



**ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД**  
127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной сторожки, 12  
адрес электронной почты: [info@mail.9aac.ru](mailto:info@mail.9aac.ru)  
адрес веб.сайта: <http://www.9aas.arbitr.ru>

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ**  
**№09АП-7190/2011-АК**

г. Москва

25.04.2011 г.

Дело № А40-137452/10-139-867

Резолютивная часть постановления объявлена 21.04.2011 г.

Постановление изготовлено в полном объеме 25.04.2011 г.

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:  
Председательствующего судьи Москвиной Л.А.  
судей: Гончарова В.Я., Свиридова В.А.,  
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания  
Манохиной И.А.,

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционные жалобы  
Федеральной антимонопольной службы  
на решение Арбитражного суда г. Москвы от 14.02.2011 г.  
по делу № А40-137452/10-139-867, принятое судьей Корогодовым И.В.,  
по заявлению Fresenius Medical Care Deutschland GmbH  
к Федеральной антимонопольной службе  
о признании недействительным приказа

при участии в судебном заседании:

от заявителя: Селезнева И.Е. по доверенности от 29.10.2010 г., Ериго Л.Г. по  
доверенности от 29.10.2010 г.

от ответчика: Николаев С.Г. по доверенности от 15.12.2010 г., Огневская Д.В. по  
доверенности от 01.03.2011 г.

**УСТАНОВИЛ:**

Fresenius Medical Care Deutschland GmbH (далее – заявитель, общество, Фрезениус) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о признании недействительным приказа Федеральной антимонопольной службы (далее – ответчик) от 03.08.2010 г. № 430, согласно которого Fresenius Medical Care Deutschland GmbH включен в реестр, ведение которого предусмотрено пунктом 8 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Решением от 14.02.2011 г. суд удовлетворил заявленные требования, мотивировав свои выводы тем, что оспариваемое решение антимонопольного органа является незаконным, не соответствует Федеральному закону «О защите конкуренции», нарушает права и законные интересы заявителя.

Не согласившись с принятым решением, ответчик обратился с апелляционной жалобой, в которой просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об

отказе в удовлетворении заявленных требований, ссылаясь на его незаконность и необоснованность. В обоснование доводов апелляционной жалобы указывает на то, что антимонопольный орган обоснованно включил заявителя в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 % или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара. Считает, что в ходе анализа состояния конкурентной среды, при определении продуктовых границ, состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, при расчете объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке антимонопольным органом не были допущены нарушения требований действующего законодательства, а аналитический отчет содержит полную и объективную оценку состояния исследуемого товарного рынка и конкурентной среды на рынке.

В судебном заседании представитель ответчика доводы апелляционной жалобы поддержал в полном объеме, изложил свою позицию, указанную в апелляционной жалобе, просил отменить решение суда первой инстанции, поскольку считает его незаконным и необоснованным, и принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных требований.

В судебном заседании представитель заявителя поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласен, считает их необоснованными, просил решение суда первой инстанции оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы - отказать, изложил свои доводы.

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

Изучив все представленные в деле доказательства, заслушав представителя заявителя, рассмотрев доводы апелляционной жалобы, суд апелляционной инстанции считает, что обжалуемый судебный акт подлежит отмене, исходя из следующего.

Как усматривается из материалов дела, 03.08.2010 г. Федеральная антимонопольная служба вынесла приказ № 430 о включении хозяйствующего субъекта в реестр, ведение которого предусмотрено п. 8 ст. 23 Федерального закона «О защите конкуренции», которым Fresenius Medical Care Deutschland GmbH включен в реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем тридцать пять процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара в отношении рынка товара AV-Set Online Pius 5008 – кровопроводящие магистральные картриджного типа.

Указанные обстоятельства послужили основанием для обращения заявителя в Арбитражный суд г. Москвы с настоящим заявлением.

Согласно ч. 1 ст. 198 АПК РФ 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, 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.

Срок, предусмотренный в ч. 4 ст. 198 АПК РФ, заявителем соблюден.

