



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

ПОСТАНОВЛЕНИЕ
№09АП-7565/2008-АК

г.Москва

№ А40-21396/08-149-232

14 июля 2008 года

Резолютивная часть постановления объявлена 08.07.2008

Постановление в полном объеме изготовлено 14.07.2008

Девятый арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего судьи Пронниковой Е.В.,

судей

Веклича Б.С., Попова В.И.,

при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Халиной И.Ю.

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу Федеральной антимонопольной службы

на решение Арбитражного суда г.Москвы от 26.05.2008

по делу №А40-21396/08-149-232

по заявлению Компании «Дурбе Лимитед»

к Федеральной антимонопольной службе (ФАС России),

о признании незаконным и отмене постановления о привлечении к административной ответственности,

при участии в судебном заседании:

представителя заявителя Васильевой Н.А. (доверенность от 21.01.2008 удостоверение №8818),

представителей заинтересованного лица Романенковой И.И. (доверенность от 12.05.2008, удостоверение №3091), Макаркиной Е.В. (доверенность от 01.10.2007, удостоверение №1103),

УСТАНОВИЛ:

Решением Арбитражного суда г.Москвы от 26.05.2008, принятым по данному делу, отказано в удовлетворении заявленных Компанией «Дурбе Лимитед» требований о признании незаконным и отмене постановления Федеральной антимонопольной службы от 28.03.2008 по делу об административном правонарушении №1 28/32-08 о привлечении заявителя к административной ответственности, предусмотренной ч.3 ст.19.8 КоАП РФ.

В обоснование принятого решения суд указал на законность и обоснованность оспариваемого постановления по делу об административном правонарушении, исходя из того, что антимонопольным органом выдано положительное заключение на приобретение Компанией «Дурбе Лимитед» 100% доли в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» посредством заключения Компанией договора купли-продажи 100% доли в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» с Компанией «Вайдвол Инкорпорейтед», однако Компания «Дурбе Лимитед» не совершила сделку, на которую было выдано положительное заключение, а совершила иную сделку по приобретению у иностранного юридического лица акций (долей) другого иностранного юридического лица (Компании «Вайдвол Инкорпорейтед»), владеющего долями ООО

«ВАЙДВОЛ». Суд пришел к выводу о том, что состав участников совершенных заявителем сделок изменился и отличается от состава участников сделки, о совершении которой ходатайствовала Компания «Дурбе Лимитед».

Не соглашаясь с принятым решением, заявитель в апелляционной жалобе просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявленных Компанией требований. При этом заявитель в жалобе и дополнениях к ней указывает на то, что судом не проверено соблюдение антимонопольным органом срока давности привлечения Компании к административной ответственности, тогда как этот срок ФАС России пропущен, поскольку сделка совершена 28.02.2007 и постановление о привлечении заявителя к административной ответственности должно было быть вынесено в течение года с указанной даты. Считает, что правонарушение, предусмотренное ст.19.8 КоАП РФ, не является длящимся, и моментом совершения данного правонарушения является день, следующий за днем, в который заканчивается срок для получения предварительного согласия ФАС России по ходатайству заявителя, поданному в антимонопольный орган. Кроме того, заявитель полагает, что отсутствует событие административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена ч.3 ст.19.8 КоАП РФ, поскольку результат совершенной Компанией сделки (для целей контроля за соблюдением антимонопольного законодательства) фактически является таким же, что и результат, достигнутый при совершении сделки, о совершении которой ходатайствовала Компания перед антимонопольным органом.

Представитель ФАС России поддержал решение суда первой инстанции, не согласившись с доводами апелляционной жалобы. Указывает, что изменился состав участников сделки, ее предмет и содержание, в связи с чем антимонопольный орган выдал разрешение на иную сделку, чем та, которая фактически была совершена. Таким образом, считает ответчик, Компанией не было представлено в антимонопольный орган ходатайство о даче согласия на совершенную сделку, в связи с чем привлечение заявителя к административной ответственности законно и обоснованно. Полагает, что срок давности привлечения заявителя к административной ответственности антимонопольным органом не пропущен, поскольку его следует исчислять с момента осуществления сделки (а не заключения договора, как считает заявитель); при этом осуществление сделки происходило в период с 01.04.2007 по 23.08.2007.

Изучив материалы дела, заслушав представителей сторон, поддержавших в судебном заседании изложенные в жалобе, дополнениях к ней и отзыве на жалобу доводы и требования, суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что оснований для отмены или изменения судебного акта не имеется.

