



## ДЕВЯТЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

127994, Москва, ГСП-4, проезд Соломенной Сторожки, 12  
адрес веб-сайта: <http://9aas.arbitr.ru>

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ №09АП-9578/2008-АК

Город Москва  
22 сентября 2008 года

Дело № А40-66608/07-94-482

Резолютивная часть постановления объявлена 15 сентября 2008 года  
Полный текст постановления изготовлен 22 сентября 2008 года

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:  
Председательствующего судьи Захарова С.Л.,  
судей Москвиной Л.А., Цымбаренко И.Б.,  
при ведении протокола судебного заседания секретарями Дутовой О.А., Коваленко В.В.  
рассмотрев в открытом судебном заседании апелляционную жалобу  
Федеральной антимонопольной службы  
на решение Арбитражного суда г. Москвы от 29.05.2008  
по делу № А40-66608/07-94-482, принятое судьей Ерохиным А.П.,  
по заявлению ОАО «Рефсервис»  
к Федеральной антимонопольной службе  
о признании недействительным решения  
третьи лица – 1) Ассоциация операторов рефрижераторного подвижного состава  
2) ООО «СвязьСтройЭнергоРемонт, 3) ОАО «РЖД»

при участии в судебном заседании:

от заявителя – Николаев Д.В. по дов. от 28.04.2007 № РЮ - 5/92, паспорт 46 02 600246,  
от заинтересованного лица – Плиев Р.Р. по дов. от 20.05.2008 № ИА/12253, уд-ние № 1128,  
Голополосов Д.В., по дов. от 06.11.2007 № ИА/20949, уд-ние № 1078,  
от третьих лиц - 1) не явился, извещен, 2) не явился, извещен, 3) Аксаков П.А., по дов. от  
14.09.2007 № 1042-ДП, паспорт 28 04 447110

### УСТАНОВИЛ:

ОАО «Рефсервис» (далее – Общество, заявитель) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о признании незаконным и отмене решения Федеральной антимонопольной службы (далее – ФАС России) от 14.09.2007 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №1 10/13-07.

Решением Арбитражного суда города Москвы от 29.05.2008 заявленные требования удовлетворены. При этом суд исходил из того, что ФАС России не доказано то обстоятельство, что группа лиц - ОАО «Рефсервис» и ОАО «РЖД» занимают доминирующее положение, а также из того, что не установлены факты недопущения,

ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемления интересов других лиц со стороны ОАО «Рефсервис» и ОАО «РЖД», что в силу положений ч.1 ст. 10 Закона о защите конкуренции исключает квалификацию действий указанных лиц как нарушающие антимонопольное законодательство.

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.

В обоснование этого указывается, что группа лиц ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис» занимают доминирующее положение на рынке услуг по предоставлению для перевозки железнодорожным транспортом изотермического подвижного состава; судом первой инстанции не исследован аналитический отчет, в котором ФАС России в качестве товара определено предоставление для перевозки изотермического подвижного состава, а доля группы лиц ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис» установлена в размере 80%. Делая вывод о том, что действия ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис» по согласованию заявок на перевозку грузов, суд первой инстанции неправомерно обособил указанные действия от совокупности технологических операций по перевозке грузов, что привело к ошибочным выводам суда относительно продуктовых границ рынка.

Также ФАС России указывает, что заявка, поданная ООО «СвязьСтройЭнергоРемонт» соответствовала форме ГУ-12, а отказ должностного лица в согласовании указанной заявки является отказом ОАО «РЖД».

Суд рассмотрел дело в отсутствие третьих лиц - Ассоциация операторов рефрижераторного подвижного состава, ООО «СвязьСтройЭнергоРемонт», извещенных надлежащим образом о месте и времени судебного разбирательства.

В судебном заседании объявлялся перерыв с 8.09. по 15.09.2008 г.

В судебном заседании представитель заинтересованного лица поддержал доводы апелляционной жалобы, просил решение суда первой инстанции отменить и принять по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении требований заявителя. Указал, что оспариваемое решение вынесено в соответствии с антимонопольным законодательством и не нарушает прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Представитель заявителя в судебном заседании выразил несогласие с доводами, изложенными в апелляционной жалобе, просил решение суда оставить без изменения, а в удовлетворении апелляционной жалобы отказать. Указал, что решение ФАС России нарушает права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Считает, что изложенные в решении выводы о доминирующем положении группы лиц ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис» на рынке определенного товара не основаны на фактических обстоятельствах и сделаны в отсутствие обязательных признаков доминирования, указанных в п. 3 ст. 5 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», услуги заявителя являются взаимозаменяемыми, существуют иные собственники соответствующего подвижного состава и экспедиторы, оказывающие услуги, аналогичные услугам заявителя.

Заявитель также указал, что ФАС России не проведено исследования с целью определения границ товарного рынка, не был в установленном порядке произведен расчет доли, занимаемой на нем хозяйствующим субъектом, кроме того, оспариваемое решение было вручено заявителю с опозданием.