В соответствии с ч. 4 ст. 200 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов, осуществляющих публичные полномочия, должностных лиц арбитражный суд в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельных положений, оспариваемых решений и действий (бездействия) и устанавливает их соответствие закону или иному нормативному правовому акту, устанавливает наличие полномочий у органа или лица, которые приняли оспариваемый акт, решение или

совершили оспариваемые действия (бездействие), а также устанавливает, нарушают ли оспариваемый акт, решение и действия (бездействие) права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В ст. 13 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.07.1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указано, что основанием для принятия решения суда о признании ненормативного акта, а в случаях, предусмотренных законом, также нормативного акта государственного органа или органа местного самоуправления недействительным, является, одновременно, как его несоответствие закону или иному нормативно-правовому акту, так, и нарушение указанным актом гражданских прав и охраняемых законом интересов граждан или юридических лиц, обратившихся в суд с соответствующим требованием.

Отказывая в удовлетворении заявленных обществом требований, суд первой инстанции пришел к выводу о том, что антимонопольным органом не были использованы методы, предусмотренные пунктом 5 «Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке», утвержденного Приказом Федеральной антимонопольной службы от 25.04.2006 № 108 (далее - Порядок), а также не были проанализированы источники, предусмотренные пунктом 14 этого же Порядка.

Суд апелляционной инстанции не может согласиться с указанными выводами суда первой инстанции по следующим основаниям.

В соответствии с п. 8 ст. 23 Закона «О защите конкуренции» антимонопольный орган ведет реестр хозяйствующих субъектов (за исключением финансовых организаций), имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем тридцать пять процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка другими федеральными законами в целях их применения установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов (далее - реестр). Порядок формирования и ведения реестра устанавливается Правительством Российской Федерации.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 19.12.2007 г. № 896 утверждены Правила формирования и ведения Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов (далее - Правила ведения реестра).

Пунктом 8 названных правил ведения реестра предусмотрено, что доля хозяйствующего субъекта на товарном рынке определяется антимонопольным органом по результатам анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции, который проводится в соответствии с пунктом 3 части 2 статьи 23 Федерального закона «О защите конкуренции». Результаты анализа отражаются в аналитическом отчете.

Приказом Федеральной антимонопольной службы от 25.04.2006 № 108 утвержден «Порядок проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке» (далее - Порядок), согласно подпункту «д» пункта 1 которого Порядок используется при формировании реестра хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более 35% (действовавший на момент издания оспариваемого приказа антимонопольного органа).

Анализ рынка медицинских изделий в качестве расходных материалов к аппарату «искусственная почка» (далее - АИП) для проведения процедуры гемодиализа, выполнен Управлением контроля социальной сферы и торговли ФАС России в

соответствии с Порядком проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке.

Согласно Аналитического отчета, анализ состояния конкурентной среды на рынке вышеуказанных расходных материалов проводился с целью включения компании Fresenius Medical Care Deutschland GmbH (Германия) в реестр, предусмотренный п. 8 ч. 1 ст. 23 Закона «О защите конкуренции».

При определении продуктовых границ товарного рынка и географических границ товарного рынка использовался метод, основанный на экспертных оценках характеристик товаров и особенностей потребления товаров.

В соответствии с пунктом 5 Порядка при определении продуктовых границ товарного рынка и географических границ товарного рынка используется один из следующих методов:

а) метод, основанный на сведениях, представляемых покупателем покупателями) данного товара, или на результатах выборочного опроса покупателей;

б) метод, основанный на результатах наблюдений за товарными рынками и экономико-статистических расчетов;

в) метод, основанный на экспертных оценках характеристик товаров и особенностей потребления товаров;

г) метод, основанный на сведениях о товарных рынках, конкурентах и формировании ценовой политики, представляемых продавцами данного товара.

Основным методом определения продуктовых (географических) границ товарного рынка является метод, основанный на сведениях, представляемых покупателем покупателями) данного товара, или на результатах выборочного опроса покупателей.

