

Шестой арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 06АП-5868/2011

01 февраля 2012 года г. Хабаровск

Резолютивная часть постановления объявлена 25 января 2012 года.

Полный текст постановления изготовлен 01 февраля 2012 года.

Шестой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего <...>, судей <...>, <...> при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания <...> при участии в заседании:

от Общества с ограниченной ответственностью фирма «Амурсельсвязь»: <...>, представитель по доверенности от 08.07.2011 № 28 АА 0172163; <...>, директор, <...>; от Управления Федеральной антимонопольной службы по Амурской области: <...>, представитель по доверенности от 30.12.2011 № 02-5186, удостоверение <...>; <...>, представитель по доверенности от 19.01.2012 № 03-98, удостоверение <...>; от третьего лица – Открытого акционерного общества «Ростелеком»: <...>, представитель по доверенности от 11.04.2011 № 25/РТК рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу Общества с ограниченной ответственностью фирма «Амурсельсвязь» на решение от 01.11.2011 по делу № А04-1572/2011 Арбитражного суда Амурской области принятое судьей <...> по заявлению Общества с ограниченной ответственностью фирма «Амурсельсвязь» к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Амурской области о признании незаконными решения и предписания

третье лицо: Открытое акционерное общество «Ростелеком» УСТАНОВИЛ:

Общество с ограниченной ответственностью фирма «Амурсельсвязь» (ИНН 2801022715, ОГРН 1022800531710) (далее – ООО «Амурсельсвязь», общество) обратилось в Арбитражный суд Амурской области с заявлением к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Амурской области (ИНН 2801031325, ОГРН 1022800528233) (далее - антимонопольный орган) с требованиями о:

- признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Амурской области от 02.03.2011 о признании действий ООО фирма «Амурсельсвязь», выразившихся в необоснованном повышении в 2010 тарифов на услуги: «предоставление во временное пользование цифрового канала связи пропускной способностью 2 Мбит/с» с 1622,5 рублей до 18585,00 рублей.; «предоставление абонентской линии для уплотнения оборудованием ОАО «Дальсвязь» с 90 рублей до 2035 рублей» нарушением части 1 статьи 10 ФЗ «О защите конкуренции»;

- признании незаконным предписания Управления Федеральной антимонопольной службы по Амурской области от 16.03.2011 № 20 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства. Решением суда первой инстанции от 01.11.2011 в удовлетворении заявленных требований отказано в полном объеме Расходы по оплате за экспертизу в размере 100 000 рублей судом отнесены на Общество с ограниченной ответственностью фирма «Амурсельсвязь».

Не согласившись с судебным актом в части отказа в удовлетворении заявленных требований, ООО фирма «Амурсельсвязь» обратилось в Шестой арбитражный

апелляционный суд с жалобой, в которой просит отменить решение суда в названной части, в связи с неправильным применением норм материального права, а также несоответствием выводов суда обстоятельствам дела, и принять новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

Судом апелляционной инстанции из объяснений представителей ООО фирма «Амурсельсвязь» установлено, что обществом решение суда первой инстанции в части отнесения на него расходов по оплате за экспертизу в размере 100 000 рублей, не обжалуется.

В заседании суда апелляционной инстанции представители ООО фирма «Амурсельсвязь» поддержали в полном объеме доводы апелляционной жалобы, просили принять новый судебный акт об удовлетворении заявленных требований.

Представители Управления Федеральной антимонопольной службы по Амурской области в заседании суда апелляционной инстанции отклонили доводы апелляционной жалобы по основаниям, изложенным в отзыве, просили решение суда первой инстанции в обжалуемой части оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

В заседании суда апелляционной инстанции представитель Открытого акционерного общества «Ростелеком» отклонил доводы апелляционной жалобы по основаниям, изложенным в отзыве, просил решение суда в обжалуемой части оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Суд апелляционной инстанции, в порядке положений статьи 268 АПК РФ, повторно рассматривает дело по имеющимся в деле доказательствам, а также проверяет законность и обоснованность решения суда только в обжалуемой части, поскольку лицами, участвующими в деле, возражений не заявлено.

Изучив материалы дела, заслушав объяснения представителей лиц, участвующих в деле, проверив обоснованность доводов апелляционной жалобы и отзывов на нее, суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены в обжалуемой части решения суда первой инстанции и удовлетворения апелляционной жалобы.