Представитель третьего лица – ОАО «РЖД» в судебном заседании и представленном отзыве на апелляционную жалобу просил решение суда оставить без изменения, а апелляционную жалобу - без удовлетворения. Считает, что оспариваемое решение ФАС России вынесено без установления факта доминирующего положения группы лиц ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис» на товарном рынке; предметом рассмотрения антимонопольного органа являлись действия по согласованию заявок в изотермическом подвижном составе; в рассматриваемом случае под товаром необходимо понимать услугу по организации перевозок грузов в изотермическом и рефрижераторном подвижном составе, т.е. предоставлению такого подвижного состава; судом первой инстанции дана надлежащая правовая оценка письму ООО «СвязьСтройЭнергоРемонт» от 05.06.2006 г.

Законность и обоснованность решения проверены в соответствии со ст.ст.266 и 268 АПК РФ. Апелляционная инстанция, выслушав объяснения участвующих в деле лиц, исследовав и оценив имеющиеся в материалах дела доказательства, приходит к следующим выводам.

Как усматривается из материалов дела, в ФАС России обратились Ассоциация операторов рефрижераторного подвижного состава (вх. от 05.06.2006 № 14451), ООО «Калининград-Балтранс» (вх. от 17.08.2006 № 021746), ООО «СвязьСтройЭнергоРемонт» о нарушении статьи 5 Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» со стороны ОАО «РЖД» в части совершения действий хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке перевозок грузов железнодорожным транспортом, направленных на недопущение, ограничение и устранение конкуренции и ущемление интересов других хозяйствующих субъектов.

В качестве фактических обстоятельств заявители указали на уклонение перевозчика ОАО «РЖД» от предоставления под погрузку грузоотправителям (их представителям) изотермического и рефрижераторного подвижного состава перевозчика для осуществления перевозок по ставкам, предусмотренным Прейскурантом- № 10-01, утвержденным постановлением Федеральной энергетической комиссии Российской Федерации № 47-т/5 от 17.05.2003г., зарегистрированным Министерством юстиции Российской Федерации 09.06.2003 за регистрационным № 4882, выразившееся в необоснованном отклонении перевозчиком заявок (форма ГУ-12), поданных в ОАО «РЖД» грузоотправителем на предоставление подвижного состава общего парка (индекс «П» согласно Правилам заполнения заявок и Прейскуранту № 10-01) с требованием указания в графе «плательщик» заявки реквизитов (кода плательщика и кода ОКПО) дочернего по отношению к ОАО «РЖД» зависимого общества ОАО «Рефсервис» - собственника/арендатора и оператора рефрижераторных и изотермических вагонов, а также транспортного экспедитора.

Согласно указанным обращениям, перевозчик в лице филиала ОАО «РЖД» - «Рефсервис» не предоставляет грузоотправителям подвижной состав общего парка без заключения между грузоотправителем и дочерним обществом ОАО «РЖД» ОАО «Рефсервис» договора об организации перевозок грузов в изотермическом подвижном составе, регулирующего отношения сторон по организации перевозок и расчету за перевозки в изотермическом подвижном составе общего парка.

Заявители посчитали, что заключение такого договора влечет обязанность грузоотправителя по оплате стоимости указанной посреднической услуги в размере процента от стоимости провозных платежей, предусмотренных Прейскурантом № 10-01 для подвижного состава перевозчика, что приводит к увеличению транспортных расходов грузоотправителей, т.к. лишает их возможности получить предусмотренную действующим законодательством комплексную транспортную услугу (включая предоставление подвижного состава под перевозку) со стороны перевозчика по регулируемым государством тарифам и создает дочернему зависимому обществу перевозчика ОАО «Рефсервис» преференции перед иными участниками конкурентного рынка (иными

собственниками/арендаторами, операторами изотермического и рефрижераторного подвижного состава, экспедиторами грузов, следующих железнодорожным транспортом).

26.10.2006 вступил в силу Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), в котором выявленные признаки нарушения антимонопольного законодательства по сравнению с ранее действовавшим антимонопольным законом были сохранены и квалифицируются в соответствии со ст. 10 нового Закона.

Решением ФАС России от 14.09.2007 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №1 10/13-07 установлено, что ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис», действуя в составе одной группы лиц, занимающей доминирующее положение на рынке оказания услуг железнодорожных перевозок и услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования (являясь перевозчиком и собственником инфраструктуры), на товарном рынке предоставления рефрижераторных и изотермических вагонов под перевозку грузов железнодорожным транспортом общего пользования нарушило:

пункт 2 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции - изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара (с учетом определения от 21.05.2008 об исправлении допущенной опечатки в резолютивной части решения)

пункт 4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции - экономически или технологически необоснованное сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также, если такое сокращение или прекращение производства товара прямо не предусмотрено федеральными законами, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами (грузоотправитель/грузополучатель лишен права воспользоваться комплексной транспортной услугой по регулируемым государством тарифам);

пункт 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции - экономически или технологически не обоснованные отказ или 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 Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами (уклонение от предоставления подвижного состава по поданным грузоотправителем/грузополучателем заявкам форма - ГУ 12);

пункт 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции - создание дискриминационных условий для собственников/арендаторов и операторов изотермических и рефрижераторных вагонов (контейнеров), а также транспортных экспедиторов, не входящих в группу лиц ОАО «РЖД» по сравнению с дочерним обществом ОАО «Рефсервис».

