим обстоятельствам дела и представленным доказательствам и основаны на неправильном применении и толковании норм материального права. Как указывает Управление в жалобе, анализ рынка выполнен антимонопольным органом на основании Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденного Приказом

ФАС России N 108 от 25.04.2006, действовавшего до 03.09.2010 - вступления в силу Приказа N 220 от 28.04.2010; определение продуктовых границ рынка определено на основании пункта 14 Порядка N 108. Управление также не согласно с выводами суда о том, что с момента выгрузки контейнера в порту морская перевозка прекращается, полагая эти выводы противоречащими положениям статьи 785 Гражданского кодекса РФ и статьи 115 Кодекса торгового мореплавания РФ, так как исходя из логического толкования приведенных норм права договор морской перевозки заканчивается только после выдачи вверенного перевозчику груза управомоченному на его получение лицу. По мнению Калининградского УФАС, отчет Консалтингового Центра "Бизнес-Эксперт" необоснованно принят судом во внимание, так как данный отчет не содержит ссылки на первичные документы, на основании которых сделан вывод о том, что заявители не занимают доминирующее положение на рынке морских перевозок, а сам анализ, как указывает УФАС, сделан только на основании информации, представленной заявителем.

Управление и третьи лица, извещенные надлежащим образом, своих представителей в судебное заседание не направили, в связи с чем апелляционная жалоба рассмотрена в порядке статей 156 и 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) на основании имеющихся материалов дела без участия представителей Калининградского УФАС, ООО "Техноленд", ООО "Электрон", ООО "ПКВ", ООО "Балтик Агро", ООО "Компания Телебалт".

В судебном заседании представители Общества и Компании доводы жалобы отклонили по основаниям, изложенным в письменном отзыве, просили оставить решение суда первой инстанции без изменения, а жалобу Управления - без удовлетворения.

Законность и обоснованность обжалуемого судебного акта проверены в апелляционном порядке.

Как установлено судом первой инстанции и подтверждается материалами дела, в адрес Калининградского УФАС поступили жалобы ООО "Техноленд", ООО "Электрон", ООО "ПКВ", ООО "Балтик Агро", ООО "Компания Телебалт" на действия ЗАО "Маэрс" и компании А.П. Моллер-Маэрс А/С по установлению сбора, эквивалентного 12 долларам США за контейнер, за выдачу контейнеров для самовывоза, кроме тех контейнеров, доставка которых осуществляется транспортом ЗАО "Маэрс".

Приказом Калининградского УФАС России N 136 от 07.06.2010 было возбуждено дело N АМЗ-48/2010 по признакам нарушения ЗАО "Маэрс" и А.П. Моллер-Маэрс А/С пункта 6 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон о защите конкуренции, Закон N 135-ФЗ).

В ходе рассмотрения дела Калининградским УФАС установлены следующие обстоятельства:

ЗАО "Маэрс" выполняет функции по сбору линейных сборов в качестве генерального агента компании А.П. Моллер-Маэрс А/С на территории России и действует от имени и по поручению перевозчика - А.П. Моллер-Маэрс А/С на основании агентского соглашения от 01.01.2007. Общество и Компания входят в одну группу лиц по признакам, установленным пунктом 5 части 1 статьи 9 Закона N 135-ФЗ.

05.02.2010 в адрес привлеченных к участию в деле третьих лиц поступили уведомления ЗАО "Маэрс" о том, что с 01.03.2010 ко всем импортным контейнерам, кроме тех, доставка которых осуществляется ЗАО "Маэрс", будет применяться сбор за выдачу контейнеров на самовывоз, эквивалентный 12 долларам США за контейнер. ООО "Техноленд", ООО "Электрон", ООО "ПКВ", ООО "Балтик Агро", ООО "Компания Телебалт" не согласились с взиманием дополнительного сбора, полагая, что для его введения у ЗАО "Маэрс" оснований не было. Сбор за выдачу контейнеров взимается в соответствии с распоряжением компании А.П. Моллер-Маэрс А/С от 05.05.2010.