Из материалов дела следует, что решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы по Амурской области от 16.03.2011 действия ООО фирма «Амурсельсвязь», выразившиеся в необоснованном повышении в 2010 тарифов на услуги: «предоставление во временное пользование цифрового канала связи пропускной способностью 2 Мбит/с» с 1622,5 рублей до 18585,00 рублей.; «предоставление абонентской линии для уплотнения оборудованием ОАО «Дальсвязь» с 90 рублей до 2035 рублей признаны нарушением части 1 статьи 10 ФЗ «О защите конкуренции».

Из названного решения усматривается, что по результатам анализа товарных рынков установлено доминирующее положение ООО фирма «Амурсельсвязь» на рынках услуг по предоставлению доступа к абонентским линиям для уплотнения оборудованием путем вторичного использования линий с целью предоставления услуг доступа к сети Интернет; по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи на территориях п. Моховая Падь, с. Садовое, с. Чигири.

В указанном решении также отражено, что ООО фирма «Амурсельсвязь» не представило экономического обоснования своих действий по повышению тарифов по услуге по предоставлению цифрового канала более чем в 11 раз, по услуге по предоставлению абонентской линии более чем в 20 раз.

Не согласившись с названным решением и предписанием, ООО фирма «Амурсельсвязь» обратилось в арбитражный суд с соответствующим заявлением.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований в части признания незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Амурской области от 02.03.2011 о признании действий ООО фирма «Амурсельсвязь», выразившихся в необоснованном повышении в 2010 тарифов на услуги: «предоставление во временное пользование цифрового канала связи пропускной способностью 2 Мбит/с» с 1622,5 рублей до 18585,00 рублей; «предоставление абонентской линии для уплотнения оборудованием ОАО «Дальсвязь» с 90 рублей до 2035 рублей» нарушением части 1 статьи 10 ФЗ «О защите конкуренции»; признания незаконным предписания Управления Федеральной антимонопольной службы по Амурской области от 16.03.2011 № 20 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, суд первой инстанции исходил из следующего.

Согласно части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции 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 установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара.

Для квалификации действий хозяйствующего субъекта по статье 10 Закона о защите конкуренции необходимо доказать, что на соответствующем товарном рынке он занимает доминирующее положение, совершил действие (бездействие), характеризующееся как злоупотребление этим положением, и это привело (создало угрозу) к ограничению конкуренции и ущемлению прав других лиц.

В силу статьи 5 Закона 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.

Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, 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.

Процедура установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта

установлена Административным регламентом, в пункте 3.6.4 которого предусмотрено, что определение признаков наличия доминирующего положения включает в себя идентификацию хозяйствующего субъекта, предварительное определение продуктовых и географических границ товарного рынка, выявление группы лиц, оценку положения хозяйствующего субъекта (группы лиц) на рынке.

Основные методы определения продуктовых и географических границ товарного рынка, состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке предусмотрены Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке утвержденным Приказом Федеральной антимонопольной службы от 28 апреля 2010 № 220.

Результаты проведенного антимонопольным органом анализа товарного рынка, включая обоснованную оценку состояния конкурентной среды на товарном рынке, приводятся в аналитическом отчете (пункт 11.1 Порядка).

Из аналитического отчета о состоянии конкурентной среды на товарных рынках по оказанию услуг по предоставлению доступа к абонентским линиям для уплотнения оборудованием путем вторичного использования линий с целью предоставления услуг доступа к сети Интернет, по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи на территориях п. Моховая Падь, с. Садовое, с. Чигири судом первой инстанции установлено, что ООО фирма «Амурсельсвязь» занимает доминирующее положение на указанном рынке. Доля общества в общем объеме оказанных услуг в натуральном и стоимостном выражении соответствует 100 %.

В названном отчете отражено, что географическими границами исследованного товарного рынка признаны границы п. Моховая Падь, с. Садовое, с. Чигири в связи с тем, что гипотетическое увеличение цены на обращающийся в пределах указанных территорий товар (услугу) не ведет к тому, что приобретатель будет приобретать рассматриваемый товар (услугу) на других рынках. Так в отчете, в частности, указано, что приобретатель услуги ОАО «Дальсвязь» в ответе на запрос указало, что приобретение вышеуказанной услуги у иных продавцов, расположенных за пределами границ п. Моховая Падь, с. Садовое, с. Чигири является нецелесообразным, поскольку это окажет влияние на техническую возможность предоставления услуг Интернет абонентам ОАО «Дальсвязь», которые заключили с обществом договоры на предоставление им услуг широкополосного доступа, так как данные абоненты географически расположены на территории указанного населенного пункта и оказание услуги возможно только при условии физического расположения абонентских линий связи только на территории данного населенного пункта.

