



АРБИТРАЖНЫЙ СУД КЕМЕРОВСКОЙ ОБЛАСТИ

Красная ул., д. 8, Кемерово, 650000
Тел. (384-2) 58-17-59, факс (384-2) 58-37-05
E-mail: info@kemero vo.arbitr.ru
<http://www.kemero vo.arbitr.ru>

ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Р Е Ш Е Н И Е

город Кемерово

Дело № А27- 13220/2011

27 января 2021 г.

Резолютивная часть решения оглашена 25 января 2012г.

Решение в полном объеме изготовлено 27 января 2012 г.

Арбитражный суд Кемеровской области в составе судьи Тимошенко Л.С., при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Гончаровой А.Ю., рассмотрев в судебном заседании дело по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Группа «Магnezит», Челябинская область, г. Сатка

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области,
г. Кемерово

о признании недействительными решение от 19.07.2011 г., предписание, незаконным постановление о привлечении к административной ответственности

3-е лицо : общество с ограниченной ответственностью «Сибпроект», г. Новокузнецк
при участии

от заявителя: Модзелевская А.Н., юрисконсульт, доверенность от 11.04.11 №Д-071-2011, паспорт; Нефедов А.А., представитель по доверенности от 03.10.11, паспорт; Трисветов А.А., представитель по доверенности от 03.10.11, паспорт

от УФАС: Ланцман Л.И., начальник отдела судебной и правовой работы, доверенность от 12.08.11 №150, удостоверение, Горбачев А.В., ведущий специалист-эксперт отдела судебной и правовой работы, доверенность от 04.08.11 №149, удостоверение; Войтенко А.В., ведущий специалист-эксперт отдела ЖКХ, доверенность от 24.02.11 №121, удостоверение;

от ООО «Сибпроект»: Ковалева Я.А., представитель по доверенности от 20.06.11 №4/3-03, паспорт; Кургукова А.В., представитель по доверенности от 14.06.11 №4/3-01, паспорт

у с т а н о в и л:

Общество с ограниченной ответственностью «Группа «Магнезит», Челябинская область, г. Сатка (далее сокращенно – ООО «Группа «Магнезит», Общество), с учетом уточнения требований в порядке ст. 49 АПК РФ, обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Кемеровской области (далее – УФАС по Кемеровской области) от 05.07.11. (решение в полном объеме изготовлено 19.07.2011г.), которым оно признано нарушившим пункт 5 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее по тексту - Закон № 135-ФЗ), а также вынесенным на основании решения предписания от 05.07.2011г. №1 о прекращении нарушений антимонопольного законодательства. Кроме того, настоящее дело объединено с делом №А27-13469/2011, в рамках которого заявитель просит признать незаконным постановление УФАС Кемеровской области от 26.09.2011 о привлечении Общества к административной ответственности по ст.14.31 КоАП РФ, вынесенное на основании решения от 05.07.2011.

ООО «Группа «Магнезит», оспаривая вышеназванные ненормативные акты, указывает, что оно не занимает доминирующее положение на рынке периклазовых порошков марок ППК-85 и ППК-88 в Кемеровской области. Отказ заявителя от возобновления договора поставки огнеупорной продукции с ООО «Сибпроект» обусловлен экономическими и технологическими причинами, в том числе, нехваткой сырья для нужд собственного производства. Антимонопольным органом не учтено, что наравне с контрагентами, которым заявитель поставил большее количество периклазового порошка, чем в предшествующие периоды, существуют контрагенты, в пользу которых поставки периклазового порошка значительно ограничены или полностью прекращены (таблица в заявлении). Сведения об общем снижении объема реализации периклазовых порошков марок ППК-85 и ППК-88 сторонним организациям за период времени с 2009 г. по 2010 г., были оставлены антимонопольным органом также без внимания. Также без внимания антимонопольного органа остались доводы заявителя о сокращении добычи природного магнетита на Саткинском месторождении, являющегося для заявителя главным источником сырья, используемого в производстве огнеупорной продукции.

Заявитель считает необоснованным использование антимонопольным органом сведений об объёмах поставок периклазового порошка в 2010 году при выяснении возможности заявителя поставлять эту продукцию третьим лицам, поскольку вменённое заявителю нарушение имело место в 2009 году.

При оценке конкурентной среды на рынке реализации периклазовых порошков в границах территории Кемеровской области антимонопольным органом сделан неверный вывод об отсутствии взаимозаменяемых товаров для периклазовых порошков марок ППК-85 и ППК-88, что повлекло за собой ошибочное признание заявителя занимающим доминирующее положение на рынке.