14.09.2007 ФАС России группе лиц в составе ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис» выдано предписание № 110/13-07 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

Полагая, что решение ФАС России от 14.09.2007 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №1 10/13-07 не соответствует действующему законодательству и нарушает его права и законные интересы ОАО «Рефсервис» обратилось в суд. Предписание ФАС России от 14.09.2007 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 110/13-07 заявителем не оспаривается.

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.

На основании пункта 2 статьи 9 Закона о защите конкуренции установленные Федеральным законом запреты на действия (бездействие) хозяйствующего субъекта, хозяйствующих субъектов распространяются на действия (бездействие) группы лиц.

Антимонопольным органом сделан обоснованный вывод, что ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис» в силу положений ст. 9 Закона о защите конкуренции, являются группой лиц. Данное обстоятельство по настоящему делу сторонами не оспаривается.

Согласно статье 5 Закона о защите конкуренции доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят процентов, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим.

Суд указал, что ФАС России не определен товар, при обращении которого группой лиц совершено нарушение антимонопольного законодательства, сфера обращения указанного товара, доля групп лиц на рынке, на котором произошло нарушение антимонопольного законодательства, а вывод о доминирующем положении группы лиц ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис» сделан исходя из их статуса субъекта естественной монополии.

Однако апелляционный суд не может согласиться с указанными выводами суда в силу следующего.

В соответствии с требованиями Административного регламента по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, утвержденного Приказом ФАС России от 17.01.2007 №5 и Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденным Приказом ФАС России от 25.04.2006 №108, ФАС России проведен анализ рынка услуг по предоставлению для перевозки железнодорожным транспортом общего пользования изотермического подвижного состава, по результатам которого составлен аналитический отчет.

Предметом исследования указанного аналитического отчета являлся товарный рынок, неразрывно связанный с предоставлением услуг по осуществлению перевозок железнодорожным транспортом общего пользования, а именно товарный рынок предоставления изотермического подвижного состава грузоотправителям/грузополучателям (их представителям) для осуществления перевозок железнодорожным транспортом общего пользования; исследованы продуктовые границы и географические границы товарного рынка; состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, дана

характеристика рынка услуг по предоставлению вагона грузоотправителю; объемные показатели рынка по предоставлению изотермического подвижного состава для осуществления внутренних перевозок железнодорожным транспортом общего пользования; дана оценка состоянию конкурентной среды на рынке услуг по предоставлению изотермического подвижного состава под перевозку и положением в нем группы лиц ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис».

Таким образом, ФАС России исследовав товарный рынок предоставления изотермического подвижного состава грузоотправителям/грузополучателям (их представителям) для осуществления перевозок железнодорожным транспортом общего пользования, состояние конкурентной среды на рынке услуг по предоставлению изотермического подвижного состава под перевозку и положением в нем группы лиц ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис» и определив долю группы лиц ОАО «РЖД» ОАО «Рефсервис» в размере 80%, сделала правомерный вывод о том, что на рынке услуг по предоставлению под перевозки железнодорожным транспортом общего пользования изотермического подвижного состава группа лиц ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис» занимает доминирующее положение, вопреки выводам суда первой инстанции и ОАО «Рефсервис» об обратном.

Доводы заявителя о том, что он не был ознакомлен с указанным аналитическим отчетом ФАС России в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и, таким образом, не имел возможности оспорить его содержание, а также о том, что аналитический отчет, не подписан руководителем ответственного структурного подразделения ФАС России не могут влечь за собой недействительность изложенных в аналитическом отчете выводов.

В частности, то обстоятельство, что заявитель не был ознакомлен с аналитическим отчетом, не свидетельствует о его недостоверности и как следствие о незаконности оспариваемого решения ФАС России. При этом как усматривается из аналитического отчета, в его основу положены данные, предоставленные ФАС России самим ОАО «РЖД». При этом из материалов дела не усматривается, что заявитель изъявил желание ознакомиться с материалами дела, и это право было каким-либо образом ограничено ФАС России.

Заявитель принимал участие в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, однако, ходатайств заявителя об отложении дела с целью ознакомиться с аналитическим отчетом в материалах дела не имеется.

Ссылка заявителя на то, что антимонопольным органом не был исследован рынок взаимозаменяемых услуг, в частности, возможность использования для перевозки скоропортящихся грузов в дооборудованных либо в переоборудованных вагонах, является несостоятельной.

