

**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**

127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12

адрес электронной почты: info@mail.9aas.ruадрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>**ПОСТАНОВЛЕНИЕ
№ 09АП-30195/2013**г. Москва
12 ноября 2013 года

Дело № А40-29794/12-149-274

Резолютивная часть постановления объявлена 05 ноября 2013 года
Постановление изготовлено в полном объеме 12 ноября 2013 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Лепихина Д.Е.,
судей: Кольцовой Н.Н., Марковой Т.Т.,
при ведении протокола секретарем судебного заседания Жеренковой Ю.Г.,
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционные жалобы ОАО
«Саянскхимпласт», ОАО "Сибур", ОАО "Сибур-Нефтехим", ОАО "Сибур Холдинг",
ОАО "Башкирская содовая компания", ООО «Бекборн» и ОАО "Каустик" на решение
Арбитражного суда г. Москвы от 18.07.2013 по делу №А40-29794/12, принятое судьей
Кузиным М.М. (149-274),

по заявлениям:

- 1) Открытого акционерного общества «Башкирская содовая компания» (ОГРН 1020202079479453110, Республика Башкортостан, г.Стерлитамак, ул.Техническая, 32),
- 2) Открытого акционерного общества «Саянскхимпласт» (ОГРН 1023801910560, 666301, Иркутская область, г.Саянск-1, а/я 17),
- 3) Открытое акционерное общество «Сибур-Нефтехим» (ОГРН 1025201738693, 606000, г.Дзержинск, Восточная промышленная зона, тер.390),
- 4) Общества с ограниченной ответственностью «Бекборн» (ОГРН 1020400742394, 649000, Республика Алтай, г.Горно-Алтайск, ул.Чорос-Гуркина, д.29),
- 5) Открытого акционерного общества «АК «Сибур» (ОГРН 1028900509769, 117997, Москва, ул.Кржижановского, д.16, корп.3),
- 6) Открытого акционерного общества «СИБУР Холдинг» (ОГРН 1057747421247, 117997, Москва, ул.Кржижановского, д.16, корп.3),
- 7) Общества с ограниченной ответственностью «Сибур» (ОГРН 1067746612075, 117997, Москва, ул.Кржижановского, д.16, корп.3),
- 8) Открытого акционерного общества «Пласткаб» (ОГРН 1023404356810, 400097, г.Волгоград, ул.40 лет ВЛКСМ, 57)

к Федеральной антимонопольной службе,
третьи лица:

- 1) ОАО «Владимирский химический завод»,
- 2) ЗАО «Первая химическая компания»

о признании недействительным решения от 15.12.2011 по делу №1 11/125-11, при участии:

от заявителей:

от ОАО "Сибур Холдинг" – Горшкова Е.А., по доверенности 21.01.2013 №19; Васильева Н.А., по доверенности от 01.11.2013 №199,

от ООО «Сибур» - Горшкова Е.А., по доверенности от 22.01.2013 №20,

от ООО «Бекборн» - Тараканов В.В., по доверенности от 30.10.2013 №29,

от ОАО "Башкирская содовая компания" – Гладкова Н.Х., по доверенности от 03.06.2013 №ОЮ-28-332,

от ОАО «Саянскхимпласт», ОАО «АК «Сибур», ОАО «Пласткаб» от ОАО "Сибур-Нефтехим" - не явились, извещены,

от ответчика: Русакова В.В., по доверенности;

от третьих лиц: не явились, извещены;

У С Т А Н О В И Л:

ОАО «Саянскхимпласт», ООО "Сибур", ОАО "Сибур-Нефтехим", ОАО "Сибур Холдинг", ОАО "Башкирская содовая компания" (ОАО "Каустик"), ООО «Бекборн», , ООО «Пласткаб», ОАО «АК «Сибур» (далее – также общества) обратились в Арбитражный суд города Москвы с заявлениями о признании незаконным решения Федеральной антимонопольной службы России (далее – антимонопольный орган) от 15.12.2011 по делу № 1 11/125-11.

Решением от 23.07.2012 арбитражный суд отказал обществам в удовлетворении заявлений.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.10.2012 решение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 06.01.2013 отменены решение суда от 23.07.2012 и постановление апелляционного суда от 23.10.2012. Дело направлено на новое рассмотрение в Арбитражный суд города Москвы.