Судом первой инстанции обоснованно отклонен довод общества о неправильном определении географических границ, поскольку согласно информации, указанной в письме администрации Благовещенского района от 30.12.2010 поселка Тепличный на территории Благовещенского района не существует, СХПК «Тепличный» входит в состав Чигиринского сельского поселения.

В соответствии с письмом Управления Роскомнадзора по Амурской области от 09.12.2010 у оператора ОАО «Дальсвязь» на сегодняшний день отсутствуют возможности оказывать телематические услуги связи и услуги связи по передаче данных, обеспечивать предоставление абоненту и

пользователю населенных пунктов Тепличный, Моховая Падь, Птицефабрика, Садовое, Чигири доступа к информации мировых и региональных информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе к сети Интернет без посредничества ООО фирма «Амурсельсвязь», не затрачивая при этом существенные материальные затраты. Эксплуатацию линий связи местной телефонной сети в населенных пунктах Тепличный, Моховая Падь, Птицефабрика, Садовое, Чигири осуществляет оператор связи ООО фирма «Амурсельсвязь».

Также судом первой инстанции обоснованно отклонен довод общества о том, что антимонопольным органом не выявлена доля операторов, имеющих возможность оказывать данные услуги, так как им в нарушение статьи 65 АПК РФ не представлены доказательства, подтверждающие указанный довод. Кроме того обществом не опровергнуты выводы и расчеты антимонопольного органа, произведенные на основании информации, представленной по запросам антимонопольного органа.

В соответствии с пунктом 2 Правил оказания услуг местной телефонной связи оператор связи сети местной телефонной связи, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 18.05.2010 № 310 (далее - Правила), в целях обеспечения предоставления абоненту услуг телефонной связи, осуществляет действия по формированию абонентской линии и подключению с ее помощью пользовательского (оконечного) оборудования к узлу связи сети местной телефонной связи.

Пунктом 66 Правил определено, что оператор связи сети местной телефонной связи обязан предоставить другому оператору связи абонентскую линию для оказания различных услуг связи (в данном случае для организации доступа к сети Интернет по технологии xDSL) путем подключения к абонентской линии средств связи, обеспечивающих одновременное совместное использование двумя операторами связи одной абонентской линии.

Из имеющегося в материалах дела договора № 1 об оказании услуг электросвязи от 25.06.2009 заключенного между ООО фирма «Амурсельсвязь» (Оператор) и ОАО «Дальсвязь» (Общество) судом усматривается, что предметом договора является совместное предоставление услуг доступа к сети Internet посредством технологии xDSL (пункт 1.1 договора), предоставление обществу за плату возможность размещения на площадях Оператора оборудования (пункт 1.2 договора), предоставление обществу во временное пользование цифровых каналов связи с пропускной способностью 2048 Кбит/с (пункт 1.3 договора), предоставление абонентских линий для уплотнения оборудованием общества (вторичное использование линий) (пункт 1.4. договора), осуществление Оператором работ, связанных с оформлением наряда на выполнение работ, технической документации, кроссировку линий между оборудованием ОАО «Дальсвязь» и линией абонента (физического, юридического лица) при заключении договора последним с ОАО «Дальсвязь» об оказании услуг доступа к сети Internet посредством технологии (пункт 1.5 договора).

Исходя из приведенных положений договора и пояснений лиц, участвующих в деле суд пришел к правильному выводу о том, что ОАО «Ростелеком» заинтересовано в предоставлении комплекса услуг связанных с предоставлением услуг доступа к сети Internet посредством технологии xDSL - предоставление во временное пользование цифровых каналов связи с пропускной способностью 2048 Кбит/с и

предоставление абонентских линий для уплотнения оборудованием Общества (вторичное использование линий).

