

**АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ**

115191, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17

<http://www.msk.arbitr.ru>**Р Е Ш Е Н И Е****Именем Российской Федерации**

г. Москва

Дело № А40-90629/13

05 ноября 2013 г.

Резолютивная часть решения объявлена 28 октября 2013 года

Полный текст решения изготовлен 05 ноября 2013 года

Арбитражный суд в составе судьи Лапшиной В. В. (шифр судьи 94-862),
при ведении протокола судебного заседания секретарем Бобоедовым В.С.,
рассмотрев в судебном заседании дело

по делу по заявлению Екатеринбургского муниципального унитарного предприятия
«Трамвайно-троллейбусное управление» (ОГРН 1026605253025)

к ФАС России

третьи лица: ЗАО «КОМСТАР-Регионы», ОАО «МегаФон», Администрация г.
Екатеринбурга

о признании незаконным предупреждения от 29.04.2013 № ИА/17397/13

при участии:

От заявителя – Ткаченко Л.Ю. по дов. от 11.01.2011г. № 017/11-11

От ответчика – Недыхалова В.Ю. по дов. от 27.09.2013г. № ИА/37969/13, Макорина
А.А. по дов. от 12.08.2013г. № ИА/31356/13

От 3-го лица ЗАО «КОМСТАР-Регионы» – Выборнова М.Н. по дов. № 0190/13 от
15.08.2013г., Толстобров С.Л. по дов. № 00212/13 от 30.01.2013г.

От 3-го лица ОАО «МегаФон» – не явился, извещен

От 3-го лица Администрация г. Екатеринбург – не явился, извещен

УСТАНОВИЛ:

Екатеринбургское муниципальное унитарное предприятие «Трамвайно-
троллейбусное управление» (далее также заявитель, ЕМУП «ТТУ») обратилось в

арбитражный суд с заявлением к ФАС России (далее также ответчик) о признании недействительным предупреждения от 29.04.2013 № ИА/17397/13.

В судебном заседании представитель заявителя поддержал заявленные требования по основаниям, изложенным в заявлении и письменных объяснениях, сославшись на то, что оспариваемое предупреждение вынесено ответчиком за пределами полномочий, так как направлено на разрешение гражданско-правового спора между заявителем и третьими лицами, ЕМУП «ГТУ» не может быть отнесено к субъекту, занимающему доминирующее положение,

Представитель ответчика с заявленными требованиями не согласился по основаниям, изложенным в письменных объяснениях, производство по делу просит прекратить, так как оспариваемое предупреждение не является ненормативным правовым актом и не содержит обязательных для заявителя предписаний, направлено на пресечение злоупотребления ЕМУП «ГТУ» доминирующим положением.

Представитель третьего лица ЗАО «КОМСТАР-Регионы» с заявленными требованиями также не согласился по доводам, изложенным в отзыве и письменных объяснениях, поддержал позицию антимонопольного органа, также полагает, что предупреждение ФАС России не может быть предметом самостоятельного судебного обжалования.

Третье лицо ОАО «МегаФон», извещено надлежащим образом о начавшемся судебном процессе, в судебное заседание представителя не направило, в ранее представленных письменных объяснениях не согласилось с заявленными требованиями, поддержало позицию антимонопольного органа.

Третье лицо Администрация города Екатеринбурга извещена надлежащим образом о начавшемся судебном процессе, в судебное заседание представителя не направила, заявив о рассмотрении дела в его отсутствие, представила отзыв, в котором поддержала заявленные требования, указав, что оспариваемым предупреждением ответчик разрешил гражданско-правовой спор хозяйствующих субъектов.

С учетом мнения представителей лиц, участвующих в деле, явившихся в судебное заседание, суд считает возможным рассмотреть дело в отсутствие представителей ОАО «МегаФон» и Администрация города Екатеринбурга по имеющимся в нем материалам.