В постановлении кассационного суда сказано, что при рассмотрении дела ни суд первой, ни суд апелляционной инстанции не проверили доводы и не оценили доказательства обществ по вопросам незаконности и необоснованности оспоренного решения в части доказанности заключения между ними соглашения на товарном рынке оптовых поставок кабельных пластиков, реализованного с 2004 по 2005 годы, приведшего к установлению цен, разделу товарного рынка по объемам продажи покупателям, что противоречило, по утверждению антимонопольного органа, требованиям ч.1 ст.6 Закона РСФСР от 22.03.1991 N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарном рынке", незаконности в связи с этим прекращения производства по делу в связи с истечением срока давности нарушения антимонопольного законодательства, что создает препятствия для деятельности обществ.

При новом рассмотрении дела суд первой инстанции решением от 18.07.2013 в удовлетворении заявлений обществ отказал.

Не согласившись с принятым решением суда первой инстанции, ОАО "Башкирская содовая компания" (ОАО "Каустик"), ООО «Бекборн», ОАО «Каустик», ОАО «Сибур Холдинг», ООО «Сибур», ОАО «Сибур-Нефтехим», ОАО «Саянскхимпласт» обратились в Девятый арбитражный апелляционный суд с жалобами, в которых просят отменить решение, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявлений.

В судебном заседании представители обществ поддержали доводы апелляционных жалоб, просили отменить решение суда первой инстанции, поскольку

считают его незаконным и необоснованным, принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявлений.

Представитель антимонопольного органа поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционных жалоб не согласился, считает жалобы необоснованными, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, в удовлетворении апелляционных жалоб отказать.

Дело рассмотрено в порядке ч.ч.3, 5 ст.156 АПК РФ в отсутствие представителей неявившихся лиц.

Законность и обоснованность принятого судом первой инстанции решения проверены апелляционной инстанцией в порядке ст.ст. 266, 268 АПК РФ.

Изучив материалы дела, заслушав представителей участвующих в деле лиц, апелляционный суд приходит к следующим выводам.

Как изложено выше, обществами оспаривается решение антимонопольного органа от 15.12.2011 по делу № 1 11/125-11.

Общества полагают, что решением антимонопольного органа им вменено нарушение положения ч.1 ст.6 Закона РСФСР от 22.03.1991 N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (далее – Закон о конкуренции).

Апелляционный суд полагает правильным понимание решения антимонопольного органа, как вменяющего обществам нарушение ч.1 ст.6 Закона о конкуренции. Такой вывод следует из буквального содержания решения антимонопольного органа.

В решении антимонопольного органа на странице 7 изложено, буквально, следующее: «Таким образом, Комиссия установила, что в 2004 году ЗАО «Первая химическая компания», ООО «Бекборн», ЗАО «Каустик» (г. Стерлитамак) (с 28.06.2006 изменило организационно-правовую форму на ОАО «Каустик»), ОАО «Владимирский химический завод», ОАО «Пласткаб», ОАО «Саянскхимласт», ЗАО «АК Сибур» заключили соглашение на товарном рынке оптовых поставок кабельных пластиков, которое привело к установлению цен, разделу товарного рынка по объемам продажи и покупателей, что на момент заключения данного соглашения противоречило части 1 статьи 6 Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее – Закон о конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках)».

В указанном тексте решения сказано, что соглашение на товарном рынке оптовых поставок кабельных пластиков на момент его заключения противоречило ч.1 ст.6 Закона о конкуренции.

Под противоречием соглашения закону понимается нарушение закона.

Таким образом, антимонопольный орган признал перечисленные в решении общества нарушившими положение ч.1 ст.6 Закона о конкуренции.

В соответствии с ч.1 ст.6 Закона о конкуренции запрещается заключение договора, иной сделки, соглашения или осуществление согласованных действий хозяйствующими субъектами, действующими на рынке одного товара (взаимозаменяемых товаров), которые приводят или могут привести к: установлению (поддержанию) цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок; повышению, снижению или поддержанию цен на аукционах и торгах; разделу рынка по территориальному принципу, по объему продаж или закупок, по ассортименту реализуемых товаров либо по кругу продавцов или покупателей (заказчиков); ограничению доступа на рынок или устранению с него других хозяйствующих субъектов в качестве продавцов определенных товаров или их покупателей (заказчиков); отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

В ч.1 ст.6 Закона о конкуренции говорится о запрете заключения соглашения, которое приводит или может привести к перечисленным в данной норме права последствиям.