Выводы УФАС КО в части отсутствия взаимозаменяемых товаров для периклазового порошка марок ППК-85 и ППК-88 ввиду ухудшения качества продукции при использовании альтернативного источника сырья (лома огнеупорных изделий), заявитель считает основанными на неполной и неверной оценке фактических обстоятельств дела. Антимонопольный орган безосновательно сделал вывод о том, что действия заявителя повлекли за собой ущемление интересов общества, создали препятствия осуществлению предпринимательской деятельности, или могут привести к ограничению конкуренции на рынке реализации огнеупорной продукции.

При рассмотрении дела комиссией антимонопольного органа допущены нарушения административного регламента. В нарушение п. 4 ст. 42 Закона о защите конкуренции привлечение к рассматриваемому делу научных сотрудников Томского политехнического университета не сопровождалось необходимым определением комиссии. В связи с чем, выданное научными сотрудниками Томского политехнического университета заключение не могло быть использовано в качестве доказательства по делу, копия определения о продлении срока рассмотрения дела не направлялась Обществу.

В нарушение п.3.37 Административного регламента комиссия рассмотрела дело за пределами установленного трёхмесячного срока, отсутствуют сквозная нумерация листов и внутренняя опись дела. Состав комиссии, рассмотревший дело и принявший решение, сформирован с нарушением порядка, установленного действующим законодательством, и является нелегитимным. Состав комиссии неоднократно менялся. В составе комиссии, принявшей решение по делу, находилась Александрова Л.А. в отсутствие приказа антимонопольного органа о введении ее в состав комиссии. Приказ появился позже и не соответствует дате его вынесения, на момент вынесения решения

отсутствовал. Все изменения состава комиссии объяснялись антимонопольным органом производственной необходимостью, что нельзя считать надлежащим исполнением требования п. 2 ст. 40 Закона о защите конкуренции о замене членов комиссии только на основании мотивированного решения антимонопольного органа (подробнее – в заявлении, том 1, л.д.7-20).

В связи с этим, в ходе судебного разбирательства в настоящем судебном заседании представителем Общества заявлено устное ходатайство о проведении криминалистической экспертизы приказа УФАС КО от 30.06.2011г. №201 о включении в связи с производственной необходимостью в состав комиссии по рассмотрению дела №120/А-2010 о нарушении антимонопольного законодательства ведущего специалиста-эксперта Александровой Л.А. на предмет выяснения вопроса о периоде изготовления данного приказа, полагая, что он был изготовлен не 30.06.2011, а позднее.

Представители УФАС и третьего лица возражают против удовлетворения данного ходатайства, поскольку считают, что заявитель, таким образом, затягивает рассмотрение дела по существу, а заключение эксперта не повлияет на законность решения, поскольку решение принято комиссией в составе более 3 человек, комиссия была правомочна, кворум имелся, решение подписано всеми ее членами.

Суд, рассмотрев ходатайство в порядке ст.159, ч.5 ст.184 АПК РФ, признал его не подлежащим удовлетворению, приняв во внимание обоснованные возражения представителей УФАС и третьего лица, о чем объявлено сторонам в судебном заседании.

Поскольку решение заявитель считает незаконным, поэтому предписание также считает незаконным. Постановление по делу об административном правонарушении оспаривает, в том числе, в связи с отсутствием надлежащего субъекта административной ответственности, поскольку УФАС не доказал доминирующее положение ООО «Группа «Магnezит», а также недоказанностью вины Общества.

Представители УФАС по Кемеровской области требования считают незаконными и не подлежащими удовлетворению, поскольку все обстоятельства нарушения были исследованы полно и всесторонне и нашли отражение в оспариваемых ненормативных актах, в судебном заседании полностью поддержали доводы, содержащиеся в оспариваемых решении, постановлении по делу об административном правонарушении

и предписании (отзывы по решению – том 2, л.д.15-21, по постановлению об административном правонарушении – том 3, л.д.97-104),

Представители третьего лица поддерживают позицию антимонопольного органа, указывают, что заявитель пояснял, что разрыв партнерских отношений посредством направления писем потребителям о прекращении поставок не носил массовый характер, а был направлен только в адрес ООО «Сибпроект», что позволяет сделать вывод о явном нарушении п.1 ст. 10 Закона «О защите конкуренции». Кроме того, предприятия ООО «Сибпроект» являются прямыми конкурентами на рынке поставок огнеупорных материалов в Кемеровской области, а именно: поставок в адрес ОАО «Объединенный Евраз ЗСМК».