Исследовав материалы дела, выслушав представителей лиц, участвующих в деле, оценив представленные доказательства в их совокупности и взаимосвязи, арбитражный суд считает заявленные требования не подлежащими удовлетворению, основываясь на следующем.

В соответствии с ч. 1 ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

По смыслу приведенной нормы, необходимым условием для признания ненормативного правового акта, действий (бездействия) недействительными является одновременно несоответствие оспариваемого акта, действия (бездействия) закону или иному нормативному акту и нарушение прав и законных интересов организации в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В силу ч. 5 ст. 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации 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).

Согласно ч. 1 ст. 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

Как следует из материалов дела, ЗАО «КОМСТАР-Регионы» на территории Свердловской области, в том числе на территории муниципального образования «город Екатеринбург», оказывает услуги местной, внутризонавой телефонной связи (лицензии № 82418 от 15.03.2011 г., № 84299 от 28.04.2011 г.), услуги связи для целей кабельного вещания (лицензия № 101795 от 16.10.2012 г.), телематические услуги связи (лицензия № 82417 от 15.03.2011 г.), услуги связи по передаче данных (лицензии № 82416 от 15.03.2011 и № 82419 от 15.03.2011 г.).

ЗАО «КОМСТАР-Регионы» были размещены волоконно-оптические линии связи на опорах контактной сети муниципального образования г. Екатеринбург путем заключения договора № 6/1 от 15.12.2011 г. между ЕМУП «ТТУ» и ЗАО «КОМСТАР-Регионы» - на размещение ВОЛС на опорах контактной сети.

ЗАО «КОМСТАР-Регионы» неоднократно направляло в адрес Заявителя предложения о продлении договора на размещение ВОЛС на опорах контактной сети на новый срок (письмо № 698 от 23.08.2012 г., письмо № 761 от 11.09.2012 г.).

Письмом от 21.09.2012г. № 502/01 ЕМУП «ТТУ» ответило отказом в пролонгации договора № 6/1 от 15.12.2011 г. со ссылкой на Постановлением Администрации города Екатеринбурга № 3876 от 16.09.2011г.

В связи с данным отказом ЗАО «КОМСТАР-Регионы» обратилось в ФАС России 25.09.2012г. с заявлением о нарушении ЕМУП «ТТУ» п. 5 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции).

31 января 2013 года ЗАО «КОМСТАР-Регионы» было получено письмо от 30.01.2013 № 33-2/021 ЕМУП «ТТУ» с требованием демонтировать принадлежащие ЗАО «КОМСТАР-Регионы» волоконно-оптические линии связи с опор контактной сети.

Между ОАО «МегаФон» и ЕМУП «ТТУ» были заключены договоры № 64/1 от 01 января 2012 года и № 64/2 от 01 января 2012 года на использование опор контактной сети сроками действия до 31.12.2012.

30 января 2013 года ОАО «МегаФон» было получено письмо от 30.01.2013 № 33-15/021 ЕМУП «ТТУ» с требованием демонтировать принадлежащие ОАО «МегаФон» волоконно-оптические линии связи с опор контактной сети.

07 февраля 2013 года письмом за № 5/2-2-LS-Нсх-00207/13 в ЕМУП «ТТУ» было направлено предложение пролонгировать действие договора № 64/1 от 01.01.2012 или заключить новый договор на использование опор контактной сети ЕМУП «ТТУ» с 01 октября 2012 года и направить в адрес ОАО «МегаФон» проект договора для подписания.

