ПОСТАНОВЛЕНИЕ
арбитражного суда апелляционной инстанции
г. Владивосток Дело № А51-17900/2010
03 мая 2011 года
Резолютивная часть постановления оглашена 25 апреля 2011 года
Постановление в полном объеме изготовлено 03 мая 2011 года
Пятый арбитражный апелляционный суд рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу ООО "Транснефть-Сервис"
апелляционное производство № 05АП-2255/2011
на решение от 10.03.2011 по делу № А51-17900/2010 Арбитражного суда Приморского края по заявлению ООО "Транснефть-Сервис" к Управлению федеральной антимонопольной службы по ПК третьи лица: ООО "ФЕМТранс"
об оспаривании решения, предписания и постановления,

УСТАНОВИЛ:
Общество с ограниченной ответственностью «Транснефть-Сервис» (далее – ООО «Транснефть-Сервис», общество) обратилось в Арбитражный суд Приморского края с заявлением о признании незаконным и отмене постановления Управления федеральной антимонопольной службы по Приморскому краю (далее –
антимонопольный орган, Управление) от 27.10.2010 о признании ООО «Транснефть-Сервис» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.31 КоАП РФ и назначении административного штрафа в размере 310 437 руб., а также с заявлением о признании недействительными решения Управления от 17.08.2010 по делу №17/06 - 2010 и предписания от 17.08.2010 по делу №17/06-2010 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.
Определением от 07.12.2010 с учетом разъяснений, содержащихся в п. 24.1 Постановления Пленума ВАС РФ №52 от 14.10.210, указанные заявления объединены в одно производство для совместного рассмотрения.
Решением от 10.03.2011 Арбитражный суд Приморского края в удовлетворении заявленных требований обществу отказал.

Не согласившись с принятым судебным актом, общество обратилось в суд с апелляционной жалобой, в которой просит решение отменить в связи с недоказанность имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными, неправильным истолкованием закона.
В обоснование жалобы заявитель указал на ошибочность вывода суда о том, что общество злоупотребляет доминирующим положением на рынке по оказанию буксирных услуг, услуг по швартовке/отшвартовке, услуг по несению аварийно - спасательной готовности (АСГ) в бухте Козьмино акватории морского порта Восточный Приморского края, поскольку судом и Управлением неправильно определены продуктовые и географические границы товарного рынка.

Считает, что судом неправильно определен состав хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом товарном рынке, а также доля заявителя на товарном рынке, поскольку судом не исследовались данные о том, что в географических границах товарного рынка порта Восточный и порта Находка свою деятельность осуществляют иные хозяйствующие субъекты, конкурирующие друг с другом.
Антимонопольный орган в канцелярию суда апелляционной инстанции

представило отзыв на апелляционную жалобу, в котором выразило несогласие с изложенными в ней доводами, просило принятый судебный акт оставить без изменения, сославшись на его законность и обоснованность.

В заседании суда апелляционной инстанции заявитель доводы жалобы поддержал, просил решение отменить. Заявил ходатайство о проведении экспертизы по анализу товарного рынка.

Представитель ответчика по доводам жалобы возразил, указал на законность принятого по делу решения, возразил по заявленному обществом ходатайству о проведении экспертизы.
Суд апелляционной инстанции, рассмотрев заявленное ходатайство, счел его подлежащим отклонению, поскольку в материалы дела представлено достаточно доказательств для установления обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела, разъяснения вопросов, требующих специальных познаний не требуется.

Представитель общества заявил ходатайство о приобщении к материалам дела отчета по анализу конкурентной среды и положения ООО «Транснефть -Сервис» на целевом товарном рынке, проведенного независимой компанией «АССО-Инвест Консалтинг».
Суд апелляционной инстанции, рассмотрев ходатайство представителя заявителя о приобщении дополнительного доказательства по делу, с учетомтребований ч. 2 ст. 268 Арбитражного процессуального кодекса РФ, п. 26 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции», признал уважительной причину, по которой данное доказательство не было представлено в суд первой инстанции, в связи с чем удовлетворил ходатайство о его приобщении.

