



## СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

634050, г. Томск, ул. Набережная реки Ушайки 24.

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ

г. Томск

Дело № 07АП-2481/10

21 мая 2010 г.

Резолютивная часть постановления объявлена 20 мая 2010г.

Полный текст постановления изготовлен 21 мая 2010г.

Седьмой Арбитражный апелляционный суд в составе:

Председательствующего А. В. Солодилова,

Судей Л. И. Ждановой,

В. А. Журавлевой,

при ведении протокола судебного заседания помощником судьи Д.Н. Аюшевым при участии:

от заявителя: не явился (извещен)

от ответчика: не явился (извещен)

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу Общества с ограниченной ответственностью «Энергосервис», г. Новосибирск,

на решение Арбитражного суда Новосибирской области

от 22.01.2010 года по делу № А45-24215/2009 (судья Васютина О.М.)

по заявлению Общества с ограниченной ответственностью «Энергосервис», г. Новосибирск,

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области, г. Новосибирск,

о признании недействительными решения по делу № 02-01-45-10-09 от 18.09.2009, предписания № 02-01-45-10-09 от 18.09.2009,

### УСТАНОВИЛ:

Общество с ограниченной ответственностью «Энергосервис» (далее по тексту – Общество, заявитель) обратилось в Арбитражный суд Новосибирской области с заявлением о признании недействительными решения по делу № 02-01-45-10-09 от 18.09.2009 и предписания № 02-01-45-10-09 от 18.09.2009 Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее по тексту - УФАС по Новосибирской области, антимонопольный орган).

Решением Арбитражного суда Новосибирской области от 22.01.2010 г. в удовлетворении заявленных Обществом требования отказано.

Заявитель с решением суда не согласился, обратился в суд апелляционной инстанции с апелляционной жалобой, в которой указывает, что выводы, изложенные в решении суда, не соответствуют обстоятельствам дела. В обоснование жалобы Общество ссылается на следующее.

Имеется очевидное противоречие, поскольку организации, арендующие объекты недвижимости, расположенные в непосредственной близости друг от друга, имеют равные возможности подключения к поставщикам энергоресурсов, и если одним из опрошенных арендаторов выражено мнение о том, что такая возможность имеется, следовательно, такая возможность может быть и у других арендаторов, расположенных на территории по адресу: г. Новосибирск, ул. Петухова 79.

Вопреки доводам ООО «Энергосервис», выраженным как при рассмотрении дела УФАС по Новосибирской области, так и в жалобе на решение антимонопольного органа, о том, что при проведении анализа не были опрошены собственники объектов недвижимости, при

этом УФАС по Новосибирской области, а затем и арбитражный суд посчитали достаточным мнения арендаторов для того, чтобы сделать вывод о доминирующем положении ООО «Энергосервис».

Подробно доводы Общества изложены в апелляционной жалобе.

Антимонопольный орган представил отзыв, в котором просит решение арбитражного суда оставить без изменения, апелляционную жалобу - без удовлетворения. Доводы Общества считает необоснованными по основаниям, изложенным в отзыве.

Лица, участвующие в деле, надлежащим образом извещенные о месте и времени судебного заседания, в суд апелляционной инстанции не явились, что в силу ч. 3 ст. 156 АПК РФ не является препятствием к рассмотрению дела в их отсутствие.

Законность и обоснованность обжалуемого судебного акта проверены арбитражным судом апелляционной инстанции в порядке, предусмотренном статьями 266, 268 АПК РФ.

Как следует из материалов дела, на основании поступившей жалобы ООО «Астрон» на действия ООО «Энергосервис» УФАС по Новосибирской области проведена проверка заявителя на предмет соблюдения антимонопольного законодательства.

По результатам проведенной проверки решением УФАС по Новосибирской области от 18.09.2009 по делу № 02-01-45-10-09 ООО «Энергосервис» признано нарушившим п. 10 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», которое выразилось в предоставлении услуг по передаче электрической энергии, отоплению и горячему водоснабжению по тарифам, не установленным Департаментом по тарифам Новосибирской области.

На основании решения от 18.09.2009 ООО «Энергосервис» выдано предписание 18.09.2009 № 02-01-45-10-09, в соответствии с которым ему необходимо прекратить нарушение пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона № 135-ФЗ от 26.07.2006г «О защите конкуренции», в связи с этим ООО «Энергосервис» с 01.01.2010 необходимо применять тарифы на предоставление услуг по передаче электрической энергии, установленные Департаментом по тарифам Новосибирской области.

Заявитель полагая, что указанные ненормативные акты не соответствуют закону и нарушают его права в сфере предпринимательской деятельности, обратился с соответствующим заявлением в арбитражный суд.