Не получив ответ, ОАО «МегаФон» 21.03.2013 обратилось в ФАС России с заявлением (вх. № 22272/13 от 21.03.2013) о наличии в действиях ЕМУП «ТТУ» признаков нарушения подпункта 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

По результатам рассмотрения указанных обращений ФАС России в адрес ЕМУП «ТТУ» выдано Предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства от

29.04.2013г. № ИА/17397/13, согласно которому в связи с наличием в действиях Екатеринбургского муниципального унитарного предприятия «Трамвайно-троллейбусное управление» (далее - ЕМУП «ТТУ») (620142, г. Екатеринбург, ул. Фрунзе, д. 26), выразившихся в уклонении ЕМУП «ТТУ» от заключения договоров на использование опор контактной сети для размещения волоконно-оптических линий связи (далее - ВОЛС) ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон» на территории города Екатеринбурга, признаков нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренных пунктом 5 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», ФАС России на основании статьи 39.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» предупреждает о необходимости прекращения указанных действий в срок до 17.06.2013г. путем:

– направления в адрес ЗАО «КОМСТАР-Регионы» подписанного и скрепленного печатью со стороны ЕМУП «ТТУ» одного экземпляра из двух экземпляров дополнительных соглашений №1 к договору № 6/1 от 15.12.2011, направленных в адрес ЕМУП «ТТУ» письмом ЗАО «КОМСТАР-Регионы» № 128 от 25.02.2012;

– пролонгирования договора № 64/1 от 01.01.2012 или направления в адрес ОАО «МегаФон» проекта договора на использование опор контактной сети ЕМУП «ТТУ» для размещения ВОЛС ОАО «МегаФон» для подписания в соответствии с предложениями, изложенными ОАО «МегаФон» в письме № 5/2-2-LS-Мсх-00207/13 от 07.02.2013;

– совершения иных действий, направленных на заключение договоров с ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон» на использование опор контактной сети ЕМУП «ТТУ» для размещения на них ВОЛС ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон».

ЕМУП «ТТУ», полагая, что предписание антимонопольного органа, не соответствует закону и нарушает его права и законные интересы, обратилось в арбитражный суд с настоящим заявлением.

Судом с учетом статьи 22, 39.1 Закона о защите конкуренции и Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331, установлены полномочия антимонопольной службы по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, в частности, на предупреждение монополистической деятельности.

Что касается доводов ФАС России и третьих лиц ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон», изложенных в отзывах, о том, что предупреждение как мера

антимонопольного реагирования не может нарушать прав лица, которому выдано предупреждение, в связи с чем предупреждение не соответствует критериям ненормативного правового акта, обжалование которых возможно в порядке главы 24 АПК РФ, суд полагает необходимым отметить следующее.

Протокольным определением от 28 октября 2013г. суд отказал в удовлетворении ходатайства о прекращении производства по делу ввиду отсутствия оснований, предусмотренных пп. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ, руководствуясь следующим.

В соответствии со статьями 198, 199 АПК РФ, организации вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

В соответствии с подпунктами 1 и 4 статьи 22 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган обеспечивает государственный контроль по соблюдению хозяйствующими субъектами антимонопольного законодательства, а также предупреждает монополистическую деятельность.

В соответствии со статьей 39.1 Закона о защите конкуренции в целях пресечения действий (бездействия), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, антимонопольный орган выдает хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение, предупреждение в письменной форме о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, об устранении причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, и о принятии мер по устранению последствий такого нарушения (далее - предупреждение).

Предупреждение выдается хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение, в случае выявления признаков нарушения пунктов 3 и 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции. Принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении пунктов 3 и 5 части 1 статьи 10 настоящего Федерального закона без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

В соответствии с пунктом 1 статьи 41 Закона о защите конкуренции

предупреждение наряду с определением, решением и предписанием отнесено к актам антимонопольного органа.

Согласно пункту 4 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции предупреждение должно содержать: 1) выводы о наличии оснований для его выдачи; 2) нормы антимонопольного законодательства, которые нарушены действиями (бездействием) лица, которому выдается предупреждение; 3) перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, устранение последствий такого нарушения, а также разумный срок их выполнения.

Таким образом, оспариваемое предупреждение выдано конкретному лицу (в данном случае – ЕМУП «ТТУ»), содержит признаки совершенного правонарушения, устанавливает факт совершенного правонарушения, возлагает на Общество обязанность совершить конкретные действия, направленные на устранение последствий правонарушения, рассмотрение предупреждения носит обязательный характер.

