



СЕДЬМОЙ АРБИТРАЖНЫЙ АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ СУД

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

ПО С Т А Н О В Л Е Н И Е

г. Томск

Дело № 07АП-8498/11

11 ноября 2011 г.

Резолютивная часть постановления объявлена 03 ноября 2011 г.

Полный текст постановления изготовлен 11 ноября 2011 г.

Седьмой арбитражный апелляционный суд в составе:

председательствующего Бородулиной И.И.

судей Журавлевой В.А., Усаниной Н.А.

при ведении протокола судебного заседания секретарем Мавлюкеевой А.М. с использованием средств аудиозаписи при участии:

от заявителя: Самородовой М.Н. по доверенности от 08.12.2008 года,

от заинтересованного лица: без участия,

от третьего лица – Закрытого акционерного общества «Кемеровская мобильная связь»:

Гниломедовой Е.В. по доверенности 25.08.2011 года, Жирова С.Ю. по доверенности от

11.07.2011 года, Смирнова Н.Е. по доверенности от 19.03.2010 года,

рассмотрев в судебном заседании апелляционную жалобу Открытого акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы»

на решение Арбитражного суда Новосибирской области

от 12.08.2011 года по делу № А45-8850/2011 (судья Васютина О.М.)

по заявлению Открытого акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы»

к Управлению Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области

о признании незаконным решения,

У С Т А Н О В И Л:

Открытое акционерное общество «Мобильные ТелеСистемы» (далее по тексту – ОАО «МТС»), заявитель, апеллянт) обратилось в Арбитражный суд Новосибирской области с заявлением о признании незаконным решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Новосибирской области (далее по тексту – УФАС России по Новосибирской области) от 20.04.2011 года.

Определением Арбитражного суда Новосибирской области от 01.06.2011 года (том 1, листы дела 1-2) к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора, привлечено Закрытое акционерное общество «Кемеровская мобильная связь» (далее по тексту – ЗАО «Теле2-Кемерово»).

Решением Арбитражного суда Новосибирской области от 12.08.2011 года в удовлетворении заявленного ОАО «МТС» требования отказано.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, заявитель обратился в Седьмой арбитражный апелляционный суд с апелляционной жалобой, в которой просит состоявшийся судебный акт отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении заявления ОАО «МТС».

Подробно доводы заявителя изложены в апелляционной жалобе.

В представленных до начала судебного заседания отзывах УФАС России по Новосибирской области и третье лицо просят оставить обжалуемое решение арбитражного суда без изменения как законное и обоснованное, а апелляционную жалобу ОАО «МТС» - без удовлетворения.

Представители апеллянта и третьего лица в судебном заседании при рассмотрении дела в апелляционном порядке подтвердили позиции по делу, изложенные в апелляционной жалобе, отзыве к ней.

Представитель УФАС России по Новосибирской области в судебное заседание не явился, о месте и времени его проведения извещено надлежащим образом. Суд апелляционной инстанции в порядке части 3 статьи 156, части 1 статьи 266 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее по тексту - АПК РФ) счёл возможным рассмотреть дело в отсутствие представителя УФАС России по Новосибирской области.

Проверив законность и обоснованность обжалуемого судебного акта Арбитражного суда Новосибирской области в порядке, установленном статьями 266, 268 АПК РФ, изучив доводы апелляционной жалобы и отзывов на нее, заслушав представителей заявителя и ЗАО «Теле2-Кемерово», суд апелляционной инстанции не находит оснований для отмены решения суда первой инстанции.

Как следует из материалов дела, по заявлению ЗАО «Теле2-Кемерово» на неправомерные действия ОАО «МТС» УФАС России по Новосибирской области возбуждено дело № 06-01-60-14-10.

При рассмотрении данного дела УФАС России по Новосибирской области установлено, что между ОАО «МТС» и ЗАО «Теле2-Кемерово» заключен договор № D 1004406-08 о присоединении от 21.04.2010 года.

Предметом настоящего договора является взаимное оказание операторами связи на платной основе услуги присоединения на зоновом уровне и услуги зоновое завершения вызова (пропуск трафика) в соответствии с условиями присоединения и пропуска трафика, изложенными в договоре.

Согласно Приложению № 2 к договору «Экономические условия присоединения. Цены на услуги присоединения и услуги по пропуску трафика» цена ОАО «МТС» (также как и цена «Теле2-Новосибирск») на услугу присоединения устанавливается в размере 30 000 (тридцать тысяч) рублей за 1 Е1, без учета НДС. Цена «МТС» (также как и цена «Теле2-Новосибирск») на услуги по пропуску трафика (услугу зоновое завершения вызова, включая голосовой, сигнальный трафик и короткие сообщения (SMS), предоставляемые «Теле2-Новосибирск»/«МТС») устанавливается в размере 1 руб. 02 коп. за одну минуту пропущенного трафика, без учета НДС.