Как усматривается из материалов дела, Федеральной антимонопольной службой 28.12.2006 согласовано ходатайство Компании «Дурбе Лимитед» о совершении сделки по приобретению Компанией «Дурбе Лимитед» 38,46% голосующих акций ОСАО «Ингосстрах», о чем выдано заключение от 28.12.2006 №АК/22134.

При этом, исходя из представленных в рамках ходатайства документов, сделку предполагалось осуществить путем приобретения Компанией «Дурбе Лимитед»:

- 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ», которому принадлежат 99% долей в уставном капитале ООО «Новый капитал», которое в свою очередь владеет 15,85% голосующих акций ОСАО «Ингосстрах»;
- 100% долей в уставном капитале ООО «ГАРТМЕЙ», которому принадлежат 99% долей в уставном капитале ООО «Инвестиционная инициатива», которое, в свою очередь, владеет 15,85% голосующих акций ОСАО «Ингосстрах»;
- 99% акций ЗАО «ТГ «ОПТИМУМ», которому принадлежат 100% долей в уставном капитале ООО «Вега», которое, в свою очередь, владеет 6,75% голосующих акций ОСАО «Ингосстрах».

ФАС России заключениями от 28.12.2006 за номерами АК/22131, АК/22132 и АК/22133 было дано предварительное согласие на совершение сделок по

приобретению Компанией «Дурбе Лимитед» 100% долей в уставном капитале ООО «ГАРТМЕЙ», 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ», 99% голосующих акций ЗАО «ТГ «ОПТИМУМ».

В связи с поступившим в ФАС России обращением Депутата государственной Думы антимонопольной службой была проведена дополнительная проверка сведений, представленных при рассмотрении ходатайства, и в адрес Компании «Дурбе Лимитед» был направлен запрос о получении необходимой информации от 17.04.2007 №АК/5462.

Письмом от 23.08.2007 Компания сообщила антимонопольному органу информацию, из которой следовало, что в период с 28.02.2007 по 23.08.2007 Компания приобрела косвенный контроль над российскими хозяйствующими субъектами ООО «ВАЙДВОЛ», ООО «ГАРТМЕЙ», ЗАО «ТГ «ОПТИМУМ», ООО «Новый капитал», ООО «Инвестиционная инициатива», ООО «Вега». Соглашение в отношении акций (долей) данных хозяйственных обществ было достигнуто между иностранными лицами за пределами территории Российской Федерации (том 1 л.д.86-90).

В итоге антимонопольный орган пришел к выводу о том, что содержанием заключенных Компанией сделок в отличие от сделок, согласованных ФАС России заключениями от 28.12.2006 №АК/22131, АК/22132 и АК/22133, явилось не приобретение долей (акций) российских компаний: ООО «ВАЙДВОЛ», ООО «ГАРТМЕЙ», ЗАО «ТГ «ОПТИМУМ», а приобретение прав, позволяющих определять условия осуществления данными организациями предпринимательской деятельности, путем приобретения акций (долей) иностранных юридических лиц, владеющих акциями (долями) указанных российских хозяйственных обществ.

04.02.2008 антимонопольным органом в отношении Компании «Дурбе Лимитед» вынесено определение о возбуждении дела об административном правонарушении №1 28/32-08 и проведении административного расследования (том 1 л.д.82).

26.02.2008 ФАС России составлен протокол об административном правонарушении №1 28/32-08, в котором зафиксирован факт совершения Компанией «Дурбе Лимитед» административного правонарушения, предусмотренного ч.3 ст.19.8 КоАП РФ, выразившегося в совершении Компанией «Дурбе Лимитед» сделки по приобретению прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности ООО «ВАЙДВОЛ», без предварительного согласия антимонопольного органа.

28.03.2008 ФАС России вынесено постановление по делу об административном правонарушении №1 28/32-08 о привлечении Компании «Дурбе Лимитед» к административной ответственности, предусмотренной ч.3 ст.19.8 КоАП РФ, в виде взыскания штрафа в сумме 300 000 рублей за непредставление в антимонопольный орган ходатайств, предусмотренных антимонопольным законодательством РФ.

Отказывая в удовлетворении заявленных Компанией требований, суд первой инстанции правомерно исходил из законности и обоснованности данного постановления.