Приобретенные ранее у заявителя периклазовые порошки используются напрямую для производства огнеупорной продукции, а ООО «Группа «Магнезит» г. Сатка, является монополистом в добыче магнезита в РФ (на территории Челябинской области добывается 95% данного сырья в общероссийском масштабе). Отсутствие на протяжении длительного времени жизненно необходимого для поддержания производства сырья ставит под угрозу производственную деятельность предприятия, следовательно, полагают представители третьего лица, они не могут составить честную конкуренцию. Также представители отметили, что доводы заявителя о неправомерном использовании сведений об объемах поставок периклазового порошка в 2010 году антимонопольным органом несостоятельны, так как до настоящего времени ООО «Группа «Магнезит» уклоняется от исполнения договорных отношений, следовательно, правонарушение носит длящийся характер. Доводы заявителя о возможности замены периклазовых порошков на альтернативную продукцию считают не обоснованными, так как производство данного продукта производителем не прекращено, а закуп вторичного сырья чреват для ООО «Сибпроект» дополнительными затратами по переработке, приобретению и использования оборудования для такой переработки, наем персонала, и иные непрофильные затраты для производства продукции (письменный отзыв в томе 4, л.д.11).

Оценив представленные доказательства, в том числе, пояснения представителей лиц, участвующих в деле, суд не нашел оснований для удовлетворения требований заявителя, исходя из следующего:

23.06.2010 в адрес УФАС по Кемеровской области поступило заявление ООО «Сибпроект» о наличии в действиях ООО «Группа «Магнезит», г.Сатка Челябинской области признаков нарушения антимонопольного законодательства, выразившегося в отказе от заключения договора поставки порошка периклазового.

Приказом УФАС по Кемеровской области № 298 от 05.10.2010 г. возбуждено дело по признакам нарушения ООО «Группа «Магнезит» пункта 5 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

По результатам рассмотрения дела комиссия УФАС в решении от 05.07.2011 (в полном объеме изготовлено 19.07.2011) признала ООО «Группа «Магнезит» нарушившим пункт 5 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (сокращенно – Закон № 135-ФЗ). Нарушение выразилось в экономически необоснованном отказе (уклонении) от заключения договора на поставку огнеупорной продукции (порошка периклазового) с ООО «Сибпроект», вследствие чего возникла угроза ограничения конкуренции на рынке реализации огнеупорной продукции (готовых огнеупорных изделий) на территории Кемеровской области.

На основании вынесенного решения комиссия выдала предписание о прекращении антимонопольного законодательства от 05.07.2011 №1, а именно: прекратить злоупотребление доминирующим положением путем отказа (уклонения) от заключения договора поставки огнеупорной продукции: заключить с ООО «Сибпроект» договор на поставку огнеупорной продукции (порошка периклазового). Кроме того, заявитель был привлечен к административной ответственности по ст. 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в виде штрафа в размере 100 000 рублей.

Как установлено, ООО «Сибпроект» является производителем огнеупорных изделий и иной продукции. Основным сырьем для производства указанной продукции ООО «Сибпроект» является порошок периклазовый марок ППК-85, ППК-88, что подтверждается технологическими инструкциями ООО «Сибпроект».

17.12.2008 г. между ООО «Сибпроект» и ООО «Группа «Магнезит» (в лице директора представительства в г. Новокузнецке) был заключен контракт № 1-410-2009 на поставку огнеупорной продукции (порошок периклазовый) со сроком действия до 31.12.2009.

Письмом от 26.10.2009 г. № 2610-04прнк представительство ООО «Группа «Магнезит» в г. Новокузнецке уведомило ООО «Сибпроект» о принятом решении с 01.11.2009 поставлять огнеупорную продукцию напрямую конечному грузополучателю - потребителю данной продукции, а также о том, что порошки марок: ППК-85, 88, ППЭ-87, 88, ППМ-85 и другие, используемые для собственного производства огнеупорной продукции ООО «Группа «Магнезит», реализовываться не будут.

07.03.2010 г. ООО «Сибпроект» в адрес представительства ООО «Группа «Магнезит» г. Новокузнецк было направлено письмо с просьбой заключить новый договор на поставку огнеупорной продукции на 2010 г. согласно проекту договора, а также была

направлена заявка № 330 от 24.02.2010 г. на поставку в марте-апреле 2010 г. 600 тонн порошка периклазового крупнозернистого ППК-85.