Иные методы используются в случаях недостаточности информации, необходимой для определения продуктовых (географических) границ товарного рынка данным методом.

Суд апелляционной инстанции считает обоснованным выбор антимонопольным органом метода, основанного на экспертных оценках характеристик товаров и особенностей потребления товаров, поскольку предпочтения потребителя (пациента) расходных материалов к АИП для проведения процедуры гемодиализа в силу их специфики формируются не на основе его самостоятельного выбора, а на основе терапии назначенной лечащим врачом,

При таких обстоятельствах, апелляционный суд не усматривает нарушения антимонопольным органом Порядка при выборе метода и проведении анализа состояния конкурентной среды на рассматриваемом товарном рынке.

Суд апелляционной инстанции также не может согласиться выводом суда первой инстанции относительно неправомерного определения антимонопольным органом продуктовых границ товарного рынка.

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 4 Закона «О защите конкуренции», товаром является объект гражданских прав, предназначенный для продажи, обмена и иного введения в оборот.

Согласно п. 4 ч. 1 ст. 4 Закона «О защите конкуренции», товарным рынком признается сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Следовательно, товарный рынок определяется двумя критериями, первый - товарными границами (взаимозаменяемость товаров), второй - географическими границами (территория, на которой этот товар не может быть заменен).

Согласно данным Аналитического отчета, АИП и расходные материалы представляют собой единую систему, предназначенную для проведения процедуры гемодиализа больному с хронической почечной недостаточностью, между тем каждый элемент этой системы является отдельным товаром, продажа, поставка и приобретение которых функционально зависимы.

Принимая во внимание специфику использования оборудования для проведения процедуры гемодиализа (преимущественно, в условиях стационарного лечения), АИП и все необходимые расходные материалы в большей степени приобретаются посредством системы размещения государственных и муниципальных заказов.

При этом, в зависимости от технических характеристик АИП, установленных в конкретном лечебном учреждении, для нужд которого и производится закупка соответствующих расходных материалов, потенциально в состав одного лота на таких торгах может быть включено оборудование различных производителей.

Как следует из опроса участников рынка и экспертов (практикующих специалистов в области нефрологии), магистраль к АИП Fresenius 5008 и 5008S является уникальным товаром, который не может быть заменен другим товаром, в том числе товаром другого производителя в пределах Российской Федерации.

Согласно ответа на запрос от 22.03.2010 г. исх. № 22/03-10, Представительство компании Fresenius Medical Care Deutschland GmbH в Российской Федерации сообщило, что АИП производства Fresenius Medical Care AG&Co.KGaA модели 5008 и 5008 S совместимы исключительно с кровопроводящими магистралями картриджного типа AV-Set Online Plus 5008 производства Fresenius Medical Care AG&Co.KGaA.

При таких обстоятельствах, апелляционный суд считает, что антимонопольным органом верно определены продуктовые границы рассматриваемого товарного рынка.

Суд апелляционной инстанции не может согласиться выводом арбитражного суда первой инстанции об отнесении расходных материалов и АИП к одному товарному рынку на основании кодов ОКВЭД.

Согласно пунктам 2 и 3 Приказа Федеральной антимонопольной службы от 26.03.2008 г. № 95 «Об утверждении формы реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 процентов» общие коды классификаторов используются антимонопольным органом в статистических целях.

Следовательно, коды ОКВЭД не могут быть положены в обоснование вывода об отнесении АИП и расходных материалов к одному товарному рынку.

Кроме того, как АИП, так и магистраль имеют различные регистрационные удостоверения, выданные Росздравнадзором, из которых следует, что магистраль относится к изделиям медицинского назначения, а АИП относится к изделиям медицинской техники с закрытым перечнем принадлежностей (70 составляющих), среди которых отсутствует кровопроводящая магистраль.

При таких обстоятельствах, апелляционный суд считает, что оснований для отнесения АИП и расходных материалов к одному товарному рынку не имеется.