Кроме того судом установлено, что согласно письму ОАО «Мегафон» от 19.01.2011 компания не предоставляет услуг доступа к абонентским линиям с целью доступа к сети Интернет посредством технологии xDSL. В указанный период компания могла предоставлять услуги по предоставлению цифровых каналов связи на территории населенных пунктов Моховая Падь, Садовое, Чигири.

Согласно письму ОАО «Мобильные ТелеСистемы» от 14.01.2011 основным видом деятельности ОАО «МТС» является предоставление услуг подвижной связи, поэтому собственных абонентских линий не имеется, в связи с чем, услуги доступа к абонентским линиям не предоставляет. Возможности по предоставлению ОАО «Дальсвязь» или иной организации услуги доступа к абонентским линиям не имеется. Однако ОАО «МТС» имело в период 2009-2010 возможность предоставлять ОАО «Дальсвязь» либо иной организации в аренду цифровые каналы связи уровня Е1 от Благовещенска, <...> до населенных пунктов Моховая Падь, Садовое, Чигири с точками окончания: п. Моховая Падь, подстанция «Моховая», с. Чигири, ул. <...>.

Таким образом, суд сделал обоснованный вывод о том, что ОАО «Мегафон» и ОАО «МТС» в рассматриваемый период не предоставляли услуг по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи с пропускной способностью 2048 Кбит/с, предоставление абонентских линий для уплотнения оборудованием общества (вторичное использование линий) и не могли предоставить данных услуг в комплексе, могли быть предоставлены только услуги по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи с пропускной способностью 2048 Кбит/с. В связи с чем, для оказания комплекса услуг, предусмотренных договором № 1 об оказании услуг электросвязи от 25.06.2009 заключенным между ООО фирма «Амурсельсвязь» (Оператор) и ОАО «Дальсвязь» (Общество), обществу, в случае аренды цифровых каналов связи у ОАО «Мегафон» или ОАО «МТС», необходимо было обратиться к ООО фирма «Амурсельсвязь» (Оператор) в части предоставления абонентских линий для уплотнения оборудованием Общества (вторичное использование линий), а также для аренды цифровых каналов связи от конечных точек доступа указанных операторов до конечных абонентов.

Довод общества о необходимости учета в составе лиц, осуществляющих указанные услуги на товарном рынке ООО «Телевокс» обоснованно признан судом несостоятельным, поскольку согласно письму указанного общества от 17.01.2011 общество не оказывало услуги по предоставлению цифровых каналов связи в границах населенных пунктов Моховая Падь, Садовое, Чигири в 2009-2010гг., не оказывало услуги по предоставлению доступа к абонентским линиям с целью организации доступа к сети Интернет посредством xDSL в границах населенных пунктов Моховая Падь, Садовое, Чигири в 2009-2011гг., не планировало предоставление цифровых каналов связи и предоставление доступа к абонентским линиям с целью организации доступа к сети Интернет посредством xDSL в границах населенных пунктов Моховая Падь, Садовое, Чигири в 2009-2011гг.

Данные сведения подтверждаются письмом ООО «Телевокс» от 14.09.2011, из которого следует, что общество в 2009-2010 гг. не оказывало указанных услуг на территории п. Моховая Падь, с. Садовое, с. Чигири (в т.ч. район Тепличный). Для оказания услуг предоставления во временное пользование цифровых каналов

связи и вторичного использования линий у ООО «Телевокс» технической возможности в 2009-2010 гг. не было, нет и на данный момент. Для организации вышеуказанных услуг необходимо закупить соответствующее оборудование и выполнить монтажные работы. В октябре 2009 года ООО «Амурсельсвязь» обращалось к ООО «Телевокс» в устной форме за возможностью аренды цифровых каналов. На предоставленное коммерческое предложение (Приложение 1) ответа не последовало, и договор аренды заключен не был. В приложении 1 (коммерческое предложение ООО «Телевокс») в стоимость инсталляционного платежа входят: закупка оборудования и монтажные работы цифровых каналов связи.

Иные доказательства, опровергающие выше установленные судом первой инстанции обстоятельства в материалах дела отсутствуют.