В соответствии с пунктом 10 части 1 статьи 10 Закона № 135-ФЗ 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 нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

Согласно ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту 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 - субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии (п. 5 ст. 5 Закона о защите конкуренции).

В соответствии с п. 8 ст. 4 Закона о защите конкуренции дискриминационные условия - условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами.

Согласно ст. 3 Федерального закона Российской Федерации от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» (далее - Закон № 147-ФЗ) естественная монополия - состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на

товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товара.

Статьей 4 Закона № 147-ФЗ предусмотрено, что услуги по передаче тепловой энергии, электрической энергии являются сферой деятельности субъектов естественных монополий.

В соответствии со ст. 1 Федерального закона от 14.04.1995 № 41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» энергоснабжающая организация - хозяйствующий субъект, осуществляющий продажу потребителям произведенной или купленной электрической и (или) тепловой энергии.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 14.04.1995 № 41-ФЗ «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации» органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации в области государственного регулирования тарифов в срок, определяемый Правительством Российской Федерации, устанавливают тарифы на электрическую и тепловую энергию, поставляемую энергоснабжающими организациями потребителям, в том числе населению, в рамках указанных предельных уровней тарифов.

Материалами дела подтверждается, что основными видами деятельности общества являются: производство, передача и распределение электроэнергии; деятельность по обеспечению работоспособности электрических сетей; производство, передача и распределение пара и горячей воды (тепловой энергии); производство пара и горячей воды (тепловой энергии) котельными; деятельность по обеспечению работоспособности котельных, тепловых сетей, электрических сетей (л.д. 12). При этом заявитель имеет собственную котельную для технологических нужд и отпускает тепловую энергию, а также продает потребителям электрическую энергию, приобретенную у ОАО «СибирьЭнерго».

Потребители получают тепловую энергию от Общества по присоединенным к нему тепло-электросетям, в силу чего не могут приобрести услуги по тепло-электроснабжению за границами той территории, на которой их оказывает заявитель.

В ходе рассмотрения антимонопольного дела УФАС по Новосибирской области был произведен анализ рынка услуг электроснабжения, отопления, горячего водоснабжения потребителей по адресу: ул. Петухова, 79 в г. Новосибирске, составлен аналитический отчет, которым установлено доминирующее положение ООО «Энергосервис» на указанном рынке с долей 100%.

В соответствии с п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ № 30 от 30.06.2008 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» условия признания лица занимающим доминирующее положение на рынке определенного товара (ограниченного в силу пункта 4 статьи 4 Закона о защите конкуренции, в том числе территориальными пределами) определяются статьей 5 Закона.

Установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта производится с учетом его доли на рынке определенного товара. При этом доля признается, если не доказано иное, равной указанной в реестре хозяйствующих субъектов.

Вместе с тем при рассмотрении споров о нарушениях, совершенных лицом, не включенным в реестр хозяйствующих субъектов, не может быть отказано в признании его занимающим доминирующее положение на рынке лишь в связи с тем, что такое лицо в данный реестр не включено. Доля лица на рынке определенного товара, а на ее основе и факт занятия им доминирующего положения могут быть установлены также на основании иных документов.

Кроме того, следует учитывать, что если доля лица на рынке определенного товара превышает 50 процентов, то в силу пункта 1 части 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции положение такого лица признается доминирующим, если не доказано иное.

Порядок проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарных рынках утвержден приказом Федеральной антимонопольной службы от 25.04.2006 № 108 (далее - Порядок).

В соответствии с п. 3 ст. 4 Закона о защите конкуренции взаимозаменяемыми товарами являются товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким

образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях).

В соответствии с п. 5 Порядка основным методом определения продуктовых (географических) границ товарного рынка является метод, предусмотренный подпунктом «а» данного пункта, а именно метод, основанный на сведениях, представляемых покупателем (покупателями) данного товара.

Опрошенные потребители - ООО «Столица» (вх. № 4150 от 23.06.2009), ООО ТД «Мотор» (вх. № 4279 от 26.06.2009), ООО «Трактор-Сервис-Новосибирск» (вх. № 4065 от 19.06.2009) признали невзаимозаменяемость услуг электроснабжения, отопления, горячего водоснабжения, водоотведения, водопотребления с другими услугами.