Ответа от ООО «Группа «Магнезит» не поступило. В обоснование отказа от заключения контракта на поставку огнеупорной продукции на 2010 г. с ООО «Сибпроект» общество сослалось на п. 1 ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которому граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена ГК РФ, иным законом или добровольно принятым обязательством.

В судебном заседании, а также 24.11.2010 г. на заседании комиссии УФАС по рассмотрению дела № 120/А-10-2010 представитель ООО Группа «Магнезит» пояснил, что в настоящее время общество не имеет возможности поставлять сырье сторонним организациям в прежних объемах, поскольку имеющегося у ООО «Группа «Магнезит» сырья недостаточно для осуществления собственного производства.

Представитель ООО «Сибпроект» пояснил, что ООО Группа «Магнезит» производит огнеупорные материалы, которые поставляются на металлургические комбинаты. Для производства огнеупорных материалов ООО «Сибпроект» использует периклазовые порошки. Данные порошки в рамках контракта № 1-410-2009 ранее поставляло ООО «Группа «Магнезит». В качестве взаимозаменяемого товара для производства периклазового порошка общество может использовать термообработанный брусит, но в настоящее время у ООО «Сибпроект» отсутствует база для переработки брусита в конечную продукцию. При использовании вторичной периклазовой продукции общество понесет дополнительные затраты, а именно: приобретение и использование оборудования для переработки вторичной продукции, его содержание, трудозатраты, связанные с привлечением персонала, увеличение затрат по энергоносителям, организация производственной площадки для переработки вторичной продукции.

Для проверки обстоятельств, на которые сослался представитель ООО «Группа «Магнезит» на заседаниях комиссии УФАС, рассмотрение дела № 120/А-10-2010 неоднократно откладывалось, в том числе, у заявителя были запрошены копии уведомлений о расторжении договоров, направленных ООО «Группа «Магнезит» в адрес иных контрагентов, кроме ООО «Сибпроект», в период с 01.10.2009 г.

В установленный комиссией срок Общество запрашиваемых документов не представило.

16.06.2011 г. на заседании комиссии по рассмотрению дела представитель ООО «Группа «Магнезит» пояснил, что Общество писем о прекращении поставок периклазовых

порошков, кроме как ООО «Сибпроект», не направляло. Суду также не представлено таких доказательств со стороны заявителя.

Так, представитель заявителя Трисветов А.А. пояснял, что кроме ООО «Сибпроект» поставка переклазового порошка марок ППК-85 и ППК-88 не прекращалась, мотивируя это тем, что 99% других контрагентов потребляют помимо порошка иную огнеупорную продукцию, а остальные контрагенты используют крайне незначительное количество порошка, в том числе и ООО «Сибпроект». Далее в этом же заседании на вопрос председателя комиссии о прекращении поставок периклазового порошка ООО «Сибпроект» представитель Общества пояснил, что ООО «Сибпроект» было значительным потребителем периклазового сырья. Остальные покупатели имеют незначительные объемы закупок (протоколы заседаний Комиссии приобщены к делу).

Кроме того, на заседании комиссии 05.07.2011 г. представитель заявителя подтвердил, что по контракту № 1-355- от 17.02.2011 г., заключенному Обществом с ООО «БайкалТорг» осуществляется поставка исключительно периклазовых порошков марок ППК-85 и ППК-88 (незначительные объемы), иная дополнительная продукция не поставлялась.

Комиссией УФАС было установлено наличие у ООО «Группа «Магнезит» действующих договоров на поставку огнеупорной продукции (как готовых изделий, так и периклазового порошка марок ППК-85, ППК-88). Более того, согласно сведениям, представленным заявителем, ООО «Группа «Магнезит» в 2010г. были значительно увеличены поставки периклазового порошка марок ППК-85, ППК-88 отдельным контрагентам Общества, таким, например, как: ОАО «Выксунский металлургический завод», ОАО «Челябинский электрометаллургический комбинат», ООО «ТАГМЕТ», ОАО «ЧТПЗ». Также комиссией установлено и не оспаривается заявителем, что ООО «Группа «Магнезит» производит поставку периклазовых порошков марок ППК-85, ППК-88 на внешнеторговый рынок.

