



## ФЕДЕРАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОСКОВСКОГО ОКРУГА

127994, г. Москва, ГСП-4, ул. Селезнёвская, д. 9, официальный сайт: <http://www.fasmo.arbitr.ru>,  
e-mail: info@fasmo.arbitr.ru

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ № КА-А40/11966 -08

г. Москва

«30» декабря 2008 года

№ А40-66608/07-94-481

**Резолютивная часть постановления объявлена 26 декабря 2008 года**  
**Полный текст постановления изготовлен 30 декабря 2008 года**

Федеральный арбитражный суд Московского округа  
в составе:

председательствующего-судьи Латыповой Р.Р.

судей Борзыкина М.В., Летягиной В.А.

при участии в заседании:

от заявителя Николаева Д.В. по доверенности от 28.04.08 № РЮ-5/92

от заинтересованного лица: Голопосова Д.В. по доверенности от 11.11.08 №

29112; Шилиной Е.В. по доверенности от 15.07.08 № ИА/17517, Плиева Р.Р.

по доверенности от 19.12.2008 № ИА-34419

от третьего лица Аксакова П.А. по доверенности от 6.11.08

**рассмотрев 26 декабря 2008 года в судебном заседании кассационные жалобы**  
**ОАО «РЖД», ОАО «Рефсервис»**

на постановление от 22 сентября 2008 года № 09АП-9578/2008-АК

Девятого арбитражного апелляционного суда

принятое судьями : Захаровым С.Л., Москвиной Л.А., Цымбаренко И.Б.

по заявлению ОАО "Рефсервис"

о признании незаконным и отмене решения Федеральной антимонопольной  
службы (далее - ФАС России) от 14.09.2007 по делу о нарушении антимоно-  
польного законодательства N 1 10/13-07

### УСТАНОВИЛ:

ОАО "Рефсервис" обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заяв-  
лением о признании незаконным и отмене решения Федеральной антимоно-  
польной службы (далее по тексту - ФАС России) от 14.09.2007 по делу о нару-  
шении антимонопольного законодательства №1 10/13-07.

В качестве третьих лиц к участию в деле привлечены Ассоциация опера-  
торов рефрижераторного подвижного состава( далее по тексту - АСОРПС), ,  
ООО «СвязьСтройЭнергоРемонт»

Решением Арбитражного суда города Москвы от 29 мая 2008 года заявленные требования удовлетворены, оспариваемое решение признано недействительным.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 сентября 2008 года решение суда первой инстанции отменено, признаны 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 N 1 10/13-07. В остальной части оспариваемое решение ФАС России оставлено без изменения.

ОАО "Рефсервис", не согласившись с выводами апелляционного суда, настаивает на отмене постановления по основаниям неправильного применения арбитражным судом норм материального права, а именно 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 пункте 3 статьи 5 Федерального закона от 26.07.2006 N 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.

ОАО "РЖД", в поданной кассационной жалобе также просит постановление апелляционного суда, вынесенное с нарушением норм процессуального права и неправильным применением норм материального права отменить. 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.

В судебном заседании представители ОАО "РЖД", ОАО "Рефсервис" поддержали доводы и требования кассационных жалоб по мотивам, изложенным в них.

В судебном заседании представители ФАС России, с доводами жалобы не согласились, ссылаясь на несостоятельность, изложенных в ней доводов и просили состоявшиеся по делу судебные акты оставить без изменения, а кассационную жалобу без удовлетворения.

АСОРПС, ООО «СвязьСтройЭнергоРемонт», извещенные в установленном законом порядке о слушании кассационной жалобы представителей в суд не направили. Суд кассационной инстанции счел возможным рассмотреть кассационную жалобу без участия, поскольку в силу пункта 3 статьи 284 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации неявка в судебное заседание лица, подавшего кассационную жалобу, и других лиц, не может являться препятствием для рассмотрения дела в их отсутствие, если они были надлежащим образом извещены о времени и месте судебного разбирательства.

Федеральный арбитражный суд Московского округа, изучив материалы дела, заслушав и обсудив доводы представителей сторон, проверив в порядке статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации правильность применения норм материального права и соблюдения норм процессуального права, не находит оснований к отмене постановления апелляционного суда.

Из установленных судебными инстанциями фактических обстоятельств по делу усматривается, что решением ФАС России от 14.09.2007 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1 10/13-07 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 признаны нарушившими пункт 2, 4, 5, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в создании 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". ФАС России группе лиц в составе ОАО "РЖД", ОАО "Рефсервис" выдано предписание № 110/13-07 от 14.09.2007 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.

Суд первой инстанции, признавая недействительным оспариваемое решение антимонопольного органа 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 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции исключает квалификацию действий указанных лиц как нарушающие антимонопольное законодательство.