На основании изложенного, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу том, что ООО фирма «Амурсельсвязь» занимает доминирующее положение на товарных рынках по оказанию услуг по предоставлению доступа к абонентским линиям для уплотнения оборудованием путем вторичного использования линий с целью предоставления услуг доступа к сети Интернет, по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи на территориях п. Моховая Падь, с. Садовое, с. Чигири с долей 100 %. Согласно частям 1 и 2 статьи 6 Закона о защите конкуренции монопольно высокой ценой товара является цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно -тарифное регулирование (далее - сопоставимый товарный рынок), при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами, в том числе установленная:

1) путем повышения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

а) расходы, необходимые для производства и реализации товара, остались неизменными или их изменение не соответствует изменению цены товара;

б) состав продавцов или покупателей товара остался неизменным либо изменение состава продавцов или покупателей товара является незначительным;

в) условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного регулирования, включая налогообложение, тарифное регулирование, остались неизменными или их изменение несоразмерно изменению цены товара;

Судом установлено, что цена на услуги, оказываемые для ОАО «Дальсвязь» была увеличена ООО фирма «Амурсельсвязь» в несколько раз, в том числе по услуге предоставления абонентской линии более чем в 20 раз, по услуге предоставления цифрового канала связи в более чем 11 раз.

Антимонопольным органом при рассмотрении дела не был установлен товарный

рынок, сопоставимый по условиям товарному рынку по оказанию услуг по предоставлению доступа к абонентским линиям для уплотнения оборудованием путем вторичного использования линий с целью предоставления услуг доступа к сети Интернет, по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи на территориях п. Моховая Падь, с. Садовое, с. Чигири.

Расчеты себестоимости предоставленных услуг, произведенные ООО фирма «Амурсельсвязь», не приняты антимонопольным органом в связи с тем, что расчеты произведены на основании средних рыночных цен, что подтверждается пояснениями представителя ООО фирма «Амурсельсвязь» и отражено в оспариваемом решении на странице 8, кроме того, расчеты не отражают сведений о фактически понесенных затратах, сведения о стоимости кабеля, о проведенных работах, иные показатели документально не подтверждены. Указанные обстоятельства заявителем жалобы опровергнуты, доказательства, подтверждающие сведения, указанные в расчетах не представлены. При этом судом установлено, что обществом при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства и при рассмотрении дела не представлено экономическое обоснование повышения тарифов на услуги, а также доказательства того, что расходы, связанные с предоставлением услуг ОАО «Дальсвязь» изменились в сторону увеличения соразмерно произведенному обществом повышению.

Довод общества об убыточности деятельности по предоставлению в пользование цифровых каналов связи в период с 01.09.2006 до 31.07.2010 правомерно признан судом первой инстанции несостоятельным, так как период, который исследовал антимонопольный орган, ограничен временными рамками 2009 года и 10 месяцев 2010 года. Кроме того, убытки, полученные от одного из видов экономической деятельности, являются предпринимательским риском и не могут являться законным основанием для нарушения антимонопольного законодательства.

Суд первой инстанции правомерно отклонил довод общества о преюдициальном значении для рассмотрения настоящего дела обстоятельств, установленных решениями арбитражного суда по делам № А04-4523/2010 и № А04-192/2011.

Статья 69 АПК РФ предусматривает основания освобождения от доказывания, в частности, частью 2 статьи предусмотрено, что обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, не доказываются вновь при рассмотрении арбитражным судом другого дела, в котором участвуют те же лица.

Судом первой инстанции установлено, что при рассмотрении дела № А04-4523/2010 участвовали истец ООО фирма «Амурсельсвязь» и ответчик ОАО «Дальсвязь» (правопреемственник ОАО «Ростелеком»), Управление ФАС по Амурской области не было привлечено в качестве участника процесса в рассмотрении дела, в связи с чем, обстоятельства, установленные при рассмотрении дела не могут быть признаны не требующими доказательства и доказываются на общих основаниях.

Кроме того, по указанным делам судом рассмотрен спор о взыскании задолженности по оплате оказанных услуг по договору от 25.06.2009 № 1, при этом вопрос о нарушении антимонопольного законодательства ООО фирма «Амурсельсвязь» при рассмотрении данных дел не рассматривался.

Также суд первой инстанции правильно указал на отсутствие нарушений процедуры рассмотрения дела со стороны антимонопольного законодательства в виде отсутствия докладной записки, так как в материалы дела имеется докладная записка начальника отдела антимонопольного контроля и контроля органов власти от 25.11.2010.