С 08.04.2010 года филиалом ОАО «МТС» «Макро-регион «Сибирь»» введена в действие маркетинговая акция «Бонус за входящие» (Приказ от 02.04.2010 № С 01/0146-п «О проведении маркетинговой акции «Бонус за входящие» на территории филиала ОАО «МТС» «Макро-регион «Сибирь»»).

Согласно условиям данной акции в акции «Бонус за входящие» могут участвовать абоненты - физические лица, обслуживаемые на тарифных планах «Супер Ноль», «Много звонков+» (Приложение № 1 к Приказу № С 01/0146-п от 02.04.2010).

В соответствии с Приложением № 1 к Приказу от 02.04.2010 № С 01/0146-п для участия в акции необходимо подключить услугу «Бонус за входящие». Бонус в размере 0,60 рублей начисляется за каждую полную минуту входящего вызова с номеров абонентов операторов сотовой связи домашнего региона, за исключением номеров абонентов ОАО «МТС».

Бонус начисляется только в случае выполнения следующего условия: количество полных минут входящих вызовов с номеров абонентов операторов сотовой связи домашнего региона, за исключением номеров абонентов ОАО «МТС», за месяц превышает 166 мин. Минимальная сумма бонуса составляет не менее 100 рублей.

Бонус можно использовать на любые услуги МТС, в том числе для перевода средств по услуге «Прямая передача».

В последующем в Приказ от 02.04.2010 № С 01/0146-п внесены изменения, согласно которым дополнены тарифные планы «Много звонков на все сети», «Просто для своих», и «Дилер» с федеральным номером; увеличен размер бонуса до 0,75 рублей; количество

полных минут входящих вызовов увеличено до 200 минут; минимальная сумма бонуса - не менее 150 рублей (Приказ от 04.10.2010 № С 01/0455-п «О внесении изменений в Приказ от 02.04.2010 № СО 1/0146-п «О проведении маркетинговой акции «Бонус за входящие» на территории филиала ОАО «МТС» «Макрорегион «Сибирь»»). Срок действия акции в Приказе не ограничен.

ЗАО «Теле2-Кемерово», обращаясь с заявлением в УФАС России по Новосибирской области, указало, что в августе 2010 года в Новосибирске произошел большой прирост затрат Новосибирского филиала ЗАО «Кемеровская мобильная связь» по договору о присоединении. Так, если в среднем ежемесячный прирост затрат по настоящему договору составлял порядка 1,2 млн.руб., то в августе он составил 8,4 млн.руб. Причиной такого роста является рост межоператорского трафика, обусловленный активизацией абонентов, чье использование SIM-карт Новосибирского филиала ЗАО «Кемеровская мобильная связь» направлено не на потребление услуг связи, а на генерацию «пустого» трафика, направленного на получение бонусов и последующее обналичивание бонусных средств по запущенной ОАО «МТС» программе «Бонус за входящие» - (60 копеек за минуту). Генерация «пустого» трафика происходит путем автоматизированного или ручного многочасового (до 24 часов в сутки, на протяжении нескольких дней) дозвона на номера из номерной емкости ОАО «МТС», на которых установлены системы автоматического ответа на входящие звонки с подробностями программы «Бонус за входящие».

По результатам рассмотрения дела УФАС России по Новосибирской области принято решение от 20.04.2011 года, которым в действиях ОАО «МТС» установлен факт нарушения части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее по тексту – Закон о защите конкуренции), согласно которой недобросовестная конкуренция не допускается. Указанное нарушение выразилось во введении и применении в 2010-2011 годах акции «Бонус за входящие».

ОАО «МТС», не согласившись с принятым УФАС России по Новосибирской области решением, обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании его незаконным.

Принимая обжалуемое решение, Арбитражный суд Новосибирской области обоснованно исходил из следующего.

В соответствии со статьей 198 АПК РФ организации вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов, незаконными решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый ненормативный правовой акт, решение и действие (бездействие) не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Согласно пункту 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции недобросовестной конкуренцией признаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

В силу части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции недобросовестная конкуренция не допускается.

Из материалов дела следует, что ОАО «МТС» и ЗАО «Теле2-Кемерово» осуществляют свою деятельность по оказанию услуг подвижной радиотелефонной связи на территории Новосибирской области, то есть осуществляют свою деятельность на одном товарном рынке и являются хозяйствующими субъектами-конкурентами.