Таким образом, антимонопольный орган сделал правомерный вывод о том, что заявитель не представил обоснованных пояснений, касающихся полного прекращения поставок периклазового порошка ООО «Сибпроект», а также не дал правового обоснования предпочтения одного покупателя другому.

Согласно обзору состояния конкурентной среды на рынке оказания услуг по реализации периклазовых порошков марок ППК-85, ППК-88 в границах территории Кемеровской области доля ООО «Группа «Магнезит» на рынке оказания услуг по реализации периклазовых порошков марок ППК-85, ППК-88 составила 100%).

Таким образом, занимая доминирующее положение, ООО «Группа «Мagneзит» создает дискриминационные условия и ущемляет интересы ООО «Сибпроект».

Очевидно, что ООО «Сибпроект» создает конкуренцию Группе Магнезит на территории Кемеровской области, покупая только периклазовый порошок (без готовой огнеупорной продукции), из которого само производит огнеупорную продукцию, которая, в свою очередь, поставляется на Западно-Сибирский металлургический комбинат, и, тем самым, является лишним (промежуточным, посредническим) звеном. В то же время, из совокупности имеющихся в деле доказательств следует, что стремление заявителя направлено на уменьшение количества посредников (каковым является, в данном случае, ООО «Сибпроект») между ним, как производителем, и прямым потребителем его продукции. В подтверждение этого представитель заявителя в судебном заседании пояснил, что предпочтение отдается тем покупателям периклазового порошка, которые закупают у него не только порошок для производства продукции, но и готовую огнеупорную продукцию. ООО «Сибпроект» закупает только периклазовый порошок для собственного производства. Тем самым, создает конкуренцию ООО «Группа «Мagneзит» на территории Кемеровской области, закупая значительные объемы периклазового порошка.

Из табличных данных, представленных в УФАС заявителем, следует, что ООО «Сибпроект» являлся достаточно крупным потребителем периклазового порошка (том 2, л.д.12-14 «Реализация порошков марки ППК-85,ППК-88 в 2009-2011г.г.), и закупал порошок в объемах, превышающих (либо почти равных) объемы закупок, например, Выксунского металлургического завода (период октябрь-декабрь 2009г. соответственно 752,8 тонн и 253,9 тонн). В 2010г. объем продаж порошка ППК-85 в адрес ОАО «Выксунский металлургический комбинат» увеличился и составил 1459 тонн, в адрес Челябинского электрометаллургического комбината также увеличился с 443,2 тн до 572 тн, в адрес ООО «Сибпроект» в 2010г. - 0 – в связи с расторжением договора.

Согласно ответу ООО «Группа «Мagneзит» от 15.09.2010 Общество реализовало на внешний рынок в 2009г. около 5,5 тонн порошка маорк ППК. В 2010г. реализация составила 8,8 тонн в месяц, из которых 95% приходится на долю крупных потребителей. Крупные и средние металлургические заводы потребляют не только порошки, но и готовую продукцию, что дает возможность Группе Магнезит соблюдать необходимый баланс производства. Кроме этого, одним из приоритетов общества в посткризисный период стала диверсификация как отраслевая (поставлять материалы не только для металлургической и цементной промышленности), так и региональная (поставка не

только на основной рынок СНГ, но и на рынки дальнего зарубежья). Для реализации данной идеи общество начало активный поиск крупных зарубежных клиентов, что, в свою очередь, приводит к снижению доли поставок порошков на внутренний рынок.

Суд признал обоснованными выводы антимонопольного органа о том, что в целях равного подхода к своим контрагентам в условиях дефицита продукции Общество могло сократить объемы поставок для некоторых контрагентов, в том числе и для ООО «Сибпроект», имело экономическую и технологическую возможность поставки периклазового порошка в меньшем объеме, однако данных действий не произвело, каких-либо встречных предложений, направленных на урегулирование спорного вопроса, не сделало, что также свидетельствует о необоснованном отказе от любых поставок в адрес ООО «Сибпроект».

Заявитель полагает необоснованным использование антимонопольным органом сведений об объемах поставок периклазового порошка в 2010 г. при выяснении возможности заявителя поставлять эту продукцию третьим лицам, поскольку вмененное заявителю нарушение имело место в 2009 г., поэтому для оценки правомерности принятого Обществом решения антимонопольному органу следовало использовать данные периода, предшествующего отказу заявителя от возобновления договора поставки огнеупорной продукции с данным контрагентом.