Ссылка общества о рассмотрении антимонопольным органом гражданско - правового спора между хозяйствующими субъектами обоснованно признана судом первой инстанции несостоятельной ввиду следующего.

В соответствии с пунктом 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июня 2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» антимонопольный орган в ходе контроля за соблюдением антимонопольного законодательства, установив факт злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением (в том числе навязывание цены при заключении договора, неверное применение регулируемых цен (тарифов)), принимает меры по прекращению соответствующего нарушения и обеспечению условий конкуренции, а также по привлечению нарушителей к административной ответственности.

Однако необходимо учитывать, что, прекращая указанное нарушение антимонопольного законодательства, антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. В частности, он не полномочен защищать субъективные гражданские права потерпевшего от такого нарушения путем вынесения предписания нарушителю об уплате контрагенту задолженности или о возмещении понесенных убытков.

Поскольку в рассматриваемом случае антимонопольным органом не принималось предписание об уплате задолженности или возмещении убытков, а прекращение нарушения антимонопольного законодательства согласно предписанию должно быть путем установления с учетом положений части 1 статьи 6 Федерального закона «О защите конкуренции» экономически обоснованных цен на услуги, суд апелляционной инстанции находит несостоятельным довода заявителя жалобы в данной части.

Судом первой инстанции правомерно не принято в качестве надлежащего доказательство - заключение эксперта.

Из материалов дела следует, что определением суда от 28.06.2011 по делу была назначена экспертиза, проведение которой поручено Федеральному государственному автономному образовательному учреждению высшего профессионального образования «Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», специалисту: заместителю директора Института анализа предприятий и рынков, ординарному профессору кафедры экономического анализа и рынков НИУ ВШЭ, доктору экономических наук <...>. Судом первой инстанции установлено, что в нарушение части 2 статьи 86 АПК РФ в заключении эксперта не отражены: содержание и результаты исследований с указанием примененных методов (подпункт 7), оценка результатов исследований, выводы по поставленным вопросам и их обоснование (подпункт 8).

Эксперт при ответе на вопросы номер один и два определил услугу как услугу предоставления доступа к абонентским линиям с использованием оборудования оператора, указав при этом, что определение продуктовых границ рынка, альтернативное определению предмета договора, само по себе не изменит выводов относительно географических границ, объема рынка и рыночной концентрации, приведенных в анализах товарных рынков антимонопольного органа.

Данный вывод эксперта не соответствует статье 4 Закона о защите конкуренции, определяющей понятие взаимозаменяемых товаров как товаров, 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). Услуги по предоставлению доступа к абонентским линиям для уплотнения оборудованием путем вторичного использования линий с целью предоставления услуг доступа к сети Интернет, по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи не являются взаимозаменяемыми, в связи с чем данный вывод эксперта не соответствует Закону о защите конкуренции и положениям Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке утвержденного Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220.

Ответ эксперта на вопрос номер три предполагает возможность включения в состав участников рынка ООО «Амурсельсвязь», ОАО «МТС», ОАО «Мегафон». При этом судом установлено, что данное суждение эксперта является предположительным, так как оснований для однозначного вывода об этом недостаточно, в отсутствие сведений о возможной окупаемости инвестиционных проектов от указанных компаний.

Таким образом, вывод суда первой инстанции о том, что выводы эксперта носит предположительный характер и не подтвержден имеющимися в деле доказательствами, является обоснованным.

Судом первой инстанции при оценке анализа товарных рынков, проведенного антимонопольным органом установлено, что в рассматриваемый период ОАО «МТС» и ОАО «Мегафон» не предоставляли услуг по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи с пропускной способностью 2048 Кбит/с, предоставление абонентских линий для уплотнения оборудованием Общества (вторичное использование линий) и не могли предоставить данных услуг в комплексе, могли быть предоставлены только услуги по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи с пропускной способностью 2048 Кбит/с. Между тем ОАО «Дальсвязь» согласно заключенного с ООО фирма «Амурсельсвязь» договора необходимо предоставление комплекса услуг по предоставлению во временное пользование цифровых каналов связи с пропускной способностью 2048 Кбит/с и предоставление абонентских линий для уплотнения оборудованием Общества (вторичное использование линий). Неправильная посылка эксперта при ответе на 1 и 2 вопросы суда в части объединения указанных услуг в одну, привела к неправильному ответу на третий, поставленный перед экспертом, вопрос.