Частью 7 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции предусмотрено, что при условии выполнения предупреждения дело о нарушении антимонопольного законодательства не возбуждается и лицо, выполнившее предупреждение, не подлежит административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в связи с его устранением.

Согласно части 8 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции в случае невыполнения предупреждения в установленный срок при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства антимонопольный орган принимает решение о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении пунктов 3 и 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

В рассматриваемом случае оспариваемое предупреждение содержит указание на прекращение действий (бездействия), содержащих признаки нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренные пунктом 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, в срок до 17.06.2013 путем совершения действий, направленных на пролонгацию ранее заключенных с ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон» договоров, иных действий, направленных на заключение договоров с ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон» на использование опор контактной сети ЕМУП «ТТУ» для размещения на них ВОЛС ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО

«МегаФон».

В свою очередь, продление или заключение договоров на использование опор контактной сети ЕМУП «ГТУ» с вышеуказанными юридическими лицами влечет возникновение гражданско-правовых последствий как ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон», так и для заявителя.

Следовательно, доводы антимонопольного органа и третьих лиц ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон» о том, что оспариваемое предупреждение по своей правовой природе не нарушает прав и законных интересов Общества, подлежат отклонению. Такие обстоятельства могут быть установлены судом лишь исходя из конкретных обстоятельств дела на основании оценки доказательств по правилам ст. 71 АПК РФ.

Предупреждение, исходя из требований пункта 4 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции, возлагает определенные обязанности на заявителя, в случае невыполнения которых антимонопольный орган принимает решение о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Таким образом, невыполнение требований, указанных в предупреждении, влечет негативные последствия для Общества, а выполнение этого предупреждения будет означать признание факта совершения им нарушения антимонопольного законодательства.

Аналогичная правовая позиция изложена в Постановлении ФАС Поволжского округа от 08.11.2012 по делу № А55-5939/2012, в передаче которого в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации для пересмотра в порядке надзора было отказано Определением ВАС РФ от 15.04.2013 № ВАС-596/13.

Довод ответчика о том, что само по себе предупреждение не может быть исполнено принудительно, поскольку оно направлено на понуждение указанных в ст. 39.1 Закона о защите конкуренции хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение, устранить допущенные нарушения закона, прежде всего, в добровольном порядке, выводы суда не опровергает, поскольку отсутствие административно-правового механизма для принудительного исполнения предупреждения не является единственным критерием, свидетельствующим об отсутствии нарушения прав и законных интересов хозяйствующего субъекта, в отношении которого оно выдано.

Вышеизложенные условия позволяют характеризовать предупреждение как ненормативный правовой акт, подлежащий обжалованию в порядке главы 24 АПК РФ.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд исходит из

следующего.

Судом установлено, что Администрацией города Екатеринбурга было издано Постановление № 3876 от 16.09.2011 г. «Об ограничении размещения волоконно-оптических линий связи на опорах наружного освещения и контактной сети на территории муниципального образования «город Екатеринбург».

Согласно указанному Постановлению Администрацией решено в целях улучшения эстетического облика города Екатеринбурга, обеспечения целевого использования опор освещения и контактной сети утвердить график демонтажа волоконно-оптических линий связи, размещенных на опорах освещения и контактной сети (приложение), в связи с чем Екатеринбургскому муниципальному унитарному предприятию «Горсвет» (ЕМУП «Горсвет») и Екатеринбургскому муниципальному предприятию «Трамвайно-троллейбусное управление» (ЕМУП «ТТУ») поручено: провести инвентаризацию опор наружного освещения и контактной сети для выявления правомерности размещения на них волоконно-оптических линий связи; установить правообладателей волоконно-оптических линий связи, размещенных на опорах наружного освещения и контактной сети; прекратить заключение договоров на использование опор освещения и контактной сети для размещения волоконно-оптических линий связи с учетом графика; уведомить правообладателей волоконно-оптических линий связи о расторжении договоров на использование опор освещения и контактной сети для размещения волоконно-оптических линий связи согласно графику.

