



ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД
127994, Москва, ГСП -4, проезд Соломенной сторожки, 12
адрес веб-сайта: <http://9aas.arbitr.ru>

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
№09АП-23448/2010-АК

Город Москва

18 октября 2010 года

Дело №А40-42759/10-153-190

Резолютивная часть постановления объявлена 11 октября 2010 года.

Полный текст постановления изготовлен 18 октября 2010 года.

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:
председательствующего судьи Цымбаренко И.Б.,
судей: Бекетовой И.В., Попова В.И.,
при ведении протокола секретарем судебного заседания Титаренковым В.С.,
при участии:

от заявителей: 1) Архипов Д.А. по дов. от 22.04.2010, паспорт 45 04 528444; Леонова А.А. по дов. от 22.04.2010, паспорт 15 06 563783; Карасев Ю.А. по дов. от 09.11.2009, паспорт 45 00 504211; адвокат Никонов И.Е. по дов. от 22.04.2010, удост.№3134; адвокат Чернышов Г.П. по дов. от 02.11.2009, удост.№3656;
2) Архипов Д.А. по дов. от 22.04.2010, паспорт 45 04 528444; Леонова А.А. по дов. от 22.04.2010, паспорт 15 06 563783; Карасев Ю.А. по дов. от 09.11.2009, паспорт 45 00 504211; адвокат Никонов И.Е. по дов. от 22.04.2010, удост.№3134; адвокат Чернышов Г.П. по дов. от 02.11.2009, удост.№3656;
3) адвокат Никонов И.Е. по дов. от 20.03.2009, удост.№3134; адвокат Чернышов Г.П. по дов. от 02.11.2009, удост.№3656; Архипов Д.А. по дов. от 22.04.2010, паспорт 45 04 528444; Леонова А.А. по дов. от 22.04.2010, паспорт 15 06 563783; Карасев Ю.А. по дов. от 09.11.2009, паспорт 45 00 504211;

от ответчика: Романенкова И.И. по дов. от 11.05.2010, удост.№0787; Галимханова Н.Ф. по дов. от 26.04.2010, удост.№1351; Овчинников М.А. по дов. от 26.04.2010, удост.№0202; Сельвашук О.А. по дов. от 15.09.2010, удост.№0227;

от третьих лиц: 1) не явился, извещен; 2) не явился, извещен; 3) не явился, извещен;
4) не явился, извещен; 5) не явился, извещен;

рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу Федеральной антимонопольной службы на решение Арбитражного суда г. Москвы от 27 июля 2010г. по делу №А40-42759/10-153-190 судьи Кастальской М.Н.

по заявлению 1) ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», 2) ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск», 3) ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров»
к Федеральной антимонопольной службе

третьи лица: 1) ОАО «Пивоваренная компания «Балтика», 2) ОАО «СанИнБев», 3) Союз российских производителей пиво-безалкогольной продукции, 4) Национальная ассоциация производителей и дистрибьюторов слабого алкоголя «НАСА», 5) ООО «САБ Миллер РУС»
о признании недействительными решения и предписания №1 10/188-09 от 09.03.2010

У С Т А Н О В И Л :

ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров» обратились в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании незаконными решения ФАС России от 09.03.2010 по делу №1 10/188-09 о нарушении антимонопольного законодательства и предписания от 09.03.2010 №1 10/188-09.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 27.07.2010 заявленные требования удовлетворены. При этом суд исходил из того, что ФАС России не доказан факт нарушения заявителем п.3, 8 ч.1 ст.10 Федерального закона «О защите конкуренции», а также нарушает права и законные интересы заявителей в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Суд первой инстанции также указал, что факт доминирующего положения заявителя на рынке производства алюминиевых упаковок был установлен с нарушением Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарных рынках, утвержденного Приказом ФАС от 25.04.2006 №108.

ФАС России не согласилась с принятым решением и подала апелляционную жалобу, в которой просит решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении заявленных требований, ссылаясь на неполное выяснение судом обстоятельств, имеющих значение для дела, неправильное применение норм материального права, а также на несоответствие выводов, изложенных в решении суда, обстоятельствам дела.

В судебном заседании представитель ФАС России 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. Указал на то, что заявитель занимает доминирующее положение на товарном рынке. Пояснил, что замена упаковки потребует у товаропроизводителя дополнительных затрат и времени, так как перенастроить оборудование невозможно. Утверждал, что антимонопольный орган верно определил границы Российской Федерации как продуктовые границы товарного рынка алюминиевой банки. Отметил, что на момент рассмотрения дела у потребителей алюминиевой банки не имеется альтернативной замены поставщика данной упаковки, а доля заявителя на товарном рынке составляет более 90% начиная с 2007года.