В решении антимонопольного органа на странице 7 сказано, что комиссия установила, что в 2004 году ЗАО «Первая химическая компания», ООО «Бекборн», ЗАО «Каустик» (г. Стерлитамак) (с 28.06.2006 изменило организационно-правовую форму на ОАО «Каустик»), ОАО «Владимирский химический завод», ОАО «Пласткаб», ОАО «Саянскхимласт», ЗАО «АК Сибур» заключили соглашение на товарном рынке оптовых поставок кабельных пластикатов, которое привело к установлению цен, разделу товарного рынка по объемам продажи и покупателей.

Таким образом, антимонопольный орган вменяет обществу заключение соглашения, которое именно привело к определенным последствиям, а не могло привести к ним.

Деятельность антимонопольного органа относится к сфере публичного права.

В публичном праве органы государственной власти имеют больше прав относительно иных лиц. Соответственно, такие лица должны обладать определенными гарантиями, обеспечивающими соблюдение прав и законных интересов при вторжении публичных органов в их деятельность.

К указанным гарантиям относится требование ясности, четкости, определенности, конкретности, понятности, недвусмысленности актов государственных органов.

При рассмотрении дел арбитражный суд не вправе ограничиваться формальным установлением обстоятельств.

Вместе с тем, акт органа публичной власти подлежит оценке судом на предмет соответствия закону в том виде, в котором орган власти принял акт. Судебный контроль не призван расширительно толковать акты органов публичной власти, которые обладают достаточной самостоятельностью и широкой дискрецией, предоставленной им государством при осуществлении своих функций.

Таким образом, оспариваемое решение антимонопольного органа подлежит оценке судом на предмет соответствия закону в том виде, в каком оно изложено.

Согласно ч.1 ст.65 АПК РФ обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия государственными органами, органами местного самоуправления, иными органами, должностными лицами оспариваемых актов, решений, совершения действий (бездействия), возлагается на соответствующие орган или должностное лицо.

Согласно ч.5 ст.200 АПК РФ обязанность доказывания соответствия оспариваемого ненормативного правового акта закону или иному нормативному правовому акту, законности принятия оспариваемого решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), наличия у органа или лица надлежащих полномочий на принятие оспариваемого акта, решения, совершение оспариваемых действий (бездействия), а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, решения, совершения оспариваемых действий (бездействия), возлагается на орган или лицо, которые приняли акт, решение или совершили действия (бездействие).

Как изложено выше, ЗАО «Первая химическая компания», ООО «Бекборн», ЗАО «Каустик» (г. Стерлитамак) (с 28.06.2006 изменило организационно-правовую форму на ОАО «Каустик»), ОАО «Владимирский химический завод», ОАО «Пласткаб», ОАО «Саянскхимласт», ЗАО «АК Сибур» вменено заключение запрещенного ч.1 ст.6 Закона о конкуренции соглашения на товарном рынке оптовых поставок кабельных пластикатов, которое привело к установлению цен, разделу товарного рынка по объемам продажи и покупателей.

Из положения ч.1 ст.65, ч.5 ст.200 АПК РФ в их совокупности следует, что обязанность по доказыванию заключенного соглашения возложена на антимонопольный орган.

Как указано выше, антимонопольный орган вменил обществам заключение соглашения, которое привело к определенным последствиям, а не могло привести.

Следовательно, доказыванию подлежат обстоятельства того, что заключенное, по мнению антимонопольного органа, соглашение привело к установлению цен, разделу товарного рынка оптовых поставок кабельных пластиков по объемам продажи и покупателей.

Понятие доказательства изложено в ст.64 АПК РФ.

Положение ст. 64 АПК РФ определяет доказательства как полученные в предусмотренном настоящим Кодексом и другими федеральными законами порядке сведения о фактах, на основании которых арбитражный суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела (часть 1); в качестве доказательств допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, консультации специалистов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы, объяснения лиц, участвующих в деле, и иных участников арбитражного процесса, полученные путем использования систем видеоконференц-связи (часть 2); не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (часть 3).

Запрещенное ч.1 ст.6 Закона о конкуренции соглашение является незаконным (неправомерным) действием (правонарушением). Поэтому в законодательстве не определено и не может быть определено, какие доказательства его подтверждают, а также не установлены и не могут быть установлены требования к форме подтверждающих документов.