Суд апелляционной инстанции не может согласиться выводом суда первой инстанции о неверном определении антимонопольным органом состава хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом товарном рынке

В ходе проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке установлено, что на территории Российской Федерации оптовую торговлю магистрали кровопроводящей для «аппарата искусственная почка» Fresenius 5008 и 5008 S осуществляет неопределенное количество хозяйствующих субъектов, поскольку такими участниками рынка являются как дистрибьюторы продукции Fresenius, так и другие независимые от дистрибьюторских соглашений предприятия.

Между тем, Fresenius Medical Care Deutschland GmbH за пределами Российской Федерации осуществляет реализацию всего объема магистралей

дистрибьюторам первого уровня, для последующей перепродажи на территории Российской Федерации (вх. 1729 от 18.06.2010).

Согласно ст. 3 Закона «О защите конкуренции» положения настоящего Федерального закона применяются к достигнутым за пределами территории Российской Федерации соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения достигнуты и действия совершены в отношении находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств и (или) нематериальных активов или в отношении акций (долей) хозяйственных обществ, прав в отношении коммерческих организаций, которые осуществляют деятельность на территории Российской Федерации или оказывают иное влияние на состояние конкуренции на территории Российской Федерации.

Действия заявителя соответствуют условиям применения к нему положений антимонопольного законодательства Российской Федерации.

Помимо этого, деятельность заявителя свидетельствует об отсутствии конкуренции на рынке оптовой реализации товара на первом уровне.

При таких обстоятельствах, апелляционный суд считает, что антимонопольным органом правомерно был определен состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке.

Исходя из изложенного, апелляционный суд приходит к выводу о том, что антимонопольным органом не были допущены нарушения требований антимонопольного законодательства в ходе анализа состояния конкурентной среды, при определении продуктовых границ, состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, при расчете объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке, а Аналитический отчет содержит полную и объективную оценку состояния исследуемого товарного рынка и конкурентной среды на рынке.

При этом доводы заявителя о нарушении антимонопольным органом Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке не нашли своего подтверждения в апелляционном суде.

В соответствии с ч. 1 ст. 4 АПК РФ заинтересованное лицо вправе обратиться в арбитражный суд за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов в порядке, установленном настоящим Кодексом.

Таким образом, предъявление любого иска должно иметь своей целью восстановление нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов обратившегося в суд лица.

В настоящем случае заявителем не представлено доказательств того, что включение заявителя в вышеназванный Реестр нарушает ее права и законные интересы, а также того, что оспариваемый приказ незаконно возлагает на заявителя какие-либо обязанности или создает иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Согласно ч. 3 ст. 201 АПК РФ 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.

При таких обстоятельствах, решение суда первой инстанции подлежит отмене, в удовлетворении заявления Fresenius Medical Care Deutschland GmbH о признании недействительным приказа Федеральной антимонопольной службы от 03.08.2010 г. № 430, согласно которого Fresenius Medical Care Deutschland GmbH включен в реестр, ведение которого предусмотрено п. 8 ч. 1 ст. 23 Закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», обязанности ответчика в течение трех дней после вступления

решения суда в законную силу исключить Fresenius Medical Care Deutschland GmbH из реестра, ведение которого предусмотрено п. 8 ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» следует отказать.

Руководствуясь ст. ст. 266, 268, 269, 270, 271 АПК РФ, арбитражный суд

### **ПО С Т А Н О В И Л:**

решение Арбитражного суда г. Москвы от 14.02.2011 г. по делу № А40-137452/10-139-867 отменить.

В удовлетворении заявления Fresenius Medical Care Deutschland GmbH о признании недействительным приказа ФАС России от 03.08.2010 № 430, согласно которого Fresenius Medical Care Deutschland GmbH включен в реестр, ведение которого предусмотрено пунктом 8 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», обязанности ФАС России в течение трех дней после вступления решения суда в законную силу исключить Fresenius Medical Care Deutschland GmbH из реестра, ведение которого предусмотрено пунктом 8 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» отказать.

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда 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:

Л.А. Москвина

Судьи:

В.А. Свиридов

В.Я. Гончаров