Представитель заявителей в судебном заседании и представленном отзыве на апелляционную жалобу поддержал решение суда первой инстанции, с доводами апелляционной жалобы не согласился, считая их необоснованными, просили решение суда оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать. Указал на то, что на момент рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства заявитель не был включен в реестр хозяйствующих субъектов, доля которых на рынке определенного товара превышает 35 %. Отметил, что на момент вынесения решения отчет об анализе конкурентной среды по рынку алюминиевой банки антимонопольным органом подготовлен не был. Утверждал, что продуктовые границы товарного рынка определены неправильно, а опросы потребителей в отношении алюминиевой банки не проводились. Указал на то, что антимонопольный орган также неправильно определил географические границы товарного рынка. Пояснил, что с Украины на беспошлинных основаниях ввозится алюминиевая упаковка, однако Украина и Россия не входят в границы одного товарного рынка. Полагал, что антимонопольным органом неправильно применен п.8 ч.1 ст.10 Закона о защите конкуренции, отметив невозможность исполнения предписания антимонопольного органа.

Представители третьих лиц в судебное заседание не явились. Ходатайств об отложении судебного заседания от них не поступало. Располагая доказательствами их надлежащего извещения о времени и месте судебного разбирательства, суд рассмотрел дело в порядке ст.ст.123 и 156 АПК РФ.

Проверив законность и обоснованность решения в соответствии со ст.ст.266 и 268 АПК РФ, Девятый арбитражный апелляционный суд с учетом исследованных доказательств по делу и доводов апелляционной жалобы не находит оснований для отмены судебного акта.

Как следует из материалов дела, в соответствии с приказом ФАС России от 30.06.2009 №415, Федеральной антимонопольной службой проведена проверка соблюдения антимонопольного законодательства компанией «Rexam Beverage Can Holdings B.V.» по результатам которой возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства №1 10/188-09 в отношении группы лиц в составе ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск» и ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров».

По результатам рассмотрения дела №1 10/188-09 ФАС России принято решение от 09.03.2010 о нарушении антимонопольного законодательства, которым группа лиц в составе ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров» признана нарушившими п.3, 8 ч.1 ст.10 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» в части создания неравных условий для отдельных потребителей алюминиевых банок путем установления различных формул корректировки цен алюминиевых банок, разных минимальных объемов заказа одного вида продукции и различной валюты, в которой фиксируются указанные цены, а также в части навязывания ОАО «СанИнБев» экономически невыгодного условия о доставке алюминиевых банок и запрете самовывоза указанной продукции, что имело своим результатом ущемление интересов контрагентов группы лиц «Рексам».

В связи с выявленными нарушениями заявителям выдано предписание от 09.03.2010 №1 10/188-09.

Полагая, что решение ФАС России о нарушении антимонопольного законодательства и предписание не соответствуют действующему законодательству и нарушают их права и законные интересы, заявители обратились в арбитражный суд.

Вопреки доводам апелляционной жалобы суд первой инстанции, полно и всесторонне исследовал и оценил доказательства и правильно установленные обстоятельства, имеющие юридическое значение для дела, правильно применил нормы материального права, в соответствии с положениями ст.71 АПК РФ и сделал обоснованный и правомерный вывод о наличии оснований для удовлетворения заявленных требований.

В соответствии с п.1 ст.198 АПК РФ, ст.13 ГК 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, 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.

Из оспариваемого решения ФАС России следует, что антимонопольный орган пришел к выводу о том, что группа лиц «Рексам» в составе ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск» и ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров» занимает доминирующее положение на рынке алюминиевой банки глубокой вытяжки с легковскрываемыми крышками вместимостью 0,25 л., 0,237 л., 0,33 л., 0,5 л., 1 л. в соответствии с п.1 ч.1 ст.5 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Согласно ст.5 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «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 (за исключением финансовой организации): 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; доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем пятьдесят процентов, если доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта установлено антимонопольным органом исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок.

В силу п.п.10 п.1 ст.23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» антимонопольный орган устанавливает доминирующее положение хозяйствующего субъекта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Таким образом, судом первой инстанции обоснованно указано на то, что в предмет доказывания по делу о нарушении антимонопольного законодательства входит установление факта доминирования общества на соответствующем товарном рынке. В противном случае отсутствуют основания для применения методов антимонопольного регулирования и оценки действий группы лиц в части создания неравных условий для отдельных потребителей алюминиевых банок путем установления различных формул корректировки цен алюминиевых банок, разных минимальных объемов заказа одного вида продукции и различной валюты, в которой фиксируются указанные цены, а также в части навязывания ОАО «СанИнБев» экономически невыгодного условия о доставке алюминиевых банок и запрете самовывоза указанной продукции, что повлекло ущемление интересов контрагентов группы лиц «Рексам», как злоупотребление доминирующим положением.