Посредством проведения акции «Бонус за входящие» ОАО «МТС» воздействует на потребителей услуг подвижной радиотелефонной связи – абонентов ОАО «МТС» таким

образом, что они предпринимают действия по увеличению количества входящих вызовов (при этом по условиям акции суммарная продолжительность таких вызовов в течение месяца должна быть не менее чем 166 минут, с учетом последующих изменений не менее 200 минут) с номерных емкостей, принадлежащих другим операторам, на соответствующие номера абонентов ОАО «МТС», поскольку условия акции «Бонус за входящие» предусматривают начисление бонуса за входящие вызовы с номеров абонентов операторов сотовой связи домашнего региона, за исключением номеров абонентов ОАО «МТС».

Увеличение количества входящих вызовов с номерных емкостей, принадлежащих другим операторам, влечет увеличение количества трафика, пропускаемого посредством присоединяющего оператора. Оборудование, образующее точку присоединения, в таком случае используется не только в интересах присоединяемого оператора. Трафик перемещается в обоих направлениях. Если трафик исходит из сети присоединяемого оператора и завершается на сети связи присоединяющего оператора, то у присоединяемого оператора возникает обязанность уплатить присоединяющему оператору плату за завершение вызова.

В данном случае ОАО «МТС», воздействуя на потребителя своих услуг, обеспечивает увеличение объема реализации такого товара как услуга по пропуску трафика, оказанная другому оператору связи (в том числе ЗАО «Теле2-Кемерово»), за которую предусмотрена фиксированная оплата (в рассматриваемом случае 1 рубль 02 копейки, без учета НДС).

При соблюдении условий начисления бонуса по акции «Бонус за входящие» (минимум 166 минут) ЗАО «Теле2-Кемерово» должно оплатить ОАО «МТС» 169, 32 рублей, без учета НДС за услугу по пропуску трафика для одного абонента.

Таким образом, с увеличением входящих вызовов на номера присоединяющего оператора увеличивается суммарная величина оплаты услуги по пропуску трафика от присоединяемого оператора к присоединяющему.

Акция «Бонус за входящие» введена ОАО «МТС» 02.04.2010 года.

Как видно из представленных документов (акты оказанных услуг по пропуску трафика, акты зачета взаимных требований, акты выполненных работ), стоимость затрат ЗАО «Кемеровская мобильная связь» по договору присоединения резко возросла в августе 2010 года следующим образом: с 34 179 581, 25 рублей в июле 2010 года до 44 031 58, 46 рублей в августе 2010 года и 63 515 675, 09 рублей в сентябре 2010 года.

При этом по информации ЗАО «Кемеровская мобильная связь», являющейся коммерческой тайной, объемы исходящего трафика в направлении других операторов подвижной радиотелефонной связи изменялись в рассматриваемый период в пределах средних значений. Из указанного следует, что прирост объема исходящего трафика в один и тот же промежуток времени наблюдался только в направлении ОАО «МТС», что подтверждает наличие причинно-следственной связи между введением заявителем акции и ростом затрат ЗАО «Кемеровская мобильная связь».

Указанные обстоятельства подтверждают вывод суда первой инстанции о том, что увеличение исходящих вызовов с номеров из номерной емкости ЗАО «Кемеровская мобильная связь» на номера из номерной емкости ОАО «МТС» привело к значительному увеличению затрат и уменьшению доходов ЗАО «Кемеровская мобильная связь», так как часть таких доходов направляется на оплату услуг по пропуску трафика.

Материалами дела подтверждается, что существенным является тот факт, что прирост исходящего от ЗАО «Кемеровская мобильная связь» трафика в значительной мере обусловлен наличием «пустого» трафика. По сути, «пустой» трафик представляет собой многочасовой до 24 часов в сутки, на протяжении нескольких суток дозвон на номера из номерной емкости ОАО «МТС» с целью накопления и последующего получения бонусов от ОАО «МТС». В материалах дела имеется детализация предоставленных услуг абонентам, подтверждающая указанный факт.

В связи с наличием «пустого» трафика ЗАО «Кемеровская мобильная связь» несет расходы по оплате услуг по пропуску трафика при исходящих вызовах на один и тот же

номер ОАО «МТС» в течение длительного промежутка времени, чего при обычных условиях быть не может.

Учитывая изложенное, суд первой инстанции правомерно признал, что возможности и наличие подобного трафика обусловлены исключительно проводимой ОАО «МТС» акцией «Бонус за входящие».

Кроме того, при увеличении объема исходящего трафика увеличивается нагрузка на сеть связи, в результате чего у присоединяющего оператора в силу договорных обязательств перед абонентами по оказанию качественных услуг связи, возникает необходимость в организации дополнительных точек присоединения.

Стоимость каждой дополнительной точки по условиям договора о присоединении от 21.04.2010 года составляет 30 000 рублей. Названные затраты являются вынужденными и представляют собой расходы, которых в обычных условиях гражданского оборота не должно было быть в том объеме, в котором они имеют место быть в связи с проводимой ОАО «МТС» акцией «Бонус за входящие».