Суд соглашается в этой части с мнением представителей УФАС о том, что период нарушения антимонопольным органом был установлен с 26.10.2009г. по 05.07.2011 г. с момента направления письма № 2610-04прнк от 26.10.2009 г в адрес ООО «Сибпроект» о принятом решении ООО «Группа «Магнезит» с 01.11.2009 г. поставлять огнеупорную продукцию напрямую конечному грузополучателю - потребителю данной продукции, а также о том, что порошки марок: ПГЖ-85, 88, ППЭ-87, 88, ППМ-85 и другие, используемые для собственного производства огнеупорной продукции ООО «Группа «Магнезит», реализовываться не будут.

07.03.2010 г. ООО «Сибпроект» в адрес представительства в г.Новокузнецке было направлено письмо с просьбой заключить новый договор на поставку огнеупорной продукции на 2010г. согласно проекту договора, а также направлена заявка от 24.02.2010 г. на поставку в марте-апреле 2010 г. 600 тонн порошка периклазового крупнозернистого ППК-85 (факт отправки подтверждается почтовыми квитанциями).

Какого-либо ответа от Общества не получено. Таким образом, в 2010г. нарушение антимонопольного законодательства со стороны заявителя также имело место.

Доводы заявителя о том, что при оценке конкурентной среды на рынке реализации периклазовых порошков в границах территории Кемеровской области антимонопольным органом сделан неверный вывод об отсутствии взаимозаменяемых товаров для периклазовых порошков марок ППК-85, ППК-88, суд признал необоснованными.

Согласно ст.4 Закона № 135-ФЗ взаимозаменяемые товары - 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);

Из буквального содержания данной нормы следует, что для признания товара взаимозаменяемым необходимо, чтобы потребитель был готов заменить один товар другим при потреблении.

В ходе заседаний комиссии представитель ООО «Сибпроект» пояснял, что при использовании вторичной периклазовой продукции (лом огнеупорных изделий) ООО «Сибпроект» несет дополнительные затраты, а именно: приобретение и использование оборудования для переработки вторичной продукции, его содержание, трудозатраты, связанные с привлечением персонала, увеличение затрат по энергоносителям, организация производственной площадки для переработки вторичной продукции. Кроме того, использование лома огнеупорных изделий приводит к снижению качества огнеупорной продукции и, как следствие, снижению объемов ее реализации, то есть, он не готов заменить один товар другим. Эти же пояснения даны и суду.

Томским политехническим университетом было представлено заключение, согласно которому, использовать вторичную периклазовую продукцию (бывших в употреблении периклазовых и периклазоуглеродистых огнеупоров) для производства огнеупорных изделий использовать можно при изготовлении подварочного кирпича, но с обязательным добавлением периклазового порошка. Если использовать только вторичную периклазовую продукцию (бывшую в употреблении) без добавления чистого периклазового порошка, то подварочный кирпич не будет отвечать всем необходимым требованиям по качеству.

Согласно пояснениям представителя ООО «Группа «Мagneзит» на заседании комиссии 26.05.2011 г., вторичную периклазовую продукцию (бывшую в употреблении) можно использовать до трех раз.

Кроме того, согласно заключению, в качестве взаимозаменяемого сырья может быть использован периклазовый порошок из брусита путем плавки в электродуговых рудно-технических печах, однако промышленное производство получения периклазового порошка из брусита на территории Российской Федерации не отработано и не реализовано, кроме того, данное производство сопровождается большими затратами в энергии на обжиг и незначительной производительностью процесса.

Доводы заявителя о том, что у ООО «Сибпроект» имеется возможность использовать лом огнеупорных изделий, который при надлежащей переработке позволяет получать периклазовый порошок высокого качества и, таким образом, лом является взаимозаменяемым товаром, суд расценивает как вмешательство в хозяйственную деятельность ООО «Сибпроект», навязывание иных условий осуществления процесса производства периклазового порошка, связанных с дополнительными затратами. Заявитель не опроверг выводы специалистов Томского университета о том, что неоднократное использование лома огнеупорных изделий ухудшает качество подварочного кирпича, более того, на одном из заседаний комиссии представитель заявителя ООО «Группа «Мagneзит» также заявлял, что использовать лом при производстве порошка можно до трех раз.

Доводы заявителя о нарушении антимонопольным органом п. 4 ст. 42 Закона о защите конкуренции в части привлечения к рассматриваемому делу научных сотрудников Томского политехнического университета без соответствующего определения комиссии, суд признал необоснованными.