В соответствии с ч.1 ст.28 Федерального закона «О защите конкуренции» в случае, если суммарная стоимость активов по последним балансам лиц (групп лиц), приобретающих акции (доли), права и (или) имущество, и лица (группы лиц), акции (доли) и (или) имущество которого и (или) права в отношении которого приобретаются, превышает три миллиарда рублей или если их суммарная выручка от реализации товаров за последний календарный год превышает шесть миллиардов рублей и при этом стоимость активов по последнему балансу лица (группы лиц), акции (доли) и (или) имущество которого и (или) права в отношении которого приобретаются, превышает сто пятьдесят миллионов рублей, либо если одно из указанных лиц включено в реестр, с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляются в том числе:

- приобретение лицом (группой лиц) голосующих акций акционерного общества либо долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью;

- приобретение лицом (группой лиц) в результате одной или нескольких сделок прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности хозяйствующих субъектов.

Соответственно, исходя из смысла приведенной нормы, Законом о конкуренции предусматривается подача ходатайств при различных способах приобретения контроля, позволяющего определять условия осуществления коммерческой организацией предпринимательской деятельности как путем приобретения акций (долей) хозяйствующих субъектов, так и на основании иных сделок. При этом оценка состояния конкурентной среды при рассмотрении ходатайств на совершение сделки по приобретению акций (долей) хозяйствующего субъекта и приобретению прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности хозяйствующего субъекта, также различна. В связи с этим необходимо проведение отдельного исследования состояния конкурентной среды на определенном рынке, в том числе выяснения сведений о группе лиц организаций, участвующих в сделке по экономической концентрации, которые являются решающими для принятия решения по ходатайству.

Согласно ч.2 ст.32 названного Закона лица, заинтересованные в осуществлении сделок, предусмотренных статьями 27-29 Закона, представляют в антимонопольный орган ходатайства о даче согласия на осуществление указанных сделок.

Следовательно, сделки, достигнутые относительно прав в отношении коммерческих организаций, находящихся на территории Российской Федерации, которые приводят (могут привести) к ограничению конкуренции в РФ, подлежат согласованию с антимонопольным органом.

Согласно пункту 2 части 5 статьи 32 Закона о защите конкуренции одновременно с ходатайством в антимонопольный орган представляются документы, определяющие предмет и содержание сделки, иного действия, подлежащих государственному контролю.

При этом в случае представления в антимонопольный орган не всех указанных в части 5 статьи 32 Закона о защите конкуренции документов и сведений антимонопольный орган в течение пяти рабочих дней уведомляет заявителя о том, что ходатайство не считается представленным с указанием не представленных заявителем документов и сведений согласно пункту 3.30 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользование основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных законодательством РФ, утвержденного приказом ФАС России от 20.09.2007 №294.

Из анализа приведенных норм следует, что под ходатайством следует понимать полный комплект документов и сведений, представляемый в антимонопольный орган с соответствующим сопроводительным письмом. При этом предмет и содержание предполагаемой к совершению сделки имеют существенное значение для принятия решения по ходатайству.

В настоящем случае, как указывалось выше, в поданном в антимонопольный орган ходатайстве заявителем указывалось, что в целях совершения сделки по приобретению 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ», которому принадлежат 99% долей в уставном капитале ООО «Новый капитал», которое в свою очередь владеет 15,85% голосующих акций ОСАО «Ингосстрах», Компания «Дурбе Лимитед» намерена заключить договор купли-продажи 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» с Компанией «Вайдвол Инкорпорейтед».

Следовательно, Компания «Дурбе Лимитед» ходатайствовала о совершении сделки по приобретению 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» посредством заключения договора купли-продажи, проект которого был

приложен к материалам ходатайства, и антимонопольный орган, рассматривая данное ходатайство и принимая по нему решение от 28.12.2006, исходил из того, что сделка по приобретению Компанией «Дурбе Лимитед» 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» не приведет к ограничению конкуренции в случае ее совершения заявленным в ходатайстве способом посредством заключения Компанией «Дурбе Лимитед» договора купли-продажи 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» с Компанией «Вайдвол Инкорпорейтед».

В соответствии с ч.2 ст.33 Закона о защите конкуренции по результатам рассмотрения ходатайства о даче согласия на осуществление сделки, иного действия, подлежащих государственному контролю, антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении ходатайства, если сделка, иное действие, заявленные в ходатайстве, не приведут к ограничению конкуренции.