Статьей 3 ФЗ "Устав железнодорожного транспорта РФ" установлено, что условия перевозок грузов с учетом их особенностей, сохранности грузов, регулируются Правилами перевозок грузов железнодорожным транспортом. Правила перевозок представляют собой нормативные правовые акты, содержащие нормы, обязательные для перевозчиков, грузоотправителей, грузополучателей, других юридических и физических лиц.

Перевозка железнодорожным транспортом скоропортящихся грузов, регламентирована Правилами перевозок железнодорожным транспортом скоропортящихся грузов, утвержденных Приказом МПС России от 18.06.2003 N 37 (зарегистрирован в Минюсте России 19.06.2003 N 4762).

Из аналитического отчета видно, что при анализе рынка были приняты во внимание условия перевозок скоропортящихся грузов в соответствии с указанными Правилами. Использование переоборудованного подвижного состава этими Правилами прямо не предусмотрено, а допускается только на особых условиях.

Ввиду того, что особые условия перевозок определяются индивидуально, с учетом многих факторов, как связанных с характеристиками подвижного состава, так и нет, то

оснований для учета иного подвижного состава, не предусмотренного Правилами, у антимонопольного органа не имелось.

В качестве взаимозаменяемых услуг антимонопольным органом были исследованы возможности организации перевозок скоропортящихся грузов автомобильным транспортом, что свидетельствует об исследовании вопроса замены реализуемых услуг другими услугами при определении доминирующего положения группы лиц - ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис».

Вопреки доводам заявителя, представленный в материалы дела аналитический отчет подписан (т.3, л.д.60).

Как следует из объяснений представителя ФАС России, подпись под аналитическим отчетом принадлежит заместителю начальника Управления контроля транспорта и связи ФАС России Кудрявцеву В.Ю.

Отсутствие расшифровки подписи и должности лица подписавшего аналитический отчет само по себе не является нарушением требований Административного регламента по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Что касается конкретных фактов нарушения ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис» Закона о защите конкуренции, то суд апелляционной инстанции исходит из следующего.

Группа лиц - ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис» признана виновной в изъятии товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара (п.2 ч.1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, с учетом определения от 21.05.2008 об исправлении допущенной опечатки в резолютивной части решения) и в экономически или технологически необоснованном сокращении или прекращении производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства (п. 4 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции).

Как следует из оспариваемого Решения в качестве объективных действий, повлекших указанные нарушения, в вину указанной группе лиц вменяется передача перевозчиком – ОАО «РЖД» изотермического подвижного состава в уставной капитал ОАО «Рефсервис» за счет сокращения количества рефрижераторных и изотермических вагонов общего парка перевозчика, что явилось причиной того, что грузоотправитель/грузополучатель лишен права воспользоваться комплексной транспортной услугой по регулируемым государством тарифам.

Между тем, судебная коллегия не может согласиться с указанными выводами антимонопольного органа.

Как установлено антимонопольным органом, во исполнение Программы структурной реформы на железнодорожном транспорте, утвержденной постановлением Правительства РФ от 18.05.2001 г. №384, решением Совета директоров ОАО «РЖД», оформленным протоколом №6 от 26.04.2005 г. утверждена Концепция создания дочернего общества (ДО) в области перевозок грузов изотермическим подвижным составом на основе реформирования «Рефсервис» - филиала ОАО «РЖД».

Указанной концепцией предусмотрено, что на первом этапе создаваемое ДО будет осуществлять свою деятельность как владелец подвижного состава (оператор) и экспедитор, при этом отношения ОАО «РЖД» с ДО должны строиться на принципе равноправия ДО с другими операторами. Все услуги ОАО «РЖД» по использованию инфраструктуры и тяги будут оплачиваться в соответствии с Прейскурантом 10-01, что в настоящее время и происходит. В дальнейшем предусмотрено расширение деятельности ДО в качестве оператора и экспедитора по перевозкам в собственном изотермическом подвижном составе за счет деятельности в качестве перевозчика, работающего на основе публичного договора.

Решением Совета директоров ОАО «РЖД», оформленным протоколом №17 от 28.12.2005г., утверждены правоустанавливающие документы о создании дочернего общества ОАО «РЖД» в области перевозок грузов в изотермическом подвижном составе «Рефсервис» - филиала ОАО «РЖД». Согласно данному решению «Рефсервис» - филиал ОАО «РЖД» сохраняется на переходный период с целью решения финансовых, кадровых, социальных вопросов, а также передачи имущества в ОАО «Рефсервис» и в дальнейшем подлежит ликвидации.

Согласно данным, указанным в аналитическом отчете материнской компанией – ОАО «РЖД» за счет сокращения эксплуатационного парка (рабочего парка принадлежности «П») передан в ОАО «Рефсервис» около 7000 единиц изотермического подвижного состава. В оспариваемом решении указываются данные о наличии у ОАО «Рефсервис» 6675 единиц такого состава.