Согласно вышеназванной норме комиссия при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства вправе привлекать экспертов, переводчиков, а также лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах. Эксперты, переводчики, а также лица, располагающие сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, не являются лицами, участвующими в деле. О привлечении экспертов, переводчиков, а также лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, к рассмотрению дела комиссия выносит определение и направляет им копии такого определения в течение трех дней с момента его вынесения.

Комиссия УФАС при рассмотрении дела не привлекала экспертов либо переводчиков, а также лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах. Заключение по вопросам УФАС по Кемеровской области, данное

доцентом кафедры технологии силикатов и наноматериалов Института физики высоких технологий Национального исследовательского Томского политехнического университета, кандидатом технических наук Митиной Н.А. и заведующим кафедрой Верещагиным В.И. (том 1, л.д.90-94), антимонопольный орган использовал как заключение специалистов, обладающих специальными знаниями в соответствующей области. При этом данное заключение не является экспертизой, поскольку исследование какой-либо продукции не производилось. Данная форма доказательства каким-либо правовым актом не запрещена. Заявитель, в свою очередь, подвергая сомнению выводы, содержащиеся в заключении специалистов Томского политехнического университета, не привел в их опровержение иные выводы других специалистов. Данное заключение исследовалось в совокупности со всеми другими доказательствами, имеющимися в деле.

Доводы заявителя о том, что он не занимает доминирующее положение на рынке оказания услуг по реализации периклазовых порошков марок ППК-85, ППК-88 в границах территории Кемеровской области, суд признал необоснованными.

04.07.2011 г. в соответствии с порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке», утвержденным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, УФАС по Кемеровской области было проведено исследование состояния конкурентной среды на рынке оказания услуг по реализации периклазовых порошков марок ППК-85, ППК-88 в границах территории Кемеровской области, временной интервал исследования выбран с момента направления письма ООО «Группа «Магнезит» в адрес ООО «Сибпроект», то есть с 26.10.2009 г. по время проведения анализа. В результате было установлено, что ООО «Группа Магнезит» на рынке оказания услуг по реализации периклазовых порошков марок ППК-85, ППК-88 в границах территории Кемеровской области, составляет 100%.

В исследуемый период порошки марок ППК-85, ППК-88 никакими другими хозяйствующими субъектами, кроме ООО «Группа Магнезит» не поставлялись. В письме ООО «Сибирские порошки» № 81 от 18.05.2011 г., на которое в заявлении ссылается заявитель, хозяйствующий субъект изъявил готовность поставлять на территорию Кемеровской области исключительно порошок марки ППЭ-88, который для ООО «Сибпроект» не приемлем.

Вместе с тем, Пленум Высшего Арбитражного суда Российской Федерации в пункте 4 Постановления от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» указал, что 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 других документов.

Таким образом, на момент отказа (уклонения) от заключения договора поставки огнеупорной продукции на 2010г. с ООО «Сибпроект» ООО «Группа «Магнезит» занимало доминирующее положение на рассматриваемом рынке.

Согласно статье 5 Закона № 135-ФЗ 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, устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Согласно пункту 5 части 1 статьи 10 Закона №135-ФЗ хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение, запрещается экономически или технологически необоснованный отказ либо 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 законодательством Российской Федерации.

Совокупность доказательств, имеющихся в деле, позволяет сделать вывод о наличии возможности у ООО «Группа «Магнезит» оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара – периклазового порошка на соответствующем товарном рынке в Кемеровской области. Суд соглашается с мнением антимонопольного органа о том, что действия ООО «Группа «Магнезит», выразившиеся в отказе (уклонении) от заключения договора на поставку огнеупорной продукции (порошка периклазового) с ООО «Сибпроект», ущемляют интересы последнего как потребителя, затрудняют доступ ООО «Сибпроект» как производителя огнеупорной продукции на товарный рынок периклазовых порошков, в том числе, как конкурента ООО «Группа «Магнезит», следовательно, могут привести к ограничению либо устранению конкуренции на рынке реализации огнеупорной продукции (готовых огнеупорных изделий) на территории Кемеровской области.

Вышеназванный Пленум Высшего Арбитражного суда Российской Федерации в пункте 4 Постановления от 30.06.2008 № 30 указал, что, исходя из системного

толкования положений статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации 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. Следовательно, в отношении действий (бездействий), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

Доводы заявителя о незаконности решения, в том числе, в связи с нелегитимностью комиссии, его принявшей, а именно: отсутствии приказа от 30.06.2011 №200/1 на момент принятия решения 05.07.2011 о вводе в состав комиссии Александровой Л.А., суд признал необоснованными и не влияющими на законность оспариваемого решения. Правомочность комиссии представитель заявителя не оспаривает.