При этом, когда спрос на входящий трафик абонента МТС снижается в связи с окончанием действия акции, необходимость в таких дополнительных точках отсутствует. Вместе с тем затраты на их организацию уже понесены, что подтверждается актами оказанных услуг по организации (расширения/расформирования) точек присоединения в период действия акции.

Из материалов дела следует, что вводя акцию «Бонус за входящие», ОАО «МТС» стимулирует спрос на услуги своей сети, провоцируя активность абонентов в сторону увеличения входящих вызовов со стороны других операторов связи, что приводит к увеличению дохода от услуги пропуска трафика.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что действия ОАО «МТС» по стимулированию своих абонентов на увеличение объема входящих вызовов, направлены на получение преимуществ ОАО «МТС», с одной стороны, в виде повышения привлекательности услуг «МТС» в результате использования абонентами полученных бонусов по проводимой акции, без каких-либо дополнительных затрат со стороны ОАО «МТС», и с другой стороны, в виде увеличения доходов от оплаты услуги за интерконнект (присоединение).

Как правильно указал суд первой инстанции, проведение акции «Бонус за входящие» привело к причинению убытков ЗАО «Кемеровская мобильная связь» в виде необоснованных затрат на пропуск трафика, объем которого в обычных условиях гражданского оборота при отсутствии акции «Бонус за входящие» был бы существенно ниже.

Вводя акцию «Бонус за входящие», ОАО «МТС» не могло не предвидеть резкого скачка спроса со стороны абонентов оператора «Теле2-Новосибирск» на исходящие вызовы с сети оператора «Теле2-Новосибирск» на сеть оператора ОАО «МТС» в целях накопления бонусов, а также роста затрат оператора «Теле2-Новосибирск» по договору № D1004406-08 о присоединении.

Суд первой инстанции правомерно отклонил доводы заявителя о том, что он не может влиять на поведение и объем потребляемых услуг абонентами другого оператора связи и соответственно обеспечивать за счет предоставления услуг своим абонентам увеличения объема услуги по пропуску трафика другого оператора, поскольку действие акции направлено не только на собственных абонентов, но и оказывает влияние на абонентов других операторов связи. Исключение из участия в акции внутрисетевых соединений между абонентами МТС (бонусы за входящие вызовы с номеров абонентов ОАО «МТС» не начисляются) направлено на оказание воздействия на изменение объема исходящего трафика других операторов связи.

При введении ОАО «МТС» акции «Бонус за входящие» имеет место направленное (в интересах ОАО «МТС») смещение равновесия в сторону увеличения объема услуг по пропуску трафика. Подобное введенное и инициированное действие ОАО «МТС» по увеличению собственных доходов и увеличению расходов контрагента (контрагентов)

противоречит правилам поведения в предпринимательской деятельности, предполагающим добросовестность ведения предпринимательской деятельности, а также принципам разумности и справедливости.

Действия ОАО «МТС» по проведению акции «Бонус за входящие» правильно квалифицированы УФАС России по Новосибирской области как недобросовестная конкуренция.

При таких обстоятельствах суд первой инстанции обоснованно признал оспариваемое решение УФАС России по Новосибирской области соответствующим требованиям законодательства и не нарушающим прав и законных интересов заявителя.

Иная оценка заявителем установленных судом первой инстанции фактических обстоятельств дела и толкование закона не означают судебной ошибки.

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.

В соответствии со статьей 110 АПК РФ расходы по оплате государственной пошлины по апелляционной жалобе относятся на ее подателя. ОАО «МТС» при обращении в арбитражный суд с апелляционной жалобой перечислено 2000 рублей. Между тем, согласно подпункту 12 пункта 1 статьи 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации и разъяснений, содержащихся в пункте 15 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.05.2005 № 91 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами главы 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации», размер подлежащей уплате государственной пошлины по настоящей апелляционной жалобе составляет 1000 рублей. В соответствии с подпунктом 1 пункта 1 статьи 333.40 Налогового кодекса Российской Федерации излишне уплаченная апеллянтом государственная пошлина подлежит возврату в размере 1000 рублей.

Руководствуясь пунктом 1 статьи 269, статьей 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд апелляционной инстанции

ПО С Т А Н О В И Л:

Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 12.08.2011 года по делу № А45-8850/2011 оставить без изменения, апелляционную жалобу Открытого акционерного общества «Мобильные ТелеСистемы» - без удовлетворения.

Возвратить Открытому акционерному обществу «Мобильные ТелеСистемы» из федерального бюджета излишне уплаченную государственную пошлину по платежному поручению № 31297 от 05.09.2011 года в размере 1000 рублей.

Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

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

Председательствующий

И.И. Бородулина

Судьи

В.А. Журавлева

Н.А. Усанина