Демонтажу согласно вынесенному Постановлению решено подвергнуть все волоконно-оптические линии связи вне зависимости от установления факта правомерности (неправомерности) их размещения на опорах наружного освещения и контактной сети.

На основании статей 39, 44 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» ФАС России принято решение о возбуждении в отношении Администрации дела о нарушении антимонопольного законодательства, по результатам рассмотрения 30.05.2012 г. вынесено решение № 1 15/24-12, согласно которому Администрация признана нарушившей пункты 1, 2 части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции в части указания в вынесенном Постановлении в пункте 1, приложения к пункту 1, абзацев «прекратить заключение договоров на использование опор освещения и контактной сети для размещения волоконно-оптических линий связи с учетом графика», «уведомить правообладателей волоконно-оптических линий связи о расторжении договоров на использование опор освещения и контактной сети для размещения волоконно-оптических линий связи согласно графику», пункта 2.

На основании вынесенного решения ФАС России выдала Администрации предписание, обязав в течение одного месяца со дня его получения прекратить нарушение пунктов 1, 2 части 1 статьи 15 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившееся в издании Постановления от 16.09.2011 г. № 3876 и внести в него изменения, исключив вышеуказанные пункты (абзацы).

Посчитав вынесенное антимонопольным органом решение и выданное предписание незаконными, Администрация города Екатеринбурга, обжаловало их в Арбитражный суд г. Москвы.

Вступившим в законную силу решением Арбитражного суда города Москвы от 28 декабря 2012 года по делу № А40-106033/12-152-634, в передаче которого в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации для пересмотра в порядке надзора отказано Определением ВАС РФ от 19.06.2013 № ВАС-7412/13, в удовлетворении заявленных требований отказано.

В соответствии с ч. 1 ст. 16 АПК РФ предусмотрено, что вступившие в законную силу судебные акты арбитражного суда являются обязательными для органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, должностных лиц и граждан и подлежат исполнению на всей территории Российской Федерации.

Согласно ч. 2 ст. 69 АПК РФ 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.

В рамках дела № А40-106033/12-152-634 судами трех инстанций установлено, что изданным постановлением Администрация содействует устранению конкуренции на рынке услуг связи путем оставления единственного участника рынка - ОАО «Ростелеком», обладающего собственной инфраструктурой для размещения линий связи.

Во исполнение предписания ФАС России от 30.05.2012 г. 19 марта 2013 г. Администрация г. Екатеринбурга приняла Постановление № 899, которым Постановление № 3876 от 16.09.2011 г было признано утратившим силу.

Как следует из материалов дела, оспариваемое ЕМУМ «ТТУ» в рамках настоящего дела предупреждение от 29.04.2013 № ИА/17397/13 о прекращении действий (бездействия) издано антимонопольным органом в связи с выявлением антимонопольным органом в действиях заявителя признаков нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренных пунктом 5 части 1 статьи 10

Закона о защите конкуренции, выразившихся в уклонении ЕМУП «ТТУ» от заключения договоров на использование опор контактной сети для размещения волоконно-оптических линий связи (далее - ВОЛС) ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон» на территории города Екатеринбурга.

В силу пункта 5 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 экономически или технологически не обоснованные отказ либо 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 Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами.

Довод заявителя о том, что вывод антимонопольного органа о доминирующем положении ЕМУП «ТТУ» на рынке сделан с нарушением установленного порядка и не соответствует условиям, установленным законом, совокупность которых позволяет признать его положение доминирующим, отклоняется судом, как несостоятельный.