В настоящем случае, антимонопольным органом не представлено надлежащих доказательств, подтверждающих факт доминирующего положения общества на соответствующем рынке.

Определение границ рынка и расчет доли, занимаемой на нем хозяйствующим субъектом, при рассмотрении дел, возбужденным по признакам злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением на рынке, должен производиться антимонопольным органом по правилам, изложенным в Порядке проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарных рынках, утвержденного Приказом ФАС России от 25.04.2006 №108, и с учетом Методических рекомендаций по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке утвержденных Приказом ГКАП РФ от 03.06.1994 № 67.

В соответствии с п.3 Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке утвержденного Приказом ФАС России от 25.04.2006 №108 антимонопольному органу необходимо определить продуктовые и географические границы товарного рынка.

Согласно п. 2.2.1 Методических указаний, п. 5.4 Порядка, доля рынка хозяйствующего субъекта определяется как процентное отношение реализованного хозяйствующим субъектом третьим лицам товара (продукции, работ, услуг) к объему (сумме) реализации товара на данном рынке всеми продавцами (объем рынка), то есть к общему объему реализации.

На основании п. 4 Порядка проведения анализа и оценки конкурентной среды на товарном рынке при проведении анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке в качестве исходной информации могут использоваться: данные государственной статистической отчетности, характеризующие деятельность хозяйствующих субъектов;

сведения, полученные от налоговых, таможенных и иных государственных органов, органов местного самоуправления; сведения, полученные от физических и юридических лиц; результаты товароведческих экспертиз, заключения специализированных организаций, а также отдельных специалистов и экспертов; данные ведомственных и независимых информационных центров и служб; данные объединений потребителей и объединений производителей; сообщения средств массовой информации; данные собственных исследований антимонопольного органа и данные антимонопольных органов других государств; данные маркетинговых, социологических исследований, выборочных опросов и анкетирования хозяйствующих субъектов, граждан, общественных организаций; технические условия и другие нормативы; обращения физических и юридических лиц в антимонопольный орган; данные иных источников.

При рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства в нарушение с пп.10 п.1 ст.23 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» доминирующее положение ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров» в порядке, предусмотренном Приказом ФАС России от 25.04.2006 №108 и с учетом Методических рекомендаций по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке утвержденных Приказом ГКАП РФ от 03.06.1994 № 67 не устанавливалось.

Так, в оспариваемом решении ФАС РФ указывается на проведение анализа рынка алюминиевой банки глубокой вытяжки с легковскрываемыми крышками в Российской Федерации, однако в нарушение требований пункта 59 Порядка в тексте аналитического отчета отсутствует информация о том, какие именно документы были использованы антимонопольным органом при определении характеристик товарного рынка. Кроме того, аналитический отчет не содержит номера и даты его составления.

Антимонопольный орган исходил из того, что алюминиевая банка глубокой вытяжки с легковскрываемыми крышками аналогов не имеет и не может быть заменена на другие виды металлической упаковки, а ее рынок совпадает с границами Российской Федерации.

Между тем, согласно п.5 Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденного Приказом ФАС от 25.04.2006 № 108 (далее - Порядок) 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 первой инстанции правомерно указал, что в своем аналитическом отчете ФАС России безосновательно не использовала основной метод определения продуктовых границ товарного рынка, не доказала невозможность его использования, а также не доказала невозможность последовательного применения других методов.

Довод апелляционной жалобы о том, что антимонопольный орган верно определил границы Российской Федерации как продуктовые границы товарного рынка алюминиевой банки, а на момент рассмотрения дела у потребителей алюминиевой банки не было альтернативной замены поставщика данной упаковки, является необоснованным.

Вывод антимонопольного органа о том, что алюминиевая банка глубокой вытяжки с легковскрываемыми крышками представляет собой отдельный товарный рынок и не имеет заменителей, сделан антимонопольным органом без учета того, что данный товар может быть заменен изделиями из стекла, пластика и т.д., выпускаемыми как на территории Российской Федерации, так и за ее пределами.

Из содержания оспариваемого решения не усматриваются четкие, проанализированные им и юридически состоятельные критерии соответствующего разграничения товаров (услуг) и рынков, сужения продуктовых границ до рынка металлической упаковки.

При таких данных продуктовые границы товарного рынка не могут считаться правильно установленными, а положение заявителя на рынке не может быть определено как доминирующее.

Исходя из обстоятельств по делу, ФАС России также не правильно определены географические границы товарного рынка.

Суд первой инстанции правильно установил, что в аналитическом отчете ФАС России не использовала надлежащим образом основной метод определения географических границ товарного рынка, не доказала невозможность его использования, а также не обосновала невозможность последовательного применения других методов.