Кроме того, суд первой инстанции учел, что указанные лица предоставляют услуги подвижной связи, поэтому собственных абонентских линий не имеется, что, в

частности, подтверждается ответом ОАО «МТС».

В связи с изложенным суд признал несостоятельным вывод эксперта о включении в состав участников рынка ОАО «МТС» и ОАО «Мегафон».

Вывод эксперта о необходимости включения в состав участников рынка ОАО «Ростелеком» также обоснованно не принят во внимание судом первой инстанции. Пунктом 5.1 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке предусмотрено, что 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.

В состав хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом рынке, могут быть также включены физические и юридические лица, которые в течение краткосрочного периода (не более года) могут при обычных условиях оборота и без дополнительных издержек (издержки окупаются в течение года при уровне цен, отличающемся не более чем на 10 процентов от сложившейся средневзвешенной рыночной цены) войти на данный товарный рынок (далее - потенциальные продавцы).

При этом суд признал обоснованным возражение третьего лица на то обстоятельство, что строительство сети Metro Ethernet осуществлено в микрорайонах Моховая Падь и Тепличный города Благовещенска и не распространяется на территорию села Чигири.

Таким образом, суд пришел к выводу, что в данной ситуации отсутствуют обычные условия оборота, поскольку материалами дела подтверждается нарушение прав вследствие применения монопольно высокой цены, необходимость нести в связи с этим дополнительные расходы по оказанным услугам, строительство собственной сети с использованием имеющейся кабельной канализации также не может расцениваться как обычные условия оборота.

В связи с чем, суд обоснованно не принял ответ эксперта на четвертый вопрос.

Дополнительные вопросы, по которым эксперт высказал свою позицию, судом обоснованно не приняты во внимание по приведенным в решении основаниям, а также в связи с тем, что данные обстоятельства не относятся к рассматриваемому делу. Учитывая изложенное, суд первой инстанции обоснованно признал, что вышеустановленные обстоятельства ставят под сомнение заключение эксперта и не позволяют использовать его в качестве доказательства по данному делу.

Таким образом, антимонопольным органом установлено доминирующее положение ООО фирма «Амурсельсвязь» на рассматриваемом товарном рынке, установление обществом цены на услуги, которая превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли путем повышения ранее установленной цены услуги, при этом выполняются в совокупности условия, предусмотренные подпунктом 1 части 1 статьи 6 Закона о защите конкуренции в связи с чем, суд апелляционной инстанции признает обоснованным вывод суда первой инстанции о доказанности факта, выявленного антимонопольным органом нарушения Закона о защите конкуренции в части установления монопольно высокой цены.

При этих обстоятельствах суд первой инстанции правомерно отказал в удовлетворении заявленных требований в обжалуемой обществом части.

Оснований для признания оспариваемых ненормативных актов антимонопольного органа недействительными не находит и суд апелляционной инстанции.

Арбитражный суд Амурской области в полном объеме выяснил обстоятельства, имеющие значение для дела, его выводы основаны на правильном применении норм материального права и фактических обстоятельствах дела.

На основании изложенного апелляционная жалоба общества по приведенным в ней доводам, основанным на неверном толковании норм права и противоречащим фактическим обстоятельствам дела, удовлетворению не подлежит.

При подаче апелляционной жалобы Общество с ограниченной ответственностью фирма «Амурсельсвязь» уплатило 2000 руб. государственной пошлины по платежному поручению от 29.11.2011 № 744. Однако согласно пункту 12 статьи 333.21 НК РФ размер государственной пошлины по апелляционной жалобе в случае оспаривания ненормативного акта государственного органа составляет для него 1000 руб. Следовательно, обществу надлежит возратить 1000 руб. государственной пошлины, излишне уплаченной при подаче апелляционной жалобы.

Руководствуясь статьями 258, 268-271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Шестой арбитражный апелляционный суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда Амурской области от 01.11.2011 по делу № А04-1572/2011 в обжалуемой части оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Возратить Обществу с ограниченной ответственностью фирма «Амурсельсвязь» из федерального бюджета излишне уплаченную платежным поручением от 29.11.2011 № 744 государственную пошлину в сумме 1000 рублей за рассмотрение апелляционной жалобы.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия и может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в установленном законом порядке.

Председательствующий <...>

Судьи <...>

<...>