Вместе с тем, постановлением Правительства РФ от 18.05.2001 г. №384, которым утверждена Программа структурной реформы на железнодорожном транспорте, установлены этапы реформирования железнодорожного транспорта. При этом подпунктом «а» пункта 5 этого постановления на втором этапе реформирования предусмотрено создание акционерных обществ на базе имущества, которым в установленном порядке наделены самостоятельные структурные подразделения ОАО «РЖД», осуществляющие отдельные виды деятельности на железнодорожном транспорте как связанные с перевозками, так и иные виды деятельности, не связанные с перевозками, путем учреждения дочерних акционерных обществ ОАО «РЖД».

В свою очередь утвержденной Программой предусмотрено обособление в отдельное направление деятельности рефрижераторных грузовых перевозок, так как по сравнению с перевозками основных категорий грузов эти перевозки в наибольшей степени конкурируют с другими видами транспорта (раздел II Программы в подразделе «Формирование организационной структуры по основным видам деятельности»).

В разделе «Второй этап реформы (2003-2005 годы)» Программы также предусмотрено создание акционерных обществ на базе имущества, которым в установленном порядке наделены самостоятельные структурные подразделения ОАО «РЖД», осуществляющие, в частности, рефрижераторные перевозки.

Поскольку ОАО «Рефсервис» создано во исполнение Программы структурной реформы на железнодорожном транспорте, утвержденной постановлением Правительства РФ от 18.05.2001 г. №384, то в силу вышеприведенных правовых норм сама по себе передача в ОАО «Рефсервис» за счет сокращения эксплуатационного парка ОАО «РЖД» изотермического подвижного состава не может быть признано нарушением антимонопольного законодательства.

То обстоятельство, что количество выведенного парка подвижного состава не соответствует указанной Программе, либо оставшаяся у перевозчика часть парка не позволяет оказывать услуги по перевозке скоропортящихся грузов, вытекающие из установленной ст. 12 ФЗ «О железнодорожном транспорте» обязанности перевозчика владеть железнодорожным подвижным составом для осуществления перевозок на праве собственности или ином праве, антимонопольным органом не доказано.

Более того, квалификация действий группы лиц по пункту 4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, как экономически или технологически необоснованное сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства возможна только тогда, если такое сокращение или прекращение производства товара прямо не предусмотрено федеральными законами, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами.



В данном случае судебная коллегия исходит из того, что Программой структурной реформы на железнодорожном транспорте, утвержденной постановлением Правительства РФ от 18.05.2001 г. №384, предусмотрено сокращение изотермического состава перевозчика – ОАО «РЖД» за счет создания на базе этого имущества дочернего общества – ОАО «Рефсервис».

То обстоятельство, что ОАО «Рефсервис» в настоящее время не является перевозчиком, на что обращается внимание представителем ответчика, на вывод судебной коллегии об отсутствии признаков нарушения пунктов 2 и 4 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции со стороны группы лиц – ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис» не влияет, поскольку Программа реформирования предусмотрена до 2010 года и Концепцией создания дочернего общества ОАО «Рефсервис» предусмотрено дальнейшее расширение деятельности ДО в качестве перевозчика, работающего на основе публичного договора.

Таким образом, следует признать, что ОАО «Рефсервис» и ОАО «РЖД» осуществляли действия по передаче изотермического (рефрижераторного) подвижного состава ОАО «РЖД» в уставный капитал ОАО «Рефсервис» в полном соответствии с Программой структурной реформы, утвержденной Правительством РФ.

В связи с изложенным, судебная коллегия приходит к выводу о том, что у ФАС России отсутствовали основания для признания ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис» виновными в нарушении пунктов 2,4 части 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Вместе с тем, решение антимонопольного органа в части признания группы лиц - ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис» виновными в нарушении пунктов 5,8 части 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции следует признать правильным. Выводы же суда первой инстанции об обратном не соответствует обстоятельствам дела.

В силу пункта 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции запрещается экономически или технологически не обоснованный отказ или 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 Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

Пунктом 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции запрещается создание дискриминационных условий.

Как установлено антимонопольным органом, заявитель начал осуществление своей деятельности с 01 мая 2006 г., а 27.04.2006 г. между ОАО «Рефсервис» и ОАО «РЖД» заключен договор №87/2006, предметом которого является организация перевозок и расчет за перевозки в изотермическом подвижном составе, которым наделен «Рефсервис» - филиал ОАО «РЖД», целью которого является организация бесперебойной доставки продуктов питания в регионы России, в том числе в те регионы, куда другие собственники подвижного состава не организуют перевозки в связи с отсутствием обратной загрузки в целях экономии на порожнем пробеге.

Согласно условиям указанного договора, ОАО «РЖД» организует перевозки грузов и расчеты за перевозки грузов в своем изотермическом подвижном составе на основании заявок ОАО «Рефсервис».

В свою очередь, дочернее общество ОАО «РЖД» ОАО «Рефсервис» заключает с клиентами (грузоотправителями) агентские договоры, которые предусматривают организацию дочерним обществом перевозок грузов в изотермическом и рефрижераторном подвижном составе, принадлежащем ОАО «РЖД» (филиалу ОАО «РЖД» - «Рефсервис») и ОАО «Рефсервис».