Положение ст.75 АПК РФ не исключает, а ст.89 АПК РФ прямо допускает представление в суд любых документов и материалов в качестве доказательств, если они содержат сведения об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения спора.

Из изложенного следует, что доказывать заключение запрещенного соглашения допустимо совокупностью косвенных доказательств в отсутствие доказательств прямых.

При этом, во всяком случае, совокупность косвенных доказательств должна быть достаточной и убедительной для признания лиц нарушившими антимонопольный закон.

Из решения антимонопольного органа следует, что доказательствами нарушения обществами запрета, установленного ч.1 ст.6 Закона о конкуренции являются: отчет ЗАО «Группа Первая Химическая Компания» о реализации кабельного пластика; регламент взаимоотношений заводов-производителей кабельного пластика (или их торговых представителей) и ЗАО «Группа «ПКХ» от 26.08.2004; соглашение об объединении усилий организации сбыта базовых марок кабельного пластика от 10.09.2004; служебная записка от 14.09.2004; фрагменты записки «Задачи, решаемые компанией «Бекборн» как «Комиссионером» ОАО «Сибур Холдинг» по реализации кабельных пластиков»; письмо ООО «Бекборн» от 18.05.2011.

На основании изложенных положений о доказательствах применительно к собранному антимонопольным органом доказательствам апелляция суд приходит к выводу, что совокупность косвенных доказательств, перечисленных в решении антимонопольного органа не достаточна для вменения обществам нарушения ч.1 ст.6 Закона о конкуренции.

Перечисленные в решении антимонопольного органа и представленные в материалы дела доказательства ни сами по себе, ни в совокупности не доказывают достижение (заклучение) между ЗАО «Первая химическая компания», ООО «Бекборн», ЗАО «Каустик» (г. Стерлитамак) (с 28.06.2006 изменило организационно-правовую форму на ОАО «Каустик»), ОАО «Владимирский химический завод», ОАО «Пласткаб», ОАО «Саянскхимласт», ЗАО «АК Сибур» соглашения в 2004-2005 годах на товарном рынке оптовых поставок кабельных пластикатов, которое привело к установлению цен, разделу товарного рынка по объемам продажи и покупателей.

Перечисленные в решении антимонопольного органа и представленные в материалы дела доказательства ни сами по себе, ни в совокупности не доказывают участие данных обществ в таком соглашении.

Следовательно, в действиях ЗАО «Первая химическая компания», ООО «Бекборн», ЗАО «Каустик» (г. Стерлитамак) (с 28.06.2006 изменило организационно-правовую форму на ОАО «Каустик»), ОАО «Владимирский химический завод», ОАО «Пласткаб», ОАО «Саянскхимласт», ЗАО «АК Сибур» отсутствует нарушение ч.1 ст.6 Закона о конкуренции.

Применительно к вмененному нарушению, изложенному в решении антимонопольного органа, в материалах рассматриваемого дела отсутствуют доказательства того, что соглашение между обществами привело к установлению цен, разделу товарного рынка оптовых поставок кабельных пластикатов по объемам продажи и покупателей.

Кроме того, апелляционный суд полагает необходимым указать следующее.

Согласно ч.2 ст.64 АПК РФ в качестве доказательств допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле.

Правовое положение отзыва на исковое заявление изложено в ст.131 АПК РФ.

В п.3 ч.5 ст.131 АПК РФ сказано, что в отзыве на исковое заявление ответчик указывает возражения относительно каждого довода, касающегося существа заявленных требований.

Таким образом, в отзыве ответчик излагает в письменном виде свои объяснения.

Следовательно, отзыв является доказательством в смысле ст.64 АПК РФ.

В своем отзыве (т.д.2, л.д.116-122) антимонопольный орган указывает, что на момент возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства № 11/125-11 имелись лишь сведения о наличии признаков нарушения (страница 3 отзыва).

Также антимонопольный орган указывает в отзыве, что по результатам рассмотрения дела в действиях хозяйствующих субъектов не установлено нарушения антимонопольного законодательства (страница 7 отзыва).

Из буквального соотношения содержания оспариваемого решения и отзыва антимонопольного органа следует, что позиция антимонопольного органа противоречива.

Указывая о нарушении антимонопольного законодательства в решении, в отзыве сказано об отсутствии такого нарушения.