Апелляционный суд, отменяя решение суда первой инстанции, признал обоснованным и законным решение ФАС России в части нарушения ОАО "РЖД", ОАО "Рефсервис" пунктов 5, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции. При этом, апелляционный суд обоснованно исходил из того, что ФАС России доказал факты не обоснованного уклонения от предоставления от предоставления подвижного состава грузоотправителю для осуществления перевозок по регулируемым государственным тарифам, в создании дискриминационных условий для собственников/арендаторов и операторов изотермических и рефрижераторных вагонов, группой лиц ОАО "РЖД" ОАО "Рефсервис", занимающих доминирующее положение на товарном рынке предоставления изотермического подвижного состава грузоотправителям/грузополучателям (их представителям) для осуществления перевозок железнодорожным транспортом общего пользования. В то же время апелляционный суд признал недоказанным факт нарушения группой лиц ОАО "РЖД", ОАО "Рефсервис" пунктов 2, 4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Выводы апелляционного суда соответствуют фактическим обстоятельствам, установленным судом в ходе разрешения спора, основаны на правильном применении норм материального права

Осуществляя проверку законности решения антимонопольного органа, апелляционный суд, в соответствии с требованиями статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации всесторонне, полно, объективно исследовав и оценив имеющиеся в материалах дела доказательства, пришел к правильному выводу об обоснованности выводов антимонопольного органа о создании группой лиц ОАО "РЖД" ОАО "Рефсервис", занимающих доминирующее положение на товарном рынке предоставления изотермического подвижного состава грузоотправителям/грузополучателям (их представителям) для осуществления перевозок железнодорожным транспортом общего пользования, выразившихся в неоднократном отказе в предоставлении подвижных составов по государственно регулируемым тарифам.

Апелляционным судом, на основании правильного применения подлежащих применению норм материального права, сделан вывод о правильной квалификации действий ОАО "РЖД" ОАО "Рефсервис" по пунктам 5, 8 части

1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.06 № 135-ФЗ "О защите конкуренции".

В силу пунктов 5, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе, экономически или технологически не обоснованные отказ 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 ; создание дискриминационных условий и препятствий доступу на товарный рынок.

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

В ходе проверки заявлений Ассоциации операторов рефрижераторного подвижного состава, ООО "Калининград-Балтранс", ООО "СвязьСтройЭнергоРемонт" антимонопольным органом выявлены факты уклонения 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 N 47-т/5 от 17.06.2003 г., 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.

Антимонопольным органом в ходе проведения проверок, апелляционным судом при разрешении спора установлено, что перевозчик ОАО "РЖД" в лице филиала ОАО "Рефсервис" , занимающегося организацией перевозок и расчетом за перевозки в изотермическом подвижном составе, 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 со-

ставе, регулирующего отношения сторон по организации перевозок и расчету за перевозки в изотермическом подвижном составе общего парка. 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").

Заключение такого договора, как справедливо указано апелляционным судом, влечет за собой обязанность грузоотправителя по оплате стоимости указанной посреднической услуги в размере процента от стоимости перевозных 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).

Нарушение пункта 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции выразилось в создании 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".

Правомерно признаны несостоятельными и противоречащими материалам дела выводы суда первой инстанции, соответственно доводы ОАО «РЖД» ОАО «Рефсервис» о том, что антимонопольным органом не исследован рынок услуг и не определено доминирующее положение субъектов.

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.

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.

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 N 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.

Правомерность выводов антимонопольного органа и апелляционного суда о доказанности факта совершения нарушения антимонопольного законодательства подтверждена совокупностью представленных антимонопольным органом доказательств, а именно, договором между ОАО "Рефсервис" и ОАО "РЖД" N 87/2006 от 27.04.2006 г., телеграммой ОАО "РЖД" от 29.06.2006 № ЦФТОМИР-6/19, иными доказательствами подтверждающими факт отклонения 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. Указанным доказательствам дана надлежащая оценка в соответствии с требованиями статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса РФ в их совокупности, что нашло свое отражение в постановлении апелляционного суда.

Апелляционный суд, правильно применив нормы статьей 426 784 785 789 Гражданского кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 10.01.2003 № 17-ФЗ "О железнодорожном транспорте в Российской Федерации", Устава железнодорожного транспорта пришел к обоснованному выводу 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 кру-

га 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 (перевозчика) под перевозку по регулируемым тарифам.

Пунктом 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 N 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.

Требования перевозчика указанные в приложении № 8 к типовому договору при подаче заявки (форма ГУ-12) на предоставление изотермического и рефрижераторного подвижного состава общего парка (перевозчика) 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.



При таких обстоятельствах, выводы апелляционного суда о доказанности факта нарушения группой лиц ОАО "РЖД" ОАО "Рефсервис", занимающих доминирующее положение на товарном рынке предоставления изотермического подвижного состава грузоотправителям/грузополучателям, пунктов 5, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, являются обоснованными и соответствующими фактическим обстоятельствам по делу. Правомерными являются также выводы апелляционного суда в части недоказанности факта нарушения группой лиц ОАО "РЖД", ОАО "Рефсервис" пунктов 2, 4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Что же касается доводов заявителей кассационных жалоб, то они фактически повторяют доводы, изложенные в суде первой и апелляционной инстанции, и направлены на переоценку выводов арбитражного суда первой и апелляционной инстанции и выходят за пределы полномочий суда кассационной инстанции. Указанные доводы судом рассмотрены и им дана оценка, что нашло свое отражение в судебных актах.

Нормы процессуального права, несоблюдение которых является основанием для отмены решения в соответствии с частью 4 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, не нарушены.

Руководствуясь статьями 176, 284-289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации

#### ПОСТАНОВИЛ:

постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 сентября 2008 года по делу № А40-66608/07-94-482 оставить без изменения, кассационную жалобу без удовлетворения.

Председательствующий  
судья

Латыпова Р.Р.

судья

Борзыкин М.В.

судья

Летягина В.А.