При поступлении в ОАО «Рефсервис» заявки от клиента на организацию перевозки грузов в изотермическом или рефрижераторном подвижном составе ОАО «РЖД» дочернее общество ОАО «РЖД» ОАО «Рефсервис» направляет соответствующую заявку в филиал ОАО «РЖД» - «Рефсервис», как перевозчику, в порядке, установленном договором об организации перевозок грузов в изотермическом подвижном составе собственности «Рефсервис»- филиала ОАО «РЖД».

Перевозчиком в лице филиала ОАО «РЖД» - «Рефсервис» в адрес организаций, имеющих с ОАО «РЖД» договора об организации перевозок грузов в изотермическом подвижном составе собственности перевозчика, было направлено письмо от 24.03.2006 № РФд №/77 о расторжении действия договоров об организации перевозок грузов в изотермическом подвижном составе с 01.05.2006 в связи с созданием дочернего общества ОАО «Рефсервис».

ОАО «Рефсервис» в адрес грузоотправителей (их представителей) направлен типовой договор на услуги по организации перевозок грузов в изотермическом подвижном составе.

Как следует из приложения №8, рассылаемого ОАО «Рефсервис» договора на свои услуги, ОАО «Рефсервис» имеет возможность по заявке клиента заказать у перевозчика (ОАО «РЖД») и предоставить клиенту под погрузку любой изотермический или рефрижераторный вагон перевозчика (вагон общего парка). Сумма провозных платежей при этом рассчитывается в соответствии с Прейскурантом № 10-01 для вагонов общего парка, а сумма вознаграждения ОАО «Рефсервис» за такую услугу устанавливается индивидуально и составляет процент от суммы провозной платы.

ФАС России считает, что указанные обстоятельства привели к тому, что ОАО «Рефсервис» выступает посредником между грузовладельцами и перевозчиком, что ведет к удорожанию транспортных расходов грузовладельцев за счет введения ОАО «Рефсервис» повышающих коэффициентов к тарифным ставкам, установленным для подвижного состава общего парка (перевозчика). Соответственно имеет место повышение перевозчиком ставок, установленных государством (Прейскурантом № 10-01) для оказания комплексной транспортной услуги (в части предоставления рефрижераторного и изотермического железнодорожного подвижного состава) по перевозке грузов железнодорожным транспортом общего пользования на основании публичного договора перевозки.

В соответствии со статьей 784 Гражданского кодекса Российской Федерации перевозка грузов, пассажиров и багажа осуществляется на основании договора перевозки.

Общие условия договора перевозки определяются транспортными уставами и кодексами, иными законами и издаваемыми в соответствии с ними правилами.

Согласно статье 785 Гражданского кодекса Российской Федерации перевозчик обязуется доставить вверенный ему отправителем груз и выдать его уполномоченному на получение груза лицу (получателю), согласно статье 789 договор перевозки транспортом общего пользования является публичным договором.

Статья 2 Федерального закона от 10.01.2003 № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» (далее- Закон о железнодорожном транспорте) содержит определение понятия перевозочного процесса как совокупности организационно и технологически взаимосвязанных операций, выполняемых при подготовке, осуществлении и завершении перевозок пассажиров, грузов, багажа и грузобагажа железнодорожным транспортом.

Статья 12 Закона о железнодорожном транспорте обязывает юридическое лицо или индивидуального предпринимателя, принявшего на себя по договору перевозки железнодорожным транспортом общего пользования обязанность доставить пассажира, вверенный им отправителем груз, багаж или грузобагаж из пункта отправления в пункт назначения, а также выдать груз, багаж или грузобагаж управомоченному на его получение лицу (перевозчика) владеть железнодорожным подвижным составом на праве собственности или ином праве.

Согласно статье 10 Устава грузоотправители, грузополучатели при систематическом осуществлении перевозки грузов могут заключать с перевозчиками долгосрочные договора об организации перевозок. Основная цель подобных договоров на железнодорожном транспорте - урегулировать в ходе исполнения перевозочного процесса такие взаимоотношения сторон, которые не получили достаточного нормативного разрешения, а также способствовали бы выполнению перевозочного процесса на данный период.

Долгосрочный договор об организации перевозок не освобождает грузоотправителей от предоставления заявки на перевозку грузов в порядке и сроки, предусмотренные статьей 11 Устава.

Заявка является важнейшим средством организации перевозки грузов, в ней конкретизируется задание и определяются показатели, обеспечивающие перевозку. Подачей заявки грузоотправитель способствует выполнению перевозочного процесса и реализует свое право на исполнение предусмотренного статьей 426 Гражданского кодекса публичного договора перевозки железнодорожным транспортом общего пользования.

Согласно пункту 3 статьи 426 Гражданского кодекса отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается.