ООО «ФЕМТранс», извещенное надлежащим образом о времени и месте рассмотрения апелляционной жалобы, явку представителя в суд апелляционной инстанции не обеспечило. Жалоба рассмотрена в соответствии с ч. 3 ст. 156 Арбитражного процессуального кодекса РФ в отсутствие третьего лица по имеющимся в деле документам.

Законность и обоснованность обжалуемого судебного акта проверены арбитражным судом апелляционной инстанции в порядке, предусмотренном главой
34 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, ООО «Транснефть-Сервис» зарегистрировано в качестве юридического лица 15.12.2008 Инспекцией ФНС по г.Новороссийску Краснодарского края, о чем в Единый государственный реестр юридических лиц внесена запись за основным государственным регистрационным номером 1082315010073.
Приказом Федеральной службы по тарифам от 19.05.2010 №177-г общество, осуществляющее деятельность в сфере услуг в портах, было включено в Реестр субъектов естественных монополий на транспорте в раздел III «Услуги портов и (или) транспортных терминалов».
17.09.2009 письмом №07/10 ООО «ФЕМТранс» в связи с номинацией судовым

агентом танкера «Moscow University» обратилось к ООО «Транснефть-Сервис» с предложением о заключении договора на оказываемые последним услуги. Ответа на
указанное письмо ООО «ФЕМТранс» не получило, что повлекло за собой аннулирование номинации.

04.02.2010 письмом №003/14 ООО «ФЕМТранс» обратилось в ООО «Транснефть-Сервис» с предложением о заключении договора на оказываемые последним услуги. Ответа на указанное письмо общество также не получило.
10.03.2010 письмом №017/04 в связи с номинацией судовым агентом танкера «BAI LU ZHOU» ООО «ФЕМТранс» обратилось в ООО «Транснефть-Сервис» с просьбой выслать проект договора и тарифы на оказываемые последним услуги. Ответа на указанное письмом общество не получило, что повлекло за собой аннулирование номинации.

Посчитав, что ООО «Транснефть-Сервис» нарушаются положения Федерального закона «О защите конкуренции», ООО «ФЕМТранс» обратилось в Находкинскую транспортную прокуратуру с жалобой на действия заявителя, которая была передана на рассмотрение в Приморское УФАС России для рассмотрения.

По результатам рассмотрения жалобы 17.08.2010 комиссией антимонопольного органа было принято решение, которым признан факт нарушения
ООО «Транснефть-Сервис» ч. 1 ст. 10 Закона №135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в бездействии и уклонении от рассмотрения писем ООО «ФЕМТранс» с предложениями о заключении договора на оказание буксирных услуг, услуг по швартовке/отшвартовке, услуг по несению аварийно -спасательной готовности, что привело к ущемлению интересов ООО «ФЕМТранс».
В тот же день обществу выдано предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, а именно рассмотреть письма ООО «ФЕМТранс» с предложениями о заключении договора на оказание буксирных услуг, услуг по швартовке/отшвартовке, услуг по несению аварийно -спасательной готовности до 05.09.2010 и дать ответ в соответствии с условиями действующего законодательства.

27.10.2010 Управлением Федеральной антимонопольной службы по Приморскому краю в отношении ООО «Транснефть-Сервис» вынесено постановление о назначении административного наказания по делу об административном правонарушении №32А/06-2010, которым общество признано виновным в совершении правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ст. 14.31 КоАП РФ, на общество наложен административный штраф в размере 310 437 руб.

Не согласившись с вынесенными решением и предписанием, а также с привлечением к административной ответственности, посчитав, что указанные акты не соответствуют положениям действующего законодательства и нарушают права и
законные интересы заявителя в сфере предпринимательско й деятельности, общество
обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением.
Исследовав материалы дела, обсудив доводы жалобы и отзыва на нее, заслушав

мнение представителей лиц, участвующих в деле, проверив правильность применения судами норм материального и процессуального права, суд апелляционной инстанции находит жалобу не подлежащей удовлетворению.