Так, согласно части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), применительно к которому выполняются в совокупности следующие условия:

1) совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает пятьдесят процентов, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает семьдесят процентов (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем восемь процентов);

2) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ

на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Антимонопольным органом в отношении ЕМУП «ТТУ», ЕМУП «Горсвет» была проведена соответствующая проверка, в течение которой также был проведен анализ состояния конкуренции на рынке услуг по проведению опор линий контактной сети, опор освещения и линий электропередач для размещения операторами связи ВОЛС в городе Екатеринбурге за 2011-2012 годы.

По результатам проведения анализа рынка, на основании аналитического отчета составленного по его результатам в порядке, установленном Приказом ФАС России от 28.04.2010г. № 220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке», было установлено, что совокупная доля ЕМУП «ТТУ» и ЕМУП «Горсвет» на рынке услуг по предоставлению опор линий контактной сети, опор освещения и опор линий электропередач для размещения операторами связи кабелей ВОЛС в г. Екатеринбурге в 2011-2012 гг. более 50 % и составляет 99,0 % в 2011 г. и 96,88 % в 2012 г., на основании чего положения данных организаций на рынке признается доминирующим.

Доводы заявителя о неактуальности данных аналитического отчета на момент издания предупреждения отклоняются судом, поскольку согласно пункту 2.1. Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного Приказом ФАС России от 28.04.2010г. № 220 временной интервал исследования товарного рынка определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка и доступности информации. Наименьший временной интервал анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта должен составлять один год или срок существования товарного рынка, если он составляет менее чем один год.

Таким образом, применительно к сроку существования рассматриваемого товарного рынка императивно установлено, что временной интервал исследования не должен составлять менее одного года. Иных ограничений для определения временных интервалов исследования законодательно не установлено.

Суд полагает, что установление временного интервала – 2011-2012 календарный

год соответствует цели исследования и доступности информации.

Довод заявителя о том, что решение о включении сведений о ЕМУП «ТТУ» как о хозяйствующем субъекте в соответствующий реестр согласно п.п. 8 10 ч. 1 ст. 23 Закона о конкуренции не принималось, подлежит отклонению, так как пунктом 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» определено, что установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта производится с учетом его доли на рынке определенного товара, при этом при рассмотрении споров о нарушениях, совершенных лицом, не включенным в реестр хозяйствующих субъектов, не может быть отказано в признании его занимающим доминирующее положение на рынке лишь в связи с тем, что такое лицо в данный реестр не включено (абз. 5 п. 13 названного Постановления).

Довод заявителя о том, что при вынесении оспариваемого предупреждения антимонопольный орган вышел за пределы своих полномочий, вмешиваясь в гражданско-правовые отношения ЕМУ «ТТУ» и третьих лиц ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон» подлежит отклонению.

Согласно разъяснениям Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенным в пункте 1 постановления Пленума от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» формулирует требования для хозяйствующих субъектов при их вступлении в гражданско-правовые отношения с другими участниками гражданского оборота, в частности для лиц, занимающих доминирующее положение на рынке, введены ограничения, предусмотренные статьей 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (абзац 3).

Требования антимонопольного законодательства применяются к гражданско-правовым отношениям (абзац 4).

Не подлежит признанию недействительным решение или предписание антимонопольного органа (а равно не может быть отказано антимонопольному органу в удовлетворении его исковых требований) только на основании квалификации соответствующих правоотношений с участием хозяйствующего субъекта, которому выдано предписание антимонопольного органа или к которому данным органом подан иск, как гражданско-правовых (абзац 5).

Пунктом 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 установлено, что 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.

В настоящем деле между заявителем и ЗАО «КОМСТАР-Регионы», ОАО «Мегафон» были установлены гражданско-правовые отношения на основании:

- договор, заключенный между ЕМУП «ТТУ» и ЗАО «КОМСТАР-Регионы» № 6/1 от 15.12.2011, сроком действия по 30.09.2012;
- договор, заключенный между ЕМУП «ТТУ» и ОАО «Мегафон» № 64/1 от 01.01.2012, сроком действия по 30.09.2012.