Материалами дела установлено, что согласно телеграмме ОАО «РЖД» от 29.06.2006 №ЦФТОМИР-6/19, размещенной в открытом доступе (<http://doc.rzd-partner.ru>) и опубликованной в журнале «РЖД-Партнер Документы», изданной в связи с запросами железных дорог и в целях обеспечения правильного заполнения перевозочных документов при перевозках в изотермическом подвижном составе принадлежности ОАО «РЖД» расчет за перевозки производится через Рефсервис - филиал ОАО «РЖД», однако плательщиком за указанные перевозки должно являться дочернее общество ОАО «Рефсервис».

Согласно приложению №8 к типовому договору между ОАО «Рефсервис» и грузоотправителем (заказчиком) по заявке Заказчика ОАО «Рефсервис» организует перевозку в изотермическом подвижном составе общего парка перевозчика (филиала ОАО «РЖД» - Рефсервис). Из указанного типового договора следует что, при оформлении перевозочных документов (в т.ч. заявки - форма ГУ-12) Заказчик в графе «Плательщик» обязан указать плательщиком ОАО «Рефсервис» и указать (в зависимости от вида перевозки) коды этого плательщика - 9516210, 9516222, 9516234.

Таким образом, в отсутствие договора об организации перевозок в изотермическом подвижном составе с филиалом ОАО «РЖД» - «Рефсервис», которым присваиваются коды плательщика, либо договора с дочерним зависимым обществом ОАО «РЖД» ОАО «Рефсервис» с приложением № 8, грузоотправитель/грузополучатель не может получить подвижной состав принадлежности перевозчика (индекс «П»), так как без заключения указанных договоров грузоотправитель не может указать в заявке форма ГУ-12 коды плательщика, присвоенные перевозчиком ОАО «РЖД» (в лице филиала ОАО «РЖД»-«Рефсервис») дочернему зависимому обществу ОАО «РЖД» - «Рефсервис».

В качестве доказательства необоснованного уклонения от предоставления подвижного состава ФАС России приведено письмо от 05.06.2006 ООО «СвязьСтройЭнергоРемонт» обратилось в ДЦФТО Октябрьской железной дороги - филиал ОАО «РЖД» с просьбой о предоставлении вагона-термоса перевозчика. Согласно резолюции начальника отдела формирования свободного задания ДЦФТО Синякова И.Е., данная заявка будет согласована при условии правильного заполнения графы «Плательщик» в соответствии с порядком заполнения кода плательщика и кода ОКПО ОАО «Рефсервис», установленным с 01.05.2006 г.

Суд указывает, что данное письмо не является доказательством несоблюдения ОАО «РЖД» порядка согласования заявок на перевозку грузов, в связи с тем, что в перечень должностных полномочий Синякова И.Е. не входит принятие решений по согласованию заявок, у ФАС России отсутствовали основания для оценки резолюции в качестве отказа от согласования заявки, так как письмо не соответствует форме ГУ-12.

Вместе с тем, указанный вывод суда первой инстанции является ошибочным, поскольку независимо от конкретных должностных полномочий Синякова И.Е., последний является сотрудником ОАО «РЖД» и совершенные таким лицом действия по вопросу согласования надлежащим образом оформленной и поданной заявки по форме ГУ-12 следует оценивать как действия, совершенные ОАО «РЖД».

Также антимонопольной службой зафиксированы факты уклонений перевозчика – ОАО «РЖД» от согласования заявок на изотермический подвижной состав общего парка «П», введенных через систему ЭТРАН в период с 20.07. по 16.08.2007 по мотивам отсутствия договора с ОАО «Рефсервис» (отсутствие указания в заявке реквизитов плательщика, принадлежащих ОАО «Рефсервис»).

Суд первой инстанции не принял во внимание данные обстоятельства, указав, что акты, фиксирующие указанные факты, составлены антимонопольным органом в одностороннем порядке. Между тем, следует признать, что данный вывод суда не может быть признан обоснованным, поскольку соответствующие факты зафиксированы комиссионно, с участием представителей организаций, подающих заявки. Дополнительно указанными представителями даны письменные объяснения. Не привлечение представителей перевозчика не может свидетельствовать о недостоверности установленных обстоятельств, поскольку сами по себе проведенные мероприятия по контролю служат целям обеспечения объективного выявления фактов нарушения антимонопольного законодательства именно перевозчиком.

Оценивая вывод суда первой инстанции о том, что телеграмма ОАО «РЖД» от 29.06.2006 №ЦФТОМИР-6/19 не предусматривает обязательного порядка указания реквизитов плательщика ОАО «Рефсервис» при организации перевозке в изотермическом подвижном составе, принадлежащего ОАО «РЖД», судебная коллегия исходит из того, что текст телеграммы содержит достаточно конкретное указание на необходимость заполнения перевозочных документов при перевозках в изотермическом подвижном составе принадлежности ОАО «РЖД», а именно, на указание в качестве плательщика ОАО «Рефсервис». Учитывая конкретные действия перевозчика, установленные антимонопольным органом и приведенные выше, следует признать, что разъяснения, изложенные в тексте телеграммы, исполняются ОАО «РЖД». В этой связи, ссылка суда первой инстанции на то, что плательщик при наличии согласования с перевозчиком вправе сам указать реквизиты грузоотправителя не имеет принципиального значения для установления факта нарушения антимонопольного законодательства.