Согласно ч. 1 ст. 198, ч. 4 ст. 200, ч.ч. 2 и 3 ст. 201 Арбитражного процессуального кодекса РФ для признания недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов и их должностных лиц необходимо наличие в совокупности двух условий: несоответствия оспариваемого ненормативного правового акта, решений и действий
(бездействия) закону или иному нормативному правовому акту и нарушение прав и
законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической
деятельности.

Частью 1 ст. 5 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон о защите конкуренции) 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 (ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции).

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 10 названного Закона 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 экономически или технологически не обоснованные отказ или уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской
Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами, создание дискриминационных условий, создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам.

Материалами дела установлено, что Приказом федеральной службы по тарифам от 19.05.2010 № 177-г ООО «Транснефть-Сервис» включено в реестр естественных монополий на транспорте в раздел III «Услуги портов и (или) транспортных терминалов».

Согласно аналитическому отчету Приморского УФАС России положение общества признано доминирующим на рынке по оказанию буксирных услуг, услуг по швартовке/отшвартовке, услуг по несению аварийно-спасательной готовности

(АСГ) в бухте Козьмино акватории морского порта Восточный Приморского края, во временном интервале 2009 год, первый квартал 2010 года доля составляла более
50%.

Тем самым в соответствии с ч.ч. 1,2 ст. 5 Закона о защите конкуренции ООО «Транснефть-Сервис» занимает доминирующее положение на рынке по оказанию буксирных услуг.
Довод заявителя жалобы о том, что УФАС по Приморскому краю неправильно определены продуктовые границы товарного рынка, обоснованно отклонен судом первой инстанции по следующим обстоятельствам.
Приказом Федеральной антимонопольной службы России №220 от 28.04.2010 утвержден Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке
(далее – Порядок).
Пунктом 3.1 Порядка предусмотрено, что 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.
Как следует из материалов дела, для определения продуктовых границ рынка Управлением были направлены запросы в адрес ООО «Специализированный морской нефтеналивной порт Козьмино» (исх. № 2806/09 от 04.05.2010), ООО «Транснефть-сервис» (исх. № 2978/09 от 11.05.2010), ФГУ «Администрация морского порта Восточный» (исх. № 2977/09 от 11.05.2010) о предоставлении информации.
В ответ на запрос Управления ООО «Транснефть-Сервис» письмом от 19.05.2010 (исх. № 108) сообщило, что в акватории ООО «Спецморнефтепорт Козьмино» Общество оказывает следующие виды услуг: буксирные услуги, услуги по швартовке/отшвартовке, услуги по несению аварийно-спасательной готовности (АСГ).

ФГУ «Администрация морского порта Восточный» письмом от 19.05.2010 (исх. № 08/828) сообщило, что обслуживание судов в бухте Козьмино осуществляет ООО «Транснефть-Сервис», в частности осуществляет: буксирное обеспечение; обеспечение швартовых операций (предоставление швартовщиков); обеспечение экологической безопасности (локализация и ликвидация разливов нефти).
С учетом изложенного суд первой инстанции обоснованно пришел к выводу, что Управлением правильно определены в качестве продуктовых границ товарного рынка услуги по швартовке, буксировке морских судов, услуги по несению АСГ, которые не имеют услуг-заменителей.

При этом, согласно письму ООО «Спецморнефтепорт Козьмино» от 12.05.2010 (исх. № 2396/01-14-01) единственной компанией, с которой заключен договор по привлечению к транспортной обработки грузов в ООО «Спецморнефтепорт Козьмино», в части обеспечения морской инфраструктуры, включая услуги судам на морском нефтеналивном терминале является ООО

«Транснефть-сервис», которая вправе привлекать сторонние организации для осуществления данной деятельности на основании договоров с учетом ограничений
связанных с режимным характером ООО «Спецморнефтепорт Козьмино». В соответствии с информацией ООО «Спецморнефтепорт Козьмино» в Приморском крае отсутствуют компании, оказывающие услуги, подобные услугам ООО «Транснефть-Сервис», и имеющие в своём составе портовый флот и природоохранное оборудования, отвечающее требованиям Российского Морского
Регистра Судоходства для работы на морских нефтеналивных терминалах.