Противоречивая позиция антимонопольного органа также свидетельствует о недостаточности собранных доказательств для того, чтобы вменить обществам нарушение ч.1 ст.6 Закона о конкуренции.

Оспариваемым решением антимонопольного органа рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства прекращено в связи с истечением срока давности нарушения антимонопольного законодательства на основании ст.41.1. Федерального закона № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

Согласно ст.41.1. Закона о защите конкуренции дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено и возбужденное дело подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения

антимонопольного законодательства, а при ддящемся нарушении антимонопольного законодательства - со дня окончания нарушения или его обнаружения.

Как указывает в решении антимонопольный орган, реализация соглашения между обществами происходила с 2004 по 2005 годы.

Таким образом, на дату принятия антимонопольным органом решения (15.12.2011), действительно, истек трехлетний срок по ст.41.1. Закона о защите конкуренции.

Следовательно, рассмотрение дела прекращено антимонопольным органом правомерно.

Прекращение рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства по причине истечения трехлетнего срока не лишает общества права обратиться в суд, права оспаривать выводы о нарушении антимонопольного законодательства, изложенные в решении антимонопольного органа.

Соответственно, в судебном акте допустим вывод о наличии (отсутствии) в действиях обществ состава вмененного правонарушения.

Кроме того, из содержания ст.41.1. Закона о защите конкуренции не следует, что в решении о прекращении рассмотрения дела не могут содержаться выводы о нарушении антимонопольного законодательства.

Во всяком случае, если выводы о нарушении антимонопольного законодательства содержатся в решении о прекращении рассмотрения дела, то такие выводы подлежат оценке судом.

В постановлении кассационной инстанции по настоящему делу дано прямое указание при новом рассмотрении дела проверить доводы и оценить доказательства обществ по вопросам незаконности и необоснованности решения антимонопольного органа в части доказанности заключения между ними соглашения на товарном рынке оптовых поставок кабельных пластикатов, незаконности в связи с этим прекращения производства по делу в связи с истечением срока давности нарушения антимонопольного законодательства.

В соответствии с ч.1 ст.4 АПК РФ правом на обращение в арбитражный суд обладает заинтересованное лицо.

Согласно ч.2 ст.201 АПК РФ действия, бездействия признаются судом незаконными при наличии одновременно двух условий – не соответствие их закону (иному нормативному правовому акту) и нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Обязанность доказывания соответствия оспариваемых действия, бездействия закону (иному нормативному правовому акту) в силу ч.5 ст.200 АПК РФ возложена на орган, совершивший действие (бездействие).

При этом, согласно положений ч.1 ст.9, ч.1 ст.65 АПК РФ представление доказательств нарушения прав и законных интересов заявителя оспариваемым действием (бездействием) возложена на самого заявителя.

Как изложено выше, оспариваемым решением антимонопольного органа рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства прекращено.

В рамках данного спора апелляционный суд приходит к выводу, что права и законные интересы обществ в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности оспариваемым решением антимонопольного органа не нарушены в связи с прекращением рассмотрения дела.

Само по себе указание антимонопольного органа в оспариваемом решении о направлении материалов дела в МВД России для решения вопроса о возбуждении уголовного дела также не нарушает прав и законных интересов обществ.

Следовательно, с учетом положения ч.2 ст.201 АПК РФ отсутствуют правовые основания для удовлетворения заявлений и апелляционных жалоб обществ.

При изложенных обстоятельствах, суд апелляционной инстанции считает, что решение суда первой инстанции является законным и обоснованным, соответствует материалам дела и действующему законодательству, нормы материального и процессуального права не нарушены и применены правильно, судом выяснены обстоятельства, имеющие значение для дела, в связи с чем оснований для отмены или изменения решения и удовлетворения апелляционных жалоб не имеется.

Иные доводы, изложенные обществами в апелляционных жалобах, не основаны на нормах права и фактических обстоятельствах дела.

Безусловных оснований для отмены оспариваемого решения суда первой инстанции, предусмотренных ч.4 ст.270 АПК РФ, апелляционным судом не установлено.

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

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда г.Москвы от 18.07.2013 по делу №А40-29794/12 оставить без изменения, апелляционные жалобы – без удовлетворения.

Постановление 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:

Д.Е. Лепихин

Судьи:

Н.Н. Кольцова

Т.Т. Маркова

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