Предварительное определение продуктовых границ товарного рынка в соответствии с п. 14 Порядка произведено на основании условий договоров, заключенных ООО «Энергосервис» с потребителями и платежных документов. Необходимость в оказании услуг электроснабжения, отопления, горячего водоснабжения, водоотведения, водопотребления потребителям по адресу: г. Новосибирск, ул. Петухова, 79, объясняется тем, что таким образом потребители получают указанные выше услуги, необходимые для обеспечения их жизнедеятельности.

На основании изложенного, продуктовые границы определены в соответствии с п.п. 5, 13, 14, 15 Порядка как «услуга электроснабжения», «услуга отопления», «услуга горячего водоснабжения», «услуга водоотведения», «услуга водопотребления».

В соответствии с п. 4 ст. 4 Закона о защите конкуренции товарный рынок - сфера обращения товара (в том числе иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Согласно п. 23 Порядка географические границы рынка определены территорией, на которой покупатель (покупатели) приобретает или имеет экономическую возможность приобрести товар и не имеет такой возможности за ее пределами, а именно по адресу: ул. Петухова, 79, г. Новосибирск.

Условиями обращения товара, ограничивающими экономические возможности приобретения товара покупателем, является использование технологической инфраструктуры (электрических, тепловых сетей, сетей горячего водоснабжения, водоотведения и водопотребления), необходимой для получения услуг электроснабжения, отопления, горячего водоснабжения, водоотведения, водопотребления. Связи с этим, географические границы рынка определены территорией расположения электрических, тепловых сетей, сетей горячего водоснабжения, водоотведения и водопотребления ООО «Энергосервис» по адресу: ул. Петухова, 79, г. Новосибирск.

Таким образом, согласно п. 25 Порядка рассматриваемые рынки услуг электроснабжения, отопления, горячего водоснабжения, водоотведения, водопотребления - локальные, так как не выходят за границы муниципального образования, а именно за территорию г. Новосибирска.

Основным методом определения географических границ исследуемого рынка, также как и продуктовых границ, является в соответствии с п. 5 Порядка метод, основанный на сведениях, представляемых покупателем (покупателями) данного товара.

Так, опрошенные потребители - ООО «Столица» (вх. № 4150 от 23.06.2009), ООО ТД «Мотор» (вх. № 4279 от 26.06.2009), ООО «Трактор-Сервис-Новосибирск» (вх. № 4065 от 19.06.2009) представили ответы о том, что для них отсутствует возможность получения услуг электроснабжения, отопления, горячего водоснабжения, водоотведения, водопотребления от других хозяйствующих субъектов, кроме ООО «Энергосервис», а также ответы о том, что для них получение вышеуказанных услуг по адресу: ул. Петухова, 79, в г. Новосибирске, невзаимозаменяемо с получением этих услуг на иных территориях города Новосибирска.

В соответствии с ответом ООО ТД «Мотор» возможность подключения данным хозяйствующим субъектом к иным хозяйствующим субъектам, оказывающим аналогичные услуги, рассматривалась ООО ТД «Мотор», однако условия, предложенные ООО «Энергосервис» оказались для него обоснованными и коммерчески более выгодными.

На основании п. 17 Порядка если для замены товара другими товарами в процессе потребления требуется более года или в связи с заменой покупатель товара несет значительные издержки (превышающие 10 % от цены товара), то такие товары не должны относиться к взаимозаменяемым.

Согласно п. 27 Порядка если цена товара, поставляемого с каких-либо территорий (от продавцов, расположенных на каких-либо территориях), оказывается более чем на 10 процентов выше средневзвешенной цены товара, доступного покупателю (покупателям) в пределах предварительно определенных географических границ рассматриваемого товарного рынка, то такие территории (продавцы) должны относиться к другим товарным рынкам.

В своем ответе ООО ТД «Мотор» заявил, что услуги, оказываемые ООО «Энергосервис», не являются для ООО ТД «Мотор» взаимозаменяемыми.

Исходя из ответа ОАО «СибирьЭнерго» (вх. № 5292 от 06.08.09г.) любое изменение действующей схемы технологического присоединения объектов по адресу: ул. Петухова, 79, г. Новосибирск, будет технически сложным и затратным, поскольку данные объекты создавались ранее как единый крупный объект энергопотребления - промплощадка завода ОАО «Винап», соответственно, построение схем энергопотребления осуществлялось между объектами завода взаимосвязано по отношению друг к другу.

ЗАО «Региональные электрические сети», как сетевая организация, оказывающая ОАО «СибирьЭнерго» услуги по передаче электрической энергии, представило ответ (вх. № 1134 от 25.08.2009, вх. № 5837 от 31.08.2009) о том, что техническая возможность подключения объектов ООО «Энергосервис» отсутствует, подключение нагрузки указанных объектов будет возможно после реконструкции ПС «Тулинская», однако в настоящее время инвестиционной программой ЗАО «РЭС» выполнение работ по реконструкции не предусмотрено.