В ходе рассмотрения дела N АМЗ-48/2010 Управлением был проведен анализ товарного рынка услуг перевозки морским транспортом контейнеров с грузами в порт Калининград, по результатам которого составлен аналитический отчет от 26.08.2010 (том 1, л.д. 30 - 39), содержащий вывод о том, что положение группы лиц в составе ЗАО "Маэрс" и А.П. Моллер-Маэрс А/С является доминирующим на рынке услуг перевозки морским транспортом контейнеров с грузами в порт г. Калининград с долей на указанном рынке в период с 01.01.2010 по 31.03.2010 - 53,05%, в связи с чем на действия ЗАО

"Маэрск" и А.Р. Моллер-Маэрск А/С распространяются запреты, установленные частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Оценив собранные по делу доказательства и данные аналитического отчета, комиссия Калининградского УФАС пришла к выводу о том, что ни действующим российским законодательством, ни коносаментом ЗАО "Маэрск" взимание платы за выдачу контейнера на самовывоз не предусмотрено; у названных лиц отсутствовали как правовые, так и экономические обоснования сбора за выдачу контейнеров на самовывоз, которые исходили бы из необходимых расходов и нормы прибыли; перегрузка товаров в порту для грузополучателей не является целесообразной.

По результатам рассмотрения дела Управлением вынесено решение от 10.12.2010 N АМЗ-48/2010, которым ЗАО "Маэрск" и компания А.П. Моллер-Маэрск А/С признаны нарушившими пункт 3 часть 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции", что выразилось в злоупотреблении доминирующим положением, в части навязывания контрагентам невыгодных условий договора об оплате сбора за выдачу одного контейнера эквивалентного 12 долларам США, экономически и технологически не обоснованного и не предусмотренного действующим законодательством, что привело к ущемлению интересов контрагентов.

На основании данного решения УФАС выдало заявителям предписание от 10.12.2010 N 79-амз/2010 о недопущении нарушения антимонопольного законодательства и передаче материалов дела должностному лицу Калининградского УФАС России для рассмотрения вопроса о привлечении лиц, виновных в нарушении антимонопольного законодательства, к административной ответственности.

Заявителям предписано прекратить нарушение пункта 3 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" для чего: прекратить навязывание невыгодных условий договора, выразившихся во взимании сбора за выдачу контейнеров на самовывоз эквивалентного 12 долларам США за один контейнер (МНН); в течение 10 дней со дня получения предписания направить клиентам и партнерам уведомления об отмене сбора за выдачу контейнеров на самовывоз эквивалентного 12 долларам США за один контейнер (МНН); о выполнении предписания сообщить в УФАС не позднее пяти дней со дня его выполнения.

Не согласившись с решением и предписанием антимонопольного органа, общество и компания оспорили их в судебном порядке.

Суд первой инстанции установил фактические обстоятельства дела и признал недоказанным наличие в действиях Общества и Компании нарушений части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции". Суд указал, что Управлением не представлено доказательств, подтверждающих, что заявители занимают доминирующее положение на калининградском рынке морских контейнерных перевозок, а также свидетельствующих о навязывании Обществом и Компанией невыгодных условий договора ООО "Техноленд", ООО "Электрон", ООО "ПВК", ООО "Балтик Агро", ООО "Компания Телебалт".

Заслушав представителей участников спора, изучив материалы дела и доводы жалобы, суд апелляционной инстанции не находит оснований для ее удовлетворения, считает, что выводы суда первой инстанции соответствуют фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в деле доказательствам, основаны на правильном применении норм материального права.

Законом N 135-ФЗ устанавливаются организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции; недопущения, ограничения, устранения конкуренции 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, Центральным банком Российской Федерации.

В силу части 2 статьи 1 Закона N 135-ФЗ его целями являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Согласно положениям статьи 4 Закона № 135-ФЗ товар - объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот; взаимозаменяемые товары - товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях); товарный рынок - сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее - определенный товар), 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 ее пределами.

Как указано в пункте 3 части 1 статьи 10 Закона № 135-ФЗ 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 навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (экономически или технологически не обоснованные 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 или судебными актами требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования).

По смыслу приведенной нормы, объектом правонарушения могут выступать как публичный порядок, так и конкретные гражданские права хозяйствующих субъектов или граждан. Обязательными признаками нарушения запрета, установленного в названной норме, являются доминирующее положение хозяйствующего субъекта на определенном товарном рынке, совершение действий с монополистической целью, а также наступление неблагоприятных последствий в результате этих действий для конкуренции либо для хозяйствующих субъектов.