Опоры контактной сети были переданы ЕМУП «ТТУ» в хозяйственное ведение на основании договора о закреплении имущества на праве хозяйственного ведения № 306294 от 08.10.1997г. Часть опор была передана в хозяйственное ведение ЕМУП «ТТУ» на основании Распоряжения Администрации г. Екатеринбурга № 641-р от 02.12.2009 г. «О приеме в состав местной казны движимого имущества и о его закреплении за Екатеринбургским муниципальным унитарным предприятием «Трамвайно-троллейбусное управление» на праве хозяйственного ведения».

Согласно ст. 295 ГК РФ и ст. 18 ФЗ № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» движимым имуществом, принадлежащим ему на праве хозяйственного ведения, предприятие распоряжается самостоятельно, за исключением случаев, установленных нормативными правовыми актами. Движимым имуществом государственное или муниципальное унитарное предприятие распоряжается только в пределах, не лишающих его возможности осуществлять деятельность, цели, предмет, виды которой определены уставом такого предприятия.

Согласно части 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Как правомерно установлено антимонопольным органом, ЕМУП «ТТУ»

является организацией, занимающей доминирующее положение на рынке услуг по предоставлению опор линий контактной сети, опор освещения и опор линий электропередач для размещения операторами связи кабелей ВОЛС, и в полной мере осуществляет свои гражданские права и обязанности.

Частью 1 статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что граждане и юридические лица свободны в заключении договора.

Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена настоящим Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством.

Нормами антимонопольного законодательства предусмотрены запреты осуществления хозяйствующими субъектами своих гражданских прав, в частности, предусмотрен запрет на злоупотребление рыночной властью хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке.

Так, 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 экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены действующим законодательством или судебными актами.

В нарушение ч. 1 ст. 65 АПК РФ, заявителем не представлено доказательств того, что заключение договоров на размещение ВОЛС на опорах лишает ЕМУП «ТТУ» возможности осуществлять уставную деятельность, либо законом (иными нормативными правовыми актами) установлены иные ограничения.

Довод заявителя о том, что ранее заключенные ЕМУП «ТТУ» с ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «МегаФон» договоры не являются договорами на использование опор контактной сети для размещения ВОЛС, не соответствует действительности.

Так, в соответствии с п. 1.1. договора № 6/1 от 15.12.2011 г., заключенного между ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ЕМУП «ТТУ», Заказчик (ЗАО «КОМСТАР-Регионы») осуществляет размещение точек крепления ВОЛС на опорах контактной сети. Аналогичные положения содержатся в п. 1.1 договора № 6/41 от 01.01.2012 г., заключенного между ОАО «МегаФон» и ЕМУП «ТТУ».

Кроме того, в отношении опор, расположенных за пределами квартала улиц Московская, Челюскинцев, Восточная, Фурманова, ЕМУП «ГТУ» заключило с ЗАО «КОМСТАР-Регионы» договор на использование опор контактной сети для размещения ВОЛС на 2013 год (договор № 6/2 от 01.01.2013 г.)

В соответствии со статьей 6 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи» при градостроительном планировании территорий и поселений, их застройке должны определяться состав и структура объектов связи - сооружений связи, в том числе линейно-кабельных сооружений, отдельных помещений для размещения средств связи, а также необходимые мощности в инженерных инфраструктурах для обеспечения функционирования средств связи (пункт 1).

Пунктом 3 данной нормы предусмотрено, что организации связи по договору с собственником или иным владельцем зданий, опор линий электропередачи, контактных сетей железных дорог, столбовых опор, мостов, коллекторов, туннелей, в том числе туннелей метрополитена, железных и автомобильных дорог и других инженерных объектов и технологических площадок, а также полос отвода, в том числе полос отвода железных дорог и автомобильных дорог, могут осуществлять на них строительство, эксплуатацию средств связи и сооружений связи.