Пунктом 4 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» обращается внимание, что исходя из системного толкования положений статьи 10 ГК РФ и статей 3 и 10 Закона о защите конкуренции для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц.

В отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий (прим., наложение на контрагентов неразумных ограничений и необоснованные условия реализации ими своих прав) предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

Таким образом, совокупность представленных антимонопольным органом доказательств, а именно, договор между ОАО «Рефсервис» и ОАО «РЖД» №87/2006 от 27.04.2006 г., телеграмма ОАО «РЖД» от 29.06.2006 №ЦФТОМИР-6/19, факт отклонения сотрудником ОАО «РЖД» заявки по форме ГУ-12, поданной ООО «СвязьСтройЭнергоРемонт», факты уклонения перевозчика от согласования заявок, поданных в процессе проведения антимонопольным органом дополнительных контрольных мероприятий, свидетельствуют о том, что группой лиц ОАО «РЖД» и ОАО «Рефсервис» созданы необоснованные условия реализации грузоотправителями (грузополучателями) своих прав, выразившиеся в экономически и технологически не обоснованном отказе (факт отказа в согласовании заявки по форме ГУ-12) и уклонение (угроза уклонения следует из положений названного договора и телеграммы, а факты уклонений зафиксированы в ходе дополнительных контрольных мероприятий) от заключения договора перевозки грузов в изотермическом подвижном составе, принадлежащего ОАО «РЖД» по тарифам, установленным Прейскурантом № 10-01.

Судебная коллегия считает, что являются также правомерными выводы ФАС России о том, что действия перевозчика ОАО «РЖД» в части определения условий введения хозяйственной деятельности дочернего общества ОАО «Рефсервис», приводят к невозможности (угрозе невозможности) для неопределенного круга третьих лиц, не входящих в группу лиц ОАО «РЖД» (грузоотправителей/грузополучателей, их представителей), воспользоваться гарантированной действующим законодательством услугой по предоставлению изотермического и рефрижераторного подвижного состава общего парка (первозчика) под перевозку по регулируемым государством ставкам, установленным прейскурантом №10-01.

Требования перевозчика указанные в приложении №8 к типовому договору при подаче заявки (форма ГУ-12) на предоставление изотермического и рефрижераторного подвижного состава общего парка (первозчика) об указании кода плательщика и кода КПО дочернего общества ОАО «РЖД» ОАО «Рефсервис» устанавливают прямую зависимость между предоставлением подвижного состава общего парка и заключением договорных взаимоотношений с ОАО «Рефсервис», который не является перевозчиком, и осуществляет хозяйственную деятельность на конкурентном рынке, являясь собственником/арендатором, оператором рефрижераторных и изотермических вагонов, а также транспортным экспедитором.

Предоставление грузоотправителю изотермического и рефрижераторного подвижного состава общего парка технически невозможно без заключения договора об организации перевозок перевозчиком или его дочерним обществом ОАО «РЖД» ОАО «Рефсервис» договора об организации перевозок грузов в изотермическом подвижном составе, регулирующего отношения сторон по организации перевозок и расчету за перевозки в изотермическом подвижном составе общего парка.

Таким образом, при осуществлении хозяйственной деятельности как оператор собственного/арендованного подвижного состава, экспедитор дочернее зависимое общество ОАО «Рефсервис» имеет со стороны материнской компании ОАО «РЖД» преимущества перед иными участниками товарного рынка организации перевозок в изотермическом подвижном составе по использованию соответствующего подвижного состава общего парка, принадлежащего ОАО «РЖД», что свидетельствует о создании дискриминационных условий.

Ввиду того, что решением суда первой инстанции оспариваемое решение антимонопольного органа было признано недействительным в полном объеме, а суд апелляционной инстанции установил законность и обоснованность оспариваемого ненормативного правового акта в части, то решение суда первой инстанции подлежит отмене

с вынесением нового судебного акта о признании недействительными выводы ФАС России о совершении группой лиц ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис» нарушений пунктов 2,4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, содержащиеся в решении ФАС России от 14.09.2007 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №1 10/13-07.

На основании изложенного и руководствуясь ст.ст. 266, 268, 269, 270 и 271 АПК РФ,

**ПОСТАНОВИЛ:**

решение Арбитражного суда г. Москвы от 29.05.2008 по делу №А40-66608/07-94-482 отменить.

Признать недействительными выводы ФАС России о совершении группой лиц ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис» нарушений пунктов 2,4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, содержащиеся в решении ФАС России от 14.09.2007 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №1 10/13-07.

В остальной части решение ФАС России от 14.09.2007 по делу о нарушении антимонопольного законодательства №1 10/13-07 оставить без изменения.

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

С.Л. Захаров

Судьи:

И.Б. Цымбаренко

Л.А. Москвина