В рассматриваемом случае ФАС России приняла решение об удовлетворении ходатайства Компании о приобретении 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ», следовательно, ФАС России дано предварительное согласие на совершение указанной сделки именно способом, заявленным в ходатайстве, то есть посредством заключения Компанией «Дурбе Лимитед» договора купли-продажи 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» с Компанией «Вайдвол Инкорпорейтед».

При таких обстоятельствах не могут быть признаны обоснованными доводы заявителя относительно того, что согласие антимонопольного органа получено на приобретение 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» как таковое, вне зависимости от того, в какой форме будет осуществлено это приобретение.

Нельзя признать обоснованным и довод Компании о том, что изменение формы сделки не могло изменить влияние ее на конкуренцию.

Суд апелляционной инстанции считает правомерным вывод антимонопольного органа относительно того, что состав участников фактически совершенной заявителем сделки изменился по сравнению с составом участников сделки, о совершении которой ходатайствовала Компания. Так, в ходатайстве указано, что продавцом по сделке будет выступать Компания «Вайдвол Инкорпорейтед», предметом - 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ»; в результате совершенной сделки предметом были акции Компании «Вайдвол Инкорпорейтед», а продавцом выступило иностранное юридическое лицо, на момент совершения сделки владевшее акциями Компании «Вайдвол Инкорпорейтед».

Таким образом, очевидно, что изменился состав участников сделки по отношению к заявленным в ходатайстве, а также предмет и содержание сделки.

Вместе с тем антимонопольным органом выдано положительное заключение от 28.12.2006 №АК/22132 на приобретение Компанией «Дурбе Лимитед» 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» посредством заключения Компанией «Дурбе Лимитед» договора купли-продажи 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» с Компанией «Вайдвол Инкорпорейтед». Однако Компания «Дурбе Лимитед» не совершила сделку, на которую было выдано положительное заключение от 28.12.2006 №АК/22132, а совершила иную сделку по приобретению у иностранного юридического лица акций другого иностранного юридического лица (Компании «Вайдвол Инкорпорейтед»), владеющего голосующими долями в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ».

Следует отметить, что при проведении анализа рынка в рамках рассмотрения ходатайства Компании и выдачи заключения от 28.12.2006 с целью установления наличия (возможности возникновения, усиления) доминирующего положения у Компании «Дурбе Лимитед», антимонопольным органом не учитывались финансово-экономические возможности, а также группа лиц продавца по предполагаемой сделке купли-продажи 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» - Компании «Вайдвол Инкорпорейтед», поскольку в результате совершения этой сделки Компания «Вайдвол Инкорпорейтед» передавала 100% долей в уставном капитале ООО «ВАЙДВОЛ» и утрачивала возможность оказывать влияние на предпринимательскую деятельность ООО «ВАЙДВОЛ».

Соответственно, принимая во внимание изменение состава участников совершенной сделки, ее предмета и содержания, анализ рынка с целью установления доминирующего положения Компании «Дурбе Лимитед» должен учитывать финансово-экономические возможности, а также группу лиц Компании «Вайдвол Инкорпорейтед».

При изложенных обстоятельствах, учитывая, что Компания «Дурбе Лимитед» не представила в антимонопольный орган ходатайства о даче предварительного согласия на совершение сделки по приобретению прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности ООО «ВАЙДВОЛ», вывод антимонопольного органа о наличии в действиях заявителя состава административного правонарушения, предусмотренного частью 3 статьи 19.8 КоАП РФ, является правомерным.

Далее, что касается довода подателя жалобы относительно пропуска антимонопольным органом срока давности привлечения Компании к административной ответственности. Заявитель ведет речь о том, что означенный срок следует исчислять с 28.02.2007 – момента заключения сделки по приобретению Компанией косвенного контроля над российскими хозяйственными обществами ООО «ВАЙДВОЛ», ООО «ГАРТМЕЙ», ЗАО «Оптимум», ООО «Новый капитал», ООО «Инвестиционная инициатива» и ООО «Вега».

Данные доводы заявителя не принимаются судом апелляционной инстанции как необоснованные.

Как видно из материалов дела, на запрос антимонопольного органа от 17.04.2007 Компанией «Дурбе Лимитед» 24.08.2007 была представлена информация, в которой указывалось на то, что 28.02.2007 Компанией была заключена сделка по приобретению миноритарного пакета голосующих акций ОСАО «Ингосстрах» путем приобретения косвенного контроля над российскими хозяйственными обществами ООО «ВАЙДВОЛ», ООО «ГАРТМЕЙ», ЗАО «Оптимум», ООО «Новый капитал», ООО «Инвестиционная инициатива» и ООО «Вега».