В соответствии с частью 1 статьи 5 Закона № 135-ФЗ 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. Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации):

1) доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят процентов, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим;

2) доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем пятьдесят процентов, если доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта установлено антимонопольным органом исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок.

Оценив в соответствии с требованиями статей 65, 68 и 71 АПК РФ представленные в дело доказательства, суд первой инстанции пришел к выводу о том, что антимонопольным органом не правильно определены продуктовые границы товарного

рынка, на котором заявитель занимает доминирующее положение, и не мотивировано избрание временного периода. Суд также указал, что аналитический отчет по результатам анализа рынка от 26.08.2010 выполнен комиссией УФАС на основании Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденного Приказом Федеральной антимонопольной службы от 25.04.2006 N 108 "Об утверждении Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке" (далее - Порядок N 108), который утратил силу. По мнению суда, в рассматриваемом случае Управление должно было применять Порядок проведения анализа состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденный приказом Федеральной антимонопольной службы (ФАС) от 28.04.2010 N 220.

Апелляционный суд не может согласиться с доводом суда о необоснованном применении Управлением Порядка N 108, так как данный Порядок утратил силу только с 03.09.2010 и действовал на момент выявления нарушения, проведения проверки и составления аналитического отчета.

Вместе с тем, апелляционная коллегия полагает, что аналитический отчет от 26.08.2010 составлен с нарушением Порядка N 108 и не является надлежащим доказательством, подтверждающим доминирующее положение заявителей на установленном товарном рынке.

Из аналитического отчета следует, что предметом рассмотрения являлся рынок услуг перевозки морским транспортом контейнеров с грузами (продуктовые границы рынка), прибывающими в морские порты Калининградской области. Временной порядок определен периодом с 01.01.2010 по 31.03.2010. Географические границы определены в пределах границ порта г. Калининград.

В соответствии с пунктами 9 и 10 Порядка N 108 временной интервал исследования товарного рынка определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка и доступности информации. В случае если для целей исследования необходимо изучение сложившихся характеристик рассматриваемого товарного рынка, то проводится ретроспективный анализ состояния конкурентной среды на товарном рынке. В случае если для целей исследования необходим учет условий, которые сложатся на рассматриваемом товарном рынке после совершения действий, за которыми осуществляется государственный антимонопольный контроль, то проводится перспективный анализ состояния конкурентной среды на товарном рынке.

Как следует из аналитического отчета от 26.08.2010, антимонопольным органом определен временной интервал исследования спорного товарного рынка с 01.01.2010 по 31.03.2010. Как правомерно указал суд, обоснование выбора указанного временного интервала в отчете отсутствует. Вместе с тем, аналитический отчет должен отражать не только период, за который анализируется информация, но и основание для выбора данного временного интервала.

В обоснование своей позиции Управление в апелляционной жалобе указывает, что данный период времени взят в качестве исследуемого в связи с тем, что сбор за выдачу контейнеров на самовывоз стал применяться заявителями именно с 01.03.2010. Вместе с тем, такой подход не может быть признан судом правильным, так как заявители осуществляют деятельность по оказанию услуг морской перевозки в порт г. Калининграда достаточно длительный период времени, и введение с 01.03.2010 дополнительного сбора не могло повлиять на деятельность Общества и Компании, а также их положение на товарном рынке морских перевозок. Иное антимонопольным органом не доказано.

Необоснованное установление временного интервала повлекло за собой неправильное определение доли Общества и Компании на определенном антимонопольным органом товарном рынке.

Кроме того, суд апелляционной инстанции, проанализировав материалы дела, пришел к выводу о том, что Управлением неправильно определены продуктовые и географические границы товарного рынка, на котором совершено правонарушение.

Согласно статье 2 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации (далее - КТМ РФ) под торговым мореплаванием понимается деятельность, связанная с использованием судов для перевозок грузов, пассажиров, рыболовства и иных целей.

В соответствии с пунктом 1 статьи 115 КТМ РФ по договору морской перевозки груза перевозчик обязуется доставить груз, который ему передал или передаст отправитель, в

порт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу (далее - получатель), отправитель или фрахтователь обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату (фрахт).

В силу пункта 2 статьи 117 КТМ РФ наличие и содержание договора морской перевозки груза могут подтверждаться чартером, коносаментом или другими письменными доказательствами.