Операторы связи на возмездной основе вправе размещать кабели связи в линейно-кабельных сооружениях связи вне зависимости от принадлежности этих сооружений (пункт 5 статьи 6 Закона).

Согласно части 4 статьи 6 Федерального закона от 07.07.2003 г. № 126-ФЗ «О связи» при переносе или переустройстве линий связи и сооружений связи вследствие строительства, расширения территорий поселений, капитального ремонта, реконструкции зданий, строений, сооружений, дорог и мостов, освоения новых земель, переустройства систем мелиорации, разработки месторождений полезных ископаемых и иных нужд оператору связи возмещаются расходы, связанные с такими переносом или переустройством, если иное не предусмотрено законодательством об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности.

Возмещение может осуществляться по соглашению сторон в денежной форме либо посредством переноса или переустройства линий связи и сооружений связи заказчиком строительства за свой счет в соответствии с техническими условиями, выдаваемыми организацией связи, и стандартами.

Таким образом, ФАС России правомерно усмотрела в признаках нарушения действиях ЕМУ «ГТУ» по уклонению от заключения договоров на использование опор контактной сети для размещения ВОЛС заключение договоров с ЗАО «КОМСТАР-

Регионы» и ОАО «МегаФон» на использование опор контактной сети ЕМУП «ТТУ» для уже размещенных на них ВОЛС, поскольку правоотношения ЕМУП «ТТУ» с ЗАО «КОМСТАР-Регионы» и ОАО «Мегафон» должны регулироваться специальным законодательством - Федеральным законом «О связи», статьей 6 которого предусмотрен особый порядок переноса и переустройства сооружений связи, вызываемых нуждами собственника контактной сети.

С учетом вышеизложенного, суд пришел к выводу, что, установив в действиях ЕМУП «ТТУ» признаки нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренные пунктом 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, ФАС России с соблюдением требований действующего законодательства выдала заявителю оспариваемое предупреждение от 29.04.2013 № ИА/17397/13, направленное на пресечение злоупотребления ЕМУП «ТТУ» доминирующим положением путем уклонения от заключения договоров на использование опор контактной сети для размещения ВОЛС и не направлено на разрешение гражданско-правовых споров между хозяйствующими субъектами.

Суд отмечает, что оспариваемым предупреждением установлены признаки нарушения антимонопольного законодательства, а выводы о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства в действиях (бездействии) ЕМУП «ТТУ» должны быть сделаны комиссией антимонопольного органа по рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства в случае принятия решения о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, что следует из положений п. 8 ст. 39, ст.ст. 40, 41 Закона о защите конкуренции.

Ссылка заявителя и третьего лица Администрации города Екатеринбурга на решение Арбитражного суда Свердловской области от 06.10.2013г. № А60-27959/2013 отклоняется судом, поскольку в силу ч. 2 ст. 69 АПК РФ только вступившие в законную силу судебные акты имеют преюдициальное значение при рассмотрении спора, к которым данное решение не относится.

Поскольку совокупность обстоятельств, необходимых для признания ненормативного правового акта недействительным (противоречие закону и нарушение прав и законных интересов) судом не установлена, заявленные требования удовлетворению не подлежат.

Согласно ч. 3 ст. 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в случае, если арбитражный суд установит, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решения и действия (бездействие) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц

соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и не нарушают права и законные интересы заявителя, суд принимает решение об отказе в удовлетворении заявленного требования.

Расходы по уплате государственной пошлины относятся на заявителя в соответствии со ст. 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Руководствуясь ст. ст. 167-170, 176, 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

РЕШИЛ:

В удовлетворении требований Екатеринбургского муниципального унитарного предприятия «Трамвайно-троллейбусное управление» о признании недействительным предупреждения Федеральной антимонопольной службы от 29.04.2013 № ИА/17397/13 отказать.

Проверено на соответствие требованиям Федерального закона от 26.07.2006г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Решение может быть обжаловано в течение месяца с даты принятия в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Судья:

В.В.Лапшина