Следовательно, единственным продавцом услуг электроснабжения, отопления, горячего водоснабжения, водоотведения, водопотребления в обозначенных выше географических границах является ООО «Энергосервис».

Таким образом, УФАС по Новосибирской области полностью соблюдена процедура исследования рынка, предусмотренная Порядком, сделан правильный вывод о том, что ООО «Энергосервис» занимает доминирующее положение с долей 100% на рынках услуг электроснабжения, отопления, горячего водоснабжения, водоотведения, водопотребления потребителей в обозначенных географических границах.

Судом апелляционной инстанции не принимается ссылка заявителя на решении Арбитражного суда Новосибирской области по делу № А45-8597/2009 от 29.07.2009 по иску ООО «Астрон» к ООО «Энергосервис» о признании ничтожным договора предоставления услуг по обеспечению электроэнергией от 01.09.2007 № 16, в связи с тем, что данный судебный акт не имеет преюдициального значения для рассмотрения настоящего дела.

При проведении проверки антимонопольным органом установлен факт предоставления услуг по передаче электрической энергии, отоплению и горячему водоснабжению по тарифам, не установленным Департаментом по тарифам Новосибирской области. Поскольку заявитель добровольно прекратил нарушение установленного нормативными актами порядка ценообразования в части оказания услуги теплоснабжения, путем обращения в Департамент по тарифам Новосибирской области с просьбой установить тариф на тепловую энергию, то антимонопольным органом дело о нарушении антимонопольного законодательства в указанной части было прекращено.

При таких обстоятельствах суд первой инстанции правомерно принял доводы УФАС по Новосибирской области, изложенные в решении от 18.09.2009, приведенные им в обоснование квалификации действий ООО «Энергосервис», выразившихся в нарушении пункта 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции путем использования тарифа на электрическую энергию, не установленного Департаментом по тарифам Новосибирской области.

Суд первой инстанции правильно установил, что Общество является субъектом естественной монополии, занимающим доминирующее положение на товарном рынке по отношению к потребителям, расположенных по адресу: г. Новосибирск, ул. Петухова, 79.

Довод апелляционной жалобы о том, что поскольку организации, арендующие объекты недвижимости, расположенные в непосредственной близости друг от друга, имеют равные возможности подключения к поставщикам энергоресурсов, и если одним из опрошенных

арендаторов выражено мнение о том, что такая возможность имеется, следовательно, такая возможность может быть и у других арендаторов, не опровергает выводы суда первой инстанции.

Как было указано выше, если для замены товара другими товарами в процессе потребления требуется более года или в связи с заменой покупатель товара несет значительные издержки (превышающие 10 % от цены товара), то такие товары не должны относиться к взаимозаменяемым (п. 17 Порядка). Поэтому один лишь факт наличия в непосредственной близости от потребителя альтернативного поставщика сходного товара (работы, услуги) не может являться основанием для признания такого товара взаимозаменяемым.

Довод Общества о том, что при проведении анализа не были опрошены собственники объектов недвижимости, судом апелляционной инстанции отклоняется, так как совокупностью представленных в дело доказательств, в том числе письменными ответами арендаторов ООО «Столица» (вх. № 4150 от 23.06.2009), ООО ТД «Мотор» (вх. № 4279 от 26.06.2009), ООО «Трактор-Сервис-Новосибирск» (вх. № 4065 от 19.06.2009) подтверждаются выводы антимонопольного органа и суда первой инстанции.

В соответствии с частью 1 статьи 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

Таким образом, Общество, имея соответствующую возможность, не опровергло представленные антимонопольным органом доказательства.

При изложенных обстоятельствах, принятое арбитражным судом первой инстанции решение является законным и обоснованным, судом полно и всесторонне исследованы имеющиеся в материалах дела доказательства, им дана правильная оценка, нарушений норм материального и процессуального права не допущено, оснований для отмены решения суда первой инстанции, установленных статьей 270 АПК РФ, а равно принятия доводов апелляционной жалобы, у суда апелляционной инстанции не имеется.

На основании изложенного и руководствуясь статьями 258, 268, пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Седьмой арбитражный апелляционный суд

#### **ПО С Т А Н О В И Л:**

Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 22.02.2010 года по делу № А45-24215/2009 - оставить без изменения, апелляционную жалобу – без удовлетворения.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Постановление может быть обжаловано в Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа.

Председательствующий

Солодилов А. В.

Судьи

Жданова Л. И.

Журавлева В. А.