Согласно письма от 19.05.2010 (исх. № 08/828) ФГУ «Администрация морского порта Восточный» не располагает информацией о других хозяйствующих субъектах кроме ООО «Транснефть-Сервис», которые оказывали услуги по обслуживанию судов в бухте Козьмино в период с 2009 года по май 2010 года. В связи с этим ссылка заявителя на то обстоятельство, что Управлением неверно были определены географические границы рынка, а также состав хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом товарном рынке, является необоснованной.

При таких обстоятельствах, антимонопольный орган в представленном в дело аналитическом отчете правильно пришел к выводу о том, что ООО «Транснефть-Сервис», оказывающее буксирные услуги, услуги по швартовке/отшвартовке, услуг
по несению аварийно-спасательной готовности в бухте Козьмино акватории морского порта Восточный, занимает на рынке долю более 50% во временном интервале 2009 год, первый квартал 2010 года и имеет
необходимые и достаточные признаки наличия доминирующего положения на рынке по оказанию буксирных услуг, услуг по швартовке/отшвартовке, услуг по несению аварийно-спасательной готовности в бухте Козьмино акватории морского
порта Восточный Приморского края.

Из материалов дела установлено, что ООО «ФЕМТранс» письмами №07/10 от 17.12.2009, №003/14 от 04.02.2010, №017/04 от 10.03.2010 неоднократно обращалось к ООО «Транснефть-Сервис» с предложениями о заключении договора на оказание
буксирных услуг, услуг по швартовке/отшвартовке, услуг по несению аварийно-спасательной готовности в связи с осуществлением предпринимательской деятельности в качестве судового агента. Однако, заявителем ответов на указанные
письма направлено не было.

В объем услуг агента в соответствии с положениями ст. 237 Кодекса торгового мореплавания включен (но не ограничен) следующий перечень услуг: морской агент
выполняет различные формальности, связанные с приходом судна в порт, пребыванием судна в порту и выходом судна из порта, оказывает по мощь капитану
судна в установлении контактов с портовыми и местными властями и в организации

снабжения судна и его обслуживания в порту, оформляет документы на груз, инкассирует суммы фрахта и иные причитающиеся судовладельцу суммы по требованиям, вытекающим из договора морской перевозки груза, оплачивает по распоряжению судовладельца и капитана судна суммы, подлежащие уплате в связи
с пребыванием судна в порту, привлекает грузы для линейных перевозок, осуществляет сбор фрахта, экспедирование груза и совершает иные действия в области морского агентирования.

В соответствии со ст. 71 Кодекса торгового мореплавания, капитан судна в силу своего служебного положения признается представителем судовладельца и грузовладельца в отношении сделок, необходимых в связи с нуждами судна, груза или плавания. Таким образом, договор морского агентирования может быть заключен агентом непосредственно по прибытии судна в порт. Вместе с тем, организация обслуживания судна на территории порта должна производится заблаговременно, так например, в соответствии с обычаями морского торгового порта Восточный (п.6.1. свода обычаев) капитан судна или агент обязаны представить первое извещение о прибытии судна портовым властям за 10 суток. С учетом изложенного, Управление правомерно пришло к выводу, что ООО «Транснефть-Сервис» необоснованно уклонялось от рассмотрения писем ООО «ФЕМТранс» о заключении договора на оказание буксирных услуг, услуг по швартовке/отшвартовке, услуг по несению аварийно-спасательной готовности в связи с осуществлением предпринимательской деятельности в качестве судового агента, чем нарушило ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Оценив в порядке, предусмотренном ст.ст. 68, 71 Арбитражного процессуального кодекса РФ, имеющиеся в материалах дела доказательства, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что оспариваемые заявителем решение и предписание антимонопольным органом вынесены в соответствии с действующим законодательством и в пределах возложенных на него полномочий.