Вывод, ФАС России о том, что географическими границами товарного рынка является вся территория Российской Федерации, при использовании первого метода определения географических границ, мог быть основан исключительно на сведениях, представленных покупателями, осуществляющими свою деятельность на всей территории Российской Федерации.

Однако ФАС России не запрашивала никаких сведений у потребителей товара, расположенных на всей территории Российской Федерации (в различных субъектах Российской Федерации).

Материалами дела не подтверждается статус ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров» как группы лиц, занимающей доминирующее положение на правильно определенном товарном рынке; недопустимость пределов осуществления им гражданских прав (исходя из сложившихся и устоявшихся, необходимых и достаточных ему хозяйственных связей; а также гражданско-правовых способов защиты прав и принципа диспозитивности в гражданском праве).

Таким образом, порядок определения конкурентной среды ответчиком был нарушен, доминирующее положение ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров» ответчиком не доказано.

В апелляционной жалобе ФАС России указывает на то, что группа лиц «Рексам» в составе ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск» и ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров», занимающая доминирующее положение хозяйствующего субъекта, создает дискриминационные условия на товарном рынке.

Антимонопольный орган в оспариваемом решении установил, что ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров» имеют договорные отношения с основными потребителями алюминиевых банок глубокой вытяжки с легковскрываемыми крышками.

При этом компаниями группы лиц «Рексам» устанавливаются для отдельных покупателей различные наценки за каждые 1000 штук одного вида алюминиевых банок, заказанных в меньшем количестве, чем установленный их договорами минимальный объем заказа, таким образом, потребители не имеют возможности заказывать алюминиевую банку в объеме меньшем, чем установленный их договорами минимум.

Кроме того, договором от 04.06.2003 №ОШ191202/056, заключенным между ОАО «САН ИнБев» и ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров», до 31 декабря 2008 года предусматривалось право покупателя осуществлять самовывоз товара за собственный счет (пункт 5.2 в редакции договора от 01.01.2008, изменение №11). Однако в соответствии с изменениями, внесенными 31.12.2008 в договор №ОП/191202/056, с 01 января 2009 года покупатель не имеет право осуществлять самовывоз товара за собственный счет.

Проведя анализ представленной ОАО «САН ИнБев» копии электронной переписки на бумажном носителе с представителем группы лиц «Рексам», антимонопольный орган пришел к выводу о навязывании организациями, входящими в группу лиц «Рексам», экономически невыгодных для ОАО «САН ИнБев» условий о доставке алюминиевых банок и запрете самовывоза.

Между тем, при оценке действий заявителей по навязыванию невыгодных условий договора необходимо принимать во внимание не только соблюдение процедуры заключения

договора, предусмотренной Гражданским кодексом РФ, но и нормы антимонопольного законодательства.

Согласно ч. 4 ст. 421 Гражданского кодекса РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (статья 422).

Дискриминационные условия, согласно п. 8 ст. 4 Федерального закона №135-ФЗ, - это условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при котором один или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами.

В данном случае, доминирующее положение ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров» антимонопольным органом не доказано.

Сами по себе факты наличия разногласий сторон относительно условий договора, нельзя расценивать как обстоятельства, свидетельствующие о навязывании контрагенту невыгодных условий договора.

Заключаемые договора государственному регулированию не подлежат, являются коммерческими, ООО «Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Всеволожск», ООО «Рексам Беверидж Кэн Дмитров», являясь производителем товаров и равноправным участником (хозяйствующим субъектом) на рынке соответствующих товаров, вправе по своему усмотрению вступать в договорные отношения.

С учетом изложенного, судебная коллегия считает правильным и соответствующим обстоятельствам дела вывод суда первой инстанции о том, что ФАС России не доказан факт нарушения заявителем п.3, 8 ч.1 ст.10 Федерального закона «О защите конкуренции», что свидетельствует о неправомерности оспариваемого решения ФАС России.

Ввиду изложенного суд апелляционной инстанции приходит к выводу, что решение суда первой инстанции об удовлетворении требований заявителя является законным и обоснованным.

Оснований для удовлетворения апелляционной жалобы не усматривается, поскольку приведенные в ней доводы не влияют на законность и обоснованность правильного по существу решения суда и не могут повлечь его безусловную отмену.

На основании изложенного и руководствуясь ст.ст.266, 268, 269 и 271 АПК РФ суд

ПОСТАНОВИЛ:

решение Арбитражного суда города Москвы от 27 июля 2010г. по делу №А40-42759/10-153-190 оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

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 судья:

И.Б. Цымбаренко

Судьи:

И.В. Бекетова

В.И. Попов