В соответствии со ст. 40 Закона №135-ФЗ для рассмотрения каждого дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган создает в порядке, предусмотренном настоящим Федеральным законом, комиссию по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства. Комиссия выступает от имени антимонопольного органа. Состав комиссии и ее председатель утверждаются антимонопольным органом.

Согласно части 2 ст.40 Закона количество членов комиссии не должно быть менее чем три человека. Замена члена комиссии осуществляется на основании мотивированного решения антимонопольного органа.

Комиссия правомочна рассматривать дело о нарушении антимонопольного законодательства, если на заседании комиссии присутствует не менее чем пятьдесят процентов общего числа членов комиссии, но не менее чем три члена комиссии (часть 6).

Вопросы, возникающие в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссией, решаются членами комиссии большинством голосов. При равенстве голосов голос председателя комиссии является решающим. Члены комиссии не вправе воздерживаться от голосования (часть 7).

Комиссия УФАС по Кемеровской области, сформированная для рассмотрения дела в отношении ООО «Группа «Магнезит», состояла из 6 человек, в том числе Александровой Л.А. Даже если учесть, что Александрова Л.А. участвовала в комиссии без правовых оснований (при отсутствии приказа от 30.06.2011 №200/1), то комиссия все

равно соответствовала требованиям ст.40 Закона №135-ФЗ (количество членов не менее 3 человек). Кворум имелся, присутствовали все члены комиссии, решение подписано всеми членами комиссии.

Все другие доводы, указанные в заявлении, описательной части настоящего судебного акта, и изложенные представителем в судебном заседании, правового значения при решении вопроса о правомерности действий Общества не имеют, либо являются несущественными, не нарушающими права и законные интересы заявителя, и не влияют на законность принятого решения антимонопольным органом, поскольку суд признал доказанными существенные признаки нарушения п.5 части 1 ст.10 Закона №135-ФЗ, а именно: занятие доминирующего положения на рынке периклазовых порошков в Кемеровской области, факт экономически необоснованного отказа (уклонения) от заключения договора с ООО «Сибпроект», факт ограничения конкуренции и ущемления интересов ООО «Сибпроект».

Поскольку решение антимонопольным органом вынесено правомерно, то и предписание, вынесенное на его основе, является законным, оснований для признания его недействительным суд не находит.

В части оспаривания постановления о привлечении к административной ответственности требование также не подлежит удовлетворению. Порядок привлечения к административной ответственности не нарушен. В основе постановления лежат обстоятельства, установленные в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. УФАС правомерно признал в постановлении, что отказ от заключения договора на поставку периклазового порошка обществу «Сибстрой» ущемляет интересы последнего, препятствует осуществлению предпринимательской деятельности и может привести к ограничению конкуренции на рынке реализации огнеупорной продукции на территории Кемеровской области.

В соответствии со ст. 14.31 КоАП РФ (в редакции Федерального закона от 17.07.2009 N 160-ФЗ, действовавшей на момент совершения правонарушения и вынесения постановления) совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных статьей 14.31.1 настоящего Кодекса, - влечет наложение административного штрафа на юридических лиц - от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера

суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей, а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг), - в размере от трех тысячных до трех сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

С учетом размера выручки ООО «Группа «Магнезит» от реализации периклазовых порошков марок ППК-88 и ППК-85 УФАС правомерно назначил минимальное административное наказание в виде штрафа в размере 100 000 руб.

Доводы об отсутствии субъективной стороны административного правонарушения судом признаны необоснованными, так как у Общества имелась возможность не допустить нарушение, однако им не были предприняты все зависящие от него меры.

Поскольку в рамках рассмотрения вопроса о законности решения УФАС о нарушении антимонопольного законодательства исследовался вопрос о наличии доминирующего положения у Общества, и ООО Группа «Магнезит» признано таковым, доводы заявителя об отсутствии субъекта правонарушения являются также необоснованными.

Руководствуясь статьями 167-170,201,211ч.3 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации,

р е ш и л:

В удовлетворении требований отказать.

Решение может быть обжаловано в месячный срок со дня его принятия в Седьмой арбитражный апелляционный суд.

Судья

Л.С. Тимошенко