Более того, в данном ответе Компания «Дурбе Лимитед» сообщила, что ею «в период с 28.02.2007 по настоящее время» приобретен косвенный контроль над означенными российскими хозяйственными обществами (том 1 л.л.87, 88). То есть сделка, о которой ведет речь Компания, совершена 23.08.2007 (дата, которой датировано письмо – том 1 л.д.86).

Таким образом, годичный срок давности привлечения Компании к административной ответственности следует исчислять с указанной даты – 23.08.2007.

При этом суд апелляционной инстанции считает правомерным довод антимонопольного органа о том, что сделка считается осуществленной с момента перехода соответствующих прав и обязанностей, но не с момента заключения договора. Соответственно, срок давности привлечения к административной ответственности подлежит исчислению с момента фактического осуществления сделки.

Следует отметить, что антимонопольным органом были предприняты меры по истребованию у Компании документально подтвержденной информации относительно заключенной сделки. Так, в определении о возбуждении дела об административном правонарушении от 04.02.2008 антимонопольным органом было предложено Компании в трехдневный срок со дня получения определения обеспечить представление в ФАС России документов: договора купли-продажи акций (долей) иностранного юридического лица, в результате которого Компания «Дурбе Лимитед» получила права, позволяющие определять условия осуществления предпринимательской деятельности ООО «ВАЙДВОЛ»; документы, подтверждающие факт приобретения Компанией прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности ООО «ВАЙДВОЛ» (том 1 л.д.82).

Между тем означенные документы Компанией в антимонопольный орган ни в указанный срок, не позднее представлены не были. Определением от 28.02.2008 рассмотрение дела об административном правонарушении антимонопольным органом было отложено по ходатайству Компании (при этом указанные документы по-прежнему не были представлены), и 28.03.2008 ФАС России отклонила ходатайство Компании о

прекращении производства по делу, и рассмотрев дело об административном правонарушении, привлекла Компанию к административной ответственности, предусмотренной ч.3 ст.19.8 КоАП РФ.

Не были представлены соответствующие документы (договор купли-продажи от 28.02.2007, и другие документы, подтверждающие факт совершения сделки) и в суд первой инстанции.

Вместе с тем заявителем в суд апелляционной инстанции был представлен документ - свидетельство о полномочиях от 13.03.2007, подтверждающий, по мнению Компании, тот факт, что сделка была совершена в день заключения договора (28.02.2007). Податель жалобы указывает на то, что данный документ подтверждает, что по состоянию на 13.03.2007 заявитель уже являлся единственным акционером Компании «ТОП НОУТ ЛИМИТЕД», что является, по его мнению, неоспоримым доказательством пропуска срока давности привлечения Компании «Дурбе Лимитед» к административной ответственности.

Данные доводы не приняты судом апелляционной инстанции как несостоятельные. Оценив в соответствии со ст.71 АПК РФ названный документ (том 2 л.д.64), суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что данное свидетельство о полномочиях не подтверждает факт того, что сделка была совершена в момент заключения договора 28.02.2007. И то, что по состоянию на 13.03.2007 (дата выдачи выписки) Компания «Дурбе Лимитед» являлась акционером Компании «ТОП НОУТ ЛИМИТЕД» с наличием в собственности акций в количестве 10 шт., не свидетельствует об указанном обстоятельстве, тем более что, как упоминалось выше, данный документ не был представлен в антимонопольный орган ни с Дополнением к ответам на вопросы от 23.08.2007, ни при рассмотрении дела об административном правонарушении.

При изложенных обстоятельствах суд апелляционной инстанции считает вывод суда первой инстанции о необходимости отказа в удовлетворении требований заявителя законным и обоснованным.

Основываясь на изложенном, суд апелляционной инстанции полагает, что суд первой инстанции вынес законное и обоснованное решение, полно и правильно установил обстоятельства дела, применил нормы материального права, подлежащие применению, и не допустил нарушения процессуального закона, в связи с чем оснований для отмены или изменения судебного акта не имеется.

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

ПОСТАНОВИЛ:

Решение Арбитражного суда г.Москвы от 26.05.2008 по делу №А40-21396/08-149-232 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

Е.В.Пронникова

Судьи:

В.И.Попов

Б.С.Веклич