Аналогичное правило закреплено в статье 785 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Согласно статье 1 пункт "е" Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте (принята 25.08.1924 в Брюсселе), "перевозка грузов" охватывает период с момента погрузки грузов на борт судна до их выгрузки судна.

Следовательно, правильным является вывод суда первой инстанции о том, что с момента выгрузки контейнера с судна обязательство по морской перевозке прекращается. Оказание других услуг после окончания морской перевозки (операции с грузом в порту назначения, обработка грузов, предоставление контейнера в пользование, услуги по выдаче контейнера и другие) осуществляется в рамках других договоров. Суд первой инстанции правомерно указал, что предоставление контейнеров для перевозки груза по суше из порта до места назначения не может быть связано с морской перевозкой груза, поскольку выдача контейнеров осуществляется после ее окончания, в рамках отдельного обязательства - договора возмездного оказания услуг, решение о заключении или незаключении которого клиент принимает самостоятельно.

Однако этот рынок антимонопольным органом не исследовался, перечень лиц, оказывающих услуги по доставке контейнеров из порта к получателю и обратно, а также доля каждого на этом рынке, не установлены.

Установив сбор за выдачу контейнеров на самовывоз, Компания, по сути, установила плату за пользование принадлежащим ей имуществом (контейнером) после завершения морской перевозки и выгрузки груза в порту назначения. При этом грузополучатель может осуществить выгрузку доставленного груза из контейнера, в котором груз прибыл в порт, либо забрать груз непосредственно в контейнере.

Общество и Компания при рассмотрении дела в Управлении поясняли, что в случае, если ЗАО "Маэрс" осуществляет доставку контейнера "до двери" грузополучателя самостоятельно (мультимодальная перевозка), то часть расходов по перевозке включается в тариф на перевозку. Однако это обстоятельство Управлением не исследовано, не установлено, имеется ли разница в стоимости перевозки в случае передачи товара грузополучателю в порту и в случае осуществления доставки "до двери" получателю за пределами порта. По мнению суда апелляционной инстанции, установление данного обстоятельства также является существенным для разрешения данного спора.

Условия перевозки определены в коносаменте. При этом, "перевозка из порта в порт", как и "океанская перевозка" не означает "смешанную перевозку", которая возникает в случае, если место получения и/или место доставки обозначены на оборотной стороне данного коносамента в соответствующих графах. Вместе с тем, вид и условия перевозки определяется грузоотправителем. Приняв на себя обязательство по осуществлению мультимодальной перевозке ("до двери"), морской перевозчик при этом не обязался перед грузоотправителем осуществить такую перевозку за ту же стоимость, как и при доставке и передаче груза в порту. Из представленного в материалы дела коносамента это не следует и антимонопольным органом соответствующих доказательств в обоснование этого довода не представлено.

Таким образом, плата за выдачу контейнера взимается за оказание конкретной услуги, в связи с оказанием которой заявители несут дополнительные расходы и риски (в случае повреждения либо утраты имущества).

Доводы Управления о том, что введение сбора за выдачу контейнера на самовывоз принуждает грузополучателей воспользоваться мультимодальной перевозкой, то есть согласиться с невыгодными для них условиями перевозки, также не подкреплены соответствующими доказательствами в нарушение части 5 статьи 200 АПК РФ, так как данные условия перевозки не сопоставлены с условиями, предлагаемыми другими лицами, оказывающими услуги по доставке контейнеров из порта к получателю и обратно.

Неправильное определение продуктовых границ рынка неизбежно повлияло и на определение географических границ, так как перевозка грузов из порта до места назначения осуществляется как в г. Калининград, так и за его пределы.

Учитывая изложенное, суд первой инстанции, проанализировав представленные в материалы дела доказательства в их совокупности и взаимосвязи, правомерно признал решение и предписание Калининградского УФАС не соответствующим Закону о защите конкуренции и нарушающим права и законные интересы заявителем.

При таких обстоятельствах оснований для отмены обжалуемого судебного акта и удовлетворения апелляционной жалобы Управления не имеется.

На основании изложенного и руководствуясь пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Тринадцатый арбитражный апелляционный суд

постановил:

Решение Арбитражного суда Калининградской области от 05 апреля 2011 года по делу N А21-68/2011 оставить без изменения, апелляционную жалобу Управления Федеральной антимонопольной службы по Калининградской области - без удовлетворения.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа в срок, не превышающий двух месяцев со дня вступления постановления в законную силу.