Представленный обществом суду апелляционной инстанции отчет по анализу конкурентной среды и положения ООО «Транснефть-Сервис» на целевом товарном рынке, проведенный независимой компанией «АССО-Инвест Консалтинг» в обоснование его доводов о неправильном определении Управлением продуктовых и
географических границ товарного рынка, хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке и долю заявителя на нем не принимается судом, поскольку данный документ не опровергает выводов Управления о доминирующем положении
по признакам превышения 50 % доли оказываемых услуг на рынке по оказанию буксирных услуг, услуг по швартовке/отшвартовке, услуг по несению аварийно-спасательной готовности (АСГ) в бухте Козьмино акватории морского порта Восточный Приморского края.

Кроме того, данный отчет не соответствует требованиям ст. 68 Арбитражного процессуального кодекса РФ о допустимости доказательств, так как сведения используемые в нем получены с нарушением закона, то есть был нарушен установленный арбитражно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления. Правовое обоснование для получения сведений используемых в отчете, а именно договор № FS01/01-11, заключенный обществом с

компанией «АССО-Инвест Консалтинг», к отчету не приложен и поэтому суд апелляционной инстанции отвергает данный отчет как доказательство по делу.

Поскольку факт нарушения заявителем положений антимонопольного законодательства, выразившийся в бездействии и уклонении от рассмотрения писем
ООО «ФЕМТранс» с предложениями о заключении договора на оказание буксирных
услуг, услуг по швартовке/отшвартовке, услуг по несению аварийно -спасательной готовности, подтвержден материалами дела, у Приморского УФАС имелись основания для привлечения ООО «Транснефть-Сервис» к административной ответственности.

Статья 14.31 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных статьей 14.31.1 настоящего Кодекса.

Объективная сторона данного правонарушения состоит в совершении незаконных действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством РФ, если эти действия не содержат уголовно наказуемого деяния.

Обстоятельств объективно препятствующих обществу соблюсти требования антимонопольного законодательства не установлено, в связи с чем суд первой инстанции обоснованно пришел к выводу о наличии вины общества во вмененном ему правонарушении (ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ).

Нарушение порядка привлечения заявителя к административной ответственности и процессуального законодательства антимонопольным органом судом не установлено.

Административное наказание за совершение административного правонарушения назначено в пределах санкции, установленной ст. 14.31 КоАП РФ. При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции считает, что выводы суда первой инстанции по данному делу основаны на всестороннем полном и объективном исследовании имеющихся в деле доказательств, которым в соответствии с требованиями ст. 71 Арбитражного процессуального кодекса РФ дана надлежащая правовая оценка, с указанием оснований принятого решения, которые в соответствии с требованиями ст.ст. 168 Арбитражного процессуального кодекса РФ отражены в обжалуемом судебном акте. Нарушений норм процессуального права, в том числе являющихся безусловным основанием для отмены судебного акта, апелляционной инстанцией в ходе рассмотрения апелляционной жалобы не установлено.

Таким образом, основания для отмены решения суда 1-й инстанции и удовлетворения апелляционной жалобы общества - отсутствуют.
ООО «Транснефть-Сервис» при подаче апелляционной жалобы ошибочно уплатило государственную пошлину в сумме 1 000 руб. по платежному поручению

от 18.03.2011 № 869, которая подлежит возврату на основании ст. 104 Арбитражного процессуального кодекса РФ и ст. 333.40 Налогового кодекса РФерации. Уплата государственной пошлины по делам о привлечении к административной ответственности в силу ч. 4 ст. 208 АПК РФ (ч. 5 ст. 30.2 КоАП РФ) не предусмотрена, поэтому не подлежит уплате госпошлина и при подаче апелляционной жалобы.

Руководствуясь статьями 258, 266-271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Пятый арбитражный апелляционный суд ,

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда Приморского края от 10 марта 2011 года по делу № А51-17900/2010 оставить без изменения, а апелляционную жалобу – без удовлетворения.
Возвратить обществу с ограниченной ответственностью «Транснефть-Сервис» из федерального бюджета государственную пошлину в размере 1000 (одну тысячу) руб., ошибочно уплаченную по платежному поручению № 869 от 18.03.2011.
Выдать справку на возврат государственной пошлины.
Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа через Арбитражный суд Приморского края в течение двух месяцев.